

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Julho-Setembro/2007 – Ano 44 – N° 175



Celsa Nina, "Tulipa Amarela", 2003. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 175
Julho/setembro – 2007

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3311-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva e Cláudia Moema de Medeiros Lemos
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Andréa Garcia da Silva Pinto e Diana Augusta Formiga da Luz
REVISÃO DE PROVAS: Daniele Silva Costa, Cláudia Pantuzzo e Thaise dos Santos Leandro
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Carlos Felipe Wanderley e Francisco D. G. Fernandes
CAPA: Renzo Viggiano
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.
Pídesse canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambió.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.
-- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) – . -- Brasília: Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas, 1964– .
v.
Trimestral.
Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº
11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela
Subsecretaria de Edições Técnicas.
1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)



“Tulipa Amarela”, de Celsa Nina, obra de 2003, é uma pintura em óleo sobre tela de 0,50 m x 0,50 m.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 44 · nº 175 · julho/setembro · 2007

André Ramos Tavares	Ciência e Tecnologia na Constituição 7
Héctor Valverde Santana	A fixação do valor da indenização por dano moral 21
Roberto Freitas Filho	Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões 41
Vladimir Brega Filho	Federalização das violações de direitos humanos 67
Maria Nilda M. dos Santos e Vincenzo Demetrio Florenzano	Biodireito, biopropriedade e desenvolvimento. Algumas reflexões 81
Mônica Sette Lopes	Paradoxos da morosidade: relato à mão livre 93
Dilvanir José da Costa	Direito público e privado? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade 109
Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá	Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade 117
Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira e Solange Teles da Silva	Análise dos fundamentos da compensação ambiental. A responsabilidade civil ex ante no direito brasileiro 125
Weliton Carvalho	Funções do Direito Comparado 139
Valter Foletto Santin	Migração e discriminação de trabalhador 147
Valerio Mazzuoli	Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no Direito brasileiro 155
Valéria Ribas do Nascimento e José Luis Bolzan de Moraes	A cidadania e a Constituição. Uma necessária relação simbólica 163
Guilherme Nacif de Faria	Ética e análise econômica do Direito no Protocolo de Quioto 175
Beclaute Oliveira Silva	Teoria discursiva e seus reflexos no direito segundo o pensamento de Habermas 189
Jair José Perin	Considerações críticas a respeito da divisão de competências entre a Justiça comum e as especializadas 205
Fernando Santos	A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios 219
Rodrigo Brandão	As culturas liberal e democrática de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássico 233

Gilberto Guerzoni Filho	Diagnóstico e perspectivas da política de recursos humanos na administração pública brasileira 269
Edilberto Carlos Pontes Lima	Democracia e federalismo. Uma intrincada relação 299
Pedro Braga	O direito de asilo na legislação canônica 309
Artur Stamford e Chiara Ramos	Conciliação judicial e a função social das profissões jurídicas. Uma análise etnometodológica do direito 317

Resenha Legislativa

Artigo de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal

Tiago Ivo Odon	Democracia liberal e direitos individuais. A epistemologia jurídica por trás do Estado Moderno 337
----------------	--

Artigo de contribuição da Consultoria de Orçamento, Fiscalização e Controle do Senado Federal

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt	A bagagem do viajante. Aspectos da auditoria como tecnologia 359
Luís Otávio Barroso da Graça	Um exame de práticas totalitárias no pós-11 de setembro à luz de Celso Lafer e Carlo Ginzburg 395

Ciência e Tecnologia na Constituição

André Ramos Tavares

Sumário

I. A narrativa constitucional dos artigos 218 e 219. II. Pesquisa científica básica e o direito ao desenvolvimento. III. Pesquisa tecnológica e a finalidade vinculada aos problemas e desenvolvimento brasileiros. III.1. Vinculação da pesquisa e as liberdades fundamentais. III.2. Da pesquisa científica à tecnológica vinculada. IV. Capacitação de recursos humanos. IV.1. Formação de recursos humanos. IV.2. Condições especiais de trabalho. V. Fomento legal de investimento empresarial em pesquisa e criação de tecnologia. VI. Orçamento público em pesquisa e criação de tecnologia. VII. Conclusões.

I. A narrativa constitucional dos artigos 218 e 219

A Constituição de 1988, numa verdadeira mudança paradigmática, destinou um capítulo próprio para a matéria do desenvolvimento tecnológico e científico do país, demonstrando relevância conferida à matéria, a ponto de vincular o legislador, tolhendo seu espaço de livre conformação¹ a certas posturas e orientações mínimas.

Com isso, reconheceu-se a importância da Ciência e Tecnologia – C&T na geração de crescimento econômico, o que, aliás, é recorrente entre os países em desenvolvimento (Cf. ANCOG, 1993, p. 1)². O desenvolvimento científico passa a ser percebido não somente como forma de acumular conhecimentos, mas também como instrumento para gerar capital e solucionar problemas sociais (SILVA, 2000, p. 61). A

André Ramos Tavares é Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP, Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP; *Visiting Research Scholar* na *Cardozo School of Law - New York*; Professor Convidado da *Universidade de Santiago de Compostela*; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

figura da “Pesquisa e Desenvolvimento” – P&D – uma parte essencial da C&T – é, assim, assimilada como de importância basilar para o avanço econômico e social de um país³. O objetivo deste estudo é explorar o marco constitucional do desenvolvimento científico e tecnológico do Brasil.

O primeiro dispositivo do referido capítulo é o artigo 218 que, logo em seu *caput*, estabelece as diretrizes desenvolvimentistas brasileiras para o setor científico e tecnológico. Sua redação, tal como ocorre em todas as normas constitucionais de natureza pretensamente dirigente, apresenta (i) colorido (aparentemente e não exclusivamente) propositivo, apontando para o futuro; e, (ii) caráter abstrato (mas com um núcleo mínimo de significado).

Referida abstração leva a uma abertura, é dizer, não se estabelece, propriamente, o *como*, os *meios* pelos quais o Brasil obterá o tão apreciado desenvolvimento tecnológico e científico, nem discute como se fomentará a pesquisa e a capacitação tecnológica, que são os meios necessários para a realização do desenvolvimento propugnado pela norma.

Ademais, o art. 218 passa ao largo de uma contemplação temporal, ainda que progressiva, relacionada a esses propósitos (problema do prazo exigível em termos de implementação progressiva no tempo de determinações constitucionais). Tampouco especifica quais as prioridades científicas e tecnológicas do país. Tais circunstâncias levam alguns autores a perceber o dispositivo como uma “mera recomendação”, sem valor jurídico relevante (Cf. FERREIRA FILHO, 1995, p. 91-92)⁴. Essa não é, porém, a posição que aqui se adota.

Compreendemos que, em decorrência da postura constitucional acima narrada, as diversas indagações que surgem deverão ser respondidas e regulamentadas pela legislação ordinária (espaço de livre conformação legislativa), a qual, contudo, haverá de obedecer ao que denominamos *Estatuto Constitucional da Ciência e Tecnologia*, a ser aqui desenvolvido em suas linhas mes-

tras; apesar da abertura indicada, referido marco compõe um mínimo de vinculação a postulados e patamares propriamente constitucionais.

Aliás, é aceitável que o desenvolvimento em C&T seja promovido por meio de legislação (o que explica uma parcela propositiva das normas constitucionais). Isso porque interfere-se em campos que dependem de ajustes legais contínuos. É necessário, por exemplo, que a lei preveja a alocação de recursos para C&T, a criação de fontes financeiras adicionais e o estabelecimento de programas de desenvolvimento humano, educação e pesquisa. Ademais, o dinamismo do setor de C&T traz à tona diversas questões dependentes de regulamentação, tais como a propriedade intelectual em novos campos, *v.g. softwares*, biotecnologia (ANCOG, 1993, p. 2-4) e a composição entre o desenvolvimento científico e tecnológico e problemas éticos que dele podem derivar (bioética)⁵. E o reconhecimento, em patamar constitucional, da importância da C&T serve como base e como vetor para a edição de leis que contemplem esses temas⁶.

Por outro lado, referida opção constitucional se coaduna com o caráter liberal que ali se assumiu, particularmente em seu art. 170, *caput*, ao estabelecer, de forma peremptória, constituir a *livre iniciativa*⁷ um dos fundamentos da ordem econômica. Reforça-se esse caráter liberal pela visão constante do art. 174, com a prescrição de que as funções de *incentivo e planejamento* serão meramente *indicativas* (não impositivas) para o setor privado. Ou seja, ainda quando regulamentados por lei os elementos constitucionais, nem por isso estará invariavelmente vinculado o particular. Isso significa que eventual área ou produto a ser desenvolvido pelo setor privado deverá contar com o apoio volitivo livre do respectivo segmento econômico, conforme bem lembram Arruda, Vermulm & Hollanda (2006, p. 8)⁸.

Não por outro motivo o §1º do art. 218, quando delimita, com alguma precisão, a

pesquisa científica a ser desenvolvida *prioritariamente* (a saber, a básica), restringe essa determinante à figura do *Estado*. Esta é a redação do dispositivo em questão: “A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências”.

A menção à pesquisa científica *básica* não é despropositada. Optou-se por esse tipo de pesquisa, como de preferência estatal, em contraposição à aplicada, em virtude da natureza genérica da primeira, menos compromissada com resultados e objetivos específicos.

Tradicionalmente, *pesquisa científica básica* se caracteriza pelo trabalho teórico ou experimental desprovido (i) de qualquer *aplicação* futura e específica, e (ii) da exigência de que seu resultado seja socialmente aproveitável. Ao contrário da pesquisa aplicada, seu desenvolvimento/realização independe de qualquer estudo preliminar quanto aos seus impactos/resultados na/para a sociedade. Ressalte-se que se trata de pesquisa científica e não tecnológica, o que não significa, contudo, que seja desprovida de importância ou que não possa repercutir, indiretamente, na formação (ou constituir a base) de novas teorias ou concepções de grande impacto prático.

Nesses termos, a pesquisa científica básica fica identificada pela sua plena liberdade quanto aos fins. A ela aplicar-se-ia a máxima “a ciência pela ciência”, evidentemente sem qualquer conotação negativa ou idealista. Permite o estudo e pesquisa de vastos segmentos do saber sem a preocupação com o aproveitamento social ou econômico dos possíveis resultados. Essa característica conceitual estaria plenamente ajustada à natureza liberal da Constituição de 1988, pois não se restringe o apoio estatal à realização de uma pesquisa científica básica. Seu elemento norteador é a possibilidade de se obter eventual avanço do conhecimento humano; insista-se: não a certeza e, tampouco, a probabilidade (desse avanço). O possível *resultado social*, para fins

de definição de pesquisa científica básica, é uma variável de menor importância, assim como o resultado que aquela pesquisa representará em termos de *progresso da ciência*.

Acrescente-se, contudo, que, em virtude da parte final do §1º do art. 218 da CB, a pesquisa científica básica, quando conduzida pelo Estado, deverá objetivar o *bem público* e o *progresso da ciência*. Houve, aqui, uma alteração conceitual, por força de um elemento normativo, de natureza constitucional. Dessa maneira, à definição apresentada anteriormente, será imperioso, no Brasil, acrescentar, como finalidades vinculadas da pesquisa científica básica: (i) o bem público; e, (ii) o progresso da ciência. Essas variantes, como se percebe, restringirão a promoção da pesquisa científica básica por parte do Estado brasileiro.

Neste ponto, parece ter havido um influxo marcante do *republicanismo*, cuja máxima é a atuação do Estado em prol do interesse público⁹. Mas não apenas isso. Justifica-se, igualmente, essa opção constitucional em virtude de um elemento fático da realidade brasileira, qual seja, a finitude dos recursos orçamentários. Ainda mais perante o cenário brasileiro atual, cujo orçamento encontra-se, em grande parte, comprometido com a necessidade de se obter superávit primário e com políticas de cunho sócio-assistencial.

Justifica-se, ainda, a vinculação realizada constitucionalmente, pela perspectiva fiscalizadora, já que qualquer destinação de dinheiro público estará sujeita à verificação de sua legitimidade por parte dos órgãos e instituições vocacionados a esse objetivo (Ministério Público, Tribunal de Contas, comissões parlamentares de inquérito, controladorias, etc.). Essa fiscalização levará em conta os elementos normativos consubstanciadores da pesquisa básica e das finalidades que devem ser atendidas.

Contudo, um aspecto não enfrentado pela Constituição, dentro dessa temática, diz respeito a saber qual seria o critério de alocação de recursos orçamentários desti-

nados ao desenvolvimento tecnológico e à pesquisa científica no âmbito da pesquisa científica básica, posto que várias opções poderão ser de interesse público e propiciar, *prima facie*, o progresso da ciência.

II. Pesquisa científica básica e o direito ao desenvolvimento

Na trilha de uma justificação desse olhar constitucional privilegiado para a pesquisa básica, poder-se-ia bem compreendê-lo ao perceber que, não se pretendendo obter, necessariamente, resultados econômicos ou lucro¹⁰, nesse tipo de pesquisa, poderia ela quedar marginalizada pelo agente privado, o qual tenderia optar pela pesquisa científica aplicada, quiçá economicamente mais proveitosa. Nesse sentido, constata Chaimovich (2000, p. 138):

“(…) A ciência básica é desenvolvida quase inteiramente em universidades e institutos de pesquisa. Apesar de o discurso sobre a importância do financiamento privado para a criação em ciência básica, todos os dados disponíveis no mundo mostram que este subsistema é financiado majoritariamente por fundos públicos”.

De outro lado, não há como desconsiderar as questões práticas que se colocam, tal como a referida finitude dos recursos orçamentários estatais, que fazem com que o Estado tenha de adotar algum critério para definir *como* e *onde* serão aplicados esses recursos. Daí entender-se o porquê de o legislador constituinte ter feito menção, ao final do §1º do artigo transcrito, ao interesse público e ao progresso científico. São vetores que devem ser considerados pelo Estado em sua atuação no âmbito da pesquisa científica básica.

De qualquer forma, ainda que o legislador constituinte originário houvesse se omitido, há outras proposições constitucionais que seriam suficientes para nortear a alocação de recursos orçamentários na pesquisa científica básica, especificamente falando, a

previsão do direito ao desenvolvimento e da redução das desigualdades sociais.

O direito ao desenvolvimento encontra-se previsto no art. 3º, II, da CB. O significado de tal direito foi largamente debatido em âmbito supranacional, restando definido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas, de 1986, como direito humano a beneficiar todas as pessoas e povos, que vincula os Estados nos seguintes termos:

“Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes” (art. 2, § 3º).

Percebe-se que o direito ao desenvolvimento, tal como assentado no documento internacional, refere-se não somente ao crescimento econômico, mas também à igualdade de acesso aos benefícios que dele resultem (Cf. DONADELI, 2004, p. 178): os frutos do desenvolvimento devem ser gozados também pelos segmentos mais vulneráveis da sociedade (TRINDADE, 1993, p. 174).

Em íntima conexão com o direito ao desenvolvimento, encontra também guardada constitucional o direito à redução das desigualdades sociais, previsto no art. 3º, III, da CB. Ambos devem vincular o Estado quando da distribuição dos recursos para eventuais propostas de realização de pesquisa científica básica.

Portanto, ainda que se possa afigurar como um contra-senso com o conceito tradicional, as pesquisas científicas básicas que vierem a contar com a participação estatal haverão de passar por um estudo preliminar, com vistas a aferir quais os resultados a serem produzidos por esta, se será promovido o bem público, e, também, a probabilidade de este resultado ser efetivamente produzido.

Pode-se dizer, então, que a pesquisa científica básica desenvolvida pelo Estado apresenta, em alguma medida, contornos de pesquisa científica *aplicada*, em virtude dos comandos constitucionais analisados.

III. Pesquisa tecnológica e a finalidade vinculada aos problemas e desenvolvimento brasileiros
III.1. Vinculação da pesquisa e as liberdades fundamentais

Dispõe o art. 218, §2º, da CB que: “A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional”.

A primeira cautela que há de se ter quando da leitura do dispositivo acima é que a pesquisa tecnológica a que se faz menção é a promovida pelo ente estatal e não a promovida pelo particular, pelo agente privado. É o Estado (conforme determina o *caput* do dispositivo) que há de direcionar a sua pesquisa tecnológica para os fins sociais indicados pela norma constitucional transcrita. Vale, aqui, a análise já exposta para o âmbito da pesquisa de base.

A imposição, ao particular, enquanto atue com recursos exclusivamente privados, de que a sua pesquisa tecnológica tenha, necessariamente, uma destinação social específica, qual seja, a solução dos problemas brasileiros em âmbito nacional ou regional, é inconsistente com o já mencionado princípio da livre iniciativa (ainda que se admita – como se há de admitir – que esteja mitigado pela busca da promoção ou justiça social). Eventual benefício social, ocasionado pela pesquisa tecnológica promovida pelo agente privado, não deixará de ser uma mera *externalidade*¹¹ positiva, fora de um dos propósitos principais da empresa, que é obter competitividade no mercado, por meio de inovações e/ou atualizações de seus produtos.

Nesse sentido, a insinuação de que as pesquisas, no Brasil, seja a pesquisa cien-

tífica básica, seja a tecnológica ou profissional, devam voltar-se, necessariamente, para solucionar problemas brasileiros e aprimorar o sistema produtivo brasileiro, em qualquer hipótese, mesmo quando idealizada, subsidiada e implementada por agentes privados com recursos próprios, é preocupante e juridicamente inaceitável. O Estado brasileiro não pode pretender impor ao agente privado, atue ele no comércio, na prestação de serviços, no setor tecnológico ou em qualquer outro, as suas próprias prioridades e metas. Pode exigir-lhe o respeito a determinadas regras trabalhistas, ambientais, urbanísticas, penais, etc., mas não pode, por meio de leis, interferir com os objetivos e prioridades empresariais, quando lícitas, nem pode utilizar-se de marcos regulatórios em áreas lícitas (como os mencionados) para obter, transversalmente, finalidades inconsistentes com esses marcos, desvirtuando-os. Ou seja, não está autorizado a remodelar ou redesenhar finalidades institucionais privadas, para as quais não contribui nem colabora, nem tampouco embaraçar-lhes o funcionamento como reprimenda ou punição por não colaborarem com as metas estatais.

Vale recordar, aqui, discurso proferido no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – Inpe, em 13 de março de 2007, pelo Presidente Lula, quando admoestou todos a comprometerem suas pesquisas com as orientações políticas do Estado, visando a resolver os problemas brasileiros. Como observou Dagnino (2007, p. A3) – analisando esse discurso –, isso parece significar que “a comunidade de pesquisa deve contribuir, com o conhecimento que a sociedade lhe permitiu adquirir, para ‘fazer as lições’ da alfabetização, da reforma agrária, da distribuição de renda”.

O vocacionar a pesquisa e a própria educação, quando públicas, para os problemas brasileiros e para o desenvolvimento nacional é a essência do que determina a própria Constituição, como visto. Essa apropriação do discurso constitucional,

portanto, é válida (viável juridicamente) apenas para o segmento público. Para o privado apenas se (i) estiver em colaboração (voluntária) com o público, ou (ii) deste receber incentivos ou recursos. Se se pretender extrapolar esses limites, a exigência, além de inconstitucional, representaria um retrocesso para a pesquisa, por desestimular amplas áreas nas quais o país, por meio do seu setor produtivo privado, pôde avançar. Seria, ademais, uma política que desconhecera a competitividade internacional em setores estratégicos para o próprio país, porque responsáveis pelo bom equilíbrio de uma balança comercial, sem que isso represente qualquer solução a problemas brasileiros específicos (como a questão agrária, a fome ou miséria, a obesidade, a questão ambiental da Amazônia, com sua biodiversidade etc.).

Essas observações acerca da liberdade de pesquisa tecnológica (e a observação é plenamente abrangente da pesquisa científica básica) estão diretamente amparadas pela Constituição do Brasil, com a previsão da livre iniciativa, da liberdade de pensamento, da liberdade de informação e da liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IV, IX, XIII e XIV, da Constituição do Brasil). Seria uma violação a direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição pretender o Estado direcionar, em sua essência, toda e qualquer pesquisa privada científica ou tecnológica.

III.2. Da pesquisa científica à tecnológica vinculada

Cumpra melhor esclarecer a distinção entre a chamada *pesquisa científica* (anteriormente tratada na vertente da pesquisa científica *básica*) da aqui analisada *pesquisa tecnológica*. A primeira é um ato eminentemente acadêmico, responsável, nos países desenvolvidos, por 3% das patentes obtidas. A pesquisa tecnológica é produzida no meio econômico. Trata-se, enfim, de uma ação econômica, cuja finalidade maior é elevar a competitividade do produto, fazer

com que o agente que a desenvolva obtenha um maior *market share* (RACY, 2004). As pesquisas tecnológicas respondem por 97% das patentes, em países desenvolvidos, e 100% em países subdesenvolvidos (RACY, 2004).

Em regra, quando o Estado, no Brasil, realiza tais pesquisas, implementa-as por meio de Empresas Estatais ou *State Owned Enterprises* – SOE's (que abarcam também as sociedades de economia mista). Um exemplo paradigmático é o da Petrobrás, a qual é detentora da mais avançada tecnologia para prospecção de petróleo em grandes profundidades.

Outro exemplo de empresa abarcada pelo preceptivo constitucional em questão é a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa, criada em 1973, e responsável pelo aumento exponencial da produção agropecuária no Brasil. A sua atuação em muito auxiliou o desenvolvimento da região Centro-Oeste, reconhecida como um dos mais importantes centros de produção de soja, no mundo, na medida em que tornou possível que uma cultura, típica do clima temperado, se ajustasse ao clima brasileiro, eminentemente tropical (EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA, 2006), concretizando os mandamentos constitucionais já mencionados. Trata-se, enfim, de empresa estatal inserida no setor de pesquisa tecnológica, no âmbito agropecuário, cuja atuação em muito contribuiu para melhorar a qualidade desses produtos, tornando-os mais competitivos no âmbito internacional e, por conseguinte, trazendo maiores dividendos para o país e para diversas regiões, como é o caso da região Centro-Oeste, implementando o princípio constitucional da redução das desigualdades sociais.

Importante frisar, da análise do dispositivo ora comentado, que há um direcionamento, preestabelecido, para a realização das pesquisas tecnológicas no Brasil, quando o agente promotor, incentivador ou financiador seja Estado, a saber: (i) a

solução dos problemas brasileiros; e, (ii) o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Atreladas que são, expressamente, à pesquisa tecnológica, tais finalidades deverão de nortear e, de certa forma, limitar a pesquisa a ser desenvolvida ou incentivada pelo Estado brasileiro. O que se quer dizer é que eventual pesquisa tecnológica patrocinada pelo Estado e que supostamente não esteja em sintonia com os objetivos acima mencionados estará eivada de *inconstitucionalidade*, estando sujeita a eventual controle por parte do Poder Judiciário.

Essa previsão constitucional, ademais, impõe ao Estado um maior ônus argumentativo quando da edição de atos normativos procurando incentivar um específico segmento, uma particular pesquisa tecnológica. Enfim, a motivação de seus atos haverá de ser cautelosa, expondo qual a importância da pesquisa tecnológica a ser promovida para a solução dos problemas brasileiros e para o sistema produtivo nacional e regional. Um exemplo de eventual pesquisa tecnológica encampada pelo Estado brasileiro e que estaria sujeita a um controle de constitucionalidade por parte do Judiciário seria o caso de pesquisa tecnológica que buscasse desenvolver motor automotivo específico para o inverno típico de países nórdicos. Uma pesquisa desse porte, salvo pelo interesse de exportação (ou seja, mero e eventual lucro), guarda pouca relação com os problemas brasileiros, e, portanto, não poderia ser considerada constitucional em face tanto do art. 218, §2º, da CB, como da vocação social do Estado e da escassez de recursos públicos.

De outra banda, poder-se-ia argumentar que a finalidade prevista no dispositivo constitucional em questão apresenta traços firmes de abertura. A pesquisa tecnológica encampada pelo Estado poderia ser realizada em um número infinito de áreas e, ainda assim, justificar-se perante a finalidade esposada pelo dispositivo estudado neste tópico. O principal argumento para

justificar tal ponto de vista seria aquele que considerasse como o maior problema brasileiro a sua disparidade social e econômica. Nesse sentido, qualquer pesquisa tecnológica que pudesse tornar o país mais competitivo no mercado internacional e, desta feita, atrair dividendos, poderia ser desenvolvida pelo Estado.

A principal conseqüência dessa interpretação seria hipertrofiar o exercício da discricionariedade por parte do Executivo e, desta feita, dificultar eventual controle judicial de dispêndio orçamentário no setor de P&D e de C&T. A atuação do Estado na pesquisa tecnológica passaria a ser ato de governo (*gubernaculum*¹²), político, e a única forma de controle seria a realizada, posteriormente, nas urnas.

Essa interpretação, embora aprioristicamente atraente, apresenta uma séria falha, qual seja, a de inutilizar, plenamente, a redação do art. 218, §2º, da CB. Não se pode, simplesmente, por meio do exercício da hermenêutica constitucional, desconsiderar diretrizes estabelecidas explicitamente. Na medida em que se pretendeu atrelar a pesquisa tecnológica estatal à solução dos problemas brasileiros, há que se evitar a concessão de interpretação extensiva a tal termo, de forma a admitir qualquer tipo de pesquisa tecnológica, levando em consideração apenas a possibilidade de tal pesquisa gerar dividendos para o Brasil e, desta feita, justificando uma "solução de problemas brasileiros" (especificamente a pobreza). Ademais, essa interpretação seria geradora de um alto grau de insegurança nesse campo, já que a discricionariedade por ela desencadeada certamente esbarraria no controle de legitimidade dos atos estatais.

Importante, no entanto, ressaltar que, ao estabelecer tais finalidades da pesquisa tecnológica, a Constituição não parece ter estabelecido uma tábua hierárquica das áreas que deverão de ser desenvolvidas tecnologicamente. É dizer, a Constituição não determina que o Estado desenvolva,

prioritariamente, *v.g.*, tecnologia agropecuária para, posteriormente, pesquisar tecnologia no segmento da aeronáutica; tampouco estabelece que o setor aeronáutico ou aeroespacial possua preferência em face da pesquisa tecnológica na área da agropecuária. Nessa seara dos problemas brasileiros, retorna-se, portanto, à plena discricionariedade executiva para determinar qual setor terá preferência.

Um exemplo do que foi dito pode ser encontrado no fato do “apagão” elétrico que o Brasil sofreu há alguns anos. O problema, em grande parte, encontra-se no desperdício energético, e, também, na insuficiência das fontes já existentes perante a demanda energética. Uma solução a essa problemática seria a exploração de novas formas de geração energética, muito embora o potencial hidroelétrico brasileiro seja enorme¹³. Diante desse contexto, então, poder-se-ia dizer que o Governo brasileiro estaria jungido ao fomento tecnológico do setor elétrico? Tendo em vista a discricionariedade acima mencionada, a resposta seria negativa (ressalte-se que essa conclusão tem validade, apenas, para o âmbito da pesquisa tecnológica; seu âmbito de incidência não se estende ao foro do fornecimento de energia elétrica, uma vez que tal se afigura como serviço público essencial e que, portanto, há de ser necessariamente disponibilizado, seja pelo Estado, seja por quem lhe faça as vezes). Poderia o Estado priorizar, por exemplo, a pesquisa tecnológica na área da agropecuária ou no setor aeroespacial. É óbvio, contudo, o ônus argumentativo para motivar tais pesquisas e o risco de o Governo brasileiro se ver responsabilizado nas urnas, por meio do controle democrático.

Este é um aspecto importante da questão da pesquisa tecnológica pelo Estado e cumpre deixá-lo consignado: a Constituição determina que a pesquisa tecnológica tenha como propósitos os problemas brasileiros e o aumento do sistema produtivo nacional e regional; contudo, dentro daquilo que

se afigura como problema brasileiro, a Constituição não estabelece prioridades, fazendo-se aberta e sujeita a uma gama de compreensões variáveis.

IV. Capacitação de recursos humanos

A Constituição de 1988, como não poderia deixar de ser, destinou atenção à necessidade de se formar material humano apto a realizar pesquisa científica e tecnológica e, desta feita, promover o desenvolvimento científico tecnológico e científico da nação. O primeiro dispositivo sobre o tema é o art. 218, §3º, cuja redação é a seguinte: “O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho”.

Para fins de melhor estudo desse dispositivo, cumpre desmembrá-lo em dois. A primeira parte diz respeito à (i) formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia. A segunda parte, presente na oração final do preceptivo acima, refere-se à (ii) concessão de meios e condições especiais de trabalho.

IV.1. Formação de recursos humanos

No que diz respeito à formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, a iniciativa estatal se fez sentir por meio da criação de órgãos responsáveis pela concessão de bolsas-auxílio de pesquisa científica e tecnológica, que fomentariam a formação de recursos humanos no Brasil. O maior exemplo dessa iniciativa é o CNPq, atualmente denominado como Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, criado em 1973, e, então, encabeçado pelo almirante Álvaro Alberto.

No âmbito dos Estados-membros, foram criadas, por exemplo, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais – Fapemig, que concede bolsas e propicia a realização de estágios técnicos, e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – Fapesp.

Esta última, de 2004 até outubro de 2006, concedeu US\$ 583.561.879,00, envolvendo concessões de bolsas para exercícios futuros (FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2006). A título de curiosidade, a Fapesp apresenta, ainda, uma linha de pesquisa relacionada ao tema de políticas públicas, a qual, certamente, tem como intuito promover o bem público.

Frise-se que, nada obstante essas iniciativas que buscam fomentar a capacitação de futuros pesquisadores, um problema se afigura mais difícil que a mera formação de recursos humanos, a saber, como fazer com que os pesquisadores sejam absorvidos pelo segmento privado. A realidade brasileira é a de o Estado como o grande empregador desses pesquisadores (Cf. KRIEGER; GALEMBECK, 2006). Cabe ao pesquisador brasileiro se refugiar nas Universidades Públicas (as Universidades Privadas têm pouca participação na contratação de pesquisadores altamente qualificados) e/ou em empresas estatais.

Isso não está a significar que as empresas privadas não contratem pesquisadores e desenvolvam as suas próprias linhas de pesquisa. Tal ocorre, mas em pequena escala. Duas são as justificativas para tanto. A primeira é a condição das empresas brasileiras, que, em sua grande maioria, são de pequeno ou médio porte, e que preferem importar tecnologia a desenvolver suas próprias. Em regra, as grandes empresas são ex-estatais ou multinacionais, sendo que estas últimas possuem pouca relação com determinado país e, quando há, tal relação se dá apenas com o país em que funciona a sua matriz, sendo que, na grande maioria, o profissional será enviado para a central de desenvolvimento tecnológico que, inevitavelmente, se situará no estrangeiro. A segunda condição, amplamente correlacionada com a primeira, é o fato de as empresas brasileiras optarem mais pela atualização de produtos e processos (Cf. ARRUDA, 2006, p. 8) do que primarem pela

inovação, propriamente dita, o que torna o pesquisador brasileiro mal-utilizado.

IV.2. Condições especiais de trabalho

Cabe, agora, analisar a segunda parte do art. 218, §3º, da CB, na qual se prevê a concessão de meios e condições especiais de trabalho para os que atuam na área de ciência, pesquisa e tecnologia. A importância dessa análise se justifica pela existência do art. 7º, XXXII, da CB, o qual assegura como direito dos trabalhadores: “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

Pode-se concluir validamente que há uma conflituosidade (aparente, ao menos) entre os dispositivos ora analisados, tendo em vista que o art. 218, §3º, da CB privilegia os profissionais que atuam na área de ciência, pesquisa e tecnologia. Ou seja, cria uma distinção. Cumpre, agora, verificar qual a consequência dessa oposição.

A primeira seria a declaração de inconstitucionalidade de uma das duas previsões constitucionais. Para tanto, é certo, seria preciso reconhecer que a Constituição de 1988 estabelece uma tábua hierárquica entre suas normas. Nesta hipótese, não seria um despautério considerar que o art. 7º, XXXII, da CB teria prevalência hierárquica sobre o art. 218, §3º, da CB, em razão de o primeiro se afigurar no Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, o qual estaria protegido pelo art. 60, §4º, IV, da CB, o qual configura como cláusula pétrea (previsões não sujeitas a alteração), os direitos e garantias individuais e que são direitos e garantias previstos no mesmo título.

Tal tese, contudo, não encontra guarida constitucional, em virtude de o próprio Supremo Tribunal Federal – STF não admitir a existência de “normas constitucionais inconstitucionais”. Na ADIn n. 815-96/DF (BRASIL, 1996), o STF afastou, peremptoriamente, a linha argumentativa de que a inserção do art. 7º, XXXII, da CB, como norma de intangibilidade, seria um indício

de superioridade constitucional em face de outras normas constitucionais.

É preciso trilhar outros caminhos. Nesse sentido, poder-se-ia considerar o art. 218, §3º, da CB como uma singela exceção à previsão geral do art. 7º, XXXII, também da CB. Tratar-se-ia, assim, de uma restrição à previsão normativa do art. 7º, XXXII, da CB¹⁴.

Encerrando o assunto, o regime constitucional do Direito da Ciência e Tecnologia, no que se refere à possibilidade ou não de diferenciação de trabalho manual, técnico e intelectual, é diverso do regime constitucional dos direitos sociais (Capítulo II, do Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*), na medida em que, sim, admite a concessão de meios e condições especiais¹⁵. Não há hipocrisia constitucional neste ponto.

V. Fomento legal de investimento empresarial em pesquisa e criação de tecnologia

É determinação expressa constante do art. 218, § 4º, da CB, *in verbis*:

“A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”.

Primeiramente, cumpre consignar que esse dispositivo, ao contrário dos anteriormente discorridos, tem como âmbito de incidência, essencialmente, o setor privado. Se nos preceptivos constitucionais previamente estudados a preocupação centrava-se na atuação, por assim dizer, direta por parte do Estado (salvo o art. 218, § 2º, da CB, o qual prevê, de certa forma, a atuação indireta – normativa – do Estado, no âmbito da pesquisa tecnológica), na área da pesquisa científica e tecnológica, essa nova norma encontra-se vocacionada ao ente privado.

O Estado, contudo, não fica excluído dessa relação, na medida em que, por meio de leis, buscará incentivar, fomentar o agente privado, a investir em pesquisa. A atuação do Estado, nesse dispositivo, enfim, é indireta (normativa).

Por outro lado, uma atuação estatal nesse sentido apresentará relevância para que se reverta a tendência do setor privado nacional de investir secundariamente em P&D. O avanço do progresso tecnológico no Brasil depende muito da criação de um ambiente econômico e político que estimule as empresas privadas a investirem no setor (FONSECA, 2001).

Importa registrar, aqui, que esse dispositivo constitucional há de ser aplicado, no tocante à pesquisa tecnológica incentivada pelo Poder Público, concomitantemente ao art. 218, § 2º, já estudado. É dizer, a subvenção carreada pelo Estado, bem como os eventuais benefícios fiscais por ele concedidos, haverão de atentar para as condicionantes previstas no dispositivo mencionado. É dizer, a pesquisa tecnológica, promovida por agente privado, deverá dirigir-se, necessariamente, para (i) a solução dos problemas brasileiros e (ii) para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Nesse diapasão, o art. 219 reforça que o Estado, ao estabelecer incentivos para o segmento econômico, na área tecnológica, deverá objetivar a autonomia do país, o que deve ser compreendido a partir das condicionantes acima indicadas.

VI. Orçamento público em pesquisa e criação de tecnologia

Passa-se, agora, ao estudo da questão do repasse de recursos orçamentários, pelos Estados e Distrito Federal. Segundo o art. 218, § 5º, da CB: “É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica”.

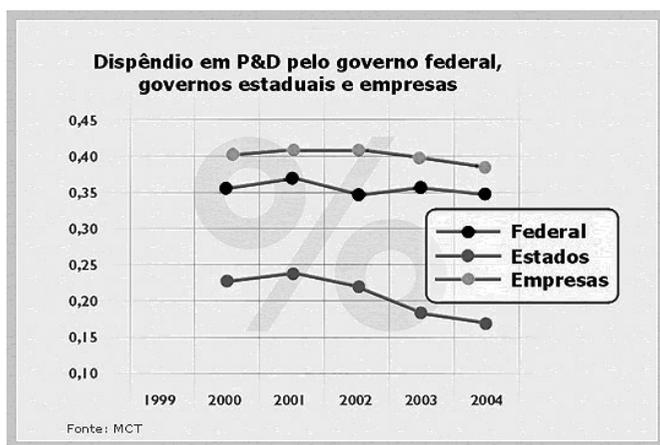
A importância desse dispositivo está no fato de o mesmo atuar como uma exceção ao disposto no art. 167, IV, da CB, o qual veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Nesse sentido, o artigo objeto de estudo nesse tópico permitiria que essa receita em específico fosse destinada a entidades públicas comprometidas com a pesquisa científica e tecnológica, tais como as fundações de amparo à pesquisa. Sobre esse assunto em específico, o STF, na ADIn n. 550-2/MT (e em diversas outras), julgou constitucional norma da Constituição de Mato Grosso que atribui à fundação de amparo à pesquisa deste ente a dotação mínima correspondente a 2% da receita tributária (BRASIL, 2002).

Ressente-se, contudo, ao se ler o art. 218, § 5º, da CB, a ausência da figura do Município e da União. Essa omissão se torna ainda mais injustificável se se levar

em consideração o art. 23, V, da CB, o qual afirma que é competência comum da *União*, dos Estados, do Distrito Federal e dos *Municípios*: “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”.

Deixando de lado essa injustificável omissão, que redundava em verdadeira exclusão dessas entidades, da exceção prevista no dispositivo constitucional em comento (art. 218, § 5º), o importante é poder notar que, muito embora tal previsão almejasse incentivar os investimentos estaduais no âmbito da P&D, tais continuam relativamente baixos, se comparados ao aporte federal, cujo investimento nesse segmento sofreu uma preocupante redução¹⁶.

Adiante, tem-se gráfico (Cf. TEIXEIRA; SIMÕES, 2006) no qual se constata facilmente a parca participação dos Estados-membros em P&D:



VII. Conclusões

O presente estudo teve como finalidade analisar, especificamente, o Capítulo IV, *Da Ciência e Tecnologia*. Buscou-se, sucintamente, verificar e integrar também alguns dispositivos constitucionais presentes em outras partes da Constituição e que mantêm relação com os preceptivos do capítulo acima mencionado, interferindo na leitura adequada da narrativa constitucional da ciência e tecnologia.

Como elementos positivos do marco constitucional, pode-se apontar o estabelecimento de alguns critérios/diretrizes para a pesquisa científica e tecnológica. No âmbito da pesquisa científica básica de caráter *estatal*, exige-se que esteja vocacionada ao bem público e ao progresso da ciência. Quanto à pesquisa tecnológica, realizada pelo Estado, deverá dirigir-se à solução dos problemas brasileiros e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Esses marcos estabelecidos auxi-

liam no controle da atuação estatal nessas áreas. Concedem aos cidadãos e órgãos de fiscalização a prerrogativa de alçar ao crivo judicial as posturas adotadas pelo Poder Público. Outro ponto positivo foi o incentivo constitucional à formação de pesquisadores e, principalmente, a preocupação demonstrada com a absorção destes pelo setor privado.

Como fator nem tão positivo do marco constitucional sobre a ciência e a tecnologia, está a natureza propositiva de algumas normas. Não há a determinação de segmentos a serem, prioritariamente, pesquisados, tampouco os meios como se darão tais pesquisas. Essa natureza das normas constitucionais fez com que houvesse um hiato temporal de quase 16 anos para que normas ordinárias fossem editadas, como é o caso da Lei do Bem (Lei n. 11.196/05) e a Lei da Inovação Tecnológica (Lei n. 10.973/04).

Ademais, tem-se como ponto negativo derradeiro a adoção de termos tradicionais do meio científico e tecnológico, tal como pesquisa científica básica, aos quais são acrescentados elementos que lhe são, aprioristicamente, estranhos (embora constitucionalmente imperiosos). Tal fato torna obrigatória a realização de uma difícil atividade exegética, ao mesmo tempo profunda e polêmica.

Verificou-se, por fim, que se encontra constitucionalmente assegurada a ampla liberdade de pesquisa. A vinculação a certas finalidades, como acima indicado, ocorre para a pesquisa pública, que cooptará agentes interessados em atuar nesse setor priorizado normativamente. Assim compreendida a vinculação mencionada, não há violação da liberdade científica e tecnológica.

Notas

¹ As Constituições brasileiras anteriores não trataram do tema, senão dedicando-lhe pequenas referências em dispositivos esparsos. A Carta de 1937 (a primeira a tratar do assunto) estabeleceu o dever do Estado de contribuir para o estímulo e desenvolvimento da ciência (art. 128); a de 1946 determinou

apenas que o Estado deve amparar a cultura, promovendo, por lei, a criação de institutos de pesquisa (art. 174, *caput* e parágrafo único); e a de 1967 dispôs que “o Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica” (art. 171, parágrafo único), disposição essa renumerada para o parágrafo único do art. 179, pela Emenda Constitucional de 1969. Analisando essa última redação, afirmou Pontes de Miranda (1972, p. 366): “A regra jurídica constitucional, ao falar de incentivo à pesquisa científica e tecnológica, apenas revela que em alguns setores do movimento de 1964 havia o reconhecimento de que o que mais falta ao Brasil é ciência e técnica. Mas apenas há programaticidade em termos gerais, sem percentual de verbas e sem criação de direitos aos que à ciência e à técnica se dedicam ou querem dedicar-se. Apenas se deu redação mais restrita ao texto de 1946”.

² Amelia Ancog (1993, p. 1, tradução nossa) explica que “[d]iversos países em desenvolvimento têm hoje consciência de que C&T é um componente essencial dos esforços para impulsionar o aumento da produtividade conducente ao crescimento. Isso foi demonstrado pelo processo de desenvolvimento dos países emergentes (*growth countries*) como o Japão e os tigres asiáticos, tais como a Coreia do Sul, Taiwan, Singapura e Hong Kong, em que o caminho para a prosperidade econômica foi aberto pelo aperfeiçoamento e desenvolvimento de sua capacidade científica e tecnológica. Tal auxiliou que desenvolvessem uma vantagem competitiva e possibilitou que cavassem uma posição no mercado mundial para seus produtos”.

³ Os Estados mais desenvolvidos e com alguns dos melhores indicadores de desenvolvimento humano apresentam alto índice de P&D. Frise-se, contudo, que não há necessariamente um juízo de identidade entre P&D e um bom Índice de Desenvolvimento Humano – IDH. Um exemplo paradigmático da desconexão entre alto investimento em P&D e índices não tão exemplares de IDH é a China, a qual, atualmente, encontra-se como o terceiro país do mundo a investir em P&D (Cf. ARRUDA; VERMULM; HOLLANDA, 2006, p. 8), mas que, entretanto, deixa a desejar em seus índices de desenvolvimento humano apurados. Em 2003, a China ocupava a posição 85 no índice de desenvolvimento humano, segundo o *Human Development Reports*.

⁴ Comentando o art. 218, § 1º, o autor afirma: “Tratamento prioritário. Trata-se obviamente de mera recomendação. Exige-se aqui uma ‘prioridade’, mas em relação a quê? À pesquisa aplicada?” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 91). Quanto ao § 2º desse mesmo artigo, afirma: “Solução dos problemas brasileiros. Outra promessa sem significado jurídico, a não ser formal” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 91). Por fim, no que toca ao § 3º, discorre: “Recursos humanos. Igualmente aqui está uma recomendação desprovida de conteúdo jurídico, senão meramente formal” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 91).

⁵ Em defesa da íntima conexão entre desenvolvimento científico e tecnológico, crescimento econômico e o papel da legislação nos países em desenvolvimento, sustenta Ancog (1993, p. 6, tradução nossa): “Uma vez que a capacidade científica e tecnológica é um dos principais componentes dos esforços para o alcance de metas econômicas, o sucesso depende muito das reformas legais que incentivem atividades de pesquisa e desenvolvimento, promovam inovações nas tecnologias existentes, aperfeiçoem o setor industrial por meio da aplicação de nova tecnologia, e fortaleçam a infra-estrutura da C&T de forma continuada.

Portanto, pode-se medir a força dos esforços de um país para o seu desenvolvimento através da sua estrutura legal, que incentiva e acomoda inovações, produtividade e excelência”.

⁶ Nesse sentido, embora referindo-se especificamente à experiência das Filipinas (ANCOG, 1993, p. 13).

⁷ O que não significa, de sua parte, uma compreensão da liberdade exclusivamente individualista, vale dizer, sem interconexões necessárias, elementos sociais e outros (Cf. TAVARES, 2006).

⁸ O tema será retomado abaixo, quando do estudo da pesquisa tecnológica no país.

⁹ O fato de poder-se encontrar governos formalmente republicanos com baixo compromisso ético-republicano não infirma a idéia apresentada.

¹⁰ Deve-se reconhecer, porém, que existe íntima conexão entre educação e desenvolvimento tecnológico: “A pesquisa está indissolvelmente ligada à educação. A conclusão semelhante a que chegaram Denison, Shiskin, Servan Schreiber, bem como ainda Robert McNamara no seminário de Jackson, Mississipi, em fevereiro de 1967, insiste em que a educação permanente é o principal motor de inovação tecnológica, sendo ambas os principais fatores do desenvolvimento no processo da economia norte-americana” (Cf. FERREIRA, 1995, p. 198). A pesquisa básica, a gerar conhecimentos não diretamente relacionados com a sua aplicação, pode apresentar-se como ponto de partida para a inovação tecnológica: “Quem poderia prever, por exemplo, que a observação das folhas de lotus através do microscópio de varredura poderia vir a produzir tintas que, quando aplicadas, resultam em carros autolimpantes?” (CHAIMOVICH, 2000, p. 135).

¹¹ Considere-se, aqui, o conceito construído por Fábio Nusdeo (2001, p. 151-152), consoante o qual a externalidade consiste no “fato de, numa atividade econômica, nem sempre, ou raramente, todos os custos e os respectivos benefícios recaírem sobre a unidade responsável pela sua condução, como seria pressuposto. (...) As externalidades correspondem, pois, a custos e benefícios circulando *externamente* ao mercado, vale dizer, que se quedam incensados, pois, para eles, o mercado não consegue imputar um preço”.

¹² Sobre a distinção entre *gubernaculum* e *jurisdictio* (sindicáveis pelo Judiciário), Cf. McIlwain (1977).

¹³ Desconsiderem-se, nesse esforço argumentativo, as importantes implicações ambientais dessa peculiar forma de geração de energia.

¹⁴ Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes (2002), com muita propriedade, pontua que: “Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002).

¹⁵ A relevância atribuída à C&T, como fator essencial na geração de crescimento econômico, justifica um especial tratamento àqueles que atuam na área, de forma a incentivá-los a permanecer nesse trabalho e maximizar a sua produtividade. Nesse sentido, defende Ancog (1993, p. 7, tradução nossa) que se estabeleça, em favor de cientistas, pesquisadores e tecnólogos, um sistema de recompensas e incentivos, em troca de seu trabalho para o governo: “Em razão da ausência de incentivos atrativos para cientistas e pesquisadores em termos de desenvolvimento de carreira e segurança financeira, eles não são induzidos a contribuir com seu conhecimento e experiência em serviço do governo. Essa é uma grande razão pela qual muitos, entre o pessoal de C&T, optam por ir a outros países em busca de melhores oportunidades de emprego, ou oferecem seu trabalho à iniciativa privada, onde são adequadamente compensados. Conseqüentemente, seus talentos criativos não se tornam disponíveis em benefício do público. Existe a necessidade, portanto, de um sistema em que se assegure aos cientistas no governo uma carreira de estabilidade e desenvolvimento com a correspondente e suficiente remuneração”.

¹⁶ Segundo artigo publicado em boletim da Unicamp, *Inovação*, 1,02% do PIB fora investido pelo Estado, em 2001, em P&D. Em 2004, apenas 0,93% (TEIXEIRA; SIMÕES, 2006).

Referências

ANCOG, Amelia C. Law, science and technology. *Law and Technology*, Washington, v. 26, n. 3, 1993.

ARRUDA, Mauro; VERMULM, Roberto; HOLLANDA, Sandra. *Inovação tecnológica no Brasil: a indústria em busca da competitividade global*. São Paulo: ANPEL, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 550-2/MT. Relator: Min. Ilmar Galvão. Cuiabá, [200-]. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 out. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 815-96/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, [199-]. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 maio 1996.

- CHAIMOVICH, Hernan. Brasil, ciência, tecnologia: alguns dilemas e desafios. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, set./dez. 2000.
- DAGNINO, Renato. O discurso de Lula sobre ciência e tecnologia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 mar. 2007. Opinião.
- DONADELI, Paulo Henrique Miotto. A declaração sobre o direito ao desenvolvimento e sua visão como um direito humano. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, a. 7, n. 13, 2004.
- EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. *Linhas de ação*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.embrapa.br/linhas_de_acao/alimentos/grao_fibra/grao_m7/mostra_documento>. Acesso em: 2006.
- FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Estatísticas*. São Paulo, 2006. Disponível em: <[http://www.fapesp.br/materia.php?data\[id_materia\]=1539](http://www.fapesp.br/materia.php?data[id_materia]=1539)>. Acesso em: 2006.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. 7 v.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995. 4 v.
- FONSECA, Renato. Inovação tecnológica e o papel do governo. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, n. 13, dez. 2001.
- KRIEGER, Eduardo; GALEMBECK, Fernando. *Ciência e tecnologia no Brasil: uma nova política para um mundo global*. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/scipol/novapol.pdf>>. Acesso em: 2006.
- MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient & modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1977.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967: com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. 6 t.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- RACY, Sonia. Geração tecnológica própria. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 11 out. 2004. Disponível em: <<http://www.clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCOD=155732>>. Acesso em: 2006.
- SILVA, Alberto Carvalho da. Descentralização em política de ciência e tecnologia. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 39, maio/ago. 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.
- TEIXEIRA, Mônica; SIMÕES, Janaína. *Investimento em pesquisa e desenvolvimento não cresce: esforço federal não detém queda dos Estados e do setor privado*. Disponível em: <http://www.inova.cao.unicamp.br/report/news-indicadores0506_15.shtml>. Acesso em: 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Meio ambiente e desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como direito humano. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 46, n. 181, jan./jun. 1993.

A fixação do valor da indenização por dano moral

Héctor Valverde Santana

Sumário

Introdução. 1. Impossibilidade de tarifação do valor do dano moral. 2. Arbitramento judicial e fundamentação da sentença. 3. Critérios gerais. 4. Critérios específicos. Conclusão.

Introdução

A fixação do valor da indenização constituiu-se, dentro da complexa temática do dano moral, ponto de maior controvérsia doutrinária e jurisprudencial. O debate sobre a reparabilidade do dano moral, outrora o mais importante sobre o tema, perdeu força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por via do artigo 5º, incisos V e X, que contemplou expressamente o direito à indenização em consequência da lesão aos direitos da personalidade¹.

A velha discussão travada entre os *negativistas*, *ecléticos* e *positivistas* foi substituída pelos estudos e debates relativos à quantificação do dano moral. A questão apresenta-se complexa em virtude da impossibilidade de encontrar uma quantia que corresponda com exatidão ao dano moral sofrido pela vítima. Não há um critério de equivalência absoluta, uma medida certa que represente a restituição integral do prejuízo imaterial, fator que agrava a dificuldade na análise da matéria (Cf. SEABRA, 2003, p. 51-55).

Em sentido contrário, a mesma dificuldade não é encontrada na indenização do dano material. A quantificação do dano

Héctor Valverde Santana é Doutor em Direito pela PUC-SP. Juiz de Direito do Distrito Federal. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor.

material se efetiva com a mera aferição da alteração patrimonial negativa. É suficiente o raciocínio no sentido de identificar o que a vítima tinha em seu patrimônio antes do ato lesivo e o que efetivamente restou após a violação. A diferença encontrada é o valor da indenização.

O princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) rege o tema da responsabilidade civil e significa que a indenização deve corresponder à exata medida do dano experimentado pela vítima, tanto no plano contratual quanto no extracontratual.

A reparação natural (*in natura*) é considerada como a melhor forma de indenização e a que mais atende aos anseios de justiça no caso concreto. O dano moral não comporta exclusivamente a reparação natural (*in natura*). Verificada qualquer violação dos direitos da personalidade, nenhuma ação humana poderá ser realizada para o fim de restabelecer a vítima à situação anterior (*status quo ante*). A título de exemplo, na divulgação equivocada pelo laboratório prestador do serviço de que determinado consumidor é portador do vírus da AIDS, o dano moral está configurado e decorre da simples prova do fato (*in re ipsa*), devendo a vítima ser indenizada pecuniariamente.

Eventual nota de esclarecimento ou pedido de desculpas, ou qualquer outro ato equivalente, não significa uma reparação natural, pois o sofrimento, a angústia e as demais alterações anímicas negativas resultantes do fato jamais serão anuladas. O laboratório que enviar nota de esclarecimento ou pedido de desculpa, ou praticar ato similar, certamente estará minimizando os efeitos danosos do seu ato ilícito. A conduta do agente ofensor (laboratório) deverá ser considerada como circunstância que justifique a redução do *quantum debeat* no procedimento de avaliação do dano moral.

Além dos aspectos acima destacados e que bem demonstram a complexidade da atividade intelectual a ser desenvolvida pelo operador do direito na valoração do

dano moral, exige-se que a indenização atenda necessariamente às finalidades compensatória, punitiva e preventiva. O direito brasileiro não contempla quantias específicas para atender a cada uma das finalidades da reparação do dano moral.

Inexiste um determinado valor em dinheiro que corresponda especificamente à compensação da vítima ou outro montante em dinheiro referente à finalidade punitiva, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América com os *punitives damages*, ou distinta quantia para atender o caráter preventivo da indenização. O direito brasileiro prevê o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro, de um valor global, que deve atender simultaneamente a todas as finalidades da indenização.

O procedimento de fixação do valor da indenização dos danos morais pressupõe o esgotamento da discussão sobre o *an debeat*, ou seja, exige-se que esteja incontroverso o dever de reparar pecuniariamente a violação dos direitos da personalidade da vítima. Nessa fase, não comporta estabelecer qualquer discussão sobre a possibilidade de compensar a dor da vítima com dinheiro – ultrapassado argumento utilizado pelos adeptos da corrente *negativista* – ou invocar a incerteza do rol aberto dos direitos da personalidade, ou reinventar uma causa excludente de ilicitude, ou qualquer outra tese de defesa quanto à existência da obrigação de reparar o dano experimentado pela vítima.

Mister, pois, a plena demonstração dos requisitos gerais da responsabilidade civil como antecedente lógico para o procedimento de fixação do valor da indenização por danos morais. Ou seja, em se tratando de responsabilidade civil de natureza subjetiva, como é a regra geral das relações jurídicas civis, a conduta comissiva ou omissiva do agente causador do dano, com a necessária comprovação do dolo ou culpa, o nexo de causalidade e o dano extrapatrimonial são aspectos imprescindíveis para

a progressão em direção ao procedimento de valoração do *quantum debeat*.

Observe-se que o Código Civil, por intermédio do artigo 927, parágrafo único, acolhe também a responsabilidade civil objetiva nas hipóteses em que se identifica a exploração de atividade de risco. Portanto, a partir da vigência do Código Civil de 2002, a regra geral da responsabilidade civil subjetiva sofre um abrandamento em virtude da disciplina das atividades de risco, submetendo-as à responsabilidade objetiva, tornando prescindível para a sua configuração a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente causador do dano.

1. Impossibilidade de tarifação do valor do dano moral

Aspecto destacado na discussão sobre a valoração do dano moral é a pertinência ou não de sua tarifação (Cf. CIANCI, 2003, p. 101-109). Ocorre que a Constituição Federal de 1988 elimina qualquer pretensão de impor limites ao dano moral. Com efeito, a atual ordem constitucional não recepcionou as leis e tratados firmados pelo Brasil que estabeleciam parâmetros pecuniários para a indenização dos danos morais, uma vez que o artigo 5º, inciso V, determina que *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*.

A regra constitucional acima transcrita, e que estabelece a proporcionalidade da resposta (indenização) ao agravo, agasalha o princípio da reparação integral no campo da responsabilidade civil. Trata-se de posição contrária a qualquer pretensão de limitar o valor da indenização por danos morais. Tem-se que a Constituição Federal de 1988 elegeru critério mais justo, porquanto a tarifação do dano moral representa, em última análise, uma punição à vítima.

A tarifação do dano moral atenta contra os direitos subjetivos daquele que sofreu o dano, pois transfere ao mesmo o dever

de suportar o valor excedente que previamente fora estipulado em lei, sobretudo em determinados casos concretos em que se identifica grau intenso de culpa (sentido amplo) do ofensor e a significativa repercussão social do ato ilícito. Conclui-se que é princípio de justiça impor àquele que causa um dano a outrem o dever de indenizá-lo integralmente, responsabilizando cada qual pelos respectivos atos ilícitos praticados em afronta ao conjunto de interesses e direitos imateriais da vítima.

O Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei Federal n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, por intermédio do artigo 84, §§ 1º a 3º, parcialmente revogado pelo Decreto-lei n. 236, de 28 de fevereiro de 1967, tarifava o valor do dano moral, pois previa como limites mínimo e máximo, respectivamente, as quantias correspondentes a cinco (5) e cem (100) vezes o maior salário mínimo vigente no país. Admitia-se, contudo, a duplicação do valor da indenização quando o ofensor fosse reincidente em ilícito contra a honra.² Registre-se que o Código Brasileiro de Telecomunicações sofreu posterior revogação pela Lei Federal n. 9.472, de 16 de junho de 1997, remanescendo apenas a disciplina penal não tratada na lei nova, bem como os preceitos relativos à radiodifusão.

O Código Eleitoral – Lei Federal n. 4.737, de 15 de julho de 1965, por intermédio do artigo 243, § 2º, dispositivo que fora introduzido pela Lei Federal n. 4.961, de 4 de maio de 1966, ao regular a propaganda partidária, determina que, nos casos de calúnia, injúria ou difamação, o ofendido pode buscar a reparação civil do dano moral, nos moldes disciplinados pelos artigos 81 a 88 do Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei Federal n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, inclusive a tarifação prevista no artigo 84, §§ 1º a 3º, cujo valor máximo correspondia a cem (100) vezes o maior salário mínimo vigente no país. Porém, a tarifação do dano moral no pleito eleitoral não subsiste, pois, conforme alinhado acima, os aludidos dispositivos

do Código Brasileiro de Telecomunicações foram revogados pelo Decreto-lei n. 236, de 28 de fevereiro de 1967.

A Lei de Imprensa – Lei Federal n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, por via do artigo 49, dispõe sobre a responsabilidade civil, tanto moral quanto material, daquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, mediante dolo ou culpa, viola direito ou causa prejuízo a outrem. Ocorre que a Lei de Imprensa indica casuisticamente os suportes fáticos que considera como dano moral indenizável.

Assim, a disciplina da responsabilidade civil do jornalista por danos morais é reduzida aos casos de calúnia, difamação e injúria, bem como às hipóteses do artigo 16, incisos II e IV, que consistem em publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem: desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Finalmente, o artigo 18 da referida lei prevê a responsabilidade por dano moral daquele que obtém ou procura obter, para si ou para outrem, favor, dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça publicação, transmissão ou distribuição de notícias.

O artigo 51 da Lei de Imprensa impõe limites ao valor de toda espécie de dano, inclusive o dano moral, nestes termos: a responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I – a 2 (dois) salários mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV); II – a 5 (cinco) salários mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; III – a 10 (dez) salários mínimos da região, nos casos de imputação de fato

ofensivo à reputação de alguém; IV – a 20 (vinte) salários mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a Lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Outra limitação ao valor do dano moral está prevista no artigo 52 da Lei de Imprensa, pois estabelece que a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação está limitada a dez (10) vezes o valor máximo previsto no artigo 51 da Lei de Imprensa, ou seja, hipótese de condenação do autor do escrito, transmissão ou notícia, ou do responsável por sua divulgação, nos casos em que houver demonstração de culpa em sentido estrito.³

Rogério Ferraz Donnini e Oduvaldo Donnini (2002, p. 122-125) sustentam que a Constituição Federal de 1988 consagrou a indenização irrestrita, tanto por dano moral quanto por dano material, razão pela qual não houve recepção das tarifações previstas na Lei de Imprensa. Consideram que as *supra* registradas tarifações da Lei de Imprensa representam um privilégio injustificável conferido a um segmento profissional, bem como que os valores previstos não correspondem à indenização ampla e, em determinados casos, proporcional ao agravo, conforme impõe a Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência brasileira posiciona-se na mesma linha doutrinária acima registrada.⁴ A orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça pode ser constatada pela fundamentação do voto da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, nestes termos: “Elevado o ressarcimento do dano moral ao patamar da Constituição, não há, em verdade, como restringi-lo aos limites impostos pelos referidos artigos da Lei de Imprensa, notoriamente insuficientes a inibir qualquer ação irresponsável da imprensa que, se ostenta o direito de informar, ao fazê-lo, não deve, extrapolando a realidade dos fatos, atingir a honra e a dignidade da pessoa.”⁵

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Segunda Seção, em 28 de abril de 2004, editou a súmula n. 281, com o seguinte enunciado: “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

O Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei Federal n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, por via do artigo 257, ao disciplinar a responsabilidade civil do transportador aéreo, fixava o valor máximo da indenização por dano moral. Dessa forma, em razão de morte ou lesão de consumidor ou tripulante motivada por acidente verificado na execução do serviço, seja a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque, o valor máximo da indenização previsto para a reparação do dano moral correspondia a três mil e quinhentas (3.500) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN), enquanto, no caso de atraso do transporte aéreo, o valor máximo estipulado foi fixado em cento e cinquenta (150) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN).⁶

O Supremo Tribunal Federal decidiu que não há tarifação do dano moral em caso de extravio de bagagem no transporte aéreo internacional de passageiros, consoante voto do Ministro Marco Aurélio, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário n. 172.720-9, precedente reiteradamente invocado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelas instâncias ordinárias em casos semelhantes, que por sua vez contribuiu para a uniformização da jurisprudência sobre a presente questão.⁷

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, no caso de dano moral verificado em razão de descumprimento do contrato de transporte aéreo doméstico, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, com indenização ampla, tendo revogado, nessa parte, o Código Brasileiro de Aeronáutica, que previa indenização tarifada. Não é permitido qualquer privilégio de tratamento dos diversos prestadores de serviço em relação ao consumidor,

destinatário final do serviço, no sentido de diminuição da responsabilidade com a tentativa de invocar a tarifação prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica.⁸

O Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, composto pelos membros do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, realizou, em agosto de 1998, amplo debate sobre dano moral, donde foram extraídas conclusões, sendo as mesmas apresentadas aos integrantes daquele Tribunal a título de sugestão para o arbitramento do dano moral, a saber: 1. *Pedido de dano moral por inclusão indevida do nome em SPC-SERASA – Cartório de Protestos: até 20 salários mínimos*; 2. *Pedido de dano por morte de esposo, esposa, filhos: 100 salários mínimos*; 3. *Outras bases de pedidos: até 90 salários mínimos*; 4. *Com atenção ao caso concreto, cada juiz tem inteira liberdade na aquilatação dos valores indenizatórios. As sugestões, no entanto, são válidas, como parâmetros orientadores, no comum dos “casos”* (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 39-40).

Apesar da elogiável iniciativa do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, posto que teve como objetivo oferecer parâmetros razoáveis à magistratura mineira desincumbir-se da difícil tarefa de valorar o dano moral, com a máxima vênua, as conclusões acima delineadas representam uma tentativa de tarifação do dano moral, circunstância contrária ao objetivo da Constituição Federal de 1988.

Entre as várias tentativas de impor limites legais à indenização dos danos morais, cite-se como exemplo o Projeto de Lei n. 150, de 18 de março de 1999, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. A referida proposta legislativa visava proteger o “patrimônio moral” da pessoa física, da pessoa jurídica e também dos entes políticos, destacando a defesa da pátria, da bandeira e do hino nacionais.

Visando oferecer aos magistrados uma base mais sólida e atual para a valoração do dano moral, o parlamentar mencionado propôs uma classificação para os danos

morais em ofensa leve, média, grave e gravíssima. Assim, postulava a limitação da ofensa leve em até cinco mil e duzentos reais (R\$ 5.200,00); para a ofensa média, previa um valor entre cinco mil duzentos e um reais (R\$ 5.201,00) e quarenta mil reais (R\$ 40.000,00); a ofensa grave oscilava entre quarenta mil e um reais (R\$ 40.001,00) a cem mil reais (R\$ 100.000,00); finalmente, as ofensas gravíssimas seriam reparadas com valores acima de cem mil reais (R\$ 100.000,00). Registre-se que, de acordo com o referido projeto de lei, havia possibilidade de o juiz elevar ao triplo o valor de indenização em caso de reincidência ou “indiferença do ofensor”.⁹

Apesar de filiar-se a entendimento minoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, Rui Stoco (1999, p. 765) considera que o sistema tarifado ou fechado melhor atende à indenizabilidade do dano moral. Ressalta, contudo, que o tarifamento deve ser previsto em margens mínimas e máximas mais dilargadas, posto que ao juiz deva ser deferida uma atividade discricionária mais ampla, não lhe impondo parâmetros estreitos, sem qualquer margem para realizar a justiça do caso concreto. No mesmo sentido, Américo Luís Martins da Silva (2002, p. 63) entende que, sem critérios previamente estabelecidos e ante a inexistência de limites legais, o valor do dano moral tende ao abuso e exagero.

Em contraposição ao sistema fechado ou tarifado, existe o sistema aberto ou ilimitado, este caracterizado pela inexistência de prévios parâmetros legais à indenização do dano moral. À exceção das leis federais acima mencionadas que tarifaram o dano moral, técnica afastada pela Constituição Federal de 1988, o sistema aberto faz parte da tradição jurídica brasileira.

2. Arbitramento judicial e fundamentação da sentença

Durante a vigência do Código Civil de 1916, à míngua de regra expressa sobre a

quantificação do dano moral, a doutrina¹⁰ posicionava-se pela utilização do arbitramento judicial para a resolução da questão, conforme regra genérica prevista no artigo 1.553.¹¹ Igualmente, a jurisprudência admitia a valoração do dano moral por meio do arbitramento judicial, reconhecendo a inexistência de regra específica quanto à liquidação das obrigações resultantes dos atos ilícitos violadores dos direitos da personalidade.¹²

Atualmente, com a vigência da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a doutrina (Cf. CARVALHO FILHO, 2003, p. 193-197) e a jurisprudência¹³ têm apontado a equidade como critério para a fixação do valor do dano moral. Extrai-se da lição de Maria Helena Diniz (2003, p. 97) que o arbitramento judicial persiste como critério próprio para a quantificação do dano moral, também indicando que o artigo 944 do Código Civil deve ser aplicado à questão.

A equidade está contemplada expressamente em alguns artigos do Código Civil como critério para a fixação do valor da indenização (CARVALHO FILHO, 2003, p. 91-112). A equidade é utilizada para a quantificação do dano material, cujo montante da indenização não poderá ultrapassar a extensão do dano, mas tão-somente será admitida para a mitigação do valor ressarcitório, de acordo com os casos expressamente previstos em lei. Entretanto, a equidade é também manejada como critério para alcançar um valor justo para a reparação do dano moral.

A responsabilidade civil subsidiária do incapaz está disciplinada pelo artigo 928 do Código Civil, sendo que o respectivo parágrafo único estabelece o critério da equidade para a quantificação da indenização. A regra legal determina que o valor da indenização não poderá privar do necessário à subsistência o próprio incapaz e as pessoas que dele dependam. O artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, prevê que o valor da indenização poderá ser re-

duzido em razão da valoração do grau da culpa do agente causador do dano.

A culpa concorrente da vítima é considerada para efeito de fixação do valor da indenização, conforme dispõe o artigo 945 do Código Civil, sendo a equidade o critério valorativo apropriado à espécie. Nesse caso, o juiz deve aferir o grau de cooperação da vítima para a verificação do evento lesivo, mitigando a responsabilidade do agente causador do dano na exata medida da participação culposa da vítima.

A equidade é adotada, ainda, como critério valorativo da indenização nos casos previstos nos artigos 953 e 954, ambos do Código Civil. O primeiro caso versa sobre a indenização devida em razão de atentado à honra do sujeito de direito. Havendo dificuldade de realizar a prova do prejuízo material, a indenização (por dano moral) será fixada equitativamente pelo juiz, consideradas as peculiaridades do caso concreto. A segunda hipótese refere-se ao dano moral decorrente de violação à liberdade pessoal, cujo montante também será alcançado equitativamente pelo juiz da causa.

Variadas críticas são frequentemente lançadas contra o sistema aberto, todavia muitas delas desproporcionais e improcedentes. É certo que não se trata de um sistema perfeito, que conta com unânime opinião doutrinária. Não é composto nos moldes de uma lógica matemática, apoiado exclusivamente em procedimento cartesiano. Ao contrário, o sistema aberto de fixação do valor do dano moral leva em conta uma intensa atividade subjetiva do juiz.

Os adeptos do sistema tarifado do valor do dano moral não concordam com a extensão dos poderes conferidos ao juiz nessa matéria. Entendem que o juiz não é o melhor agente estatal para aferir pecuniariamente a lesão aos direitos da personalidade. Entretanto, os referidos críticos não indicam fundamentos consistentes que justifiquem tal posicionamento, mas tão-somente a mera e difusa opinião de

ausência de segurança jurídica na discricionariedade judicial. Preferem delegar a tarefa ao legislador, pois este seria detentor da legitimidade para formular norma jurídica abstrata e genérica que venha a dispor sobre o patrimônio dos sujeitos de direito de determinada sociedade.

Assim, à míngua de parâmetros legais, matemáticos ou exatos, o juiz utiliza o seu prudente arbítrio, o bom senso, a proporcionalidade ou razoabilidade para valorar o dano moral.¹⁴ A atuação do juiz dirige-se a encontrar uma quantia que não seja ínfima, simbólica, que não represente uma mera censura judicial, ou reduzida a ponto de desmerecer a relevante natureza jurídica do bem da vida violado (direitos da personalidade). Por outro lado, o juiz não pode estabelecer um valor para o dano moral que represente um enriquecimento ilícito da vítima, um injustificado aumento patrimonial, ou corresponda a um montante desproporcional à condição econômica do ofensor, fato capaz de levá-lo à ruína.

O prudente arbítrio do juiz significa que a quantificação do dano moral fica exposta a um critério essencialmente subjetivo, regido conforme as concepções pessoais e personalidade do magistrado, que certamente revela as variantes intrínsecas de cada ser humano. Não é uma tarefa cuja solução justa tenha fonte exclusivamente no aprimoramento do tecnicismo jurídico. O tema está vinculado à formação do juiz no que tange aos seus valores dominantes, sua base filosófica, seu posicionamento sociológico, seu ponto de vista humanístico, entre outros fatores (Cf. SANTOS, 2003, p. 152-153).

Os diversos fatores acima referidos por vezes provocam posicionamentos contraditórios entre os diversos integrantes da magistratura, resultando em julgados divergentes quanto ao valor atribuído ao dano moral. Porém, o próprio sistema jurídico cria mecanismos de controle, a exemplo da permissão do Superior Tribunal de Justiça que supera o óbice contido na

súmula n. 07 para aferir a razoabilidade das indenizações estabelecidas pelas instâncias ordinárias.

O bom senso do juiz revela a sua capacidade de apreciar e encontrar a solução do caso concreto com serenidade, retidão e clareza. Representa, pois, a condução racional de um julgamento, a moderação na aferição dos dados fáticos que contêm um processo judicial, que por sua vez auxilia na valoração do dano moral, todavia sempre tendo como referência um conjunto de crenças e opiniões dominantes em determinada coletividade (ABBAGNANO, 1998, p. 111).

A idéia de proporcionalidade ou razoabilidade da atuação do juiz na fixação do valor do dano moral tem apoio em densa doutrina formulada especialmente no campo do direito público. A reparabilidade do dano moral constitui-se em direito fundamental, essência de nosso modelo constitucional e resguardado como cláusula pétrea, não suscetível de modificação, conforme artigo 5º, incisos V e X, e artigo 60, § 4º, inciso IV, ambos da Constituição Federal de 1988.

Suzana de Toledo Barros (2000, p. 73) sustenta que o objetivo máximo da sociedade e do Estado brasileiro é a tutela da dignidade da pessoa humana, sendo admissível o reconhecimento de novos direitos fundamentais, contudo impera a necessidade do estabelecimento de garantias a esses direitos. O princípio da proporcionalidade tem assento no contexto normativo constitucional, especificamente no princípio da reserva legal, por meio do qual se prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Trata-se de uma *garantia especial* que se manifesta na intervenção estatal necessária à tutela dos direitos fundamentais, de forma adequada e na justa medida. Portanto, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é uma complementação

do princípio da reserva legal (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988), sobretudo na exigência de submeter a disciplina dos direitos fundamentais, entre eles a reparabilidade do dano moral, aos ditames da lei formal.

A autora *supra* citada ensina que a complementação do princípio da reserva legal pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade promove a conversão daquele em princípio da *reserva legal proporcional* e compreende que a fundamentação do princípio em questão não reside apenas no que tange aos direitos fundamentais, mas as restrições impostas a estes podem, inclusive, comprometer o próprio Estado de Direito.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade está originariamente endereçado ao legislador, tendo como objetivo precípua a elaboração de leis, ou seja, normas jurídicas gerais e abstratas que garantam os direitos fundamentais. Porém, ao sentenciar um processo que exija a fixação do valor do dano moral, o juiz deve se valer do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade na formulação da norma jurídica individual e concreta, a fim de evitar qualquer restrição aos direitos fundamentais e o comprometimento do Estado de Direito.

A questão da motivação da sentença que fixa o valor do dano moral é aspecto destacado pelo estudo desenvolvido por Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 267-275). O sistema jurídico brasileiro autoriza o juiz a estabelecer o valor do dano moral sem prévias limitações, mediante o livre arbitramento, atendidas todas as peculiaridades de cada caso concreto. Mesmo não havendo critérios legais, o juiz deve observar critérios lógicos na fundamentação da sentença, a fim de possibilitar o controle da racionalidade de seu ato.

Entende que o arbitramento judicial é o melhor sistema de quantificação do dano moral, o que se mostra mais justo e seguro, bem como o que menos problemas apresenta (Cf. ARAGÃO, 1998, p. 15-21). Assim, o juiz deve trilhar os critérios for-

necidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência. Além desses critérios, afirma que a sentença deve orientar-se também pelo critério lógico, consistente na fundamentação adequada a fim de assegurar o controle de racionalidade e possibilitar o exercício do direito de reexame da matéria pela instância superior. Nesse sentido, posiciona-se sobre a distinção entre o esperado valor *arbitrado* judicialmente e a indesejada *arbitrariedade* na valoração do dano moral.

Destaca, ainda, que o problema da racionalidade da decisão tem um sentido especial quando se trata de casos concretos em que as premissas não são pacíficas ou costumeiramente contestadas, bem como nas situações nas quais a resolução da questão assenta-se no “bom senso”. A motivação adequada da sentença justifica aos interessados que a prestação jurisdicional não decorreu de uma escolha intuitiva ou emergiu de um juízo arbitrário.¹⁵

Na mesma linha de argumentação da necessidade de motivação da sentença, Chaïm Perelman (1998, p. 209-211) reconhece que o raciocínio jurídico manifesta-se, essencialmente, em sede processual. Influenciado pela doutrina franco-belga, entende que o juiz tem o papel principal de dizer o direito, vedando-lhe a função criadora. Entretanto, em alguns casos, o juiz deve complementar a lei, reinterpretá-la ou torná-la mais flexível. O estudo das técnicas de motivação das sentenças permite identificar os vários raciocínios utilizados pelos juízes de primeiro grau e dos tribunais.

A necessidade de motivação da sentença consiste na exteriorização das razões do julgador, circunstância que afasta a possibilidade de praticar um ato arbitrário. A motivação contribui para que as partes litigantes (bem como toda a coletividade) possam compreender o raciocínio do julgador, facilita a identificação dos pontos divergentes, viabiliza a interposição do recurso ou, inclusive, é dado fundamental para a formação da convicção da improcedência do pleito.¹⁶

A questão da motivação da sentença na fixação do dano moral merece o destaque doutrinário dispensado, porquanto representa a única possibilidade de identificação das razões do ato judicial. Cuida-se de tema complexo e controvertido, marcado pela ausência de parâmetro legal, contudo o juiz tem o dever constitucional (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988) e legal (artigo 131 do Código de Processo Civil) de motivar a sua sentença.

O estudo do assunto não se resume apenas na análise das conseqüências processuais da nulidade da sentença desprovida de motivação. O enfoque do tema se volta para a afirmação de que o ato judicial que fixa o dano moral deve declinar, de forma clara e adequada, as razões que o levaram a estabelecer um determinado valor em dinheiro para a reparação da violação ao direito da personalidade. Inexistindo um valor pré-fixado, a sentença deve ser proferida com uma argumentação lógica que possibilite a qualquer interessado, seja o autor, o réu, os advogados, membros do Ministério Público e a sociedade em geral, conhecer o caminho percorrido, identificar o acerto ou erro na fundamentação.

A sentença desprovida de motivação é ato arbitrário, que gera situação incompatível com a missão do Poder Judiciário de compor os litígios e contrária ao Estado Democrático de Direito. Somente por intermédio do conhecimento pleno das razões da sentença é que a via recursal será viável. Portanto, a motivação da sentença de indenização por danos morais exige do juiz uma atividade mais minuciosa, porquanto deve indicar, além dos pressupostos da responsabilidade civil, o critério que pautou a sua orientação e as regras de experiência de que se valeu para fixar o valor do dano moral.

A sentença que impõe o dever de indenizar o dano material não guarda tanta complexidade quanto o ato judicial que valora o dano moral. A motivação da sentença de indenização do dano material, no que tange ao seu valor, avalia e indica

a prova contida nos autos que representa a diminuição patrimonial experimentada pela vítima. O valor da indenização do dano material corresponde exatamente à variação patrimonial negativa que a vítima sofreu em virtude da prática do ato ilícito. De outro modo, quando a questão versa sobre dano moral, a tarefa do juiz se mostra mais complexa, uma vez que primeiramente deve fundamentar acerca do critério utilizado, sendo que depois deve motivar cada item que considerou para encontrar o valor do dano moral.

Não obstante os variados aspectos subjetivos que envolvem a atividade jurisdicional na fixação do dano moral, conforme acima registrado, alguns critérios objetivos são indicados pela doutrina e jurisprudência como válidos na fundamentação da sentença, os quais são abordados no item seguinte.

3. Critérios gerais

Constata-se que há muito tempo os operadores do direito têm desenvolvido esforços no sentido de estabelecer critérios para a valoração do dano moral. Diversos posicionamentos foram apresentados sob os mais variados enfoques. Não obstante a intensa produção intelectual e os numerosos resultados dessa atividade, ainda não foi eleito um critério padronizado que pudesse ser admitido de forma unânime quanto à quantificação pecuniária da lesão dos direitos da personalidade.

Ávio Brasil (1944, p. 103-115), em trabalho publicado no ano de 1944, após análise do direito brasileiro e também de alguns sistemas jurídicos estrangeiros, considera que o melhor método de valoração do dano moral é o arbitramento judicial. Então, apresenta cinco regras que devem ser observadas pelo juiz no procedimento de fixação da indenização do dano moral.

A primeira regra visa à satisfação pecuniária da vítima, contudo sem que ocorra o empobrecimento indevido do ofensor. O

doutrinador em questão sustenta a aplicação dessa regra a todos os casos de arbitramento do dano moral. Cuida-se de impedir o *enriquecimento ilícito*, fundamento moral extraído da premissa de que ninguém poderá locupletar-se à custa de outrem. Esclarece que não é contra o enriquecimento da vítima, mas que tal ocorrência não signifique o empobrecimento injustificado do ofensor. O juiz deve calcular uma quantia que não seja irrisória, a ponto de agravar ou expor ainda mais ao ridículo a vítima, mas que represente uma compensação diante do que perdeu ou sofreu.

A segunda regra se refere à necessidade de equilibrar o caso concreto às normas gerais, considerando três aspectos distintos. O primeiro aspecto cinge-se à curva de sensibilidade em relação: a) à vítima; b) ao homem normal; c) ao grau de educação da vítima; d) aos princípios religiosos da vítima. O segundo aspecto leva em conta a influência do meio, avaliando a repercussão pública da ofensa e a posição social da vítima. O último aspecto considera se houve lesão à honra ou se o fato constitui-se em simples emotividade pessoal. Argumenta, nesse passo, quanto à impossibilidade de encontrar um valor que corresponda com exatidão ao dano moral, mas que são aceitáveis todos os critérios, sejam subjetivos ou objetivos, que conduzam à manutenção do princípio racional do *neminem laedere*.

A terceira regra determina que deverá ser considerada a espécie do fato, ou seja, se é de ordem puramente civil, comercial ou penal. O autor citado arrola várias circunstâncias objetivas, entre elas a idade, sexo, grau educacional e de inteligência da criança (vítima), no caso de morte em tenra idade; número de filhos dos autores da ação; se a pretensão é vertida em juízo por ambos os pais ou se por apenas um deles; e a condição econômica dos pais. Indaga-se, ainda, se o fato também constitui crime ou contravenção; se o mesmo é afiançável ou não, observando-se a pena mínima e máxima; se houve consumação ou apenas

tentativa; se houve dolo ou culpa; e se há circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A quarta regra dispõe que a extensão da repercussão pública seja em triplo à repercussão da notícia que resultou o dano. Sustenta que é possível adotar, nos casos de reparação dos danos morais, o critério da pena-base utilizado pelo Código Penal.

A última regra versa sobre a constatação, nos casos de simples acidente, se, além do prejuízo físico da perda do órgão ou membro, há prejuízo de ordem estética, levando em conta, entre outros fatores, se ocorre diminuição da capacidade laboral da vítima e que o valor do dano estético deve ser encontrado mediante análise da condição social da vítima.

Critério correntemente citado pela doutrina brasileira para encontrar o valor do dano moral se refere à adoção do sistema da pena de multa previsto no Código Penal.¹⁷ Saliente-se que tal critério não tem encontrado aceitação na jurisprudência brasileira (Cf. SANTOS, 2003, p. 198). Entende-se como correta a posição do Poder Judiciário brasileiro em refutar o sistema de pena de multa do Código Penal para encontrar o valor do dano moral. Com efeito, não há que se confundir as duas esferas de responsabilidade (penal e civil), que são absolutamente distintas dentro do nosso sistema jurídico, nos termos do artigo 935 do Código Civil.

A valoração pecuniária do crime tem pressupostos próprios. Tome-se apenas como exemplo o fato de que o valor imposto ao réu deve ser vertido aos cofres públicos em até dez dias após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 50 do Código Penal, sob pena de execução específica. A sanção penal é a resposta do sistema jurídico à violação de direito que compromete o equilíbrio da vida em sociedade, em perspectiva evidentemente pública.

Por outro lado, a quantia determinada a título de reparação do dano moral destina-se exclusivamente a integrar o patrimônio

da vítima, ou seja, não há qualquer destinação ao erário, bem como se caracteriza como uma reação do sistema jurídico a uma violação de direito subjetivo privado, seja no plano individual ou transindividual.

A utilização do critério da pena de multa criminal para apurar o valor do dano moral encontrava adeptos em razão da redação do artigo 1.547, parágrafo único, do Código Civil de 1916¹⁸, que disciplinava o método de quantificação da indenização resultante de injúria ou calúnia, estabelecendo que, tornando-se inviável a prova do prejuízo material, o ofensor deveria pagar quantia correspondente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

Não obstante constar referência expressa a dano de ordem material na primeira parte do parágrafo único do artigo 1.547 do Código Civil de 1916, afirma-se que a determinação constante na segunda parte da referida regra legal, consistente no pagamento de quantia correspondente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal, representava uma forma de reparação de dano moral, vez que consistia em resposta à violação da honra da vítima.

A reforma da Parte Geral do Código Penal, efetivada com a edição da Lei Federal n. 7.209, de 11 de julho de 1984, alterou significativamente o regime da pena de multa. O pagamento da pena de multa consistia na aquisição de selo penitenciário, nos termos do artigo 35 da redação original do Código Penal de 1940, mas que posteriormente foi substituído pelo sistema de dias-multa.

À guisa de exemplo da posição doutrinária favorável à aplicação do sistema de multa criminal na quantificação do dano moral, freqüentemente cita-se o parecer elaborado por Galeno Lacerda (1996, p. 94-101), em resposta à consulta formulada por advogado que patrocinara causa de indenização por dano moral, em que a sentença reconheceu que houve violação de direito da personalidade, mas impôs ao ofensor o pagamento de quantia considerada insuficiente.

O Parecerista acima citado sustenta que o sistema de pena de multa previsto no Código Penal pode ser adotado para efeito de se descobrir o referencial máximo da reparação de todos os casos de dano moral, observando-se os seguintes passos: a pena de multa, conforme o artigo 49 do Código Penal, pode ser fixada entre dez a trezentos e sessenta dias-multa, sendo que cada dia-multa não poderá ser inferior a um trigésimo e nem superior a cinco vezes o valor do salário mínimo, conforme artigo 49, § 1º, do Código Penal. A pena de multa poderá, ainda, ser triplicada, nos termos do artigo 60, § 1º, do Código Penal.

Dessa forma, se a pena de multa for fixada em trezentos e sessenta dias-multa, atribuindo-se a cada dia-multa o valor correspondente a cinco salários mínimos, totalizará um valor equivalente a mil e oitocentos salários mínimos. Porém, conforme registrado acima, há autorização legal (artigo 60, § 1º, do Código Penal) para triplicar o referido número (1.800 x 3), alcançando o montante máximo da pena criminal correspondente a cinco mil e quatrocentos salários mínimos.

O procedimento estabelecido pelo direito penal pode ser transferido para todas as hipóteses de dano moral, não se limitando apenas aos casos de injúria ou calúnia, possibilitando atingir, na esfera cível, o montante de dez mil e oitocentos salários mínimos, conforme sustentam doutrina e jurisprudência. Com efeito, a referida quantia era alcançada pela aplicação do artigo 1.547, parágrafo único, do Código Civil de 1916, acima referido, uma vez que autorizava, a título de reparação do dano moral, o juiz a impor ao ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

Além da indenização tarifada, o Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei Federal n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, por intermédio do artigo 84, indicou expressamente os critérios que deveriam ser observados pelo juiz na fixação do valor do dano moral, nestes termos: *Na estimação de*

dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão das ofensas.

A Lei de Imprensa - Lei Federal n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, de forma exemplificativa, todavia mais minuciosa que o Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei Federal n. 4.117, de 28 de agosto de 1962 -, também indicou vários critérios que deveriam ser seguidos pelo juiz na árdua tarefa de valorar o dano moral. Assim, o artigo 53 da Lei de Imprensa foi redigido da seguinte forma: *No arbitramento da indenização em reparação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou civil fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na Lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.*

Antônio Jeová Santos (2003, p. 180-185) constata a complexidade do tema relativo à valoração do dano moral e enumera critérios gerais que os operadores do direito devem observar em cada caso concreto. Registra que o dano moral é *incomensurável*, uma vez que não tem tradução pecuniária. Portanto, a indenização por dano moral é uma convenção, cujo valor deve ser determinado pelo juiz, todavia com apoio em critérios de flexibilidade de que o direito dispõe. Considera que há necessidade de homogeneização das indenizações a fim de evitar o descrédito da justiça, evitando a fixação em valor ínfimo, mas se adotando um *piso flexível* de acordo com as particularidades do caso concreto. Por outro lado,

mister a observância de um *teto prudente*, não permitindo que a indenização se torne em fonte de enriquecimento injusto, uma vez que é vedado ao juiz fazer generosidade com dinheiro alheio. O *contexto econômico do país* deve orientar o juiz na fixação do valor da indenização, considerando o custo social, ou seja, a situação econômica das empresas e pessoas físicas, o fato da fragilidade da economia brasileira e a nossa qualificação de país em desenvolvimento (terceiro mundo).

O autor acima referido sustenta, ainda, que a indenização por dano moral somente deve ser concedida se houver *prova convincente, firme e clara* de sua ocorrência. O dano moral nem sempre tem uma resposta afirmativa, mas deve ser aferido dentro de cada caso concreto, mediante a convicção formada com base na prova dos autos. Afirma que o juiz deve atuar com *capacidade moderadora*, com razoabilidade, utilizando a *equidade* e avaliando as *circunstâncias particulares* do caso concreto. Há necessidade de um *consenso* entre os juízes acerca da quantia da indenização do dano moral, evitando decisões díspares que conflitem com as expectativas dos jurisdicionados. Porém, destaca que não se trata de uma uniformização de procedimentos, circunstância que atentaria contra a independência da magistratura.

Finalmente, aponta a *segurança jurídica* como um valor a ser perseguido por todos, uma vez que a parte interessada tem o direito de saber com antecedência o provável resultado da demanda, sem maiores angústias e incertezas. A decisão judicial deve ser *coerente*, ou seja, situações semelhantes devem ter a mesma solução, bem como situações análogas demandam respostas jurisdicionais também análogas.

4. Critérios específicos

Ao lado desses critérios gerais, a doutrina informa sobre critérios específicos a serem utilizados na fixação judicial do

valor do dano moral. É certo que não há uniformidade dos critérios específicos apresentados pela doutrina. A título de exemplo dessa variação, Clayton Reis (2002, p. 74) registra como critérios específicos a repercussão do ilícito no meio social, a intensidade da angústia experimentada pela vítima, em que são analisados os fatores culturais, sociais e espirituais, e a situação patrimonial do ofensor e da vítima; Antônio Jeová dos Santos (2003, p. 186) arrola o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido; Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 275) indica a extensão do prejuízo, o grau de culpa e a situação econômico-financeira do ofensor e da vítima; Sergio Cavalieri Filho (1998, p. 81-82) alinha a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, entre outras circunstâncias do caso concreto.

A jurisprudência brasileira, sobretudo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, tem contribuído decisivamente para a indicação de critérios específicos utilizados na valoração do dano moral. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar tema relativo à responsabilidade civil do transportador aéreo, após reconhecer a existência do dano moral (*an debeatur*), indica os critérios específicos que o julgador deve observar na valoração do dano moral (*quantum debeatur*), nestes termos: "...Certo é que a indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela

doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.”¹⁹

Ainda registrando a orientação jurisprudencial da matéria, em posicionamento didático, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se da seguinte forma: “...Alguns critérios norteiam esta avaliação, tais como: o grau de culpa do ofensor, suas condições econômicas, as conseqüências e circunstâncias do evento danoso, o comportamento, idade e sexo da vítima, a gravidade da lesão, localização das seqüelas, a permanência do sofrimento e, sobretudo, seus reflexos na readaptação do acidentado na vida social.”²⁰

Os critérios específicos sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência para o fim de fixar o valor do dano moral são flexíveis e variáveis de acordo com cada caso concreto. Ocorre que alguns critérios específicos são reiteradamente invocados, devendo ser analisados em todos os casos de dano moral. Após o exame da doutrina e da jurisprudência acerca da questão, conclui-se que, além de outros critérios específicos que devem ser considerados em determinados casos concretos, em regra o juiz deve avaliar o grau de culpa do ofensor; a intensidade da alteração anímica verificada na vítima; a repercussão do ato ilícito no meio social; a situação econômico-financeira do ofensor; e as condições pessoais da vítima.

A avaliação do grau de culpa em sentido amplo do ofensor está vinculada à reprovabilidade ou censurabilidade de sua conduta em face dos princípios e regras jurídicas vigentes. Nesse ponto, ao considerar o grau de culpa em sentido amplo do ofensor, o juiz atenta para a finalidade punitiva da indenização do dano moral. É critério destinado à individualização da sanção, cujo objetivo é a realização da justiça do caso concreto.

A medida da reprovabilidade da conduta do agente violador dos direitos da per-

sonalidade está associada à circunstância de o mesmo ter agido com dolo ou culpa, seja grave, média ou leve, dependendo da classificação que se adote. É noção elementar, aplicada à quantificação do dano moral, que a prática do ato ilícito mediante dolo intenso deve alcançar uma maior reprovação do que o fato realizado com culpa de grau leve. O juiz deve observar as condições pessoais do agente causador do dano moral na perquirição da reprovabilidade de sua conduta, bem como até que ponto poder-se-ia exigir do mesmo uma conduta diversa, sempre considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto.

O ato ilícito violador dos direitos da personalidade atinge diretamente a vítima em sua esfera extrapatrimonial, provocando-lhe alterações anímicas. É possível, mediante a avaliação da prova produzida, o juiz aferir a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. Um determinado caso concreto, a exemplo de um atraso de vôo, pode se situar na fronteira entre um mero dissabor, contrariedade ou circunstância cotidiana, o que não caracteriza o dano moral, e a efetiva violação de um direito da personalidade, esta passível de reparação em razão da configuração do dano moral.

De outro lado, um atraso de vôo por um período de dez horas que ocorre no local de residência da vítima, no início de sua viagem de férias, certamente configura um dano moral. Porém, o sofrimento, a angústia e as demais alterações anímicas não serão as mesmas no que tange à intensidade daquela hipótese em que a vítima experimentou um atraso de vôo de mais de vinte e quatro horas em país estrangeiro, no final de uma viagem de trabalho de mais de três meses. São situações diferentes no que tange à intensidade da alteração anímica.

A duração da violação dos direitos da personalidade é considerada para efeito de aumentar ou diminuir o valor da indenização do dano moral. Com efeito, conforme reiterado entendimento jurisprudencial, a

inscrição indevida do nome de consumidor em bancos de dados de “proteção ao crédito” gera o dever de indenizar. Entretanto, a inscrição indevida por um dia, com a imediata retirada do nome da vítima após a constatação do equívoco, deve ser valorada de forma diversa da situação em que o nome da vítima permanece negativado por mais de um ano, mediante deliberado propósito (dolo) do agente ofensor, com as diversas e inerentes conseqüências restritivas de acesso ao crédito.

Considera-se a repercussão do ato ilícito no meio social para o fim de quantificar a indenização do dano moral. Os direitos da personalidade tutelam a esfera íntima do sujeito de direito, bem como a sua projeção na sociedade. O ato ilícito que expõe a vítima ao grande público, que atinge os seus valores imateriais de forma a transcender os limites da relação entre as partes, deve ser quantificado diferentemente daquele ato que se circunscreve ao conhecimento do ofensor e da vítima.

A situação econômico-financeira do agente ofensor é critério importante a ser valorado na quantificação do dano moral experimentado pela vítima. A fim de cumprir as finalidades punitiva e preventiva da indenização por dano moral, bem como evitar que um valor inexpressivo sirva de estímulo a novas práticas, exige-se que haja uma compatibilidade entre o *quantum* indenizatório e o porte econômico da pessoa jurídica ou física que atua na respectiva relação jurídica como ofensor.

Considera-se, ainda, a conjuntura econômica do país, a fragilidade e instabilidade de nossa economia, demandando, no caso concreto, dentro do possível, uma aferição do patrimônio e da lucratividade do agente ofensor, bem como a identificação exata do ramo de atividade.

As condições pessoais da vítima são consideradas na avaliação do dano moral. A finalidade compensatória deve ser atendida, uma vez que está superada a concepção de que a indenização representa o

preço da dor (*pretium doloris*), mas significa efetivamente uma reação do sistema jurídico à violação de direito, com caráter de satisfação, buscando amenizar os negativos efeitos da violação experimentada.

São apreciados diversos fatores pessoais da vítima, entre eles o nível cultural, a inserção social e as características vinculadas à sua esfera espiritual. Portanto, mister buscar considerar dados objetivos da vítima e motivar a sentença quanto à idade, sexo, escolaridade, profissão, entre outros.

Finalmente, exclui-se dessa análise a capacidade econômica da vítima, porquanto tal aspecto está vinculado tão-somente à atividade desenvolvida pelo agente ofensor. Apesar de opiniões contrárias, tem-se que a quantificação do dano moral pela diferença de porte econômico da vítima seria conduzir a questão a ponto de torná-la insustentável.

Partindo-se de uma situação hipotética em que vítimas com marcantes distinções econômicas sofressem um dano moral de idêntica natureza, como no caso do atraso de um mesmo voo, a considerar o padrão econômico das vítimas como critério específico para a fixação do dano moral, chegar-se-ia à conclusão de que o direito da personalidade do “rico” teria mais valor do que a do “não rico”, fato que atenta contra o princípio da igualdade, inscrito no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (Cf. ARRUDA, 1999, p. 57-58).

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 encerrou o longo debate sobre a reparabilidade do dano moral. Constata-se uma mudança de foco na ciência jurídica, antes voltada para a regulação de interesses essencialmente patrimoniais, sendo que atualmente há marcante preocupação com a afirmação da dignidade da pessoa humana, valor central de todo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a indenização por dano moral representa a reação do ordenamento

jurídico às violações dos direitos da personalidade. Ocorre que, ao contrário do dano material, não há um critério de equivalência entre o montante da indenização e a extensão do dano moral. O dinheiro é a forma de compensar a vítima, punir o infrator e impedir que fatos semelhantes ocorram no seio social.

Trata-se de questão complexa encontrar o valor do dano moral, tema que suscita grandes controvérsias. É certo que não há um parâmetro legal, pois a própria Constituição Federal (artigo 5º, inciso V) determina que a indenização seja proporcional ao agravo. Dessa forma, qualquer tentativa legislativa de limitar o valor do dano moral sofrerá da mácula de inconstitucionalidade, pois se deve observar, no caso, o princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*).

Diante da impossibilidade de tarifamento legal do valor da indenização do dano moral, a tarefa é incumbida ao magistrado do caso concreto. Com efeito, o valor da indenização do dano moral é apurado mediante arbitramento judicial. A sentença deve ter fundamentação adequada em relação aos critérios gerais e específicos adotados na apuração do valor da indenização por dano moral, porquanto é direito subjetivo das partes tomarem conhecimento de todas as etapas da motivação (ou caminho) adotada pelo magistrado sentenciante.

A equidade, o bom senso, o prudente arbítrio e a razoabilidade ou proporcionalidade são critérios gerais para orientar o magistrado na fixação do valor da indenização por dano moral, sempre levando em conta a preocupação de não estabelecer um valor elevado que represente um enriquecimento indevido ou que fixe uma quantia ínfima que avilte ou menospreze o relevante direito subjetivo violado.

Os critérios específicos são encontrados nos autos. A análise do conjunto probatório possibilita o magistrado formar a sua convicção quanto ao valor da indenização por dano moral, especificamente quanto

ao grau de culpa do ofensor, a repercussão social da ofensa, as condições socioeconômicas do ofensor e as condições pessoais da vítima. Assim, o valor do dano moral poderá ser majorado ou minimizado em face da análise dos critérios específicos, possibilitando ao magistrado determinar uma quantia adequada como reação do ordenamento jurídico à violação dos direitos da personalidade, sempre objetivando a tutela do princípio maior: a dignidade da pessoa humana.

Notas

¹ Antônio Jeová Santos (2003, p. 149) considera a *vexata quaestio* do dano moral a fixação de pautas para a sua respectiva quantificação, nestes termos: "Um dos grandes desafios do jurista, neste início do século XXI, é encontrar pautas que mostrem a forma a que se deve chegar para quantificar o dano moral. Superada a questão sobre se o dano à pessoa deve ser objeto de indenização, como se discutia faz algum tempo, e reconhecido o mal feito à integridade corporal ou psíquica de alguém, seja em suas derivações de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, o dano moral é plenamente ressarcível. O grande problema dos tempos hodiernos é a quantificação do dano moral. Salvo o labor dos Tribunais e de alguns poucos doutrinadores, não tem existido muito interesse em encontrar-se soluções justas para essa questão."

² BRASIL. Lei Federal nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Código Brasileiro de Telecomunicações. Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. § 1º O montante da reparação será o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país. § 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for. § 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

³ BRASIL. Lei Federal n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma. Ementa. Direito Civil. Lei de Imprensa. Dano

Moral. Indenização. Valor. A Constituição de 1988 afastou, para a fixação do valor da reparação do dano moral, as regras referentes aos limites tarifados previstas pela Lei de Imprensa, sobretudo quando as instâncias ordinárias constatarem soberana e categoricamente, como no caso, o caráter insidioso da matéria de que decorreu a ofensa. Recurso não conhecido. Recurso Especial n. 326.151-RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 5 de setembro de 2002, publicado no DJU de 18 de novembro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma. Ementa. Dano moral. Lei de imprensa. Limite da Indenização. Prova do dano. Prequestionamento. 1. O dano moral e o efeito não patrimonial da lesão de direito, recebendo da cf/1988, na perspectiva do relator, um tratamento próprio que afasta a reparação dos estreitos limites da lei especial que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. De fato, não teria sentido pretender que a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse um tratamento discriminatório. 2. No presente caso, o acórdão recorrido considerou que o ato foi praticado maliciosamente, de forma insidiosa, por interesses mesquinhos, com o que a limitação do invocado art. 52 da lei de Imprensa não se aplica, na linha de precedente da corte. 3. Os paradigmas apresentados para enfrentar o acórdão recorrido conflitam, sob todas as luzes, com a assentada jurisprudência da corte, que confina a prova do dano moral puro ao ato praticado. No caso, a publicação da notícia. 4. A verba honorária, no combate da empresa recorrente, não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, não conhecido pelo tribunal estadual o adesivo interposto. Falta, portanto, o imperativo prequestionamento. 5. O valor da indenização deve moldar-se pelo prudente arbítrio do juiz, adotada a técnica do "quantum" fixo, não havendo qualquer violação ao art. 1.547 do CC nem, muito menos, ao art. 49 do CP, diante do critério adotado pelo acórdão recorrido. 6. Recurso especial da empresa conhecido, em parte, mas improvido; recurso especial do autor não conhecido. Recurso Especial n. 52.842-RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 16 de setembro de 1997, publicado no DJU de 27 de outubro de 1997, p. 54.786.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma. Ementa. Imprensa. Indenização. Limite. Constituição Federal. I - Fundamentado o acórdão na Constituição Federal, para deferir indenização, por ofensa publicada em jornal, acima dos limites estabelecidos na lei de imprensa. Descabe apreciar o tema em recurso especial. II - Recurso não conhecido. Recurso Especial n. 103.307 - SP. Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 26 de agosto de 1997, publicado no DJU de 20 de outubro de 1997, p. 53.053.

⁶ BRASIL. Lei Federal n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código Brasileiro de Aeronáutica. Art. 257.

A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Segunda Turma. Ementa. Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções retificados pelo Brasil. Recurso Extraordinário n. 172.720-9 RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 06 de fevereiro de 1996.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma. Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Extravio da bagagem. Dano material. Dano moral. A indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial conhecido e provido. Recurso Especial n. 156.240-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 23 de novembro de 2000.

⁹ O Projeto de Lei n. 150/99, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, prevê o seguinte tabelamento para o dano moral: Art. 11. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos feitos da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I - ofensa de natureza leve: até cinco mil e duzentos reais; II - ofensa de natureza média: de cinco mil duzentos e um reais e quarenta mil reais; III - ofensa de natureza grave: de quarenta mil e um reais a cem mil reais; IV - ofensa de natureza gravíssima: acima de cem mil reais.

¹⁰ Sergio Cavalieri Filho (1998, p. 80) ensina que: "Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral." Yussef Said Cahali (2000, p. 705) destaca que: "Inexistentes parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, a sua fixação se faz mediante arbitramento, no termos do art. 1.553 do CC. À falta de indicação do legislador, os elementos informativos

a serem observados nesse arbitramento serão aqueles enunciados a respeito da indenização do dano moral no caso de morte de pessoa da família, de abalo da credibilidade e da ofensa à honra da pessoa, bem como do dote a ser constituído em favor da mulher agravada em sua honra, e que se aproveitam para os demais casos.”

¹¹ Artigo 1.553 do Código Civil de 1916: Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma. Ementa. Responsabilidade civil. Dano moral. Protesto de título indevido. Arbitramento do *quantum* indenizatório. Art. 1.553 do Código Civil. Inviável no Recurso Especial a pretensão de reexaminar matéria probatória (súmula n. 07/STJ). Nada obsta que montante da indenização seja determinado desde logo pelo julgador, independentemente da nomeação de perito. Precedente da Quarta Turma/STJ. Recurso Especial não conhecido. Recurso Especial n. 43.090 – SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 28 de março de 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Terceira Turma Cível. Ementa. Civil e Processual Civil. Indenização. Dano moral. Publicação em jornal. Cálculo. Inaplicabilidade do art. 53 da Lei n. 5.250/67. Arbitramento nos termos do art. 1.553 do Código Civil. Preliminar de julgamento *extra petita* rejeitada. Lei de imprensa. Publicação caluniosa. Fatos não comprovados pelo jornal. Abuso de informação. Indenização devida. Sentença procedente. Recurso do réu improvido. Apelação da autora pretendendo aumento do valor arbitrado. Inadmissibilidade diante da fundamentação da decisão monocrática. Pedido de publicação da sentença. Previsão contida no art. 75 da Lei 5.250/67. Apelação provida parcialmente. I – As previsões contidas no art. 53 da lei de imprensa, não dispondo de critérios objetivos para o cálculo do valor do dano moral, que nada tem com eventuais repercussões econômicas do ilícito, não servem para encontrar o valor da indenização. Esta é arbitrada com apoio no art. 1.553 do Código Civil. II – A Lei n. 5.250/67 no art. 49 obriga à reparação de dano moral aquele que no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito ou causa prejuízo a outrem. A liberdade de imprensa não autoriza o jornal de não se acautelar na escolha da notícia ajustada à realidade, especialmente quando possa ofender às pessoas. III – A indenização pelo dano moral deve ser arbitrada em quantia fixa e não deve ser fonte de enriquecimento. IV – A publicação da sentença civil, prolatada em ação de reparação de dano moral, por ato ilícito, transitada em julgado, na íntegra, pode ser decretada pela autoridade judiciária, com apoio no art. 75 da Lei n. 5.250/67, como desagravo completo da ofensa recebida. Apelação Cível n. 474.458, 3ª Turma, Rel. Des. Nívio Gonçalves, j. em 13 de abril de 1998.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Ementa. 1 – Reconhecida a existência de elementos caracterizadores da ocorrência de dano moral, a sentença proferida deve condenar aquele que a ele deu causa a pagar indenização, como meio de amenizar o sofrimento moral e a dor experimentada pela vítima. 2 – Reconhecido o dano moral, o valor da indenização, apurado por equidade, deve adequar-se às condições do agente do ato ilícito e à dimensão do mal causado. Apelação Cível no Juizado Especial n. 184.498, Rel. Juiz José de Aquino Perpétuo, j. em 30 de setembro de 2003.

¹⁴ Suzana de Toledo Barros (2000, p. 72-73) doutrina que os termos proporcionalidade e razoabilidade são sinônimos, todavia aquele é mais adotado na Europa, contando com a preferência dos modernos doutrinadores alemães, franceses, italianos, espanhóis, portugueses, suíços e austríacos, e arremata da seguinte forma: “Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso (*Übermass*) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade.”

¹⁵ Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 274) justifica seu posicionamento acerca da necessidade da motivação da sentença invocando o artigo 131 do Código de Processo Civil, neste sentido: “[...] Disto tudo resulta a estrutural importância da minuciosa fundamentação da decisão judicial. Não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a ‘razoabilidade das razões’ por ele apontadas para justificar o que decidiu. Sua racionalidade deve poder ser objeto de controle e verificação externos, para que se possam analisar as razões sobre as quais o seu juízo (racional) se formou. Daí ser requisito essencial da fundamentação da sentença, segundo a letra *d* artigo 131 do Código de Processo Civil, ‘indicar os motivos que lhe formaram o convencimento’.”

¹⁶ Chaím Perelman (1998, p. 191), após a análise de alguns julgados, destaca a importância da motivação da sentença e arremata: “[...] Estes exemplos, que indicam que os tribunais não hesitam em tomar uma decisão que se impõe, mesmo à custa de uma justificação fictícia, não devem fazer esquecer que tais subterfúgios criam sempre um mal-estar, que se manifesta pela continuação dos litígios pelas partes, convencidas de ter legalmente razão: a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito. Essa é a principal razão de ser das novas teorias, das construções jurídicas aceitas ardorosamente pelos tribunais, para melhor justificar sua prática. Uma dessas teorias será a nova concepção do direito positivo, especialmente do papel atribuído

ao poder judiciário e, mais particularmente, à Corte de Cassação que, para aplicar o direito de modo judicioso, deve fazê-lo progredir.”

¹⁷ Clayton Reis (2002, p. 98-99), ainda sob a égide do Código Civil de 1916, sustenta a utilização do sistema de pena de multa previsto no Código Penal para o fim de fixar o valor do dano moral, nestes termos: “[...] Por isso, a melhor alternativa será a adoção de uma pena base, procedimento já existente no direito penal (art. 49 do Código Penal Brasileiro, introduzido pela reforma constante da Lei n. 7.209/84). Para este efeito, é importante destacar a correlação existente entre o direito penal e o civil, consagrada no § 1º do art. 1.547, e no 1.550 do Código Civil Brasileiro.”

¹⁸ Artigo 1.547 do Código Civil de 1916: A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagará-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma. Ementa. Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Atraso de voo internacional. Agência de turismo. Fretamento. Responsabilidade da empresa afretadora. Dano moral. Cabimento. *Quantum*. Razoabilidade em face das circunstâncias especiais do caso concreto. Precedentes. Recurso parcialmente acolhido. I – Nos termos da orientação da Turmas que compõem a Segunda Seção, a empresa afretadora responde pelo dano oriundo da deficiente prestação do serviço de transporte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor. II – Ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano decorrente do atraso do voo, cabível é o pedido de indenização por danos morais. III – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Recurso Especial n. 305.566 – DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 22 de maio de 2001.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma. Ementa. Recurso Especial. Direito civil. Danos morais. Acidente de trânsito. Lesão permanente. A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta. Excepcionalmente, o controle da quantificação do dano moral é admitido em sede de Recurso Especial para que não se negue ao lesado o direito à repara-

ção pela ação ilícita de outrem. Recurso Especial n. 318.379 – MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20 de setembro de 2001.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1998.

ARAGÃO, Severiano Ignacio de. *Dano moral na prática forense*. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1944.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONNINI, Rogério Ferraz; DONNINI, Oduvaldo. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

LACERDA, Galeno. *Indenização do dano moral*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 728, jun. 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: M. Fontes, 1998.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. *Reparação do dano moral no novo código civil: teoria, jurisprudência e prática*. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: J. Oliveira, 2001.
- DONNINI, Rogério Ferraz; DONNINI, Oduvaldo. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.
- LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 728, jun. 1996.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.
- SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. *Reparação do dano moral no novo código civil: teoria, jurisprudência e prática*. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2003.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: J. Oliveira, 2001.

Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões

Roberto Freitas Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Uma palavra sobre o conceito de *Accountability*. 3. Os *Critical Legal Studies*. 4. CLS e coerência da perspectiva interna. 5. Coerência da perspectiva interna. 6. Compatibilidade da perspectiva interna de coerência com a teoria crítica. 7. As palavras avaliatórias e sua dimensão política. 8. Um caso exemplar. 9. Conclusões.

1. Introdução

O argumento do presente artigo consiste na possibilidade de otimização, por meio de um instrumento teórico-analítico, da teoria jurídica crítica denominada *Critical Legal Studies* (CLS). A despeito de sua especificidade teórico-jurídica, o referido argumento insere-se em um espectro mais amplo de pretensão: a idéia de transformação do estado de coisas. O presente trabalho inspira-se no âmbito do macroprojeto transformador progressista de esquerda, afirmação inicial que justifica a utilização do movimento teórico-político CLS.

É possível, por meio de um instrumento como a lógica formal, denunciar relações de poder presentes na atuação do poder judiciário? É possível avançar num projeto de radicalização da democracia participativa, ampliando a *accountability* do poder judiciário, revelando inconsistências no processo decisório que limitam a possibilidade de conhecimento das razões decisórias? É possível fazê-lo por meio de um instrumento

Roberto Freitas Filho é Mestre/Doutor - USP. Professor de Direito do Centro de Ensino Universitário de Brasília - UNICEUB.

analítico? Essas são as perguntas que delinham o escopo do presente trabalho.

Partindo-se da idéia de que, de forma geral, há um déficit de participação democrática nas instituições, e de forma específica tal déficit ocorre com relação à atuação do poder judiciário, o que interessa, neste momento, é o trabalho dos juízes; como se dá o processo decisório visto de uma perspectiva crítica. Se a transformação acontece por meio da conscientização e a conscientização tem caráter emancipatório (TRUBEK, 1984, p. 608), o sentido geral que anima e subjaz como pano-de-fundo do presente trabalho é, portanto, a tentativa de demonstrar como as decisões são produzidas e qual a repercussão do processo de elaboração de decisões na manutenção do estado de diferenciação e de exclusão sociais, de alocação social desigual de recursos materiais, sociais, políticos, culturais e simbólicos (SANTOS; RODRIGUES-GRAVARITO, 2005, p. 29). Essas questões dão sentido ao argumento embora não apareçam diretamente.

2. Uma palavra sobre o conceito de Accountability

A importância da aplicação do conceito de coerência às decisões judiciais diz respeito à possibilidade de exercício crítico em relação a elas. A apreciação pública dos motivos constantes das decisões jurídicas é uma das formas mais eficazes de interação entre os juízes e a sociedade. É para que haja possibilidade de conhecimento dos motivos que levam os juízes a julgar de determinada forma que as decisões devem necessariamente ser fundamentadas publicamente. A publicidade das decisões permite, portanto, o controle social do poder decisório, e o dever que os *decision-makers* têm de atender ao princípio da coerência é estreitamente relacionado com as idéias de transparência e de *accountability*¹ dos atos dos que detêm poder delegado pela sociedade. O que os juízes e os agentes políticos fazem

no exercício do poder deve ser passível de conhecimento coletivo e de crítica.

Embora o conceito de *accountability* tenha origem relacionada com o Poder Legislativo, sua aplicabilidade ao Poder Judiciário é amplamente reconhecida. *Accountability* é um dos requisitos do Estado de Direito segundo o qual ocupantes de cargos públicos devem responder pelas suas ações segundo regras jurídicas preestabelecidas e segundo as previsões legais que determinam o limite do exercício do poder pelos órgãos do Estado (DOMINGO, 1999, p. 151). O Judiciário é uma instituição central no que diz respeito à *accountability* dos demais poderes já que ele próprio exerce sobre os demais poderes o controle de legalidade do exercício do poder. O próprio Judiciário, entretanto, deve também responder por suas decisões de forma pública, tendo em vista que exerce poder em nome da sociedade como um todo, devendo agir com transparência e responsabilidade.

Espera-se de um judiciário democrático e independente que seja imparcial e que as decisões proferidas observem o critério da racionalidade de suas fundamentações. Assim, um mesmo tribunal não deve proferir decisões conflitantes ou sem sentido². O judiciário não pode exercer seu poder de forma a decidir conflitos jurídicos em desrespeito à lógica, em inobservância de fatos relevantes nem distorcendo fatos.

A noção de *accountability* é, portanto, um antídoto em relação ao arbítrio e tem como pressuposto o fato de que o judiciário possui um enorme poder e deve ser publicamente responsável (no sentido de responsivo, *accountable*) (PERES-PERDOMO, 2005, p. 130) pela forma como o utiliza (ROSSEN, 1987, p. 6). Vários são os meios pelos quais a responsabilidade pública do judiciário pode ser instrumentalizada, como a fiscalização por instâncias superiores, por outros setores do Estado externos ao judiciário ou pela sociedade civil. No presente artigo, o que nos interessa particularmente é a possibilidade de que a sociedade conheça

e critique as decisões, o que pressupõe uma fundamentação adequada (GARDEN, 1980, p. 122).

3. Os Critical Legal Studies

O exercício da crítica das decisões do judiciário somente é possível de forma plena se as decisões são suficientemente claras. Criticar um projeto político que é veiculado por meio de uma decisão demanda que a decisão seja adequada e suficientemente motivada. Meu argumento no presente artigo consiste na proposta de que a crítica às decisões judiciais feita pelos CLS pode ser potencializada se admitida a utilidade do conceito de coerência na utilização da linguagem. O uso informativo da linguagem³ pressupõe um mínimo de racionalidade, e a coerência serve como um critério de aferição de sentido racional de um discurso.

Penso ser possível, nesta medida, utilizar uma ferramenta teórica analítica em prol dos *Critical Legal Studies*. O movimento CLS, gestado nos EUA no fim da década de sessenta e início da década de setenta (GORDON, 1987, p. 196), no ambiente de contracultura então vigente, tomou corpo a partir de um evento acadêmico, engendrado por David Trubek e Duncan Kennedy, realizado na Universidade de Wisconsin, em Madison em maio de 1977, e tem como idéias centrais a crítica ao liberalismo e ao positivismo formalista (GODOY, 2005, p. 9; UNGER, 1986, p. 1). O ataque teve duas linhas distintas: a crítica à alienação produzida pela doutrina jurídica e a crítica desconstrutivista apoiada no realismo norte-americano, que pode ser sintetizada na idéia de "indeterminação" (GABEL, 2004, p. 48). O que torna os CLS importantes para a presente análise é que não apenas se apresentou como um movimento teórico mas também assumidamente como um movimento político⁴, com uma agenda de transformação da percepção de consciência individual e social⁵, o que confere pretensão politicamente emancipatória ao mesmo. O

movimento não teve por objetivo a apresentação de um novo modelo pronto de arranjo social e jurídico, mas pugnava pela vigilância crítica com relação ao que os tribunais fazem com o direito. Nesse sentido pode-se dizer que o projeto revolucionário dos CLS é de natureza processual.

Os CLS podem ser entendidos sob quatro perspectivas diversas: a) o movimento chamado "CLS"; b) uma escola denominada "CLS"; c) uma teoria jurídica chamada "CLS" e d) um *factóide midiático* denominado "CLS" (KENNEDY, 1997, p.9). O que me interessa aqui são as perspectivas do movimento e da teoria jurídica chamados de CLS. O movimento, pelo seu sentido de ação coletiva com uma determinada intencionalidade de reforma do *status quo*, e a teoria, pelo conjunto das idéias que pressupõe uma determinada explicação para o fenômeno da aplicação das normas, e pela demarcação de um conjunto identificável de propostas, que faz com que haja um discurso dos CLS e um discurso contra os CLS (KENNEDY, 1997, p. 10).

Um dos objetivos principais do movimento é a denúncia das relações de poder que subjazem às normas e à prática jurídica e, embora a tradição dos CLS tenha sido bem-sucedida em demonstrar as discrepâncias de poder entre atores sociais que estão refletidas no direito em suas dimensões normativa, cultural e institucional, a esta dimensão crítica pode ser acrescida uma outra analítica, de caráter instrumental, com objetivo propositivo⁶. Decorre daí a idéia de que a teoria da linguagem e os princípios da lógica formal podem ser instrumentos úteis para mostrar as inconsistências argumentativas em decisões judiciais, cobrando *accountability* do judiciário.

4. CLS e coerência da perspectiva externa

Há duas formas possíveis de apreciação de um determinado juízo: uma substantiva e outra formal. Fazer um juízo sobre

a correção do conteúdo de determinada opinião é algo altamente problemático já que para isso teríamos de admitir algumas regras morais substantivas. Uma apreciação formal, diferentemente, pressupõe alguns princípios aplicáveis à linguagem, sem os quais não há inteligibilidade na comunicação⁷. Dois princípios que dão sentido à comunicação entre sujeitos e que são constitutivos da linguagem como meio de interação informativa são o princípio da não-contradição e o princípio da identidade (ARISTÓTELES, 2004). O princípio da não-contradição determina que um mesmo sujeito não pode dizer sobre o mesmo objeto coisas distintas e conflitantes entre si, sob pena de comprometer a coerência da própria linguagem. O da identidade diz respeito ao fato de que um objeto pode apenas sê-lo e não algo distinto de si próprio. Assim, a coerência é um princípio da linguagem prescritiva, tipo de linguagem na qual o direito é inserto⁸.

A transparência das decisões judiciais pressupõe a publicidade dos motivos que levam o juiz a optar por uma determinada decisão e, assim, a racionalidade das decisões é passível de ser apreciada. Tal racionalidade diz respeito a plausibilidade do argumento do ponto de vista da utilização de uma forma inteligível e adequada, bem como de razões aceitas como aptas a justificar uma determinada decisão. O conceito de coerência, aplicado à apreciação da plausibilidade do discurso de fundamentação da decisão, permite a verificação da racionalidade do discurso. “Coerência”, entretanto, é um conceito que pode ser aplicado em mais de um sentido e, portanto, é necessário esclarecer em qual sentido utilizo-o.

Em termos de análise do resultado da decisão do ponto de vista do seu conteúdo, e portanto da adequação de sentido da decisão a um “sistema normativo”, o conceito de coerência pode ser encarado de duas diferentes perspectivas: interna e externa⁹. Em uma perspectiva interna, portanto pres-

critiva, segundo a tradição interpretativista, aí entendidos autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Neil MacCormick, por exemplo, a coerência tem papel central. Por outro lado, sob uma perspectiva crítica, externa, a coerência é vista como um recurso discursivo de legitimação decisória¹⁰.

Não utilizo o conceito de coerência da mesma forma em que ele é utilizado pelos autores citados, na medida em que esses propõem uma determinada metodologia para a produção de decisões que pressupõe algum grau de objetividade de sentido nas normas. Alexy (2001) trabalha com uma série de normas de controle do método de produção de decisões que, embora formal, pressupõe o compromisso ético do julgador com um mínimo universal, como, por exemplo, a pressuposição de boa-fé ao julgar, o que é incompatível com a proposta crítica dos CLS. Dworkin (2002) imagina um mínimo valorativo, expresso no compromisso de integridade, que deve ser aceito como condição prévia para que se obtenha uma decisão correta. Por fim, MacCormick (2003) trabalha com um método descritivo do processo decisório que, embora formal, enseja a discussão sobre a correção material da decisão. Os CLS rejeitam completamente qualquer discussão sobre correção de decisões, o que torna as perspectivas teóricas antagonicas neste sentido. A utilização do conceito de coerência interna que faço não tem relação com a idéia de decisão correta e não diz respeito a nenhum conteúdo valorativo mínimo ou qualquer correção material da decisão. Minha utilização do conceito é relativa às condições de intelegibilidade da linguagem, em um nível bem mais básico do que se vê na análise dos autores mencionados.

A crítica ao conceito de coerência feita pelos CLS não é endereçada aos princípios da utilização conseqüente da linguagem, o que torna possível compatibilizar em um nível fundamental o conceito de coerência com uma abordagem crítica, aceitando o princípio da indeterminação.

O conceito de coerência que é criticado pelos CLS é aquele que decorre do desenvolvimento da chamada “ciência do direito” pela teoria alemã do século dezanove. Segundo essa concepção de coerência, haveria princípios gerais no direito que poderiam ser conhecidos por meio dos métodos da ciência (indução e dedução) e que conseqüentemente seriam codificados, de forma tal que o direito poderia ser expresso por meio de códigos sistemáticos e coerentes. Essa idéia de coerência está relacionada com o ideal de um sistema coerente de normas, as mais fundamentais sendo mais gerais e as mais específicas sendo mais precisas. A teoria tem como objetivo fornecer um método para que as decisões sejam produzidas de forma “correta”, possibilidade radicalmente negada pelos CLS, além de circunscrever o direito às normas positivadas pelo Estado. Tem-se, assim, um método e um objeto próprios da ciência jurídica.

É de notar que uma concepção “científica” de direito é alheia à tradição norte-americana embora tenha influenciado o ensino jurídico do país no fim do século dezanove e início do século vinte¹¹. Para os estadunidenses, a “ciência jurídica” é algo distante de sua realidade, já que no modelo norte-americano a figura protagonista no direito é o juiz, que é um solucionador de problemas, e não um teórico. Ciência do direito, ênfase na criação de um sistema jurídico, formalismo, limites à aplicação da equidade são todos fatores que em tese limitam a atividade do juiz como solucionador de problemas. O realismo norte-americano, do qual os CLS são tributários, surge no contexto do combate a tais idéias (MERRIMAN, 1985, p. 79).

Nos limites do presente argumento, portanto, desconsiderada a utilização de autores como os que chamei de interpretativistas, o conceito de “coerência” pode ser entendido de duas formas distintas: a) do ponto de vista dos CLS, a coerência é um mito que serve a dar suporte à idéia de que

o sistema jurídico é um sistema lógico auto-referente em que sempre há uma resposta certa para um problema decisório qualquer; b) do ponto de vista da teoria da linguagem da moral, sob a perspectiva lógico-formal, a coerência é um conceito que supõe a aplicação dos princípios de identidade e não contradição ao discurso de um emissor qualquer. O primeiro sentido do conceito de coerência pode ser entendido a partir da perspectiva externa de aplicação, e, no segundo, pode-se falar em coerência da perspectiva interna.

Na perspectiva dos CLS, a crítica à coerência pressupõe o primeiro sentido do termo. Segundo essa visão¹², as contradições da doutrina jurídica predominante, que advoga a existência de uma coerência lógica e de um “sistema” normativo, resultam necessariamente na idéia de “indeterminação”. Assim, não existe uma *resposta certa* ou uma *decisão certa* para um problema jurídico. O conceito de *Rule of Law*¹³, segundo os CLS, não existe na forma em que a doutrina dominante entende. O que existe é um *Estado Político*, no sentido de que todas as decisões são essencialmente políticas. Na medida em que é utilizado como recurso de legitimação do modo de decidir aceito como válido, o conceito de *Rule of Law* serve à legitimação de um estado de opressão e dominação. Outro ponto de ataque dos CLS é relativo à capacidade da lei de constringer o exercício do poder. A idéia de que o poder pode ser limitado pelo direito é um fetiche, pois o direito não seria criado para limitar o poder daqueles mesmos que o criaram. A idéia de *Rule of Law* serve para retirar poder dos indivíduos e como tal deve ser atacada (ALTMAN, 1993, p. 15-16).

O projeto crítico-teórico dos CLS foi construído sobre quatro princípios: indeterminação (*indeterminacy*), antiformalismo (*antiformalism*), contradição (*contradiction*) e marginalidade (*marginality*) (TRUBEK, 1984). O princípio da indeterminação é aquele segundo o qual o direito não é sis-

temático e não provê respostas normativas para todas as situações. Há um grau de indeterminação nas normas jurídicas que tem necessariamente de ser suprido pela subjetividade do julgador¹⁴. O princípio do antiformalismo diz respeito à negação de uma pretensa neutralidade racional do processo decisório. Formalismo é entendido como um método decisório, segundo o qual é possível decidir por meio de dedução lógico-formal¹⁵. O princípio da contradição significa que o direito reflete a luta ideológica na tentativa de prevalência de um determinado modo de ver as relações humanas. Por fim o princípio da marginalidade significa que o direito não é visto como decisivo para a determinação do comportamento social.

O princípio que interessa analisar especificamente é o da indeterminação, já que é fundamentalmente dele que decorre a proposição de que as decisões não são controláveis e é com esse princípio que a coerência deve-se compatibilizar para que minha proposta neste trabalho faça sentido. Um dos argumentos centrais dos CLS para a crítica da coerência no direito é o de que as normas jurídicas são expressas em linguagem natural, portanto em linguagem polissêmica, imprecisa, inerentemente indeterminada. Quando alguma norma tem de ser aplicada, o processo decisório por meio do qual isso é feito nunca é um processo puramente racional e, portanto, é ideologicamente condicionado¹⁶. Se as palavras são, em certa medida, indeterminadas, assim também as leis o são. Dessa afirmação segue que não existe possibilidade de que uma decisão qualquer para um problema jurídico qualquer seja logicamente correta e assim chega-se à conclusão de que as decisões jurídicas são o produto de uma escolha pessoal daquele que julga. Se não há como determinar a “correção” de uma determinada decisão, e se as decisões jurídicas são sempre a expressão da opção pessoal daquele que julga, a decisão será sempre o resultado de uma opção política.

A “coerência” é criticada pelos CLS no sentido de que é inverídica e mistificadora a afirmação de que um sistema jurídico pode ser coerente, e que essa coerência estaria relacionada com a possibilidade de que uma dada decisão seja tida como “correta” (=coerente) (TRUSHNET, 2001, p. 100)¹⁷.

A afirmação de que as decisões jurídicas são a expressão de opções políticas tem, para os CLS, um caráter de denúncia, de explicitação de uma estratégia de mistificação do discurso jurídico, na medida em que pretende enfatizar o fato de que as decisões jurídicas são o produto da vontade do julgador e, assim sendo, a idéia de que há um descompromisso com o resultado do processo decisório é falsa. Os CLS utilizam o conceito de coerência como instrumento retórico para mostrar discrepâncias na teoria jurídica predominante¹⁸. A teoria crítica, assim, analisa o direito de uma perspectiva externa correlacionando-o com a ação social.

Do ponto de vista teórico, os CLS criticam o projeto liberal norte-americano e afirmam que a doutrina jurídica aceita e reproduzida modelarmente – chamada de “doutrina dominante” – cumpre uma função de alienação tanto dos próprios praticantes quanto dos indivíduos. A “doutrina dominante” funciona instrumentalmente a impedir seletivamente a discussão de certos temas e de esquemas sociais diversos daquele que é estabelecido. Para os CLS, faz-se necessário o questionamento dessa forma dominante de pensamento e prática jurídicos¹⁹.

Do ponto de vista político, o projeto dos CLS visa à afirmação de um contra-programa social de transformação, e para tanto propõe a desmistificação do discurso jurídico como algo que não é puramente racional (ato de conhecimento) e que funciona como o veículo legitimador de um modo de decidir que, em última análise, tem a função política de manter o estado de dominação de um grupo social (aqueles que detêm poder) sobre outro (aqueles que não

o detêm). Uma das constantes afirmações dos chamados “crits”²⁰ é que o direito e as “ciências políticas” (*policy sciences*) não têm um conjunto de técnicas e instituições que possam resolver o problema social da dominação. Sustentam também que o discurso jurídico predominante, que se baseia nos conceitos de racionalidade técnica, eficiência e inexorabilidade da ordem política e econômica como posta, é um discurso de poder, pois, além de ser imposto por meio de uma estrutura institucional que permite o uso da força, seu campo de atuação é prerrogativa daqueles que conhecem e operam tal discurso, o que o torna excludente e instrumental²¹. Resultado da influência do realismo norte-americano no projeto dos CLS é a crítica ao formalismo (SINGER, 1988), entendido como o método segundo o qual as questões jurídicas podem ser resolvidas por meio de dedução, excluídas as considerações relativas a políticas, a não ser que alguma norma assim determine. A aplicação do método dedutivo na perspectiva do formalismo jurídico resulta no encobrimento das reais razões segundo as quais uma questão é decidida. Há uma inexorabilidade de que sejam feitas considerações políticas no processo decisório, o que permite introduzir considerações ideológicas e preferências pessoais na decisão, considerações estas que ficam “mascaradas” sob a aparência de uma decisão neutra (KENNEDY, 1997, p. 111).

O projeto teórico que acompanha o projeto político se apóia na noção de “indeterminação” e na necessária inter-relação entre o intérprete e a norma, o que poderia aproximá-lo de uma perspectiva hermenêutica. Todavia, a afirmação da complexidade da relação entre intérprete e texto não é vista como uma questão a ser investigada na perspectiva da previsão do resultado de tal interação, nem como um ponto de partida para a investigação sobre a descrição de um método decisório²². O conceito de indeterminação funciona, portanto, como veículo denunciador da inerente politização do ato

decisório, na medida em que, ao proceder a uma decisão, o julgador inexoravelmente impregna sua ideologia no resultado do trabalho. Essa alternativa à doutrina dominante é chamada de “doutrina desviacionista” (*deviationist doctrine*), que visa à afirmação emancipatória dos que não detêm o poder jurídico (UNGER, 1983, p. 15-42).

A indeterminação pode ser também explicada pela afirmação de que a predicação, o ato de julgar, é sempre uma ação estratégica, não importando se busca um sentido normativo dentro de um quadro (*frame*) de possíveis significações (KELSEN, 1991) ou em uma área de penumbra (HART, 1996). A questão da previsibilidade das decisões não é fundamental para o projeto crítico, mas sim a idéia de que o direito é uma arena de lutas políticas em que diferentes ideologias competem. O trabalho de definição do sentido normativo de uma norma qualquer é um trabalho político e assim deve ser explicado. Negar essa dimensão do fenômeno jurídico é mistificá-lo, e assumir o ato de julgar como um ato neutro é negar a conflituosidade política inerente ao direito, o que é eticamente inaceitável. Não somente as normas, mas o próprio direito é, assim, indeterminado, pois os significados normativos e a ideologia de quem os determinam também o são (KENNEDY, 2005; 1990, p. 805).

Embora os CLS tenham atacado firmemente o formalismo jurídico, a crítica à idéia de coerência independe do tipo de raciocínio aplicável à decisão, e é feita ao argumento posto tanto na forma dedutiva quanto na forma de adequação a políticas. A idéia de que a existência de uma “resposta certa” é possível é combatida com base no fato de que as decisões são a expressão de um projeto político e não de um ato de puro conhecimento. O argumento de política, em oposição ao argumento dedutivista, é aquele que se processa por meio da consideração de certas conseqüências que provavelmente advirão do resultado da decisão. Se tais conseqüências realizam uma

determinada finalidade de política pública, então a “resposta certa” foi encontrada. No argumento de política, a dedução a partir de uma determinada norma não resolve satisfatoriamente a questão a ser decidida, devendo necessariamente entrar em jogo no processo decisório a consideração de razões não dedutivas, *standards* e objetivos coletivos a serem atingidos. Dworkin, por exemplo, propõe um método de decisão que é severamente criticado pelos CLS na medida em que implica a idéia de uma “resposta certa”²³. A figura do juiz Hercules é criticada pelos CLS, pois entendida como uma ferramenta inadequada para explicar o processo decisório já que, na verdade, as decisões sobre o melhor resultado não são exclusivamente produto de considerações racionais, mas expressão de preferências políticas idiossincráticas²⁴. Assim sendo, tanto em um argumento dedutivista quanto em um argumento de políticas haveria a falsa assunção de uma ontologia implícita. É contra essa idéia, de que há uma essencialidade no conceito de “correção” das decisões, que se manifestam os CLS. Não é combatida a afirmação de que o raciocínio jurídico segue a forma dedutiva, mas sim a idéia de que existe uma coerência sistemática no direito que pode ser apreciada no resultado do processo decisório (KENNEDY, 1997).

O sentido do conceito de coerência utilizado pelos CLS é, portanto, relativo a idéia de que um pretense sistema jurídico proporcionaria decisões “corretas” se considerados os aspectos “corretos” envolvidos em uma determinada questão a ser decidida. A coerência é, nesse sentido, um conceito relativo a um sistema de normas que possui um sentido coeso e que deve ser observado, se aplicado o método correto.

Em tal perspectiva, a coerência é relacionada à idéia de que há uma correção objetiva de uma determinada resposta cujo critério de avaliação é o seu cotejo com o sentido das normas e do sistema normativo, seja o sistema considerado como o conjunto ordenado de normas aplicáveis por meio de

deduções, ou como o conjunto de normas que expressam direitos e políticas a serem atingidos. Embora seja procedente a crítica dos CLS ao conceito de coerência em tal formatação, não é esse conceito que utilizarei em minha proposta crítica.

A coerência, no sentido até aqui descrito, constitui um recurso retórico de legitimação ideológica que se expressa nas decisões judiciais e na doutrina dominante. O chamado “mito” da coerência dá suporte às seguintes idéias: a) que o direito é um sistema lógico completo e coerente; b) que julgar é um processo lógico dedutivo no qual as premissas não são problemáticas; c) que o responsável pelo resultado concreto de um julgamento qualquer não é aquele que julga, mas aquele que fez a lei. Seguida essa lógica, se o resultado do julgamento for, por hipótese, desastroso, não há que se culpar quem decidiu daquela forma, mas sim quem fez a lei tal como ela é. Assim, a *lei* é responsável pelo resultado, não o juiz. A idéia de que o direito é um sistema de regras com sentido auto-evidente e que estas podem ser aplicadas mediante o processo lógico-dedutivo, em que a premissa maior (a norma) possui um sentido objetivo único, encobre a realidade política do julgamento.

A crítica dos CLS me parece correta, mas é importante sublinhar que ela não implica uma radical negação da possibilidade de racionalidade nas decisões. Os CLS adotam a descrença metódica na possibilidade empírica de “correção” das decisões judiciais ou num tipo de universalismo de valores, mas não propõem o ceticismo radical. Embora a postura crítica pressuponha a constante tentativa de desmistificação do discurso e da prática jurídicos, a idéia de que as decisões sobre conflitos devam ser tomadas pelo judiciário ainda parece ser institucionalmente a alternativa menos imperfeita²⁵.

Se a aplicação de normas jurídicas é um ato político, é possível cobrar do judiciário algum tipo de coerência em nome da expectativa de racionalidade e previsibilidade do sentido normativo das decisões? Aceitar a

indeterminação é aceitar a impossibilidade de qualquer controle sobre as decisões judiciais? Se as respostas a essas perguntas forem as de que não há possibilidade de qualquer controle ou apreciação racional sobre as decisões judiciais e que não é possível cobrar racionalidade do judiciário, então o projeto dos CLS ter-se-á esgotado em seu próprio limite de denunciar o *status quo*²⁶. Penso que não seja esse o caso.

5. Coerência da perspectiva interna

Penso haver três possíveis respostas para a pergunta sobre a existência de racionalidade nas decisões jurídicas: 1) As decisões são totalmente controláveis e racionalmente fundamentadas; 2) As decisões são absolutamente irracionais e são os produtos da mera preferência pessoal dos juizes; 3) As decisões são produzidas com algumas restrições à total irracionalidade na medida em que as normas permitem alguma previsibilidade e são fundamentadas com argumentos racionais.

A terceira resposta explica de forma mais precisa o que ocorre em uma decisão judicial. Há como verificar a racionalidade das decisões jurídicas, embora elas não sejam somente o produto de atos de conhecimento racionais. Uma segunda perspectiva de conceituação de coerência é aquela voltada para as condições de racionalidade do *uso da linguagem*. A linguagem utilizada no sentido informativo (não se trata, portanto, do uso poético) tem na coerência um princípio que constitui a possibilidade de interação intersubjetiva bem-sucedida. Quem afirma algo (o emissor) tem em mente que aquele que recebe a mensagem (o receptor) entende o que está sendo dito, pois compartilha de forma geral do mesmo conhecimento de sentido relativo às palavras que são utilizadas em uma determinada mensagem (semântica) e também compartilha do conhecimento de como as palavras são utilizadas naquela linguagem (gramática)²⁷.

A coerência interna é, assim, aquela que se espera de um sujeito emissor que profere mensagens e que quer ser entendido de forma satisfatória. Para tanto, quanto mais precisa for a utilização das palavras, quanto mais correta a organização gramatical da mensagem e quanto mais agradável for o estilo, maior será a chance de sucesso da comunicação. Por exemplo, quem diz que algo é um *livro* não pode simultaneamente dizer que o mesmo objeto é um *copo* sem que apareça desde logo a incoerência da mensagem. Haverá, evidentemente, casos em que o conceito será passível de debate ou a própria inserção do objeto em uma ou outra classe de objetos será um procedimento altamente questionável e dependerá, em grande parte, do sistema geral construído por uma determinada comunidade de indivíduos comunicantes.

De forma bastante sintética, quem afirma que um determinado objeto é *x* não pode ao mesmo tempo afirmar que o tal objeto é *não-x* ou que é um terceiro objeto qualquer. Proferimentos simultâneos contraditórios são incoerentes e rompem o sentido da comunicação, conforme determina o princípio lógico da não-contradição. O mesmo ocorre quando algum sujeito afirma que um determinado objeto, em uma determinada situação, deve receber um determinado predicado, e, ao mesmo tempo, afirma que tal objeto não deve receber o mesmo predicado. Isso somente faz sentido em uma situação em que alguma (ou algumas) condição considerada em tal predicação tenha-se alterado, o que deve ser informado para que haja possibilidade de inteligibilidade da mensagem. A coerência interna do uso da linguagem é, portanto, condição de possibilidade de inteligibilidade do discurso informativo.

6. Compatibilidade da perspectiva interna de coerência com a teoria crítica

Qual o benefício da utilização do conceito de coerência interna no âmbito de

uma teoria crítica como os CLS? Qual a importância da diferença dos conceitos de coerência externa e de coerência interna para tal teoria?

O conceito de coerência, visto da perspectiva interna da linguagem, é perfeitamente compatível com a teoria crítica, na medida em que, sendo um conceito formal, que serve como critério de apreciação lógica do discurso jurídico, não é incompatível com a crítica à idéia de correção de resultados das decisões. A coerência interna diz respeito a um nível de racionalidade da linguagem que está em posição meta-crítica em relação à crítica da coerência normativa sistêmica, objeto de ataque dos CLS. A coerência interna, além de não ser incompatível com o projeto crítico, pode ser um poderoso instrumento revelador das práticas políticas dos julgadores, na medida em que possibilita a análise do sentido do discurso de justificação das decisões.

A crescente complexidade das formas pelas quais as relações sociais se expressam implica a utilização, também crescente, de conceitos semanticamente abertos que permitam ao aplicador da norma, no caso concreto, sua adaptação às circunstâncias fáticas. Sendo a linguagem imprecisa e a lei indeterminada, é impossível determinar um sentido unívoco para as palavras com as quais as normas são redigidas. É por essa razão (e não *apesar* dela) que o conceito de coerência interna é útil para uma teoria que busca denunciar as relações de poder expressas nas decisões jurídicas, na medida em que, ao dar sentido à norma, o juiz expressará suas preferências.

Os CLS defendem a idéia de que, se as contradições e incoerências teóricas e políticas embutidas nos discursos daqueles que detêm o poder forem demonstradas, “trazidas à luz”, isso poderá colaborar com processo de transformação social em direção a um estado de coisas mais justo em termos de distribuição de poder, de recursos sociais e de participação democrática. Isso se dará à medida que houver conscientização

das relações de poder e conseqüentemente discussão sobre a alocação desse poder. Uma das práticas que resulta no encobrimento das opções políticas de determinado julgador é decidir utilizando conceitos avaliatórios (prescritivos) como se fossem descritivos, o que permite a esquivas do dever de fundamentação das decisões com a simples menção a um conceito avaliatório presente em uma norma, como se tal conceito tenha sentido descritivo auto-evidente, partindo daí para a conclusão.

Um exemplo do uso cotidiano da linguagem que ilustra tal procedimento é alguém dizer que um jogador de futebol é um “bom jogador”. Se todos nós, na qualidade de receptores de tal mensagem, tivermos o direito de conhecer os critérios que determinaram a avaliação envolvida no juízo sobre o jogador, o que acontece no caso das decisões judiciais, o emissor de tal juízo deve dizer quais os critérios descritivos determinaram tal afirmação. A razão pela qual não é admissível a utilização de um conceito avaliatório para justificar uma determinada decisão é que o emissor estará incorrendo em uma petição de princípio, dizendo, para continuar a ilustrar com nosso exemplo, que um jogador de futebol *x* é um bom jogador porque ele “dribla bem”. Mas, afinal, o que significa driblar “bem”? Alguém que queira verificar a coerência da avaliação feita por um crítico de futebol sobre dois jogadores tem de saber quais critérios foram utilizados para se chegar a tal conclusão, e tais critérios têm de ser descritivos, sob pena de que a avaliação fique sujeita à consideração de elementos não completamente revelados.

O emissor terá o dever de dizer que o jogador é um bom jogador porque, por exemplo, a) é mais veloz do que os demais; b) joga em mais jogos do que os demais (portanto se contunde menos); c) acerta mais vezes os chutes em gol do que os demais; d) acerta mais passes para os companheiros do que os demais jogadores etc²⁸. Somente com a explicitação dos critérios

descritivos sobre aquele que está sob análise, é possível verificar se um outro jogador, submetido ao mesmo tipo de julgamento, está sendo julgado imparcialmente, ou seja, isonomicamente. Caso contrário, nada impede que um determinado comentarista de futebol, que não é simpático a um determinado jogador, diga que o mesmo não é um “bom jogador”, mesmo que este tenha resultados similares àquele jogador que inicialmente havia sido avaliado como um “bom jogador”.

O fato de o julgamento ser um ato político e de o processo decisório estar sujeito a influências políticas, econômicas e idiossincráticas pode levar aquele que lida com o direito a tornar-se cético e lançá-lo ao imobilismo, no sentido de que, se o julgamento é meramente um ato de vontade sem nenhum tipo de controle racional, nada há a fazer a não ser jogar a “loteria” das decisões do Judiciário ou abster-se de ter contato com este mundo de resultados de representações pessoais dos julgadores. Por outro lado, uma ferramenta teórica de otimização (ao menos do ponto de vista formal) do direito pode ser utilizada de forma combativa, teoricamente potente, politicamente engajada.

O que sustento é, portanto, a possibilidade de unir uma abordagem analítica com uma outra, de natureza crítica (os CLS), tendo como objetivo propor um modo de otimização do direito em resposta à crítica feita ao movimento de que não há aplicabilidade prática decorrente de seu projeto teórico de denúncia das relações de poder que subjazem as decisões jurídicas.

7. As palavras avaliatórias e sua dimensão política

Apresento a teoria da linguagem moral com a qual eu penso ser possível avançar no projeto crítico dos CLS: o Prescritivismo Universal. Essa teoria foi desenvolvida por Richard Hare²⁹, na segunda metade do século vinte, e tem como objetivo explicar o

funcionamento da linguagem prescritiva, especialmente diferenciando dois tipos de palavras e seus significados lógicos: palavras descritivas e palavras avaliatórias. O ponto central da teoria diz respeito aos motivos que fundamentam a ação humana e a investigação do papel da razão nos juízos valorativos³⁰.

A linguagem da moral é prescritiva, assim como também o é a linguagem jurídica. O modo imperativo, próprio da linguagem prescritiva, é expresso na forma de comandos e tal característica aproxima, portanto, a linguagem da moral à linguagem jurídica. A utilidade da teoria de Hare para os fins deste trabalho é que, por meio dela, é possível identificar o problema da complexidade da fundamentação de decisões, especialmente no que concerne a expressões com alta margem de imprecisão em seu sentido avaliatório.

Ponto central no prescritivismo universal é que o significado das palavras está ligado a como elas são utilizadas no discurso prescritivo. O significado não é somente a adequação de um sentido ao qual a palavra é referente (relação significante – significado), mas é também determinado pelas regras que regulam o seu uso.

Na linguagem natural, as palavras³¹ possuem uma “textura aberta” e a aplicação de normas jurídicas revela toda a complexidade decorrente dessa característica. As regras de utilização das palavras dão consistência ao seu uso prático, o que permite inteligibilidade entre os falantes (HARE, 1963, p. 5)³². A questão que discuto não diz respeito ao problema da aplicação de normas inerente a esse tipo de indeterminação, decorrente da natural polissemia das palavras, mas diz respeito a um tipo de palavra que tem uma função específica no discurso prescritivo: a chamada “palavra avaliatória”³³. Julgar é um processo extremamente complexo devido a várias razões, inclusive aquelas apresentadas pelos CLS relativamente à indeterminação. A complexidade do processo de elaboração

de juízos é aumentada quando as normas a serem aplicadas são expressas por meio de palavras que têm função avaliatória. Em julgamentos realizados com base em normas expressas por meio de palavras avaliatórias, aparecem com maior clareza os posicionamentos políticos dos julgadores, já que, ao dar sentido a tais palavras, aquele que o faz deve optar por certos princípios relativos a conceitos como “justiça”, “mercado”, “mérito” etc. Por outro lado, se o julgador não explicita adequadamente suas opções valorativas ao aplicar normas com palavras avaliatórias, verifica-se um déficit de fundamentação na decisão. Em outras palavras, dizer, por exemplo, o que vem a ser uma “cláusula contratual de consumo de acordo com a boa-fé” pressupõe a explicitação de um tipo de conceito de mercado, de consumidor e de expectativa de comportamento das partes no contrato. Um juiz mais liberal (no sentido econômico do termo) julgará diferentemente de outro com visão mais protetiva do consumidor e essa distinção ficará mais clara quanto mais se puder ter acesso às razões que determinaram o julgamento.

A análise da coerência das decisões supõe a idéia de universalidade dos juízos. Aquele que diz algo em determinada situação deve, por dever de coerência, assumir a mesma posição, dada uma situação semelhante. O conceito de universalidade dos juízos é central para a compreensão do prescritivismo universal. Os juízos que fazemos sobre as coisas podem ser de natureza descritiva, e os predicados em tal juízo serão descritivos (HARE, 1963, p. 10). Da mesma forma como acontece nos juízos morais, os juízos descritivos têm como característica serem universalizáveis. Há uma característica lógica das afirmações tanto morais quanto factuais, que lhes é comum. Por exemplo, se alguém diz que um determinado objeto é de cor azul, outro objeto que possua a mesma característica do anterior, no aspecto relevante “coloração”, deverá ser chamado de azul, em respeito

à coerência no uso da linguagem. Todas as coisas que forem de tal cor, tendo chamado a tal cor de um determinado nome, deverão, em nome da coerência lógica e da não-contradição, merecer a mesma qualificação universalmente. Ao afirmar algo, o sujeito falante se compromete com a futura utilização da palavra (HARE, 1963, p. 12). As palavras³⁴ avaliatórias são aquelas cujo significado é relativo à qualificação de um determinado objeto e não à descrição de um objeto. O significado é dado, portanto, em relação a sua função lógico-semântica no discurso.

A complexidade do uso de palavras avaliatórias em discursos se revela na medida em que, sendo qualificadoras de outros objetos, seu sentido é sempre referente a uma situação. Tal característica importa em que a utilização de palavras avaliatórias é mais complexa do que a de palavras descritivas, cujo sentido é verificado por meio de uma relação de adequação entre o significante e significado, sendo que nesta a denominação do objeto é puramente convencional³⁵. Considerando que a aplicação do conceito de universalidade dos juízos tem relação com o princípio lógico da não-contradição e sendo o significado das palavras avaliatórias situacional, a dificuldade de apreciação de coerência em um discurso em que são utilizadas palavras avaliatórias é maior do que em palavras descritivas. O problema é relativo à utilização dos princípios da lógica formal aplicados à linguagem (HARE, 1996, p. 26). As palavras avaliatórias têm por função qualificar algum objeto apreciando positiva ou negativamente o mesmo. São palavras como “bom”, “excessivo”, “bonito”, “adequado” e expressões como “boa-fé”, “excessivamente oneroso”, “valor razoável”, “negócio justo” etc.

A prescritividade é, por sua vez, um princípio regulador da ação do sujeito, ou seja, ela expressa o caráter de compromisso individual com um determinado juízo proferido. O caráter lógico da prescritividade está no fato de que aquele que profere um

juízo sincero deve estar comprometido com a adoção das conseqüências da ação realizada, estando o agente em qualquer posição, mesmo a daquele que venha porventura a sofrer conseqüências negativas (HARE, 1996).

As palavras de valor não se distinguem das palavras descritivas pelo fato de serem imprecisas. Por oposto, uma similaridade entre as palavras descritivas e as palavras de valor consiste no fato de que tanto palavras como, por exemplo, “vermelho”, que tem um sentido descritivo, quanto “bom”, usada para descrever um “bom automóvel”, são imprecisas em seu uso (ULLMANN, 1964). A polissemia (assim como a vagueza ou a imprecisão) não é uma característica que diferencie as palavras descritivas das palavras de valor (ULLMANN, 1964, p. 123). O padrão para se determinar o que é a cor vermelha ou o que é um bom automóvel é normalmente impreciso. Tal fato é importante, pois uma das diferenças entre as normas formuladas por meio de palavras descritivas e as formuladas por meio de palavras avaliatórias³⁶ apontada de forma recorrente é a vagueza ou imprecisão semântica dos textos normativos que as compõem. Dizer, portanto, que normas escritas com palavras de valor são mais imprecisas não descreve adequadamente o aspecto mais importante para a diferenciação de tais tipos de normas, já que em ambas a linguagem é polissêmica, vaga e imprecisa. O que diferenciará as normas formuladas com palavras descritivas das formuladas com palavras avaliatórias é a função lógica das palavras que as compõem (BASTOS, 2002, p. 124).

A complexidade em julgar aplicando normas formuladas por meio de palavras avaliatórias está no fato de que, como seu significado não expressa algo que se manifesta no mundo fenomênico, os critérios para determinar seu significado são muito variáveis. Assim, quem diz que um automóvel é um bom automóvel tem implícito a essa afirmação um conjunto de critérios

que determinam o significado da palavra *bom* utilizada em conjunto com o objeto automóvel. A implicação desse fato no direito consiste em que as decisões jurídicas devem necessariamente ser fundamentadas de forma que os critérios para a utilização de palavras avaliatórias sejam publicamente explicitados, na *ratio decidendi*, de forma descritiva. Caso a decisão não seja fundamentada por meio de critérios descritivos aplicáveis a palavras avaliatórias, ter-se-á, como dito anteriormente, uma “petição de princípio”, como por exemplo a fundamentação da afirmação de que um automóvel é “bom” porque tem um “bom” motor. O problema da fundamentação sobre o que é um carro bom apenas foi transferido para um aspecto do carro, conceito que permanece impermeável. Afinal, o que é um “bom” motor? Aí se encontra o risco de que a ideologia seja escamoteada na decisão.

O resultado prático dessa distinção e a sua relevância para a presente discussão deve-se ao fato de que uma das formas de se exigir transparência nas decisões judiciais é cobrar dos juízes que explicitem na fundamentação das decisões quais os elementos descritivos que conformam os critérios para a utilização de palavras avaliatórias.

Veamos um exemplo de aplicação de normas expressas com palavras avaliatórias e como é possível cobrar do judiciário que as decisões sejam proferidas em observância à coerência interna.

O artigo 6º, V, segunda parte, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90) é formulado por meio de uma expressão avaliatória que enseja as dificuldades e os riscos apontados.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

...

V - a modificação das *cláusulas contratuais* que estabeleçam prestações desproporcionais ou *sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*” (grifo nosso)

Expressa em forma lógica e completada com os termos que dariam um sentido em acordo com o microsistema de defesa do consumidor, a sentença imperativa seria:

Se: em um contrato de fornecimento de produto ou serviço houver uma cláusula contratual excessivamente onerosa para o consumidor que assim venha a ser considerada por ter origem de fato superveniente ao momento da realização do contrato

Então: haverá revisão judicial de seu conteúdo para que se restaure o equilíbrio anteriormente existente

É importante notar que a conduta determinada pela norma ao fornecedor aqui não aparece totalmente revelada, na medida em que seu dever é, ocorrida a mudança das condições com a conseqüente onerosidade excessiva, alterar o conteúdo da cláusula para que seja preservado o equilíbrio contratual. Por ora, é importante verificar que, nessa máxima imperativa, existe uma expressão problemática do ponto de vista hermenêutico, justamente porque não possui a natureza de uma palavra descritiva: “cláusula contratual excessivamente onerosa”. O problema está em que não há como proceder a uma estabilização semântica prévia à aplicação de tal norma relativamente aos termos que funcionam como palavras de valor, como é o caso de “onerosidade excessiva”.

No processo de aplicação da norma, o juiz terá de demonstrar, em termos descritivos, os critérios utilizados para formular o juízo de que uma determinada situação do consumidor é considerada excessivamente onerosa. No momento da fundamentação apresentada pelo juiz para embasar a decisão, ele revelará suas preferências pessoais, seus valores, seu modo de ver o mundo de forma mais explícita, ao demonstrar efetivamente tais critérios. Quanto mais justificada for a decisão, mais clara ficará a opção política do juiz e mais visíveis ficarão as eventuais incoerências entre diversas decisões de tal juiz.

A idéia de coerência liga-se, como visto, à de isonomia, princípio de justiça segundo o qual sujeitos com características semelhantes e em situações semelhantes devem merecer tratamento semelhante. Esse é também um princípio característico da linguagem da moral que permite a apreciação lógica dos juízos. Embora não haja um conteúdo único possível e determinado para um juízo moral ou jurídico, a lógica não permite que se adotem padrões inconsistentes e que se realizem juízos discrepantes para situações semelhantes³⁷.

O significado das palavras de valor é prescritivo e, de acordo com esse significado, não é aceitável, dos pontos de vista ético e lógico, que um mesmo sujeito profira juízos diferentes para situações idênticas sem que se perca a idéia de isonomia e, portanto, a coerência moral ou jurídica do juízo. Um juízo lógico deve ser sempre universal, ou seja, um mesmo tipo de decisão deve ser proferida para um mesmo tipo de problema, *ceteris paribus*³⁸.

8. Um caso exemplar

Há um julgado que exemplifica a complexidade da aplicação de normas abertas e no qual se materializa o problema a ser tratado, o *caso do leasing*, o qual passo a descrever. Após um período hiperinflacionário e de inúmeras tentativas de resolver tal problema, o Brasil, em meados da década de noventa, finalmente conseguiu controlar a inflação. A eleição de Fernando Henrique Cardoso decorreu, em grande parte, do reconhecimento do sucesso de medidas antiinflacionárias que resultaram em um ambiente propiciador, no mercado, de um grau razoável de previsibilidade econômica, levando ao aumento do consumo de bens de valor alto, para os quais era necessária a obtenção de crédito.

Nesse ambiente político e econômico, surgiu a possibilidade de os consumidores adquirirem veículos por meio de *leasing* financeiro. Os consumidores, nos anos que se

seguiram à implementação bem-sucedida do Plano Real, adquiriram veículos fazendo uso de contratos de *leasing*³⁹.

Um dos atrativos dos contratos de *leasing* para a compra de veículos era o fato de que o valor da parcela a ser paga era menor do que na modalidade contratual de crédito ao consumidor, devido basicamente a duas razões: ao regime tributário do *leasing* e à possibilidade de captação dos recursos no exterior em Dólares norte-americanos a custo mais baixo do que o dinheiro custava dentro do Brasil. Havia, portanto, o *leasing* indexado em Dólar e o indexado pelos índices de correção monetária governamentais. A modalidade de contrato que aqui nos importa é a primeira, a qual posteriormente veio causar prejuízos aos consumidores.

No período de aproximados quatro anos anteriores a janeiro de 1999, ou seja, desde 6 de março de 1995, o mercado cambial brasileiro vinha funcionando sob o denominado “sistema de bandas”, segundo o qual o valor da moeda estrangeira variava dentro de bandas preestabelecidas pela autoridade monetária. Até o período do trimestre anterior ao mês de janeiro de 1999, o Banco Central conseguiu determinar o comportamento da taxa de câmbio a partir da utilização da chamada “âncora cambial” (MORAES, 2001).

A partir do início do mês de janeiro, fatos de ordem econômica e política causaram insegurança no mercado sinalizando mudanças na política cambial até o momento vigente. Especulações sobre uma revisão do acordo então firmado com o Fundo Monetário Internacional - FMI -, queda das reservas cambiais e a declaração de moratória do Estado de Minas Gerais são apontados como elementos cruciais para a determinação de um clima de nervosismo no mercado. Ainda, houve especulação sobre a modificação da presidência do Banco Central e do Ministério da Fazenda; quedas acentuadas do índice BOVESPA, queda de preço dos títulos do Brasil e, enfim, redução na credibilidade do País.

Com todo o cenário desenhado, o governo já tinha em mente promover uma desvalorização do Real em relação ao Dólar. Além de razões de convicção técnica, outras de ordem política indicaram o caminho da desvalorização gradual.

O ano de 1998 era eleitoral e o governo, em nome de não colocar em risco a reeleição de Fernando Henrique Cardoso, optou por não aumentar o ritmo de desvalorização do Real que já se implementava de forma paulatina, algo que se chamou de “gradualismo”. O rumo da política cambial acabou tendo de ser alterado por conta de uma crise que teve seu ápice em janeiro de 1999⁴⁰, quando o sistema de controle cambial entrou em colapso causado pela fragilidade da moeda nacional a ataques especulativos e pela instalação de uma crise decorrente de uma “profecia auto-realizável”. O valor do Dólar subiu vertiginosamente afetando os contratos de *leasing*⁴¹.

A Tabela 1 a seguir mostra a variação percentual anual da inflação e do Dólar no triênio 95/97 e a Tabela 2 mostra a variação do Dólar em relação ao Real no início de 1999:

Tabela 1

Ano	1995	1996	1997
Inflação	21,98	9,12	4,34
Dólar	14,98	6,88	7,40

(Fonte: COSER, 1999)

Tabela 2

Variação do valor do Dólar em relação ao Real no bimestre janeiro/fevereiro de 1999

Dia	Valor do Dólar em Reais
12/01/1999	1,21
13/01/1999	1,32
29/01/1999	2,10
19/02/1999	1,94

Milhares de ações foram propostas contra as empresas de *leasing* por consumidores que se viram prejudicados pela mudança no valor do Dólar e o caso foi à decisão no âmbito do STJ⁴².

O argumento dos consumidores era, em síntese, a pretensão de serem aliviados da onerosidade excessiva que decorria da importante mudança no valor do Dólar, com fundamento no artigo 6º, V, segunda parte, do Código de Defesa do Consumidor. O referido artigo dispõe ser direito básico do consumidor a revisão das cláusulas contratuais que, em razão de fatos supervenientes, tornem as prestações devidas pelos consumidores⁴³ excessivamente onerosas.

O caso foi ao Superior Tribunal de Justiça – STJ – que decidiu, em um primeiro momento, que o consumidor havia de ser aliviado do aumento excessivo do valor da parcela a ser paga para as empresas de *leasing*. Em um momento posterior, já agora no âmbito da Segunda Seção do Tribunal, em sede de uniformização de entendimento, foi decidido que a diferença entre o que o consumidor pagava e o que veio a pagar depois do aumento deveria ser suportada pelo consumidor na proporção de 50%, decisão que teve fundamento na “equidade”.

Em trabalho anteriormente realizado, investiguei as 27 decisões que estiveram diretamente relacionadas com a decisão final do caso⁴⁴. Ao analisar os julgados, procurei verificar qual o sentido dado pelo Tribunal à expressão “onerosidade excessiva” e à palavra “equidade” (FREITAS FILHO, 2006).

O conceito de onerosidade excessiva apareceu nas decisões como algo auto-evidente. Há menção, em alguns julgados, da necessidade de se estabelecer uma quantificação do prejuízo, o seu dimensionamento, para a determinação da ocorrência da onerosidade excessiva. Embora haja tal necessidade, não se estabelece, em nenhum julgado estudado, uma indicação quantitativa do aumento da parcela a ser paga como requisito para a determinação da onerosidade excessiva.

Outro ponto inconsistente nas decisões é a caracterização do consumidor que mereceu proteção contra os efeitos da onerosidade excessiva. Sobre o consumidor do *leasing* em dólar, entendeu-se que era o de poucos recursos para gerir seu orçamento doméstico. Entretanto os bens adquiridos pelos consumidores eram automóveis, grande parte deles novos, e, como se verificou em um dos Acórdãos, um automóvel de alto valor⁴⁵. Por outro lado, verificou-se a existência de pessoas jurídicas com fim de lucro na qualidade de consumidoras, o que também é problemático dada a premissa posta pela Ministra.

As circunstâncias política e econômica que eram centrais para o deslinde do caso foram tratadas de forma superficial, na medida em que não se discutiu abertamente o papel do Governo Federal ao informar ao mercado e ao consumidor que haveria mudança na política cambial. Admitindo-se que o Governo não pudesse fazê-lo, a discussão teria de abordar a questão da capacidade fática das partes para prever a mudança da situação da política cambial. Embora tenha havido menção ao fato de que o consumidor poderia ter ciência da eventual mudança cambial, essa afirmação não é confirmada pela análise das notícias que eram então veiculadas na mídia.

Ao final, o consumidor teve de dividir o prejuízo com o fornecedor em decisão em que se aplicaram princípios de interpretação contratual de inspiração liberal, mas com fundamento em regra de direito do consumidor, de inspiração claramente protetiva. A meu ver, esse nível da discussão não foi feito nos julgados de forma efetiva, o que impede que em um próximo caso seja feito o cotejo crítico com a decisão anteriormente dada.

Minha conclusão foi que o Tribunal, ao preencher de sentido as expressões avaliatórias presentes na norma, não apontou claramente os critérios utilizados para determinar o motivo da consideração de que o aumento havia sido *excessivamente*

oneroso, nem qual a justificativa fática para a conclusão de que, por *equidade*, cinquenta por cento do total do aumento representa um valor que não é excessivamente oneroso para o consumidor.

Ao final da análise dos casos, concluí que os julgadores haviam decidido conforme lhes parecia mais adequado, consideradas as conseqüências políticas e econômicas que adviriam daquele julgamento, e que de fato aquele era um modo de colocar fim ao conflito da forma menos “traumática”. Se à primeira vista uma solução baseada em equidade e com apelo a um conceito (ainda que não revelado) de justiça parece interessante, o fato é que, na forma como a solução foi dada, nada impede que, em um caso futuro semelhante, a decisão seja completamente diferente sem que se possa dizer que o Tribunal esteja sendo contraditório, em vista da falta de explicitação dos critérios fáticos que determinaram aquele entendimento.

O Tribunal dissera que a onerosidade excessiva era evidente, mas que seria injusto que o fornecedor arcasse com o “prejuízo” integralmente, já que não havia dado causa ao mesmo. Portanto, por equidade, determinou-se que o consumidor arcasse com 50% do prejuízo, sem uma justificativa suficiente para a determinação desse valor percentual.

Na forma como restou decidido o caso, poder-se-ia indagar, por exemplo, por que não 30%, 70% ou outro valor qualquer do prejuízo deveria ser arcado pelo consumidor. O que, afinal, é “excessivamente oneroso”? Os julgadores certamente impregnaram a decisão com seus pontos de vista políticos, seus valores, suas preferências, suas visões de mundo e considerações conseqüencialistas. Ocorre que, como na fundamentação da decisão, esses aspectos não aparecem de forma clara, os destinatários da decisão (a sociedade) não podem criticá-la. Se os julgadores não explicitam as razões que os levam a dar sentido às normas em um ou outro sentido,

a possibilidade de crítica das decisões fica seriamente afetada⁴⁶. O Tribunal, ao aplicar o CDC, construiu uma solução que não estava determinada na norma, e a evidência de que foi criada uma regra para o caso (e, portanto, legislou-se) nos remete à crítica de indeterminação do sentido das normas, feita pelos representantes dos *Critical Legal Studies* ao pensamento formalista. O grau de indeterminação da lei permitiu ao Tribunal formular a regra, que poderia ter sido formulada de maneira bastante diferente.

Assumindo a idéia de indeterminação das normas, o que nos cabe fazer é cobrar do judiciário que as opções valorativas presentes no momento da decisão sejam explicitadas da forma mais plena possível. Podemos, assim, cobrar dos juízes algum tipo de coerência, ao menos lingüística, mesmo admitindo a indeterminação de sentido das normas.

9. Conclusões

As palavras e expressões avaliatórias são relativas a juízos que devem ser feitos sobre situações concretas e não são definíveis aprioristicamente. São palavras e expressões que necessitam ser preenchidas de significado no momento do julgamento, e, por conta de sua alta carga valorativa, permitem ao julgador imprimir suas convicções pessoais, seus valores, suas crenças, sua visão de mundo, enfim sua ideologia.

O requisito da fundamentação das decisões deve permitir idealmente ao destinatário de uma determinada decisão conhecer não somente a descrição do processo dedutivo realizado pelo julgador mas também as opções valorativas realizadas, o que deve aparecer nas razões de decidir. Se na *ratio decidendi* não se encontram os elementos descritivos que permitem identificar com clareza os motivos que levaram os juízes a decidir, não será possível analisar adequadamente o mérito da decisão. Esse procedimento tem, a meu ver, duas conseqüências diversas, mas relacionadas.

Ao não fundamentar completamente a decisão indicando os elementos descritivos que servem de critério para determinar o sentido de tais palavras e expressões, (1) os juízes ficam aparentemente livres do dever de enfrentar a difícil situação de fundamentar distintamente um entendimento futuro diferente do existente e (2) os juízes expõem apenas parcial e indiretamente suas preferências ideológicas.

A primeira consequência resulta do fato de que, se alguém não determina o sentido de uma expressão avaliatória indicando o seu sentido descritivo, nunca se saberá ao certo qual o verdadeiro sentido da expressão. Assim, se alguém diz apenas que um sujeito age com boa-fé sem justificar o que isso significa, em um momento seguinte poderá dizer o oposto sem que necessite contrariar os critérios utilizados para o primeiro juízo.

A segunda consequência ocorre na medida em que, ao definir uma palavra ou expressão avaliatória adequadamente, o julgador explicitará sua visão de mundo, suas convicções sobre a melhor forma de organização social, etc. Se não o fizer, não se comprometerá com qualquer posição ideológica, reforçando o mito da neutralidade e da possibilidade de que as decisões possam ser produzidas segundo um método exclusivamente formal-dedutivo. Por exemplo, ao dizer o que entende por “excessivamente oneroso” ou por “agir conforme a boa-fé” em um contrato de consumo, o julgador terá necessariamente de expor suas preferências por um projeto de sociedade e de mercado mais liberal ou mais protetivo do consumidor.

Penso que é possível generalizar a afirmação de que a aplicação de um modelo de julgamento em que as expressões avaliatórias eram tomadas em grande parte como se o seus significados fossem objetivos e não necessitassem de um grande esforço hermenêutico é algo que pode ser encontrado comumente nos tribunais brasileiros. Com isso, por exemplo, não foi possível identificar descritivamente, no caso narrado, a

razão pela qual o Tribunal entendeu que o significado da expressão “onerosidade excessiva” implicaria a distribuição, entre consumidor e fornecedor, de prejuízos contratuais sofridos pela desvalorização da moeda brasileira perante o Dólar. A decisão foi tomada em nome de uma nebulosa noção de “equidade”, como se o recurso à equidade desobrigasse a fundamentação racional da decisão e legitimasse a discricionariedade decisória.

Os exemplos são inúmeros e suceder-se-iam indefinidamente. O propósito de elencar algumas normas expressas por palavras avaliatórias é tentar mostrar a alta problematicidade da determinação do seu sentido e chamar atenção para a possibilidade de um déficit de fundamentação das decisões. Isso acarreta um déficit de *accountability* dos tribunais do ponto de vista da cobrança de coerência interna de decisões e dificulta a identificação das posições políticas dos juízes, assim como sua crítica.

O importante legado dos CLS é a idéia de indeterminação, o combate ao formalismo e a tentativa de desmistificação do discurso jurídico revelando seu conteúdo inerentemente político.

Esse legado, apesar de poderoso criticamente, vê seu limite na relação entre a assunção radical da indeterminação das normas e a impossibilidade de qualquer proposta otimizada do direito. Embora o processo decisório seja realmente incontrolável empiricamente, isso não quer dizer que as decisões sejam totalmente irracionais. A idéia de que as leis são expressas em linguagem natural pressupõe sua aplicação como um discurso que deve ter, para que faça algum sentido, um mínimo de racionalidade.

Os CLS não propõem nenhum projeto concreto de direito que possa ser adotado em lugar do que é criticado – o modelo legal-liberal de direito –, na medida em que qualquer projeto objetivo será o reflexo de um modelo de sociedade imposto a quem não detém poder. O potencial dos CLS está, assim, em sua capacidade crítica

e denunciadora e uma pergunta como “O que colocar no lugar do que está aí?” feita aos representantes do movimento não faz sentido, já que seu projeto não inclui um conteúdo para o direito.

O reconhecimento da angustiante insegurança resultante da indeterminação das normas pode ter o efeito perverso de uma postura niilista ou radicalmente cética, o que me parece contrário aos propósitos assumidamente transformadores dos CLS. A saída para essa armadilha lógica é a adoção de uma postura moral cética combinada com a crítica fundada na lógica formal (portanto, sem a assunção de qualquer conteúdo moral mínimo), bem como a adoção de um instrumento teórico que permita algum tipo de avanço propositivo a partir do potencial crítico dos CLS.

O Prescritivismo Universal pode ser esse instrumento, já que permite a crítica dos discursos de aplicação das normas. Um mínimo de coerência interna do discurso é desejável e o Prescritivismo Universal permite identificar o tipo de palavras por meio das quais a mistificação do discurso jurídico como discurso dedutivo é mais intensamente perpetrada: as palavras avaliatórias. Os julgamentos, nos quais tais tipos de palavras são utilizados como se tivessem sentidos pré-determinados e semanticamente estabilizados, deixam de revelar os critérios fáticos com os quais se decidem os casos e, dessa forma, impedem a identificação clara das preferências ideológicas dos julgadores, limitando por consequência a possibilidade de crítica das decisões e impedindo a apreciação da *accountability dos tribunais*.

Notas

¹ *Accountability* consiste n’O requisito de que os representantes devem responder aos representados ao disporem de seus poderes e deveres, atuar sob a possibilidade de crítica ou em consideração às críticas que lhes são feitas, bem como aceitar (em algum grau) responsabilidade por falha, incompetência ou erro.” (MCLEAN; MCMILLAN, 2003, tradução do autor).

² Isto não significa que um determinado tribunal nunca possa mudar de posicionamento em relação a determinado problema jurídico. Um determinado tribunal pode mudar de posição, mas tal mudança tem de vir acompanhada de razões demonstradas que deem suporte ao que foi decidido.

³ O uso *informativo* da linguagem distingue-se do uso *poético*.

⁴ ... “ nós somos unidos pelo fato de que gostaríamos de trabalhar, tanto o quanto possível, para colaborar de foma modesta para a realização do potencial que cremos existir para transformar as práticas do sistema jurídico para que esta seja uma sociedade mais decente, igual, solidária – menos intensivamente organizada por hierarquias de classes, status, ‘mérito’, raça e gênero – mais descentralizada, democrática e participativa tanto na sua própria forma de vida social quanto na forma que ela promove em outros países.” (GORDON, 1987, p. 197, tradução do autor).

⁵ “O projeto dos CLS é bastante diferente: Além dos pensadores dos Estudos Jurídicos Críticos buscarem mostrar as relações entre as visões de mundo embutidas na consciência jurídica moderna e a dominação na sociedade capitalista, eles também querem *modificar* essa consciência e estas relações. Esta é a dimensão Crítica do conhecimento jurídico Crítico. Nesta tradição de conhecimento, a análise da consciência jurídica é parte de uma política de transformação. Isto é o que distingue CLS da ciência social tradicional.” (TRUBEK, 1984, p. 591, tradução do autor).

⁶ Talvez o motivo pelo qual os CLS não tenham tido a repercussão que seus representantes esperavam tenha sido a falta de um aparato teórico instrumental para lidar com a dimensão concreta das decisões judiciais. “CLS no ha elaborado un nuevo programa politico y no ha influido ni en la vida politica americana ni en la vida interna de la profesion juridica.” (KENNEDY, 1992, p. 287). Outra explicação pode ser simplesmente o fato de que, na disputa ideológica, os representantes dos CLS tenham sido derrotados. “Nascidos dos movimentos sociais da década de 1960, os Estudos Jurídicos Críticos lançaram uma crítica poderosa ao direito e ao ensino jurídico como instituições que, em realidade, legitimavam as injustiças da sociedade americana. Entretanto, como muitas tentativas radicais daquele tempo, foi grandemente derrotado pelas forças conservadoras cujas idéias hoje dominam o direito e a sociedade de forma geral.” (GABEL, 2004, p. 43, tradução do autor).

⁷ Tal método não pressupõe nenhum conteúdo substantivo de regras morais universais.

⁸ Um ponto importante a ser destacado é a impossibilidade de que qualquer método de apreciação das decisões, no qual sejam adotados princípios universais, seja utilizado em combinação com uma perspectiva crítica, já que esta nega qualquer possibilidade de universalidade dos valores.

⁹ Hart (1996) propõe que o direito possui uma dimensão interna segundo a qual o indivíduo tem uma percepção de dever relativo à existência da ordem normativa jurídica. Essa perspectiva interna é, segundo o autor, constitutiva do direito e distintiva em relação a outras ordens normativas. A utilização do conceito de “coerência interna” não é aqui referente ao conceito de Hart (1996), mas sim à perspectiva de um falante no discurso prescritivo. Não é, portanto, um conceito sociológico, mas sim um conceito lógico-lingüístico.

¹⁰ Os CLS podem ser qualificados como uma teoria cética, na medida em que sua proposta teórica é desconstrutivista e denunciadora de um estado de coisas sem, entretanto, propor uma forma de otimização da aplicação das normas. Nesse sentido, de alguma forma, há algo que opõe os CLS à tradição hermenêutica ou mesmo à analítica.

¹¹ A adoção do método de solução de casos é fruto dessa influência. “A introdução do método de caso na instrução na Faculdade de Direito de Harvard durante a década de 1870 foi parcialmente embasada em assunções da ciência jurídica.” (MERRIMAN, 1985, p. 79).

¹² Andrew Altman (1993) sustenta que há duas tendências dentro dos CLS, uma radical e uma moderada. Segundo o autor, a tendência radical é associada ao desconstrutivismo e advoga que não há uma estrutura objetiva no direito ou em qualquer instituição social. O direito seria um conjunto de palavras vazias de significado nas quais o indivíduo pode colocar qualquer significado lhe pareça mais conveniente. A tendência moderada rejeita a afirmação da teoria radical de que não há uma estrutura de realidade objetiva no direito e na sociedade. Essa tendência afirma que as palavras têm um sentido nuclear, mas que as interpretações dadas às palavras são condicionadas pelas crenças morais e políticas. No presente artigo, a distinção não tem maior repercussão, na medida em que os princípios que unem as duas tendências são suficientes para identificá-las como um único movimento teórico. Parece-me, entretanto, que a corrente moderada é mais adequada à descrição do fenômeno jurídico.

¹³ A expressão “Rule of Law” não tem tradução exata para o português. Seu significado mais próximo no sentido em que aqui é utilizado é “Estado de Direito”.

¹⁴ A idéia de que os juízes fazem a lei e não meramente aplicam a lei, para os CLS, tem raiz no realismo jurídico norte-americano. Partem da pressuposição de que a dedução ao estilo matemático é um mito que tem por função legitimar um modelo de atuação dos juízes (TRUBEK, 2006, p. 5).

¹⁵ “O Segundo maior impacto do Welfare State no direito é a mudança do estilo de raciocínio jurídico do formalismo para o raciocínio orientado à realização de políticas e de considerações de justiça formal para um interesse em justiça procedimental e substantiva. An-

tes de uma discussão mais aprofundada, estes termos devem ser definidos. O raciocínio legal é formalista quando a mera invocação de normas e a dedução de conclusões delas são tidas como suficientes para sustentar a autoridade de uma dada escolha jurídica. É orientado a políticas quando a decisão sobre como aplicar uma norma depende de um julgamento sobre como atingir mais efetivamente os objetivos determinados pela norma. A diferença entre esses dois tipos de raciocínio jurídico dá-se entre o critério tido como apropriado para uma justificação ou crítica pública das decisões oficiais; não finge descrever as causas e motivos reais da decisão.” (UNGER, 1977, p. 194, tradução do autor).

¹⁶ Um exemplo interessante e atual do conceito de indeterminação é o comentário de Mark Tushnet (2001, p. 113) à decisão *Bush v. Gore*.

¹⁷ Embora essa seja uma visão que possa ser criticada como reducionista da pretensão dos CLS, ela foi disseminada de tal forma que hoje esse princípio teórico lhes identifica.

¹⁸ Trubek (2006, p. 594) cita o exemplo de Mersh (*The History of Mainstream Legal Thought, in The Politics of Law: A Progressive Critique* – D. Kairys e. 1982).

¹⁹ A doutrina dominante conforma o paradigma, nos termos de Khun (1962).

²⁰ Abreviatura de “critics”, noção associada à postura política de contestação e teórica de desconstrução dos valores e argumentos liberais, respectivamente.

²¹ O conceito de poder simbólico em Bourdieu (1962) expressa o segundo tipo de poder referido.

²² Não há similaridade entre a proposta dos CLS e uma proposta hermenêutica, como por exemplo a de Gadamer (1997).

²³ As idéias de Dworkin estão sintetizadas em suas três obras mais conhecidas: DWORKIN, 2002; DWORKIN, 2001; DWORKIN, 1999.

²⁴ O projeto de Dworkin é inspirado pela mesma orientação emancipatória do projeto dos CLS, e parece equivocado pensar que há uma oposição simplista entre os objetivos de ambos. A forma mais difundida da oposição entre os dois projetos é que Dworkin pensa que é possível sempre se obter uma resposta certa, e os CLS pensam que uma tal resposta certa nunca é possível. Embora inserido no campo do que os CLS chamam de teoria legal liberal, Dworkin preocupa-se com a possibilidade de ataque aos direitos individuais dos sujeitos de direito. (Cf. KENNEDY, 1997, p. 129).

²⁵ Kennedy (2002, p. 1992, tradução do autor) expressa esta idéia: “Eu penso que minha própria crença inicial no raciocínio jurídico é algo como a religião para os intelectuais do século dezoito que acreditavam que havia bons motivos racionais para pensar que havia um Deus, que a existência de um Deus justificava todos os tipos de visões de esperança sobre o mundo, e que a crença popular em Deus trazia

grandes consequências sociais benéficas. Mas eles também tinham experiências confirmatórias que eram distintas, decorrentes da demonstração racional.” Em um trabalho anterior, entretanto, Kennedy (2004, p. 41) parece pensar de forma diversa. Isso pode ser possivelmente explicado pelo fato de que tal artigo era mais um manifesto do que um trabalho teórico. Em suas palavras:

“Os resultados da luta não são preordenados por qualquer aspecto da totalidade social, e os resultados, dentro do direito, não têm qualquer ‘lógica inerente’ que possa permitir alguém predizê-los cientificamente, ou rejeitar previamente tentativas específicas de juízes e advogados de lidar com transformações limitadas do sistema.”

²⁶ Há críticos dos CLS que cobram do movimento a resposta à pergunta sobre o que eles colocariam no lugar de um sistema que criticam. A pergunta, como apontou Fischl (1992), não faz sentido, pois o projeto é crítico e não aponta um conteúdo moral ou um plano pronto de ordem social a substituir o existente.

²⁷ Evidentemente haverá sempre situações-limite em que utilizar um determinado nome para falar sobre algum objeto não será tão simples. Alguém pode ter dificuldade em chamar um relógio de parede e um relógio de pulso pelo mesmo nome. Em verdade, em algumas línguas, há palavras diferentes para expressar objetos semelhantes como, por exemplo, as palavras em inglês: watch (relógio de pulso) e clock (relógio de parede). De qualquer forma, o que é importante enfatizar é que a linguagem pressupõe a coerência como um requisito essencial a sua utilização bem-sucedida.

²⁸ Os critérios utilizados para tal avaliação serão, em certa medida, arbitrários e uma forma de questioná-los é a discussão ideológica sobre qual projeto de bom jogador pode ser entedido como correto. O que a coerência na perspectiva interna nos garante é a possibilidade de verificar a racionalidade do uso da linguagem por um emissor quando predica sobre objetos em situações similares.

²⁹ Os quatro livros nos quais Hare contrói e desenvolve sua teoria são: HARE (1963; 1981; 1966; 2003).

³⁰ “A Metaética investiga a origem dos nossos princípios éticos e o que eles significam. São eles meramente invenções sociais? Eles envolvem mais do que expressões de nossas expressões individuais? Respostas metaéticas a estas questões dirigem-se às questões de verdades universais, a vontade de Deus, o papel da razão nos julgamentos éticos e o próprio sentido das palavras éticas.” (FIESER, [199-?], tradução do autor).

³¹ Faço aqui distinção entre a linguagem natural e a linguagem simbólica.

³² Aqui aparece a influência do Segundo Wittgenstein em Hare.

³³ As palavras e expressões avaliatórias são identificadas por Karl English (2001, p. 203) com o nome de “conceitos jurídicos indeterminados normativos em

sentido próprio”. A expressão “conceito normativo” tem dois possíveis sentidos: a) um *sentido impróprio*: conceito normativo no sentido de ser referente a um objeto perceptível pelos sentidos, mas que recebe uma “roupagem” institucional jurídica. Como exemplos teríamos: “casamento”, “funcionário público” e “menor”. Outro sentido de utilização do conceito seria o b) *sentido próprio*: conceito normativo que sempre necessita de uma valoração para que seja aplicado em um caso concreto. Diz o autor: “Se alguém é casado ou é menor, isso pode ser ‘estabelecido’ através de critérios descritivos. Ao contrário, se uma predisposição caractereológica é ‘indigna’, se um motivo é ‘vil’, se um escrito é ‘pornográfico’, se uma representação é ‘blasfema’, – pense-se a este propósito no célebre quadro de George Grosz, representando Cristo na cruz com a máscara de gás na face e botas de soldado nos pés (sobre o caso, RGerST. 64, p. 121 et seq.) –, isso só poderá ser decidido com base numa valoração. Os conceitos normativos desta espécie chamam-se conceitos ‘carecidos de um preenchimento valorativo’. Com essa horrorosa expressão quer-se dizer que o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido caso a caso, através de actos de valoração.” Os conceitos jurídicos indeterminados normativos são os que o autor diz o serem em sentido próprio. São esses que propriamente se distinguem dos conceitos descritivos e que trazem uma problemática específica ao ato de interpretação/aplicação dos textos normativos.

³⁴ Utilizo as expressões: “palavras avaliatórias”, “expressões avaliatórias” e “termos avaliatórios” em alternância indicando a mesma idéia de distinção entre “avaliatório” e “descritivo”.

³⁵ No caso das onomatopéias, põe-se a interessante questão de que tal não seja uma mera convenção, mas tenha relação com uma característica física do objeto descrito e, portanto, tenha algo a ver com a descrição de uma essência. “Difícilmente se encontrará outro aspecto da semântica que tenha despertado tanto interesse como a onomatopéia. A vasta literatura a este respeito vai desde as caprichosas fantasias sobre a cor dos sons da fala até às experiências realizadas em condições laboratoriais.” (ULLMANN, 1964, p. 178). Segundo o autor, as onomatopéias têm os seguintes pontos de interesse semântico: 1) há semelhança intrínseca entre o nome e o sentido, de tal forma que as onomatopéias são semelhantes em diversas línguas; 2) a motivação fonética se dá na condição da existência entre nome e sentido. Os sons se ajustam ao significado do objeto; 3) mesmo quando o som é adequado à expressão do significado, a onomatopéia entrará em jogo se o contexto lhe for favorável; 4) a palavra é onomatopaica se é *sentida* como tal. Sobre a busca de motivação fonética para a relação entre a palavra e o sentido do objeto, diz o autor: “Essa busca de motivação estendeu-se mesmo até à palavra escrita. Alguns escritores dizem sentir uma analogia entre o significado de certas palavras e a sua forma visual. O

poeta Lecomte de Lisle disse uma vez que se a palavra francesa para a idéia de ‘pavão’ *paon* (pronunciada *pã*), se viesse a escrever sem o *o*, não veria mais a ave abrindo a cauda. Indo talvez mais longe, Paul Claudel descobre nos dois *tt* da palavra francesa *toit* ‘telhado’ as duas empenas de uma casa, e apercebe-se da caldeira e das rodas na palavra *locomotive* ‘locomotiva’. Estas extravagâncias parecem remontar a uma forma primitiva de escrita em que os símbolos visuais eram directamente representativos das coisas que designavam e ainda não estavam subordinados à palavra falada.” (ULLMANN, 1964, p. 190).

³⁶ A doutrina jurídica faz menção à distinção entre “princípios”, “cláusulas gerais” e “regras” com base neste critério. Por exemplo, Barroso, (2001 p. 149); Bastos, (2002 p. 108).

³⁷ O caso *Bush x Gore* decidido pela Suprema Corte Norte-americana coloca a questão da exceção da excepcionalidade da aplicação de uma determinada norma. Mesmo nesse caso, a excepcionalidade transforma-se em regra na medida em que, se forem verificadas, em outros casos posteriores, as mesmas características do primeiro, por dever de coerência, o tribunal terá de aplicar a mesma solução. O trecho da decisão que sugere a exceção ao princípio da universalizabilidade é: “The recount process, in its features here described, is inconsistent with the minimum procedures necessary to protect the fundamental right of each voter in the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer. *Our consideration is limited to the present circumstances*, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities.” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2000, grifo nosso).

³⁸ O uso de recursos retóricos que mascaram as intenções e as razões políticas de determinada decisão pode estar presente tanto na esfera jurídica quanto na esfera política. A teoria política chama atenção para a questão da *accountability* dos detentores do poder político que não agem de acordo com o discurso que apresentam. Embora a política seja distinta do direito em muitos aspectos, o conceito de coerência pode ser aplicado aos dois campos de práticas sociais na medida em que são tratadas questões de interesse público e envolvem delegação de poder pela sociedade.

A discricionariedade na política é muito mais visível do que no direito pela própria característica do exercício do poder político. Na política, a luta pelo acesso ao poder marca as disputas públicas em que discursos são proferidos sem a preocupação com a coerência, mas sim com vistas ao que mais produz simpatia naquelas pessoas que recebem a mensagem. É fato bastante comum que um político em campanha afirme algo que após a posse não mais seja confirmado pelo próprio. De toda forma, é possível verificar em algum grau o respeito que um determinado governo tem por seus eleitores se as promessas de campanha se tornam atos (ao menos tentativas) de governo.

Como a linguagem é fonte de imprecisões, é necessário que os discursos que fundamentam decisões e a proposição de medidas sejam submetidos à exaustiva crítica como forma de revelar os valores, as pré-concepções e as intenções daqueles que são responsáveis por tais decisões. Tratados internacionais, leis, decisões judiciais e discursos políticos são expressos em linguagem natural, fonte portanto de potencial plurissignificação das mensagens. Por exemplo, em artigo sobre desenvolvimento sustentável e o terrorismo, Atapattu (2006) mostra a incoerência discursiva dos *decision-makers* em âmbito global, mostrando como o recurso retórico ao “risco do terrorismo internacional” serve ao propósito de justificação de enormes gastos com segurança enquanto grande parte da população mundial sofre com desnutrição e falta de saneamento básico, causadores de enorme número de mortes, além de mínimo gasto comparativo em proteção ambiental. Ironicamente vários tratados internacionais, incluindo a própria Convenção de Genebra, tratam da preocupação com a integridade do meio ambiente.

³⁹ O jornal *Gazeta Mercantil* publicou, no dia 26 de agosto de 1997, matéria intitulada “Leasing supera crediário nas vendas de veículos – aumento do IOF no crédito ao consumidor é causa da mudança.” O jornal *O Estado de São Paulo* publicou manchete em matéria de 8 de setembro de 1997 da seguinte forma: “Leasing é opção barata para parcelar a compra de carro.” A *Revista Exame* saiu, na edição nº 661, de 6 de maio de 1998, com reportagem intitulada “O meu papagaio preferido – por que nove entre 10 brasileiros que compram carro a prazo estão escolhendo o *leasing* em vez de uma operação de financiamento comum”.

⁴⁰ “O caminho escolhido foi o do gradualismo. Quando se comparam os dados de 1998 com os de 1997, nota-se que houve tanto uma melhora do resultado fiscal primário, como uma desvalorização real do R\$. Os ajustes, porém, ficaram muito aquém do que depois se viu que teriam sido requeridos, à luz das circunstâncias efetivas que vigoraram, especialmente no segundo semestre de 1998. Utilizando uma metáfora mencionada freqüentemente, pode-se dizer que o Brasil mudou a rota do *Titanic*, mas que essa mudança, tendo sido lenta e tardia, não foi suficiente para evitar que o “navio” colidisse com o *iceberg* – no caso, a crise externa. A opção pelo gradualismo e não por uma estratégia de choque é uma questão em aberto, mas cuja resposta envolve certamente a combinação de três elementos: i) uma certa dose de confiança das autoridades na reversão dos efeitos da crise asiática, de forma similar ao que aconteceu em 1995 após a crise mexicana, prontamente esquecida pelo mercado internacional; ii) o medo de um desastre que uma eventual desvalorização mais intensa poderia causar no plano de estabilização – o caso mexicano de 1995, quando a inflação deu um salto para 50%, dava certo fundamento a este temor; e iii) a realização de eleições gerais em outubro de 1998: Governo nenhum, em lugar

nenhum, gosta de adotar um tratamento de choque em ano eleitoral.” (GIAMBIAGI; AVERBUG, 2000).

⁴¹ Uma explicação “canônica” para o conceito de crise cambial é a de que há uma inconsistência básica entre políticas domésticas, com a emissão de moeda financiando os déficits fiscais, e a tentativa de manutenção de uma taxa de câmbio fixa. Ou seja, o problema resultou de taxas de câmbio fixas ou relativamente fixas, em um contexto de déficits crescentes da conta corrente, e o governo dispo de estoque limitado de reservas para mantê-las. “Os modelos canônicos – desenvolvidos, entre outros, por Krugman (1979) e Flood e Garber (1984) – são a primeira geração dos modelos de crise cambial. Segundo estes modelos, a crise cambial, em uma economia com perfeita mobilidade de capitais, resulta de uma inconsistência básica entre políticas domésticas – tipicamente a existência de déficits fiscais financiados por emissão de moeda – e a tentativa de manutenção de uma taxa de câmbio fixa, visto que o governo, por hipótese, dispõe apenas de um estoque limitado de reservas para mantê-la. O financiamento da dívida por meio da criação de base monetária acarreta um crescimento do preço sombra da divisa, produzindo uma redução progressiva e gradual das reservas em moeda estrangeira. No momento em que o preço sombra se torna mais elevado do que o valor da taxa de câmbio defendido pelo governo, os especuladores iniciarão um ataque ao estoque de reservas cambiais. Mais especificamente, a origem da crise externa encontra-se no desequilíbrio do setor público que, ao monetizar um déficit fiscal persistente, acaba produzindo um ataque especulativo que resulta em uma fuga de capitais, revelando a inconsistência da política cambial do governo e a tentativa dos investidores de anteciparem um colapso inevitável no câmbio (ou seja, antes que as reservas atinjam um limite inferior), precipitando, assim, a crise do balanço de pagamentos e a desvalorização do câmbio. Portanto, nos modelos de primeira geração, a deterioração dos fundamentos é condição necessária e suficiente para a ocorrência de um ataque especulativo.” Para a descrição e o conceito, consulte: Alves Júnior; Ferrari Filho; Paula (1999, p. 8-9), Giambiagi; Averbug (2000). Para esses, a crise de janeiro de 99 no Brasil teve componentes de primeira e segunda gerações já que houve um papel importante das chamadas “profecias auto-realizáveis” na composição da dinâmica da crise. Lembrem, entretanto, que a crise ocorreu de forma clássica, “de livro-texto”, isto é, predominantemente de primeira geração (GIAMBIAGI; AVERBUG, 2000, p. 18).

⁴² A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, propôs ação civil pública com a finalidade de proteção dos direitos dos consumidores que firmaram contratos de *leasing* e foram afetados pela desvalorização ocorrida, (1ª Vara Federal de São Paulo – SP, processo 1.999.61.00.004437-1.). O Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais

ajuizou ação civil pública em Minas Gerais com o mesmo objetivo. (23ª Vara cível de Belo Horizonte – MG, processo 024.99.005.622). O Ministério Público também ajuizou ação com o objetivo de proteger o consumidor (BRASIL, 2003, p. 000308).

⁴³ A redundância faz-se necessária para que fique claro que o direito garantido pelo CDC é apenas dos consumidores e não alcança os fornecedores.

⁴⁴ Os julgados estão disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>>.

⁴⁵ No caso, o consumidor adquiriu um veículo bastante valioso, um automóvel Volvo modelo S40, cujo valor do modelo mais simples, novo, custava em março de 2005, R\$ 154.600,00. Essa informação denota que não seria obviamente o caso de o consumidor deter recursos. O julgado é o Recurso Especial 299.501 – MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma – STJ

⁴⁶ O dever de fundamentação é tratado pela doutrina processualista como o “princípio da motivação das decisões judiciais” e tem como objetivo garantir o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 68). O princípio da motivação das decisões judiciais cumpre uma função política, na medida em que se pode aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões. O artigo 93, IX, da Constituição Federal guarda ainda o princípio da publicidade, que constitui a garantia de possibilidade de fiscalização da sociedade sobre os atos daqueles envolvidos nos processos judiciais. É na presença do povo que se devem dar as decisões, princípio que se encontra plasmado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10 (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2003, p. 69).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALTMAN, Andrew. *Critical legal studies: a liberal critique*. Princeton: Princeton University Press, 1993.

ALVES JÚNIOR, Antonio José; FERRARI FILHO, Fernando; PAULA, Luiz Fernando Rodrigues de. *Crise cambial, instabilidade financeira e reforma do sistema monetário internacional: uma abordagem pós-keynesiana*. Rio de Janeiro: Intitulo de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/crise%20cambial_instabilidade_financeira_e_reforma.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2005.

ARISTÓTELES. *Organon*. São Paulo: Edipro, 2004.

ATAPATTU, Sumudu. Sustainable development and terrorism: international linkages and a case study of Sri

Lanka. *Environmental Law and Policy Review*, Virginia, v. 30, winter 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Recurso especial n. 0127597-7, Quarta turma. Relator: Min. Ruy Rosato de Aguiar, [S.l.], 15 abr. 2003. *Diário da Justiça, Brasília*, 4 ago. 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSER, José Reinaldo. *Contratos em dólar: financiamentos*. 2. ed. Leme: LED, 1999.

DOMINGO, Pilar. Judicial independence and judicial reform in Latin America. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc. F. *Self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Boulder London, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FIESER, James. Ethics. *The university of Tennessee at Martin*. Martin: University of Tennessee at Martin, [199-?]. Disponível em: <<http://www.utm.edu/research/iep/e/ethics.htm>>. Acesso em: [200-?].

FISCHL, Richar Michael. The question that killed critical legal studies. *Law and Social Inquiry*, Malden, n. 17, 1992.

FREITAS FILHO, Roberto. *Cláusulas gerais e interferência nos contratos: a jurisprudência do STJ nos contratos de leasing*. 2006. ?f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

GABEL, Peter. Law and hierarchy. *Tikkun*, Berkeley, v. 19, n. 2, mar./abr. 2004.

GADAMER, Hans George. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. 1-2 v.

GARDNER, James A. *Legal imperialism: american lawyers and foreign aid in Latin America*. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.

GIAMBIAGI, Fabio; AVERBUG, André. *A crise brasileira de 1998/1999: origens e conseqüências*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/td.asp>>. Acesso em: 3 fev. 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento critical legal studies*: CLS. Porto Alegre: S. Fabris, 2005

GORDON, Robert W. Unfreezing legal reality: critical approaches to law. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 15, n. 2, summer 1987.

HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: M. Fontes, 1996

_____. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.

_____. *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

_____. *Moral thinking: its levels, method and point*. Oxford: Oxford University Press, 1981.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1991.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation. In: CACERES, Henrique; FLORES, Imer B.; SALDANA, Javier. (Coord.) *Problemas contemporâneos de la filosofía del derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

_____. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system: a critical edition*. New York: New York Press, 2004.

_____. Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. *Revista Doxa*, Madrid, n. 11, 1992.

_____. The liberal administrative style. *Syracuse Law Review*, Syracuse, n. 41, 1990.

KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

MCLEAN, Ian; MCMILLAN, Alistair. *The concise oxford dictionary of politics*. New York: Oxford University Press, 2003.

MERRIMAN, John H. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

- MORAES, Renato José de. Os contratos de leasing e a alteração da política cambial brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 10, n. 38, abr./jun. 2001.
- PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *Latin american lawyers: an historical introduction*. Stanford: Stanford University Press, 2005.
- ROSSEN, Keith S. The protection of judicial independence in Latin America. *In Inter-American Law Review*, Miami, v. 19, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUES-GARAVITO, Cezar A. *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SINGER, Joseph Willian. Legal realism now. *California Law Review*, Berkeley, n. 76, 1988.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. George W. Bush, et al. Petitioners v. Albert Gore, Jr., et al. *Cornell Law School*, New York, 12 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>>. Acesso em: 2 nov. 2006.
- TRUBEK, David M. Where the action is: critical legal studies and empiricism. *Stanford Law Review*, Palo Alto, n. 36, 1984.
- _____; SANTOS, Alvaro. *The new law and development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TUSHNET, Mark. Renormalizing Bush v. Gore: an anticipatory intellectual history. *Georgetown Law Journal*, Washington, a. 1, v. 9, nov. 2001.
- ULLMANN, Stephen. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. 2. ed. Tradução de J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. New York: The Free Press, 1977.
- _____. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

Federalização das violações de direitos humanos

Vladimir Brega Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos. 3. Pressupostos. 3.1. Grave violação dos direitos humanos. 3.2. Assegurar o cumprimento dos tratados internacionais. 3.3. Incapacidade do Estado Membro de promover a responsabilização ou reparação da violação aos direitos humanos. 4. Aspectos processuais. 4.1. Competência. 4.2. Legitimidade. 4.3. Procedimento. 4.4. Decisão. 4.5. Recurso. 5. Constitucionalidade. 5.1. O princípio do Juiz Natural e a criação de tribunais de exceção. 5.2. Recriação do instituto da advocatória. 5.3. Violação do pacto federativo. 5.4. Violação do princípio da segurança jurídica. 6. Considerações finais.

1. Introdução

A emenda constitucional nº 45 trouxe inúmeras novidades para o Direito Constitucional Brasileiro. Neste artigo nos limitaremos a comentar uma delas: a introdução do chamado incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal quando da ocorrência de grave violação de direitos humanos.

A novidade está prevista no art. 109, § 5º, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor:

“Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos

Vladimir Brega Filho é Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, professor da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro e das Faculdades Integradas de Ourinhos. Mestre em Direito pelo Centro de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para Justiça Federal”.

O instituto recebeu o “nome comercial” de Federalização dos Crimes de Direitos Humanos, mas a técnica recomenda a utilização da expressão “incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”, pois a federalização dos crimes é um dos efeitos do instituto. O dispositivo constitucional refere-se a “inquérito ou processo”, sem qualquer outro adjetivo, tornando possível a federalização de inquéritos e processos de natureza cível. Imagine-se um estado federado onde os processos cíveis de indenização propostos contra o Estado, decorrentes de violação aos direitos humanos, sejam sistematicamente julgados improcedentes. Comprovada essa circunstância, não vemos óbice para a federalização desses processos.

No sentido da extensão do instituto aos inquéritos e processos cíveis, André Ramos Tavares (2005, p. 50) escreve o seguinte:

“O dispositivo refere-se a ‘inquérito ou processo’, sem qualquer outra restrição. Ora, há de se incluírem, automaticamente, o inquérito civil, além do criminal, e os processos de qualquer natureza, inclusive por improbidade administrativa ou decorrentes de ação civil pública”.

Se o entendimento fosse de que só é possível a federalização dos inquéritos e processos criminais, teríamos que concluir pela impossibilidade da propositura da ação civil *ex delicto* na Justiça Federal, pois somente a competência criminal teria sido deslocada para a Justiça Federal. Vale lembrar que o art. 63 do Código de Processo Penal estabelece que a ação civil *ex delicto* deve ser proposta no juízo cível e, tendo ocorrido apenas o deslocamento da competência criminal, a ação de reparação teria que ser promovida na justiça estadual.

Assim, se a opção do nome do instituto for para destacar seus efeitos, é melhor utilizarmos a expressão “federalização das violações de direitos humanos”, o que abarca o deslocamento de competência tanto na esfera criminal como na esfera cível.

Resolvida a questão terminológica, há a necessidade de analisar a questão da eficácia do novo dispositivo constitucional e não há dúvida de que ele tem eficácia plena e imediata. Plena porque a sua aplicação não depende de qualquer norma infraconstitucional, sendo possível a sua aplicação a partir da promulgação da emenda constitucional nº 45. Imediata porque o art. 5º, § 1º, da Constituição estabelece que as disposições relativas aos direitos humanos têm eficácia imediata.

Diante disso, tendo o instituto plena aplicação no direito brasileiro, é de suma importância o estudo de seus fundamentos, pressupostos e procedimento, o que será feito a seguir.

2. Fundamentos

No Brasil, a União Federal pode ser vista sob dois aspectos. No âmbito interno, é pessoa jurídica de direito público integrante da federação brasileira e autônoma dos demais entes federativos. No âmbito internacional, a União representa a República Federativa do Brasil.

Sendo assim, os tratados internacionais são celebrados pela União, representando a República Federativa do Brasil. É por isso que a atribuição de celebrar os tratados internacionais é do Presidente da República (art. 84, VIII), os quais serão referendados pelo Congresso Nacional (art. 49, I).

As obrigações internacionais, portanto, são de responsabilidade da União, que “no livre e pleno exercício de sua soberania, se comprometeu a cumprir” (PIOVESAN, 2005, p. 78). Em razão disso, a responsabilidade pelo cumprimento dos tratados é exclusiva da União, não sendo possível afastá-la sob o argumento que incumbe

aos Estados Membros a apuração dessas violações.

Ocorre que, na sistemática anterior à Reforma do Judiciário, a responsabilidade para a apuração e julgamento das violações aos direitos humanos, em sua grande maioria, era da competência da Justiça Estadual. Mesmo assim, no plano internacional, a responsabilidade pelo cumprimento dos tratados era da União, ou seja, era responsabilizada sem que nada pudesse fazer.

Fica evidente que o principal fundamento da federalização é dar ao ente responsável pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos a oportunidade de reprimir e responsabilizar os autores das violações, quando os Estados Membros não forem capazes de fazê-lo.

Outro fundamento é a criação de mais um instrumento para a redução da impunidade nas violações a direitos humanos. Trata-se de instrumento subsidiário que vai integrar um sistema de proteção a esses direitos, só devendo atuar quando ficar evidente a incapacidade do Estado Membro em punir as violações aos direitos humanos. Com esse instrumento, passaremos a seguir, no direito interno, o princípio que já existe no direito internacional, vez que, no âmbito internacional, não sendo um Estado soberano capaz de reprimir e punir as violações aos direitos humanos, subsidiariamente é possível acionar as cortes internacionais. A propósito, a reforma do judiciário incluiu no artigo 5º da Constituição a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional.

Outros dois aspectos são importantes.

Com a federalização, a vítima terá mais um caminho na busca da responsabilização e punição dos autores das violações, já que, além de buscar socorro nas cortes internacionais, poderá valer-se dos órgãos federais, principalmente da Procuradoria Geral da República.

Outro aspecto a ser analisado é o engajamento dos Estados Membros na responsabilização das violações. Se antes o não

cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos não trazia qualquer sanção para os Estados Membros, agora a federalização dos processos e inquéritos é a sanção para a inércia dos Estados, que, sob o risco de verem parcela de sua competência deslocada para a Justiça Federal, também terão como meta o cumprimento dos tratados internacionais.

O investimento nas polícias, no Ministério Público e no Poder Judiciário será imprescindível e não representará um desnecessário ônus. Somente instituições fortes terão capacidade para reprimir as violações aos direitos humanos, evitando a federalização.

A respeito disso, Flávia Piovesan (2005, p. 80) escreve o seguinte:

“Para os Estados, ao revés, cujas instituições se mostrarem falhas e omissas, restará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, o que: a) assegurará maior proteção à vítima; b) estimulará melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros; c) gerará a expectativa de resposta efetiva das instituições federais; e d) se ambas as instituições – estadual/federal – se mostrarem falhas ou omissas, daí, sim, será acionável a esfera internacional – contudo, com a possibilidade de, ao menos, dar-se a chance à União de responder ao conflito, esgotando-se a responsabilidade primária do Estado (o que ensejaria a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional)”.

Fica claro, então, que a simples existência do incidente de deslocamento de competência é um avanço na defesa dos direitos humanos.

3. Pressupostos

Segundo o art. 109, § 5º, são pressupostos do deslocamento da competência a *grave violação de direitos humanos, a necessidade*

de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e a incapacidade do Estado Membro de promover a ação penal e o seu julgamento de forma satisfatória.

Os três requisitos são cumulativos e devem estar demonstrados quando da apresentação do pedido de deslocamento de competência.

3.1. Grave violação dos direitos humanos

Em primeiro lugar, é preciso definir o que venha a ser direitos humanos e se o deslocamento de competência pode ocorrer em relação a todos eles. Já escrevemos que “tradicionalmente os documentos internacionais relativos aos direitos fundamentais utilizam a expressão direitos humanos ou direitos do homem, fazendo referência aos direitos de primeira, segunda e terceira gerações” (BREGA FILHO, 2002, p. 72). A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos está no fato de os *direitos fundamentais* estarem reconhecidos e positivos na Constituição de um Estado, enquanto a expressão *direitos humanos* é utilizada em documentos do direito internacional, dando a esses direitos um caráter transnacional e intertemporal.

A respeito dessa distinção, Canotilho (1999, p. 369) escreve que

“as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos

objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Assim, para efeito de deslocamento da competência, estão incluídos os direitos de primeira, segunda e terceira geração e, diante da cláusula de abertura dos direitos humanos, podem ser federalizados novos direitos humanos que surjam e sejam objeto de tratados internacionais, independentemente de estarem integrados ao texto constitucional.

Percebe-se, portanto, que é possível a existência de direitos humanos não constitucionalizados, mas isso não lhes retira a condição de direitos humanos e por consequência a possibilidade da federalização quando de sua violação.

Vale lembrar, também, que o art. 5º, § 3º, estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, incorporando-se, assim, ao texto constitucional, passando a ser norma formal e materialmente constitucional.

Deve-se aplicar, portanto, a cláusula de abertura dos direitos humanos, sendo possível o deslocamento da competência de qualquer direito que apresente as características dos direitos humanos.

Além de definir o significado da expressão direitos humanos, é preciso estabelecer o que representa a grave violação, especialmente porque toda violação aos direitos humanos é grave. A graduação da violação é algo extremamente difícil e incumbirá ao Superior Tribunal de Justiça decifrar o que constitui grave violação.

De qualquer forma, é necessário fugir da subjetividade e, sendo possível, deve o intérprete encontrar critérios claros, de preferência estabelecidos em diplomas legais, evitando as sérias críticas a respeito da indeterminação da expressão grave. José Luiz Bolzan de Moraes (2005, p. 253) fala da “indeterminação presente na expressão

grave violação dos direitos humanos, o que torna o conteúdo da norma vago e impreciso, o que pode contribuir para casuísmos descabidos em tema tão importante”.

Buscando fugir dessa vagueza conceitual, é possível imaginar algumas soluções.

Não há dúvida de que a prática de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes em que a pena máxima não supera dois anos¹, não pode ser considerada grave violação de direitos humanos, por haver uma incompatibilidade lógica. Se o crime é de menor potencial ofensivo, não pode, ao mesmo tempo, ser grave. Também a prática de crimes com pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão não pode ser classificada como grave, pois o Código Penal permite nessas hipóteses a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos², e, nesse mesmo patamar, é permitida a concessão do regime aberto ao condenado.

Assim, se o Código Penal não trata com severidade essas condutas, pode-se concluir que a prática desses crimes não pode ser considerada grave violação dos direitos humanos.

Ademais, segundo Vladimir Aras ([200-]), esse patamar encontra respaldo em texto internacional, já que, segundo referido autor, “pelo artigo 2, letra ‘b’, da Convenção nas Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), concluída em 2000 e em vigor para o Brasil desde 28 de fevereiro de 2004, é considerado crime grave todo ‘ato que constitua infração punível com pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior’. A convenção, já integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, tem força de lei e pode servir de parâmetro seguro para a conceituação da expressão ‘grave violação a direitos humanos’”.

Nos inquéritos e nos processos civis, a situação é mais complicada, pois não existe qualquer parâmetro legal para definir o que seja grave violação. Assim, somente o

Superior Tribunal de Justiça poderá definir, na esfera cível, as situações em que considera ter ocorrido grave violação a direitos humanos. Tal análise deve ser feita caso a caso.

3.2. *Assegurar o cumprimento dos tratados internacionais*

Em relação ao segundo pressuposto, ou seja, a necessidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, o Constituinte reformador não estabeleceu quais são os tratados internacionais de direitos humanos, contrariando sugestão apresentada pela Associação Nacional dos Procuradores da República, que, em documento enviado ao relator do projeto da Reforma, deputado Aluísio Nunes Ferreira, defendia a elaboração de um rol de tratados em que era possível a Federalização³.

Diante da necessidade de ampla proteção aos direitos humanos, fez bem o constituinte reformador em não indicar quais seriam esses tratados, observando a cláusula aberta dos direitos fundamentais. Uma redação restritiva deixaria sem proteção novos direitos, criando dois sistemas jurídicos para os direitos humanos, o que não seria correto diante dos princípios da indivisibilidade e da interdependência.

3.3. *Incapacidade do Estado Membro de promover a responsabilização ou reparação da violação aos direitos humanos*

Resta-nos, ainda, analisar o requisito da demonstração da *incapacidade do Estado Membro de promover a responsabilização ou reparação da violação aos direitos humanos*.

Isso ocorrerá quando o Estado Membro, na fase da investigação, julgamento ou execução da condenação, demonstrar desídia, negligência, em sua atuação, evidenciando que naquele caso suas autoridades são incapazes de promover a *responsabilização ou reparação da violação*.

Luiz Flávio Gomes (2002) escreve que, “quando a Polícia e/ou Justiça Estadual

atuam prontamente, sem nenhum tipo de morosidade ou descuido, antes e depois da grave violação, não se pode justificar o deslocamento da competência”.

A demonstração da negligência estadual deverá ser analisada caso a caso, não sendo possível a generalização, ou seja, não é possível afirmar que, em casos anteriores, houve demora na resposta jurisdicional e que isso é um prenúncio de que ocorrerá novamente. Para o deslocamento da competência, há de ficar demonstrado que, naquele caso concreto, as instituições estaduais, polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, não estão atuando de forma adequada na defesa dos direitos humanos.

Além disso, caso a incapacidade seja apenas da polícia judiciária, não será o caso de deslocamento da competência, pois a legislação infraconstitucional já permite que a Polícia Federal investigue as infrações penais que resultem em grave violação de direitos humanos.

Jorge Assaf Maluly (2005, p. 6), a respeito do instituto, escreve que

“deve ser destacado, novamente, em desfavor da modificação da competência, que o texto da Lei nº 10.446/02 admitiu a realização da investigação pela Polícia Federal de infrações penais que resultem em grave violação de direitos humanos. Esta lei assegura a efetividade da apuração policial dos casos previstos em tratados internacionais, sem que se impeça a atuação das polícias estaduais. Desse modo, quando a investigação realizada pela Polícia Civil dos Estados não se mostra satisfatória, a Polícia Federal sempre pode atuar em conjunto ou não para esclarecer o fato criminoso e sua autoria. Nesta hipótese, se não há comprometimento do Ministério Público ou da Justiça Estaduais, torna-se desnecessária a federalização da competência para processar e julgar tais delitos”.

Frise-se que todos esses pressupostos são cumulativos e devem estar presentes para que ocorra o deslocamento da competência.

4. Aspectos processuais

4.1. Competência

A competência para conhecer do Incidente de Deslocamento de Competência veio estabelecida no § 5º do art. 109 da Constituição. Cuida-se de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, órgão incumbido originariamente de resolver os conflitos de competência entre tribunais e juízes a ele não vinculados⁴. Diante disso, preferiu o constituinte reformador atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para apreciar o incidente de deslocamento de competência.

Dentro do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda não existisse norma regimental disciplinando o procedimento do instituto, o presidente desse Tribunal editou Resolução⁵ atribuindo a 3ª Seção, composta pelos Ministros da 5ª e 6ª turmas, entre os quais será escolhido o relator.

4.2. Legitimidade

Somente o Procurador-Geral da República poderá propor o incidente de deslocamento de competência. Alguns autores, entre eles Flávia Piovesan (2005, p. 81), entendem que seria razoável uma ampliação dos legitimados ativos, democratizando “o acesso ao pedido de deslocamento a outros relevantes atores sociais”. Ocorre que o incidente de deslocamento de competência é uma forma mais amena e pontual de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal.

Assim, se a intervenção da União por inobservância dos direitos da pessoa humana só pode ser requerida pelo Procurador-Geral da República, essa “miniintervenção” deve ter o mesmo legitimado ativo.

Destaca-se, contudo, que, embora o Procurador-Geral da República seja o úni-

co legitimado para propor o incidente de deslocamento de competência, qualquer interessado pode representar a ele solicitando a federalização das violações aos Direitos Humanos.

4.3. Procedimento

A resolução nº 6 do Superior Tribunal de Justiça fixou a competência para a apreciação do incidente, mas não fixou o procedimento a ser seguido e assim, na ausência de disposição legal, será o relator que, por ora, determinará qual será o procedimento. Isso não impede imaginar como seria um procedimento ideal.

A princípio é importante destacar que a petição inicial deverá demonstrar a presença dos três pressupostos acima referidos. Diante disso, o Procurador-Geral da República deve demonstrar a ocorrência da grave violação aos direitos humanos, indicando o tratado internacional que o Brasil se obrigou a cumprir em relação à matéria. Deve também, sob pena de ver indeferido o pedido, demonstrar a inércia, a negligência das autoridades Estaduais, demonstrando-se a incapacidade de punir ou reparar a grave violação aos direitos humanos e a necessidade do deslocamento.

Havendo a necessidade de demonstração de situação de fato, entendemos ser conveniente a instauração de procedimento administrativo pelo Procurador-Geral da República a fim de angariar elementos que demonstrem a presença dos pressupostos da federalização. O procedimento poderá ser instaurado de ofício ou mediante representação de qualquer interessado.

Não será possível a apresentação de pedido liminar, pois, somente com a decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, será possível o deslocamento da competência e a realização de atos na Justiça Federal. A concessão da liminar geraria uma situação de insegurança e prejudicaria a apuração tanto na Justiça Estadual como na Federal.

Recebido o pedido, o relator deverá solicitar informações do Poder Judiciário estadual. O pedido de informações, dada a gravidade do deslocamento da competência, deve ser sempre endereçado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, pouco importando se existe inquérito ou processo ou a fase em que esteja o processo.

Também deverá ser instado a se manifestar a respeito do pedido de deslocamento o Governador do Estado, pois a “miniintervenção” em um dos poderes do Estado Membro lhe interessa diretamente. Com a ciência do pedido, poderá tomar providências na tentativa de evitar o deslocamento da competência, pois o deferimento do pedido, sem dúvida alguma, levará à desmoralização dos Poderes locais, inclusive do Poder Executivo.

Tratando-se de deslocamento de competência na esfera penal, também terá de ser facultada ao Ministério Público Estadual, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça, e ao réu, a oportunidade de se manifestar sobre o pedido, já que são partes na relação processual e têm interesse direto no desfecho do pedido. Em relação ao Ministério Público Estadual, com a federalização, lhe é retirada a atribuição para promover a ação penal pública, direito assegurado constitucionalmente, sendo imprescindível que tenha a oportunidade de demonstrar que não há qualquer desídia, negligência, de sua parte ou do Poder Judiciário. Por sua vez, o réu pode ter interesse em ser julgado na Justiça Estadual, sendo imprescindível a oportunidade de manifestação sobre o deslocamento da competência.

Com a vinda das informações ou decorrido o prazo fixado pelo relator, os autos serão enviados ao Procurador-Geral da República para manifestação. Embora possa parecer desnecessário, pois o autor do pedido é o próprio Procurador-Geral da República, é possível que, com as informações prestadas, ele convença-se da desnecessidade da federalização, podendo-se manifestar pelo indeferimento do pedido,

o que não vinculará o Superior Tribunal de Justiça. Esse entendimento guarda relação com o procedimento adotado nas ações diretas de inconstitucionalidade, quando, mesmo sendo o autor, o Procurador-Geral da República manifesta-se novamente nos autos, podendo manifestar-se pela improcedência do pedido.⁶

A próxima etapa será o julgamento do pedido.

4.4. Decisão

O pedido de deslocamento só pode abranger um fato determinado, ou seja, para cada violação deverá haver um pedido de deslocamento da competência, não sendo possível a apresentação de pedidos genéricos. Sendo assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça só poderá acolher ou não acolher o pedido.

Caso seja deferido o pedido de deslocamento, o julgamento será transferido para Justiça Federal, devendo ser observados os demais dispositivos constitucionais para a fixação da competência. Assim, caso o crime seja da competência do júri, o julgamento estará afeto ao Tribunal do Júri Federal. Tratando-se de agente que goze de prerrogativa de função, deverá ser observada esta circunstância, ou seja, se o agente deveria ser julgado pelo Tribunal de Justiça, deverá ser julgado pelo Tribunal Regional Federal.

4.5. Recurso

Proferida a decisão, será cabível o recurso extraordinário uma vez que, deferindo ou não o pedido, ela pode contrariar dispositivo da Constituição. Sendo determinado o deslocamento, poderá questionar-se a presença de seus pressupostos e a ofensa aos princípios do juiz e do promotor natural⁷. No caso de indeferimento do pedido, pode a Procuradoria Geral da República discutir o descumprimento do próprio art. 109, § 5º.

Não se deve analisar a decisão sob a ótica do conflito de competência, em que

segundo o Supremo Tribunal Federal, não seria possível o recurso. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que não há conflito de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça Estaduais, pois “o dissídio, em matéria de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e um Tribunal de segundo grau da Justiça ordinária – não importando se federal ou estadual –, é um problema de hierarquia de jurisdição e não de conflito” (BRASIL, 2001, p. 3). Não é o que ocorre em relação ao Incidente de deslocamento de competência. Aqui há realmente um conflito. Como será visto a seguir, existem dois juízes competentes, um real e um potencial, e ambos estão em conflito.

O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo.

Tratando-se de procedimento criminal, vislumbra-se a possibilidade da impetração, em favor do réu, de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, alínea i), pois o julgamento perante órgão incompetente, sob a ótica do réu, causa-lhe grave constrangimento e ameaça a sua liberdade de locomoção.

5. Constitucionalidade

O novo instrumento de defesa dos direitos humanos vem tendo a sua constitucionalidade questionada. Tramitam no Supremo Tribunal Federal as ADIns 3486, de autoria da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), e 3493, de autoria da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), que sustentam a inconstitucionalidade da federalização com os seguintes fundamentos: a) violação do princípio do juiz natural e criação de tribunal de exceção; b) recriação do instituto da advocatária; c) violação do pacto federativo, cláusula pétrea da Constituição; e d) violação do princípio da segurança jurídica.

Diante disso, torna-se imperativo cada um desses fundamentos.

5.1. O princípio do Juiz Natural e a criação de tribunais de exceção

É certo que a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXXVI e LIII, proíbe os chamados tribunais de exceção e consagra a garantia do processamento e julgamento da causa pelo juiz competente, segundo regras anteriores ao fato. Diante disso, só “se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais” (MARQUES, 1978, p. 447).

A dúvida, então, é saber se o deslocamento da competência para a Justiça Federal constitui violação ao princípio do Juiz Natural.

A criação do incidente por emenda constitucional, inserindo na Constituição a competência da Justiça Federal para julgar as violações aos Direitos Humanos, cria as condições para que ela, Justiça Federal, seja o Juiz Natural dos delitos nesses casos. É óbvio que a divisão de competência na Justiça Federal já está estabelecida e, com a ocorrência de uma grave violação aos direitos humanos, o juiz natural, no caso do deslocamento, já estará estabelecido.

Existirão dois juízes naturais. Um que desde início conhecerá do feito (estadual) e um juiz em potencial (federal), que poderá ser acionado no caso da inépcia da justiça estadual. Desde a ocorrência do fato, já se saberá qual é o juiz inicial e o juiz potencial, não havendo que se falar em juiz de exceção.

Essa competência está preestabelecida na Constituição e por isso não é possível afirmar que ela foi criada para casos ou fatos particulares, o que caracterizaria a violação ao princípio do juiz natural. Dessa forma, a federalização não institui o juízo de exceção, pois “o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto*, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente” (NERY JUNIOR, 2000, p. 66).

A federalização, ao contrário, institui uma “salutar concorrência institucional para o combate à impunidade e para a garantia de justiça” (PIOVESAN; VIEIRA, 2005), tudo em prol da defesa dos direitos humanos.

A propósito, o novo instituto tem sua inspiração e fundamento no princípio fundamental da “prevalência dos direitos humanos” nas relações internacionais (art. 4º, II, CF). Tratando-se de princípio fundamental, ele servirá de norte para a interpretação de toda a Constituição.

Assim, se para a defesa dos direitos humanos mostra-se necessária a criação do instituto, não há inconstitucionalidade na atribuição do julgamento do fato a outro juiz, que não o estabelecido inicialmente na Constituição, mas que se mostrou negligente na defesa dos direitos humanos.

Entre o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos e o princípio do juiz natural, deve prevalecer, nesse caso, o primeiro, valendo lembrar aqui a assertiva de Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 82) quando escreve que “o reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se os caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica ‘mitificadora’ e enganosa, frequentemente empregada para os princípios”. Não se pode, portanto, esquecer o princípio da prevalência dos direitos humanos para exaltar o princípio do juiz natural. Tal princípio, assim como todos os outros inseridos na Constituição, não são absolutos e devem-se compatibilizar com as demais normas constitucionais.

Importante lembrar ainda que o princípio do Juiz Natural não é absoluto, sendo a existência do instituto do desaforamento no procedimento do júri (art. 424 do CPP) uma demonstração clara disso.

Acrescente-se que a responsabilidade subsidiária para o julgamento das violações aos direitos humanos é princípio do Direito Internacional. Prova disso é que, caso o Brasil se mostre inerte na apuração e responsabilização das violações aos direitos humanos, poderá ser julgado pelos Tribunais Internacionais, independentemente da apuração da Justiça brasileira. Vigem o princípio da subsidiariedade. Será exatamente isso que ocorrerá no caso de o Estado-Membro não se mostrar apto a apurar as violações aos direitos humanos.

A conclusão, portanto, é a de que a federalização das violações aos direitos humanos não viola o princípio do juiz natural e não cria qualquer tribunal de exceção.

Uma lembrança, contudo, precisa ser feita. A federalização só é possível para as violações ocorridas a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, pois foi ela que criou esse juízo potencial. Antes da reforma do judiciário, não era possível o deslocamento e a mudança do juízo competente. Diante disso não é possível a federalização de crimes como o “Massacre do Carandiru”, “Massacre de Eldorado de Carajás” e tantos outros que ocorreram no Brasil e permanecem impunes.

5.2. *Recriação do instituto da advocatária*

Pelo instituto da advocatária, um tribunal superior chama à sua jurisdição processo em andamento em juízo ou tribunais de instâncias inferiores. No Brasil a faculdade de avocar processos vem desde as Ordenações Manuêlinas. Em tempo recente, a ação advocatária foi introduzida pela emenda nº 7 à Constituição de 1967 que facultava ao Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, avocar qualquer causa de interesse da União, desde que a tramitação nas instâncias inferiores pudesse “decorrer imediato perigo de grave lesão à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que

o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.⁸

Perdurou no direito brasileiro, sem grande utilização (CORRÊA, 1992), até a promulgação da Constituição de 1988. A ação advocatária tinha como característica principal a possibilidade de um órgão jurisdicional chamar para si o julgamento de processo que tramitasse em qualquer juízo ou tribunal.⁹

Não é isso que ocorre com o deslocamento de competência previsto no art. 109, § 5º. O deslocamento da competência se dá para a Justiça Federal, ou seja, não existe um órgão específico que vai avocar e julgar o processo. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir pelo deslocamento da competência, não passará a ser o tribunal competente para o julgamento do feito. A competência continuará a ser exercida pela instância inferior, apenas com o deslocamento do feito para a Justiça Federal. O Superior Tribunal de Justiça só conhecerá da causa em grau de recurso, o que também ocorreria caso o processo permanecesse tramitando na Justiça Estadual.

Ademais, a advocatária criada pelo governo ditatorial tinha por objetivo controlar as decisões judiciais, vez que os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral de Justiça eram nomeados pelo presidente da República. Embora os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República continuem sendo nomeados pelo Presidente da República, não será atribuição do Supremo julgar e do Procurador-Geral de Justiça propor a ação cível ou penal. Além disso, a federalização tem objetivo bem diferente da advocatária, pois visa a defesa dos direitos humanos.

Assim, não há semelhança entre a advocatária e o instituto do deslocamento de competência, e, por isso, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade.

5.3. *Violação do pacto federativo*

O terceiro argumento trazido por aqueles que são contrários à federalização é o de

que haveria uma violação do pacto federativo, pois as competências estaduais estariam sendo transferidas para a União.

Ocorre que essa “invasão de competências” já está prevista na Constituição Federal pelo instituto da intervenção. A propósito, uma das características da Federação é a existência da possibilidade da intervenção federal nos Estados Membros.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2005, p. 254), falando das características da federação, escrevem que

“o Estado Federal deve conter um dispositivo de segurança, necessário à sua sobrevivência. Esse dispositivo constitui, na realidade, uma forma de manutenção do federalismo diante de graves ameaças. Trata-se da intervenção federal. Por meio desta, a União, em nome dos demais Estados-membros, intervém em um ou alguns Estados, onde se verificarem graves violações dos princípios federativos”.

Os princípios federativos, parte deles representada pelos princípios constitucionais sensíveis, estão previstos no art. 34, VII, da Constituição, no qual há previsão da intervenção federal para assegurar os “direitos da pessoa humana”. Ora, se existindo grave violação dos direitos humanos, há a possibilidade da intervenção federal no Estado Membro, não há inconstitucionalidade em realizar uma “intervenção pontual” apenas em relação a um processo, deslocando a competência para a justiça federal.

A intervenção federal é medida muito drástica e gera grave insegurança para as instituições e se para assegurar os direitos da pessoa humana bastar ao Procurador-Geral da República pleitear o deslocamento da competência para a Justiça Federal, não parece que isso possa ser considerado uma violação do pacto federativo.

Violação ao pacto federativo é a inércia, a negligência da justiça local, diante de uma grave violação aos direitos humanos.

5.4. Violação do princípio da segurança jurídica

A possibilidade da modificação da competência, segundo alega a Associação dos Magistrados Brasileiros na ADIN já referida, traria insegurança jurídica, pois a qualquer tempo poderia ser solicitada, tratando-se de um “inaceitável elemento surpresa”. Ocorre que, conforme já vimos, o deslocamento do processo não é ato discricionário do Superior Tribunal de Justiça. Para o deferimento do pedido, além de seguir o procedimento próprio, deve o Superior Tribunal de Justiça observar a presença dos requisitos para a federalização, só deferindo o pedido quando eles estiverem presentes incontestavelmente.

Lembramos, ainda, que o deslocamento da competência é uma microintervenção em um dos poderes do Estado Membro e na sua análise deve ser aplicada a lógica prevista para a intervenção federal nos Estados, ou seja, o deslocamento da competência é a exceção e, na dúvida, deve o Superior Tribunal de Justiça indeferir o pedido.

Salientamos, por fim, que a insegurança que paira sobre o instituto decorre do fato de o mesmo ter sido introduzido recentemente no direito brasileiro. Com o decorrer do tempo e a ajuda da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, existirão elementos seguros para analisar a necessidade do deslocamento da competência.

6. Considerações finais

A possibilidade do deslocamento da competência para a Justiça Federal trará importantes avanços para a defesa dos direitos humanos.

Será medida profilática que melhorará a atuação das polícias e da Justiça Estadual na repressão às violações a direitos humanos. Qualquer autoridade, do Poder Executivo, do Poder Judiciário ou do Ministério Público, não ficará satisfeita em ter um procedi-

mento federalizado e realizará tudo o que estiver ao seu alcance para evitar o descumprimento dos tratados internacionais. Polícia civil e militar, Ministério Público e Poder Judiciário estarão empenhados em apurar e julgar de forma célere as violações aos direitos humanos. O próprio Poder Executivo terá interesse em aprimorar os instrumentos para a apuração das violações, investindo recursos na modernização das instituições estaduais.

E, caso isso não aconteça, estará prevista na Constituição a possibilidade do deslocamento da competência para a Justiça Federal, impedindo que prevaleça a impunidade.

Resta-nos, então, a esperança de que o novo instituto seja um importante instrumento na luta contra a impunidade, o que já será um avanço importante na defesa dos direitos humanos.

Notas

¹ Art. 2º da Lei 10.259/01.

² Art. 44, I do Código Penal.

³ Redação sugerida pela ANPR: "Art.109 (...) XII- os crimes contra os direitos humanos, assim considerados os seguintes delitos: a) tortura; b) homicídio doloso praticado por agente de quaisquer dos entes federados no exercício de suas funções ou por grupo de extermínio; c) praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; d) homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; e) uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de crianças e adolescentes, em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais. (...) § 5º Serão igualmente processadas na Justiça Federal as causas cíveis decorrentes dos crimes previstos no inc. XII; § 6º A lei poderá estabelecer outras hipóteses de crimes contra os direitos humanos". Boletim dos Procuradores da República, nº 14, junho/99, ww.anpr.ogr.br/boletim/boletim14/reforma.htm, acessado em 31.out.05.

⁴ Art. 105, I, alínea "d" da Constituição Federal.

⁵ Resolução nº 6, de 16 de fevereiro de 2005.

⁶ RTJ 122/923; 124/59.

⁷ Princípio admitido expressamente pelo STF (BRASIL, 1993).

⁸ Art. 119, I, alínea "o" da Constituição de 1967.

⁹ Competia ao Supremo Tribunal Federal julgar "as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido" (art. 119, I, o da CF de 1967).

Referências

ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. *Jus navegandi*, Teresina, [200-]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>, Acesso em 13 jun. 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 67759/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, Rio de Janeiro, 6 ago. 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, 1 jul. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no conflito de competência n. 7094/MA. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, São Luiz, 9 mar. 2000. *Diário de Justiça*, Brasília, 4 maio 2001.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: J. Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CORRÊA, Maurício José. *Avocatória*. Brasília: Senado Federal, 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Federalização dos crimes graves: que é isso?. *Mundo legal*, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=16221>. Acesso em: 13 jun. 2005.

MALULY, Jorge Assaf. A federalização da competência para julgamento dos crimes praticados contra os direitos humanos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 148, mar. 2005.

MARQUES, Frederico. Juiz Natural. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978. 46 v.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, José Luiz Bolzan de. Deslocamento de competência para a justiça federal de violações contra direitos humanos. In: AGRA, Walber de Moura (Org.). *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: M. Limonad, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Org.). *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Biodireito, biopropriedade e desenvolvimento

Algumas reflexões

Maria Nilda Moreira dos Santos
Vincenzo Demetrio Florenzano

Sumário

1. Introdução. 2. Biopropriedade. 3. O conflito Norte-Sul sobre patentes. 4. Patenteando a vida. 5. Biodireito e justiça. 6. A nova matriz do biopoder. 7. Liberdade e desenvolvimento. 8. Considerações finais.

1. Introdução

Como diz o pregador: geração vai e geração vem; mas a terra permanece para sempre... não há nada de novo sob o sol¹. Será que ainda podemos dizer isso agora, neste século XXI, referenciado como o “século da biotecnologia”?

Analisando o surgimento do capitalismo, Karl Marx ressaltou o papel da expropriação dos meios de produção como força propulsora do novo sistema de organização da atividade produtiva engendrado pelo capitalismo. Nesse processo, os trabalhadores foram expropriados dos seus meios de produção, vendo-se forçados, como última e única alternativa, a vender a própria força de trabalho no mercado.

Agora, no “século da biotecnologia”, trata-se de expropriar não mais apenas os meios de produção de mercadorias, mas os meios de produção da própria vida. Nessa linha de raciocínio, o termo biopropriedade é aqui utilizado para indicar direitos de propriedade sobre a vida, ou sobre formas de vida, ou sobre os meios de produção de novas formas de vida. Trata-se, pois,

Maria Nilda Moreira dos Santos é Bacharel em Letras e em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora do Curso de Mestrado em Direito da UNINCOR.

Vincenzo Demetrio Florenzano é Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo - USP e em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialização “Comparative Financial Market Regulation and Development” pela George Washington University nos Estados Unidos. Professor da Pontifícia Universidade Católica em Minas Gerais e da UNINCOR.

agora, de estabelecer o direito de propriedade sobre novas formas de vida como mercadoria. Portanto, a própria vida como mercadoria.

Se, no início do capitalismo, o controle da propriedade sobre os meios de produção foi a força determinante dos rumos da economia mundial, agora, no “século da biotecnologia”, são as forças políticas e econômicas que controlam os recursos genéticos do planeta a exercer enorme poder sobre o futuro da economia mundial.

Como bem observou Rifkin (1999, p. 39), os genes despontam como o “ouro verde” do século XXI à medida que o patrimônio genético do planeta vai-se tornando uma fonte crescente de valor econômico.

Dito isso, prontamente nos deparamos com o problema ético relacionado à possibilidade de se instituir direitos de propriedade sobre a vida (seres vivos), ou sobre os meios de produção de novas formas de vida.

Essa temática nos remete, inexoravelmente, ao problema da justiça ou à teoria da justiça que, como explica Kolm (2000, p. 3), lida com a seguinte indagação: o que se deve fazer quando os desejos ou os interesses de diferentes pessoas se opõem entre si, e não podem ser plenamente satisfeitos, ou seja, quando a satisfação de um desejo ou interesse implica a exclusão de outro(s)? A justiça é a resposta justificada a essa pergunta, e sua ciência é a teoria da justiça. O objeto da justiça é o segmento muito vasto da ética social (a ciência das respostas definitivas à pergunta: “O que deve ser feito na sociedade?”) e da definição daquilo que é certo ou bom na sociedade, que tem como foco as condições dos seres humanos como indivíduos ou em grupos (Cf. KOLM, 2000, p. 3).

Mas, é preciso não ter a ilusão de que essas questões se resolvem exclusivamente no campo da ética, como também não se resolvem apenas no campo do direito. Bem diz, pois, Kolm (2000, p. 4) que a moderna teoria da justiça é tanto economia (ciência

da distribuição de recursos escassos, sendo que “escassos” se refere às necessidades humanas) quanto filosofia (que inclui a ética).

Nas palavras de Kolm (2000, p. 4): “De fato, a moderna teoria da justiça é o produto da necessária nova aliança entre a economia e a filosofia. É possível concebê-la como uma mente filosófica em um corpo econômico – e uma mente sem corpo é tão irreal, ou pelo menos tão impotente, quanto pode ser perigoso e desarticulado um corpo sem mente.”

Assim, é considerando a necessidade e a relevância de se empreender uma análise mais integrada, transdisciplinar, que fazemos o presente esforço analítico para abordar o problema da instituição de direitos de propriedade sobre genes, microrganismos e formas recombinadas de vida e seus efeitos sobre o desenvolvimento.

Ressaltamos, contudo, que, dada a amplitude e as conexões que envolvem o tema aqui retratado, devemos necessariamente circunscrever a abordagem a alguns aspectos apenas, mesmo porque seria ilusória qualquer tentativa de abarcar a totalidade do problema.

2. *Biopropriedade*

O capitalismo ergue-se e caminha sobre duas pernas: o direito de propriedade e o direito dos contratos. O direito de propriedade permite a apropriação de bens e recursos e a transformação dos mesmos em mercadorias. O direito dos contratos viabiliza o surgimento do mercado, no qual os bens e os recursos apropriados podem ser livremente transacionados.

No caso da biopropriedade, a decisão histórica proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980) pode ser considerada como o marco inicial do processo de instituição e demarcação do direito de propriedade.

Em consonância com esse entendimento, Rifkin (1999, p. 44) afirma que a demar-

cação e a privatização do domínio genético do planeta iniciaram-se em 1970, quando Ananda Chakrabarty, microbiologista indiano, na época funcionário da General Electric Co. (G.E.), solicitou concessão de patente, no PTO (United States Patents and Trademark Office, Instituto Nacional da Propriedade Industrial dos Estados Unidos), para um microrganismo geneticamente construído, projetado para devorar derramamentos de óleo nos oceanos.

Inicialmente, o pedido de concessão de patente foi recusado pelo PTO ao fundamento que, de acordo com a Lei de Patentes dos Estados Unidos, seres vivos não seriam patenteáveis. Contudo, essa decisão foi revertida pelo Tribunal de Tributos Alfandegários e Patentes (Court of Customs and Patent Appeals), que, por três votos a dois, acolheu a apelação de Chakrabarty. No entendimento da maioria, o fato de que a bactéria (microrganismo) é um ser vivo não é impeditivo para a concessão de patente. Segundo alegado, os microrganismos patenteados eram “mais semelhantes a composições químicas inanimadas, tais como reagentes e catalisadores, que a cavalos, abelhas, framboesas ou rosas”.

Inconformado com essa decisão, o United States Patents and Trademark Office (PTO) apelou para a Suprema Corte dos Estados Unidos, sustentando que o caso tocava diretamente no âmago da questão do valor intrínseco e do significado da vida. Se a patente fosse concedida, “a vida fabricada – em qualquer nível – teria sido categorizada como menos do que vida, como nada além de um simples produto químico” (RIFKIN, 1999, p. 44). O PTO alertara para o fato que uma decisão favorável da Suprema Corte abriria um precedente para que se patenteassem no futuro todas as formas de vida (Cf. RIFKIN, 1999, p. 44).

Não obstante, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por uma estreita margem de cinco votos a quatro, em julgamento realizado no ano de 1980, decidiu a favor de Chakrabarty, concedendo patente à

primeira forma de vida geneticamente construída em laboratório.

Proferindo o voto vencedor, Warren Burger, juiz presidente, argumentou que “a distinção relevante não era entre seres vivos e objetos inanimados”, mas se o microrganismo de Chakrabarty era ou não uma “invenção realizada pelo homem.”²

Do texto do acórdão, depreende-se que o argumento econômico permeou o debate, tendo sido relevante no desfecho do caso. Segundo o voto vencedor, o texto da lei de patentes deve ser interpretado de modo a incentivar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico que se revertem em benefício à população à medida que novos produtos e serviços, que melhoram a qualidade de vida, são colocados à sua disposição.

Assim, no caso em comento, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a interpretação ampliativa do texto da lei de patentes norte-americana, permitindo a concessão de patentes sobre a criação de seres vivos, era a que proporcionaria melhores resultados em termos de custos e benefícios (econômicos e sociais), exatamente na linha defendida pelos adeptos da *Law and Economics*³.

Em relação aos riscos que esse tipo de invenção poderia acarretar para a humanidade, a Suprema Corte respondeu com um argumento igualmente econômico, dizendo que:

“A concessão ou não de patentes sobre microrganismos não vai por um fim à pesquisa genética e aos seus eventuais riscos. A grande escala de pesquisas já realizadas quando nenhum pesquisador poderia saber se teria ou não a proteção da patente sugere que medidas legislativas ou judiciais em relação à patenteabilidade das invenções não vão impedir os cientistas de testar o desconhecido. A concessão ou não de patente aos interessados pode apenas determinar se os esforços de pesquisa serão acelerados pela expectativa de ganhos

extras (advindos da patente) ou serão desacelerados pela falta do incentivo financeiro extra”⁴.

3. O conflito Norte-Sul sobre patentes

Já foi dito que as forças políticas e econômicas que controlam os recursos genéticos do planeta exercerão enorme poder sobre a futura economia mundial, da mesma forma como na era industrial foi determinante o controle dos combustíveis fósseis e dos metais valiosos.

Não é sem motivo, pois, que empresas multinacionais, já há muito tempo, estão percorrendo os continentes em busca desse novo “ouro verde”. Trata-se de buscar fontes preciosas de informação genética privilegiada, vale dizer, micróbios, bactérias, plantas, animais e, até mesmo, seres humanos com traços genéticos diferenciados ou raros que possam ter potencial valor de mercado no futuro.

Está, pois, em pleno curso o processo de demarcação e privatização do domínio genético do planeta como ocorreu no passado com as terras, o ar e o oceano. As terras, por toda parte, foram demarcadas e reduzidas à propriedade privada, que pode ser comprada e vendida no mercado. “Esse processo foi seguido rapidamente pela demarcação comercial de partes do oceano, da atmosfera e, mais recentemente, do espectro eletromagnético. Atualmente, largas faixas de oceano – as águas costeiras – são comercialmente arrendadas, o mesmo ocorrendo com o ar, que foi convertido em corredores comerciais aéreos, e com as frequências eletromagnéticas, concedidas pelos governos a empresas privadas para transmissões de rádio, telefone, televisão e computadores” (RIFKIN, 1999, p. 43).

Essa corrida global para patentear o patrimônio genético do planeta está desencadeando uma verdadeira batalha entre os países do Norte, altamente desenvolvidos, e os países do Sul, em desenvolvimento, com relação à propriedade dos recursos genéticos.

Como esclarece Rifkin (1999, p. 39-41), as nações do Hemisfério Sul alegam que os recursos genéticos são parte de sua herança nacional, devendo ser recompensadas por sua utilização. As empresas multinacionais e os países do Hemisfério Norte, por sua vez, sustentam que os genes somente aumentam seu valor de mercado quando manipulados e recombinados por meio de sofisticadas técnicas de engenharia genética e que, portanto, não haveria que se cogitar de recompensa aos países em que os genes são encontrados⁵.

Reclamam, ainda, os países do Sul que as empresas do Norte estariam, em verdade, fazendo pirataria de conhecimentos acumulados pelos povos e culturas nativos. Embora reconheçam que as empresas do Norte acrescentam algum valor ao construir e modificar a composição genética das plantas, os países do Sul argumentam que uma pequena alteração genética em uma planta ou erva realizada em laboratório é insignificante, quando comparada aos séculos de trabalho e cuidados necessários para cultivar e preservar os organismos que contêm os traços exclusivos e valiosos, tão cobiçados pelos cientistas em suas pesquisas.

Em relação a essa contenda, é interessante a argumentação formulada por Suman Sahai (apud RIFKIN, 1999, p. 55), diretor da Campanha Genética, organização não governamental com base em Nova Délhi, segundo a qual “Deus não nos deu ‘arroz’, ‘trigo’, ou ‘batatas’. Essas plantas, inicialmente selvagens, foram domesticadas durante eras e pacientemente cultivadas por gerações de agricultores”. A pergunta proposta por Sahai é: “Quem realizou esse trabalho?” A queixa de Sahai é que os esforços coletivos, transmitidos de geração em geração, são considerados “estado da técnica”, sendo que apenas os esforços inovadores individuais, realizados em laboratórios científicos, são contemplados pela legislação sobre patentes. O sentimento para muitos do Hemisfério Sul

é que as empresas de biotecnologia estão pegando uma carona nos conhecimentos nativos de várias gerações (Cf. RIFKIN, 1999, p. 55).

Nesse contexto, a patente obtida pela empresa W.R.Grace em relação à *neem*, árvore nativa da Índia, causou verdadeiro furor. A *neem* é um símbolo da Índia, onde é vista com misticismo e referida como “a árvore abençoada”, que “cura as doenças”. Há séculos vem sendo utilizada como fonte de medicamentos e combustível, sendo cultivada por todo o continente indiano. A W.R.Grace, contudo, conseguiu isolar a azadiractina, ingrediente mais poderoso da semente da *neem*, obtendo várias patentes para os métodos de produção do extrato da *neem*. A empresa argumentou que os processos utilizados para isolar e estabilizar a azadiractina eram inéditos.

4. Patenteando a vida

Nessa corrida global pelo controle dos recursos genéticos do planeta e pelo poder de ditar os novos rumos da economia mundial, nem mesmo os seres humanos estão sendo poupados.

Um caso ilustrativo dessa nova realidade é o do Sr. John Moore, empresário do Alasca, que teve partes do seu próprio corpo patenteados por uma universidade americana, como relatado por Rifkin (1999, p. 60) na seguinte passagem:

“Os nativos de outros países não são os únicos a terem suas linhagens celulares e genomas patenteados por empresas dos Estados Unidos. Em um caso que estabeleceu precedentes na Califórnia, John Moore, um empresário do Alasca, descobriu que partes de seu próprio corpo haviam sido patenteadas, sem seu conhecimento, pela Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), e licenciadas para a Sandoz Pharmaceutical Corporation. Havia sido diagnosticado um câncer raro em Moore e ele tinha sido

tratado na UCLA. Um pesquisador e médico assistente descobriu que o tecido do baço de Moore produzia uma proteína sanguínea que facilitava o crescimento de leucócitos, importantes agentes anticancerígenos. A universidade criou uma linhagem celular a partir desse tecido e obteve patente para sua ‘invenção’ em 1984. Estima-se que essa linhagem celular seja avaliada em mais de 3 bilhões de dólares”.

Segundo Rifkin (1999, p. 60), a preocupação dos críticos tornou-se ainda mais intensa em 1993, quando a Fundação Internacional para o Avanço Rural, organização não governamental, descobriu que os Estados Unidos haviam solicitado patente internacional e norte-americana para um vírus derivado da linhagem celular de uma índia Guaymi do Panamá. Um pesquisador do Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos (NIH) havia retirado uma amostra de sangue da mulher índia e desenvolvido a linhagem celular que era de especial interesse, pois os membros dessa remota comunidade indígena eram portadores de um vírus exclusivo que estimula a produção de anticorpos, potencialmente úteis em pesquisas relacionadas à aids e leucemia.

Merece, ainda, transcrição este último relato de Rifkin (1999, p. 61), segundo o qual:

“Em março de 1995, o Instituto de Marcas e Patentes norte-americano concedeu patente para o vírus humano T-lintrófico (HTLV-I), obtido em Papua-Nova Guiné, ao Ministério da Saúde norte-americano, tornando-o a primeira linhagem celular humana obtida de população indígena a ser patenteada. Descontentes com a atuação do governo norte-americano, um grupo de países de ilhas do Pacífico Sul preparou conjuntamente uma proposta e um comunicado oficial que fazia de seu espaço soberano uma ‘zona livre de patente’. Os Estados

Unidos silenciosamente cancelaram a reivindicação em 1996”.

5. Biodireito e justiça

Já dissemos anteriormente que a teoria da justiça lida com a questão de saber o que deve ser feito diante de um conflito de interesses. O que se deve fazer quando os desejos ou os interesses de diferentes pessoas se opõem entre si, e não podem ser plenamente satisfeitos, ou seja, quando a satisfação de um desejo ou interesse implica a exclusão de outro(s). A justiça é a resposta justificada a essa pergunta, e sua ciência é a teoria da justiça. O objeto da justiça é o segmento muito vasto da ética social (a ciência das respostas definitivas à pergunta “O que deve ser feito na sociedade?”) e da definição daquilo que é certo ou bom na sociedade, que tem como foco as condições dos seres humanos como indivíduos ou em grupos.

O Direito, por sua vez, é o meio, o instrumento pelo qual a sociedade repele as condutas indesejadas, taxando-as de ilícitas, e acolhe as condutas desejadas taxadas de lícitas e a sua ciência é a teoria das normas jurídicas.

Mas o Direito, ciência jurídica, não nos diz quais condutas são desejadas e quais são indesejadas. O Direito não tem resposta para indagações como, por exemplo, devemos proibir ou permitir a clonagem de seres humanos? devemos proibir ou permitir os experimentos com embriões? devemos proibir ou permitir o comércio de células, bactérias e outros seres vivos?

O Direito, como ciência jurídica, não tem resposta para esse tipo de indagação. Tal constatação não deixa de causar inquietação, sobretudo quando consideramos que esses problemas são indubitavelmente questões de justiça, ou melhor dizendo, questões a serem investigadas pela teoria da justiça, portanto objeto de investigação da teoria da justiça.

Ora, se esses problemas são questões de justiça, mas o Direito, como ciência jurídica,

não tem resposta para eles, a conclusão a que necessariamente se chega é que o Direito está despido de uma teoria da justiça, ou seja, “o Rei está nu!”⁶ Foi justamente isso que Hans Kelsen demonstrou em sua célebre “Teoria Pura do Direito”.

Tal feito, contudo, rendeu a Kelsen uma avalanche de críticas de toda espécie. Entre essas, a mais conhecida é a que afirma que Kelsen (1987) retirou o valor (teoria da justiça) pela porta da frente de sua construção teórica, mas, ao final, contraditoriamente, permitiu que o mesmo retornasse pela porta dos fundos.

Com a devida vênia, tal crítica nos parece totalmente equivocada. Kelsen (1987) apenas demonstrou que o Direito, como ciência, não comporta uma teoria da justiça e que o juiz, no momento em que examina um caso concreto e profere uma sentença, é apenas um aplicador dos conhecimentos da ciência jurídica tal qual um engenheiro que constrói um edifício aplica os conhecimentos da engenharia e um médico quando realiza uma cirurgia aplica conhecimentos da medicina. Mas o juiz, como o engenheiro ou o médico, no momento em que estão aplicando na prática os conhecimentos da ciência, não estão fazendo ciência. Fazer ciência é uma coisa, aplicar na prática os conhecimentos científicos é outra.

Portanto, a ciência jurídica pode-nos dizer que a clonagem de seres humanos está proibida pela lei número “X”, ou que a clonagem não está proibida porque não há lei que a proíba. Mas a ciência jurídica não tem como responder à indagação que é antecedente, qual seja, se a clonagem deve ser proibida ou deve ser permitida. A ciência jurídica também não tem como nos dizer se a Lei “X” que proíbe a clonagem é justa ou injusta.

6. A nova matriz do biopoder

A conquista de novos espaços de dominação no capitalismo globalizado tem no direito de propriedade referente às patentes

biotecnológicas o fundamento jurídico e o elemento chave na composição de uma nova matriz operacional de biopoder, tendo em vista a real possibilidade de transformação do gene em mercadoria. Tal fato tem o potencial de gerar imensos lucros para as empresas, assegurando o processo de acumulação de capital necessário à manutenção e expansão do sistema capitalista.

O ressurgimento, contudo, de antigos valores, recorrentes na história ocidental, poderia servir como base axiológica para a contenção ou mesmo a reversão desse processo. Tornou-se, pois, imperativo para essa nova matriz do biopoder encontrar meios de contornar ou neutralizar este potencial obstáculo.

A viabilizar a realização desse projeto está o poder discursivo biotecnológico, construção lingüística de um saber com interferência e intercorrência direta no discurso jurídico, na construção, inclusive, de normas jurídicas, muita vez sem a necessária reflexão sobre a dimensão ética na disciplina do tema da patenteabilidade.

Grupos de interesses, articulados em torno a grandes empresas para concretizar o intento de controlar os destinos da globalização do capital, passaram a valer-se de uma estrutura regulatória especialmente projetada e concebida para legitimar a exacerbação do biopoder que se materializa pelo fomento à medicalização da humanidade, sob a promessa de curas espetaculares e prolongamento da vida, criando pontos de tensão entre o conhecimento científico e a ética.

A disposição e o tratamento dados aos temas ligados à biotecnologia no 36º Fórum Mundial Econômico de *Davos* são uma demonstração disso, levando-nos a afirmar que a intervenção política e jurídica na proteção e expansão da biopropriedade (patentes biotecnológicas) está a desafiar uma ampla discussão com os segmentos da sociedade, composta de um pluralismo de elementos éticos, políticos, jurídicos, econômicos, artísticos, religiosos e outros,

sendo que essas novas formas de expropriação e apropriação de recursos devem ser preocupações constantes na equação: herança comum da humanidade *versus* engenho humano, exigindo a possibilidade de intervenção democrática no processo científico como salvaguarda.

É inegável, portanto, que a questão do biopoder está a exigir maior reflexão, discussão e participação da sociedade, haja vista o fato de que o mesmo apresenta-se como estratégia, como exercício, na aguçada visão de Michel Foucault. O conhecimento sobre a assunção da tarefa de gerir a vida, o biopoder, expressão cunhada pelo mencionado filósofo, foi, na sua visão, “[...] nada menos do que a entrada da vida na história – isto é, a entrada dos fenômenos próprios à vida da espécie humana na ordem do saber e do poder – no campo das técnicas políticas” (FOUCAULT, 1988, p. 133).

O formalismo jurídico remete o poder à lei e à autoridade legitimada a editá-la, circunscrevendo, com isso, a discussão tão-somente às condições formais da legitimidade. Quando muito, à sua regulamentação.

A reorganização do poder de curar e de salvar, de controlar a vida e a morte, o fortalecimento das clínicas, da poderosa indústria farmacêutica e de próteses, a valorização do discurso medicalizado, do biopoder médico e, com ele, das distorções concretizadas na geração de excessivos lucros e também na indução de procedimentos sem justa indicação, com escopo de apenas produzir maiores ganhos, v.g., pedidos de execução de exames de última geração e receitas de medicamentos de elevado valor de mercado são alguns dos exemplos que ilustram a magnitude do campo de atuação dessas novas formas emergentes de biopoder.

Os avanços da bioquímica, da bioinformática e da automação e, via reflexa, o poder conferido aos laboratórios, em função de um saber dotado de regras específicas, têm elevado os diagnósticos à condição de

verdades absolutas, quando se sabe que estamos no campo da probabilidade.

A dimensão moral de tal biopoder, segundo Foucault (1988, p. 135):

“[...] é a importância crescente assumida pela atuação da norma, a expensas do sistema jurídico da lei. A lei não pode deixar de ser armada e sua arma por excelência é a morte; aos que a transgridem, ela responde, pelo menos como último recurso, com esta ameaça absoluta. A lei sempre se refere ao gládio. Mas um poder que tem a tarefa de se encarregar da vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos. Já não se trata de pôr a morte em ação no campo da soberania, mas de distribuir os vivos em um domínio de valor e utilidade. Um poder dessa natureza tem que qualificar, medir, avaliar, hierarquizar, mais do que se manifestar em seu fausto mortífero; não tem que traçar a linha que separa os súditos obedientes dos inimigos do soberano, opera distribuição em torno da norma. Não quero dizer que a lei se apague ou que as instituições de justiça tendam a desaparecer; mas que a lei funciona cada vez mais como norma, e que a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos etc.) cujas funções são, sobretudo, reguladoras. Uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de uma tecnologia de poder centrada na vida”.

7. Liberdade e desenvolvimento

A definição do regime jurídico da propriedade em matéria de biotecnologia é crucial para o desenvolvimento em seus vários aspectos: social, econômico, tecnológico, espiritual e outros.

O desenvolvimento, segundo Sen (2000, p. 17), pode ser visto como um processo

de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Esse enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, que identificam desenvolvimento com crescimento da produção (Produto Interno Bruto - PIB), aumento da riqueza (rendas pessoais), industrialização, avanço tecnológico ou modernização. “Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo.”

Para Sen (2000, p. 18), a liberdade é central para o processo de desenvolvimento por duas razões. Pela razão avaliatória, segundo a qual, a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas; pela razão da eficácia, segundo a qual, a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas.

Conseqüentemente, conclui Sen (2000, p. 29) que:

“[...] o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo”.

A relação (vínculo) entre liberdade e desenvolvimento é um dos temas clássicos

da sociedade ocidental. De modo geral, os pensadores, sobretudo a partir do movimento denominado Iluminismo, têm ressaltado a importância das liberdades civis (liberdade de iniciativa, de pensamento, de pesquisa, de expressão, de imprensa, de ir e vir, etc.) como condição imprescindível para o pleno desenvolvimento do potencial do ser humano.

Por outro lado, esses mesmos pensadores, entre os quais destacamos Thomas Hobbes (1983), J J Rousseau (1983) e, mais recentemente, John Rawls (1997), ressaltam a necessidade de se restringir a liberdade para assegurar a própria liberdade.

A idéia de Hobbes (1983) é que a liberdade absoluta, que se configura no estado de natureza, coloca em risco a própria liberdade, pois os homens, em absoluta liberdade, devoram-se uns aos outros (*homo homini lupus est*⁷). Rousseau (1983), por sua vez, sustentava que cada um deveria ceder um pouco de sua liberdade em troca da garantia de liberdade para todos, de forma a se obter uma condição social superior. Na mesma linha, coloca-se modernamente John Rawls (1997), para quem o problema da liberdade é o da escolha de um princípio pelo qual as reivindicações que os homens fazem reciprocamente devem ser reguladas. A questão crucial que se coloca é a de investigar as condições em que a liberdade de iniciativa pode ser limitada, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, nenhum direito ou valor pode ser absoluto (Cf. FLORENZANO, 2004, p. 79). A propósito, esclarece Rawls (1997, p. 231) que, “ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral na ordem e segurança públicas, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. Pois, nessa posição, cada um reconhece que o rompimento dessas condições constitui um perigo para a liberdade de todos”. Esse é o fundamento para que se justifique a proibição, por exemplo, à produção de armas químicas e/ou nucleares de destruição em massa, a fabricação de produtos nocivos

à saúde, o desenvolvimento de atividades que causem danos ao meio ambiente, a produção e a comercialização de tóxicos (Cf. FLORENZANO, 2004, p. 79).

Portanto, ao contrário do que se possa imaginar, a liberdade plena torna o homem prisioneiro e não livre. O homem absolutamente livre para perseguir seus interesses acaba pondo em risco a própria liberdade. É, pois, necessário limitar as liberdades civis individuais para assegurar a própria liberdade.

As pesquisas e o conseqüente desenvolvimento da biotecnologia não fogem à regra, podendo-se, pois, afirmar que uma boa regulação é imprescindível para assegurar a liberdade. E essa regulação será tanto melhor quanto mais estimular as condutas individuais na direção socialmente desejável.

Nessa linha de raciocínio, apresenta-se a questão da relação entre patentes e desenvolvimento. O cerne da questão é precisamente compreender até que ponto a concessão de patentes efetivamente promove o desenvolvimento.

De um lado, laboratórios e empresas de biotecnologia defendem que a concessão de patentes é imprescindível para assegurar o retorno do investimento e, portanto, para assegurar o incentivo ao financiamento das pesquisas que levam ao desenvolvimento da tecnologia.

De outro, cientistas alegam que a concessão generalizada de patentes está encarecendo de tal forma as pesquisas que o ulterior desenvolvimento de novas tecnologias estaria sendo prejudicado ou retardado.

No momento, a pergunta que todos se fazem é como conciliar a lógica econômica da obtenção de lucro com as pesquisas em biotecnologia com uma nova cultura de compartilhamento das informações, denominado “código aberto”.

A associação entre biotecnologia e “código aberto” pretende abolir, ou pelo menos reduzir, os problemas de acesso ao

conhecimento científico e às ferramentas de pesquisa, que são associados à proliferação dos direitos de propriedade intelectual e aos custos elevados de transação. Isso, contudo, depende essencialmente de se conseguir encontrar meios de fazer com que os projetos de código aberto possam gerar lucro.

Apesar das dificuldades, é possível alimentar o que se poderia chamar de “ceticismo esperançoso”, ou seja, a possibilidade de pensar que o código aberto pode gerar lucro, como acontece com os *softwares* livres (como o Linux). Isso não apenas retiraria o argumento econômico dos que defendem as patentes como também seria a mola propulsora da aplicação da idéia no âmbito das atividades de pesquisa e desenvolvimento em biotecnologia.

Vale ressaltar que os projetos de biotecnologia centrados na bioinformática, que usam *softwares* para gerar e analisar dados, têm seguido os caminhos trilhados pelo movimento denominado “código aberto”. Os *softwares* são criados e melhorados em um processo cooperativo e diversas línguas de programação, como por exemplo o BioPerl, BioJava e Biopython, são livremente disponibilizadas por meio de licenças de código aberto. Nessa linha, podemos mencionar o caso da empresa sul-africana Eletric Genetics Corporation que desenvolveu um modelo de negócios denominado “biotecnologia de *software* de código aberto”. A referida empresa liberou seu *software* de bioinformática sob uma licença livre e passou a fornecer serviços de suporte aos usuários (Cf. DESAFIOS..., 2003).

Entretanto, quando se trata de pesquisas fora do âmbito do *software*, o uso do *copyleft* (acesso livre) não é possível, porque os projetos não estão submetidos ao direito autoral, mas ao direito patentário. A lei de patentes define que qualquer modificação feita na tecnologia resultará em uma nova patente. Em resposta a esse problema, os projetos de biotecnologia de código aberto têm requerido dos seus participantes a assinatura de acordos em que todos concordam em manter os avanços

na tecnologia tão livres quanto a tecnologia original (DESAFIOS..., 2003).

8. Considerações finais

No atual contexto de realidades progressivamente mais complexas, são muitas as perguntas propostas e poucas as respostas oferecidas. Especialmente, neste campo da biotecnologia, as perplexidades são marcantes. Para ilustrar, trazemos à colação a seguinte manifestação de Goodfield (1981, p. 201):

“Os pontos-de-vista eram numerosos demais, e quase todos eles apresentados de uma maneira profundamente convincente. Cheguei a ter uma grande simpatia por um membro do conselho municipal de Cambridge que, depois de ouvir os testemunhos conflitantes de vários e ilustres cientistas, explodiu: Mas afinal em que diabo devo acreditar?”

Se não temos boas respostas para oferecer, o melhor que podemos fazer, neste momento, é formular boas perguntas. O aspecto positivo de se propor uma boa pergunta é que ela direciona os nossos esforços analíticos para as reflexões efetivamente relevantes. O escopo do presente artigo foi justamente o de suscitar boas indagações tendo em vista canalizar os nossos esforços na direção das reflexões relevantes.

A biotecnologia representa a mais espantosa ampliação do poder do homem sobre a vida e a mais avançada forma de técnica já concebida. Nunca antes na história da humanidade tivemos tanto poder sobre a natureza. Nunca tivemos tanto poder de dominar, modificar, criar e recriar as formas de vida existentes no planeta. Ao mesmo tempo, nunca estivemos tão ameaçados. Paradoxalmente, nunca estivemos tão ameaçados pelas forças da natureza. Isto é, sem dúvida, um dado sobre o qual devemos refletir. É para se pensar.

Embora não tenhamos respostas satisfatórias neste momento para as boas per-

guntas que se apresentam, podemos indicar caminhos que a boa prudência recomendaria. Prudência aqui entendida como virtude, ou seja, posição mediana que se situa entre a conduta excessivamente arrojada e a conduta excessivamente tímida que pende para a lerdeza ou a imobilidade.

Do ponto de vista institucional, as condições para o pleno desenvolvimento da biotecnologia estão asseguradas. Sobre tudo, nos Estados Unidos e na Europa, os ordenamentos jurídicos são amplamente favoráveis ao desenvolvimento das pesquisas e à apropriação dos seus resultados.

Do ponto de vista econômico, os mercados emitem permanentemente sinais claramente atrativos, oferecendo os estímulos e incentivos necessários ao desenvolvimento das atividades humanas voltadas à biotecnologia. Portanto, não faltam incentivos e também não faltam cientistas capazes, habilitados e motivados a levar às últimas conseqüências os trabalhos de pesquisa.

O que nos falta, ou melhor dizendo, o que é preciso promover e encorajar agora é o surgimento de críticos, igualmente capazes, habilitados e motivados para emitir os sinais imprescindíveis de alerta antes que seja tarde demais, é dizer, antes de nos depararmos com situações trágicas e irreversíveis.

É fundamental criar mecanismos que possam tornar o público capaz de chegar a uma decisão coletiva. Estamos, pois, em consonância com Goodfield (1981, p. 205) quando propõe iniciativas como a seguinte:

"[...] seria aconselhável que as instituições científicas patrocinassem, incentivassem e até mesmo provocassem debates de amplo alcance sobre a Engenharia Genética e os interesses da sociedade. Por exemplo, uma sessão pública e conjunta da 'National Science Foundation' e do 'National Endowment for the Humanities' seria um excelente veículo para isso. As instituições poderiam incentivar também, em âmbito interno, a cria-

ção de cursos no currículo científico que tratassem não das implicações filosóficas das teorias científicas e da sua aplicação técnica, mas de sua importância ética e moral."

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que os críticos não devem ser vistos como inimigos da ciência, ou inimigos do progresso. Muito pelo contrário, os críticos devem ser vistos como elementos imprescindíveis para assegurar a própria liberdade das pesquisas. Pessoas e instituições que podem ser de grande auxílio e utilidade no sentido de assegurar que o desenvolvimento científico e tecnológico se dê em benefício da humanidade e não que ele se converta em ameaça ou prejuízo para a sociedade. Não custa lembrar que a ciência deve estar a serviço da humanidade e não a humanidade a serviço da ciência.

Se não por isso, pelo menos para assegurar que estejamos minimamente informados sobre as decisões e possibilidades que estão ao nosso alcance, precisamos criar meios para que a voz dos críticos possa chegar até nós. E no mais... "quem tem ouvidos, ouça!".

Notas

¹ Alusão à conhecida passagem bíblica do livro de Eclesiastes 1: 4-10.

² No texto original do acórdão consta: "Congress thus recognized that the relevant distinction was not between living and inanimate things, but between products of nature, whether living or not, and human-made inventions. Here, respondent's micro-organism is the result of human ingenuity and research."

³ Sobre a *Law and Economics*, vide, entre tantos outros, Cooter (1997), Posner (1992), Pinheiro e Saggi (2005).

⁴ Tradução livre do autor da seguinte versão original: "The grant or denial of patents on micro-organisms is not likely to put an end to genetic research or to its attendant risks. The large amount of research that has already occurred when no researcher had sure knowledge that patent protection would be available suggests that legislative or judicial fiat as to patentability will not deter the scientific mind from probing into the unknown any more than Canute could command the tides. Whether respondent's claims are patentable may determine whether research efforts are

accelerated by the hope of reward or slowed by want of incentives, but that is all.”

⁵ Em parte, reproduz-se aqui a mesma discussão travada no julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Diamond V. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980). A questão crucial é se o microbiologista Chakrabarty teria inventado uma nova forma de vida ou se teria apenas re combinado formas já pré-existentes na natureza. Essa distinção/definição é fundamental porque, se for considerada invenção (criação humana de nova forma de vida), o trabalho é patenteável. Se for considerada mera descoberta, revelação de algo já existente ainda que de forma latente na natureza (criação da natureza), o trabalho não é patenteável.

⁶ Fazemos aqui alusão ao famoso conto “A Roupa Nova do Rei” do escritor dinamarquês Hans Christian Andersen em que um Rei muito vaidoso é enganado por falsos tecelões que lhe prometem fazer uma roupa maravilhosa feita com um tecido mágico que só as pessoas inteligentes podem ver. O Rei então se põe a desfilar nu pela cidade, acreditando estar vestido com uma roupa mágica maravilhosa. Os adultos percebem que o Rei está nu, mas, temendo serem taxados de não-inteligentes (burros!), fingem que estão vendo a roupa e fazem elogios ao Rei, dizendo que é maravilhosa.

“Porém, uma criança que estava entre a multidão, em sua imensa inocência, achou aquilo tudo muito estranho e gritou:

- Coitado!!! Ele está completamente nu!! O rei está nu!!

O povo, então, enchendo-se de coragem, começou a gritar:

- Ele está nu! Ele está nu!”.

⁷ Conhecida expressão latina, celebrizada por Thomas Hobbes, segundo a qual o homem é o lobo do homem.

Referências

- COOTER, Robert D. *Law and economics*. 2. ed. Boston: A. Wesley, 1997.
- DESAFIOS da inovação: biotecnologia poderá sacrificar patentes e aderir ao código aberto. *Com ciência*, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2004/08/05.shtml>>. Acesso em: 15 fev. 2007.
- FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Textonovo, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988. 1 v.
- GOODFIELD, June. *B brincando de Deus: a engenharia genética e a manipulação da vida*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1981.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1987.
- KOLM, Serge Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. Brentwood: Brown and Company, 1992.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 1997.
- RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. São Paulo: Makron Books, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Paradoxos da morosidade

Relato à mão livre

Mônica Sette Lopes

*“Compositor de destinos,
Tambor de todos os ritmos
Tempo tempo tempo tempo
Entro num acordo contigo (...)
Peço-te o prazer legítimo
E o movimento preciso
Tempo tempo tempo tempo
Quando o tempo for propício (...)
De modo que o meu espírito
Ganhe um brilho definido (...)
E eu espalhe benefícios
O que usaremos pra isso
Fica guardado em sigilo
Tempo tempo tempo tempo
Apenas contigo e migo
Tempo tempo tempo tempo”
(VELOSO, 1979).*

As coisas que interessam ao direito exigem acordos com o tempo, este que é, segundo a oração de *Caetano Veloso*, “um dos deuses mais lindos”. A grande questão é que, como *tambor de todos os ritmos*, o tempo não faz de si uma única versão e ele próprio esconde, em sigilo, as teias com que tece o seu movimento pela vida e sobre ela¹. Entender que os tempos são vários é o ponto de partida para se falar sobre este tema insistente das manchetes de jornal: a morosidade da justiça feita pelos homens.

A insatisfação com a extensa duração de tramitação dos processos não é nova, nem é brasileira². Esse dado de relatividade, apreendido a partir da pesquisa histórica do direito ocidental, fornece uma base mais correta para o estudo do problema. Solucioná-lo exige que se saiba que ele é endógeno.

Mônica Sette Lopes é Juíza da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em filosofia do direito pela UFMG.

Allard e Garapon (2005) falam do intercâmbio entre os juízes de todo o mundo como uma *nova revolução do direito* e partem da identificação dos percalços da atividade jurisdicional como um fator que permite a universalização da experiência e das soluções. A expressão da problemática em torno do tempo nas decisões da justiça certamente situa-se aí.

Não se pode, porém, aceitar a situação passivamente porque ela tem claras consequências no âmbito da realidade social, para as quais chama atenção *Conceição Gomes* (2003, p. 12), em obra que trata minuciosamente da matéria:

“A lentidão da justiça é, consensualmente, reconhecida como um dos problemas mais graves dos atuais sistemas judiciais, com custos sociais, políticos, económicos muito elevados. Pode, por exemplo, potenciar a criminalidade oculta, a proliferação das formas alternativas ilegítimas de resolução de conflitos, como é o caso da cobrança de dívidas ou do recurso a justiceiros (milícias populares), ou afastar investimentos económicos”³.

Quando a Reforma do Judiciário, de que resultou a Emenda Constitucional 45/04, com toda a carga de compressão que ela quis inocular, apontou para uma solução imediata do problema, pode ter parecido aos leigos que a morosidade decorre de uma única circunstância. Na verdade, a demora na solução dos processos tem causas múltiplas que devem ser analisadas isolada mas concomitantemente porque interagem e se conectam.

O primeiro ângulo para apreciação, e talvez o mais angustiante deles, é que o sistema montou etapas de segurança que implicam ou demandam dilação temporal. Isso ocorre em relação a todos os vetores do exercício do contraditório (das manifestações das partes aos recursos, chegando à ação rescisória). Seria uma solução precária dizer simplesmente: reduzam-se os recursos, eliminem-se os recursos. Ela

desconsidera outros dados relevantes da operacionalidade do direito (e do sistema), que são o caráter livre da interpretação do juiz e a necessidade de igualdade das decisões, com um ponto ideal para a segurança jurídica. A história do direito é cheia de momentos em que a criação aberta na interpretação da norma é fonte de insegurança e os recursos são o único caminho para uma outorga generalizada da opção de controle ou, sintomaticamente, para a validação da tendência renovadora. Tratando-se, porém, de exercício argumentativo, a possibilidade da impugnação pelo recurso pode levar a excessos que se percebem principalmente nas esferas daqueles de cabimento estrito (recurso especial, recurso de revista, recurso extraordinário). Apesar de ser compreensível, no campo da operação do sistema, que a função dos tribunais superiores (STF, STJ, TST) seja a de uniformizar o sentido da interpretação, o grande volume dos processos que lhes são submetidos torna-os também um canal de que se valem as partes, muitas vezes artificialmente, com vistas a procrastinar uma solução que certamente não lhes será favorável, considerando a mínima predição de resultados.

Não se discute a factibilidade do recurso meramente protelatório da solução. Não há, porém, como estabelecer de antemão uma linha divisória rígida para o que seja adoção abusiva dos mecanismos de segurança do sistema. Naturalmente, há sanções para o abuso do direito, mas até aqui o cuidado do juiz deve ser grande para evitar a abertura de uma frente de impugnação que pode levar o processo ainda mais longe no tempo. Às vezes, é exatamente isso que uma parte, disposta a litigar e com recursos financeiros para isso, deseja⁴.

A eliminação pura e simples da possibilidade do recurso é uma opção política tormentosa principalmente pelo risco da desigualdade no tratamento das situações iguais e por deixar todo o poder de decisão na mão de um único juiz. Não se pode criar tampouco a ilusão de que essa é a causa úni-

ca do diferimento da solução dos processos. Isso não é verdade, porque há fatores intercorrentes que devem ser considerados com vistas à otimização dos controles.

A questão exige, assim, que se imponha uma *administração* do tempo, ou seja, a avaliação concreta dos elementos que induzem à delonga de modo a cortar a sobreposição ociosa de circunstâncias.

Esse processo de administração, porém, não é tampouco simples, porque deve atentar para os múltiplos canais de atuação do direito.

A variedade temporal é característica das formas pelas quais o direito se expressa. *Ost* e *Kerchove* já o revelavam em obra de 1988, quando descreviam suas temporariedades: “o tempo atemporal da doutrina, o tempo de longa duração ou tempo costumeiro, o tempo de *Prometeu* (*prométhéen*) ou tempo da legislação, e enfim o tempo cíclico da alternância entre o avanço e a conservação ou tempo da jurisprudência”⁵.

Com a lei, pretende-se o tempo da instauração duradoura de certeza e, simultaneamente, o tempo da imediatidade da adesão e da resposta ao conflito. Dos juízes espera-se o ouvido afiado para a percepção das necessidades do tempo (o tempo propício do *direito livre* – apenas para lembrar as palavras de ordem tão caras a *Kantorowicz*). Há, porém, junto a tudo isso, uma apropriação teórica, explicativa, que normalmente se pretende *fora do tempo*, sem vínculos, sem contaminação, o que é uma clara impossibilidade, como enfatizam *Ost* e *Kerchove* (1988, p. 229), ainda uma vez:

“Imaginam-se as diversas combinações às quais essas diversas temporariedades jurídicas podem dar lugar: podem-se observar tanto os movimentos de aceleração, nos períodos históricos, nos períodos históricos *quentes* de confusão social, como os processos de estabilização, nos períodos históricos *frios*. Assim, depois da explosão do tempo revolucionário de 1789 e das grandes codificações

que ele engendrou, conheceu-se um período de paralisação da criatividade jurídica o qual testemunhou uma doutrina e uma jurisprudência exegéticas, atemporais, apesar de que logo em seguida o movimento de inovação foi retomar insensivelmente à iniciativa do juiz inicial, a iniciativa sucessiva do legislador”⁶.

O tratamento teórico do direito e de seus problemas deve estar preso a uma consciência de sua conexão (ou de sua limitação) pelo tempo e pelos desejos que ele subliminarmente professa.

A importância de pôr esses dados, de flagrante relatividade, em evidência quando se pretende cuidar do tema da duração dos processos reside na certeza de que qualquer pretensão teorizante no ponto não escapará da precariedade, considerando-se a largueza do quadro que se deve analisar e as filigranas contextuais que interferem na concretização do *tempo real* no que tange ao fluxo processual. Por isso, a proposta deste trabalho é a construção de um texto *à mão livre*, como quem faz um esboço (ou vários) a esmo, lançando linhas no papel sem a intenção concreta de formar uma figura definitiva. O exercício fundamental será o do relato de sintomas que constitui um bom modo de reconstituir o fio da vida, de introjetar o sentido da memória.

Meu pai morreu em 1999 e, logo depois, foi distribuído o inventário de seus bens. Ele deixou dois lotes, um carro (vendido mediante autorização), valores em corrente (levantados por meio de alvará) e algumas ações sem qualquer repercussão no mercado. Deixou também herdeiros cordatos que só querem dele as lembranças que já têm. Seis anos depois, foi-me entregue o formal de partilha. Quando meu irmão, responsável pelas atividades contábeis da família, foi fazer a declaração de renda, percebeu que o número do CPF de minha mãe estava errado. Devolvido o formal ao advogado para evitar possíveis transtornos, só um ano depois de protoco-

lada a petição veio a retificação dos algarismos na folha de papel.

O tempo necessário para a solução desse problema é aquele que se exige para o relançamento dos dados num formulário, a sua impressão e a assinatura pelo juiz. Não há conflito. Não há dilação probatória essencial. Não há prazos a aguardar para a segurança de quem quer que seja. Não pode haver necessidade de qualquer manifestação de advogado além daquela que consta da própria petição. Mas, enquanto nada acontecia, havia um processo, os autos, sua capa, seus papéis, jogados num canto da secretaria ocupando espaço e tempo.

Esse é um exemplo singular, mas, sem enfrentá-lo, não se pode falar de morosidade e nem de soluções para ela. Ainda que se compreenda o volume dos processos em curso numa vara de sucessões, a administração correta dos serviços exigiria que eles fossem separados de acordo com sua complexidade e que as operações em torno deles se automatizassem na medida em que não demandassem precauções especiais em razão de antagonismo ou litigiosidade entre os interessados. Naturalmente, inscreve-se aqui a necessidade de uma mudança de mentalidade ou de cultura em relação ao modo de conduzir a atividade e a assimilação disso exige tempo⁷. Exige internalização de convicções que estão fora dos sujeitos-agentes.

O inciso LXXVIII do art. 5º da CR/88, com a redação dada pela EC 45/04, previu: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A razoabilidade é um dado que não se esgota na versão do conceito como aporte genérico. Só se distingue o razoável a partir da análise completa dos elementos que cada situação incorpora. Por isso, quem diz que algo é razoável (ou não) terá sempre que acrescentar a oração coordenada explicativa: isto é (ou não) razoável porque...

A situação não é distinta no que tange ao controle dos prazos de fluxo dos processos. A demora não é um elemento que possa ser quantificado ou valorado em si. Não é suficiente saber-se dela para compor soluções. Não basta dizer que o tempo gasto para a solução dos problemas é grande. Os dados estatísticos são indicativos da profusão dos processos e do elasticidade de prazos e constituem um ponto de partida ou um sinal agudo das peripécias da marcha do tempo. Mas eles não são suficientes para a demonstração de causas e para a análise de solução. O discurso a partir da análise quantitativa não resolve: os porquês são percebidos apenas nos detalhes. É preciso observar como os processos se movem. A dinâmica é que conduz o tempo.

No caso acima relatado, o problema da duração não se liga à incerteza do direito ou à necessidade de segurança. Tratava-se de um processo sem conflito que exigisse uma cautela especial no tratamento de partes que se opusessem. A questão é de mera administração de um volume considerável de causas que clamam, em sua maior parte, pela adoção de medidas concretas, com organização e controle de uma dinâmica, muitas vezes repetitiva, de operações. O estudo que se deve fazer é minucioso, considerando os elementos concretos que se renovam de modo corriqueiro e estabelecendo rotinas simples que evitem o desgaste do procedimento pela inércia que paralisa, sem qualquer justificativa, além do volume ou do excesso, a mobilidade no sentido da solução. As rotinas deveriam se incorporar à prática dos serviços auxiliares do juízo não pelo apego cego ao costume, mas porque são resultado da crítica das situações-padrão e da criatividade para a percepção do caminho de maior economicidade.

Qualquer órgão do Poder Judiciário é aquilo que se construiu ao longo de sua história. Para isso contribuíram não apenas os dados característicos da instituição, como também a personalidade individual dos agentes que nele atuam.

Minha primeira impressão do fórum foi de absoluta incompreensão. Até hoje guardo a sensação de estranhamento ao perceber que as secretarias (na época, os cartórios) não tinham qualquer ligação direta com o juiz. Os processos jaziam nas mesas e nas estantes e o juiz simplesmente não tinha o controle do que acontecia. A consequência disso é que os autos simplesmente não chegavam a ele para despacho a partir de um sistema organizado de trabalho. Não parecia razoável que o processo só andasse quando fosse pego pelas mãos e levado a percorrer os vários setores para que as providências fossem adotadas. Não se compreende que as questões simples não fossem solucionadas ou analisadas com a rapidez que elas próprias possibilitavam.

O sistema cartorário fazia do escrivão o *senhor* da montanha de processos e, em sua relação com o público destinatário, ele não se imbuía, necessariamente, de quaisquer dos princípios norteadores da atividade pública. Aquele era apenas o seu *negócio*. Impessoalidade, eficiência, moralidade eram pressupostos de atuação que não se consideravam. O juiz, no mais das vezes, ocupava sua sala como refém de uma situação: um prisioneiro do caos e do descontrole. Por isso, antes de falar de qualquer dos motivos para a delonga, como os recursos e outras manifestações impugnadoras, não se pode descurar da interferência do aspecto histórico que integra a cultura na atividade judicial.

Até que ponto essa é uma circunstância que se inocula como costume na prática processual e que se impõe como um fator de agravamento no que concerne ao controle do tempo? Como dizem *Ost e Kerchove* (1988), o tempo do costume é de *longa duração* e ele é um elemento que efetivamente influencia a interpretação, que é o modo de atuar do direito em qualquer de suas passagens. E é preciso ter em mente que interpretar não é apenas o ato sintético de aplicar o direito ao fato e de consolidar um entendimento na sentença, mas é algo que

se imiscui em todo o percurso que leva à decisão e que a segue com os atos executórios. A opção por conduzir o processo com mais ou menos controle constitui um exemplo claro do modo como o juiz entende e interpreta o mundo.

A percepção da influência desses fatores organizacionais na duração dos processos fez com que fosse acrescido, pela EC 45/04, um outro dispositivo, de caráter enfático:

“Art. 93 (...)

XIV – os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”.

Nas secretarias das varas da Justiça do Trabalho, há uma gaveta de prazos e várias gírias se formam em relação a ela. Há divisórias internas de acordo com os dias do mês e, à medida de seu transcurso, vão-se *tirando-os-razos*. A expressão *tirar prazo* significa pegar os autos do processo que tem um prazo qualquer vencendo naquele dia e dar a ele o andamento possível (a mesa do juiz com o despacho simples preparado ou para que ele decida algo, o despacho meramente ordinatório pelo funcionário responsável). Se é o caso de expedir-se um alvará, isso é feito sem que haja necessidade de o advogado peticionar. Se há necessidade de um andamento específico para a fase de conhecimento ou para a execução, isso também é feito independentemente de manifestação. Há, portanto, uma economia de tempo que, a longo prazo, gera consequências efetivas no volume dos processos em andamento e, principalmente, na diminuição das pendências.

Esse talvez seja o sentido da referida ênfase atribuída na Emenda Constitucional 45 ao art. 93, inciso XIV, da CR/88. Na verdade, ele é totalmente ocioso porque já previsto no CPC⁸. Alçá-lo a preceito constitucional só pode ser uma decorrência da necessidade imperiosa de que juízes e serviços auxiliares atuem com mais agilidade e qualidade em tarefas que não se ligam diretamente aos pontos de estrangulamen-

to do conflito. São medidas simples como a expedição de intimação, a publicação de despacho, a retificação de um número de CPF numa folha de papel.

Conceição Gomes (2003, p. 267) apurou a importância do ponto e o contrapôs aos efeitos das decisões dos juízes propriamente:

“A morosidade é atribuível em termos quantitativos, maioritariamente, aos funcionários judiciais. Está, sobretudo, relacionada com a prática de muitos atos, muitos deles com prazos simultâneos, não tendo conseqüências excessivamente dilatórias. Ao contrário, a morosidade de responsabilidade dos magistrados judiciais concentra-se num número reduzidos de atos, com períodos de tempo tendencialmente elevados e foi mais condicionante da tramitação dos processos”.

A demora da decisão condiciona mais o processo do que a demora intercorrente dos atos ordinatórios. No entanto, isso não significa que se possa esquecer deles ou desprezá-los por seus efeitos conexos que frustram a própria definição dos prazos de decisão.

A questão envolve interação de faixas diversas, conclusão a que também chega *Conceição Gomes* (2003, p. 266):

“Além da ausência de mecanismos de articulação e de interação nem sempre existe uma atitude de cooperação no funcionamento da justiça, quer entre as várias instituições judiciárias, quer por parte de organizações públicas e privadas. Por exemplo, foram muitas as situações em que a mesma informação foi solicitada várias vezes”.

Não há uma exclusividade do juiz no que concerne à condução do processo. Um levantamento estatístico revelará que, onde as condições de prazo são controladas, a maior parte dos atrasos decorrerá de circunstâncias alheias, imprevisíveis e

involuntárias (quanto ao juiz e à sua secretaria) como a ausência de testemunhas, o não-cumprimento de prazos para diligência (perícia, solicitação de documentos), a insurgência, às vezes, injustificada no que tange à conta e, ainda na execução, a falta de meios reais para materializar o crédito objeto da condenação. Esses obstáculos tendem a se tornar quase invisíveis quando não há uma gestão dos prazos em cada processo, porque o descuido administrativo torna a demora algo inerente na atividade. Tem-se, então, uma multiplicação de causas, um agravamento das contingências que afetam o problema.

Os advogados atuam muitas vezes e por um número imensurável de razões como agentes da dilação temporal. Não se pode imaginar que isso decorra sempre de má-fé. Pode ocorrer de isso ser apenas uma necessidade que garantirá a própria sobrevivência (jurídica) do cliente. Não é raro, por exemplo, que os clientes peçam um pouco mais de prazo na execução a fim de que possam juntar capital para satisfazer o crédito. A conduta não é correta quando se pensa que, na força abstrata da coisa julgada, como base de certeza há fundação de toda a ordem jurídica (*a norma do caso*). No entanto, quando se sabe que as alienações judiciais nunca alcançam o valor de mercado dos bens e não resolvem nem a satisfação do crédito, nem a situação individual do devedor, pode-se ver nesse planejamento uma saída de certa congruência.

O sucesso das audiências de tentativa de conciliação na execução decorre exatamente dessa contingência. Há uma pergunta-chave que sempre faço no momento agudo em que o credor pensa se vale a pena aceitar a proposta considerando o número de parcelas: será que é possível trazer o dinheiro para o processo, integralmente, antes do escoamento integral do prazo? Normalmente, eles, que conhecem a situação do devedor, param, pensam e aceitam a proposta. Está-se aqui tratando de aspectos

reais da execução e de suas dificuldades (que abrangem a litigiosidade artificialmente criada). Nem mesmo a utilização ampla do sistema do BACENJUD ou da desconsideração da personalidade jurídica garantem sucesso.

Haverá, sempre e concomitantemente, um dado personalíssimo ligado à relação das partes com o conflito, à sua assimilação das variáveis que ele agrega. Os casos de separação judicial ou de divórcio são exemplos claros disso. Normalmente, a etapa mais complexa de tais processos não é usar a *régua* que definirá como dividir os bens ou como estabelecer os parâmetros para a guarda dos filhos ou o pagamento de alimentos. O componente emocional constitui o fator que maior dificuldade impõe para a solução do litígio, a qual será sempre melhor quando decorrer da vontade consciente e aprofundada das partes. O tempo é, muitas vezes, uma vertente de acomodação que justifica o volume alto de acordos feitos já no curso do processo, com a transformação da separação litigiosa em consensual. O mesmo se pode dizer, na Justiça do Trabalho, dos acordos feitos nas audiências em prosseguimento, quando os riscos dos conflitos já se encontram amadurecidos e avaliados. O tempo é, muitas vezes, um fator que permitirá ao conflito o repouso de que ele precisa para que a solução amadureça. Mas isso só pode ser compreendido caso a caso.

Se as peças que atuam na condução do processo são várias (juízes, partes, advogados, testemunhas, peritos, funcionários etc.), pode-se supor que todas elas têm aptidão para interferir na conformação do aspecto temporal.

Cada um (cada peça da engrenagem) é uma força de propulsão da morosidade com suas inúmeras e diversificadas causas em princípio subjetivas.

Em se tratando *de grupo (iter)*, o que importa é a conexão ou as conexões em que se atrela e se desenvolve o processo – a *limpidez*, a *presteza* e a *exação do procedimento*.

As leis, por mais modernas, não corrigem o que está na dependência da *execução* subjetiva de cada e de todos os atos procedimentais. Se assim não fosse, não se entenderia porque um tribunal é mais ágil do que outro, ou porque os serviços de uma Vara de mesma natureza funcionam melhor do que os de outra Vara.

No que concerne ao caráter impressivo da cultura, tome-se um exemplo recente também vindo da EC 45/04. Previu-se no inciso XII do art. 93, com a alteração ali introduzida, que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”. Os objetivos do dispositivo ligam-se preponderantemente à celeridade e à ampliação do acesso à Justiça. Sua implantação esbarra, porém, em óbices que estão no campo da cultura e da administração dos serviços judiciais e que alcançam também uma faixa importante dos envolvidos na condução dos processos judiciais, que são os advogados. Explica-se: ainda que possa haver uma organização dos serviços, com sistema de substituição para os juízes em férias ao longo do ano, não há como resolver o problema da não-interrupção dos prazos para os advogados. Desse modo, eles só podem se ausentar *se e quando* os prazos deixarem de fluir. A resolução nº 24, 24.10.06, do CNJ expôs, ainda que em cena de controvertibilidade a partir da estreiteza dos ditames da EC 45/04, essas dificuldades ao enunciar como fundamentos para a revogação de norma anterior o seguinte:

“Considerando a manifestação do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça no sentido de que a suspensão das férias coletivas, exigência da Resolução nº 03/2005, tem causado graves prejuízos à prestação jurisdicional nos juízos e tribunais de segundo grau, comprometendo os princípios da celeridade

e da eficiência; Considerando as preocupações manifestadas pelo Fórum Permanente de Corregedores-Gerais da Justiça Federal, no sentido de que a extinção das férias coletivas implica no desmantelamento não apenas das Turmas de Julgamento, como também das Seções Especializadas e do próprio Órgão Especial, ficando praticamente impossível concluir o julgamento dos feitos já iniciados, porque sempre mais de um membro do Colegiado estão de férias, o que gera dificuldade para manter a continuidade da jurisprudência em determinada matéria, por força da sucessiva composição diferenciada; Considerando as informações prestadas por diversos presidentes de Tribunais Regionais Federais no sentido de que a suspensão das férias coletivas tem causado forte comprometimento orçamentário para a Justiça Federal, decorrente do pagamento de diárias, passagens e diferenças remuneratórias de substituição de juizes de primeiro grau convocados, além de acarretar perda de produtividade nos julgamentos de primeiro grau; Considerando, ainda, a manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil, no sentido de que é do interesse da categoria que seja encontrada uma solução capaz de atender não só à sociedade, como àqueles que estão sendo prejudicados pelo critério vigente, que reclama satisfatória revisão (...)

Os dados analisados são reais e referem-se a uma dificuldade também real de adequação do fator temporal a partir de mera abstração, ou seja, não basta dizer que os serviços do Poder Judiciário não podem parar. É preciso cautela para avaliar as características ambientais.

A liminar deferida pelo STF, em sessão do dia 06.12.06, é naturalmente correta

do ponto de vista da análise de constitucionalidade, por clara violação do art. 93, inciso XII, da CR/88, que prescreve que a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau (BRASIL, 2006). Seria fácil a solução do impasse se se analisassem as situações sedimentadas também pela prática como são as da Justiça do Trabalho, mas o aproveitamento da experiência exige abertura para a percepção das circunstâncias a que nem sempre se dispõem os agentes a quem cabe gerir as questões administrativas.

Não se trata de defender a prevalência da inconstitucionalidade, ou seja, da incompatibilidade da norma do CNJ com a concatenação do sistema de hierarquias e de autorizações. Entretanto, é preciso um cuidado no ajustamento concreto da previsão constitucional que escapa da literalidade de seu comando. Para implantar o preceito, em sua plenitude, é preciso o cuidado e a dedicação de quem se entrega a um quebra-cabeça de muitas peças pequenas e da mesma cor.

Há aspectos mais específicos a abordar.

Do ponto de vista do processo estritamente e na raiz de toda a questão estará sempre a linha de tutela fundamental, notadamente o princípio da informação, juntamente com o da ampla defesa e do contraditório. O tempo e o seu controle não podem ser empecilhos para o exercício dialético da pergunta e da resposta que permeia todo o trâmite da lide, inclusive na execução. Os atropelos impostos pela premência de solução podem conduzir à injustiça e este é o alerta de *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena* (1960, p. 81):

“Aí é que reside realmente a natureza do contato entre a disposição da norma e o fato. Voltam-se os dados da seguridade que é suporte de compreensão social-psicológica trazido para o Direito, como característica de que passou a insuflar-se o Direito, pois

que, visando ele à segurança social, impossível não alicerçar-se o próprio Direito senão na *segurança* e não se construírem suas linhas senão dentro do espírito da maior segurança. Êxito nos fins, segurança nos meios”.

Mais uma vez, passa-se ao caso.

O procedimento sumaríssimo foi introduzido no Processo do Trabalho pela Lei nº 9.957, de 12.01.00, que trouxe para a CLT os arts. 852-A a 852-I. O objetivo era tornar mais ágil o processamento e o julgamento das causas de pequeno valor em todos os níveis da Justiça do Trabalho. Reprisando a dialética da formação normativa, absorveu ele a experiência dos juizados especiais civis e criminais que, mesmo sem admitir, haviam assimilado, antes, a experiência da Justiça do Trabalho. Aliás, não custa lembrar que, no processo de elaboração das normas que criaram os juizados especiais, renegou-se a importância de um aprofundamento nos resultados concretos que o incentivo à transação traziam para o processo do trabalho nos vários Tribunais. Nesse sentido, nada há de espantoso na manchete de jornal que anunciava o estrangulamento do sistema dos juizados especiais pelo baixo volume de conciliação.

De maneira semelhante, a eficiência do procedimento sumaríssimo não se liga apenas ao conteúdo dos dispositivos, mas às condições e ao ambiente genuínos de cada órgão da Justiça do Trabalho, a como ele já se encontrava quando da edição da regra e a como se dá a sistematização do andamento dos processos. Numa Vara de Belo Horizonte, em que os prazos se encontram em condições de absoluto controle, pode-se, porém, medir uma outra face da rapidez imposta: a da segurança probatória do ponto de vista do autor.

A audiência una, já prevista na CLT, contribui para a aceleração do ritmo processual. Não há dúvida de que a produção de prova e o julgamento numa única assentada representam a otimização do tempo em benefício da solução sem maiores delon-

gas. No entanto, ela despreza um dado relevante na composição do direito que é a imprevisibilidade da argumentação. O advogado mais arguto saberá introduzir na defesa a exceção inesperada que trará dificuldade para a prova do autor, ainda que, do ponto de vista da realidade, ela não encontre qualquer base de fundamentação sólida e apta a prevalecer.

Pode-se alegar que, formalmente, isso não é considerado como algo que, de forma concreta, impossibilite a efetividade da *ampla defesa e do contraditório*. Mas o contato com a oralidade da sala de audiências traz a certeza de que o grande volume de arquivamentos (art. 844/CLT) e de desistências significa mais do que a opção do autor em não prosseguir com aquela específica ação ou a impossibilidade de seu comparecimento. A causa não se esconde: as testemunhas que deveriam vir não puderam comparecer, por um motivo ou outro, e o art. 852-H diz que elas comparecerão independentemente de intimação, não cuidando os autores de comprovar o convite, na forma do §3º daquele dispositivo.

Falando sobre segurança jurídica, que considera uma das três tendências fundamentais do direito, juntamente com a justiça e a oportunidade, *Henrich Henkel* (1968, p. 549-550) reforça o papel da *segurança da realização* que envolve exatamente as formas rituais fixas, como a garantia da possibilidade de fazer a prova necessária ao pleno acesso do juiz aos fatos:

“Estas normas são complementadas por regulação de competência, que evitam, sobretudo, a desordem e os debates sobre a ação ou omissão das autoridades (conflito positivo e negativo de competência) e garantem uma atribuição regulada sobre assuntos jurídicos aos distintos tribunais. Da expectativa de certeza ou de calculabilidade deriva que, dentro da ordem penal de competências, a idéia da segurança jurídica dirija-se, em princípio, a favor da regulação

abstrata (isto é: independentemente do ajuizamento do caso concreto) da competência. À meta da verificação do direito, ele responde que na regulação dos distintos procedimentos jurídicos haja a vinculação a *formas rituais fixas*, responde, sobretudo, com a dependência a requisitos formais de força probatória de ações e de acontecimentos processuais⁹.

O exercício da competência para julgar, para dizer *de quem é* o direito ou *onde* ele está, tem na forma mais estritamente composta um lugar de garantias que pode implicar (e muitas vezes efetivamente implica) o elastecimento da duração.

O dilema é definir o que é pior se a demora ou a injustiça.

A pressa pode interferir no modo como o fato será representado no processo, com prejuízo grave para a descoberta da verdade real. Os riscos que a atividade judicial contém, como correntemente demonstrados por *Jerome Frank* (1973, p. 328), são assim agravados:

“A uniformidade e a estabilidade que as regras parecem fornecer são, portanto, freqüentemente ilusórias, quiméricas. Nenhuma regra está infensa à subjetividade inerente na construção do fato (*fact-finding*). Ordinariamente, o elemento humano no julgamento não pode ser desprezado com o recurso a regras legais. Para sintetizar, os direitos de qualquer homem – à sua propriedade, aos meios para ganhar a vida, ou para não ser preso ou enforcado quando inocente de um crime –, se os direitos desse homem se encontrarem envolvidos numa ação judicial, geralmente dependem daquele elemento humano. Não deixe ninguém persuadir você a acreditar diversamente, a acreditar que, por qualquer sistema de precedentes ou de legislação, você pode, ordinariamente, quando vai à Justiça, se livrar das reações de alguns seres

humanos falíveis, se fatos estiverem sendo disputados¹⁰.

Se o elemento humano e sua falibilidade atuam na administração do processo como um fato que integra a vida ou que molda ou reconstrói fatos de outras vidas, a correlação entre urgência e segurança embute um dado problemático que deve ser minuciosamente absorvido pelos graves riscos que significa.

O tempo faz parte do texto jurídico. Sua visibilidade introjeta-se na formação real da prova, na medida em que ela é recolhida e versada do passado. Quanto mais distantes os fatos, mais difícil será a sua recuperação e esse é um aspecto essencial quando se considera a necessidade de controle da urgência.

A propagação impensada da urgência pode levar a que o direito não respire e pode tornar-se a outra face de um risco endógeno, como afirma *Ost* (1999, p. 282) em seu excelente livro sobre o tempo:

“Confirma-se assim, no campo jurídico, a hipótese formulada nas páginas precedentes: a urgência, temporariedade do excepcional, tende a se impor como tempo normal – a exceção que infirma a regra, de qualquer modo. Curto-circuito das formas, a morosidade e o processo, a urgência, com a autoridade do estado de necessidade (necessidade que faz lei), erigem-se assim numa permissividade ao ilícito (*passé droit*) generalizada. Disto resulta um risco novo, a insegurança jurídica: não a insegurança econômico-social (perigo exterior), mas risco *endógeno*, produto secundário e indesejável de uma engenharia jurídica em cujo ritmo se embala¹¹.

O tempo influencia o processo de modo plurívoco, às vezes equívoco. Há aqui um aporte de relatividade, que pode atuar, naturalmente, de várias maneiras. Tome-se um contundente exemplo real. No início da década de 80, um empregado

da Caixa Econômica Federal propôs uma ação pleiteando o recebimento da gratificação por exercício de cargo em comissão que ele recebera por longos anos e que lhe fora tirada por sua reversão ao cargo originário. A competência na época era da Justiça Federal e a ação foi, de acordo com o entendimento dominante de então, julgada improcedente. Houve recurso do autor, mas veio a Constituição de 1988 e os autos se perderem nos meandros entre os vários tribunais, de modo que, apenas no ano de 2002, o recurso foi julgado, com a consumação da autoridade de coisa julgada. O fato é que, no entretanto, houve modificação no modo como a questão era interpretada, fixando-se que a alteração era lesiva se o empregado tivesse recebido a gratificação por um período considerável. Quando a solução veio, o autor já tinha falecido, assim como sua ex-mulher, e sua filha acabou recebendo inesperadamente a quantia de aproximados R\$400.000,00, que não lhe caberiam se a Justiça tivesse processado de forma célere o seu recurso. Pode-se supor a alegria desse pai se soubesse que deixaria para sua única filha uma herança de tal monta, o que não lhe era possível prever quando faleceu.

O exemplo fixa-se, certamente, no aleatório da mudança de entendimento. Mas isso significa, mais uma vez, que os fatos reagem ao tempo de maneira variada e até imprevisível. O imponderável não é um elemento que possa ser deixado fora desse contexto de análise. E é esse risco que está na raiz do exercício da impugnação pelo recurso. As partes e os advogados utilizam-no com o mesmo nível de expectativas que teriam se participassem de um jogo.

E aqui retoma-se um outro aspecto relevante, a partir da concepção burocratizante do sistema hierárquico a que se refere *Conceição Gomes* (2003, p. 266-267):

“Formulamos como hipótese de trabalho que à burocracia dos procedimentos processuais e aos desperdícios resultantes da desarti-

culação no funcionamento do sistema acresciam outros decorrentes de uma gestão irracional do processo provocando várias disfuncionalidades na administração da justiça. (...) De fato, demos conta de várias ocasiões em que o processo transitou para outros tribunais para que se decidisse sobre questões completamente secundárias à discussão da causa principal, caso de levantamento ou venda de objetos apreendidos. (...) Uma questão racional do processo que privilegie a realização da justiça em tempo razoável e a eficiência na sua administração terá que prever medidas materiais e, se for caso disso, legais que obstem a que o tempo da decisão da causa principal seja afectado por aquele tipo de mobilização, ainda que intencionalmente dilatatória”.

Há os que acreditam que a questão da morosidade pode ser resolvida apenas pela alteração no sistema recursal ou com a extinção dos tribunais superiores. Bastaria, portanto, segundo essa teoria, introduzir a instância única. Há, além disso, a idéia disseminada entre os juizes de que a sanção constitui um canal certo para obviar a intenção protelatória (ou o vício de arriscar) de que se valem os advogados e as partes com a interposição de sucessivos recursos ou a criação artificial de incidentes.

Trata-se de uma questão de fé.

A possibilidade do agravamento do custo financeiro do processo constitui uma *faca de dois gumes*: ele nada significa para quem tem condições de pagar e administra o tempo em seu favor (valendo-se muitas vezes da linha de impugnação que a própria cominação de multa lhe abre do ponto de vista estritamente processual) e pode perturbar ainda mais a satisfação do processo para quem não tem meios econômicos de satisfazer o principal.

Não há dúvida, então, de que a solução exige análise circunstanciada de vários ângulos situacionais e a redução da mar-

gem de desgaste principalmente no que concerne às questões que se apresentam com maior constância. Trata-se de uma organização dos trabalhos, da montagem de uma linha de condução dos processos que os separe de acordo com o grau ou com a natureza de sua complexidade.

Guibourg (1987) fala do retorno a um processo formulário, assemelhado ao dos romanos, com o uso da informática, com vistas a tornar mais céleres os provimentos. Eles seriam aplicáveis aos *processos de massa*, àqueles em que normalmente se discute uma única questão, sem controvérsia quanto à matéria de fato e que dependam apenas de um *sim* ou *não* do juiz a partir da definição de um entendimento específico quanto a uma situação jurídica pontual. Essa situação é muito comum em matéria tributária e previdenciária – com os chamados *filões* –, em que a análise de fato reduz-se à descrição da situação jurídica da parte que, normalmente, é aceita de modo uniforme.

Na Justiça do Trabalho, o exemplo mais recente – correlato de inúmeras ações propostas perante a Caixa Econômica Federal – é o da incidência da indenização compensatória (40%) sobre os expurgos inflacionários. O tempo de duração dessas ações exige um trabalho de administração ou de organização considerando que bastará ao juiz a montagem de um rol de hipóteses-tipo (uma *fórmula*) que será aplicada definitivamente a todas as hipóteses. Esbarra-se aqui, como é de fácil percepção, com a questão da súmula dos tribunais, posta como elemento definidor da interpretação¹².

Esta a posição de Guibourg (1987, p. 147):

“Estas reflexões abrem uma ampla via para a concepção dos *processos de decisão automática*, onde tanto os critérios como os estímulos (petições, defesas, provas) sejam formalizados, ou – no mínimo – ao projeto dos que poderiam se chamar *processos formulários*, onde só estejam formalizados os critérios de decisão”¹³.

O uso da técnica em favor de uma maior operosidade tem encontrado apoio na idéia de inserção da informática. O protocolo e a publicação de decisões pela internet são exemplos disso e fazem parte de uma postura política adotada por todos os tribunais superiores, que se reflete concretamente em medidas com a recente Instrução Normativa 03/2006 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que, considerando o que dispõe a Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, fixa medidas como as seguintes:

“Art. 2º As petições, acompanhadas ou não de anexos, apenas serão aceitas em formato PDF (Portable Document Format), no tamanho máximo, por operação, de 50 folhas impressas, respeitado o limite de 2 Megabytes, sendo que as páginas deverão ser numeradas, seqüencialmente, no canto inferior do lado direito.

Parágrafo único. Não se admitirá o fracionamento de petição, tampouco dos documentos que a acompanham, para fins de transmissão”.

Por esse sistema, permanece a necessidade de impressão dos documentos (confira-se o art. 6º), o que continuará repercutindo em gasto de material. Há, do ponto de vista cultural, uma dificuldade na aceitação de que os autos possam vir a ser *manuseados* ou consultados apenas virtualmente. Se, por um lado, a tendência à informatização implicará ganho de publicidade, por outro lado, ela terá que derrubar costumes profundamente arraigados. Além disso, a facilidade de acesso não resultará necessariamente numa maior rapidez na movimentação processual. Os problemas para que esse ideal se concretize são os mesmos que vêm sendo enunciados até aqui, porque eles dizem respeito a aspectos substanciais das circunstâncias que envolvem os processos.

A revolução da era da informação com a absorção dos processos e dos acessos pode trazer, talvez a curto prazo¹⁴, resultados

impressivos para a prática processual, implicando mais um modo de assimilação da inovação tecnológica pelo direito (Cf. DIEZ-PICAZO, 1999, p. 304) e para os caminhos ligados ao seu conhecimento, podendo implicar aumento de controle (Cf. GUIBOURG, 1987, p. 137) e, pontualmente, tirar da magistratura a “aura de augusto mistério” (GUIBOURG, 1987). Isso não significa, porém, maior agilidade nas soluções de *per si*, se não houver uma alteração no dimensionamento das atividades práticas de todos os agentes envolvidos.

Essas mudanças trazem uma necessidade de adaptação não apenas do quadro normativo, como da posição dos intérpretes.

Não custa buscar a lição de *Diez-Picazo* (1999, p. 300):

“Qualquer postura que negue a mudança no direito é insustentável como experiência histórica e como composição ontológica. Pode expressar uma aspiração ou um desejo de um grupo ou, mesmo, da comunidade inteira, em um momento histórico, mas nada além disto. O problema, então, não é se ordenamento jurídico muda ou não, mas como muda e o que é preciso ocorrer para que mude”¹⁵.

Na esteira da tendência à mudança, como um marco, *Timsit* (1997, p. 88-89, 97-100) fala de um novo modelo de Estado: um Estado *modesto*, que, segundo ele, dialoga. Dialogar é saber ouvir e saber se expor. A ampla visibilidade da era da informação exige que o Poder Judiciário se exponha francamente e ouça, com interesse e cuidado, a voz dos que o criticam e a eles responda com toda a clareza. Essa exposição não pode ser feita apenas com vistas à definição do presente ou à projeção do futuro. O entendimento só se dará quando o círculo histórico for claramente desvendado.

Ripert (1955, p. 24) refere-se a isso quando fala das leis da cidade:

“As regras jurídicas elaboradas pela sabedoria dos homens, mantidas

em razão de sua utilidade, nos dão, por sua duração, uma certeza de seu valor. Velhas leis da cidade, elas forjam nossa concepção da justiça, elas fazem parte de nossa civilização. (...) o desprezo pelo passado é um procedimento fácil para justificar a aventura do presente. As regras necessárias para a conduta dos homens são infinitamente variadas, mas, à análise, elas se resumem a alguns procedimentos que são sempre os mesmos e que já foram empregados. Cada geração não deve pretender uma obra de criação total”¹⁶.

O autor francês insiste, também, na necessidade de uma atitude modesta, que perceba a impossibilidade de desprezo do passado para assegurar o domínio mais claro das soluções. A mera substituição das regras e dos procedimentos não é suficiente para delinear inteiramente a nova cena.

Quando se trata de controle do tempo, não há solução *no grito*, mesmo que ele retumbe com a força formal de uma emenda à Constituição. As medidas exigem o zelo pela minúcia e pelo detalhe, o apelo criativo na composição do quadro mínimo, no encaixe de peças frágeis e que não se disponibilizam com facilidade. A mudança não pode ser feita às pressas. Por paradoxal que isso possa parecer, a imposição da celeridade como um dado da cultura judicial exige a maturação do tempo.

Trata-se sempre da interação entre várias linguagens e destas com a inexorabilidade do escoamento do tempo e dos efeitos de suas manobras, na linha do processo complexo descrito por *Genevieve Khouri* (1997, p. 200):

“As decolagens e os deciframentos sucessivos do texto desconstroem a lógica diretriz do surgimento de uma norma. Ler o texto é um ato multidimensional permanente que retrabalha as incertezas e recompõe a variabilidade das significações – de acordo com as épocas, de acordo com

as circunstâncias, de acordo com o lugar. Essas operações induzem as transcodificações que renovam os métodos de interpretação do direito pelas múltiplas transposições de uma linguagem à outra, de um código a outro, de uma língua a uma outra”¹⁷.

Tratar-se-á sempre da reconstrução da forma como o Poder Judiciário se comunica, uma mudança de seu código de operações e da expressão completa de suas dificuldades de toda ordem. Tratar-se-á de inocular um sentido renovado nos processos de formação dos juízes trazendo à tona a preocupação adaptadora em suas várias *nuances*, com vistas à construção de um sistema mais eficiente e, por conseguinte, mais justo.

O juiz é compositor de destinos como o tempo. O só fato de a solução ser dada por *outro* diverso daquele que viveu o conflito e de os parâmetros serem criados por *outro* também diverso já constitui um desajustamento que repercute em duração e em excessos. O processo representa uma interferência externa na vida e fica distante dela – em tempo e em espaço.

Todos esses percalços demandam o estabelecimento de linhas de interpretação mais condizentes com o enfrentamento dos canais de estrangulamento.

A avaliação do problema da morosidade exige movimentos precisos e que se cuide para que o tempo seja propício, para retomar o ato de contrição composto por *Caetano Veloso* que abre este trabalho.

A única coisa que não se permite àqueles que lidam com o direito (juízes, advogados, professores, teóricos) é o sigilo. Para espalhar benefícios é preciso que os fatos sejam trazidos a lume, sem medo dos riscos que isso possa representar. A justiça não é coisa para se guardar *contigo e migo*.

Notas

¹ Sobre as concepções do tempo, Cf. Timsit (1997, p. 89-90).

² Sobre a questão em sua perspectiva portuguesa, Cf. Gomes (2003).

³ Mais adiante, a autora menciona um ponto importante, que é a forma como o problema é extravasado quando virá notícia de jornal. A obra contém levantamento estatístico e, naturalmente, análise dele, que são muito interessantes.

⁴ Se a questão econômica fosse em si um empecilho, o depósito prévio exigido na Justiça do Trabalho desestimularia a insistência em recorrer.

⁵ “Le temps atemporel de la doctrine, le temps de long durée ou temps coutumier, le temps prométhéen ou temps de la législation, et enfin le temps cyclique de l’alternance entre l’avance et le retard ou temps de la jurisprudence” (OST; KERCHOVE, 1988, p. 225).

⁶ “On imagine sans mal les innombrables combinaisons auxquelles ces divers temporalités juridiques peuvent donner lieu: on observera tantôt des mouvements d’accélération, dans les périodes historiques ‘chaudes’ de bouleversements sociaux, tantôt de processus de stabilisation, dans les périodes historiques ‘froides’. Ainsi, après l’explosion du temps révolutionnaire en 1789 et les grandes codifications qu’il engendra, connut-on une période d’arrêt de la créativité juridique dont témoignent un doctrine et une jurisprudence exégétiques, atemporelles, tandis que bientôt le mouvement de l’innovation allait reprendre insensiblement, à l’initiative du juge d’abord, du législateur ensuite” (OST; KERCHOVE, 1988, p. 229).

⁷ Pode parecer estranho ou ousado dizer isso, mas essa afirmação baseia-se na participação, como juíza, de um Tribunal que vem ao longo dos últimos dezessete anos cuidando obsessivamente do controle de seus processos. Isso implica uma carga de pressão grande imposta aos juízes e aos servidores, mas também o reconhecimento do público destinatário, que tem a satisfação de não ter que insistir para que atos banais e meramente ordinatórios sejam praticados. A sensação de que o *processo anda* e de que há uma preocupação generalizada para que isso aconteça constitui um dado de realidade que deveria ser apreendido, uma experiência a se anunciar.

⁸ CPC – “Art. 162. (...) § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.” Alteração introduzida pela Lei nº 8.952/94.

⁹ “Estas normas son complementadas por regulaciones de competencia, que evitan, sobre todo, el desorden y los debates sobre la actividad o abstención de las autoridades (conflicto positivo y negativo de competencia) y garantizan una atribución reglada sobre asuntos jurídicos a los distintos tribunales. De la expectativa de certidumbre o de calculabilidad deriva que, dentro del orden penal de competencias, la idea de la seguridad jurídica abogue, en principio, a favor de la regulación abstracta (esto es: independiente del enjuiciamiento del caso concreto) de la competencia.

A la meta de la verificación del Derecho responde el que en la regulación de los distintos procedimientos jurídicos se vincule a éstos con *formas rituarías fijas*, responde, sobre todo, el que se haga de depender de requisitos formales de fuerza probatoria de acciones y de acontecimientos procesales” (HENKEL, 1968, p. 549-550).

¹⁰ “The uniformity and stability which the rules seem to supply are therefore often illusory, chimerical. No rule can be proof against the subjectivity inherent in fact-finding. Ordinarily the human element in judging cannot be escaped by resort to legal rules. In the last analysis, the legal rights of any man – to his property, to his means of earning a living, or not to be jailed or hanged when innocent of crime – if that man’s right become involved in law-suit, usually depend on that human element. Don’t let anyone persuade you to believe otherwise, to believe that, by any system of precedents or by legislation, you ordinarily can, when you go to court, get away from the reactions of some fallible human beings, if the facts are in dispute” (FRANK, 1973, p. 328).

¹¹ “Se confirme ainsi, dans le champ juridique, l’hypothèse formulée dans le page précédentes: l’urgence, temporalité de l’exceptionnel, tend à s’imposer comme temps normal – l’exception qui infirme la règle, en quelque sorte. Court-circuitant les formes, les délais et les procédures, l’urgence, s’autorisant de l’état de nécessité (nécessité que fait loi), s’érige ainsi en ‘passe droit’ généralisé. En résulte un risque de type nouveau, l’insécurité juridique: non pas insécurité économique-sociale (danger extérieur), mais riche ‘endogène’, produit secondaire et indésirable d’une ingénierie juridique dont le rythme s’est embaler” (OST, 1999, p. 282).

¹² Este não é tema a ser aqui desenvolvido, mas há que se lembrar sempre da forma paradoxal como os precedentes foram absorvidos pelo sistema jurídico brasileiro (Cf. LOPES, 2002).

¹³ “Estas reflexiones abren un amplio cauce a la concepción de los *procesos de decisión automática*, donde tanto los criterios como los estímulos (reclamos, defensas, pruebas) se hallan formalizados, o – por lo menos – al proyecto de los que podrían llamarse *procesos formularios*, donde sólo estén formalizados los criterios de decisión” (GUIBOURG, 1987, p. 147).

¹⁴ Não se pode deixar de mencionar que, ao contrário do que se poderia esperar, o computador implicou um aumento dos textos jurídicos no que concerne exclusivamente ao aspecto quantitativo: mais volume, menos qualidade.

¹⁵ “Cualquier postura negativa del cambio jurídico es insostenible lo mismo como experiencia histórica que como composición ontológica. Puede expresar una aspiración o un deseo de un grupo o, incluso, de la comunidad entera, en un momento histórico, pero nada más. El problema, entonces, no es si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, sino cómo

cambia y qué es preciso que ocurra para que cambie” (DIEZ-PICAZO, 1999, p. 300).

¹⁶ “Les règles juridiques élaborés par la sagesse des hommes, maintenues à raison de leur utilité, nous sont données par leur durée une certitude de leur valeur. Vieilles lois de la cité, elles ont forgé notre conception de la justice, elles font partie de notre civilisation. (...) Le mépris du passé est un procédé facile pour justifier l’aventure du présent. Les règles nécessaires pour la conduite des hommes sont infiniment variées, mais, à les analyser, elles se ramènent à quelques procédés qui sont toujours les mêmes et qui ont tout déjà employés. Chaque génération ne saurait prétendre à l’oeuvre de création totale” (RIPERT, 1955, p. 24).

¹⁷ “Les décolages et déchiffrages successifs du texte déconstruisent la logique directrice de l’émergence d’une norme. Lire le texte est un acte multidimensionnel permanent qui retravaille les incertitudes et recompose la variabilité des significances – selon les époques, selon les circonstances, selon les lieux. Ces opérations induisent les transcodages qui renouvellent les méthodes d’interprétation du droit par les multiples transpositions d’un langage à un autre, d’un code à autre, d’une langue à une autre” (KOURI, Geneviève, 1997, p. 200).

Referências

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit*. Paris: Seuil, La republicque des idées, 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3823/DF. Relatora: Min. Carmem Lúcia, Brasília, 2006. *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, 2006.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton: Princeton University, 1973.

GERARD, Philippe; KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*. Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, 1983.

GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra, 2003.

GUIBOURG, Ricardo A. *El fenomeno normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *History of the concept of time: prolegomena*. Tradução de Theodore Kisiel. Indianapolis: Indiana University, 1992.

- HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho: fundamentos del derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968.
- KOURI, Geneviève. Question de les mots dans les textes juridiques. In: THOMASSET, Claude; BOUCIER, Danièle. *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*. Bruxelles: Bruylant, 1997.
- LOPES, Mônica Sette. Os precedentes e o sistema. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 517-539, 2002.
- MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.
- _____; KERCHOVE, Michel van de. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: PUF, 1988.
- RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris: LGDJ, 1955.
- TIMSIT, Gérard. *Archipel de la norme*. Paris: PUF, 1997.
- VELOSO, Caetano. Oração ao tempo. In: _____. *Cinema transcendental*. Rio de Janeiro: Polygram, 1979. 1 disco. Faixa 2 (3 min e 26 s).
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Justiça distributiva e técnica jurídica*. 1960. ? f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1960.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Organs without bodies: on Deleuze and consequences*. New York: Routledge, 2004.

Direito público e privado, ordem pública e direito social

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. Direito público e direito privado: distinções básicas e polêmicas. 2. Direito privado de ordem pública: conceito, efeitos e evolução. 3. Direito social: o novo direito da proteção, da solidariedade e da justiça social.

1. Direito público e direito privado: distinções básicas e polêmicas

Os juristas não conseguiram superar a síntese lapidar dos romanos, na expressão de Ulpiano, que distingue o direito público do direito privado: "*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*" – direito público é o que se refere ao Estado romano e direito privado é o que trata do interesse dos particulares.

Roberto de Ruggiero (1957) adota três critérios conjugados na distinção: a) o critério romano do *interesse* e da *utilidade*; b) o critério dos *sujeitos* das relações reguladas; c) e o critério do *fim* visado pela norma. Há uma tendência generalizada, inclusive de Ruggiero (1957), em aceitar o critério da *preponderância* do interesse e da utilidade. Quanto ao segundo critério, o direito será público, conforme o sujeito da relação seja uma entidade pública, e privado, se o sujeito for pessoa privada, natural ou jurídica. Mas também aqui Ruggiero (1957) distingue as entidades públicas como poder político, exercendo funções de governo

Dilvanir José da Costa é Professor e doutor em Direito Civil (UFMG).

e de império (*jus imperii*), das mesmas entidades atuando como gestores ou administradores de interesses, no mesmo nível dos particulares (*jus gestionis*), firmando contratos de compra e venda, de locação de imóveis e similares, quando se equiparam aos particulares e se sujeitam ao direito privado. Por outro lado, como pondera Del Vecchio, citado por Eduardo Espínola (1939), também os indivíduos são sujeitos de direito público, como nos direitos subjetivos públicos. Finalmente, o critério do *fin* visado pela norma considera público o direito que se ocupa da constituição, organização e competência dos órgãos públicos e da disciplina de suas atividades, e privado o que regula as relações dos indivíduos e entidades privadas entre si.

Resumindo e conjugando-se os critérios, direito público é o complexo de normas que regulam a constituição e a atividade das entidades públicas (constitucional e administrativo), e as relações entre estas e os particulares nos atos de império (penal e processual), em que as relações são verticais. E privado o conjunto de normas que regulam as relações dos particulares entre si (civil e comercial) e destes com as entidades públicas nos atos de gestão (relações horizontais).

Não obstante o esboço técnico e didático *supra*, a distinção entre os dois fenômenos não é apenas lógica, mas decorre de fatos políticos, econômicos, sociais e culturais, variando no tempo e no espaço; donde a polêmica interminável em torno do tema, entre publicistas, privatistas e correntes moderadas, uns defendendo a publicização do direito privado, outros a privatização do direito público e outros ainda o surgimento do direito social como terceiro gênero. Até o final do século XIX, predominava o direito privado, com as grandes codificações civis na França, na Itália e na Alemanha, principalmente. A sociedade feudal, em que o proprietário da terra se confundia com a autoridade pública, consagrou o direito privado (Pasukanis). Tudo se tornou direi-

to privado (Carbonnier). A Revolução de 1789, na França, e a precedente Declaração de Virgínia, de 1776, na América do Norte, vieram instalar o Estado nacional moderno, abrindo espaço para o constitucionalismo e o desenvolvimento do direito público. Inclusive no Brasil, foi proclamada a República cem anos depois. A partir desses fenômenos políticos, os fatos econômicos e sociais entraram em cena, provocando a intervenção progressiva do Estado na vida privada e a socialização do direito, que continuou sendo direito privado social ou de ordem pública. Muitos publicistas e até privatistas chegaram a proclamar o fim do direito privado, absorvido pelo direito público. Mas o parecer de um privatista clássico e consagrado veio colocar a questão nos devidos termos. Trata-se do mestre Henri Mazeaud (1959), que começou indagando: “não seria a montanha (do direito público) uma simples pedra? Só existem relações entre o Estado e os particulares? Já não ocorrem entre os indivíduos? O direito público submerge o direito privado?” E argumentou: “quando ocorre a nacionalização de uma entidade privada, como um banco, o Estado se disfarça de pessoa privada, tomando o lugar desta nas relações com seus clientes; então é bem o direito privado que penetra no direito público!” E concluiu:

“O correto é que o Estado edita cada vez mais leis imperativas ou de ordem pública nas relações de direito privado, para proteger os mais fracos ou carentes em todas as áreas do direito privado. Para os defensores da tese publicista, onde há lei imperativa existe direito público. Mas o que existe, na verdade, é a socialização do direito privado, cuja primazia subsiste, porque o grupo, o Estado não é um fim em si, mas um meio ou instrumento para que os particulares possam manter suas relações jurídicas. Por isso o direito público não pode pretender substituir o direito privado.”

Outro jurista de escol, René Savatier (1950), completou:

“O Estado pode aspirar a dirigir a economia moderna e intervir na atividade produtora. Mas com uma condição: que o Estado permaneça a serviço do homem. O particular deve sair com vida dessa luta. Seu desaparecimento seria o naufrágio do próprio direito!”

2. *Direito privado de ordem pública: conceito, efeitos e evolução*

Segundo Ruggiero (1957, p. 65),

“é certo que toda norma jurídica é proclamada no interesse da conveniência social e tende à consecução dos fins gerais que a ela se prendem, mas certo é também haver algumas que, posto que pertencendo ao campo do direito privado, visam uma utilidade universal da comunidade, pelo que há um predomínio desta, cerceando intensamente a liberdade, arbítrio ou autonomia dos particulares.”

O mesmo civilista cita como exemplos de normas dessa categoria, desde os romanos, as que exigiam a conservação íntegra do dote da mulher e asseguravam a integridade do patrimônio do pupilo, proibindo o pacto de exoneração do tutor da prestação de contas, tutelando, de forma mais eficaz, as pessoas incapazes e as menos capazes. O mesmo em relação ao pacto de irresponsabilidade por dolo ou renúncia prévia à ação por delitos, por ser do interesse geral não encorajar atos contrários à boa-fé ou aos preceitos de ordem pública. Também grande parte das normas relativas ao direito de família, ao poder que se origina dos vínculos familiares e à ordem das sucessões,

“normas às quais muitas outras se juntaram, por efeito da transformação de conceitos antigos, que consideravam um mero interesse individual e privado onde a consciência moderna

vê um interesse social digno de proteção, e que serão ainda acrescidas por outras, no futuro, em conformidade com a tendência moderna que aspira a socializar o direito e que, imprimindo caráter de utilidade social a certas prescrições, conduz sempre a uma maior limitação da esfera da autonomia individual.”

E prossegue:

“A diferença substancial está só em que, onde impera um princípio de ordem pública, a regulamentação da relação não pode ser deixada à iniciativa particular e, portanto, não pode ser diversa daquela que, como estatuto universal, foi querida e ditada pelo legislador. Toda a disposição que a contrarie, direta ou indiretamente, implica nulidade...”

E, quanto ao conceito de ordem pública, arremata:

“Não é, porém, possível fazer uma determinação universal e absoluta, visto que o princípio de ordem pública é em si mutável e contingente, mudando ao passo que mudam a constituição orgânica da sociedade, as diversas fases da consciência coletiva de cada povo e o convencimento que cada agregado social tem, no decorrer dos vários períodos da sua história, acerca do que é ou do que deva ser a utilidade geral. Por isto não há legislação alguma que fixe em prescrições positivas quais sejam os princípios de ordem pública, que resultam ou do caráter de inderrogabilidade que tem a própria norma ou do complexo de todas elas e do sistema orgânico do próprio ordenamento.”

Versando a matéria, Eduardo Espínola (1939, p. 242-244), com apoio em renomados juristas, faz a distinção entre as normas privadas de ordem pública e as simplesmente privadas:

“As primeiras são leis a cujas prescrições têm que se submeter,

indeclinavelmente, aqueles que intervêm nas relações jurídicas por elas reguladas, *jus quod privatorum pactis mutari non potest*; regulam as relações a elas sujeitas de tal modo que não deixam em absoluto campo para determinações divergentes dos interessados (Dernburg), com invariável necessidade, sem permitir, porventura, à vontade individual qualquer campo de ação (Keller); excluindo o arbítrio individual, a elas é devida incondicional obediência, não se admitindo derrogação nem mesmo em caso de pleno acordo dos interessados (Ravà), ou duma diversa manifestação de sua vontade (Barassi); aplicando-se ainda que as pessoas, em cujo favor são estabelecidas, declarem não lhes quererem a aplicação (Chironi e Abello). As outras, *quia simpliciter disponunt, non prohibent*, constituindo o *jus dispositivum... quod privatorum pactis mutari potest*, deixam um campo livre às vontades individuais, e somente quando essas negligenciam em se explicar, então a regra se apresenta para determinar a relação jurídica (Savigny)".

E prossegue Espínola (1939), como apoio em Adolfo Ravà:

"Há, no campo de direito privado, normas cuja observância oferece grande interesse para a coletividade, normas que, por isso, não podem ser afastadas ainda que estejam de acordo em não aplicá-las todos os indivíduos mais diretamente interessados. Assim, por exemplo, não é lícito obrigar-se num contrato de serviço por toda a vida, porque assim se anularia a liberdade individual, que o direito tutela contra a própria vontade do indivíduo, por considerações de interesse público. Vice-versa, não seria lícito contratar matrimônio por dois anos, porque é considerado de interesse público que

o matrimônio seja vínculo de natureza permanente."

É óbvio que, embora se repute de direito privado, essas normas são inderrogáveis e são tidas como de *ordem pública*. Acrescenta Ravà (apud ESPÍNOLA, 1939) que essa penetração das exigências de ordem pública e de elementos públicos no direito privado varia consideravelmente segundo os tempos, os países, o caráter do povo e a direção política dominante. E, com relação ao conceito de *ordem pública*, Ravà (apud ESPÍNOLA, 1939) reconhece que

"a distinção varia e se desloca, quer em relação ao tempo, quer em relação aos países, de acordo com as tendências sociais e políticas. Matérias que em certos períodos se consideram de sumo interesse público são tidas em outros tempos como de interesse privado (por exemplo a religião); outras, que eram de interesse privado, assumem em outros tempos caráter público (por exemplo as horas de trabalho dos operários)."

3. Direito social: o novo direito da proteção, da solidariedade e da justiça social

Vimos como, entre as normas de direito privado, muitas foram se destacando pela maior concentração de interesse e utilidade pública, dando origem a uma nova classificação: normas privadas de ordem pública. Tais, no direito civil, os direitos da personalidade, o direito de família e das sucessões, com maior destaque, e até no direito das coisas e das obrigações se faz sentir a influência da socialização e da humanização do direito. Também o direito comercial sofreu a influência da ordem pública na regulamentação imperativa de seus institutos de interesse social: os títulos de crédito, as sociedades por ações, a recuperação de empresas, o mercado de capitais, a moeda e o crédito. É o reflexo da nova ordem social, calcada no dirigismo, no intervencionismo

do Estado como coordenador dos interesses gerais e tutor dos deficientes sob todos os aspectos, pondo limites à autonomia individual e restabelecendo o equilíbrio e a paz na sociedade.

Mas houve, nos séculos XIX e XX, uma evolução do direito privado de ordem pública – como intervenção da lei em favor de uma classe em face de outra mais forte economicamente – para um fenômeno amplo e profundo de proteção, em favor de novas categorias, em razão de suas próprias condições de carência e indigência. Evoluiu da simples tutela ou equilíbrio jurídico para o amparo, assistência, proteção social e econômica efetivas do Estado. Eis aí o novo Direito Social, cujo conceito ou perfil foi preocupação do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em São Paulo, em maio de 1941, em comemoração ao cinqüentenário da Encíclica *Rerum Novarum*. Entre as idéias e preocupações básicas do novo direito, no parecer de juristas que ali compareceram, destacam-se: “o direito social regula os fenômenos de colaboração” (Carvalho Borges); “a proteção ao economicamente fraco, tendo em vista o bem comum” (Cesarino Júnior); “proteção aos fracos, visando à harmonia das classes” (Epaminondas de Carvalho); “agindo sob o influxo da solidariedade humana, visa à realização da justiça nas relações dos grupos sociais” (Pe. Eduardo Lustosa); “a ordenação nele estabelecida é a integração” (Roberto Saboia de Medeiros); “suas normas apresentam um sentido de proteção coletiva, estabelecendo limites à liberdade econômica de cada um em proveito da comunhão” (Onofre Menes Júnior); “antes da era industrial, a instituição-chave era a propriedade; depois dela é o trabalho; o direito social é um direito desigual, em oposição ao direito igual antigo” (Orlando Gomes). (CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL, 1944).

Nesse conclave foram aprovadas duas tendências na conceituação: a) o direito social como *proteção*; b) o direito social

como *integração ou colaboração*. O direito do trabalho diferiria do direito social por se referir aquele somente aos trabalhadores, enquanto este abrange todas as categorias carentes e compreende também a assistência e a previdência social.

Sistematizando o Direito Social, como proteção legal aos hipossuficientes, o professor Cesarino Júnior (1953) considera as seguintes partes ou segmentos: direito corporativo, direito do trabalho, direito assistencial e direito previdenciário.

Sobre a importância do Direito Social, vale recordar a síntese do professor Germinal Rodríguez (1952, p. 357-358), da Faculdade de Ciências Médicas de Buenos Aires:

“Más sufre el hombre por causas económicas que por los microbios; y la hambre, la miseria y la desesperación matan y anulan más niños y adultos que todas las causas físicas, químicas y biológicas, que han sido hasta ahora la preferencia de la higiene. El aire, la luz, el suelo y los microbios pasan a segundo término en su lucha por la destrucción de los factores humanos frente a las necesidades incruentas que un sistema social impone al mayor número. Garantir el infortunio es un sistema de vacunación económica de alcances médicos no inferiores a la vacunación antivariólica.

La higiene ha girado, hasta ahora, alrededor del hombre, adaptando éste al medio que lo rodea: el porvenir obliga a hacer girar la higiene al rededor del medio, para que sea el medio social el que se adapte cada vez más a las necesidades del hombre. Y en esta tarea de reconstrucción sanitaria y social, el conocimiento de los medios económicos forma el substractum de toda nueva estructura social.”

Se o direito do trabalho regula as relações de emprego e garante o salário, no relacionamento entre patrão e empregado, surge, no *direito social*, um novo sistema de normas, destinadas a regular os seguros sociais. Visam a garantir a permanência

ou efetividade do salário quando este já não possa ser conquistado pelo trabalho. Visam a complementar o próprio salário, a fim de assegurar um nível mínimo de vida compatível com a dignidade do trabalhador e sua família. Visam, enfim, a assegurar o bem-estar do homem na sociedade, trabalhador ou não. Essas normas de previdência e assistência social, já agora institucionalizadas e coordenadas pelo próprio Estado, em caráter compulsório e vinculando este e os cidadãos entre si, por meio de direitos, deveres e obrigações recíprocos e correlatos, conquanto mantenham os caracteres *materiais* de *direito social*, conforme o conceituado acima, *formalmente* ostentam hoje a natureza jurídica de direito público, constitucional e administrativo. A sua autonomia está na Lei Orgânica da Previdência Social e decorre da própria Constituição federal e das Declarações universais de direitos, de mãos dadas na defesa da seguridade, do bem-estar, da solidariedade e da justiça social.

Para completar esse esboço teórico e conceitual da proteção social, convém encerrar com uma síntese da evolução do direito social como instrumento dessa proteção.

Os *direitos sociais* constituem fenômenos jurídicos modernos, decorrentes da Questão Social ou da luta de classes entre patrões e empregados, a princípio. Conquanto já existissem, desde a antiguidade e a idade média, os conflitos entre senhores e escravos ou servos, patrícios e plebeus, nobres e vassalos, burgueses e proletários, ricos e pobres, as soluções para os mesmos somente ganharam destaque nos dois últimos séculos, mediante Declarações de direitos, textos constitucionais e legais. A Bíblia, por sua vez, se refere à escravidão dos hebreus no Egito e a sua libertação por Moisés, seu líder e guia espiritual, mensageiro do Decálogo e dos livros do antigo testamento. Os cristãos e maometanos alcançaram a liberdade nos seus livros sagrados (novo testamento e alcorão, respectivamente),

a exemplo de outros povos e respectivas lideranças religiosas de todos os tempos e lugares. A Babilônia teve o seu Código de Hamurabi, há cerca de quatro mil anos. Os romanos conquistaram a Lei das XII Tábuas, quinhentos anos antes de nossa era, fruto da luta entre patrícios e plebeus. A Revolução Francesa teve o caráter de libertação do povo oprimido e da vassalagem contra a opressão do Poder, da nobreza e dos latifundiários. Trouxe uma Declaração de direitos, uma Constituição e um código civil moderno, que serviram de modelo liberal para o ocidente. Mas são hoje considerados conquistas burguesas e ultrapassadas. As primeiras Declarações de direitos e Constituições só se preocuparam com os direitos e garantias *individuais*, sobretudo com a liberdade e com a propriedade privada. Tancredo Neves sintetizou esse ideal dos Inconfidentes: “o primeiro compromisso de Minas é com a liberdade”. A Carta Magna, outorgada aos ingleses pelo rei João sem Terra, em 1215, já assegurava que “ninguém poderá ser detido, preso nem despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude do julgamento de seus pares, segundo as leis do país” (art. 48). A Declaração de Virgínia, de 1776, na América do Norte, já avançou no conceito, proclamando que

“todos os homens possuem *direitos próprios*, dos quais não podem ser privados nem despojados ao ingressar na sociedade: o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e de perseguir e obter a felicidade e segurança. Todo poder emana do povo, do qual os magistrados são comissários e servidores.”

Condenou a má administração pública e os privilégios. Defendeu a separação de poderes, a temporariedade dos mandatos e eleições livres pela comunidade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, produto da Revolução Francesa do mesmo ano – fatos históricos

de grande repercussão em todo o mundo –, veio proclamar que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos e que o Estado tem por objetivo assegurar a liberdade, a segurança, a propriedade e a resistência à opressão, como direitos naturais do homem. Até aqui não haviam sido proclamados os direitos sociais. Não obstante, um tratadista de renome na área assim concluiu:

“À grande Revolução (francesa) coube o mérito de ter reconhecido a obrigação do Estado de socorrer os que precisam de amparo; o mérito de, tornando-a obrigação pública, ter separado a proteção social da esfera da comisseração particular; o mérito de ter ‘socializado’ a previdência, substituindo-a à beneficência individual” (MÉTALL, 1944).

E cita, a propósito, o artigo 21 da Constituição francesa de 1793: “Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos infelizes, quer procurando-lhes trabalho, quer assegurando os meios de existência àqueles que são incapazes para o trabalho.” A nossa Constituição imperial, de 1824, no emboalo da francesa, veio dispor: “A Constituição também garante os socorros públicos” (art. 179,XXXI). A Questão Social, que gerou os direitos sociais, teve como causas principais a invenção da máquina a vapor e elétrica, a revolução industrial, o urbanismo e a exploração das classes trabalhadoras, exacerbadas pelas consequências da guerra de 1914-18. Além da Revolução francesa, dois fatos se destacaram na defesa do direitos sociais: a adesão da Igreja, com a encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em 1891, e o Tratado de Versaíles, em 1919, que criou a Organização Internacional do Trabalho e reconheceu que “o bem-estar físico, moral e intelectual dos trabalhadores assalariados é de essencial importância do ponto de vista internacional”.

Somente no início do século XX, após a Primeira Guerra e sob as influências

dos fatos citados, foram inseridos nas Constituições os direitos sociais, de forma clara e plena. A iniciativa coube ao México, em 1917, seguido pela Alemanha, na Constituição de Weimar (1919), com maior repercussão e um “vasto e pormenorizado programa político-social”. Nessa linha tivemos a Constituição brasileira de 1934, determinando a proteção social do trabalhador urbano e rural, mediante lei, com observância dos preceitos básicos que especificou, desde as garantias mínimas trabalhistas e assistenciais à instituição da previdência social e criação da Justiça do Trabalho, com capítulos especiais sobre a família, a educação e a cultura.

Mas o grande avanço ocorreu na Constituição cidadã de 1988, com capítulo sobre os *direitos sociais* (art. 6º ao 11º) e com título próprio sobre a Ordem Social, regulando a seguridade, a saúde, a previdência e a assistência social, a educação, a cultura e o desporto, a ciência e a tecnologia, a comunicação social, o meio ambiente, a família, a criança, o adolescente, o idoso, o consumidor e os índios.

Pode-se concluir que a essência da dignidade humana e a paz social decorrem da harmonia e do equilíbrio efetivo entre os direitos individuais básicos (art. 5º) e os direitos sociais referidos, assegurados pela Constituição.

O Estado Social moderno depende não só do desenvolvimento econômico, como fonte de recursos, mas do combate sem trégua aos fatores que desviam e consomem esses recursos. Exige-se a justa distribuição dos encargos e vantagens da organização política e administrativa do Estado, em função do mérito e da produtividade de cada cidadão. Impõe-se o maior controle da evolução patrimonial de autoridades comprometidas com interesses econômicos da administração. Aconselha-se a flexibilização dos conceitos de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, em atenção às fontes reais do direito, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e dos princípios

do enriquecimento sem causa e da equidade, que restituem o equilíbrio e a justiça aos casos concretos mal solucionados. Recomenda-se a soberania constitucional para rever e corrigir eventuais distorções em atos legislativos, administrativos e jurisdicionais de concessão de vantagens atentatórias à moralidade administrativa, em qualquer tempo e com efeito imediato e geral. A corrupção tem como contrapartida o desestímulo à exação fiscal, estimulando a sonegação. A violência, os assaltos e seqüestros, o crime organizado, o terrorismo e o confronto com a autoridade constituem aspectos negativos do Estado democrático de direito, a exigir rigorosa reforma penal e penitenciária, a fim de permitir a própria atuação do direito social. Com essas e outras medidas estratégicas, seremos menos uma república de servidores privilegiados, de sonegadores e salteadores, para nos tornarmos uma república do povo e para o povo brasileiro.

Referências

- CABANELLAS, Guillermo. *Los fundamentos del nuevo derecho*. Buenos Aires: Americalee, 1945.
- CESARINO JÚNIOR. *Direito social brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1953.
- CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL, 1, 1943, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO SOCIAL, 1, 1955, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.
- COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.
- _____. *Sistema de direito civil à luz do novo código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005b.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1939.
- GOMES, Orlando. *Direitos ao bem-estar social*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 5, 1974, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: [s. n.], 1974.
- LEITE, Celso Barroso. O sistema brasileiro de proteção social. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 35, [199-?].
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Jurid. Europa-América, 1959.
- MÉTALL, Rudolf Aladár. *Problemas atuais de seguro social*. Rio de Janeiro: C. Branco, 1944.
- OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso. *A previdência social brasileira e a sua nova lei orgânica*. Rio de Janeiro: Récord, 1961.
- RODRÍGUEZ, Germinal. *Servicio social: principios generales de asistencia social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1952.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1957.
- SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*. Paris: Générale, 1950.

Honra e imagem do morto?

Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade

Bruno Torquato de Oliveira Naves
Maria de Fátima Freire de Sá

Sumário

1. Pressupostos e problemática. 2. Direitos da personalidade após a morte e sua fundamentação clássica. 3. A desnecessidade do sujeito nas situações jurídicas.

1. Pressupostos e problemática

O Direito Civil atravessa um momento de reflexão acerca de suas categorias gerais. Toda a base de conceitos formulada na parte geral dos códigos civis vem sendo repensada em termos hermenêuticos, em razão do distanciamento entre teoria e prática. Isso porque as categorias abstratas serviram, durante muito tempo, para enquadrar situações da vida às relações jurídicas antevistas por um legislador que beirava a onisciência.

É certo que não só o Direito Civil, mas toda a Teoria do Direito muito devem a Kelsen, Savigny, Windscheid, Jhering e a tantos outros autores consagrados, pela tentativa de trazer, ao Direito, coerência e segurança. Ocorre que essa construção se fez moralizante e axiológica, tanto por estabelecer relações de prioridade e hierarquia, quanto por interpretar o Direito em termos de regra-exceção. E compreender o Direito pelo sistema “regra-exceção” implica, antecipadamente, trazer soluções que não observem os contextos e os contornos de um caso específico. Assim, todas as situações não previstas na “moldura” normativa seriam excepcionadas sem abalar a completude do direito comum.

Bruno Torquato de Oliveira Naves é Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas; Professor de Direito Civil e História do Direito na PUC Minas, unidades Barreiro, Coração Eucarístico e São Gabriel; Coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil da PUC Minas.

Maria de Fátima Freire de Sá é Doutora em Direito pela UFMG; Coordenadora Adjunta do Mestrado e Doutorado em Direito da PUC Minas; Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Civil da PUC Minas; Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito na PUC Minas.

Hoje, a falência do positivismo científico é sinalizada por uma série de incoerências sistêmicas, fazendo com que os juristas se desvinculem dos ideais que, outrora, geraram tais incoerências:

“Afinal, na medida em que o ideal de norma perfeita somente pode ser vislumbrado mediatamente pela cisão complementar dos discursos de justificação dos de aplicação, não cabe mais interpretar os direitos subjetivos como interesses ou introjetar uma carga utilitarista na interpretação do Direito que de Jhering a Alexy se faz tão nítida” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 107).

Objetivamos trabalhar um aspecto específico dos direitos da personalidade: sua sobrevivência. É que referidos direitos são assumidos pela tradição como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL, 2003, p. 250). Assim, enquanto tais, o titular de um direito detém o poder de agir em garantia de bens que compõem a “essência de sua personalidade”, como o direito à vida e ao próprio corpo.

Pela teoria clássica, sabe-se que os direitos da personalidade pressupõem a existência da pessoa, em sentido jurídico. Dito de outra forma: a personalidade é o atributo jurídico que permite que alguém seja sujeito de direitos e deveres e os direitos da personalidade, componentes da personalidade, têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana. Logo, há uma relação de titular e objeto de direito entre, respectivamente, a personalidade e os direitos da personalidade.

Depara-se, no entanto, com um paradoxo: se apenas a pessoa pode ser titular de direitos que guarnecem seus próprios atributos físicos e psíquicos, como explicar a situação normativa que supostamente protege esses aspectos no morto?

A personalidade jurídica termina com a morte (art. 6º do Código Civil brasileiro).

Logo, com ela extinguem-se todos os direitos e deveres que lhe são inerentes, inclusive os direitos da personalidade. Além do mais, diz-se, comumente, que os direitos da personalidade não admitem transferência, só podendo ser exercidos por seu titular.

Por várias vezes, todavia, o ordenamento protege o que aparenta ser uma “continuidade da personalidade do morto”. Assim, o parágrafo único do art. 12 do Código Civil brasileiro prescreve:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau” (BRASIL, 2002).

Ainda quanto à honra e imagem do morto, especificamente, o parágrafo único do art. 21 expressa:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes” (BRASIL, 2002).

Detecta-se, aparentemente, um conflito entre o conceito doutrinário de personalidade, até então pacífico, e a localização dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico. Como explicar direitos da personalidade de quem não é mais pessoa?

2. Direitos da personalidade após a morte e sua fundamentação clássica

A doutrina clássica, superada uma primeira controvérsia, estabeleceu que os direitos da personalidade seriam direitos subjetivos, isto é, comporiam relações jurídicas intersubjetivas, na posição de sujeito ativo, o detentor do direito, e sujeitos passivos determinados ou não, com o dever de se absterem de quaisquer atos lesivos à dignidade da pessoa.

Mas e o morto, como atribuir a ele direitos subjetivos? Haveria reflexos de direitos a justificar a tutela jurídica, uma vez lesada a honra ou a imagem do indivíduo que ele foi?

Pela teoria clássica, tudo pode ser explicado em termos de relação jurídica, ou seja, dois sujeitos, dotados de personalidade, relacionando-se em pólos distintos. Afirmam, ainda, que os direitos da personalidade são intransmissíveis e se esvaem com a morte.

No entanto, os adeptos dessa mesma teoria buscam explicar a situação do morto por meio de quatro fundamentos: a) não haveria um direito da personalidade do morto, mas um direito da família, atingida pela ofensa à memória de seu falecido membro; b) outros afirmam que há tão-somente reflexos *post mortem* dos direitos da personalidade, embora personalidade não exista de fato; c) com a morte, transmitir-se-ia a legitimação processual, de medidas de proteção e preservação, para a família do defunto; d) por fim, há quem diga que os direitos da personalidade, que antes estavam titularizados na pessoa, com sua morte passam à titularidade coletiva, já que haveria um interesse público no impedimento de ofensas a aspectos que, ainda que não sejam subjetivos, guarnecem a própria noção de ordem pública.¹

Rebateremos as quatro fundamentações, de forma sucinta. Pela primeira opção (a), a família seria vítima em razão de ofensa à memória do morto. Mas referida ofensa traria a possibilidade de representatividade por parte da família em defender essa memória? Haveria um direito subjetivo

violado em razão de ofensa a alguém que já morreu e que, portanto, não mais possui personalidade jurídica?

Sobre esse aspecto, Adriano De Cupis (2004, p. 153-154) justifica a possibilidade de manifestação da família pelo sentimento de piedade que tem pelo falecido. Ao discorrer sobre direito à imagem, afirma:

“Com a morte da pessoa, o direito à imagem atinge o seu fim. Determinadas pessoas que se encontram em relação de parentesco com o extinto têm direito de consentir ou não na reprodução, exposição ou venda do seu retrato e, não consentindo, podem intentar as ações pertinentes. [...] Isto, naturalmente, não significa que o direito à imagem se lhe transmita, mas simplesmente que aqueles parentes são colocados em condições de defender o sentimento de piedade que tenham pelo defunto. Trata-se, em suma, de um direito novo, conferido a certos parentes depois da morte da pessoa.”

Inobstante a tentativa louvável de conferir coerência à argumentação referente aos direitos da personalidade – tema que tornou célebre Adriano De Cupis –, não podemos concordar com o surgimento de um novo direito porque, ao que parece, encontra-se despido de qualquer conteúdo, criado, simplesmente, para satisfazer à fundamentação da tutela judiciária.

Ao se dizer que há reflexos de direitos da personalidade (b), embora essa já não mais exista, pressupõe-se que pode haver consequência sem causa. Se o acessório segue o principal, e repetimos isso sem pensar, porque inserido na tradição, estamos a criar uma nova categoria de “reflexos de direitos sem direitos” ou, pior, “reflexos de direitos sem personalidade”?

Como terceira corrente, apresenta-nos a idéia de que a *legitimatio* é transmitida aos parentes (c). Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 243) chega mesmo a afirmar que o direito de ação é transferido a determinadas pessoas². O problema dos “direitos

da personalidade do morto” resumir-se-ia a uma questão de tutela.

Ora, reconhecer à família *legitimatio ad processum* implica, no mínimo, a possibilidade de haver direitos em questão. Se não há essa possibilidade fática, não haverá tal legitimação. E sabemos que apenas à pessoa pode se atribuir direitos. Logo, se há a possibilidade judiciária de se discutir “direitos”, é porque esses existem e alguém deve tê-los por titular. Se a titularidade couber à família, tropeçamos no problema da intransmissibilidade dos direitos da personalidade; se a atribuímos ao morto, estaremos falando de direitos subjetivos, cujo “sujeito” não é mais pessoa.

Por fim, a noção de titularidade coletiva de direitos (d) nada mais é que um lugar comum para se tentar justificar um paternalismo, típico do Estado Social, e uma posição funcionalista sem qualquer fundamentação. Ora, o caráter normativo do Direito esvazia-se na busca comunitarista de valores universalizantes. A consideração de valores homogêneos desprivilegia o pluralismo jurídico caracterizador do próprio Estado Democrático de Direito.

Segundo Lúcio Chamon Junior (2005, p. 310-311):

“Se argumentativamente podemos perceber que haveria uma violação a estes ‘direitos’, a justificativa para tal, a razão a ser apresentada, seria a existência de um ‘dano’, ou ‘ameaça de dano’, disseminada, difusa, difundida e incapaz de ser determinada pontualmente. Pois bem. Este argumento de um ‘dano’ ou *possibilidade de lesão a direitos de várias pessoas* [...] trata-se de uma razão política, que serve, e de maneira fenomenal, para justificar decisões políticas, mas não decisões jurídicas”.

3. A desnecessidade do sujeito nas situações jurídicas

A concepção tradicional de relação jurídica está intimamente ligada à de direito

subjetivo, por ser este um aspecto daquela. É que a relação jurídica é o vínculo entre dois ou mais sujeitos, estabelecido em virtude de um objeto. Ressalte-se que é elementar à constituição da relação jurídica a presença de sujeitos em contraposição.

Para essa concepção personalista ou intersubjetiva, são sujeitos da relação jurídica aqueles entes dotados de personalidade jurídica, que estabelecem entre si um vínculo reconhecido pelo ordenamento como vicissitude ou efeito jurídico. Dessa forma, para tal corrente, os sujeitos são os entes a que o ordenamento outorga direitos e deveres, sendo denominado sujeito ativo aquele que detém o poder de exigir determinado comportamento e sujeito passivo aquele que possui o dever de observá-lo.

Orlando Gomes (2000, p. 95) teceu várias críticas a essa concepção, afirmando ser desnecessária a noção ontologizante e subjetivante da relação jurídica.

“A maior dificuldade para defini-la promana da confusão entre o significado comum do vocábulo e seu sentido técnico. Resulta, em grande parte, de falsa generalização. Uma vez que as relações jurídicas são predominantemente relações humanas, de pessoa para pessoa, de sujeito para sujeito, supõe-se que todas hão de ser um vínculo pessoal. De fato, a relação social é, por definição, a que se trava entre homens, mas isso não significa que o Direito rege apenas relações sociais, nem que outras sujeições, como a de coisa ao homem, possam ter igual qualificação no vocabulário jurídico. Não há coincidência necessária entre relação humana e relação jurídica”.

A relação jurídica constituir-se-ia, então, de construção dogmático-jurídica, que elege conceitos formais e técnicos, mas também seria formada pela historicidade do Direito, abandonando a falsa busca por ontologias jurídicas.

Assim, além da relação jurídica, haveria situações anômalas, que dispensam

a intersubjetividade; seriam as situações subjetivas. Apesar de Orlando Gomes (2000) não adentrar com minúcias nesse campo, seriam situações subjetivas o direito potestativo, o ônus, o interesse legítimo, o poder, a faculdade, a sujeição, além do direito subjetivo e do dever jurídico.

Em uma concepção mais contemporânea, Pietro Perlingieri (1999), em sua obra *Perfis do Direito Civil*, esboça uma teoria da situação jurídica subjetiva³ e a confronta ao conceito de relação jurídica. A situação jurídica subjetiva é categoria geral de avaliação do agir humano; é um centro de interesses tutelado pelo ordenamento jurídico. Sempre há, na situação jurídica, um interesse que se manifesta em comportamento. Esse é o elemento essencial da situação. O sujeito é elemento accidental, pois há interesses tutelados pelo Direito que ainda não possuem um titular⁴.

A relação jurídica, por sua vez, é relação entre situações subjetivas. Não há necessidade de dois sujeitos, mas de centros de interesses. “O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica” (PERLINGIERI, 1999, p. 115).

Uma relação jurídica poderia ser a relação entre a situação jurídica de direito subjetivo e a situação jurídica de dever jurídico. Assim, a relação jurídica, segundo este autor, é a normativa harmonizadora das situações jurídicas; a ligação entre duas situações jurídicas.

Todo o esforço de Perlingieri (1999) acaba por remeter-nos a uma visão ainda axiológizante do Direito, porquanto se manifesta na valoração subjetiva do interesse. Mas o interesse corresponde à medida da utilidade de um bem, o que é muito perigoso a uma aplicação do Direito comprometida com a realização da democracia em razão de se deixar ao legislador ou à própria coletividade o poder de determinação sobre aquilo que se configura utilidade e, por

consequência, interesse jurídico para todos nós, abstratamente.

Embora Perlingieri (1999) se liberte da noção clássica de direitos subjetivos e de relação jurídica, acaba por se prender à concepção de situação como interesse, o que por si só não conduz à normatividade necessária à construção de soluções jurídicas.

“A noção de interesse surge da relação, justamente, valor/fim de um sujeito particular: se podemos falar no interesse em algo é porque valoramos algo como capaz de ser útil. Isto não implica, desde uma constatação sociológica, uma unidade valorativa: antes, uma diversidade de interesses pode ser referida ao direito (subjetivo); mas, e desde uma ótica convencionalista, qualquer direito estabelecido seria a expressão de ‘um interesse reconhecido pelo legislador que merece e reclama sua proteção’. A introjeção desta compreensão dos direitos na interpretação dos mesmos acaba por permitir a infiltração de determinados valores a serem tomados em conta enquanto aqueles ‘eleitos pelo legislador’ e que, assim, e por todos, deveriam ser assumidos enquanto valores capazes de estabelecer nossos interesses e o que a nós é útil” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 88).

Todavia, concordamos com Perlingieri (1999) quando reconhecemos que o Direito não se pode limitar a afirmar como partícipes de situações jurídicas apenas os entes nascidos. Vamos além: o reconhecimento de iguais liberdades pressupõe a inclusão daqueles que, na argumentação, podem assumir posições jurídicas, sem que, necessariamente, sejam considerados pessoas.

Ora, se o sistema cria um rol de categorias e lá inclui apenas certos entes, detentores de direitos subjetivos, também cria um rol paralelo de entes que foram abstratamente excluídos de participar do fenômeno jurídico, sem que isso seja necessariamente verdade.

Assim, é hora de voltarmos ao título do artigo. Existirão direitos da personalidade imputados a alguém que já morreu?

Se enfrentarmos, corajosamente, a tradição, enxergaremos que nem sempre direitos e deveres estão correlatos; pode haver infração de deveres sem violação de direitos, pois o dever corresponderia a uma “posição caracterizada pela inexistência de uma esfera de liberdade, o que implica uma obrigação – em sentido amplo – que, uma vez descumprida, gera a possibilidade de responsabilização por vias institucionais” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 108), pois:

“Sempre caso a caso é que podemos argumentar se uma infração de dever também implicou em uma violação de direito e vice-versa; antes, são estas questões incapazes de serem resolvidas no nível de uma Teoria do Direito que não se pretenda como ocupante do *locus* argumentativo dos afetados” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 114).

Não é preciso ver reconhecido ao morto, ou à sua família, direitos da personalidade para reconhecermos uma esfera de não-liberdade infringida por alguém. O morto pode ser o referencial de uma posição jurídica, consubstanciada em dever jurídico e violada por alguém. Dessa forma, não faz sentido se avaliar a personalidade do morto, seja na sua integralidade, seja como mero reflexo. Para melhor entendimento, poderíamos fazer um paralelo entre o morto e a situação do nascituro ou dos chamados entes despersonalizados. Naquele caso, cessaram-se quaisquer possibilidades de exercício de uma autonomia privada. Se o Direito imputa situações jurídicas ao nascituro ou aos entes despersonalizados⁵, o faz, jurídica e principiologicamente, em razão do exercício futuro da autonomia de uma pessoa física (nascituro) ou da realização de uma atividade personificada. Portanto, se alguém lesiona a “honra ou a imagem do morto”, não ofende direitos – até porque esses não existem –, mas viola deveres.

A situação jurídica, portanto, pode contemplar violação de deveres institucionais, independentemente da existência de personalidade e de direitos correlatos. O morto não tem personalidade, não é detentor de direitos, não se insere em uma relação jurídica intersubjetiva, inobstante a imputação de responsabilidade àquele que infringiu uma esfera de não-liberdade.

À família não são transferidos “direitos da personalidade”, mas é-lhe atribuída uma esfera de liberdade processual na defesa da não-infração de deveres que se refiram à “figura” do morto. Logo, o que se tem é tão-somente o deferimento de uma legitimidade processual na defesa dessa situação jurídica de dever, na qual o morto se insere, em face do juízo de reprovabilidade objetivada normativamente.

Notas

¹ Tal divisão em quatro fundamentações se faz presente por razões didáticas, sem que, com isso, possamos afirmar a existência de correntes doutrinárias claras e bem definidas.

² “Não obstante seu caráter personalíssimo, os direitos de personalidade projetam-se na família do titular. Em vida, somente este tem o direito de ação contra o transgressor. Morto ele, tal direito pode ser exercido por quem ao mesmo esteja ligado pelos laços conjugais, de união estável ou de parentesco. Ao cônjuge supérstite, ao companheiro, aos descendentes, aos ascendentes e aos colaterais até o quarto grau transmite-se a *legitimatio* para as medidas de preservação e defesa da personalidade do defunto” (PEREIRA, 2004, p. 243).

³ Perlingieri (1999) usa, indistintamente, os termos situação subjetiva e situação jurídica.

⁴ Para Perlingieri (1999), essa é a situação dos nascituros, que podem até receber doação (art. 542 do Código Civil). Há, no caso, um interesse tutelado, mas seu titular ainda não existe, pois só se constitui “sujeito” a partir do nascimento com vida (art. 2º do Código Civil).

⁵ Sob essa denominação, referimo-nos à massa falida, ao condomínio, à herança jacente, etc.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal: do funcionalismo à teoria discursiva do delito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e*

situação jurídica no direito privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1 v.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10211/01*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Análise dos fundamentos da compensação ambiental

A responsabilidade civil *ex ante* no direito brasileiro

Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira
Solange Teles da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Tutela constitucional do meio ambiente, responsabilidades e o princípio conservacionista. 3. Responsabilidade civil ambiental e medidas compensatórias. 3.1. A compensação ambiental como forma de controle e de redução dos riscos de dano ambiental. 3.2. A compensação ambiental e os danos ambientais. 3.3. A compensação ambiental e os riscos de danos ambientais. 4. Responsabilidade civil *ex ante* e as medidas compensatórias por danos futuros. 5. Conclusões.

1. Introdução

Contaminação dos solos, do ar e da água, contaminação biológica, novas tecnologias e riscos ambientais, danos ecológicos, reparação e medidas compensatórias constituem algumas das facetas da problemática ambiental nas sociedades contemporâneas que conduzem a uma análise das possibilidades e limites do direito ao regular as relações dos seres humanos na apropriação de espaços e na utilização dos recursos ambientais. Nesse sentido, o sistema de responsabilidade civil ambiental assegura não apenas a reparação dos danos ambientais, mas também propicia a compensação ambiental *ex ante* pela apropriação da qualidade ambiental. Um novo paradigma fundado na ordem pública ambiental em prol do equilíbrio das relações jurídicas na apropriação e utilização dos espaços e recursos ambientais justifica

Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira é Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas e especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do CTI/UNESP.

Solange Teles da Silva é Doutora em Direito Ambiental pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos. Pesquisadora do CNPq.

uma leitura contemporânea do instituto da responsabilidade civil¹.

O presente estudo tem como objetivo explorar a fundamentação teórica da imposição de medidas compensatórias previamente à realização de empreendimentos e obras autorizados pelo Poder Público, a partir dos novos contornos da responsabilidade civil ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, destaca-se que é o princípio conservacionista², que emerge do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que orienta o conteúdo da norma de direito ambiental bem como sua implementação para assegurar a manutenção da qualidade do meio ambiente e garantir a existência digna dos seres humanos. Assim, num primeiro momento, será analisado o fundamento constitucional das medidas compensatórias e, em uma segunda etapa, a responsabilidade civil ambiental e as medidas compensatórias, considerando-se a compensação ambiental como forma de controle e de redução dos riscos de dano ambiental. Complementando esse estudo, serão então realizadas algumas considerações sobre a responsabilidade *ex ante* e as medidas compensatórias por danos futuros.

2. Tutela constitucional do meio ambiente, responsabilidades e o princípio conservacionista

O meio ambiente, como espaço de vida dos seres humanos, deve ser compreendido por meio de suas dimensões históricas e socioculturais, já que as relações que os seres humanos têm em relação aos modos de apropriação do meio ambiente diferem em cada sociedade e em cada período da história. Na realidade, a “descoberta da vulnerabilidade crítica dos sistemas ecológicos à intervenção humana veio modificar a compreensão ética acerca de nós mesmos, como fator causal no mundo, [e transforma a natureza em um] (...) novo objeto do agir humano” (SENDIM, 1998, p. 16). Há

a emergência de uma nova dimensão da responsabilidade: uma responsabilidade ética que leva em conta a condição global da vida humana, o futuro a longo termo, bem como a existência e a sobrevivência da espécie em si mesma (JONAS, 1995, p. 28). Nesse sentido, a responsabilidade civil ambiental deve ser analisada sob um novo prisma, individual e coletivo, presente e futuro, fundada nos princípios da prevenção e da precaução (Cf. SILVA, 2004).

A Constituição Federal de 1988, além de recepcionar os dispositivos da Lei 6.938/81, que definiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e estabeleceu entre seus princípios a necessidade de compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, afirmou, em seu art. 225, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e incumbiu tanto o Poder Público quanto a coletividade da tarefa de defendê-lo e preservá-lo, para as gerações presentes e futuras. De acordo com o texto constitucional, a tutela ambiental passou a associar-se à busca da qualidade de vida, devido à percepção de que o meio ambiente em condições satisfatórias se apresenta como elemento necessário e imprescindível para o aproveitamento pleno da vida e à existência digna. A proteção ambiental representa um importante instrumento para o alcance e manutenção de entorno capaz de proporcionar o desenvolvimento humano sob as melhores condições possíveis, do ponto de vista físico, mental e espiritual. Nessa perspectiva, a tutela do meio ambiente aparece como objeto central e prioritário da proteção constitucional. Sua finalidade é direcionada a um aspecto mediato ou consequente, buscando possibilitar a satisfação da qualidade de vida do ser humano, proporcionada por um entorno hígido e equilibrado, de forma a atender ao respeito à cidadania, dignidade humana e justiça social, bem como propiciar o desenvolvimento das atividades econômicas.

Os modos de apropriação dos recursos ambientais e dos espaços devem portanto observar à lógica da responsabilidade, de um justo equilíbrio entre os bens partilhados no espaço e no tempo. O ser humano, como elemento integrante do meio ambiente, deixa, assim, de ser sujeito que detém um poder absoluto e ilimitado nessa relação, e, na medida em que atua sobre o mesmo, é ele também transformado, sofrendo as conseqüências de sua intervenção.

O preceito da defesa do meio ambiente, trazido pela Constituição, refere-se a um direito, ao mesmo tempo, individual e coletivo, considerando-se que o meio ambiente é elemento indispensável tanto para o desenvolvimento do indivíduo em si quanto para a realização da sociedade como um todo. Todavia, é em seu aspecto coletivo que esse direito é revolucionário, pois ele é assegurado tanto às gerações presentes quanto futuras, e sua concretização demanda uma gestão da qualidade ambiental de forma participativa: toda sociedade tem o ônus da defesa ambiental³.

Ao lado do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, impõe a Constituição Federal de 1988, de modo a oferecer garantias para o exercício desse direito, um dever, também fundamental, compartilhado entre Estado e sociedade civil, cujas ações devem convergir para a defesa do meio ambiente. Essa obrigação está calcada num princípio de solidariedade, que deriva de um compromisso ético para com o futuro e de equidade para com as gerações vindouras.

Ora, veja-se, a construção de um Estado de Direito comprometido com as questões ecológicas somente se torna possível a partir da institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos que garantem uma convivência harmoniosa do ser humano com seu entorno (Cf. CANOTILHO, 2004, p. 10). Esse dever ecológico, seguindo uma derivação kantiana de comportamento elaborada por Canotilho (2004, p. 10), pode ser traduzido no seguinte postulado:

“age de forma a que os resultados da tua acção que usufrui dos bens ambientais não sejam destruidores destes bens por parte de outras pessoas da tua ou das gerações futuras”.

É possível, portanto, afirmar que emana do art. 225 da Constituição um princípio conservacionista que implica, necessariamente, a adoção de técnicas e instrumentos que garantam a integridade do bem protegido, preceito necessário para a efetividade do direito ao meio ambiente, primando por sua manutenção ou recuperação, nos casos de perda da qualidade ambiental. Assim, o direito ambiental concebido como disciplina pré-ordenada à realização de vetores próprios, como salienta Sendim (1998, p. 167), traz a idéia de conservação do equilíbrio ecológico que se constitui como orientação fundamental e fundamento dogmático de sua atuação.

Diante da orientação constitucional de garantir como direitos de todos um objeto específico, ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, adquire o direito ambiental um *status* de direito de resultado, cuja satisfação requer a manutenção de uma situação específica que reverte seus serviços e benefícios em favor dos seres humanos e da reprodução das condições necessárias à continuidade da vida no planeta.

Nesse sentido, salientam Canotilho e Moreira (1993, p. 143) que:

“(…) diferentemente do que ocorre com outros direitos sociais, em que se trata de criar ou realizar o que ainda não existe (segurança social, serviços de saúde, habitação), o direito ao ambiente visa garantir o que ainda existe e recuperar o que, por acção do Estado e de terceiros, deixou de existir (...)”.

Analisando o posicionamento constitucional acerca da proteção do meio ambiente, enfatiza Silva (2000, p. 24-58) que o objeto da norma ambiental não recai sobre o meio ambiente em si, ou um meio ambiente

qualquer, mas sim sobre um meio ambiente qualificado, pois a proteção da qualidade ambiental é efetuada com o intuito de se assegurar a qualidade de vida, de modo que é o seu estado, ecologicamente equilibrado e satisfatório ao ser humano, que se erige como bem ambientalmente tutelado.

Da mesma maneira, o princípio conservacionista também carrega consigo uma visão prospectiva, voltada para a responsabilidade da transmissão de possibilidades de escolhas para gerações futuras, e, em última análise, volta-se para o futuro da humanidade. Ele pode ser compreendido como fruto do reconhecimento da necessidade de se manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado que, como consequência, impõe a admissão ao respeito da existência de limites em relação às intervenções humanas no meio ambiente. A norma de direito ambiental busca, assim, extirpar ou atenuar essa tensão existente entre a utilização e a preservação dos recursos ambientais.

Esse ponto de equilíbrio é traduzido pela premissa do desenvolvimento sustentável, que aflora do art. 225 do texto constitucional ao fazer menção às gerações vindouras, consolidando a defesa do meio ambiente como um interesse que se perpetua no espaço e no tempo. Fundada no princípio conservacionista, a tutela do meio ambiente deve, portanto, ser balizada pela conservação e manutenção do bem protegido (Cf. LEITE, 2000, p. 209), de modo que a definição prescrita pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao qualificar o meio ambiente que se quer proteger como ecologicamente equilibrado, implica o consequente dever de proteção ao equilíbrio e à rede de interações ecológicas que garantem a qualidade ambiental e permitem o desenvolvimento de uma sadia qualidade de vida.

Nessa perspectiva, o princípio conservacionista está intrinsecamente associado ao princípio da sustentabilidade pautada na viabilidade econômica, prudência

ecológica e justiça social. De acordo com Sachs (2004, p. 15), os cinco pilares do desenvolvimento sustentável são: o social, o ambiental (duas dimensões – sistemas de sustentação da vida e local para disposição de resíduos), o territorial (distribuição espacial dos recursos, populações e atividades), o econômico e o político (governança democrática). Segundo o autor, tais dimensões seriam concretizadas com estratégias nacionais diferenciadas, mas complementares, no Norte, mudando os padrões de consumo e os estilos de vida, e no Sul, com estratégias de desenvolvimento endógenas; com um acordo Norte/Sul pautado no respeito ao desenvolvimento sustentável fomentando o comércio justo; com a adoção de um sistema internacional de impostos e o gerenciamento das áreas globais de uso comum (SACHS, 2004, p. 16). É justamente em matéria de estratégias de desenvolvimento endógenas que se busca aqui realizar uma reflexão sobre o papel do direito e, particularmente, dos objetivos da responsabilidade civil ambiental, entre os quais se destacam a prevenção de comportamentos anti-sociais, como também a justa distribuição do ônus de compensar os riscos e reparar os danos ambientais. Aliás, como sustenta Püschel (2005, p. 94), além da distribuição dos danos, tradicionalmente é possível identificar na sistemática da responsabilidade civil dois tipos de efeitos preventivos, quais sejam: o primeiro, um efeito preventivo específico que decorre da ameaça da sanção de reparação e o segundo, um efeito preventivo geral “consistente na eliminação de certas atividades perigosas como consequência da imposição de responsabilidade em uma economia de mercado”. Ademais, surge igualmente como efeito preventivo em uma relação jurídica que envolve interesses difusos a compensação ambiental como forma de evitar o dano e também controlar os riscos e readequar o equilíbrio nas relações jurídicas ao estabelecer limites à socialização dos riscos⁴.

3. Responsabilidade civil ambiental e medidas compensatórias

Compreendida de uma forma genérica como uma modalidade de reparação de danos eventualmente provocados ao meio ambiente, as medidas compensatórias têm como finalidade contribuir para manutenção da integridade da qualidade ambiental vista de uma forma ampla. As medidas compensatórias podem resultar de duas formas distintas de manifestação da responsabilidade civil ambiental: a responsabilidade *ex post* e a responsabilidade *ex ante*, formando um sistema complementar em que a imputação do dever de reparar pode atuar antes ou depois da ocorrência do dano. A esse respeito, ao analisar o dever de reparação do meio ambiente, Antequera (2004, p. 266) descreve que essa obrigação, da qual derivam as medidas compensatórias, pode se manifestar sob uma dupla perspectiva. A primeira, a responsabilidade civil *ex post*, manifesta-se como uma conseqüência direta e objetiva de um dano ambiental, surgindo em decorrência do regime tradicional da responsabilidade civil objetiva, nos termos do parágrafo 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81.⁵ A segunda, a responsabilidade civil *ex ante*, figura como um instrumento eminentemente preventivo e impõe, em caráter prévio ao início do funcionamento de uma atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, a obrigação de compensação ambiental, que resulta de previsões reunidas em estudos de avaliação do impacto ambiental (Cf. CONDE ANTEQUERA, 2004, p. 266). Com efeito, observa-se que o advento do dever de reparar e, conseqüentemente, da obrigação de compensar pode decorrer tanto de uma perspectiva que leva em conta a obrigação do particular em abster-se de prejudicar o meio ambiente (*ex post*) quanto de uma perspectiva que considera esse dever em conjunto com a obrigação do Poder Público de primar pela conservação e integridade do meio ambiente, condicionando seus

atos administrativos à segurança e contra-prestação de uma medida que assegure o equilíbrio ecológico (*ex ante*).

No que se refere à responsabilidade civil ambiental *ex post*, manifestação tradicional da responsabilidade civil, tem como efeito a imposição do dever de reparar após a ocorrência do evento lesivo. Se, por um lado, ela não tem o poder de desfazer o acontecido, como salienta Püschel (2005, p. 95), “uma vez ocorrido o dano, o direito, por meio das normas de responsabilidade civil, cuida apenas de estabelecer quem deve suportá-lo”. Nessa sistemática – *ex post* –, saliente-se que, apesar de a responsabilidade civil ambiental poder ser utilizada diante de ameaça à integridade do meio ambiente (risco de dano ambiental), nesse caso ela se direciona à abstenção de conduta ou à necessidade de atuação em caso de omissão daquele que deveria agir em razão de dever legal. E nesse caso há obrigação de reparar após ocorrido o dano. A compensação é então definida de modo posterior à deflagração do dano (compensação *ex post*), revestindo-se de uma índole repressiva que assume a feição de instrumento educativo-sancionador. A compensação estabelecida *ex post* refere-se, portanto, a uma medida regulada judicialmente, sendo estabelecida por meio de decisão do Poder Judiciário que determina a pertinência e os contornos dessa forma de reparação do dano ambiental.

Além da previsão geral da responsabilidade civil ambiental fundada na teoria da responsabilidade civil objetiva prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81 – e no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, a compensação *ex post* como forma de reparação do dano ambiental possui seu fundamento também no art. 3º da Lei nº 7.347/85, que prevê a possibilidade de Ação Civil Pública ter como foco o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, abrangendo, assim, as medidas de reparação específica ou por equivalente⁶.

3.1. *A compensação ambiental como forma de controle e de redução dos riscos de dano ambiental*

O significado da locução “compensação” exprime uma idéia de estabelecimento de uma situação de equilíbrio, de contrabalanceamento e de igualdade (AULETE, 1964, p. 871), de modo que a ação de compensar se mostra similar às ações de reparar, indenizar, ressarcir e recompensar (FERREIRA, 1986, p. 440). Aliás, Machado (2000, p. 765) afirma que a compensação não pode ser entendida como um presente, pois o ato de se compensar se realiza devido a algo que representa uma situação de desequilíbrio, sendo que o dever de compensação somente ganha relevo quando se mostrar possível a imputação a alguém da possibilidade de causar um dano social ou ambientalmente reprovável. No mesmo sentido, Mirra (2002, p. 309) sustenta que a degradação do meio ambiente figura como um pressuposto da compensação, e, assim, a idéia de compensar implica, necessariamente, uma “certa equivalência, dentro do possível, entre o que se perde [ou se perderá] com a degradação do ambiente e o que se obtém a título de reposição da qualidade ambiental”.

Diante dessas características, a compensação ambiental vincula-se ao instituto da responsabilidade civil e busca restabelecer a ordem social, quer dizer, a ordem pública ambiental. Trata-se de mecanismo preventivo-distributivo que resguarda, por um lado, o equilíbrio das relações jurídicas e evita a socialização dos danos e riscos de danos, impondo àquele que se apresenta como agente causador de um risco de dano ou evento lesivo a obrigação de recompensar, de restaurar a situação ao seu estado anterior ou indenizar o respectivo valor do prejuízo.

Em razão dos contornos da tutela do meio ambiente, cujo perfil funcional é sintetizado na idéia de “conservação do ambiente enquanto bem jurídico e na manutenção do *statu quo* ambiental” (SENDIM, 1998,

p. 166), as medidas de reparação do dano ambiental devem, precipuamente, buscar a recuperação ou reintegração do bem afetado e as medidas de compensação devem buscar um reequilíbrio na dinâmica dos biomas afetados pelas atividades humanas. Daí a razão do disposto no art. 36 da Lei nº 9.985/2000, que preconiza como compensação ambiental para empreendimentos de significativo impacto ambiental, com fundamento no estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA), a obrigação de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de proteção integral⁷, preferencialmente no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica do empreendimento ou atividade licenciada⁸.

Nesse aspecto, constata-se claramente a incidência do princípio conservacionista no âmbito da responsabilidade civil ambiental, influenciando a sistemática da compensação ambiental e controle dos riscos ambientais, com o objetivo primordial de recuperar ou substituir o bem ambiental especificamente atingido.

3.2. *A compensação ambiental e os danos ambientais*

A compensação do dano ambiental se afasta do sistema tradicional de responsabilidade civil que comporta a possibilidade de transação entre as partes quanto à forma de reparação. No caso de lesões ao meio ambiente, essa escolha é estrita, prevalecendo a busca pela reintegração do bem ambiental lesado (Cf. SILVA, 2006, p. 189). Desse modo, somente quando se mostrar impossibilitada a execução da restauração natural é que passará a ser cogitada a reparação por compensação, viabilizada por meio de ações alternativas, equivalentes ou substitutivas que possam restabelecer o equilíbrio ambiental perdido (Cf. CONDE ANTEQUERA, 2004, p. 98-99).

Enfocando a possibilidade de reparação ambiental via medidas compensatórias, descreve Antequera (2004, p. 98-99) que:

“Ello es así ya que, como vimos, el medio ambiente es un sistema interrelacionado. Cuando no es posible recuperar la funcionalidad ambiental perdida de forma inmediata sería conveniente que el responsable realizase otras actividades en otro ámbito que supongan una función ambiental equivalente, introduciendo mejoras en el ecosistema que compensen las pérdidas en otro ámbito (...).”

Analisando as medidas equivalentes, Catalá (1998, p. 264) observa que tanto as dificuldades técnicas quanto científicas obrigam a aceitação de uma concepção ampla da reparação ambiental que albergue meios distintos à reconstituição exata do ambiente afetado, mas que possua um efeito ecológico similar, possibilitando, segundo Sendim (1998, p. 187), que o patrimônio ambiental, em sua totalidade, permaneça quantitativa e qualitativamente inalterado.

Nessa perspectiva se situam as medidas compensatórias correspondentes à possibilidade de oferecimento de uma modalidade de reparação que não se destina a reabilitar especificamente o bem ambiental afetado, mas sim oferecer a sua substituição por bens equivalentes (compensação ecológica) ou, até mesmo, uma compensação por valores econômicos (compensação econômica).

Levando em conta que a concepção subjacente à reparação consiste na adaptação da nova realidade à situação anterior considerada como ideal, a compensação se trata dessa iniciativa de adaptação viabilizada pela prestação de vantagem *in natura* ou pecuniária como contraprestação pela lesão provocada (MIRRA, 2002, p. 307).

Desse modo, o princípio conservacionista impõe que o instituto da responsabilidade civil assegure a reparação integral dos danos ambientais, ao primar para que não ocorra uma severa diminuição da qualidade ambiental e fazer com que uma eventual irreversibilidade de uma lesão ao meio ambiente não seja utilizada como argumento para o afastamento do

dever de reparar. Isso enseja a instituição de medidas compensatórias que impedem a impunidade e a socialização dos danos ambientais.

Assim, diante de situações que revelam a irreversibilidade de lesão e a impossibilidade de recomposição do meio ambiente lesado ou a inaplicabilidade ou ineficiência de medidas mitigatórias, a compensação ambiental é utilizada como instrumento que garante a execução da reparação do dano, seja oferecendo um meio alternativo para restaurar o equilíbrio ecológico, seja oferecendo recursos financeiros para ações destinadas a melhorar a qualidade ambiental, lembrando que esta última alternativa (compensação econômica) somente será levada em consideração depois de esgotadas as demais possibilidades de reparação.

3.3. A compensação ambiental e os riscos de danos ambientais

Ao incidir sobre condutas lícitas, a compensação ambiental busca contrabalancear os riscos de danos que as atividades autorizadas possam vir a causar. Assim, o risco de sua incidência futura passa a integrar o conceito de dano ambiental, permitindo a imputação do dever de reparar antes mesmo da ocorrência da degradação.

Na realidade, o risco representa uma “possibilidade de perigo” (DERANI, 2001, p. 170), quer dizer, há um perigo mais ou menos previsível que pode afetar a qualidade ambiental. Tal situação “inspira cuidado, quer dizer, há uma ameaça ou exposição, da segurança ou da própria existência, de uma pessoa ou mesmo de uma coisa” (SILVA, 2004, p. 83).

Assim, cabe ao Poder Público, quando da autorização de condutas que ocasionem prejuízos ambientais, condicionar seu consentimento ao prévio oferecimento, por parte dos empreendedores, de medidas que mitiguem ou compensem as repercussões ambientais de sua atividade, garantindo, assim, que os impactos negativos na qua-

lidade ambiental sejam minimizados e seja garantida a dinâmica dos biomas.

4. Responsabilidade civil ex ante e as medidas compensatórias por danos futuros

A implementação do preceito constitucional de controle das ações que possam afetar o equilíbrio ecológico cabe ao Poder Público, no momento da expedição de atos que autorizam uma atividade causadora de prejuízos ambientais, condicionando assim o exercício dessa conduta à aceitação “de determinadas obrigações funcionalmente dirigidas à reconstituição ou compensação (ecológica) do ambiente” (SENDIM, 1998, p. 163). Como enfatiza Sendim (1998, p. 188), em matéria de responsabilidade *ex ante*, o “princípio geral de ressarcimento de danos impõe que a autorização de atividades com efeitos lesivos para o meio ambiente acarrete o dever de compensar os prejuízos eventualmente admitidos pelo sistema jurídico ambiental”.

É necessário, portanto, analisar a questão da imputação do dever de reparar em relação ao desempenho de atividades lícitas, partindo da noção tradicional de responsabilidade civil ambiental *ex post*. Revestindo-se de uma função redistributiva, embasada no princípio do poluidor-pagador, visando evitar o ônus social e impor a internalização das agressões ao ambiente, considera-se que “aquele que obtém lucro e causa dano com uma atividade deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante” (LEITE, 2000, p. 126). De acordo com as palavras de Iturraspe (1999, p. 96), com a consagração da responsabilidade civil objetiva, a antijuridicidade se desprende da conduta do agente e se desloca para o resultado da ação ou omissão, bastando a ocorrência do efeito repudiado pelo ordenamento para que incida a responsabilidade civil. Segundo a teoria da responsabilidade civil objetiva, as lesões ambientais eventualmente produzidas são resolvidas

pelo critério da pura causalidade, pois, uma vez ocorrido o fato danoso e demonstrado o nexo causal, impõe-se o dever de reparar, independentemente da existência de culpa do agente ou de terem sido adotadas técnicas antipoluentes (CUSTODIO, 1983, p. 288). Conforme descreve Machado (2000, p. 327), a responsabilidade civil ambiental é resolvida pelo binômio dano/reparação, não sendo questionada a conduta do agente ou a razão da degradação, já que o dano ao meio ambiente “acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranqüilidade”. Constata-se, assim, que a conduta contrária ao direito (ilícita) não é requisito para a manifestação da responsabilidade civil ambiental, motivo pelo qual as atividades exercidas licitamente, com amparo em autorização de órgão competente e seguindo as exigências estabelecidas, tornam-se passíveis de imputação do dever de reparar se as mesmas tiverem provocado um dano ambiental, ou, ainda, do dever de compensar pela perda da qualidade ambiental.

Diante do caráter indisponível da qualidade ambiental, o Poder Público não tem poderes de transigir sobre a integralidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sua atuação, nesse campo, não é a de um proprietário, mas a de um mero gestor de um bem pertencente à coletividade, cujas ações são efetuadas em nome e no interesse de toda a sociedade (Cf. MIRRA, 2002, p. 40). Por esse motivo, prescreve Machado (2000, p. 343) que eventual autorização outorgada pelo Poder Público “retira o caráter de ilicitude administrativa do ato, mas não afasta a responsabilidade civil de reparar”, impedindo apenas a própria Administração de sancionar a lesão ambiental.

Considerando o princípio do *alterum non laedere* - dever geral posto à base da responsabilidade civil, Custódio (1983, p. 279) salienta que, “no exercício do seu

direito, cada pessoa se obriga a não lesar ninguém. Todavia, se isto ocorre, deve assumir o risco de sua própria liberdade, reparando os danos dela provenientes ao prejudicado". Essa solidariedade impõe um dever ético no sentido de que aquele que de alguma forma contribui para a deterioração da qualidade do meio ambiente deve agir no sentido de recompor ou compensar os efeitos de sua atividade, pois "a cada direito de explorar ou utilizar os bens de interesse comum de todos corresponde, evidentemente, uma obrigação de reparar os danos decorrentes do seu exercício" (CUSTÓDIO, 1983, p. 291). Consta-se, dessa maneira, que tradicionalmente é o resultado da conduta e não a conduta em si que desencadeia o dever de compensar. Nesse primeiro momento, o que adquire relevância jurídica no plano da responsabilidade civil ambiental por atos lícitos são, portanto, os efeitos indesejados dessa atividade, os danos ambientais.

Todavia, apenas a sistemática fundada na responsabilidade *ex post* não tem possibilitado uma prevenção eficiente dos danos e riscos de danos ambientais. Na realidade, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a existência de um direito à degradação da qualidade ambiental, já que o próprio texto constitucional assegura a todos o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A responsabilidade *ex ante* surge, então, para complementar o instituto da responsabilidade civil ambiental *ex post* a partir de uma lógica conservacionista. O exercício de uma atividade lícita pode provocar efeitos ambientais negativos na esfera do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, assim, a adoção da responsabilidade civil *ex ante*, cuja função não é sancionatória, mas sim eminentemente preventiva, compensatória e distributiva, objetiva resolver conflitos de interesse conforme a máxima da justiça distributiva (Cf. CASTILLA, 1996, p. 13-14).

Sob esse aspecto, acrescenta Antequera (2004, p. 100) que o dever de recuperação

ambiental constitui-se, ao mesmo tempo, em uma medida exigida em decorrência de uma obrigação imposta ao causador de um dano, como, também, uma função pública consistente num dever de atuar da Administração. Por esse motivo, quando da expedição de atos administrativos que autorizam o exercício de condutas que repercutirão efeitos ambientais negativos para a coletividade, cabe ao Poder Público, diante do princípio conservacionista, exigir medidas tendentes a possibilitar a manutenção da qualidade do meio ambiente. Na realidade, a imposição, por parte do Poder Público, de medidas protetoras da qualidade ambiental tendentes a mitigar ou compensar as interferências autorizadas passou a ganhar corpo após o advento dos instrumentos de avaliação do impacto ambiental que permitem o conhecimento prévio a respeito das conseqüências ambientais dos empreendimentos. Assim, constatada nos instrumentos de avaliação do impacto ambiental a impossibilidade de se mitigar interferências negativas no ambiente provenientes de projetos ou atividades que venham a ser autorizados após minuciosa análise e inexistência de alternativas, deve ser prevista pelo órgão competente a realização de medidas compensatórias (*ex ante*) destinadas a recompensar a coletividade pela diminuição da qualidade do meio ambiente ou a retribuir a utilização dos recursos naturais.

Se assim não fosse, outorgando o consentimento para o exercício dessas atividades, ou seja, legalizando seu exercício, o Poder Público acabaria sendo solidariamente responsabilizado pelo cumprimento das medidas de reparação ambiental, necessárias para a recuperação da qualidade perdida, por não ter cumprido com sua obrigação constitucional de zelar pela integridade e pelo equilíbrio dos ecossistemas. Haveria uma socialização dos riscos de danos ambientais para todos e uma apropriação indevida da qualidade ambiental por alguns.

A inserção de deveres ambientais, de mitigação e de compensação, realizada anteriormente ao exercício da atividade, acrescenta os caracteres do princípio da prevenção e precaução à realização de empreendimentos, permite que a conservação do meio ambiente faça parte do processo produtivo e cria para o agente econômico a preocupação em produzir o menor grau de prejuízo ao meio ambiente. Destaca-se, assim, que a importância da integridade do bem protegido e a dificuldade em se estabelecer medidas apropriadas para sua reparação incentivaram o surgimento de uma versão preventiva de responsabilidade civil, com fundamento no princípio conservacionista, no princípio do poluidor-usuário, poluidor-pagador e no princípio de precaução.

A manifestação do risco de dano futuro não é argumento hábil para elidir o seu controle pelo Poder Público, uma vez que o caráter preventivo da norma ambiental e a complexidade da lesão ao meio ambiente conduzem à inclusão do risco de sua ocorrência dentro do conceito global de dano ambiental, recaindo sobre ele o mesmo regime de responsabilidade aplicado ao dano certo (Cf. GOMIS CATALÁ, 1998, p. 79).

No que tange à tutela do meio ambiente, o fator tempo relacionado aos danos apresenta certas peculiaridades, pois o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações pressupõe uma necessária preocupação com o futuro, rompendo com o requisito da atualidade do dano em relação aos interesses difusos (Cf. SILVA, 2006, p. 163).

Deve-se considerar que a Constituição Federal de 1988, ao consagrar no art. 225 a menção às gerações vindouras, consolida a concepção de que a defesa do meio ambiente se erige como um interesse que se perpetua no tempo e que diz respeito a toda humanidade. Esse postulado determina uma relação inexorável entre tempo e direito, traduzida na concepção da norma

ambiental em proteger a vida em potencial, estabelecendo uma *consideração jurídica do futuro* (Cf. AYALA, 2004, p. 237) ao reconhecer que, caso não sejam mensuradas as atuações humanas no presente, estas poderão ocasionar efeitos negativos irreversíveis no futuro.

A inserção de riscos de danos e danos futuros no âmbito da responsabilidade civil, imputando medidas reparatórias *ex ante*, acaba funcionando como uma política de gestão de riscos, colocada em prática com o intuito de salvaguardar a integridade do meio ambiente e a transtemporalidade dos interesses que sobre ele recaem.

Conforme defende Hutchinson (1999, p. 47), em certas ocasiões, alguns danos não estão ainda exteriorizados ou consolidados, mas esse aspecto não impede de se presumir que, a partir de uma situação específica existente, eles serão produzidos no futuro como um prolongamento natural da situação atual. Tratando-se de danos futuros ou consecutivos, a manifestação do dever de reparar pode ser reconhecida ainda que o dano não tenha se concretizado, utilizando-se de uma técnica de visualização do futuro, projetando a consequência da atividade em relação ao meio ambiente (HUTCHINSON, 1999, p. 47).

Nesse sentido, Catalá (1998, p. 83) destaca que:

“(...) el hecho de que el mecanismo de la responsabilidad ambiental no se ponga en funcionamiento hasta que se produzca un daño efectivo, no significa que la Administración en calidad de guardiana y tutora del interés general pueda y deba, bien establecer ella misma las medidas preventivas oportunas, bien obligar al particular a que adopte las medidas correctoras necesarias, consideradas requisito indispensable para la concesión de la licencia o autorización administrativa preceptiva para el ejercicio de una actividad potencialmente contaminante.”

Diante da sistemática de funcionamento da responsabilidade *ex ante*, a definição e estipulação das medidas compensatórias também são realizadas de maneira anterior à deflagração das alterações no meio ambiente. Resultante de uma atividade lícitamente exercida, a compensação *ex ante*, ao contrário da *ex post*, reúne contornos de uma medida de contraprestação, desprovida de caráter sancionador, cuja função distributiva objetiva precipuamente a manutenção da qualidade ambiental. Com efeito, a compensação estabelecida *ex ante* se qualifica como uma medida regulada na seara administrativa, sendo definida e estabelecida por meio de decisão do órgão competente que, diante de prejuízos ambientais não mitigáveis, produzidos por empreendimentos ou obras autorizados, determina a pertinência e os contornos da compensação ambiental devida.⁹

5. Conclusões

A afirmação do direito fundamental ao meio ambiente estabelece o dever geral do Poder Público e da coletividade de assegurar a manutenção de um objeto específico, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, assim, as intervenções antrópicas que causam significativos impactos negativos no meio ambiente necessitam de uma contraprestação que garanta a integridade do patrimônio ambiental, contraprestação esta possibilitada, entre outras maneiras, pelas medidas compensatórias. A compensação ambiental é, portanto, medida que deriva, necessariamente, da perda da qualidade do meio ambiente ou do risco de perda da qualidade ambiental ocasionada pelo exercício de atividades humanas. O dever de compensar surge, assim, da aplicação do instituto da responsabilidade civil ambiental, que se destina a prover o equilíbrio das relações sociais em razão dos riscos de danos e danos ambientais que possam romper com essa harmonia.

Diante da sistemática que rege a atuação da responsabilidade civil no campo da proteção ao meio ambiente, regida pela teoria da responsabilidade civil objetiva, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, as medidas compensatórias podem ser resultantes de duas formas distintas de manifestação da responsabilidade civil ambiental: a responsabilidade *ex post* e a responsabilidade *ex ante*.

Enquanto a primeira forma – da responsabilidade civil ambiental *ex post* – refere-se ao sistema tradicional da responsabilidade civil, a responsabilidade civil ambiental *ex ante* representa a conjugação da obrigação do particular em abster-se de prejudicar o seu entorno com a obrigação do Poder Público de velar pela integridade do bem constitucionalmente protegido. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil passa a ter novos contornos ao reger relações jurídicas em que se busca tutelar interesses difusos. Seu entrosamento com os princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da precaução lhe oferecem uma índole preventiva e distributiva, oferecendo novos contornos para sua manifestação. O que se busca, em última análise, é a conservação da qualidade ambiental para as presentes e futuras gerações.

Notas

¹ Como destaca Flávia Portella Püschel (2005, p. 92), as três funções tradicionais da responsabilidade são a punição, a vingança e o restabelecimento da ordem social. Pode-se igualmente falar em uma função da responsabilidade civil de assegurar a ordem pública ambiental e, portanto, de adotar mecanismos que tenham como escopo a prevenção do dano e do risco de dano ambiental, como é o caso da compensação ambiental.

² Entenda-se como princípio conservacionista aquele fundado em uma ética da utilização dos recursos ambientais sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras realizarem suas escolhas, ou seja, uma ética do desenvolvimento sustentável como busca de soluções para as questões ambientais que levem em conta o respeito à sócio e biodiversidade brasileira.

³ Toda sociedade, inclusive as instituições do Estado de Direito, tem o dever de propiciar a concretização do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, incumbe a guarda da Constituição e, portanto, a concretização do direito fundamental assegurado no art. 225 da Constituição Federal de 1988: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (Cf. SILVA, 2007).

⁴ Conseil d'Etat – Rapport public 2005 – Jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque (Etudes & Documents n. 56). Paris: La documentation française, 2005.

⁵ “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente” (§ 1º do art. 14 da Lei 6.938/81). (Cf. SILVA, 2005, p. 425-464).

⁶ “Distintamente da recuperação, a compensação ecológica consiste na substituição do bem lesado por um bem funcionalmente equivalente, de forma que o patrimônio natural permaneça, em seu todo, qualitativa e quantitativamente inalterado”. (FERREIRA, 2004, p. 61).

⁷ A Lei nº 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – “espaços territoriais e seus recursos ambientais, inclusive as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (art. 1º, I). Realizou então a classificação das unidades de conservação em a) unidades de conservação de proteção integral, cujo objetivo básico é preservar a natureza, sendo em princípio admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais; b) unidades de conservação de uso sustentável, cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais. (Cf. Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, alterado pelo Decreto nº 5.566 de 18 de março de 2005).

⁸ Art. 9º, II, da Resolução CONAMA nº 371 de 5 de abril de 2006.

⁹ Como exemplos da manifestação da responsabilidade *ex ante*, determinando previamente à realização de um empreendimento as medidas compensatórias por alterações negativas ao meio ambiente, temos a previsão do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, que rege o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (cf. Decreto 4.340/2002, modificado pelo Decreto 5.566/2005 e Resolução Conama nº 371/2006), e o Decreto nº 97.632/1989, que estabelece que os empreendimentos minerários, em atendimento ao parágrafo 2º do art. 225

da Constituição Federal, deverão, na oportunidade da avaliação do impacto ambiental, apresentar o PRAD – Plano de Recuperação da Área Degradada, prevendo a forma de se compensar a região transformada pelo exercício da atividade.

Referências

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1964.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade de risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, H. Sivini; LEITE, J. R. Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, H. Sivini; LEITE, Jose R. Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obligación de compensar danos causados por conductas lícitas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 726, p. 11-23, abr. 1996.

CONDE ANTEQUERA, Jesús. *El deber jurídico de restauración ambiental*. Granada: Comares, 2004.

CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: FERREIRA, H. Sivini; LEITE, J. R. Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 1983. ? f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986.

FERREIRA, Heline Sivini. Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental. In: LEITE, Jose Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GOMIS CATALÁ, Lucia. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998.

- HUTCHINSON, Tomás. Responsabilidad pública ambiental: parte especial. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. 2 t.
- JONAS, Hans. *Le principe responsabilité*. 3. ed. Paris: Editions du Cerf, 1995.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, P. Affonso L. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRRA, Álvaro L. Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: J. Oliveira, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño ambiental en el derecho privado. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. 1 t.
- PÜSCHEL, Flavia Portela. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. *Revista Direito GV*, n. 1, p. 91-107, maio 2005.
- SACHS, Ignacy. Desenvolvimento e ética: para onde ir na América Latina?: estratégias de desenvolvimento na era da globalização. In: SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- SENDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da restauração do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVA, J. Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. *Interesse Público*, Rio Grande do Sul, 2007. No prelo.
- _____. Princípio de precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. Responsabilidade civil ambiental. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ALVES, Alaor Caffé (Org.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Manole, 2005.

Funções do Direito Comparado

Weliton Carvalho

Sumário

1. Interesse do estudo. 2. Utilidade do Direito Comparado. 3. Recepção legislativa. 4. Conclusões.

1. Interesse do estudo

Tem o presente trabalho por propósito delinear as principais funções do Direito Comparado, as quais se forjam a partir do interesse dos métodos desse ângulo do fenômeno jurídico para a formação e aplicação da ordem jurídica.

Interesse é, portanto, instante de pré-compreensão para o seguro desenvolvimento do tema. O interesse, desse modo, desencadeia-se como possibilidade de utilização futura. Se é verdade que ninguém se interessa pelo inútil, não menos certo é afirmar que a delimitação da fruição somente ocorre após o despertar do sujeito em relação ao objeto.

Em síntese apertada, pode-se dizer que o interesse é o catalisador que rompe a inércia do processo cognoscitivo; a utilidade é aplicação do interesse bem sucedido. Nessa dimensão, está-se autorizado a dizer que a utilidade é o proveito do esforço, ou dito melhor: é o que do esforço se aproveita.

Essa realidade é verificável em qualquer expressão da ciência. Então, por lógica elementar, aplicável aos meandros do Direito Comparado.

Weliton Carvalho é Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco, Professor da pós-graduação do Centro Unificado de Ensino do Maranhão - CEUMA, Juiz de Direito.

Neste ponto lembre-se de Ivo Dantas (2000, p. 63) ao afirmar que o Direito Comparado não tem funções práticas. Essas são derivadas das conclusões postas ao alcance dos operadores do Direito na precípua missão de regulamentar o comportamento dos homens em sociedade.

Não obstante essa observação de Ivo Dantas (2000), note-se que o caráter pragmático é que move o estudioso em seu labor científico. É comum, por circunstâncias, o estudioso renegar a caracterização científica em prol da utilidade do conhecimento adquirido. Em sede de Direito Comparado, pela própria polêmica da discussão em torno de seu caráter científico, alguns juristas hipertrofiaram o pragmatismo desse ramo do Direito em detrimento de sua cientificidade.

Muito a propósito dessa problemática, Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 109), após se filiar à corrente que nega caráter científico ao Direito Comparado, escreve:

“El derecho comparado no debe ser una disciplina puramente teórica que se desenvuelve a base de abstracciones alejadas de las realidades de la vida. Si en otras épocas se vinculaba exclusivamente a las ciencias filosóficas e históricas, la tendencia moderna de considerarlo un método con múltiples aplicaciones, hace del derecho comparado una ciencia que es, ante todo, útil”.

No mesmo diapasão, H. C. Gutteridge (1954, p. 15) lançou essa sentença em forma de pergunta-resposta ao problema das funções do Direito Comparado: “El problema esencial no es qué es el derecho comparado? La verdadera cuestión es la de: para qué sirve?”.

Evidente que o traço científico do Direito Comparado não pode ser relegado a uma questão meramente acadêmica. Porém a investigação pragmática ganha relevo crescente em um mundo em crescente interação, em que os sistemas jurídicos se entrelaçam em velocidade cibernética.

Prova cabal dessa interação em cadeia entre os Estados se verifica na preocupação dos países com os rumos da economia como um dos fatores a influenciar o Direito, como ordem jurídica concretamente posta.

Não se pode negar que a denominada *sociedade globalizada* é uma nova fase do capitalismo. Nesse sentido, feliz o pensamento de René David (1953, p. 51): “Los negocios tienden cada vez más a hacerse internacionales”.

Essa nova feição do capitalismo exige cada vez mais o empenho dos comparatistas no domínio dos diversos sistemas e ordenamentos jurídicos. Reitere-se, aqui, as palavras de Jorge Miranda (1986, p. 207):

“As causas gerais do desenvolvimento contemporâneo do Direito comparado estão ligadas, como facilmente se compreende, a duas ordens de factores: o desenvolvimento da própria Ciência Jurídica e o incremento das relações internacionais e da circulação de bens e pessoas”.

Nesse contexto, vislumbra-se um curioso efeito reflexo entre a prática e o desenvolvimento científico do Direito Comparado: na medida em que o pragmatismo exige estudos comparativos entre ordens ou institutos jurídicos (macro ou microcomparações), o caráter científico desse ramo do Direito se sobrepõe.

Dentro do interesse diante do estudo do Direito Comparado, a produção da literatura enfocando esse novo paradigma jurídico tem contribuído para demonstrar sua autonomia e desvendar novas utilidades, em razão diretamente proporcional ao avanço das pesquisas.

2. Utilidade do Direito Comparado

Nesse âmbito da pesquisa, tentar-se-á demonstrar as várias utilizações do Direito Comparado. Evidente que não se tem a pretensão de esgotá-las, nem isso seria possível, dada a própria dinâmica do fenômeno

jurídico, que tem por destino se adequar às novas reclamações da vida. Apenas traçar-se-á uma visão genérica e quase consensual da aplicabilidade da ciência jurídica no seu momento de comparação de ordenamentos jurídicos.

Ao precisar o campo de utilização do Direito Comparado, Ivo Dantas (2000, p. 61-62) o divide em dois quadrantes bem definidos: o primeiro grupo denominou *objetivos pessoais*; o segundo, *profissional*, conforme se percebe nesta passagem:

“Pelo primeiro, ao qual denominados de objetivos pessoais, visa-se uma maior satisfação intelectual daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O objetivo, pois, é meramente subjetivo, cultural [...].

O segundo grupo de finalidades – em nosso entender – pode ser denominado de profissional e encontra-se mais ligado à Técnica e Política Jurídica ou mesmo Política Legislativa, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos – sobretudo aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional – existentes em outros ordenamentos, exatamente porque, queiramos ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de universalização dos conceitos no campo da Ciência Jurídica”.

Por seu turno, Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 15), lançando mão do vocábulo *funções*, delimita, de modo pormenorizado, as diversas utilidades do Direito Comparado. Carlos Ferreira de Almeida (1998) vislumbra as seguintes funções do Direito Comparado: funções utópicas e realistas; funções relativas aos direitos nacionais; funções relativas à uniformização e harmonização de Direitos; funções relativas à

construção de regras de aplicação subsidiária e funções de cultura jurídica.

Cabe aqui, *en passant*, demonstrar as linhas gerais das concepções formuladas por Carlos Ferreira de Almeida (1998). Por *funções utópicas* entende ele aquelas dotadas de generalidades (por exemplo, formação de uma ciência jurídica universal). E as *funções realistas* seriam aquelas dotadas de maior racionalismo, concentrando o jurista esforços no sentido de construir finalidades utilitárias (por exemplo, regras de uniformização e harmonização de direitos).

Com relação às *funções relativas aos direitos nacionais*, sobressaem aquelas clássicas, quais sejam: interpretação, aplicação e integração do ordenamento jurídico, a partir de um certo conhecimento do Direito Comparado.

As *funções relativas à uniformização e harmonização de Direitos* significam a possibilidade de um ato internacional inserir em ordens jurídicas autônomas normas de mesmo conteúdo. Nesses casos exigem-se estudos de Direito Comparado da espécie microcomparação relativamente ao instituto que se deseja uniformizar.

A propósito das *funções relativas à construção de regras de aplicação subsidiária*, Carlos Ferreira de Almeida (1998) esclarece que certos tratados internacionais prevêm a aplicação, a título subsidiário, de princípios gerais comuns aos ordenamentos jurídicos envolvidos no pacto transnacional.

Finalmente, as funções de cultura se concretizam na formação dos juristas.

Bem observado, a dicotomia *objetivos pessoais* versus *finalidade profissional* corresponde exatamente ao dualismo *funções utópicas* versus *funções realistas*. Pode-se, ainda, notar que as demais classificações propostas por Carlos Ferreira de Almeida (1998) são especificações desse primeiro grupo.

A preocupação com as diversas utilidades ou funções derivadas do Direito Comparado ratifica o destino pragmático da ciência jurídica. Passa-se, agora, a indicar os substratos mais flagrantes de operacio-

nalização decorrente do cotejo produzido pelo comparatista.

Notadamente, a proeminente utilidade do Direito Comparado reside na melhor compreensão do direito nacional. Evidente que o jurista dotado de sólida formação em Direito Comparado terá maior domínio do ordenamento pátrio, naquelas atividades que são cotidianas aos operadores do Direito: interpretação, aplicação e integração. Além, é claro, de possuir uma visão crítica sobre a política legislativa desenvolvida em seu país.

Essa função do Direito Comparado como paradigma do conhecimento do ordenamento jurídico nacional foi elucidada por José de Oliveira Ascensão (1994, p. 113).

“A Ciência do Direito tem a lutar muito com estes ensinamentos. Se o legislador se inspirou em leis estrangeiras, o conhecimento dessas leis favorece a compreensão da lei nacional. Assim acontece, no mais alto grau, quando o legislador se remeteu servilmente ao modelo alheio. Frequentemente aparecem trechos legais que por si não fazem sentido, e que só se iluminam quando se descobre que são uma transposição de uma fórmula vigente no estrangeiro[...]”.

No mesmo sentido, René David (1953, p. 80) reconhece que o Direito Comparado possibilita ao jurista conhecer melhor a cientificidade do ordenamento nacional, já que terá uma visão mais sólida sobre suas estruturas e a interação de seus princípios com os demais sistemas jurídicos contemporâneos.

Função derivada dessa primeira, mas que com ela guarda autonomia, é a que se refere ao aperfeiçoamento da legislação nacional. Trata-se, a rigor, da denominada recepção legislativa. É exatamente nesse instante que o comparativista pode apresentar soluções ao seu ordenamento de origem, valendo-se da experiência alienígena.

Sem dúvida, uma das mais ousadas funções derivadas do Direito Comparado

é aquela que pretende a unificação legislativa. A proeminência dessa função é tão evidente que Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 113) afirma que o próprio Direito Comparado com ela se confunde, já que “ha existido una tendencia a considerar que el objeto esencial del derecho comparado es la unificación legislativa, y se ha llegado incluso a confundir derecho comparado y unificación de leyes”.

Evidente que essa pretensa unificação é quase utópica e, na concretude dos fatos, relativa, pois o Direito reclama para si peculiaridades forjadas no caldo cultural da nação. Na melhor das hipóteses, pode acontecer uma maior semelhança normativa “entre países que forman parte de un mismo círculo cultural, que tiene una tradición política y estructura social semejante”, consoante apreciação de Pablo Lucas Verdú (1984, p. 416).

Outra possibilidade palpável de maior aproximação entre ordens jurídicas alienígenas é defendida por Paolo Biscaretti de Ruffia (1975, p. 15) ao vislumbrar a formação de blocos transnacionais.

Por outro turno, após expor as idéias de Lambert, segundo as quais é possível extrair das instituições e das concepções de diferentes ordenamentos um Direito Comum Legislativo, Caio Mário da Silva Pereira (1953, p. 7) foi cauteloso com relação à unificação legislativa.

“Não me filio à corrente capitaneada embora por um tão insigne e brilhante espírito. Menos extremado, e mais razoável se me afigura Mario Sarfatti, quando aponta o Direito Comparado como ciência suscetível de provocar uma contínua aproximação entre as legislações e de extrair das que se encontram em um mesmo grau de adiantamento os princípios próximos, a bem dizer comuns, e, assim, empreender a unificação do Direito”.

Sendo o Direito fenômeno universal, é natural que o acúmulo da experiência humana reclame do cientista do Direito

cultura jurídica para entender o fenômeno estudado. Percebendo tal realidade, Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 19) toma a função cultural como “a mais importante e certamente a mais nobre das funções do direito comparado”. Essa posição se fundamenta no sentido de observar que o jurista sem visão comparativista tende para a auto-suficiência, o isolamento e o provincianismo.

A importância do Direito Comparado como insumo da formação cultural do jurista e de toda e qualquer ordem jurídica é notada por Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 118-120) e veementemente ratificada por René David (1950, p. 683-684):

“O direito comparado é um instrumento essencial de cultura geral para o jurista, porque sem ele, como sem a história da qual ele é complemento e homólogo, sem ele não é possível chegar a conclusões que ultrapassam a porta do direito particular e não se pode encontrar a universalidade que postula toda verdadeira ciência”.

Outro aspecto em que o Direito Comparado tem despertado grande interesse, principalmente nos dias que correm, é exatamente a função de compreensão do panorama internacional. Essa função se concretiza pelo intercâmbio que cada país pode estabelecer com outro, no intuito de conhecer dele o ordenamento jurídico, em toda sua complexidade (inclusive analisando os elementos metajurídicos que o formaram, para com ele estreitar relações, mormente econômicas, com alguma margem de segurança).

Outras funções menos marcantes poderiam ainda ser mencionadas, como sucede com a função do Direito Comparado em face do Direito Internacional Público, do Direito Internacional Privado, da História do Direito e da Filosofia do Direito. Sem contar a aplicabilidade do Direito Comparado em face da administração da justiça, da advocacia e da própria diplomacia.

Como se nota, seria impossível abordar cada uma dessas funções nos estreitos limites de um artigo. Assim sendo, em atendimento a uma reclamação pragmática e de vida cotidiana dos parlamentos, faz-se a opção de verticalizar o estudo sobre a função de recepção legislativa como uma das mais preponderantes do Direito Comparado.

3. *Recepção legislativa*

O instituto da recepção legislativa, genericamente percebido por Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 111) como *perfeccionamiento de la legislación nacional*, requer o maior dos cuidados, posto que não se trata simplesmente de se copiar os institutos estrangeiros e introduzi-los na legislação pátria.

A problemática do presente estudo é denunciada desde logo por uma imprecisão terminológica muito bem detectada por Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 3) ao constatar que o termo *recepção legislativa* é tido como sinonímia de migrações jurídicas, transplantes legais, empréstimos legislativos e importações de direitos. E o mais grave é que esses termos são usados de maneira aleatória, tanto na micro quanto na macrocomparação.

Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 2) percebeu bem ao afirmar que a recepção legislativa se perfaz com “os fenômenos de introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”. Note-se que Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987) teve o cuidado de indicar ser a recepção legislativa produto de uma fenomenologia, e não um ato aleatório e irresponsável, sobre o qual já se insurgiu Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 111).

“Muchas veces se ha imitado una disposición o un conjunto de disposiciones únicamente porque se habían promulgado en un país extranjero importante o porque quienes elaboraron la ley extranjera eran unos juristas

eminentes. Y después ha resultado que aquella ley extranjera 'importada' no había producido los efectos que de ella se esperaban".

Significa isso dizer que a recepção legislativa deve ser precedida de rigoroso estudo de Direito Comparado, levando-se em conta as causas que motivaram a produção de determinada norma ou instituto, bem como a realidade sociológica em que nasceu, sua análise prática, além das causas que fundamentam seu sucesso ou fracasso. Não podemos esquecer da lição de Ferdinand Lassalle (1994) que mostrou a relação profunda entre a norma e a realidade.

Se as razões da recepção legislativa mudaram ao longo do tempo, postando-se hoje em face da nova feição do capitalismo internacional, outras têm fundamentos diversos. Atualmente a formação de blocos econômicos implica um fluxo de recepção legislativa entre os países de maior sedimentação jurídica. Por outro turno, nos países denominados periféricos, pela atual geopolítica, outros fatores favorecem o fenômeno da recepção legislativa, tais como a insegurança na escolha do modelo jurídico do Estado, um certo complexo de inferioridade diante do mundo europeu decorrente da colonização, a formação da elite jurídica nacional a partir do pensamento dominante sem visão crítica e, sobretudo, a velha mania de entender que a lei por si só transforma a realidade.

Nessas considerações bem se poderia abrir um parêntese para desenvolver o perfil do Brasil diante do instituto da recepção legislativa, que nem sempre alcança o êxito desejado, em que pese estar o Estado brasileiro atualizado com o que há de mais avançado no Direito internacional, como faz prova esta passagem de Ana Lúcia de Lyra Tavares (1991, p. 74).

"O texto constitucional de 88 não foge à regra dos anteriores: é documento atualizado com as mais recentes tendências do constitucionalismo contemporâneo, incorporando

as principais inovações do direito estrangeiro, em especial no campo dos direitos e garantias fundamentais".

Talvez a pergunta mais importante para juristas e parlamentares seja esta: ora, se o texto magno de 1988 se encontra atualizado com os mais notáveis avanços das Constituições modernas, por que não funciona entre nós? Ana Lúcia de Lyra Tavares dá a resposta (1991, p. 74).

"A persistência desse idealismo jurídico não surpreende, pois ele decorre da formação legalista dos autores do novo Texto. Ela denota, igualmente, uma crença profunda no poder transformador de uma Constituição que, beneficiária do apoio das forças representativas da sociedade, torna-se instrumento para a superação dos graves problemas econômicos e sociais com que se defronta o país".

Basta, portanto, o exemplo da Constituição Brasileira para se perceber o grau de responsabilidade daqueles que operam com o instituto da recepção legislativa, posto que este não se exaure com a mera transposição do instituto alienígena para o corpo do ordenamento nacional. Aliás, uma vez mais, o Brasil é exemplo dessa assertiva, na própria voz de Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 11), ao afirmar: "Se se comparar as técnicas empregadas pelos legisladores brasileiros para efetuar importações desde os tempos do império e da Primeira República (1891 a 1930) até os dias que correm, dificilmente poder-se-ia afirmar que houve um aprimoramento quanto ao processo em si de recepção".

Essa responsabilidade de pesquisar com a maior acuidade possível é o mínimo que se pode impor a todo aquele encarregado de realizar a recepção legislativa, posto que esta não se esgota no momento em que se produz a norma. Em verdade, a recepção legislativa envolve desde a eficácia do ordenamento jurídico até o trabalho dos operadores do Direito para lhe dar a ver-

dadeira dimensão no cotidiano de dirimir litígios.

Nesse particular, importamos institutos alheios a nossa realidade sem considerar o grau de eficácia que estes podem proporcionar na soberania nacional.

Não é por outro motivo que Ivo Dantas (2000, p. 68) afirma que a atual Constituição brasileira é pródiga em transplantar de ordenamentos jurídicos alienígenas institutos que chegam ao cúmulo de se contradizem, como ocorrem com as denominadas medidas provisórias.

Assim a ciência do Direito Comparado não pode ser usada de modo arbitrário, sob pena de se colocar em cheque sua própria utilidade e desprestigiá-la naquilo que lhe é mais caro: seu alcance de autonomia perante outros ramos do Direito.

4. Conclusões

1. A moderna concepção o Direito Comparado não se exaure no mero cotejo entre ordenamentos diversos, mas sobretudo como fator de observação para futuras políticas legislativas, além da compreensão dos ordenamentos nacionais.

2. O estudo do Direito Comparado decorre do interesse de se cotejar ordens jurídicas diversas para posterior utilização das conclusões auferidas.

3. Várias são as utilidades do Direito Comparado, as quais podem ser enquadradas em dois grandes grupos: o primeiro, podemos denominar aquele cujo conteúdo é de objetivos pessoais; o segundo plasma-se em preocupação profissional.

4. As diversas utilidades do Direito Comparado ratificam o destino pragmático da ciência, mas não amesquinha a alta indagação científica desse ramo do conhecimento jurídico.

5. Uma das mais importantes utilidades do Direito Comparado é a recepção legislativa; fenômeno por meio do qual as ordens jurídicas se alinham com o que há de mais avançado no campo do Direito. Não

obstante, essa atualização do ordenamento jurídico interno deve ser precedida de uma análise crítica bastante lúcida para não se importar instituto fadado à ineficácia.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

COOKE GUTTERIDGE, Harold. *El derecho comparado: introducción al método en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Institutvo de Derecho Comparado, 1954.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. *Le droit comparé enseignement de culture générale*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, a. 12, n. 4. out./dez. 1950.

_____. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953.

LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?*. Barcelona: Ariel, 1994.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1984. 1 v.

MIRANDA, Jorge. *Sobre o direito constitucional comparado*. *Separata de Direito e Justiça*, Lisboa, v. 2, 1981/1986.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Universalização da ciência jurídica*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, 1953.

SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de. *Iniciación al derecho comparado*. Barcelona: Institutvo de Derecho Comparado, 1954.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991.

_____. *A utilização do direito comparado pelo legislador*. *Contextos*, Rio de Janeiro, n. 1, mar. 1987.

Migração e discriminação de trabalhador

Valter Foletto Santin

Sumário

1. Introdução. 2. O processo de migração no Brasil. 3. Características dos migrantes. 4. Razões do processo de migração. 5. Direito ao trabalho e de migração. 6. A discriminação racial do migrante. 7. Conclusões.

1. Introdução

A migração dos povos em busca de melhores condições de vida e trabalho é um fenômeno mundial e constante, desde a Antigüidade, quando os judeus foram para o Egito, submeteram-se à escravidão e depois retornaram à terra de origem, guiados por Moisés (*Bíblia Sagrada, Êxodo*), até os dias atuais, em que trabalhadores mudam de cidades, regiões e países.

A movimentação de pessoas e trabalhadores, de uma região para outra e de um país para outro, provoca inúmeros problemas de adaptação social, cultural e psicológica, o que facilita a ocorrência de discriminação pelo povo receptor.

2. O processo de migração no Brasil

O processo de migração traduz o fenômeno da movimentação territorial das pessoas. Comporta três divisões: migração, imigração e emigração. A migração é a movimentação dentro do mesmo território; imigração é o processo de chegada de pessoas de outros países; emigração é a saída dos nacionais para outro país.

Valter Foletto Santin é Promotor de Justiça em São Paulo, doutor em Processo e Professor do programa de Mestrado da FUNDINOPI.

Na primeira fase da história do país, destacou-se o processo migratório; depois, a migração interna; ultimamente, destaca-se a emigração de brasileiros.

O Brasil foi descoberto pelos portugueses em 1500, únicos imigrantes por muito tempo. A colonização portuguesa intensificou-se nos séculos 16, 17 e 18. Na mesma época, foram trazidos da África cerca de 6 milhões de escravos negros, para o trabalho agrícola e de mineração. Era vedada a entrada de estrangeiros não lusitanos, sendo repelidas as tentativas de permanência de franceses e holandeses. A partir de 1808, com a vinda de João VI e da Família Real e a abertura dos portos, a imigração de estrangeiros passou a ser permitida. A imigração alemã destacou-se nas décadas seguintes e intensificou-se após 1850, com a proibição do tráfico de escravos e outras medidas restritivas. Em 1870, iniciou-se a imigração italiana. Nas duas últimas décadas do século XIX, chegaram 1,5 milhão de imigrantes, para substituir a mão-de-obra escrava na agricultura. Em 1908, começaram a chegar os japoneses (NOVA..., 1996, p. 476).

Atualmente, há restrições à chegada de imigrantes ao país, destacando-se a imigração de chineses, coreanos e bolivianos.

Nos últimos tempos, a migração interna ocorreu principalmente pela movimentação de nordestinos para as regiões Sudeste e Sul, influenciando no crescimento populacional e econômico, principalmente nos de São Paulo e Rio de Janeiro. Nas últimas décadas, a migração de sulistas e paulistas para o Centro-Oeste foi acentuada, no desenvolvimento do Estado de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. No Brasil, é livre a locomoção interna, fixação de residência e saída (art. 5º, XV), compatível com o direito internacional (art. 22, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San Jose).

A partir da década de 1980, a chamada "década perdida", a emigração acentuou-se, com a partida de brasileiros para o Japão, Europa e Estados Unidos. Calcula-se que o número de brasileiros no exterior seja de 1 a

2 milhões, algo em torno de 1% do conjunto da população (DECOL, 2000, p. A17). No Japão, há 230 mil imigrantes brasileiros, os chamados *dekasseguis* (NUNOMURA, [200-]).

O processo de imigração e emigração de trabalhadores é mundial, calculando-se a existência de 70 a 150 milhões de trabalhadores estrangeiros no mundo, legais ou ilegais, com aumento de 1 milhão por ano. Somente a Europa recebe 500 mil novos ilegais por ano, possuindo atualmente cerca de 19 a 38 milhões de ilegais (EUROPA..., 2000, p. A13).

3. Características dos migrantes

Os migrantes são considerados permanentes, temporários, clandestinos, asilados e refugiados. Permanente é o trabalhador com situação definitiva no país. Temporário é o trabalhador com tempo de trabalho de duração determinada ou em trânsito, cuja duração do contrato é, em geral, de 2 anos, normalmente técnicos e braçais, ou o profissional em trânsito, o chamado executivo de empresa multinacional. Clandestino é o trabalhador em situação ilegal, que ingressou a turismo ou por falha do controle das fronteiras. Asilado é aquele discriminado na origem, por razões políticas. Refugiado é o migrante em fuga do país de origem por razões bélicas ou étnicas (APPLEYARD, 1991, p. 22-23).

Os países desenvolvidos recebem trabalhadores para serviços braçais e técnicos especializados e mandam executivos (multinacionais). Os países subdesenvolvidos mandam braçais e técnicos especializados, e recebem executivos.

A América Latina tem atraído poucos migrantes e está perdendo mão-de-obra especializada para EUA, Canadá e Europa (APPLEYARD, 1991, p. 5).

4. Razões do processo de migração

O processo de migração tem razões econômicas, políticas, sociais, raciais e religiosas. O progresso econômico de um país ou região, o fracasso ou dificuldade de outro, o regime político do país, as guerras, as lutas

ideológicas, sociais e raciais determinam as idas e vindas de outros povos.

O fator econômico é o mais importante e determinante para a migração de trabalhadores. A pobreza dos países subdesenvolvidos provoca a carência de trabalho e de oportunidades no local de origem, em dicotomia com a grande procura de mão-de-obra nos locais receptores, estimula a mudança de residência e a aceitação de trabalho, normalmente desqualificado e por salário menor que os nacionais. A mão-de-obra migrante é mais barata e menos qualificada, preenchendo postos de trabalho recusados pelos nacionais.

A situação econômica favorável do país pode desencadear o convite à imigração de trabalhadores. Na década de 1960, durante o Milagre Econômico, o governo alemão convidou trabalhadores (*Gastarbeiter*), convite aceito por milhares de turcos (SER..., 1999). No ano de 2000, convidou trabalhadores indianos, para atuação na área de informática. O recente progresso econômico também explica o convite feito pela Irlanda, especialmente aos descendentes de irlandeses, cujo país teve a sua população reduzida em mais de um terço no século XIX, devido à emigração em massa, principalmente para os Estados Unidos (CRUZ, 2000, p. 70-71).

A vertente econômica é a principal causa da emigração de brasileiros para os Estados Unidos, Japão e Europa. A maioria dos imigrantes mundiais é estimulada preponderantemente pelo aspecto econômico.

No aspecto político, a migração decorre de convite, asilo ou refúgio. A migração por convite atende a aspectos políticos e econômicos (Alemanha e Irlanda). O asilado é aceito e protegido pelo país receptor, para fugir de perseguição política ou por divergências doutrinárias, com base no direito internacional (Convenção sobre Asilo Territorial, de Caracas, 1954; art. 22, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Refugiado é o imigrante vítima de guerra no país de origem, com direito re-

conhecido pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951. As guerras da Jugoslávia, Bósnia e na África aumentaram o número de refugiados. Somente em 1992, início da guerra na Bósnia, a Alemanha recebeu 440.000 pessoas (SER..., 1999).

O Estado de Israel estimulou a imigração de judeus do mundo inteiro, por questões religiosas e políticas. Destacam-se nos últimos tempos a chegada de muitos soviéticos e etíopes, estes judeus negros, conhecidos por *falashes*.

Atualmente, as razões mais fortes para a emigração e imigração são a pobreza dos países subdesenvolvidos, a globalização e regionalização dos países, a facilidade de informação e a melhoria dos transportes. Também as guerras civis (Jugoslávia, Bósnia e África) estimulam imensamente a emigração. As razões econômicas ainda preponderam, especialmente em direção aos países do Hemisfério Norte, em melhor situação que os do Sul.

Como outro lado da moeda, a migração favorece os países ricos do Hemisfério Norte e prejudica os países pobres, pela "fuga de cérebros", a mão-de-obra qualificada, especialmente de sul-americanos, africanos e indianos. Quase um terço da mão-de-obra qualificada africana (100 mil diplomados) trabalha nos países desenvolvidos; 40% a 50% dos indianos formados nas universidades trabalham no exterior na área de informática. Esse movimento de profissionais qualificados, a "fuga de cérebros", foi qualificado por Habib Ouane, em Conferência da ONU para a Cooperação e o Desenvolvimento, como uma "transferência de tecnologia invertida" (FILIPPIS, 2000, p. A19; RUEFF, 2000, p. A22). O "êxodo de cérebros" ou "drenagem de cérebros" (*brain drain*) também afeta o Brasil, devido à saída de cientistas e profissionais de informática (DIAS, 2000, p. A22).

5. Direito ao trabalho e de migração

O Direito ao trabalho é um direito fundamental do cidadão, para lhe permitir

ganhar os meios de sustento pessoal e familiar. A proteção ao trabalho é prevista no ordenamento internacional (art. 5º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966).

No Brasil, a Constituição Federal previu o Direito ao Trabalho como um dos Direitos Sociais (art. 6º). A Carta Magna proibiu a desigualdade salarial e critérios de admissão (XXX), programando medidas para a redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego (art. 170, VII e VIII). Nos Princípios Fundamentais da Constituição, são reconhecidos e acentuados a proteção à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), sendo objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos e formas de discriminação (art. 3º, I a IV). A busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, inclui-se no rol dos Princípios Fundamentais (art. 4º, parágrafo único).

Todos são livres para a escolha de trabalho, atendidas as qualificações profissionais legais (XIII), sendo garantida a igualdade de brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º, *caput*). A igualdade entre nacionais e estrangeiros em situação regular alcança as relações de trabalho, superando a exigência para os países em desenvolvimento, porque o Pacto de Direitos Econômicos facultou aos países em desenvolvimento (em consideração aos direitos humanos e situação econômica do país) indicar a medida da garantia dos direitos econômicos, mitigando um pouco a igualdade entre trabalhadores nacionais e estrangeiros.

Inegavelmente, o direito ao trabalho é um dos mais importantes direitos humanos, porque possibilita ao cidadão meios para ganhar a vida e viver dignamente. O desem-

prego e a falta de oportunidade de trabalho constituem-se em fenômenos sociais consideráveis na luta pela dignidade do povo, no jogo do poder e da dominação econômica.

A propósito, Michel Foucault (apud FERRAZ JÚNIOR, 1994) percebeu que as relações de poder modificaram-se no Renascimento; a burguesia apossou-se desse novo poder, chamado poder disciplinar, inicialmente sobre o território, o qual passou a ser exercido também sobre o corpo e seus atos, poder sobre o trabalho, porque mais racionalizável, contínuo e permanente, de molde a provocar maior flexibilidade da soberania, pela impressão de que tudo tem base econômica e incumbe ao poder político o seu zelo.

O cidadão tem direito ao trabalho e de migrar, interna ou externamente. Por outro lado, o país receptor tem direito a aceitar ou recusar a imigração, de acordo com as conveniências e necessidades dos receptores, normalmente de cunho econômico, para permitir a utilização de mão-de-obra necessária e a continuidade do seu crescimento econômico.

Note-se que as vagas atualmente existentes nos países desenvolvidos são para trabalhadores pouco qualificados ou qualificados em demasia. A ONU calculou recentemente que, nos próximos 50 anos, a União Européia precisará de 700 milhões de imigrantes para compensar os efeitos do envelhecimento de sua população, sendo que, somente a França, necessitará de 94 milhões de imigrantes, uma vez e meia a sua população. A cifra foi considerada “exorbitante, absurda” por Joseph Grinblat (apud, ROTMAN, 2000, p. A20), um dos autores do estudo.

No tocante ao processo inverso, o imigrante pode deixar o país receptor de forma livre ou compulsória. O imigrante é livre para sair do país receptor, a qualquer momento, independentemente do assentimento do país.

Por outro lado, a saída compulsória pode decorrer da expulsão de estrangeiro,

legal ou ilegal. O estrangeiro regular apenas pode ser expulso por decisão, não em massa. O art. 22, §9º, da Convenção Americana prevê que não é permitida a expulsão coletiva de estrangeiros.

6. A discriminação racial do migrante

Os regimes democráticos, as Constituições nacionais, os Tratados e convenções internacionais garantem a não discriminação do trabalhador estrangeiro ou de outra região. O art. 24 do Pacto de San Jose prevê a garantia de igualdade perante a lei, sem discriminação.

No entanto, o trabalhador migrante ou imigrante pode sofrer discriminação por parte do povo da terra. A discriminação pode ter base política, econômica, sociológica, racial e sexual.

A mesma Alemanha que convidou os turcos na década de 1960 para trabalhar, agora os discrimina politicamente dificultando e obstando a obtenção da cidadania alemã (SER..., 1999).

Portugal restringiu, por muito tempo, o pleno exercício de funções profissionais a brasileiros, principalmente a dentistas e engenheiros, apesar do acordo de reciprocidade. A reciprocidade tem base na Carta Magna brasileira (art. 12, §1º).

A base econômica influencia na discriminação do migrante. O desemprego no país receptor e o desnível econômico-social entre o imigrante e os nacionais podem desencadear reações dos nacionais, traduzidas em discriminação.

O sentimento de perda de trabalho normalmente não tem procedência, porque os imigrantes, em regra, exercem trabalho menos qualificado e de menor remuneração, situação a que os nacionais não se sujeitam. Os postos mais qualificados e melhor remunerados relacionam-se principalmente à nova economia, a informática, com carência mundial de trabalhadores que não concorrem diretamente com os desempregados do país receptor. Na Argentina, a taxa de desemprego de 13% teria queda de apenas

0,2% se os trabalhadores estrangeiros fossem embora (GAZIR, 1998).

Os aspectos sociológicos da discriminação relacionam-se à xenofobia, a aversão a estrangeiro. Na Argentina, há um processo de aversão aos trabalhadores estrangeiros, principalmente bolivianos e paraguaios. O próprio candidato a presidente, Eduardo Duhalde, incentivou esse sentimento (GAZIR, 1998).

Os problemas de língua e culturas diversas contribuem para a discriminação porque causam distância e dificuldade de convivência e integração. No Japão, os namoros de *dekasseguis* com os japoneses são improváveis, por preconceito racial. Também são discriminados porque a imagem do estrangeiro está associada à Aids, em razão da presença de infectados com o vírus do HIV, 54 vezes superior ao índice anotado entre japoneses (NUNOMURA, 2000).

A discriminação de cunho racial diminuiu, por força do desenvolvimento humano e das normas internacionais de direitos humanos que proibem a escravidão e servidão e o tráfico de escravos (Art. 6º, Pacto de San Jose, dentre mais).

A discriminação racial entre os próprios nacionais ou em relação a estrangeiros ainda persiste no mundo inteiro. Na África do Sul, com o fim do *apartheid*, uma pessoa branca, melhor qualificada e classificada em concurso, sentiu-se discriminada pelo favorecimento a trabalhador negro – política atual daquele país para superar a desvantagem social dos negros –, ingressou com processo contra o governo e saiu-se vencedora, em julgamento por arbitragem. Os dois funcionários foram contratados (DIAS, 2000). No Brasil, o desemprego é maior em relação aos negros (em média 50% mais que os brancos nas regiões metropolitanas) e à remuneração menor (50%). Algumas empresas multinacionais (Monsanto, Xerox, IBM, Coca-Cola e outras) instaladas no Brasil estão reservando um percentual das novas vagas para as minorias (negros,

homossexuais e portadores de deficiência) (BUCHALLA; MARTINS, 2000, p. 118-119). No período do Cinema Novo, o preconceito racial era de que “não podia ter crioulo na tela”, segundo referiu o cineasta Nelson Pereira dos Santos (COUTO; LEITE NETO, 1999). Há até reclamação de discriminação de negros no Carnaval baiano (COLOMBO, 1999). Constantemente, reclama-se que o negro aparece menos na televisão, normalmente em papéis secundários e interpretando personagens subalternos. Nos EUA, a afirmação racial dos negros aponta para inúmeros incidentes. Funcionários da Coca-Cola denunciaram que os negros são discriminados, recebendo salários menores e menos promoções (TURAY JÚNIOR, 2000).

As mulheres reclamam que são discriminadas no trabalho em relação ao homem, porque “enquanto um homem ganha US\$ 1, uma mulher ganha US\$ 0,74 se for branca e US\$ 0,63 se for negra” e ocupam posições inferiores, segundo disse a sindicalista norte-americana Eileen Kirlin, em entrevista (AVELAR, 2000, p. B6). Em contrapartida, a Suécia favorece as mulheres na contratação de empregados, sendo que é de 43% o índice de participação feminina em cargos públicos, superior à média de 25% dos países da União Européia; metade dos ministérios suecos são ocupados por mulheres, que não chegam a 5% na Grécia. Entretanto, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia recusou a possibilidade de as mulheres terem prioridade na contratação para cargos públicos, atendendo a consulta sobre a legislação sueca, numa hipótese que uma professora universitária foi nomeada no lugar de um professor melhor classificado na disputa acadêmica, considerando que método de avaliação priorizando o sexo do candidato é “inapropriado”. Enfatizou a decisão comunitária que “dar prioridade às mulheres com igual qualificação que os homens não é algo contrário ao direito comunitário, se o objetivo é estabelecer um equilíbrio entre os sexos. Mas não se pode

deixar de lado que o importante ao se contratar alguém é uma apreciação objetiva de cada candidato, individualmente” (POZZI, 2000, p. A12).

O nível de escolaridade do imigrante influencia a sua integração ao novo país. Os trabalhadores menos qualificados têm mais dificuldade; os mais qualificados e educados são mais facilmente adaptados ao novo país, porque a barreira da língua é menor e normalmente possuem melhores salários e condições econômicas, o que lhes permite conviver num nível social mais elevado e mais aberto ao imigrante bem-sucedido.

7. Conclusões

Assim, concluo:

a) O processo de migração, interna e externamente, é constante, principalmente por razões econômicas e sociais.

b) O direito ao trabalho é garantia fundamental do homem, direito humano implícito, porque diz respeito à dignidade da pessoa humana, com direito a obter meios econômicos para uma vida digna, com conforto e para atender às necessidades básicas próprias e familiares.

c) É vedada a discriminação racial e por trabalho, tanto para nacionais como para estrangeiros legais.

d) Não pode ocorrer discriminação quanto ao acesso ao trabalho, diferenças salariais e ascensão funcional, por raça, sexo ou nacionalidade.

e) A discriminação afeta mais os estrangeiros de menor nível cultural, social e econômico.

Referências

APPLEYARD, Reginald T. *International migration: challenge for the nineties*. Geneva: Genevoise, 1991.

AVELAR, Mafalda. Conferência vai discutir direitos das mulheres. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. B6, 13 jun. 2000.

BUCHALLA, Anna Paula; MARTINS, Juliana. Cotas de 10%: empresas multinacionais estão reservando

vagas para minorias: principalmente negros. *Veja*, São Paulo, n. 1652, p. 118-119, 7 jun. 2000.

COLOMBO, Sylvia. Ilê Aiyê chega aos 25 e reclama da axé. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 fev. 1999.

COUTO, José Geraldo; LEITE NETO, Alcino. Cinco décadas de Brasil: o cineasta Nelson Pereira dos Santos, diretor de *Vidas Secas*, conta sua trajetória de 50 anos no cinema brasileiro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 mar. 1999.

DECOL, René. Censo levará em conta 'êxodo' de brasileiros. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. A17, 18 jun. 2000.

DIAS, Otavio. Brasileiros buscam inovação no exterior. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A22, 18 jun. 2000.

_____. Justiça contesta política pró-negros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 set. 1999.

EUROPA recebe cerca de 500 mil ilegais por ano. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. A13, 20 jun. 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FILIPPIS, Vittorio de. Fuga de cérebros ameaça países pobres. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A19, 18 jun. 2000.

GAZIR, Augusto. Governador de Buenos Aires criticou imigração ilegal no país: governo e oposição criticam atitude xenófoba de Duhalde. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 set. 1998.

NOVA enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha da Manhã, 1996.

NUNOMURA, Eduardo. O gueto do HIV: brasileiros são o segundo grupo mais infectado pelo vírus da Aids no Japão. *Veja*, São Paulo, 19 jan. 2000. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/190100/p_059.html>. Acesso em: [200-].

POZZI, Sandro. Europa não vai favorecer mulheres: tribunal recusa mecanismo que favorece contratação feminina. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A12, 8 jul. 2000.

ROTMAN, Charlotte. Imigrante é ora vilão ora indispensável. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A20, 18 jun. 2000.

RUEFF, Judith. Condições de ensino expulsam africanos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A22, 18 jun. 2000.

SANTA CRUZ, Ana. Adeus à miséria: país que já foi um dos mais pobres da Europa vira high tech, prospera e já importa operários. *Veja*, São Paulo, ed. 1648, p. 70-71, 10 maio 2000.

SER ou não ser: cidadania para imigrantes tira votos do governo. *Veja*, São Paulo, 17 fev. 1999. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/170299/p_042.html>. Acesso em: [200-].

TURAY JUNIOR, Ismail. Group rallies to publicize race bias suit against Coca-Cola. *Cox Newspapers*, Atlanta, 19 abr. 2000.

Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no Direito brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Sumário

1. Introdução. 2. Propositura do problema. 3. O art. 98 do Código Tributário Nacional. 4. A questão das isenções de tributos estaduais e municipais por meio de tratados. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho visa estudar a eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no nosso ordenamento jurídico interno, à luz das regras do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional brasileiro.

Para tanto, num primeiro momento, partiu-se da concepção da primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno estatal para, posteriormente, verificar o alcance do art. 98 do Código Tributário Nacional (que cuida dos tratados em matéria tributária) e quais as consequências desse mesmo dispositivo na questão das isenções heterônomas de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados internacionais.

2. Propositura do problema

De acordo com a doutrina monista internacionalista – que adotamos e sustentamos como correta –, o Direito Internacional Público encontra-se em posição de absoluta primazia sobre o Direito interno estatal (Cf. MAZUOLI, 2006, p. 57). Tal primazia atribui aos tratados ratificados pelo Brasil (quaisquer que sejam) um *status* hierárquico superior a toda a legislação doméstica do

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) e Doutorando em Direito Internacional na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos no Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flávio Gomes (Curso LFG) em São Paulo. Professor de Direito Constitucional Internacional nos cursos de Especialização da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

país. Assim, depois de publicados, os tratados passam a ter *força normativa* no nosso ordenamento interno, revogando as disposições ordinárias em contrário e devendo ser observados pelas leis que sobrevenham. Mas frise-se que a lei geral não sucumbe diante do tratado por ser este posterior ou especial em relação a ela. A prevalência dos tratados internacionais sobre as leis nacionais dá-se não em razão de sua posterioridade ou eventual especialidade, mas sim em decorrência de seu caráter supralegal, que impede sejam eles revogados por lei posterior ou especial. A lei interna posterior, assim, é ineficaz (ou *inaplicável*) em relação ao tratado anteriormente firmado, devendo os tribunais abster-se de aplicar tal lei enquanto o respectivo tratado vincular o Estado (Cf. MELLO, 2004, p. 127-129). A recusa do Poder Judiciário em aplicar os tratados ratificados pelo governo leva inclusive à responsabilização do Estado no plano internacional. Ademais, os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, que é a *denúncia*, só podendo ser alterados por outras normas de natureza idêntica ou de categoria superior, internacionais ou supranacionais, jamais por leis internas. Para o Direito Internacional Público os compromissos exteriores assumidos pelo Estado são superiores às obrigações assumidas pelo mesmo no plano interno, não sendo possível a alegação de que o eventual não-cumprimento de um tratado dar-se-ia em virtude de decisões judiciais sustentando a sua inconstitucionalidade ou da existência de norma superveniente substancialmente contrária ao conteúdo do acordo. Pretender que, por meio de legislação interna superveniente, se possa revogar tratados internacionais significa admitir que um Estado, por si só, tem o poder de modificar o conteúdo de compromissos internacionalmente assumidos, sem o consentimento das demais partes contratantes, o que não é lógico e tampouco jurídico.

No Brasil, essa doutrina que se acaba de expor foi expressamente reconhecida,

em matéria tributária, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional, que passaremos a estudar em seguida. Mas frise-se que a análise desse dispositivo cingir-se-á essencialmente aos aspectos que interessam ao Direito Internacional Público, não sendo aqui – e tampouco esse é o nosso propósito – o lugar de se estudar questões de índole propriamente *tributária*, entre as quais talvez as mais importantes sejam as ligadas à eliminação da dupla ou múltipla tributação no plano internacional.

3. O art. 98 do Código Tributário Nacional

Dentro do seu Livro Segundo, Título I, Capítulo I, Seção II, o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966) versou sobre os tratados em matéria tributária no seu art. 98, que assim dispõe:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Tal dispositivo, como se percebe nitidamente, atribui primazia aos tratados internacionais em matéria tributária sobre toda a legislação tributária interna, apontando para o fato de os tratados revogarem ou modificarem as normas domésticas sem, contudo, poderem ser revogados por estas, o que evidentemente lhes atribui um *status* de supralegalidade absoluto dentro do sistema jurídico-tributário nacional, em respeito à regra *pacta sunt servanda* inscrita no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹. Aliás, verdade seja dita: o art. 98 do CTN é o *único* dispositivo existente, em toda a legislação brasileira, a atribuir expressa primazia do tratado sobre a nossa legislação doméstica.

O comando do dispositivo se dirige aos três poderes tributantes: União, Estados federados e Municípios. E, uma vez incorporado o tratado ao ordenamento jurídico

pátrio, a revogação ou modificação da legislação tributária das unidades federadas e das municipalidades se opera automaticamente, não sendo necessária qualquer ação legislativa desses mesmos entes para tanto. Daí se entender então que o tratado, concluído pela República Federativa do Brasil, salvo disposição convencional em contrário, atinge internamente a União e os demais componentes da República (Estados e Municípios) de forma imediata, produzindo efeitos *erga omnes* e *ex tunc* (BRASIL, 1989, p. 39).

A expressão “legislação tributária” referida pelo art. 98 do CTN tem o seu alcance determinado pelo art. 96 do mesmo Código, compreendendo “as leis, os tratados e as convenções, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos ou relações jurídicas a eles pertinentes”. É sobre tais normas – inclusive, como se vê, sobre as *complementares* – que os tratados em matéria tributária se sobrepõem, segundo o comando do art. 98.

A compatibilização do art. 98 do CTN com o sistema jurídico-tributário brasileiro, contudo, nunca se deu de forma tranqüila, não tendo ele passado imune às críticas de praticamente toda a doutrina tributarista nacional. A primeira delas diz respeito à sua redação, uma vez que – segundo a doutrina especializada – tais tratados não *revogam* propriamente a legislação tributária interna, mas sim sobre ela *prevalecem* no caso concreto. Entendem os autores tributaristas que a expressão *revogação* foi mal utilizada pelo Código, que deveria ter se referido à *derrogação* da legislação tributária interna pelos tratados². Em verdade, o que ocorreu é que o CTN preferiu se valer de uma expressão que é *gênero* e não da *espécie* correta, que realmente seria o termo “*derrogam*”. Como se sabe, “*revogação*” é gênero do qual fazem parte duas espécies: a *ab-rogação* (revogação total de uma lei) e a *derrogação* (revogação parcial dessa mesma lei). Assim, quando o CTN se utiliza da

expressão-gênero *revogação*, deve o intérprete ler aí que a referência diz respeito à sua espécie *derrogação*, em homenagem à precisão técnica.

A segunda crítica formulada pela doutrina ao art. 98 do CTN – esta sim com interesse ao Direito Internacional – diz respeito à sua aparente inconstitucionalidade. Objetiva-se ser inconstitucional tal dispositivo, pelo fato de ter ele atribuído a uma certa categoria de normas um grau hierárquico (superior) que somente o texto constitucional poderia atribuir (Cf. BORGES, 1984, p. 172).³ Nesse sentido, não caberia à legislação complementar (como é o caso do Código Tributário Nacional, que, como é sabido, foi recepcionado pela Carta Magna de 1988 com *status* de “lei complementar”) disciplinar qualquer hierarquia de normas sem autorização da Constituição. Para nós, equivoca-se quem assim entende, pois tal norma faz exatamente o papel que cabe à lei complementar, que é o de *complementar as normas constitucionais*, direcionando seu comando à lei ordinária, a fim de que esta *observe* (na dicção do art. 98 em comento) o comando estabelecido pelos tratados. As leis complementares – como é o caso do CTN – são expressamente recebidas pelo texto constitucional (art. 59, inc. II) como espécies normativas capazes de disciplinar, de forma detalhada e uniforme, o sistema tributário nacional, aí inclusa a deliberação sobre a hierarquia normativa das normas convencionais em matéria tributária no Direito brasileiro (Cf. BRONZATTO BARBOZA, 1996, p. 34). O que ocorre, em verdade, é o seguinte: o CTN, que é uma lei de 1966, foi *recepcionado* pela Constituição de 1967, que previa no seu art. 18, § 1º, que a lei complementar estabeleceria normas gerais de direito tributário, disporia sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regularia as limitações constitucionais do poder de tributar. Assim, seguindo autorização do próprio texto constitucional, poderia a lei complementar

estabelecer o primado do tratado sobre a legislação tributária interna, uma vez que essa matéria constitui norma geral de direito tributário, devendo-se então concluir que a consagração, pelo CTN, do primado do tratado sobre as demais normas da legislação tributária interna resguardou-se de expressa autorização constitucional, sendo ainda de se acrescentar que a regra do art. 98 do CTN foi bem recepcionada pela Constituição de 1988 (art. 146, inc. III) quando disciplinou caber à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria tributária. Assim sendo, a lei interna que violar tratado em matéria tributária será inconstitucional, não por atacar diretamente o texto constitucional, mas por violar a competência que a Constituição atribuiu às leis complementares para estabelecer normas gerais de direito tributário (Cf. VALADÃO, 2000, p. 291-295; VELLOSO, 2004, p. 37-38).

De qualquer forma, o que o CTN pretendeu dizer no art. 98 é que os tratados e convenções internacionais sobrepõem por toda a legislação tributária interna, seja esta anterior ou posterior. Em outras palavras, o tratado em matéria tributária derroga a legislação tributária anterior incompatível e sobrepõe à legislação posterior. Neste último caso, entende-se que a lei posterior *existe*, mas não tem *eficácia e aplicabilidade*, pois barradas pelo tratado que lhe é superior. E tal disposição está perfeitamente de acordo com a teoria segundo a qual, quando o Congresso Nacional aprova um compromisso internacional, assume ele a responsabilidade (ou a *obrigação negativa*) de não legislar de maneira contrária ao conteúdo do acordo (Cf. RIBEIRO, 1997, p. 204). Ou seja, se o Congresso Nacional concorda com a ratificação do tratado é porque reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam, o que significa que uma lei ordinária que pretenda contradizer tratado anterior passa a ser igualmente ineficaz sob o ponto de vista da Constituição. Esta, ao atribuir ao Poder Legislativo a competência

para referendar os acordos internacionais assinados pelo Presidente da República, assim o fez excluindo qualquer possibilidade de ab-rogação ou modificação do tratado por meio de lei ordinária posterior. Por esse motivo é que, nos países em que o texto constitucional reconhece o Direito Internacional como parte integrante do Direito nacional, uma lei que viole tratado internacional anteriormente ratificado, além de *ineficaz e inaplicável*, é também – de modo indireto – *inconstitucional*.

A conclusão que se chega é a de que o art. 98 do CTN apenas confirma a doutrina da superioridade do Direito Internacional relativamente à legislação interna estatal, não destoando do que ocorre com os demais tipos de tratados ratificados pelo Estado brasileiro, que passa então a ter a obrigação de cumprir e fielmente executar aquilo que pactuou no cenário internacional. A vantagem do referido art. 98 é ter deixado claro que nenhuma legislação contrária ao tratado anteriormente firmado e em vigor no Brasil poderá ser aplicada sem antes se proceder à denúncia do instrumento convencional, caso este já não mais satisfaça os interesses nacionais (Cf. BRONZATTO; BARBOSA, 1996, p. 66).

Infelizmente, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem adotado uma interpretação restritiva do citado dispositivo, entendendo ser o mesmo somente aplicável aos chamados *tratados-contrato* (que são normalmente bilaterais e não dão causa à criação de uma regra geral e abstrata de Direito Internacional, mas à estipulação recíproca e concreta das respectivas prestações e contraprestações individuais com fins comuns) e não aos *tratados-normativos* (os quais, por sua vez, criam normatividade geral de Direito Internacional, constituindo-se normalmente em grandes convenções multilaterais)⁴. Tal posicionamento do STF, manifestado inicialmente no julgamento do RE nº 80.004-SE, carece de fundamento jurídico, uma vez que o art. 98 não faz qualquer referência a um ou

outro tipo de tratado, devendo ser interpretado no sentido de que se aplica a ambos. Trata-se de aplicar o conhecido brocardo jurídico segundo o qual *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não devemos distinguir). De qualquer forma, mesmo a interpretação constrictiva do STF confirma a primazia dos tratados sobre dupla tributação em relação à legislação tributária interna, na medida em que tais tratados são tratados-contrato, que versam sobre assuntos específicos nas relações bilaterais entre dois Estados (Cf. XAVIER, 2005, p. 137).

Gilberto de Ulhôa Canto, que foi um dos redatores do anteprojeto do Código Tributário Nacional, bem demonstra a guinada de posição que teve o STF relativamente ao tema, uma vez que a sua jurisprudência, ao tempo da edição do CTN, aceitava tranquilamente o princípio da prevalência dos tratados em matéria tributária sobre a legislação tributária interna, anterior ou posterior, tendo a Suprema Corte mudado de direção no julgamento do citado RE nº 80.004-SE, o qual, apesar de dizer respeito a matéria não-tributária, fez referência ao art. 98 do Código Tributário como regra de exceção, havendo inclusive quem o considerasse de “duvidosa constitucionalidade” (CANTO, 1979, p. 27).

À luz do texto constitucional em vigor, nenhum conflito apresenta o art. 98 relativamente a qualquer dispositivo inscrito na Lei Maior. Pelo contrário: a constitucionalidade dessa disposição legal é reafirmada pelo seu *status* de lei complementar, em consonância com o disposto no art. 146, inc. III, da Constituição de 1988, segundo o qual cabe à lei complementar “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”. Nesse caso, a lei complementar (art. 98 do CTN), disciplinando o que a Constituição reservou para o seu âmbito de competência, passa a vincular o legislador ordinário ao cumprimento daqueles tratados celebrados pela República Federativa do Brasil e em vigor na nossa ordem jurídica interna⁵.

4. A questão das isenções de tributos estaduais e municipais por meio de tratados

Uma questão que surge da superioridade hierárquica dos tratados internacionais em geral, e dos tratados em matéria tributária, em especial, diz respeito à possibilidade de a União, por meio da celebração de tratados, isentar tributos de competência dos Estados e dos Municípios. O problema nasce do fato de ser o Brasil um Estado Federal, onde existe divisão de competências tributárias entre a União Federal, os seus Estados-membros e Municípios.

Nos termos do art. 18 da Constituição de 1988, os Estados e Municípios brasileiros são entes dotados de autonomia, podendo assim legislar em matéria tributária em assuntos de sua competência, levando em consideração os seus interesses particulares caso a caso. Daí então a regra do art. 151, inc. III, do texto constitucional, segundo a qual é vedado à União “instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”. Com base nesse dispositivo, fica a questão de saber se a vedação da União de isentar tributos estaduais, distritais ou municipais se estende aos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil com outros países.

A jurisprudência pátria vem reiteradamente negando a possibilidade de se instituir isenções pela via dos tratados internacionais, como se pode verificar da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Tributário. Isenção. ICMS. Tratado internacional.

1. O sistema tributário instituído pela CF/1988 vedou a União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 151, III).

2. Em conseqüência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei Estadual em tal sentido.

3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna.

4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo sistema tributário nacional” (BRASIL, 1997, p. 52977)⁶.

Segundo entendemos, tal posicionamento jurisprudencial encontra-se equivocado, uma vez que não é a *União* que celebra tratados, mas sim a *República Federativa do Brasil*, da qual a União é apenas parte. Em verdade, o comando do legislador constituinte que proíbe a concessão de isenções heterônomas (aquelas concedidas por normas emanadas de pessoa pública que não é titular da competência para instituir o tributo) está direcionado tão-somente à *União* (que é pessoa jurídica de Direito interno) e não à *República Federativa do Brasil* (que é pessoa jurídica de Direito Internacional, à qual o texto constitucional dá competência para assumir compromissos exteriores). É a República Federativa do Brasil, e não a União (que é, assim como os Estados e Municípios, apenas um dos componentes da República), que tem personalidade jurídica de direito das gentes e, portanto, pode celebrar tratados internacionais com outros Estados soberanos. É clara a regra constitucional do art. 1º da Carta Magna de 1988, segundo a qual a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Assim, quando se celebra um tratado internacional, ainda que prevendo determinada isenção que, internamente, seria da competência tributária dos Estados ou Municípios, o ente que o está celebrando é a *República Federativa do Brasil*, da qual a União, os Estados e os Municípios apenas fazem parte. Portanto, a representação externa da nação é *única* e não fracionada, razão pela qual a Constituição não atribuiu aos componentes da Federação personalidade jurídica de

Direito Internacional Público. Quando o Presidente da República celebra um tratado internacional (à luz do art. 84, inc. VIII, da Constituição), o faz não como Chefe de Governo (figura de Direito interno), mas como Chefe de Estado (figura de Direito Internacional), com competência para disciplinar quaisquer dos seus interesses, sejam eles do conjunto federativo (interesses da União) ou de cada um dos componentes da Federação (interesses dos Estados e dos Municípios) (Cf. GRUPENMACHER, 1999, p. 124-129; MACHADO, 2003, p. 78-79; ROCHA, 1991, p. 83-84; VALADÃO, 2000, p. 262-272; XAVIER, 2005, p. 152-153).

Assim, com base no que se acaba de expor, fica nítido que a proibição constitucional para concessão de isenções heterônomas do art. 151, inc. III, da Constituição de 1988 não tem por destinatário o *Estado brasileiro*, mas tão-somente a União relativamente aos demais componentes da República Federativa do Brasil (ou seja, os Estados e Municípios). Em outras palavras, a relação jurídica proibitiva se estabelece entre a União e os Estados-membros e Municípios e não entre estes e o Estado Federal (o *Estado brasileiro*), representado internacionalmente pela República Federativa do Brasil. Esta – a *República* – é ente maior, que se sobrepõe a todas as entidades que constitucionalmente a integram.

Apesar de não ter vingado, a Proposta de Emenda Constitucional nº 175, de 1995, deflagrada pela Mensagem Presidencial nº 888/95, por meio da qual visou o Poder Executivo modificar o sistema tributário nacional, já demonstrava o acerto da tese por nós esposada, quando pretendeu modificar a redação do art. 151, inc. III, da Constituição para a seguinte:

“Art. 151. É vedado à União:

(...)

III – instituir isenção de tributo da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, salvo quando prevista em tratado, convenção ou ato internacional do qual

o Brasil seja signatário” (Cf. DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1995, p. 18857).

Enfim, não se discute que a Constituição atribuiu *autonomia* aos Estados e Municípios para instituir determinados tributos. Contudo, autonomia não significa *soberania*. Esta é atributo da República Federativa do Brasil e não das entidades componentes da Federação, que não têm personalidade jurídica de Direito Internacional Público. Daí a nossa conclusão, na esteira da doutrina mais abalizada e dos princípios regentes do Direito Internacional, no sentido de que as limitações ao poder de tributar só se aplicam às relações jurídicas internas da União, jamais às relações internacionais (estabelecidas por meio de tratados) das quais a República Federativa do Brasil é parte. Desta sorte, o Estado brasileiro não está impedido de concluir tratados com outros países versando tributos de competência de quaisquer dos seus componentes, seja a União, sejam os Estados ou os Municípios.

5. Conclusão

Ao fim e ao cabo dessa exposição teórica, chega-se à conclusão que o art. 98 do Código Tributário Nacional é perfeitamente compatível com o sistema jurídico-tributário da Constituição brasileira de 1988 e com os princípios convencionais do Direito Internacional Público.

Assim, além de terem *status* de suprallegalidade no Direito brasileiro, os tratados em matéria tributária concluídos pela República Federativa do Brasil podem perfeitamente isentar tributos Estaduais e Municipais, sem que se possa aí vislumbrar qualquer vício de inconstitucionalidade.

Notas

¹ Para um estudo dessa regra, Cf. Mazzuoli (2004, p. 122-128).

² Cf., nesse sentido, Xavier (2005, p. 131), que assim leciona: “Observe-se, em homenagem à exatidão, que é incorreta a redação deste preceito quando se refere à

‘revogação’ da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno ab-rogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna *relativamente inaplicável* a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da *derrogação* e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis”. Nesse mesmo sentido, Cf. ainda, Xavier; Xavier (1996, p. 43); e Machado (2004, p. 70-71). Para Betina Treiger Grupenmacher (1999, p. 113), não se trata “de revogação da legislação interna, que continua válida e eficaz para as demais hipóteses que não forem disciplinadas pelo tratado”, mas sim “de uma ‘paralisação’ da eficácia da norma interna nas situações específicas e absolutamente delimitadas, disciplinadas pela norma convencional”. Cf. com esse mesmo enfoque, Coêlho (2005, p. 658).

³ Para um panorama geral da doutrina tributarista nesse ponto, Cf. Ribeiro (1997, p. 112-114).

⁴ O Superior Tribunal de Justiça, na esteira da jurisprudência do STF, assim também já decidiu: “O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual” (BRASIL, 1999, p. 118).

⁵ Nesse sentido, Cf. a lição de José Francisco Rezek (1984, p. 475): “Já uma lei complementar à Constituição, disciplinando quanto por esta tenha sido entregue ao seu domínio, pode, sem dúvida, vincular a produção legislativa ordinária ao respeito pelos tratados em vigor. (...) Em tal quadro, a lei ordinária conflitante com tratado preexistente há de sucumbir, mas em razão de outro conflito: o que a contrapõe à lei complementar. Esta não se confunde com a própria carta constitucional, mas subjeta a lei ordinária inscrita em seu âmbito temático”.

⁶ Posteriormente, contudo, mas sob outro fundamento, parece ter o STJ seguido orientação diversa, nestes termos: “A exegese do tratado, considerado lei interna, à luz do art. 98, do CTN, ao estabelecer que a isenção deve ser obedecida quanto aos gravames internos, confirma a jurisprudência do E. STJ, no sentido de que, ‘embora o ICMS seja tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, é lícito à União, por tratado ou convenção internacional, garantir que o produto estrangeiro tenha a mesma tributação do similar nacional’. Como os tratados internacionais têm força de lei federal, nem os regulamentos do ICMS nem os convênios interestaduais têm poder para revogá-los” (BRASIL, 2005, p. 121).

Referências

BORGES, José Alfredo. Tratado internacional em matéria tributária como fonte de direito. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 27-28, jan./jul. 1984.

- BORGES, José Souto Maior. Isenções em tratados internacionais de impostos dos estados-membros e municípios. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. 1 v.
- BRASIL, Francisco de Paula Souza. Legislação tributária e tratados internacionais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 85, v. 308, out./dez.1989.
- BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Recurso Especial n. 480563/RS. Relator: Min. Luiz Fux, Porto Alegre, 6 set. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 03 out. 2005.
- _____. Superior Tribunal da Justiça. Recurso Especial n. 90871/PE. Relator: Min. José Delgado, Recife, 17 jun. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 out. 1997.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 196560/RJ. Relator: Min. Demócrito Reinaldo, Rio de Janeiro, 18 mar. 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 maio 1999.
- BRONZATTO, Carlos Alberto; BARBOZA, Márcia Noll. *Os efeitos do artigo 98 do código tributário nacional e o processo de integração do Mercosul*. Brasília: Senado Federal, 1996.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília: Congresso Nacional, 1995.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moares. *Direito tributário comparado e tratados internacionais fiscais*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.
- HORVATH, Estevão. *Tratados internacionais em matéria tributária e os tributos estaduais e municipais*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 5, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Tratados e convenções internacionais em matéria tributária*. *Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 93, jun. 2003.
- _____. *Comentários ao código tributário nacional*: arts. 96 a 138. São Paulo: Atlas, 2004. 2 v.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à convenção de Viena de 1969*. 2. ed. São Paulo: J. Oliveira, 2004.
- _____. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 1 v.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. *Comentários ao código tributário nacional: lei nº 5.172, de 25.10.1966*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso Mercosul. *Scientia Iuris*: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, Londrina, v. 1, n. 1, jul./dez. 1997.
- ROCHA, Valdir de Oliveira. *Tratados internacionais e vigência das isenções por eles concedidas, em face da Constituição de 1988*. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 5-91, mar. 1991. Caderno 1.
- ROSEMBUJ, Tulio. *Elementos de derecho tributario*. Barcelona: Blume, 1982.
- ULHÔA CANTO, Gilberto de. *Legislação tributária, sua vigência, sua eficácia, sua aplicação, interpretação e integração*. *Forense*, Rio de Janeiro, a. 75, v. 267, jul./set. 1979.
- VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. *Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____; XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *Tratados: superioridade hierárquica em relação à lei face à Constituição Federal de 1988*. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 66, jan. 1996.

A cidadania e a Constituição

Uma necessária relação simbólica

Valéria Ribas do Nascimento
José Luis Bolzan de Moraes

Sumário

1. Introdução. 2. Considerações acerca da cidadania. 2.1. O desvelar da cidadania no Brasil: sobreintegração e subintegração. 2.2. A Constituição Cidadã: um “acontecimento” cultural. 3. O fenômeno da globalização e a cidadania mundial. 3.1. A “nova cidadania”: reinvenção do território. 3.2. O bem-estar em sociedade: ilusão ou possibilidade? 4. Conclusão.

*Acorda, eis o mistério ao pé de ti!
E assim pensando riu amargamente,
Dentro em mim riu como se chorasse!*
(Fernando Pessoa)

Valéria Ribas do Nascimento é Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade de Santa Maria (UFSM); Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e UNISINOS, advogada.

José Luis Bolzan de Moraes é Doutor - UFSC/ Université de Montpellier I - em Direito do Estado e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Mestre PUC/RJ; Coordenador e professor do PPGD/UNISINOS; Procurador do Estado do Rio Grande do Sul; Professor da UNILE - Lecce - Itália; Consultor da Escola Doutoral Túlio Ascareli - Roma Tre e professor convidado das Universidades de Roma “La Sapienza”, Roma Tre, Napoli e Salerno; Pesquisador do CNPq, FAPERGS; Consultor *ad hoc* do MEC/SESu/INEP, CAPES e CNPq; Coordenador do Círculo Constitucional Euro-Americano (CCEUAM).

1. Introdução

O presente trabalho tem por fim apresentar ponderações sobre a cidadania, iniciando a partir da concepção moderna, do século XVIII, bem como vislumbrar se a mudança de sentido que nela ocorreu com a globalização corroborou com seu significado maior: garantir às pessoas condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida (CORRÊA, 2000, p. 217).

Nesse sentido, o primeiro capítulo aborda o *desvelamento* da cidadania, citando-se especificamente o caso brasileiro. É resgatado o valor que tiveram as Constituições do país, desde o descobrimento até a atual Carta Maior; esta chamada de Constituição

Cidadã pela proteção dirigida tanto aos direitos sociais como aos civis e políticos.

Ainda, relata-se a importância da Constituição cultural, evidenciada como uma soma de atitudes subjetivas e objetivas dos cidadãos em conjunto com os órgãos estatais. O sentimento constitucional é expressão de uma cultura política assimilada e sentida pelas pessoas acerca dos principais alicerces jurídico-políticos de convivência, o que envolve realização de direitos fundamentais (VERDÚ, 2004, p. 16-17).

No segundo capítulo, discorre-se a respeito do fenômeno da globalização e da correspondente cidadania mundial. Trata-se da diminuição do papel central do Estado-Nação na defesa do bem-estar social e das formas alternativas criadas pela sociedade para vencer essa falta de proteção estatal.

Durante esta exposição, de forma alguma pretende-se esgotar a matéria, tendo em vista a amplitude e a extensa bibliografia sobre o tema. Procura-se traçar algumas noções sobre a cidadania, palavra geralmente ensinada nas faculdades de Direito, na matéria de Direito Constitucional, apenas no seu viés político, como um direito de votar e ser votado. Entretanto, dela há tanto mais a explorar.

2. Considerações acerca da cidadania

A *cidadania*¹ assumiu historicamente várias formas em função dos diferentes contextos culturais em que esteve inserida (VIEIRA, 1999, p. 213). Releva anotar que a concepção *moderna*² iniciou com a idéia de Estado-Nação e que data das Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789.

O conceito de cidadania, como direito a ter direitos, foi construído dentro das fronteiras geográficas e políticas do próprio Estado. Era uma luta política nacional e o cidadão que dela surgia era também nacional (CARVALHO, 2001, p. 12). Dessa forma, a cidadania moderna se desenvolveu à medida que as pessoas passavam a se sentir parte de uma Nação e de um Estado.

Ocorre que a maneira como se formaram os Estados-Nação condicionou a construção da cidadania. Em alguns países, o Estado teve mais importância e o processo de difusão dos direitos se deu principalmente com a ação estatal. Em outros, ela foi construída com a ação dos próprios cidadãos (CARVALHO, 2001, p. 12)³.

Nesse viés, pode-se afirmar que, igualmente, o *constitucionalismo*⁴ originou-se como o Estado-Nação, como forma de submeter o poder político ao Direito, limitar suas funções, garantir o direito de liberdade às pessoas e estabelecer a *separação dos poderes*⁵.

O aparecimento das Constituições e a importância disso para a instituição e manutenção da cidadania representou verdadeira revolução, a qual estava baseada no fato de que a Constituição denota afirmação da coletividade e, em razão disso, subordina o Estado (MOREIRA, 2001, p. 314-318).

A mudança de modelo de Estado até então absoluto, centrado na pessoa e na vontade do príncipe, passou a curvar-se à Constituição, para, por meio dela, legitimar o poder constituinte e os poderes constituídos do Estado. Com isso, pretendeu-se proteger os direitos da pessoa humana (Cf. HÄBERLE, 1998, p. 96).

Assim, as Constituições do final do século XVIII, de todo século XIX e início do XX serviram para conformar a força ao Direito. Entretanto, as acentuadas alterações políticas e econômicas ocorridas em todo mundo sujeitaram as Constituições e o Direito Constitucional, mais do que qualquer outro ramo da ciência jurídica, a experimentar profundas transformações.

Primeiramente, buscou-se a força normativa da Constituição, na medida da sua aplicação eficaz ao caso em concreto⁶. Nessa linha, surge a Teoria da Constituição como um "acontecer" cultural, que representa a obra de todos os intérpretes em uma sociedade aberta, retratando a expressão viva de um povo (VERDÚ, 1998, p. 40).

Pablo Lucas Verdú (2004, p. 53) refere que o sentimento constitucional supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia de justiça que o inspira. *Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio.* Assim, todas as pessoas inseridas no contexto social devem pleitear pela efetividade constitucional.

Todavia, no final do século XX e início do XXI, a idéia de Constituição passou a ser vista como fator complicador e comprometedor da globalização do mercado. Também, como um freio à expansão econômica e financeira. Dessa maneira, percebe-se que a tutela dos direitos elencados na Constituição tem sido duramente atingida.

A seguir será exposto o caminho percorrido pelo (des)velamento da cidadania no Brasil e a importância que a Constituição de 1988 desempenha na manutenção dessa (des)ocultação.

2.1. O desvelar da cidadania no Brasil: sobreintegração e subintegração

A palavra cidadania tem se prestado a diversas interpretações. Entre elas, tornou-se clássica a concepção de T. H. Marshall, que, analisando o caso inglês, generalizou a noção de cidadania e de seus elementos constitutivos (VIEIRA, 1999, p. 213). Marshall (apud ROBERTS, 1997, p. 6) desenvolveu a distinção entre as dimensões da cidadania civil, política e social e, ao mesmo tempo, defendeu uma interdependência extremamente necessária entre os três tipos.

A cidadania civil conquistada no século XVIII é constituída pelos direitos individuais necessários ao exercício da liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. Esses direitos embasaram o liberalismo. A cidadania política, alcançada no século XIX, compreende o direito de participar do poder político tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto (MARSHALL apud ROBERTS, 1997). Por seu turno, a cidadania social atingida no século XX – com as lutas

do movimento operário e sindical – abarca os direitos ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, ou seja, a garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social (MARSHALL apud ROBERTS, 1997).

Vale consignar que não se trata de uma seqüência cronológica, mas sim lógica. Com base no exercício dos direitos civis foi que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do partido trabalhista, que foi responsável pela introdução dos direitos sociais (MARSHALL apud CARVALHO, 2001, p. 11).

Entretanto, existe uma exceção na seqüência desses direitos. Trata-se da educação popular, porque ela é definida como direito social, mas tem sido um pré-requisito para expansão dos outros direitos (MARSHALL apud CARVALHO, 2001).

Consoante José Murilo de Carvalho (2001), nos países em que a cidadania se desenvolveu com maior rapidez, inclusive a Inglaterra, a educação popular permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. *A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política* (CARVALHO, 2001). O percurso inglês foi apenas um entre outros. A França, a Alemanha, os Estados Unidos, cada país seguiu seu próprio caminho. E com o Brasil não foi exceção (CARVALHO, 2001).

Houve, no Brasil, variações importantes referentes à maior ênfase na cidadania social e à alteração na seqüência em que os direitos foram adquiridos, pois o social antecedeu os outros (CARVALHO, 2001, p. 12). Assim, quando se fala de um cidadão inglês, ou norte-americano, e de um cidadão brasileiro, não se aborda exatamente em um mesmo sentido (CARVALHO, 2001).

Em três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses tinham construído um enorme país, provido de unidade

territorial, lingüística, cultural e religiosa, mas com uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um estado absolutista (SILVA, 1999, p. 71-76). *À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira* (CARVALHO, 2001, p. 18).

Escravidão, grandes propriedades e a falta de educação superior no país não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos. Em contraste com a Espanha, Portugal não permitia a criação de universidades em sua colônia. Os brasileiros somente puderam ter o direito a curso superior após a chegada da corte, em 1808 (CARVALHO, 2001, p. 23).

A independência do Brasil, em 1822, não se realizou com a participação efetiva da população. Ademais, manteve a escravidão, o que evidencia grandes limitações aos direitos civis.

A Constituição outorgada de 1824, que regeu o país até o fim da monarquia, regulou os direitos políticos, definindo quem teria direito de votar e ser votado. Todavia, naquela época, o voto era mercadoria a ser vendida pelo melhor preço (CARVALHO, 2001, p. 36).

Do ponto de vista da representação política, a proclamação da República, em 1889, não significou grandes mudanças. E a Primeira República (1889-1930) ficou conhecida como *república dos coronéis*⁷. Nesse paraíso de oligarquias, as práticas eleitorais fraudulentas não podiam desaparecer.

Leonardo Boff (1996, p. 96) lembra que as elites do país construíram um tipo de sociedade organizada na espoliação do trabalho e na exclusão de grande parte da população. Dessas diferenças nasceram duas espécies de pessoas: *o sobreintegradado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o subintegradado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso* (NEVES apud MORAIS; STRECK, 2006, p. 86). Surge no Brasil um padrão de subcidadania⁸, gerada e mantida até os

dias atuais, em que pese o manto simbólico e as conquistas sociais da Constituição de 1988.

Por sua vez, a Constituição republicana, de 1891, não eliminou as barreiras existentes para uma maior participação na política do país. Pode-se afirmar que até 1930 não havia povo organizado politicamente, nem sentimento nacional consolidado (SOUZA, 2003, p. 83). A população não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja na República, e a cidadania nas suas três dimensões, civil, política e social, ainda permanecia velada.

A partir de 1930, o país entrou em fase de instabilidade, alterando-se ditaduras e regimes democráticos. A fase propriamente revolucionária, na qual um movimento armado dirigido por civis e militares de três estados da federação – Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba – tomou o Poder, durou até 1934, quando a assembléia constituinte votou nova Constituição e elegeu Getúlio Vargas presidente (SOUZA, 2003).

Em 1937, o golpe de Vargas, apoiado pelos militares, inaugurou um período ditatorial, com uma nova Constituição, que durou até 1945. Nesse ano, nova intervenção militar derrubou Vargas e deu início à primeira experiência que se poderá chamar como democrática do país (SOUZA, 2003, p. 87).

Com a Constituição de 1946, foi estabelecida a liberdade de imprensa e de organização política. O voto popular, pela primeira vez, começou a ter importância não só pela extensão, mas também pela lisura do processo eleitoral. Foi o período marcado pelo que se chamou de política populista. A experiência terminou em 1964, quando os militares intervieram mais uma vez e implantaram a ditadura (SOUZA, 2003, p. 88).

Releva anotar que o período de 1930 a 1945 foi o momento da legislação social, incluindo a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943. As-

sim, ocorreu uma inversão na ordem dos direitos, colocando os sociais à frente dos políticos e civis.

Com a ditadura implantada pelos militares em 1964, houve necessidade de uma nova Constituição, aprovada em 1967, sob o pretexto de devolver a democracia ao Estado brasileiro. Afirmavam os militares que iriam introduzir algumas reformas e mudanças para garantir a longevidade da *democracia* e a articulação do Brasil com a economia mundial (ANDRADE; BONAVIDES, 1991, p. 429).

O período de 1964 até 1985 se caracterizou por repetir a tática do Estado Novo, ampliar os direitos sociais e restringir os direitos políticos. Pode-se dizer que o autoritarismo brasileiro pós-30 sempre procurou compensar a falta de liberdade política com paternalismo social (CARVALHO, 2001, p. 190).

Vale salientar que foi a tática, dos militares, de proteção social que os fez permanecer no governo por tantos anos. Não se pode olvidar que o chamado “milagre” econômico brasileiro ocorreu durante o período de maior repressão do país (1968-1974), no qual os direitos civis e políticos praticamente não existiam. Todavia, uma vez desaparecido o “milagre”, quando a taxa de crescimento começou a decrescer, por volta de 1975, o crédito do regime esgotou-se rapidamente (CARVALHO, 2001, p. 192).

A classe média inquietou-se e os operários urbanos retomaram sua luta por melhores salários. O movimento pelas eleições diretas em 1984 foi o ponto culminante de um movimento de mobilização política de dimensões inéditas na história do país (CARVALHO, 2001, p. 193).

Ao final da ditadura militar, percebeu-se o resultado de vinte e um anos de governo:

“O *habeas corpus* foi suspenso para crimes políticos, deixando os cidadãos indefesos nas mãos dos agentes de segurança. A privacidade do lar e o segredo da correspondência

eram violados impunemente. Prisões eram feitas sem mandado judicial, os presos eram mantidos isolados e incomunicáveis, sem direito a defesa (...). A liberdade de pensamento era cercada pela censura prévia à mídia e às manifestações artísticas, e nas universidades, pela aposentadoria e cassação de professores e pela proibição de atividades políticas estudantis (...) Além disso, a legislação de exceção, como o AI-5, suspendeu a revisão judicial dos atos do governo, impedindo o recurso aos tribunais.” (CARVALHO, 2001, p. 193-194).

Como conseqüência da abertura, esses direitos foram restituídos, mas continuaram beneficiando apenas parcela reduzida da população. Foi somente com a Constituição de 1988 que os direitos civis, políticos e sociais foram protegidos. Por isso, ela ficou conhecida como símbolo da cidadania. Entretanto, na prática, permaneceram intensos problemas sociais a serem tutelados pelo Estado.

A atual Carta Maior, já em seu preâmbulo, revela a preocupação com o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna. Ou seja, busca a defesa da *cidadania*^{9!}

2.2. A Constituição Cidadã: um “acontecimento” cultural

Existe uma relação intrínseca entre a Constituição, a cultura e os valores da sociedade, de maneira que o Texto Maior não pode ser visto apenas como uma pauta de regras desvinculada das influências do meio social. Impende salientar que a Constituição brasileira de 1988 está sendo desvelada, pois possui dispositivos constitucionais que, ainda, não têm aplicação efetiva. A título de exemplificação, elencam-se o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Nas palavras de Lenio Streck, a única forma de otimizar as regras estabelecidas na Constituição é por meio da hermenêutica jurídica, que trabalha com o “dar sentido” com o *Dasein*¹⁰ (ser aí). Essa forma de exegese busca retirar o véu que encobre os operadores jurídicos na aplicação do Direito ao caso em concreto (STRECK, 2000).

A hermenêutica jurídica surge como uma possibilidade para que a cidadania brasileira, que é garantida apenas teoricamente como um símbolo, denominada por Gilberto Dimenstein como *cidadania de papel* (DIMENSTEIN, 2001, p. 17), passe para uma cidadania efetiva. Assim, o Texto Supremo surge não somente como uma ordem jurídica para juristas, que devem interpretar de acordo com as velhas e novas regras de seu ofício, mas sim como guia para toda sociedade, englobando os cidadãos.

A Carta Maior não é somente um texto jurídico, é expressão de uma situação cultural dinâmica, espelho da sociedade e fundamento de suas esperanças (HÄRBELE, 1998, p. 46). Nasce aí as *Constituições vivas*¹¹, que representam a obra de todos os intérpretes em uma sociedade aberta, retratando não só o texto, mas também o contexto no qual estão inseridas.

Como afirma Verdú (1998, p. 122), a expressão de valores transcende ao Texto Constitucional, por que eles tendem a realizar-se por meio e para além dele, pela comunidade na qual estão inseridos. Pode-se afirmar que a Constituição reconhece tais valores superiores do ordenamento jurídico e os protege, especialmente no que diz respeito aos *direitos humanos*¹².

Häberle (2000, p. 33-34) refere que o arquétipo de Constituição Democrática compõe-se de elementos reais e ideais, estatais e sociais, localizados no seio do Estado Constitucional e que seriam a dignidade humana; a soberania popular; a Constituição como pacto; o princípio da divisão dos poderes; o Estado de Direito e o Estado Social de Direito. Nesse viés, percebe-se

que o modelo de Constituição cultural é uma soma de atitudes, idéias, experiências, escalas de valores e expectativas subjetivas e correspondentes ações objetivas, dos cidadãos, das suas associações e dos órgãos estatais (HÄRBELE, 2000, p. 36).

Juntamente com a idéia de Constituição como cultura surge a Constituição aberta, a qual recebe em seu texto preceitos e/ou institutos de ordenamentos jurídicos internacionais (VERDÚ, 1998, p. 265). Consoante Verdú (1998), as Constituições não escritas têm maior facilidade para serem trabalhadas nessa concepção, diante da receptividade própria de tal modelo às exigências e mutações sociais. Todavia, não afasta a possibilidade de as Constituições escritas igualmente admitirem essa abertura (VERDÚ, 1998, p. 266).

A Constituição pode ser considerada aberta desde que não haja nenhum preceito que a impeça tecnicamente de admitir conteúdos de outros ordenamentos ou valores sociais que a fundamentam e inspiram, mas que por variadas razões não os acolheu. No Brasil, a Constituição vigente pode ser considerada como uma Constituição aberta, pois o § 2º do inc. LXXVII do art. 5º estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A importância dessa concepção repousa no fato de que as Constituições não conseguem acompanhar as mudanças econômicas, políticas, tecnológicas, sociais por que tem passado a sociedade. Assim, essa abertura possibilita – sem as dificuldades e a insegurança que gerariam alterações constantes em seu texto, mediante processo legislativo complexo – a sua própria adequação à realidade social de forma natural e sem traumas.

Observa-se que, para se manter o equilíbrio social, é necessário um processo integrador, entre Estado, opinião pública e Constituição (VERDÚ, 1998, p. 272). So-

mente quando se conseguir a primazia da sociedade sobre o Estado, convertendo-o num agente da sociedade, é que será possível o império pleno da Constituição, como alternativa para equilibrar a atuação dos vários atores sociais e dos vários centros de poder (VERDÚ, 1998).

Dessa maneira, a compreensão de Constituição não deve se dar num espaço vazio, atemporal, justamente porque é o resultado das experiências históricas que se renovam. Todavia, deve-se atentar para o fato de o atual fenômeno econômico, chamado de globalização, não esvaziar completamente o sentido da Constituição e da própria cidadania, pois esta tem sua proteção naquela.

3. O fenômeno da globalização e a cidadania mundial

Nas últimas décadas, falar de crise tornou-se referência diante da mudança de paradigmas que orientam a construção dos saberes e as instituições da modernidade (MORAIS, 2002, p. 23). Com a denominada *globalização econômica*¹³, foco de atenção de juristas, sociólogos, economistas, historiadores, etc., ocorreram transformações de valores do Estado-Nação; conseqüentemente, verificou-se uma modificação na significação da cidadania.

Releva anotar que a maioria dos aspectos da globalização é controversa, sendo que duas idéias absolutamente contrárias emergiram, ligadas em certa medida a posições políticas divergentes. Alguns autores sustentam que a globalização é um mito ou é, no máximo, uma continuação de tendências estabelecidas há muito tempo¹⁴. No outro pólo estão autores e formuladores de políticas que dizem que a globalização não só é real, mas já está muito avançada (GIDDENS, 1999, p. 40).

A globalização leva a mudança de perfil da soberania. Esta antes era concebida como monopólio da força e da política sobre um determinado território,

habitado por uma população (GIDDENS, 1999, p. 25). Atualmente, devido a novas realidades, houve uma interdependência entre os Estados-Nação, o que acarretou um entrelaçamento na idéia de soberania (GIDDENS, 1999, p. 27).

Outrossim, ocorreu uma nova concepção de cidadania, baseada não mais no laço que liga o indivíduo ao Estado, mas, sim, em um conjunto de valores e práticas sócio-econômicos, regulados por instituições supranacionais (VIEIRA, 2001a, p. 241). *A sociedade, na condição de comunidade histórica e política, seria substituída por uma noção econômica de uma organização de produção e redistribuição de riquezas* (VIEIRA, 2001a).

Contudo, não se pode esquecer que a cidadania enfatiza a idéia de igualdade contra a desigualdade econômica e social. Portanto, o padrão da cidadania é, ainda, o Estado-Nação. Dessa forma, surge a pergunta: se o Estado-Nação se enfraquece com a globalização, qual o destino da cidadania?

3.1. A "nova cidadania": reinvenção do território

O debate acerca do futuro da cidadania depara-se com três perspectivas diferentes. Em primeiro lugar, a visão liberal – John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman –, enfatizando o indivíduo que, por cima do grupo e da identidade coletiva, é sempre capaz de redefinir seus próprios fins. Nessa visão é exposta a idéia de cidadania passiva, baseada na concepção de Locke e nos cidadãos como anteriores ao estado, ou pré-políticos (VIEIRA, 2001a, p. 231).

A visão comunitarista – Charles Taylor, Michael Walzer –, ao contrário, enfatiza a cultura e o grupo social que confere identidade aos indivíduos atomizados pelas tendências desenraizadoras da sociedade liberal (VIEIRA, 2001a). O indivíduo não é anterior à sociedade, é construído em função de sua vida em contextos culturais compartilhados na sociedade. Assim é a noção de cidadania ativa, calcada no pensamento

de Aristóteles, tendo o indivíduo como fruto da comunidade (VIEIRA, 2001a). Daí advém, ainda, a discussão, conforme Bryan Turner (apud VIEIRA, 2001a, p. 228), sobre a cidadania passiva, a partir de cima, via Estado, e a cidadania ativa, a partir de baixo, via ativa.

A globalização evidenciaria a cidadania passiva, *de cima para baixo*, impositiva, fazendo com que os Estados incentivem uma cidadania não reivindicativa. Rompe-se a identidade nacional, seja pela formação dos blocos supranacionais, pelos fluxos migratórios ou pelos conflitos de nacionalidade.

Em torno das modificações que estão ocorrendo no plano internacional, Canotilho (2006) coloca a questão da problemática que gira em torno da reinvenção do território. Acontece que a Constituição dirigente sempre foi considerada a Constituição do Estado e, agora, com a supranacionalização e internacionalização do direito, as liberdades se tornaram globalitárias. Traz como exemplo a liberdade de pessoas, mercadorias, serviços, capitais e afirma que elas esvaziam a concepção de Estado e de Constituição (NATO, EU, MERCOSUL, NAFTA, ONU, Uruguai-Round, Schengen, Informação - CNN) (CANOTILHO, 2006, p. 219).

Não há como deixar de salientar que Canotilho (2006) está inserido no contexto europeu. Portugal faz parte da União Europeia e o país realmente passou pelo Estado de Bem-Estar Social. Entretanto, com relação ao Brasil e os países em desenvolvimento, a história é diferente. Muitas promessas do Estado Social não foram cumpridas e, na prática, nem mesmo estamos inseridos em um Mercado Comum. Por isso, deve-se observar com cautela as doutrinas estrangeiras antes de aplicá-las internamente.

Vale consignar uma terceira perspectiva, abordada por Habermas (1997), chamada de discursiva ou deliberativa, na qual a cidadania é baseada na identidade cívica, ou seja, cidadania ativa baseada na participação nos negócios políticos. Salienta-se que a *teoria do agir comunicativo* não se caracteriza

pela visão liberal, nem pela comunitarista (VIEIRA, 2001a, p. 321).

Na teoria da ação comunicativa ou do *agir comunicativo*¹⁵, o sistema social adquire a sua identidade a partir do consenso (ROCHA, 2001, p. 239). Nessa perspectiva, é proposta a informalização do Direito mediante o critério “procedural”, que se diferencia do formalismo normativista e do modelo hermenêutico material pelo fato de fundar a sua validade no respeito a procedimentos de elaboração discursiva das normas (ROCHA, 2001).

Rocha refere que a possibilidade prática de testar a hipótese de Habermas (1997) pode ser feita por meio da análise de novos fenômenos de informalização e acesso à justiça, como é o caso da resolução de conflitos por meio da arbitragem, negociação e mediação (ROCHA, 2001).

O agir comunicativo está relacionado com integração de indivíduos socializados, atuando como participantes no processo. Esse exercício provoca a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem.

Habermas (1997, p. 22), ao considerar o conceito de razão comunicativa, situa-o no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade. Nesse contexto, as formas de comunicação da formação política da vontade do Estado, da legislação e da jurisprudência aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos *mundos da vida*¹⁶.

Percebe-se que a nova cidadania, cidadania cosmopolita ou cidadania mundial emerge lentamente na sociedade civil organizada em torno de interesses públicos. A partir daí surge a idéia de terceiro setor, movimentos sociais ou organizações não-governamentais (VIEIRA, 1999, p. 236).

Atualmente, os conceitos de público e privado não se aplicam mais automaticamente ao Estado e à sociedade, respectivamente. É possível dizer que existem também as esferas do estatal-privado e do incipiente social-público (VIEIRA, 1999, p. 237).

Na esfera estatal-privada estão as empresas e as corporações estatais que, embora formalmente públicas, encontram sua lógica na defesa de interesses particulares, econômicos e setoriais. Na esfera social-pública, ainda emergentes, encontram-se os movimentos e instituições que, embora formalmente privados, perseguem objetivos sociais, articulando-se na prática a construção de um espaço público não-estatal. É o caso das organizações não governamentais (VIEIRA, 1999).

Há vários níveis para se conceber a extensão da cidadania para além das fronteiras do Estado nacional. Trata-se de uma aspiração ligada ao sentimento de unidade da experiência humana na terra e que abre caminho a valores e políticas em defesa da paz, justiça social, diversidade cultural, democrática, sustentabilidade ambiental em nível planetário, etc (VIEIRA, 2001a, p. 251). *Hoje, organizações como Anistia Internacional ou Greenpeace, por exemplo, têm mais poder no cenário internacional do que a maioria dos países* (VIEIRA, 2001a, p. 249).

Assim, não se espera apenas do Estado-Nação respostas para a exclusão e degradação social. Está ocorrendo a busca de um novo padrão de desenvolvimento, por meio de entidades e movimentos sociais – como os ecológicos, feministas, de minorias, de consumidores, etc.

Eli Diniz (apud VIEIRA, 1999, p. 247) traz a noção de governança, que seria a capacidade governativa em sentido amplo, na qual o Estado torna-se mais flexível, capaz de descentralizar funções, transferir responsabilidades e alargar o universo de atores participantes. Entretanto, mesmo diante da atuação da sociedade civil, na busca por melhores condições de vida, permanece a incerteza com relação aos resultados efetivos dessas ações.

3.2. *O bem-estar em sociedade: ilusão ou possibilidade?*

Levando-se em consideração o caso brasileiro, constata-se que já se passaram

mais de dez anos em que há no país uma Constituição Cidadã. Percebe-se que as pessoas conquistaram o direito de eleger seus representantes, manifestar o pensamento livremente, obtiveram também a proteção de direitos civis, políticos e sociais. Contudo, permanecem problemas centrais na sociedade, como a violência urbana, desemprego, analfabetismo, desigualdades sociais e econômicas, a má qualidade de ensino, a oferta inadequada dos serviços de saúde, etc.

Em razão da continuidade desses fatores, como já foi mencionado anteriormente, a sociedade civil está recorrendo a formas alternativas de prover o bem-estar. Assim, vislumbra-se a atuação da família, religião, associações voluntárias, redes de assistência social, ONGs¹⁷ como poderosos instrumentos de desenvolvimento de um modelo de cidadania social menos centrada no Estado (ROBERTS, 1997).

Como afirma Alba Zaluar (1997, p. 35), não se busca uma *filantropia humilhante*, mas a solidariedade como princípio fundamental da sociedade, de forma que cada um seja responsável por todos.

Insta observar a teoria de Marcel Mauss, na qual é formulada a concepção de quarto setor, em que há três momentos da reciprocidade – dar, receber e retribuir. A reciprocidade moderna estaria baseada na generosidade com estranhos advinda de um ato gratuito e livre do doador; por exemplo, a doação de órgãos e de sangue ou grupos organizadores como os alcoólatras anônimos e dos narcóticos anônimos (ZALUAR, 1997, p. 35).

Nessa senda, Edgar Morin (2002, p. 28) refere que a crença no amor é o mais poderoso mito ao qual as pessoas devem se apegar. E não é o amor interindividual, mas o amor, num sentido mais amplo, que englobaria toda a sociedade.

Dessa maneira, infere-se que as formas alternativas encontradas pela sociedade civil para solucionar os problemas sociais possuem certa eficácia. Contudo, não há

como olvidar a importância da concepção moderna de cidadania, centrada na idéia de Estado-Nação, pois não existem, até o momento, soluções sobre quais os setores capazes de suplantar o Estado no dever de prover as condições de bem-estar.

Por isso, o Estado-Nação, como unidade prática da política e morada institucional da cidadania, terá de ocupar o papel principal na regulação dos direitos e deveres da pessoa humana.

4. Conclusão

Nos últimos anos, com a chamada globalização, a concepção de cidadania moderna foi alterada, pois ela não é mais entendida como um *status* legal, isto é, cidadão como membro pleno de uma comunidade política particular. Hoje, ressalta-se a cidadania para além das fronteiras tradicionais do Estado-Nação.

Assim, surge o terceiro e quarto setor, que seriam movimentos sociais não centrados na figura estatal, como formas de suprir a ausência do Estado-Nação na proteção dos direitos e garantias mínimos à população, principalmente a de baixa ou nenhuma renda.

Ocorre que não há como negar a relação entre cidadania e igualdade. E, com isso, evidencia-se a importância de que o Estado-Nação mantenha um papel ativo na implementação de políticas voltadas para a proteção social.

Mesmo que haja meios alternativos de promover o bem-estar social, em nível nacional e internacional, por meio da solidariedade e do amor (atuação da família, religião, associações de bairro, ONGs, etc.), não há como esquecer o conceito moderno de cidadania que coloca no Estado-Nação a responsabilidade pela proteção do cidadão. Ainda mais quando se está diante de países em desenvolvimento, como é o caso brasileiro, que passou do Estado Social para o Estado Democrático de Direito sem ter efetivamente vivenciado o Estado Providência.

A atual Constituição Cidadã apareceu como símbolo das conquistas democráticas. Assim, mesmo que falte um longo caminho para a efetiva cidadania em território brasileiro, não há como negar que o primeiro passo foi trilhado em 1988. Por isso, a necessidade de defesa das suas normas.

Nesse contexto, em que pese o reconhecimento da subcidadania, bem como a carência na concretude de muitas normas constitucionais, é necessário reconhecer as palavras de Fernando Pessoa que constam na epígrafe do texto: *Acorda, eis o mistério ao pé de ti! Dentro o povo chora, enquanto a Constituição pede efetividade!*

Notas

¹ A própria palavra cidadão, em seu sentido etimológico, deriva da noção de cidade, daquele que habita a cidade (CRUANHES, 2000, p. 25).

² Na cidadania antiga, dos séculos V e VI a.C., os direitos eram reservados aos cidadãos, mas nem todos os homens eram cidadãos (VIEIRA, 1999, p. 217).

³ No decorrer do trabalho, será exposta a diferença que ocorreu entre a formação da cidadania brasileira, americana e de alguns países europeus.

⁴ Constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade (...) é no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 1999, p. 47). Ainda sobre o constitucionalismo, é importante salientar a obra de Nicola Matteucci (1998, p. 318), a qual recupera a evolução histórica das Constituições.

⁵ Sobre a separação dos poderes, Cf. Montesquieu (2002, p. 165), quando o mesmo refere que, para não se abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.

⁶ Consoante Konrad Hesse (1991, p. 19), "a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente".

⁷ O coronel da Guarda era sempre a pessoa mais poderosa do município (CARVALHO, 2001, p. 41).

⁸ Para aprofundar o tema, Cf. Souza (2003).

⁹ Vale observar que, nos manuais de direito constitucional brasileiros, a concepção de cidadania é abordada apenas na sua concepção política, pois cidadão é o indivíduo que seja titular de direitos políticos de

votar e ser votado (Cf. SILVA, 1999, p. 347; BASTOS, 1999, p. 272; MORAES, 2002, p. 233 et seq.).

¹⁰ O *Dasein* pode ser traduzido como ser aí (*Da*= aí; *sein*= ser) e como pré-sença (Cf. STRECK, 2000, p. 178).

¹¹ A expressão é de Peter Häberle (1998, 2000, p. 161), elencada na obra já mencionada.

¹² Para Darcísio Corrêa (2000, p. 217), o conceito de cidadania confunde-se com os direitos humanos.

¹³ Consoante Anthony Giddens (1999, p. 38), atualmente, nenhum discurso político está completo ou manual de negócios é aceitável sem referência à globalização. Para Otfried Höffe (2005, p. 5), a globalização é uma palavra de ordem da filosofia política revestida de emoções contraditórias, em parte contendo esperanças e temores. Além disso, vem sendo empregada de maneira inflacionária e, ao mesmo tempo, em contornos tão tênues que se prefere evitá-la. Na sua primeira definição, apresenta a *globalização como crescimento e consolidação das relações internacionais*. Também, Zygmunt Bauman (1999, p. 7) refere que a *globalização* para alguns é o que se deve fazer para ser feliz; para outros, é a causa da infelicidade. Para todos, porém, *globalização* é o destino irremediável do mundo.

¹⁴ Essa é a posição de Philip McMichael e Boaventura de Souza Santos, elencada no artigo de Beilharz (2001, p. 177-205). Para eles, a globalização é uma invenção dos neoliberais.

¹⁵ Para uma leitura mais aprofundada a respeito da teoria do "agir comunicativo", Cf. Habermas (1997, p. 354).

¹⁶ Esse termo, utilizado por Habermas (1997) na obra referida, significa o ambiente no qual estão inseridos os sistemas, entre eles o Direito.

¹⁷ A expressão ONG inclui uma grande diversidade de organizações leigas e religiosas, políticas e não-políticas. Diferenciam-se por seu grau de dependência de fundos externos e de pessoal administrativo estrangeiro. Além disso, há diferenças entre ONGs cujos serviços são coordenados a partir do exterior e aquelas que trabalham de comum acordo com a população local, procurando fortalecer a capacidade de iniciativa das comunidades. Uma questão muito relevante consiste em saber se as organizações que mantêm vínculos externos e não precisam prestar contas de suas atividades contribuem de fato para desenvolver um sentimento nacional de igualdade de direitos sociais (Cf. ROBERTS, 1997, p. 5-21).

Referências

ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BEILHARZ, Peter. *Globalização, bem-estar e cidadania*. *Revista Técnica*, Rio de Janeiro, 2001.

BOFF, Leonardo. *A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise*. In: *DISCURSOS sediciosos*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito constitucional*. Lisboa: Almedina, [199-?].

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2000.

CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: educação e exclusão*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 19. ed. São Paulo: Ática, 2001.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1996.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*. Madrid: Minima Trotta, 1998.

_____. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: M. Fontes, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización de poder y libertad*. Madri: Trotta, 1998.

MONTESQUIEU, Charles S. Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: M. Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. ; STRECK, Lenio Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORIN, Edgar. *Amor, poesia e sabedoria*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ROBERTS, Bryan. A dimensão social da cidadania. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Belo Horizonte, a. 12, n. 33, fev. 1997.

ROCHA, Leonel Severo. Interpretação jurídica: semiótica, diferenciação e ação comunicativa. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Ernani Bonesso (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

_____. O direito na forma da sociedade globalizada. In: ANUÁRIO do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madri: Dykinson, 1998.

VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

_____. Cidadania global, estado nacional e espaço público transnacional. In: ARGONAUTAS da cidadania: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001a.

_____. Em torno do conceito de cidadania. In: ARGONAUTAS da cidadania: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001b.

ZALUAR, Alba. Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, fev. 1997.

Ética e análise econômica do Direito no Protocolo de Quioto

Guilherme Nacif de Faria

Sumário

1. Introdução. 2. A análise ética global. 2.1. Os princípios éticos – o princípio poluidor-pagador. 2.2. O princípio da parcela de tempo. 2.3. Conclusão da análise ética. 3. A análise econômica das questões ambientais. 3.1. Externalidades. 3.2. Eficiência de Pareto. 3.3. Soluções econômicas privadas. 3.4. Teorema de Coase. 3.5. *Coming to a nuisance*. 4. O Protocolo de Quioto. 4.1. O que diz o Protocolo de Quioto. 5. Conclusão.

1. Introdução

O mundo está passando por mudanças que podem provocar conseqüências importantes. O relatório do Grupo de Trabalho I do Painel Intergovernamental sobre mudança climática – IPCC – (AR-4), publicado em dois de fevereiro de 2007, constatou cientificamente alterações em curso no clima do planeta. Segundo o relatório em questão (outros três serão ainda publicados em 2007), essas mudanças provocarão primeiramente um aumento na temperatura da terra, desencadeando o derretimento das calotas polares e da massa de gelo da Groenlândia com conseqüente aumento do nível do mar, tempestades mais agressivas, inundações mais freqüentes e maiores em uns lugares e secas mais intensas em outros. Num segundo momento, há a possibilidade de provocar o fim da corrente do Oceano Atlântico (ainda não neste século), levando ao hemisfério norte, especialmente a Europa, uma nova Era Glacial. A maioria

Guilherme Nacif de Faria é Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Viçosa – UFV. Especialista e M.S. em Direito Privado pela PUC-MG. Doutorando em Direito Privado – PUC – MG.

dos cientistas culpa o efeito estufa por essas alterações, efeito esse causado pela liberação indiscriminada de gases, especialmente os provenientes da queima de combustíveis fósseis, produzindo o gás carbônico (CO₂), o maior vilão. Também é verdadeiro que a queima das florestas nativas promoveu e ainda promove a devolução à atmosfera de uma importante parcela de CO₂ anteriormente seqüestrado no crescimento da árvore, o que piora a saturação de gás desprendido pela ação humana. O relatório traduz em certeza físico-científica as apreensões dos ambientalistas. Em resumo, grande parte das terras firmes próximas do nível do mar serão inundadas, provocando o deslocamento de milhões de pessoas, bem como impacto negativo sobre a produção agrícola e perda de importantes recursos biológicos.

Esse gás carbônico é o principal subproduto da atividade industrial contemporânea, seja no processamento dos bens, seja no transporte do produto ou das pessoas envolvidas no processo. A liberação mais intensa desse subproduto, que sempre acompanhou a formação de bens e a acumulação de riquezas, iniciou-se há mais de um século atrás, com a intensificação da indústria, e sempre foi dita como insignificante, inócua perante a capacidade ilimitada de absorção pela atmosfera. Essa poluição, se não causava danos próximos e visíveis como sujeira ou problemas respiratórios, imaginava-se que a atmosfera seria capaz de diluir em sua massa de gás respirável sem maiores conseqüências. Assim, com uma capacidade de absorção aparentemente infinita da atmosfera e ainda com a ajuda da captação e seqüestro de gás carbônico feita pelos vegetais promotores de fotossíntese, os custos dessa liberação seriam diluídos em todo o planeta, sem maiores alterações nas vidas das pessoas.

Longe de ter caráter alarmista, as constatações são sérias e suas conseqüências previsíveis e catastróficas. A comunidade mundial resolveu operar e, em 1992, foi

instituída a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Na Conferência das Partes de 1995 em Berlim (COP-1), os países resolveram diminuir a interferência antrópica (produzida pelo homem) perigosa no sistema climático, retornando os valores de emissão de gases do efeito estufa àqueles próximos dos efetuados no ano de 1990. Em Quioto, no Japão, no ano de 1997, as partes (países) assinaram um Protocolo, com vinculação legal, no qual os países industrializados reduziram suas emissões combinadas de gases do efeito estufa em pelo menos 5% em relação aos níveis de 1990 até o período entre 2008 e 2012. É a primeira tentativa de reverter uma tendência histórica de 150 anos. Essa foi a solução parcial acolhida; entretanto, nem todos os países ratificaram o Protocolo, notadamente os Estados Unidos, o maior poluidor do planeta.

Dentro do estudo do Direito, temos visto que correntes que tenham sido embasadas em conceitos da ética e que apregoam uma determinada solução para um problema normalmente desprezam e criticam soluções que tenham como ponto de partida principal a análise econômica do Direito. Vice-versa também é verdadeiro. Em relação ao direito ambiental, não é diferente, e aqui tem-se a pretensão de analisar as discrepâncias entre as duas posições no que diz respeito à solução apresentada pelo Protocolo de Quioto. Para Ackerman (1996, p. 86 apud OGUS 2002, p. 11), a disciplina da análise econômica do direito é cética sobre a idéia de que as ações são intrinsecamente corretas ou incorretas. O que lhe concerne é que um mesmo ato pode ser tratado como poluição em um marco de relações, porém ser desejável em outro marco que somente é ligeiramente diferente.

A análise proposta será feita a partir de dois marcos teóricos: de um lado, o pensamento ético-global de Peter Singer (2004) e, do outro, o Teorema de Coase, de autoria de Ronald H. Coase, extraído do artigo "o problema do custo social" de 1960.

2. A análise ética global

Peter Singer é filósofo e ensina bioética no Centro Universitário de Valores Humanos da Universidade Princeton, nos Estados Unidos. Já estudou e escreveu sobre temas controversos como os direitos dos animais e a ética da globalização, e a leitura de qualquer de seus livros não deixa incólume o pensamento. Em 2004, ele publicou o livro “um só mundo: a ética da globalização” e nele aborda, entre outros itens que compõem a atual agenda mundial, a questão ambiental.

Singer (2004) discute a adoção do Protocolo de Quioto como uma das formas de diminuir a escalada mundial de emissão de gases poluentes provocadores do efeito estufa e causadores do aquecimento global. É um problema que afeta todo o planeta com conseqüências desastrosas para o meio ambiente se essas medidas de urgência não forem tomadas. As razões que ele oferece para a adoção irrestrita por todos os países das medidas de restrição de emissão de gases acertadas no Protocolo de Quioto são argumentos éticos.

2.1. Os princípios éticos – o princípio poluidor-pagador

Inicialmente o autor (SINGER, 2004, p. 36) aborda um princípio histórico pelo qual “não podemos decidir, pelo simples exame da situação atual, se uma dada distribuição de bens é justa ou injusta, temos que conhecer sua história”. Um exemplo de um princípio histórico aplicado à proteção do meio ambiente é o princípio do poluidor-pagador e diz, em resumo, que, analisando a história do problema, vê-se que alguns países poluíram mais que os outros, ou seja, o problema que todo o mundo hoje enfrenta, com conseqüências graves para todos, foi provocado muito mais por alguns países que por outros. Assim, esses países poluidores devem arcar agora com o custo da despoluição ou, não sendo completamente possível, recompensar aqueles outros países que não poluíram, mas que agora sofrem ou sofrerão as conseqüências.

Peter Singer (2004, p. 36) usa ensinamentos de John Locke para quem o uso moderado de um recurso natural (e comum) deve ser feito de forma que, mesmo consumindo alguma coisa, deixa-se “o suficiente, e nas mesmas condições”. Essa expressão vem da justificativa da propriedade privada por Locke em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de 1690. Na obra, Locke ressalta que a terra e tudo quanto contém “pertencem à humanidade em comum”. Não caberia, pois, haver sobre nenhum desses bens comuns o exercício de uma propriedade privada ou de um uso exclusivo.

O Direito não se afasta dessa linha. Para ele, um bem é tudo aquilo que é útil às pessoas e as coisas são todos bens econômicos, dotados de existência autônoma, e capazes de serem subordinados ao domínio das pessoas (FIUZA, 1999, p. 87). Nesse mesmo sentido, classificando coisa como uma espécie economicamente ativa do gênero bem, encontram-se outros autores e que, seguindo esse raciocínio, descartam coisas que não são bens por não interessarem ao Direito, tais como a luz, o ar, a água do mar (GOMES, 1999, p. 200). Francisco Amaral (2003, p. 309) tem uma visão de maior espectro do que seja coisa, para quem, existindo no universo e sendo útil para a satisfação das necessidades humanas, se torna valioso e, assim, objeto de apropriação. Entretanto, coloca o ar como coisa útil que não é apropriável (*res communes*).

Toda relação jurídica tem um objeto, seja um bem ou uma coisa. Inversamente, toda coisa, como objeto de direito, sofre a dominação do sujeito; há coisas, entretanto, que não são objeto de uma relação jurídica por ainda serem insuscetíveis de apropriação ou não terem sido ainda apropriadas por alguém (PEREIRA, 1992, p. 273). Essa conceituação pode se tornar ultrapassada quando o assunto é o ar atmosférico; impossível de ser apropriado por alguém, mas passível de ser utilizado por todos. A sua utilização intensa, além dos limites

de recuperação, acarretará problemas a todos, tanto aos que utilizaram quanto aos que não utilizaram, fazendo ambos pagar o mesmo preço, cobrado pelas destruições advindas das mudanças climáticas.

Esse é um exemplo da tragédia dos bens comuns citada por Singer (2004, p. 38). Todos precisam usar um pouco do bem comum, pelo menos para que haja desenvolvimento nos moldes conhecidos, mas há que diminuir o uso total. Não se trata somente de uma questão de justiça distributiva, mas também de jurisdição. Como distribuir o uso e como obrigar países tão diversos a diminuïrem as suas emissões, países sobre os quais não existe nenhuma forma de jurisdição internacional? Os recursos naturais do planeta que seriam comuns a todos os habitantes da terra, tais como a pesca marinha, a água doce ou a capacidade da atmosfera de suportar a descarga de gases provocadores do efeito estufa, já se encontram em vias de exaustão, sendo agora impossível continuar usando da mesma forma e deixar o suficiente e nas mesmas condições. Deve-se então impor limitações ao uso de modo que o que restou possa ser explorado sem alterar definitivamente o recurso (extinção) e da mesma forma permitir que todos os habitantes possam usufruir de maneira eqüitativa.

Nessa linha, o princípio do poluidor-pagador leva à justa responsabilização daquelas pessoas (países) que mais se utilizaram do recurso disponível a todos, da coisa comum. Assim, quem poluiu mais que agora arque com o custo de: 1º diminuir o nível de utilização do recurso pela diminuição da emissão de gases do efeito estufa; 2º pagar para que não haja mais poluição ou diminua seu ritmo; ou ainda, 3º pagar pelos danos que sua ação provocou.

2.2. O princípio da parcela de tempo

Poder-se-ia argumentar que os países que poluíram no passado não sabiam dos malefícios do seu ato e que seria mais justo olhar para o futuro e, assim, estabelecer

padrões de uso do recurso que se escasseia (SINGER, 2004, p. 45). Considere-se o fato apesar de não se poder alegar ignorância para se eximir de uma responsabilidade por ato próprio. Assim, parte-se do princípio de que todos os países têm direito ao mesmo uso do recurso atmosfera, já que seria inconcebível que um país tivesse mais direito a utilizá-la que outro. Mesmo compreendendo o aspecto do desconhecimento anterior sobre os efeitos da poluição, já se sabe perfeitamente bem, há mais de duas décadas, os seus malefícios, o que justifica os níveis traçados pelo Protocolo de Quioto e estabelecidos como os do ano-base o de 1990.

O Protocolo de Quioto determinou que o nível de gases-estufa deveria ficar em torno de uma tonelada métrica por ano por habitante do planeta, estipulando que os países desenvolvidos reduziriam em 5% o nível de emissão registrado em 1990. Alguns países produzem muito acima desse patamar. Os EUA, por exemplo, produzem algo em torno de 5 ton./ano/habitante de gás carbônico, ao passo que outros mal se aproximam da décima parte disso.

O ponto de partida de Singer (2004) é dar a todos os habitantes uma parcela igual de um recurso comum e não enxerga uma boa razão para que seja feito de forma diferente. Se existe um bem comum, nada justifica que uns tenham mais direito ao seu uso que outros. Se a emissão de CO₂ é consequência direta de um processo que, na maioria das vezes, é gerador de riquezas ou utilização de facilidades, não é justo, não é um princípio igualitário, que alguns tenham direito a emitir mais poluentes que outros, já que o uso é comum e a capacidade de utilização é limitada, além de todos sofrerem as consequências.

Se houvesse uma obrigação de diminuição *per capita*, alguns poderiam reduzir à metade suas emissões e mesmo assim continuar a poluir demasiadamente. Por exemplo: os norte-americanos emitem cerca de 5 ton./ano/hab. Uma diminuição pela

metade ainda os colocaria em níveis acima da média européia. E a diminuição pela metade da emissão de indianos e chineses, por sua vez, inviabilizaria o desenvolvimento do país. Não podemos esquecer que uma diminuição abrupta e radical das emissões americanas poderia levar o mundo a uma recessão severa, com efeitos também não desejáveis.

2.3. Conclusão da análise ética

O princípio do poluidor-pagador se justifica por fornecer incentivo à diminuição das emissões de gases. Quem poluiu é aquele que obteve riqueza com isso, assim é justo que agora pague pela despoluição, além de isso incentivar cuidados quanto a diminuir as emissões. Pelos princípios igualitários, é justo que, diante da capacidade limitada de utilização, cada pessoa tenha o direito à utilização do seu quinhão de poluição da atmosfera.

3. A análise econômica das questões ambientais

A teoria microeconômica se concentra nos conceitos fundamentais de maximização, de equilíbrio e de eficiência para descrever as decisões de consumidores e de empresas. Empresas tendem a maximizar seus preços, no mais elevado patamar que puderem, e a minimizar seus custos, também ao patamar mais baixo possível, atingindo uma maior diferença possível entre o custo do produto e o preço conseguido por ele. Se uma empresa pode pagar menos pelo mesmo insumo sem que isso afete a qualidade de seu produto final ou, afetando a qualidade, isso passe despercebido pela avaliação do consumidor no seu intuito de maximizar sua satisfação, ela o fará. É uma questão de sobrevivência no mercado. Para o consumidor, na maioria das vezes, pouco importa se as mercadorias são importadas ou quais foram os processos industriais pelos quais elas foram produzidas. Um estado denominado equilíbrio geral é conseguido

quando os consumidores maximizam sua utilidade e as empresas, seus benefícios.

Esse estado pressupõe que as forças competitivas tenham conduzido a uma igualdade dos benefícios marginais e do custo marginal no mercado, para todos os bens e serviços (COOTER; ULEN, 1999, p. 60). Entretanto, falhas de mercado existem, tais como a presença de monopólios, os bens públicos e as externalidades.

3.1. Externalidades

Dentro de um mercado ideal, as partes que nele atuam captam todos os benefícios e assumem todos os custos. Entretanto, em algumas situações especiais, os benefícios podem afetar terceiros; como exemplo, a cultura de abelhas por um produtor de mel que acaba por beneficiar, com a polinização, os agricultores que cultivam frutas ao redor. Ocorre aí uma externalidade positiva chamada benefício externo. Da mesma forma, se parte do custo da produção de um bem é suportado, não pelo produtor, mas por terceiros que nada têm com a relação de produção e consumo, então esse desvio do mercado ideal é chamado de custo externo e é uma externalidade negativa. Representa o custo externo, *v.g.*, a contaminação de um curso d'água por uma indústria sem que ela tenha a obrigação de o descontaminar. O custo é então suportado por todos aqueles que moram e utilizam a água à jusante da indústria.

Identificam-se, assim, dois tipos de custos diversos na produção de um bem por uma empresa. O primeiro, chamado custo privado, é suportado pelos investimentos feitos, pelo custo do capital e de outros insumos envolvidos na produção do bem, ou seja, são custos que o empreendedor tem de pagar por eles. E o segundo é o custo social, aquele que não é suportado pelo produtor, mas destinado a terceiros ou diluídos em uma população. A falha do mercado, a externalidade identificada nesse quesito, está em a indústria não se preocupar em manter o ambiente como ela o encontrou.

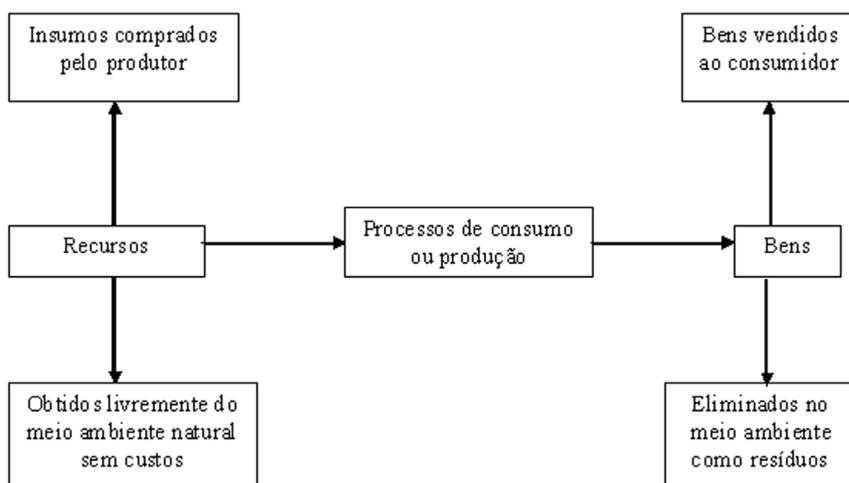
Promove a sua produção deixando a outros, estranhos à relação de produção e consumo, o encargo de conviver com os subprodutos indesejáveis de sua atividade. A indústria atua como se o custo de eliminar os subprodutos danosos fosse nulo.

No caso que interessa a este estudo, essa era a visão das indústrias na metade do século XIX. Especificamente, se elas não comprometiam nenhuma atividade imediatamente visível – por exemplo, a emissão de fuligem que incomodasse a vizinhança ou implicasse perda para outras atividades econômicas –, não se sentiam comprome-

tidas com o bem-estar maior. Elas produziam riquezas em grau muito maior que qualquer outra atividade da época e rios e ar atmosférico pareciam ser eternamente renováveis, uma fonte inesgotável de destinação de seu custo externo ou social.

Massiá e Cabañes [200-?] mostram o pensamento microeconômico clássico pelo esquema I. O sistema produtor se preocupava com o aporte dos recursos sempre fornecidos por algum produtor de matéria-prima, daí destinados ao processo de produção que resultava em bens ao consumidor final. A parte de baixo do

Esquema I



esquema era esquecida ou não existia. Não se consideravam os recursos obtidos livremente do meio ambiente, como exemplos maiores o ar e a água. Da mesma forma, não se consideravam outros subprodutos do processo de produção que, inservíveis, sem qualquer valor econômico, deveriam ser eliminados no mesmo meio ambiente onde foram obtidos os recursos naturais.

A empresa que assim produz não contabiliza esses custos apesar de eles existirem. Estabelecem seus preços mínimos (Pmin) conforme o seu custo de produção privado acrescido do lucro (L1) e o preço máximo (Pmax) conforme a demanda do mercado.

Obtêm do não-pagamento de seus custos sociais (também conhecida como não-internalização de custos) um sobrelucro na venda.

O preço mínimo é fixado acrescentando-se ao custo total (Ctotal) uma margem de lucro, assim:

$$P_{min} = C_{total} + \text{Lucro } (L1)$$

Quando o mercado falha em uma externalidade negativa do tipo ambiental conforme se estuda, o custo total se divide em custo privado (Cpriv.) e em custo social (Csoc.). Os custos assim dissociados são suportados respectivamente pelo produtor e por terceiros, assim:

$$P = (C_{priv.} + C_{soc.}) + L1$$

Entretanto, como todos suportam o custo social ambiental de uma empresa poluidora, seria justo que também participassem dos benefícios trazidos por esse custo por meio de uma diminuição do preço do produto ao consumidor, ou seja:

$$P - C_{soc} = C_{priv} + L1.$$

Mas não é o que acontece. Se existe demanda por um produto e os consumidores já se dispuseram a pagar determinado preço pela sua satisfação, então o custo social será acrescido ao lucro, gerando um ganho ainda maior ao produtor, um sobrelucro (L2) dado da seguinte forma:

$$P = C_{priv.} + L2, \text{ sendo } L2 = (L1 + C_{soc})$$

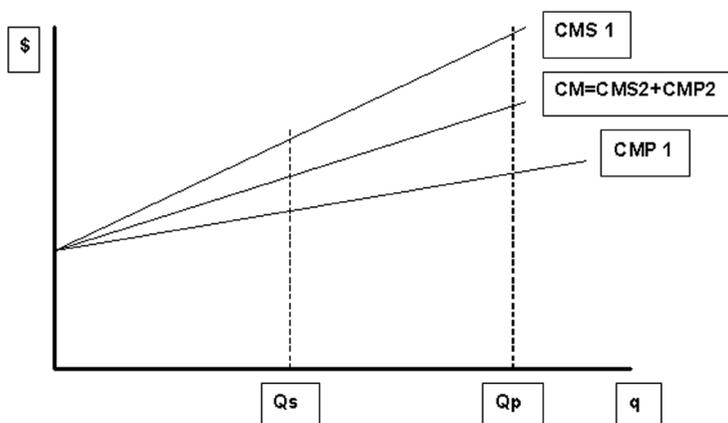
Cooter e Ulen (1999, p. 62) explicam que o mercado falha na presença dos custos externos porque o produtor da externalidade não tem de pagar por causar danos a terceiros, de modo que se autocontrola em uma medida insuficiente. Em sentido técnico, o produtor da externalidade produz em demasia e assim cria o dano associado, porque tem uma diferença entre o custo marginal privado (CMP) e o custo marginal social (CMS). O custo marginal privado é o

custo marginal da produção para a fábrica e o custo marginal social é a soma do custo marginal privado e dos custos marginais adicionais que se impõem involuntariamente a terceiros, por cada unidade de produção.

O gráfico I ilustra um caso de externalidade manifestada pelo custo externo social. O custo marginal privado (CMP 1) é mostrado pela linha mais baixa e representa o aumento do custo por cada produto novo a mais a ser produzido. Assim, para saltar a produção de uma indústria da quantidade 'qs' para a quantidade 'qp' (sendo $q_s < q_p$), o produtor gastará cada vez mais para produzir a próxima unidade. Lembrando que esse custo sai realmente do bolso do produtor, chegará a um ponto em que não compensa mais aumentar a produção, pois o custo do produto chegará muito perto do seu preço.

No mesmo gráfico, o custo marginal social (CMS), representado pela linha superior (CMS 1), mostra um aclave muito mais acentuado. Assim, para cada unidade a mais produzida, o custo marginal

Gráfico I



social eleva-se de forma mais intensa que o custo marginal privado. Isso representa que a poluição causada pelo produtor ao ar aumenta de forma muito mais intensa

conforme ele aumenta sua produção. Basta medir o aumento do custo marginal social que é dado pela distância dos pontos de inserção entre as linhas CMP-1 e CMS-1 para

as quantidades de produção q_s e q_p . Para atingir a quantidade maior (q_p), o aumento do custo marginal social, que é dado pela distância entre as linhas, é progressivo.

A chave para alcançar o ótimo social quando existem externalidades consiste em induzir os maximizadores de benefício privado a restringirem sua produção ao nível que seja ótimo do ponto de vista social, e não do ponto de vista privado. Essa tarefa somente é possível quando as políticas internas ambientais forçam os produtores a não poluírem além do mínimo aceitável ou, se poluírem acima de um determinado limite, que internalizem os custos de poluição, passando-os de sociais para privados.

O ideal seria que esses custos sociais causados pelos danos ao meio ambiente não existissem. Obrigar os produtores a assumir seu custo social é, no modelo do gráfico I apresentado, equiparar as curvas de custos marginais privados e sociais em uma única, em que o custo marginal é único e passa a ser a soma dos dois custos anteriores ($CM = CMP_2 + CMS_2$).

Diz-se, então, que houve a internalização dos custos sociais, ou das externalidades. Num mercado perfeito, se todas as empresas internalizam seus custos sociais, os da poluição em particular, nenhuma sobressai à outra; mas, se uma delas não procede dessa forma, ganha uma vantagem estupenda sobre as outras, podendo vender seu produto por um preço mais baixo e ainda obter lucro. Conforme demonstrado, o custo social pode ser usado para aumentar o lucro (sobre-lucro):

$$P = C_{priv.} + L_2, \text{ sendo } L_2 = (L_1 + C_{soc}) \text{ e também sendo } L_2 > L_1;$$

ou, num cenário de concorrência mais intensa, poderá trazer o valor do custo social para o outro lado da equação, com o sinal trocado, e diminuir o preço do produto, sem alterar o lucro inicial da empresa.

$$P - C_{soc} = C_{priv.} + L_1.$$

Fazendo o abatimento do custo social do preço: $P_2 = P - C_{soc}$;

$$\text{Logo, } P_2 < P.$$

A empresa poderá exercer no mercado um preço irreal, muito abaixo de seu valor verdadeiro de produção. Se for a única empresa que puder se comportar dessa forma no mercado, com o tempo, engolirá a concorrência.

3.2. Eficiência de Pareto

Vários autores tratam da questão da otimização de recursos escassos. Vilfredo Pareto (WIKIPEDIA, [200-?]) foi um deles e, para ele, a solução de um problema multiobjetivo chamado P está em se aplicar a solução S1 que será considerada ótima de Pareto, se não existe outra solução S2 que melhore em um objetivo sem piorar no outro. Assim, baseado na satisfação das preferências individuais, uma situação particular é eficiente no sentido de Pareto se é impossível trocar os bens destinados a cada indivíduo para que pelo menos um melhore a sua situação (segundo sua própria estimativa) sem piorar a situação de outra pessoa (também segundo sua própria estimativa). (COOTER; ULEN, 1999 p. 26).

Como aplicar a eficiência de Pareto ao nosso problema? Com base na constatação das alterações climáticas induzidas pelas emissões de gases do tipo carbônico, a capacidade de absorção de gases pela atmosfera passa a ser tida e havida como um recurso natural, com um agravante: pertence a todos os habitantes do planeta indiscriminadamente. Isso torna a todos proprietários e consumidores de um bem comum. Pela solução que seja eficiente conforme Pareto (WIKIPEDIA, [200-?]), não se pode alterar a situação das pessoas se pelo menos uma delas não obtiver uma melhora consideravelmente maior que a piora daquela parte que teve alterada sua situação. Dessa forma, justificaria, por um enunciado econômico, que os países que emitem muito CO2 pudessem diminuir suas emissões sem que isso alterasse de forma substancial as condições de vida e o conforto de seus habitantes, o que poderia permitir que os países onde é emitido muito pouco CO2 pu-

dessem aumentar sua atividade industrial e melhorar consideravelmente as condições de vida de sua população.

Em termos práticos, a restrição nas emissões *per capita* de países como os Estados Unidos não acarretaria uma diminuição significativa no nível de vida de seus habitantes. Mas uma duplicação no nível de emissões dos países mais pobres do planeta significará uma melhora substancial na vida de seus habitantes. Em 1738, o matemático suíço Daniel Bernoulli, um dos contribuidores da teoria das probabilidades, propôs que a satisfação que se obtém com um aumento de riqueza será inversamente proporcional à quantidade de bens que se possuía antes. Levando o argumento *ad absurdum*, seria explicada a tristeza do Rei Midas.

O que de fato ocorre é que essa nova propriedade comum, a atmosfera do planeta, não se encontra sob jurisdição de nenhum país, não sendo possível estabelecer sobre ela condições de uso que sejam ótimas ou alterar sua utilização para que se aproxime da solução ótima de Pareto (WIKIPEDIA, [200-?]), por meio de uma ação legislativa, da interferência estatal pelo meio legal. Quem tem boa situação não quer abrir mão espontaneamente dela, mesmo sabendo que algumas populações do mundo não utilizam nada do nosso bem comum e sofrerão bastante com as alterações climáticas. Da mesma forma, empresas situadas em países que não as obriguem a internalizar seus custos sociais ambientais (pelo menos não aqueles que afetem a atmosfera) terão enorme vantagem competitiva sobre as suas concorrentes que estejam localizadas em países mais conscientes.

3.3. Soluções econômicas privadas

Sempre onde existir uma externalidade negativa, existirá uma destinação ineficiente de fatores de produção. Quando essa externalidade é benéfica a um produtor e prejudicial a outro, a saída mais racional é que ambos negociem e que o poluidor

pague ao outro pelo menos uma parte das perdas que provocou. Outra saída racional é unir as empresas, assim aquela que se beneficia com a externalidade é a mesma que se prejudica. O problema deixa de existir, pelo menos se forem somente as duas empresas as envolvidas. Mas quando se trata da atmosfera do planeta, o número de envolvidos é muito grande, muito superior a qualquer perspectiva de acordo voluntário racional. Da mesma forma, a poluição é feita por todos e atinge a todos, não necessariamente de forma igual ou exatamente difusa, mas de forma diversa e inconstante. Pensando num acordo múltiplo mundial possível, as empresas poluidoras teriam que destinar os valores correspondentes às suas externalidades negativas ambientais a um fundo que proveria os eventuais danos causados por alterações climáticas. Essa solução gera um grau de dificuldade imenso, primeiro para se definir quando determinada calamidade foi ou não provocada pelas alterações climáticas e, segundo, quem iria administrar tão volumoso fundo.

3.4. Teorema de Coase

Uma solução privada possível para o problema é proposta por Ronald Coase, economista inglês, professor em Chicago e Prêmio Nobel de economia de 1991. Coase sugere que a solução de problemas conflitantes se dá em termos de eficiência. Se tudo mais permanece igual, desejar-se-ia que a regra legal estimulasse a eficiência tanto em um como em outro participante (COOTER; ULEN, 1999, p. 114-115). As externalidades, conforme visto, podem dar lugar a ineficiência se ninguém é proprietário do fator de produção, porque se pode abusar de sua utilização e não se pode obrigar os indivíduos a pagar pelo seu uso (MASSIÁ; CABAÑES, [200-?], p. 17). Volta-se a constatar a tragédia dos bens comuns.

Em economia, chama-se custo institucional ou custo de transação aquele que incorre quando se promove uma mudança econômica. Como exemplos estão os custos

de pesquisa e informação de suprimentos, os custos de barganha como os honorários advocatícios do contrato e das certidões necessárias, e os custos de execução do negócio como, eventualmente, uma ação judicial contra a outra parte. No que diz respeito a este trabalho, são custos de transação aqueles advindos da responsabilização civil pela atividade do produtor. Se as leis do país não exigem que determinado dano seja pago pelo causador, então ele se torna uma externalidade e não mais um custo de transação.

Segundo ainda o Teorema de Coase, se as partes privadas e públicas podem negociar sem nenhum custo sobre a alocação de recursos, podem resolver por si mesmas o problema das externalidades, ou seja, se não existem os chamados custos de transação, então serão irrelevantes as regras de responsabilidade civil para uma ótima alocação de recursos, no sentido da eficiência social representada pelo ótimo de Pareto (WIKIPEDIA, [200-?]).

Seguindo o pensamento de Coase, localiza-se então a causa da externalidade na existência de um vácuo na responsabilização civil das atividades danosas ao meio ambiente, pelo menos no que diz respeito à atmosfera, e, portanto, na ausência de um senso ou de um direito de propriedade sobre o bem. Logo, a forma mais direta de resolver o problema seria tornar passível de responsabilização civil os danos à atmosfera acima de determinado patamar e/ou redesenhar o bem como uma coisa, ou seja, dominável, apropriável, não no sentido de posse, mas no sentido de propriedade.

Obrigando os produtores a internalizar seus custos sociais por responsabilização e/ou pagamento por uso de bem comum, o resultado será o de forçar uma atividade mais eficiente, que será alcançada sempre que os custos da eliminação da externalidade sejam inferiores ao valor do bem que sofre o dano.

O importante, repetem Massiá e Cabañes ([200-?], p.17), é que os direitos de propriedade estejam bem definidos e que, por sua

vez, há de ter em conta que a designação desses mesmos bens tem efeitos benéficos na distribuição de renda.

Identificada a causa, passa-se à solução do problema. Não cabe à questão a solução clássica de Coase para quem as partes devem cooperar para maximizar seus benefícios conjuntos sem se importar com o que diz a lei, ou seja, quando as partes podem negociar sem custos e com possibilidades de obter benefícios mútuos, o resultado das transações será eficiente, independentemente de como estejam especificados os direitos de propriedade. Essa é a postura de homens de negócios racionais que podem negociar e acordar sobre as condições de cooperação (COOTER; ULEN, 1999, p. 114-115). Mas, não é possível a negociação, como se viu anteriormente, sobre um bem tão amplo e tão difuso como a atmosfera. A única solução então é torná-la dominável, transformá-la juridicamente em coisa cujo titular seria toda a humanidade. Essa solução esbarra ainda na questão jurisdicional.

Para Anthony Ogus (2002, p. 1), questionando quanto à aplicabilidade do Teorema de Coase às questões ambientais, a noção de um conflito recíproco de uso de recursos, que estão no cerne da análise de Coase, contrasta surpreendentemente com os conceitos jurídicos tradicionais de causalidade. Justifica-se aí a dificuldade na sua aplicabilidade imediata. Para o autor, a própria linguagem do direito dificulta trasladar a noção de reciprocidade de Coase aos princípios do direito dos danos. O mesmo autor cita Ackerman (1984, p. 52), para quem o argumento de Coase restringe uma concepção de causalidade que reconhece como uma multiplicidade de fatores, que operam em um período de tempo extenso e contribuem para nossas demandas jurídicas.

3.5. Coming to a nuisance

Assim, constatada uma dificuldade inicial na aplicação direta do Teorema de

Coase (mas ainda não descartado), resta decidir quem ficará com o ônus da poluição: o poluidor ou o afetado?

Pela regra '*coming to a nuisance*' (vindo em direção à perturbação), o primeiro usuário de um determinado recurso tem o direito de permanecer usando-o tal como iniciou e os segundos usuários é que devem se adaptar às circunstâncias já postas. Dentro desse pensamento, todo o custo de adaptação será jogado aos segundos usuários. Num caso de poluição auditiva, se uma pessoa compra um lote e constrói uma casa entre uma serralheria e uma marcenaria, não pode reclamar depois do barulho. Os primeiros usuários já se encontravam no local e, economicamente, é mais barato construir a casa em um outro bairro residencial. Não caberia impor custos de instalação de isolamento acústico às duas empresas (obrigação positiva de fazer), além do que teriam que melhorar o sistema de refrigeração da área de trabalho e filtro para pó de madeira só porque alguém se mudou e vai morar ao lado.

O mesmo Ogus (2002, p. 5) chama a atenção de que existe um perigo de subestimar os custos, de impor uma obrigação positiva de atuar. Não é o caso relatado acima, mas em geral é mais barato para alguém que já se ocupa de uma atividade tomar cuidados para restringir riscos surgidos dessa atividade do que um agente passivo responder a um risco criado por outra atividade. Isso ocorre porque o agente ativo selecionou essa atividade que presumivelmente lhe gera uma utilidade maior: o custo agregado de tomar precaução em tal atividade poderia ser relativamente pequeno. Em troca, para realizar a atividade que controla o dano, o agente passivo deve sacrificar todas as outras atividades rentáveis. Em poucas palavras, seus custos de oportunidade podem ser consideráveis.

Nem uma regra que proteja sempre o primeiro usuário (*coming to a nuisance* sempre é uma defesa), nem uma regra que proteja sempre o segundo usuário (*coming to a*

nuisance nunca é uma defesa) são eficientes. As circunstâncias ou o caso concreto é que determinará se pode ou não ser aplicada no caso a regra *coming to a nuisance*.

Se o caráter do uso de determinada propriedade muda, mudarão todos os desdobramentos dessa alteração. Se o bairro é industrial e há áreas residenciais por perto, não há por que exigir que as empresas aumentem seus custos pela utilização não eficiente de um terceiro do seu direito de propriedade. Mas, no caso em questão – da poluição da atmosfera –, só existiam uns poucos utilizadores (que ganharam, e ainda ganham, com o uso ilimitado, mesmo que todos paguem um preço muito pequeno). Num segundo momento, passou-se a ter uma maior quantidade de utilizadores, mas que tornaram mais eficiente o seu uso, pelo menos no que diz respeito à distribuição da riqueza gerada pelas emissões de gases poluentes, ou seja, o benefício marginal para os novos utilizadores é maior que o benefício marginal para o utilizador da primeira hora, então a balança da eficiência penderá para o lado daqueles, justificando a retirada do que se instalou primeiro. Lembre-se da constatação de Daniel Bernoulli acima citada, sobre a infelicidade de Midas. Dessa forma, uma aplicação demasiado rígida da regra *coming to a nuisance* levaria a um congelamento do uso dos recursos naturais disponíveis a todos.

4. O Protocolo de Quioto

O Protocolo de Quioto foi resultado de um amplo consenso mundial no qual os países industrializados reduziram em pelo menos 5% suas emissões de gases provocadores do efeito estufa em relação aos níveis de 1990 até o período 2008-2012 (art. 3, 1). É um compromisso multilateral, coordenado pela ONU e com vinculação legal.

Mas não se trata somente de uma redução linear pura e simples. O Protocolo prevê estímulos ao comércio de carbono, à adequação do uso da energia e de novas tec-

nologias. Procura também incentivar direta e indiretamente a redução das imperfeições do mercado feitas por meio de incentivos fiscais, isenções tributárias e tarifárias.

4.1. *O que diz o Protocolo de Quioto*

A convenção permite a expansão dos níveis de emissão de gases desde que haja um aumento maior no seqüestro desses mesmos poluentes. O que interessa são as variações líquidas entre emissões e remoções (art. 3-3). Dessa forma, estimula a ação ambiental dentro do próprio país, permitindo que amplie as emissões e que decida internamente sobre a melhor destinação de suas cotas de emissão de poluentes. É uma situação clara de estímulo à eficiência e punição à ineficiência. Quanto maior a externalidade maior a punição.

A dinâmica do Protocolo de Quioto para diminuir as emissões de gases e distribuir melhor a utilização da biosfera se baseia na instituição do princípio do poluidor-pagador sem olvidar a força do mercado. Há a possibilidade de negociação entre o causador do dano e o afetado, diretamente e por meio das políticas nacionais de um e de outro. Dessa forma, um país que tenha uma atividade economicamente importante, manifestada pela demanda de seus produtos (fator de satisfação dos consumidores), poderá adquirir direitos de emissão de outros países. Ao atacar as imperfeições do mercado como as externalidades, incentiva a eficiência no uso da energia não renovável e, ao mesmo tempo, privilegia os países não industrializados com a possibilidade de estes venderem unidades de emissão de gases àqueles que julgarem proveitoso comprar esses direitos e emitir gases em suas atividades.

Por outro lado, poderá haver emissões acima do permitido, quando um país adquirir de outro uma parte desses direitos de emissão, expressa em unidades de redução, do que o outro conseguiu seqüestrar em seus sumidouros, aumentando a recompensa de quem promove a diminuição do carbono na atmosfera, incentivando-o a

uma atividade ecologicamente correta e, agora, economicamente proveitosa, e ao mesmo tempo permitindo aos produtores de bens com grande demanda permanecerem produzindo, desde que mantenham seu custo social, agora internalizado, abaixo do benefício marginal total (art. 3-10 e art. 6). É importante ressaltar esse dispositivo para incentivar ações ambientais que, até o momento, eram vistas apenas como altruístas ou de importância local.

A negociação é estabelecida entre as partes (art. 6-a) e prestadas contas em relatórios (art. 17). Entretanto só é possível participar do comércio de emissões se o país tiver cumprido as obrigações de limitação impostas para si próprio.

5. *Conclusão*

Levando-se em conta a aplicação de enunciados econômicos como o de Pareto, as mudanças sugeridas pelo Protocolo de Quioto seguem o caminho em busca de uma solução que seja ótima no sentido de Pareto. Países que usufruam ou usufruíram demais devem reduzir suas emissões em prol de países que não utilizaram ou utilizam pouco ou quase nada. A situação dos maiores emissores não será tão pior diante da significativa melhora que acarretará nos menores emissores. O que não é possível é esperar que o livre comércio traga uma solução para o problema. Somente uma ação com algum poder jurisdicional é possível livrar o planeta das catástrofes anunciadas.

O Teorema de Coase sugere que as partes interessadas podem negociar entre elas uma solução eficiente; evidentemente não deve haver custo de transação, nem impedimentos institucionais. Entretanto, trata-se de um bem que, especificamente, não pertence a nenhuma pessoa ou nenhum país. Pertence à humanidade e seu esgotamento trará conseqüências danosas a uma grande parte dos habitantes da terra, senão a todos. Há, então, o problema da proprie-

dade e o problema jurisdicional. Quando os indivíduos não podem resolver o problema das externalidades privadamente, então o Estado (no caso, os Estados) deve intervir, por meio de seu representante mundial.

O Protocolo de Quioto estabelece um limite para o uso do bem comum sem, contudo, deixar de fora as forças do mercado. Pelo contrário, procura estimular a eficiência do uso energético pelo comércio de unidades de emissão. Aquele que julgar lucrativo emitir além do permitido poderá comprar unidades de emissão de outro país, agregando esse custo ao preço de seu produto. A consequência dessa transação será, em último caso, a transferência de renda do consumidor (que pagará mais caro pelo produto), por intermédio do produtor (que aumentou seus custos pela internalização dos danos ambientais), ao vendedor da unidade de emissão que deixou de produzir ou gastou mais utilizando tecnologias limpas ou, ainda, criou alguma forma antrópica de seqüestrar os gases poluentes.

Um Relatório de 1987 denominado “Nosso futuro comum”, ou relatório Bruntland como veio posteriormente ser conhecido, foi o resultado da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento, implementada em 1983 pela ONU. O relatório concluiu que as principais causas de degradação do meio ambiente são: a contínua pobreza da população mundial e o comportamento excessivamente consumista de uma minoria da população mundial. A diferença de nível entre países ricos e pobres é a principal causa de degradação do meio ambiente.

Pelo que se viu, a ação proposta pelo Protocolo de Quioto ataca diretamente esses dois pontos. Ao buscar eficiência na produção e internalizar os danos ambientais, aumenta o preço dos bens de consumo e dirige esse aumento aos países mais pobres (menores emissores de CO₂), distribuindo assim a riqueza.

O Protocolo, longe de ficar preso a uma convenção-modelo, tão filosoficamente

perfeita quanto, na prática, inexecutável, ampliou seus horizontes unindo os preceitos éticos globais e o controle das forças de mercado, essenciais para tornar factíveis os termos da convenção. Aplica, de fato, o Teorema normativo de Coase quando preconiza que se deve “estruturar a lei de tal modo que se eliminem os impedimentos para os acordos privados” (COOTER; ULEN, 1999, p. 128).

De forma não surpreendente, viu-se que o Protocolo de Quioto buscou a solução efetiva do problema. Seguir somente os preceitos ecologistas levaria a mais um acordo utópico. Ao buscar unir os preceitos éticos às exigências econômicas, o Protocolo trouxe a capacidade de ser factível. Paraphraseando Massiá e Cabañes ([200-?]), a economia, sem a ética ou os contrapesos morais, pode conduzir, a longo prazo, à destruição da casa humana e seus habitantes. Uma exploração desordenada da natureza revela um erro ontológico. A economia teórica oferece soluções aos problemas ecológicos que são compatíveis e aceitos pela ética global.

Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- FIUZA, César. *Direito civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MASSIÁ, José V.; CABAÑES, M. Lucia. Análisis económico del problema ecológico. *UNED-Terrassa*, [S. l: s. n., 200-?]. Disponível em: <http://www.uned-terrassa.es/docs_biblioteca/ecologico.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2006.
- OGUS, Anthony. Inglaterra sin pescado y patatas fritas, o qué más deberíamos haber descubierto en el ensayo de Coase sobre costos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 3, n. 2, Jul. 2002. Disponível em: <<http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/pdf/TraduccionOgusfinal.PDF>>. Acesso em: 5 jul. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de administração do programa das Nações Unidas para o meio ambiente. *Relatório Brundtland*, [S. l: s. n., 200-?]. Disponível em: <<http://ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/K05/842/32/pdf/K0584232.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção-quadro das Nações Unidas para mudanças climáticas. Introdução. In: *Protocolo de Quioto*. [S. l: s. n., 200-?]. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/4069.html>>. Acesso em: 9 jul. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 1 v.

SINGER, Peter. *Um só mundo: a ética da globalização*. São Paulo: M. Fontes. 2004.

WIKIPEDIA. [S. l: s. n., 200-?]. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Eficiencia_de_Pareto>. Acesso em: 10 jul. 2006.

Teoria discursiva e seus reflexos no direito segundo o pensamento de Habermas

Beclaute Oliveira Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Da razão prática à razão comunicativa. 3. Pressupostos para uma compreensão da razão comunicativa. 4. Aspectos da validade no direito. 5. O direito e a moral. 6. Reconstrução do conceito de direito. 7. Ordenamento jurídico. 8. Conclusão.

“Não é grande coisa temer a pena, mas grande coisa é amar a Justiça. Quem ama a Justiça também teme: teme bastante, não o fato de incorrer na pena, mas o de perder a Justiça.” Santo Agostinho

1. Introdução

O presente estudo tem por objeto, como epígrafe no título, uma análise da Teoria discursiva e seus reflexos no direito, segundo o pensamento de Jürgen Habermas. Para tanto, efetivou-se pesquisa em algumas obras capitais do referido filósofo, a saber: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. Vol. 1 e 2; *Teoría de la Acción Comunicativa*. Vol. I; *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Além disso, dada a complexidade das categorias que o referido teórico veicula, lançou-se mão de alguns de seus comentadores, como é o caso de Robert Alexy (2001), Juan Antonio Garcia Amado (2003) e de Luiz Moreira (2004).

No intuito de elucidar o referido tema, partiu-se da identificação da categoria razão comunicativa e do motivo pelo qual

Beclaute Oliveira Silva é Diretor de Secretaria da 2ª Vara Federal em Alagoas. Doutorando em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UFAL. Especialista em Direito Processual pela UFAL. Professor de Pós-graduação *lato sensu* no Curso de Direito do CESMAC e da ESAMC. Professor do Curso de Direito da Faculdade

essa nova formulação filosófica se faz necessária diante da mudança de paradigmas nas sociedades pós-tradicionais. Mais. Devido à inovação da referida teoria que, segundo Habermas, não constitui uma mudança de rótulo, efetivou-se, ainda que de forma sucinta, uma análise acerca das categorias que essa nova forma de pensar engendra.

Ultimada essa verificação propedêutica, encaminhou-se para um esclarecimento acerca do conceito de validade que a teoria do discurso veicula, qual seja: a vigência fáctica (facticidade) e a validade (legitimação). Estabelecidos esses pontos, foi possível discorrer sobre o papel do direito e da moral na construção e organização de uma sociedade estruturada por uma ordem justa.

Com base nesses pressupostos, foi possível também demarcar o que Habermas compreende como o direito e qual o papel do ordenamento jurídico em uma comunidade do discurso.

2. Da razão prática à razão comunicativa

O discurso filosófico da modernidade, com raízes em René Descartes, reconstruiu o conceito de razão prática¹ como faculdade subjetiva, retirando assim do conceito aristotélico a sua raiz cultural e política.² No contexto clássico, essa razão era dirigida para a convivência na pólis. Com a subjetivação, a razão prática foi transportada para a seara do indivíduo, ser privado, que pode atuar, entretanto, no mundo geral, na esfera pública. Em Hegel, há de certa forma um retorno a Aristóteles, quando ele constrói o conceito de “espírito objetivo”, uma vez que a sociedade encontra sua unidade na vida política e na organização do Estado.

Entretanto, a complexidade da sociedade moderna obriga a separar os conceitos de sociedade e de Estado. As teorias marxista e sistêmica, cada uma com seu enfoque, renunciaram ao caráter normativo do Estado (HABERMAS, 1997, p. 18).

A renúncia ao normativismo decorreu do fato de que a implosão da razão prática, em seu sentido original, pela filosofia do sujeito, impossibilitou a existência de fundamentação da normatividade do Estado a partir da filosofia, da teleologia da história, da constituição do homem ou do fundo causal de tradições bem-sucedidas (HABERMAS, 1997, p. 19).

Nesse contexto, Habermas (1997) pretende superar a ausência de fundamentação construindo um novo pressuposto denominado teoria do agir comunicativo. Em vez da razão prática, a razão comunicativa. Adverte, entretanto, que “tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta” (HABERMAS, 1997, p. 19). Como se dá a diferença entre razão prática e razão comunicativa?

Até Hegel, a razão prática possuía por função primordial orientar o indivíduo em seu agir. Dessa forma, o direito natural de matriz racional funcionava como vetor normativo que orientaria a única e correta ordem social.

Com o fim desse viés, que se deu ironicamente com o triunfo do direito natural racional ao se tornar categoria imanente – positiva – e não mais transcendente, fez-se mister construir uma nova categoria apta a fundar a conduta em sociedade. Essa categoria é a razão comunicativa, que, por sua vez, não está adstrita a um ato singular, de um indivíduo historicamente determinado ou de um macrosujeito sociopolítico, o Estado. Ela necessita, para se realizar, da mediação da linguagem. É a partir desse instrumento humano que as interações se interligam, estruturando a forma de vida. Essa racionalidade está ligada pelo *telos* do entendimento.

Acrescenta Habermas (1997, p. 20) que a razão comunicativa não é fonte de uma norma de agir, como a razão prática, malgrado possua conteúdo normativo, na medida em que quem age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual.

Em outros termos, é obrigado a apreender idealizações. Por exemplo: atribuir significados idênticos a enunciados, levantar uma pretensão de validade com relação às assertivas e considerar os destinatários imputáveis, ou seja, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. Nesse passo, quem age comunicativamente não se confronta com o “ter de fazer” de conteúdo prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o “ter de fazer” de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica.

3. Pressupostos para uma compreensão da razão comunicativa

Para se compreender as categorias desenvolvidas por Habermas, é necessário lançar luzes sobre os pressupostos filosóficos que norteiam a sua construção.

A teoria discursiva se insere no que se denominou no século XX Giro Lingüístico ou Reviravolta Lingüístico-pragmática, na locução de Manfredo Araújo de Oliveira (1996, p. 14). Antes, a linguagem era vista como função apenas designativa do pensar, como defende Platão em sua obra *Crátilo*, ou como símbolo do real, na perspectiva aristotélica (OLIVEIRA, 1996, p. 22-25). Na concepção em que se encontra Habermas, o giro lingüístico é “el elemento explicativo último del orden social se va a hallar en el lenguaje, en la comunicación lingüística, y, concretamente, en los presupuestos universales e inevitables de la misma” (AMADO, 2003, p. 177). Nessa perspectiva, a linguagem deixa de ser o *medium* entre o pensamento e o real.

A partir da contribuição de G. Frege, J. Habermas estabelece a distinção entre representação e pensamento. Esclarece que a representação é algo individual subjetivo historicamente determinado. O pensamento transcende o indivíduo. Eles são apre-

endidos por diferentes sujeitos de forma distinta. Na representação temos objetos. No pensamento estão estados de coisas e fatos. Essas situações serão apreendidas pelo pensamento. Logo depois, vaticina: fato é enunciado que reproduz pensamento verdadeiro, sendo que os pensamentos se articulam por proposições (HABERMAS, 1997, p. 28-29). Estas devem ser entendidas como sentenças a que podem ser atribuídas em si mesmas o valor verdade ou falsidade (ARISTÓTELES, 2005, p. 84). E mais. “Real é o que pode ser representado em proposições verdadeiras” (HABERMAS, 1997, p. 32). A verdade, entretanto, não é vista como correspondência – *adequatio intellectus, adequatio et rei* –³, mas consensual, ou seja, ela é para nós. Na visão de Peirce, a verdade é aceitação racional a partir de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório.

Além disso, superou-se a dicotomia realidade e idéia. As idéias passam a ser incorporadas na linguagem, em que a facticidade dos signos se liga com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados obtém sua determinabilidade ideal na mediação de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis da corrente de eventos lingüísticos e processo de fala, seguindo regras gramaticais (HABERMAS, 1997, p. 55-56).

Percebe-se, desta feita, que o conceito de agir comunicativo leva em conta o entendimento lingüístico mediante a coordenação da ação. Para tanto, faz-se mister que as suposições contrafactuais dos autores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata e assim sejam aptas a construir e a manter ordens sociais: “pois estas se mantêm no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa” (HABERMAS, 1997, p. 35).

O que demarca a ação comunicativa ou a ação orientada para o entendimento é a obtenção de um acordo entre os parti-

cipantes da via comunicativa. Esse acordo ou consenso é desenvolvido com base na pretensão de validade dos atos enunciativos. Nesse caso, o entendimento decorre do reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade veiculado pelo ato ilocucionário⁴. É intersubjetivo, pois a comunicação se faz com a participação do outro, não se tratando de um solilóquio ou um monólogo, mas de um colóquio ou um diálogo.

Essa comunicação é fundamental. Nas palavras de Amado (2003, p. 177), “al comunicarsen, los hombres hacen sociedad, interactúan, se coordinan; no puede ser de otro modo mientras se sirvan del medio lingüístico”.

Assim, comunicar é pretender o entendimento, pôr-se de acordo em torno de algo. O entendimento, no contexto social, funciona como mecanismo coordenador da ação. Sendo o entendimento obtido mediante o consenso racionalmente motivado, tem-se que esse mecanismo possibilita a integração social.

O processo de busca do aludido acordo se inicia com o ato de falar, que, por sua vez, possui a pretensão de ser acolhido pelo auditório como correto. Em outras palavras, gerar um acordo acerca de sua correção. Eis a pretensão de validade. Nela está contida uma oferta de entendimento acerca do mundo objetivo, social ou subjetivo. O auditório pode acordar ou rechaçar. Mas, mesmo no rechaço, se busca, ao fim, o acordo acerca da comunicação. A comunicação pressupõe o acatamento das pretensões de validade dos discursos.

As pretensões de validade dirigem-se ao mundo objetivo – aqui se terá uma pretensão de certeza; ao mundo social, que “é constitutivamente, realidade normada” (VILANOVA, 1997, p. 89) – possuindo aqui uma pretensão de retidão, correção normativa, justiça; e ao mundo subjetivo – cuja pretensão de validade é a de veracidade. Com relação ao questionamento dirigido ao mundo objetivo, há de se remeter ao discurso da experiência; se o rechaço for

dirigido ao mundo social, remeter-se-á ao argumento referente à legitimação, à justiça e aos valores; se a contradição for endereçada ao mundo subjetivo, remeter-se-á ao argumento referente à reputação do emissor da fala.

Deve-se, entretanto, salientar que toda a discussão busca lastro em uma pré-compreensão, conceito caro a Gadamer.

Há um discurso toda vez que se produzem argumentos a favor e contra determinada pretensão de validade. Existe um intercâmbio de razões estruturadas pelas regras de comunicação. Essas regras são forjadas pela “teoria da argumentação”. Não se trata aqui de informações, mas de razões e/ou rechaços que fundam a pretensão de validade. Nas palavras de Habermas, “una *argumentación* contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la *pretensión de validez* de la manifestación o emisión problematizadas” (HABERMAS, 1999, p. 37). Com relação à argumentação, o mesmo Habermas a delimita como “tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñalas o de recusarlas por medio de argumentos” (HABERMAS, 1999, p. 37).

Do que restou exposto, percebe-se que a preocupação de Habermas consiste em garantir, a partir do discurso, a pretensão de validade, que no direito será a justiça ou retitude da produção normativa. Aqui a garantia para a justiça não está em seu conteúdo, mas no seu procedimento.

Essa validade só será possível se houver respeito às regras do discurso, que são produzidas dentro da teoria da argumentação. Para tanto, Habermas (1989, p. 110-112) cita Robert Alexy (2001, p. 112), que, por sua vez, se pautou no próprio Habermas. Passa-se a transcrever as regras:

“(1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se.

(1.2) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* tem que estar disposto a aplicar F a qualquer

outro objeto que se assemelhe a *a* sob todos os aspectos relevantes.

(1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.

(2.1) A todo falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.

(2.2.) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso.

(3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.

(3.2)

a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.

b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção ao Discurso.

c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

(3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2)''.

A razão dessas regras consiste em possibilitar o consenso por meio do discurso racionalmente motivado. O consenso, termo final de uma discussão de pretensão de validade, não implica, porém, verdade absoluta, incontestável, mas possível dentro do mundo em um dado contexto histórico. A única verdade perene é a do proceder argumentativo. Seu conteúdo, não.

Essa validade ganha contorno universal quando os interlocutores, despidos dos fins egocêntricos, podem pôr-se de acordo com a verdade de um enunciado ou com a justiça de uma norma.

A norma válida há de satisfazer as condições de que todos os afetados possam livremente aceitar as conseqüências e os efeitos secundários que do cumprimento geral derivem para a satisfação do interesse de cada um.

Entre a concreção do aparato normativo produzido em um dado momento histórico

e a existência de um critério racional que transcende as contingências da vida há uma inevitável tensão. A conciliação desses extremos se dá pela ética no discurso. Esta se manifesta na medida em que o ser humano é forçado a fazer abstrações. Essas abstrações dirigem-se muitas vezes para o conteúdo específico da justiça dos procedimentos.

Aqui ocorre o que Habermas (1997, p. 45) denominou tensão entre a facticidade e a validade. A primeira é vista como o conjunto de sanções exteriores que determinam o caráter obrigatório do direito, ou seja, seu caráter coercitivo, no sentido kantiano. A validade, por sua vez, consiste na "força ligadora de convicções racionalmente motivadas".

A forma de solucionar essa tensão far-se-á como o recurso ao conceito de agir comunicativo. Por meio dele, torna-se possível a integração social mediante a energia aglutinadora da linguagem compartilhada intersubjetivamente, conferindo legitimidade ao direito posto.

Desta feita, pode-se afirmar que a sociedade se apresenta como mundo da vida estruturado simbolicamente e se reproduz pelo agir comunicativo. O sistema de direito provê as liberdades subjetivas de ação com a coação do direito objetivo, positivo.

4. Aspectos da validade no direito

Com a construção teórica de Thomas Hobbes (1997), as regras do direito privado, apoiadas na liberdade do contrato e na propriedade, passaram a servir como protótipo para o direito em geral. A fundamentação do direito passa a ser tomada a partir da liberdade manifestada no pacto fundamental.

Nesse passo, Immanuel Kant (2002) alega que, com base no direito natural subjetivo, cada pessoa tem o direito de reagir quando sua liberdade juridicamente protegida for atingida. Com a assunção do direito positivo sucedendo ao direito

natural, o Estado monopolizou o uso da força, concedendo-se ao seu titular o direito abstrato de acesso à proteção judicial (HABERMAS, 1997, p. 48).

Na dimensão de validade do direito, a facticidade da imposição do direito pelo Estado se liga com a força a um processo de normatização que tem a pretensão de ser racional, uma vez que tem por fim garantir a liberdade e fundar a legitimidade. Em Kant, a facticidade e a validade estabilizam-se na relação interna fixada entre a liberdade e a coerção (HABERMAS, 1997, p. 48-49). O direito está autorizado a usar a coerção, mas esse uso só se justifica quando elimina os empecilhos à fruição da liberdade. Eis a validade do direito (HABERMAS, 1997, p. 49). É possível assim vislumbrar legalidade no mero cumprir o preceito legal.

Uma lei pode ser atendida pela possibilidade de coerção ou porque possui pretensão de validade (concorda-se com a justeza do preceito). No primeiro caso, tem-se facticidade e, no segundo, validade, no sentido habermasiano. Como assevera Kant (2002) acerca da legalidade, as normas do direito são de certa forma leis de coerção e leis da liberdade.

A validade do direito positivo (facticidade) é determinada, dessa forma, pelo fato de que vale como direito o que obtém força de direito por meio de procedimentos juridicamente válidos. Essa validade depende da validade social ou fática que será determinada pelo grau de atendimento da sociedade. Essa facticidade se apóia em ameaças de sanções definidas conforme o direito positivo que podem ser impostas pelos tribunais. Trata-se de uma facticidade artificial, pois é construída pelos homens mediante o processo político. Ela distingue-se da denominada facticidade convencional, que se estabelece nas formas de vida consuetudinária e tradicional, que são pautadas no consenso e na aceitação da tradição e do costume (HABERMAS, 1997, p. 50).

A validade jurídica de uma norma jurídica significa, em Habermas (1997,

p. 52), apenas duas coisas: (a) a garantia da legalidade de um comportamento em geral, no sentido de respeito à norma; (b) a legitimidade da própria norma que torna possível, a qualquer tempo, diante do respeito à lei.

Saliente-se, ademais, que a mera vigência fática (ou validade positiva) não é suficiente para justificar a obediência à norma. O direito positivo legitima um poder político que pode modificar o direito, além de poder engendrar normas ilegítimas, sem validade racional.

A legitimidade (validade) decorre do resgate discursivo de uma pretensão de validade normativa surgida num processo legislativo racional – justificada sob ponto de vista pragmático, ético e moral. A legitimidade prescinde de efetividade. Quanto mais ilegítima, maior o uso da força, intimidação, repressão. No léxico pontiano, há um aumento no *quantum* despótico (MIRANDA, 1983, p. 86 et seq.).

A retidão ou justiça de um preceito jurídico pode ser justificada por meio de argumentos, da mesma forma que se pode justificar uma assertiva empírica, malgrado as diferenças. A diferença é de conteúdo. Um argumento no mundo objetivo terá por lastro argumentos pautados na experiência. Um argumento dirigido ao mundo social terá como parâmetro a retidão ou justiça do enunciado prescritivo, como já visto.

A pretensão de justiça não pressupõe a preexistência de padrão material de justiça. Com isso, elimina-se a idéia kelseniana de que “a justiça é uma idéia irracional” (KELSEN, 1992, p. 20).

No caso, o que possibilita a existência de normas morais e de normas jurídicas não é a justiça, mas a possibilidade de conflito, que no processo recebeu o nome de lide. O surgimento do conflito gera uma tensão que necessita se restabelecer mediante o consenso no momento em que há a ruptura, evitando assim o ocaso da convivência organizada. O fracasso no entendimento e, com ele, a integração social do mundo da

vida fazem surgir a necessidade do direito. Desta feita, percebe-se que as normas morais e jurídicas são normas de segunda ordem. Só serão utilizadas quando não houver consenso entre os membros do discurso.

Saliente-se, de antemão, que a existência necessária da normatividade não implica racionalidade ou, melhor dizendo, justificação racional, até porque uma lei sabidamente ilegítima, por conta da facticidade, pode ser aplicada.

Dar-se-á a validade da norma quando esta puder alcançar a aceitação dos afetados com participantes em um discurso prático. Ou seja, a possibilidade de aceitação geral da norma sob certas condições.

A idéia de aceitação geral remete ao conceito de vontade geral. Nesse ponto, Habermas defende que a validade do dever-ser se manifesta na autoridade de uma vontade geral compartilhada pelos afetados que prescinde de toda qualidade imperativa, já que remete a um interesse geral determinável discursivamente, inteligível cognitivamente, além de visível a partir da perspectiva dos partícipes. Essa discussão só é possível após a quebra da tradição. Só assim se pode reconstruir racionalmente a convivência, uma vez que em uma sociedade convencional, em que a legitimidade pressupõe a aceitação da tradição, não é possível discutir os seus fundamentos.

Na sociedade pós-convencional, a fundamentação racional da validade das normas encontra-se em seu aspecto procedimental. A ética discursiva é formal. Não possui orientação de conteúdo. Entretanto, garante a imparcialidade da formação do juízo. Submete-se assim aquilo que é posto (positivado) ao tribunal da racionalidade. Com isso, fica latente a consideração lançada por Moreira (2004, p. 151), a seguir transcrita:

“A modernidade desliga-se da eticidade substancial no momento em que a passagem para o nível de

fundamentação pós-convencional representa o abandono de certezas não problematizáveis, como as advindas da metafísica e da força dos costumes e da tradição”.

Com isso, conclui-se que o justo significa aquilo que é eticamente fundado com sustento em um procedimento racional. Esse procedimento deverá obedecer às regras fixadas pela teoria da argumentação.

Assim, o preceito jurídico será universalmente válido se produzido conforme procedimento legal, sendo esses procedimentos equivalentes à institucionalização do procedimento discursivo racional proposto pela ética discursiva. O poder legítimo respalda o interesse geral. O ilegítimo, não.

5. O direito e a moral

No campo da fundamentação pós-metafísica, a regra jurídica e a regra moral são pensadas de modo distinto do passado. São dois tipos de normas de ação que se complementam.

Kant (2002) deriva a lei jurídica da lei moral. Para ele, o direito se dirige a três dimensões da moral: o arbítrio do destinatário, a relação externa de uma pessoa para com outra e a autorização para a coerção. A partir dessa delimitação, a legislação moral reflete-se na jurídica.

Não se pode pensar, hodiernamente, em uma hierarquia entre as regras morais e jurídicas. Elas se complementam. Esse caráter complementar não implica neutralidade. Pelo contrário, o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito, como é o exemplo de princípios como o da dignidade da pessoa humana, a proibição de penas cruéis e desumanas etc. (HABERMAS, 1997a, p. 313).

O direito não é reprodução da moral, numa visão platônica, mas categorias distintas movidas para o mesmo fim. Assim, os direitos fundamentais catalogados nas Constituições não são cópias de direitos

morais, nem a autonomia política cópia da moral. Normas de ações gerais se ramificam em regras jurídicas e morais.

Tanto o direito quanto a moral se fundam na seguinte perspectiva: a ordenação das relações intersubjetivas de forma legítima. Habermas (1997, p. 147) estabelece a diferença nestes termos:

“Normas morais regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem reciprocamente como membros de uma comunidade concreta e, ao mesmo tempo, como indivíduos insubstituíveis. Ao passo que normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada através de normas do direito”.

Como já visto, a garantia última da manutenção da convivência social toda vez que o vínculo racional não for capaz de conduzir a conduta humana é o direito.

O direito encontra sua justificativa moral na medida em que compensa a debilidade dos preceitos morais, pois, na sociedade moderna, a moral passa a ter o homem como seu juiz supremo. Vê-se isso em Kant (2002, p. 51-52), quando deriva o imperativo categórico do homem.

As normas jurídicas serão racionalmente válidas quando reconhecidas como expressão da vontade geral. No entanto, carrega em seu âmago o caráter coercitivo, que é aparentemente contrário à liberdade. Entretanto, deve ser posto para garanti-las e efetivá-las. A moral, que perdeu seu caráter coercitivo desde Kant, funciona na modernidade como um procedimento universal atuando na constituição interna de um determinado jogo de argumentação (HABERMAS, 1997, p. 146). Nesse passo, salienta Moreira (2004, p. 151): “a moral racional adstrita a uma forma de saber cultural não obtém obrigatoriedade institucional, salvo se apelar para a relação com o direito”. Vê-se, desta feita, mais uma vez

a relação de complementaridade entre o direito e a moral. O direito torna coercitivos os preceitos de conteúdo moral. A moral, no interior do discurso, garante legitimidade ao direito. O direito confere facticidade à moral. A moral, nesse contexto, confere, de certa forma, validade ao direito.

Com o fim da vinculação mediante a tradição, nada pode justificar a racionalidade da obediência ao direito senão a obediência ao próprio interesse. Mais uma vez, tem-se presente a dimensão da validade jurídica: facticidade da imposição estatal das normas jurídicas (coação) e legitimidade no procedimento racional de criação das normas.

O fim do vínculo com a tradição, nas sociedades pós-convencionais, obriga o teórico do direito a justificá-lo. Na modernidade, o direito, mesmo no Estado social, é formal, procedimental (HABERMAS, 1997, p. 242). Em seu ser formal, manifestam-se as seguintes características: a positividade, a legalidade e o formalismo. Nas palavras de J. Habermas (1999, p. 336):

“Positividad. El derecho moderno rige como un derecho positivamente estatuido. No se forma por interpretación de tradiciones sagradas y reconocidas, sino que expresa más bien la voluntad de un legislador soberano, que, haciendo uso del medio de organización que es el derecho, regula convencionalmente situaciones sociales.

Legalidad. El derecho moderno no supone a las personas jurídicas ninguna clase de motivación ética, fuera de una obediencia general al derecho; protege sus inclinaciones privadas dentro de límites sancionados. No se sancionan las malas intenciones, sino las acciones que se desvían de las normas (lo que supone las categorías de responsabilidad y de culpa).

Formalismo. El derecho moderno define ámbitos en que las personas privadas pueden ejercer legítimamente su

arbitrio. Se presupone la libertad de arbitrio de las personas jurídicas en un ámbito, éticamente neutralizado, de acciones que son privadas, pero que llevan anejas consecuencias jurídicas. El comercio jurídico privado puede así quedar regulado negativamente por vía de restricción de las facultades reconocidas en principio (y no por vía de regulación positiva mediante deberes y mandatos materiales concretos). En este ámbito está permitido todo aquello que no esté jurídicamente prohibido”.

Em Habermas (1999), o direito e a moral estão unidos, ao contrário do que preconizam outros. Esse vínculo não se dá ao modo jusnaturalista, mas por meio da ética do discurso.

Vale salientar que, no positivismo jurídico, a validade é vista como pertinência. Na teoria discursiva, a norma, além de legal, será justa se fizer parte de um ordenamento cujo procedimento de produção normativa reproduza os procedimentos que a ética discursiva estabelece para a produção imparcial de normas, ou seja, para a criação de normas que expressem a vontade geral e com ela recolham o interesse geral e universalizante.

A positivação consiste em um deslocamento da fundamentação, mas não sua eliminação. Será racional e justo o ordenamento que contenha preceitos universalizáveis. E serão universalizáveis se puderem ser aceitos racionalmente pelos destinatários. Percebe-se nesse ponto, de certa forma, um retorno ao Iluminismo, quanto à exigência de que a lei seja abstrata, pois juridiciza situações de possível ocorrência – e geral –, vinculando a todos sem distinção.

6. Reconstrução do conceito de direito

A idéia de direito subjetivo é central na compreensão do fenômeno jurídico. Ele corresponde à liberdade de ação subjetiva,

pois estabelece os limites sob os quais o sujeito está autorizado a usar sua liberdade (HABERMAS, 1997, p. 113). Esse conceito de liberdade é encontrado em diversos instrumentos produzidos pela humanidade⁵.

Essa forma de ver o direito subjetivo, que em última análise irá constituir o poder político, pois o poder de participar da vontade legiferante é um direito subjetivo, vai ser analisada por Habermas a partir de suas raízes fincadas na modernidade.

Ao analisar Savigny, Habermas verifica que o seu conceito de relação jurídica consiste em um vínculo que garante o poder a uma pessoa singular em uma região em que domina a sua vontade e domina com o consentimento dos outros. Aqui o conceito fundamental de relação jurídica é determinado pelo nexos entre a liberdade subjetiva e o reconhecimento intersubjetivo. Nesse diapasão, o direito subjetivo é considerado como categoria negativa que protege os espaços de ação individual, além de fundamentar pretensões contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. A autonomia privada é garantida pelo direito, principalmente por meio de fechar contratos, adquirir, herdar ou alienar propriedade.

Percebe-se ainda, nos teóricos do século XIX, na esteira de Kant e Savigny, que a autonomia privada tinha por lastro a autonomia moral da pessoa. Esse lastro ruiu. Coube a Windscheid a percepção de que o direito subjetivo é um poder de dominação estipulado pela ordem jurídica. Logo depois, Ihering afirmará que o proveito, e não a vontade, é a substância do direito. Ele, o direito, passa a ser visto como um meio para satisfazer necessidades humanas. Na sua célebre definição, direito é o interesse juridicamente protegido.

Em Kelsen, as proposições do direito estabelecem liberdades de ações devidas. Nele, o dever-ser, que é objetivo, não deontológico, é considerado como a validade que o legislador político estabelece para suas decisões acoplando normas penais

ao direito legislado. O poder de sanção do Estado eleva a vontade do legislador ao nível de vontade de Estado. Não é à-toa que Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, irá estabelecer a norma que prescreve a sanção como norma autônoma e a que prescreve a conduta devida como não-autônoma (KELSEN, 1995, p. 60-61). Mais. A distinção entre direito e moral consiste basicamente no fato de que o direito, por meio do instrumento da sanção, é coercível. Além disso, excluiu do direito o conceito de pessoa natural, pois esta é vista como um feixe de normas.

Após a Segunda Guerra Mundial, há uma tentativa de retorno ao pensamento de Savigny, no que concerne às liberdades de ação. Este, entretanto, será complementado pelos denominados direitos sociais. Coube a Raiser o resgate do caráter de cooperação intersubjetiva da concepção de Savigny (HABERMAS, 1997, p. 120). Aqui não se vê o indivíduo atomizado, mas como sujeitos que se reconhecem mutuamente em seus direitos e deveres como membros livres e iguais da sociedade.

Percebe-se assim que, no desenvolver da modernidade, o direito subjetivo passou de categoria com fundamentação moral para categoria com fundamentação no direito positivo, cuja fonte de legitimação encontra-se no processo democrático de legitimação, que tem por base a soberania popular.

Afirma Habermas que Kant não deixa clara a relação entre moral, direito e democracia, muito embora, à sua maneira, eles expressem a mesma idéia: a autolegislação. Essa foi, inclusive, a tentativa de rechaçar a pretensão de Hobbes de justificar um sistema burguês destituído de argumentos morais. Entretanto, Habermas adverte que Hobbes não foi apologeta do absolutismo, mas do Estado constitucional burguês. O soberano, em Hobbes, deve garantir, por meio de leis gerais e de sua atuação, a paz externa e interna, permitindo aos cidadãos que gozem com tranqüilidade de sua fortuna adquirida conforme o respectivo esforço (HABERMAS, 1997, p. 123). Nesse caso, a

tensão entre facticidade e validade é solvida com a manutenção jurídica de um sistema de egoísmo ordenado e preferido por todos. Para universalizar sua teoria, Hobbes recorre ao artifício do contrato, visto como “a transferência mútua de direitos” (HOBBS, 1997, p. 115). Um contrato de dominação constituído por todos em favor de um – o Soberano.

Alguns problemas surgem na concepção de Hobbes. Primeiro, os pactuantes em estado de beligerância teriam de compreender o sentido geral de uma relação pautada na reciprocidade. Mais. Para utilizar-se do contrato, eles teriam de possuir uma mudança de perspectiva entre opositores. Em segundo lugar, as partes no contrato teriam de poder assumir um distanciamento de suas liberdades naturais, adotando uma perspectiva social que não existiria no estado de natureza (HABERMAS, 1997, p. 124-125). Além disso, apesar de pretender um Estado destituído da moral, reconhece o preceito moral, tido por ele como lei de todos os homens, “*quod tibi fieri non vis, alteris ne feceris*”⁶ (HOBBS, 1997, p. 114).

Acrescenta ainda que Kant, criticando Hobbes, afirma que este não diferenciou um contrato de socialização de um contrato privado. O primeiro tem um fim em si mesmo ao estabelecer o direito de todos de viver sob leis coercitivas públicas mediante o que é assegurado a cada um, o que é seu e a garantia contra a usurpação por parte dos demais. Os que formam um contrato social não devem esperar apenas enfoque egocêntrico. O segundo é estabelecido como meio para atingir uma finalidade (HABERMAS, 1997, p. 126).

Além disso, Kant vaticina que o direito consiste na limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade dos demais, na medida em que esta é possível conforme uma lei geral. Nesse aspecto, o contrato institucionaliza o direito natural a iguais liberdades de ação subjetivas (direito humano fundamental em Kant) (HABERMAS, 1997, p. 126).

Os direitos do homem fundados na autonomia moral só podem adquirir uma figura positiva mediante a autonomia política dos cidadãos. Aqui há uma mediação entre a moral e a democracia na positivação (HABERMAS, 1997, p. 133).

Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ter vínculos com a justiça e a solidariedade universal, além dos princípios éticos da conduta auto-responsável projetada conscientemente (HABERMAS, 1997, p. 133).

Com isso, surge a fundamentação do direito moderno pautado nos direitos humanos e na soberania popular. O primeiro como autodeterminação moral e o segundo como auto-realização ética. Esses valores encontram-se de certa forma contrapostos e animam o debate jurídico contemporâneo, colocando, de um lado, os adeptos das regras contramajoritárias de proteção das minorias (constitucionalistas), que Habermas chamou de liberais, e, do outro, os defensores da soberania do popular (princípio democrático), que Habermas chamou de republicanos (HABERMAS, 1997, p. 135-136).

Tanto Rousseau como Kant tentaram conciliar essa tensão interpenetrando os dois conceitos. Tentativa não bem-sucedida. No primeiro deu-se ênfase a um princípio republicano (soberania popular) e no segundo, ao princípio liberal (direitos humanos). Em Kant, a soberania é delimitada previamente pelos direitos humanos fundados moralmente. Rousseau, por sua vez, introduz *a posteriori* um vínculo entre a soberania e os direitos humanos. Estes serão materializados por meio de leis soberanas abstratas e gerais que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. Entretanto, não é suficiente a forma lógico-semântica das leis gerais e abstratas para garantir a sua legitimidade (HABERMAS, 1997, p. 135-137).

Não se pode, ademais, reduzir o sistema dos direitos a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética

da soberania do povo, nem subordinar a sua autonomia política. Qualquer dos caminhos levará fatalmente à quebra na legitimidade.

A substância dos direitos humanos insere-se nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania popular assume forma jurídica.

A idéia de lei abstrata e geral explicita a idéia de igual tratamento. Essa construção esclarece, segundo Habermas, por que o direito se ajusta ao sistema econômico.

As referidas leis retiram a sua legitimidade do processo legislativo, que se apóia na soberania popular. Há, entretanto, uma tensão entre o público e o privado, bem como entre a soberania popular e os direitos humanos. Essa tensão pode ser solucionada segundo a teoria do discurso racional. Este vem a ser a “tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias” (HABERMAS, 1997, p. 142).

7. Ordenamento jurídico

A partir do ponto de vista de uma situação comunicativa, “o ordenamento jurídico pode ser visto como sistema de comunicação, como mecanismo de intercâmbio de mensagens mais imperativas do que informativas” (MÜLLER, 1995, p. 38-39).

Com relação ao direito, Habermas (1997, p. 110-111) lançou a seguinte consideração:

“Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado que se apresenta como a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma

do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e ao mesmo tempo um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposição e de interpretação normativa, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores de ação”.

Na análise do ordenamento jurídico, deve-se ter em conta que este goza de maior legitimidade do que as leis específicas. Com isso, deflui que a legitimidade do ordenamento não resulta da legitimidade de suas normas, mas o contrário: a legitimidade das normas decorre da legitimidade do ordenamento, ou seja, quando esta reveste certos caracteres.

São condições para validade jurídica de um sistema: possuir eficácia na sociedade, ser justificado moralmente. Quanto às normas particulares: legalização conforme a Constituição; um mínimo de eficácia social; mínimo de justificativa ética (ou capacidade de justificativa).

A ordem jurídica deve pautar-se em leis legítimas para que garanta liberdades idênticas aos partícipes da comunidade. As regras morais, *a priori*, preenchem esse requisito, mas a jurídica necessita do legislador político – aqui se encontra o lugar da integração racional. Para tanto, os partícipes não entram no processo como sujeitos individuais, mas como cidadãos que estarão orientados pelo entendimento que decorre de uma prática intersubjetiva. Aqui há um retorno a Rousseau e a Kant, pois a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada pela força socialmente integradora da vontade geral que é produzida por cidadãos livres e iguais. A conexão entre a facticidade e a validade é que funda a validade social.

A tensão lingüística desencadeada no agir comunicativo por meio de pretensões

de validade é um momento da facticidade social.

Não há indiferença diante das pretensões de validade. Ou se apóia ou se rechaça. Essa tensão ideal surge da realidade social e remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que constitui fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões que dependem de um contexto e estão, por isso, sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas mediante argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam a situação.

O direito está ligado a três forças de integração social. São elas: a autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de sua liberdade comunicativa; a instituição de direito privado e público, que possibilita o surgimento de mercados e a organização de um poder estatal; e as operações do sistema administrativo e econômico, que se configuram a partir do mundo da vida.

O desencontro entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social, encontra o seu eco nas diversas abordagens filosóficas e empíricas do direito.

Para se começar a constatar a legitimidade de um ordenamento, deve-se verificar se as regras procedimentais estão fixadas na Constituição. A Constituição que não as contiver carece de validade racional, de legitimidade. Essa falta contaminará todo o ordenamento.

O direito é mais válido (sentido habermasiano) quanto mais ele institucionaliza os procedimentos decisórios do discurso moral.

A separação entre direito e moral se dá nas normas particulares, mas não em nível de ordenamento, que requer o mencionado fundamento moral, sua congruência com os postulados procedimentais da ética discursiva. Deve-se salientar, ademais, que a moral penetra no procedimento de criação

do direito positivo, mas não o seu conteúdo, condicionando, pelo procedimento, sua legitimidade.

É condição para o procedimento racional a existência de um catálogo de direitos humanos e a soberania popular. O sistema assim deve contemplar os direitos fundamentais que os sujeitos devem acatar mutuamente. Na dicção de Habermas (1999, p. 338-339):

“El catálogo de derechos fundamentales que contienen las constituciones burguesas cuando están fijadas por escrito, junto con el principio de la soberanía popular, el cual vincula la facultad de legislar a una comprensión democrática de la toma de decisiones colectivas, es expresión de esa justificación que ahora se torna estructuralmente necesaria”.

O princípio democrático decorre da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica (HABERMAS, 1997, p. 158). Aqui está a *gênese lógica dos direitos*. Eis o itinerário: aplicação do princípio do discurso para o direito a liberdades subjetivas de ação em geral, constitutiva para forma jurídica enquanto tal; institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política (pode equiparar-se à autonomia privada) com a forma jurídica.

Sob esses pressupostos e com os controles processuais adequados, a chave do assunto pode sintetizar-se no respeito ao procedimento democrático, pois na soberania popular há a garantia da participação de todos os cidadãos na comunidade do discurso na criação normativa. Não existe um direito racionalmente válido sem democracia. Entretanto, nem sempre a racionalidade procedimental garante a racionalidade dos resultados. Para isso, faz-se mister o respeito a direitos fundamentais que possibilitem a ética discursiva.

Além disso, defende Habermas que nenhum sistema jurídico pode alegar ser o mais racional, até porque o direito é en-

quanto está sendo efetivado. Acrescenta ainda que a Constituição é um projeto inacabado. Por essa razão, defende a necessidade de os sistemas jurídicos tratarem com certa parcimônia a desobediência civil, sem legalizá-la, pois ela pode ser o sinal de que a ordem jurídica perdeu a sua dimensão ética.

Os direitos fundamentais vislumbrados por Habermas (1997, p. 159-160) são os que têm por função realizar, na comunidade, o princípio discursivo, base para o procedimento democrático e fundamento da legitimidade das normas resultantes. São eles:

“1 - Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas da ação*.”

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

2 - Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito.

3 - Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

4 - Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

5 - Direitos fundamentais às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)”.

Sem eles não é possível a legitimidade do processo democrático, que fatalmente desembocaria, na precisa visão de Aristó-

teles, na demagogia. A democracia também não pode ser vista como um princípio moral, já que este opera em um nível de organização interna de um determinado jogo de argumentação. O princípio democrático, por sua vez, refere-se ao nível externo de participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, em formas comunicacionais garantidas pelo direito. Há, claro, uma diferença de níveis de referência. O princípio moral destina-se a todas as regras de ação justificáveis com argumento moral, enquanto o princípio democrático é formatado conforme as regras de direito.

Vale frisar, ademais, que o princípio democrático só se realiza plenamente com os direitos fundamentais. Não há como separá-los, sob pena de constituir-se um sistema jurídico destituído de legitimidade.

Com base nisso, percebe-se que Habermas fornece um procedimento apto a verificar em dado contexto se um ordenamento jurídico positivo, que é facticidade, responde ao crivo da legitimidade. Essa análise só é possível dentro da teoria do discurso em que todos os fundamentos possam ser revistos.

8. Conclusão

A necessidade de fundamentação da ordem que organiza a vida em sociedade sempre foi motivo de preocupação da humanidade, desde que esta se envolveu no processo civilizatório.

Essa fundamentação tomou por lastro diversas matizes, variando de acordo com o nível de desenvolvimento de uma dada comunidade. Pode ser esse critério a existência de uma ordem divina; uma ordem natural transcendental pautada na tradição, na sociabilidade ou na razão.

A modernidade, entretanto, rompeu com esse parâmetro no momento em que a racionalização do mundo social tornou-se, em seu desenvolvimento, objetivada pela positividade. Com o triunfo do direito natu-

ral racional, chancelou-se o fim das ordens transcendentais, já que todas as aspirações jusnaturalistas de então se encontravam, graças à revolução burguesa, garantidas em um texto escrito, positivo.

Essa positividade, surgida para garantir as liberdades, passou a ser um empecilho no momento em que ordens totalitárias, pautadas na positividade, fizeram da lei um instrumento de supressão da humanidade ao tolher ou até eliminar as liberdades.

Tudo isso relançou a questão da legitimação do direito posto e da sua relação com a moral.

Entretanto, os paradigmas pretéritos não servem mais para explicar a atual conjuntura. Para tanto, novos instrumentos tiveram de ser construídos no intuito de buscar a legitimação perdida.

Nesse passo, surge a teoria discursiva como uma forma de explicar, dentro dessa nova ordem, a possibilidade de legitimação do direito positivo, reatando seu vínculo com a moral racional.

Não se trata de uma volta a critérios metafísicos ou transcendentais, mas objetivos, uma vez que a teoria do discurso toma a linguagem como meio de organização da realidade social por meio da comunidade discursiva. Esse discurso, segundo Habermas, deve desenvolver-se de acordo com deveres éticos arquitetados pela teoria da argumentação, que garante consensos racionalmente motivados.

A verdade, sob esse pressuposto, é vista como consensual e não como correspondência. Com isso, evita-se o dogmatismo e se possibilita, dentro do discurso, que uma assertiva tida como verdadeira possa ser revista sempre que se objetarem racionalmente argumentos que lhe neguem a pretensão de verdade antes acatada. Esse procedimento possibilita a adequação dos preceitos às especificidades históricas de uma determinada comunidade sem perder o viés da racionalidade, conceito caro às sociedades pós-tradicionais.

A garantia da legitimidade encontra-se na observância do princípio democrático que, para realizar-se plenamente, necessita do pré-requisito denominado por Habermas direitos fundamentais. Estes serão aqueles que possibilitam a participação do cidadão no processo democrático de forma efetiva e apto a aceitar ou rechaçar pretensões de verdade.

Vê-se assim que a teoria de Habermas é procedimental, por não propor conteúdos específicos para um dado sistema jurídico, além daqueles que possibilitem os discursos racionalmente motivados.

Nesse arcabouço garante-se, além do resgate da moral, a efetivação do direito positivo conforme critérios racionais.

Notas

¹ Desde Aristóteles, razão prática vem a ser aquela orientada para a ação, a que determina os atos da vontade.

² Em Aristóteles (2005) o homem é naturalmente político. Ele pertence a um gênero animal que não consegue viver senão com o outro, em sociedade. Para ilustrar, pertencem a esse gênero: o cupim, a formiga, as abelhas etc.

³ “Adequação entre o que se afirma da coisa e o que a coisa realmente é”.

⁴ Illocucionária é a qualidade de quem age para consolidar a sua fala, tentando influenciar o ouvinte ou receptor.

⁵ A título de exemplo, Habermas (1997, p. 113-114) enuncia: “no artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, podemos ler o seguinte: a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis. Kant apóia-se neste artigo, ao formular o princípio geral do direito segundo o qual toda ação é equitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral. O primeiro princípio da justiça, de Rawls, ainda segue a máxima: todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais”.

⁶ “Não faças a outrem o que não queres que te façam”.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis, 2003.

ARISTÓTELES. *Órganon*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 2 v.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*. Tradução de M. Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Taurus, 1999. 1 v.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1997. (Os pensadores).

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: M. Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Introdução à política científica*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1983.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: S. A. Frabris, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: M. Limonad, 1997.

Considerações críticas a respeito da divisão de competências entre a Justiça comum e as especializadas

Jair José Perin

Sumário

1. Introdução. 2. Prestação jurisdicional como uma atividade básica do Estado/serviço público essencial. 3. Competências jurisdicionais. 3.1. Competência legislativa. 4. Critérios vigentes para a divisão de competências. 5. A questão dos critérios e elementos para a divisão de competências das diversas justiças. 6. Considerações finais.

1. Introdução

De acordo com o doutrinador Carreira Alvim (1997, p. 43), a partir da metade do século XIX, o direito processual adquiriu *status* de ciência autônoma e tal se tornou possível quando a doutrina pôde identificar os temas que constituem o objeto desse ramo da ciência do direito.

Leciona também o referido autor: “A jurisdição (*ius dicere*= dicção do direito) sempre foi considerada uma função estatal. Embora exercida a um tempo pelo próprio rei, depois por delegados ou funcionários seus, como sucedeu em Roma, ou pelo povo, como acontecia entre os germânicos, que deliberavam em assembleias populares, fato é que ‘o rei, os magistrados, seus delegados ou funcionários, e bem assim o povo, personificavam ou representavam o poder soberano em que se compreendia a jurisdição’. O caráter público da função estatal de declarar e aplicar o direito esteve sempre presente no conceito de jurisdição. A jurisdição é uma função do Estado (pública,

Jair José Perin é Advogado da União PRU 4ª Região.

portanto), exercida por um de seus poderes (Poder Judiciário), de atuar o direito objetivo em relação a uma concreta pretensão.”

O direito processual tem como foco a preocupação referente a melhor viabilização da prestação jurisdicional. Para conseguir esse objetivo, o direito processual deve buscar, de forma sistemática, a adoção de princípios e normas consistentes sob o ponto de vista da racionalidade.

Na definição do doutrinador Arruda Alvim (2005, p. 23), o Direito Processual Civil é “um sistema de princípios e normas que regulam o funcionamento da jurisdição civil, tendo em vista o exercício do direito de ação, que contenha lide civil, e o direito de defesa, bem como a estruturação infraconstitucional dos órgãos do Poder Judiciário e seus auxiliares – exceto o que respeita à organização judiciária – e, ainda, a disciplina de todos os casos de jurisdição voluntária.”

É importante perceber que, para haver a racionalidade do direito processual, com a prestação jurisdicional feita sob o signo de um serviço público essencial prestado com qualidade, a normatização e a administração devem respeitar os princípios e as normas eleitos pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional que regulam os parâmetros aferidores da existência ou não de excelência na atividade pública prestada.

À luz do exposto *retro*, pode-se afirmar que um dos aspectos importantes para a existência de uma racionalidade positiva no tocante à prestação jurisdicional exsurge com uma perfeita definição e delimitação da competência. Doutrina Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (1998, p. 1) em nota introdutória: “A competência é tema básico da Teoria Geral do Processo e do Direito Processual Civil. Sem o seu conhecimento e aprendizado, toda a matéria restante ficará, no mínimo, sob o risco de seguir caminhos errantes. Representa, também, na prática forense, indagação inicial e elementar, quase sempre, para todos os sujeitos do Processo: o autor deverá dirigir a petição a determinado órgão judicial; este, por sua

vez, deverá verificar a sua competência para a ação proposta; e o réu argüir eventual incompetência, ao apresentar a sua resposta, como questão preliminar na contestação ou oferecendo a respectiva exceção. Nos Tribunais, da mesma forma, é matéria sempre presente e motivo de muita controvérsia.”

Sabemos que a jurisdição é uma, por decorrência do poder soberano do Estado, mas é lógico que não pode ser exercida de forma ilimitada pelo juiz, principalmente quando a área territorial e a sua população são enormes. Por isso, surge a necessidade de definição de regras de competência, a fim de delimitar esse poder jurisdicional entre os órgãos e magistrados do Poder Judiciário. Essa delimitação do poder de julgar é feita em vários planos e levando em conta a natureza da lide (*ratione materiae*), o território e as funções que os órgãos podem exercer dentro dos processos (TOURINHO FILHO, 2001, p. 78).

2. Prestação jurisdicional como uma atividade básica do Estado/serviço público essencial

Inicialmente, cabe destacar que não existe consenso quanto à verdadeira classificação da atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, se função básica do Estado ou se serviço público essencial. O doutrinador Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 258) assim expõe a polêmica:

“De fato, pode-se constatar que algumas atividades entendidas como serviços públicos envolvem o exercício de prerrogativas tão próprias do Poder Público que seria mesmo impensável considerar a sua prestação por particulares. No nosso entender, no entanto, as atividades assim insuscetíveis de prestação por particulares, por poderem comprometer a própria soberania e a supremacia do Estado, nem serviços públicos devem ser consideradas pois estas, algumas vezes, são na verdade atributos de outro Poder do Estado, como é o caso da justiça, que alguns autores têm

por serviço público. Na verdade, a justiça é uma das funções básicas do Estado, não um serviço público.

Não é exatamente o mesmo que ocorre, mas as funções de segurança nacional e manutenção da ordem interna, vale dizer, o papel desempenhado pelo exército e pelas polícias, sobretudo no que diz respeito ao exército, são, em si mesmas, independentemente do ordenamento jurídico que as acolha, insuscetíveis de prestação apenas pelo próprio Estado, e assim sendo, estas atividades acabam por assumir uma relevância e até mesmo um regime jurídico que as desloca do tratamento dos serviços públicos. Por esta razão a nossa Constituição não considera tais atividades como serviços públicos.

De qualquer sorte, é preciso reconhecer-se que alguns autores consideram *serviço público essencial* aquelas atividades configuradoras de situações intimamente presas ao Estado e ao exercício de atributos próprios da soberania, e *não-essenciais* ou *secundários* aqueles serviços públicos que, não obstante a sua utilidade, ou conveniência para o atingimento do interesse coletivo, não reúnam a condição de serem de satisfação absolutamente necessária.”

Sendo a prestação jurisdicional eleita pelo Texto Constitucional como uma função básica do Estado ou serviço público essencial, pode-se dizer com segurança que todos os princípios e normas que advêm de seu conteúdo têm aplicação e incidência.

Preleciona o referido doutrinador (BASTOS, 2002, p. 39-40) a respeito de princípio e regra:

“As normas constitucionais não exercem função idêntica dentro do Texto Maior. Em outras palavras, é possível vislumbrar duas categorias principais, quais sejam, as regras e os princípios. Entende-se por regras aquelas normas que se aproximam às do direito comum, ou seja, que contêm todos os elementos necessários para investir alguém da qualidade de titular de um direito subjetivo, ou melhor dizendo, têm a capacidade de incidir diretamente no caso concreto.

Outras normas, no entanto, em virtude de seu alto nível de abstração, pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas, têm o nome de princípios.

Os princípios constitucionais, embora não possam gerar direitos subjetivos, desempenham um papel de extrema relevância dentro da Constituição, eis que conferem estrutura e unidade ao Texto Constitucional, determinando as suas diretrizes fundamentais. Os princípios constitucionais também são aplicados ao Direito Administrativo, posto que este encontra-se inserido no Texto Constitucional. No entanto, é possível vislumbrar alguns princípios que são aplicados somente no âmbito do Direito Administrativo, ou melhor dizendo, são específicos deste ramo do Direito Público.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, ou melhor dizendo, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Característica importante dos princípios é fundamentarem um sem-número de situações, ao contrário do que acontece com a regra, que só disciplina aquilo por ela contemplado.

O Direito não é um mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é um ordenamento, ou seja, um conjunto significativo e não uma conjunção resultante de vigência simultânea. O Direito é coerência ou, talvez, mais rigorosamente, consistência, entendida esta como uma unidade de sentido. Trata-se de um valor incorporado em uma norma jurídica. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos, como bem preleciona o mestre português Jorge Miranda (apud BASTOS, 2002).

Entende-se por princípios aquelas normas de Direito Administrativo que em virtude de seu alto nível de abstração, bem como pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas, conferem unidade e harmonia a esta seara do Direito Público ao mesmo tempo que determinam as suas diretrizes essenciais.”

A Constituição Federal de 1988 dispõe, no art. 37, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No art. 70 do Texto Magno, encontra-se expresso que: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

Portanto, pela própria positivação constitucional, encontramos vários princípios expressos que disciplinam o atuar do Estado, seja no âmbito da atividade legislativa, administrativa ou judicial. Outros princípios, se não expressos, encontram-se implicitamente previstos, tais como o princípio da supremacia do interesse público, o da indisponibilidade do interesse público, o da razoabilidade/proporcionalidade, entre outros.

Todos esses princípios, previstos expressa ou implicitamente pelo Poder Constituinte Originário na Constituição Federal de 1988, possuem o poder de nortear e de dirigir todas as atividades dos Poderes da República Federativa do Brasil, seja legislativa, administrativa ou jurisdicional. Até mesmo no âmbito de emenda constitucional, o poder constituinte derivado deve procurar observar aqueles princípios/regras norteadores e fulcrais, com caráter de eternidade, do Texto Constitucional, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Também a Constituição Federal, no art. 175, dispõe: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no art. 6º, expressa: “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

O princípio da legalidade (BASTOS, 2002, p. 41-42) está intimamente relacionado com a própria noção de Estado de Direito. Significa que o próprio Estado de Direito se submete ao direito que criou. Esse princípio exerce um papel de alicerce fundamental do Estado de Direito.

Como menciona o doutrinador Celso Ribeiro Bastos (2002): “Embora este não se confunda com a lei, não se pode negar, todavia, que constitui uma das suas expressões basilares. É no princípio da legalidade que os indivíduos encontram o fundamento das suas prerrogativas, assim como a fonte de seus deveres. É princípio, pois, genérico do nosso Direito esculpido expressamente em nosso Texto Constitucional como direito fundamental (CF, art. 5º, II).”

A respeito do princípio da razoabilidade, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 66) expressa: “...ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração

às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”

No tocante ao princípio da proporcionalidade, leciona o doutrinador referido (MELLO, 1998, p. 68): “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrear-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma.”

A doutrinadora Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 50-52) manifesta as seguintes considerações a respeito do princípio da proporcionalidade:

“Ao lado da razoabilidade, traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas. Vale dizer: só se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

Por isso mesmo, resolvemos, nesta edição, destacar expressamente o princípio da proporcionalidade, por entendê-lo efetivamente como um *plus* relativamente ao princípio da razoabilidade.

Com efeito, têm dissertado os autores sobre a proporcionalidade destacando o sentido estrito do conceito. Assim, o princípio seria decomposto em *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Entendemos que é o *sentido estrito* o diferenciador da razoabilidade. Na verdade,

os princípios se imbricam de tal sorte que se poderia confundi-los. Todavia, não nos parece impossível fazer a diferença.

A relação de fato deve necessariamente ser levada em consideração quando se pretende verificar se não houve excesso da Administração Pública. Os fatos, portanto, precisam ser interpretados dentro do contexto sistemático.

Quanto à sua importância como princípio limitador do arbítrio e defensor das liberdades fundamentais, averba Paulo Bonavides (apud FIGUEIREDO, 2004):

“O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica legal’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não-expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência imposterável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra, e que fazem inviolável a unidade da Constituição.”

“Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.”

O Supremo Tribunal Federal, de acordo com o precedente abaixo citado, já identificou e delimitou a aplicabilidade desses dois princípios constitucionais:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA DE

EXPEDIENTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DPVAT - INCIDÊNCIA DA REFERIDA TAXA DE EXPEDIENTE SOBRE ASSOCIADAS-SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS QUE FIZERAM INSTAURAR O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - INOCORRÊNCIA - PERTINÊNCIA TEMÁTICA CONFIGURADA - ALEGADA UTILIZAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - RECONHECIMENTO, PELO RELATOR DA CAUSA, DE QUE SE REVESTE DE DENSIDADE JURÍDICA A PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DEDUZIDA PELOS LITISCONSORTES ATIVOS - INOBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DA RELAÇÃO DE RAZOÁVEL EQUIVALÊNCIA QUE NECESSARIAMENTE DEVE HAVER ENTRE O VALOR DA TAXA E O CUSTO DO SERVIÇO PRESTADO OU POSTO À DISPOSIÇÃO DO CONTRIBUINTE - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA NÃO-CONFISCATORIEDADE (CF, ART. 150, IV) E DA PROPORCIONALIDADE (CF, ART. 5º, LIV) - ENTENDIMENTO DO RELATOR DE QUE, NÃO OBSTANTE CONFIGURADO O REQUISITO PERTINENTE À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA, NÃO SE REVELA PRESENTE, NO CASO, O PRESSUPOSTO DO 'PERICULUM IN MORA' - DECISÃO DO PLENÁRIO, NO ENTANTO, QUE RECONHECEU CONFIGURADA, NA ESPÉCIE, A SITUAÇÃO CARACTERIZADORA DO 'PERICULUM IN MORA', O QUE O LEVOU A NÃO REFERENDAR, POR TAL RAZÃO, A DECISÃO DO RELATOR - CONSEQÜENTE DEFE-

RIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS: SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE. CONSEQÜENTE IDONEIDADE JURÍDICA DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA NÃO-CONFISCATORIEDADE. - O ordenamento constitucional brasileiro, ao definir o estatuto dos contribuintes, instituiu, em favor dos sujeitos passivos que sofrem a ação fiscal dos entes estatais, expressiva garantia de ordem jurídica que limita, de modo significativo, o poder de tributar de que o Estado se acha investido. Dentre as garantias constitucionais que protegem o contribuinte, destaca-se, em face de seu caráter eminente, aquela que proíbe a utilização do tributo - de qualquer tributo - com efeito confiscatório (CF, art. 150, IV). - A Constituição da República, ao consagrar o

postulado da não-confiscatoriedade, vedou qualquer medida, que, adotada pelo Estado, possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, em função da insuportabilidade da carga tributária, o exercício a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, p. ex.). – Conceito de tributação confiscatória: jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e o magistério da doutrina. A questão da insuportabilidade da carga tributária. TAXA: CORRESPONDÊNCIA ENTRE O VALOR EXIGIDO E O CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL. – A taxa, enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. – Se o valor da taxa, no entanto, ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, IV, da Constituição da República. Jurisprudência. Doutrina. TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

– O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. – O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. – A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado” (BRASIL, 2006, p. 5-6, grifo nosso).

No atinente ao princípio da moralidade, a doutrinadora Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 56-57) consigna em uma de suas passagens:

“Podemos dizer que a Constituição de 1988 abre várias portas para que seja controlado o princípio da moralidade no exercício da função administrativa. Necessário é, pois, definir, ainda que em palavras singelas, o que significa moralidade para o Direito”.

Antônio Brandão (apud FIGUEIREDO, 2004) afirma ter sido Hauriou o primeiro a

falar em moralidade administrativa e cita o caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25. Todavia, é na 11ª edição do *Droit Administratif et Droit Public* (HAROIU, 1927, p. 346-347) que o grande publicista francês melhor examina a questão.

São suas palavras: “Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de tudo que possui uma conduta prática, forçosamente da distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é freqüentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso do poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao *desvio de poder*.”

Já em 1930, como também relata Antônio Brandão (apud FIGUEIREDO, 2004), Welter escreve *Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative*: “A moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal; mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.”

No referente ao princípio da impessoalidade, leciona a referida doutrinadora (FIGUEIREDO, 2004, p. 62-63):

“A Constituição de 1988 introduziu como princípio da Administração Pública a impessoalidade.

À primeira vista, poder-se-ia concluir que o princípio da impessoalidade consubstancia-se no da igualdade.

Todavia, assim não é. Impessoalidade, qualidade de ser impessoal, é, na acepção C de ‘impessoal’, no *Vocabulaire Technique et*

Critique de André Lalande (2002): ‘Objetivo, independente de todas as particularidades individuais. Falando-se de julgamento: imparcial. Nesse sentido, a palavra se emprega não somente como adjetivo, mas como substantivo (...) (tradução nossa).

Giannini (1993), em seu *Diritto Amministrativo*, em edição mais recente, obra de maturidade, em que reorganizou e repensou o Direito Administrativo, afirma que ‘o significado tradicional de ‘imparcialidade’ tinha conteúdo negativo, porém, atualmente, encerra conteúdo positivo, preceito que impõe a cada autoridade pública, no exercício da atividade administrativa, a consideração, de modo objetivo, dos vários interesses públicos e privados a avaliar’.

A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.”

Já que no que toca ao princípio da eficiência, doutrina a autora citada (FIGUEIREDO, 2004, p. 64-65):

“A Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998, incluiu em seu art. 3º, alterando o *caput* do art. 37, o princípio da eficiência como mais um dos princípios constitucionais da Administração Pública.

(...)

Ao que nos parece, pretendeu o ‘legislador’ da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia, o que podemos afirmar é que *sempre* a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores.

Todavia, acreditamos possa extrair-se desse novo princípio constitucional outro significado aliando-se-o ao art. 70 do texto constitucional, que trata do controle dos Tribunais de Contas.

Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação

se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.

De outra parte, o controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, pode tornar-se ainda mais eficaz ao poder se debruçar sobre os atos administrativos impugnados, que poderão ser controlados também a lume de mais esse princípio constitucional.

Os princípios constitucionais formam um todo coerente, espelham os valores do Estado Democrático de Direito e norteiam toda a conduta administrativa.”

Sobre o princípio da supremacia do interesse público, assim leciona o doutrinador Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 48):

“A Administração existe para a realização dos fins previstos na lei. Porém, os interesses legais representam conveniências e necessidades da própria sociedade, jamais vantagens ou conveniências privadas.

Nesse conflito entre o coletivo e o individual, reconhece-se a predominância do primeiro. De fato, seria inconcebível que à luz da defesa dos interesses individuais comuns se pudesse prejudicar a realização dos fins coletivos, tendo em vista a satisfação de interesses meramente isolados, concretizados em uma ou algumas poucas pessoas.”

Em relação ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, expressa o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 33):

“2.1. A indisponibilidade dos interesse públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

É sempre oportuno lembrar a magistral lição de Cirne Lima (apud BASTOS, 2002) a propósito da relação de administração.

Explica o ilustrado mestre que esta é ‘a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente’. Nela não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.”

O princípio da publicidade está intimamente ligado à idéia de transparência na gestão dos assuntos de interesse da coletividade, seja na atividade legislativa, administrativa ou judicial, sob pena de total comprometimento do próprio Estado Democrático de Direito. O que não pode existir num Estado que se diz Democrático de Direito é a idéia do exercício de qualquer atividade sob o manto do ocultamento, porquanto isso conduzirá a que não exista a legitimidade, ou seja, o respaldo da própria sociedade.

O princípio da legitimidade, na visão da doutrinadora Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 355), quer significar algo mais que a legalidade, haja vista que a Constituição Federal, no seu art. 70, menciona que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta o será sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade. Eis o que doutrina:

“Qual o sentido da legitimidade? Transcende o de legalidade?

Legítimo é o que está conforme a lei, fundado no direito, na razão ou na justiça.

Poder-se-ia dizer que *legítimo* confunde-se com *legal*. Temos para nós, entretanto, que, no texto constitucional, *deve necessariamente significar algo mais*.

Deveras, o art. 70 afirma que a fiscalização exercer-se-á quanto à legalidade e legitimidade.

A cópula ‘e’ deve agregar necessariamente algo. Parece-nos, pois, ter pretendido o texto constitucional que o controle se exercesse não apenas sobre a legalidade em sentido estrito, porém levando em consideração o Direito em sua plenitude, tal seja, o complexo de normas e princípios. Não apenas a lei, mas toda a principiologia

constitucional, ou, como disse Bobbio (apud FIGUEIREDO, 2004), também os valores agregados à legalidade merecem controle”.

No tocante ao princípio da economicidade, a doutrina elege a questão da relação custo e benefício para o Estado para avaliar se a atividade empreendida pelo Estado é benéfica ou não para a sociedade. A autora citada expressa:

“Doutra parte, *economicidade* também tem conteúdo semântico. Podemos dizer que *economicidade* é a relação entre custos e benefícios. Aliás, em qualquer forma de administração o binômio custo-benefício é observado. Haveria irrazoabilidade se o custo fosse desproporcional ao benefício. E, atualmente, a eficiência reforça a economicidade” (FIGUEIREDO, 2004, p. 355).

3. Competências jurisdicionais

No caso específico de nosso País, a Constituição Federal de 1988, a partir do art. 92, prevê as seguintes Justiças que, com certeza, refletem na questão da competência:

- Federal: Comum (Civil e Penal) e Especializadas (Militar, do Trabalho e Eleitoral)
- Estadual: Comum (Civil e Penal) e a possibilidade de previsão de justiça especializada militar.

Também normatiza e prevê os órgãos do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios), com a respectiva competência já definida ou a ser definida na Constituição dos Estados, no caso dos Tribunais e Juízes dos respectivos Estados da Federação brasileira.

Assim, a Constituição Federal deixou para a legislação infraconstitucional a delimitação das competências mais específicas.

Basicamente, em termos de competência, de acordo com a Constituição Federal e Legislação infraconstitucional, constatamos

que existe a absoluta e a relativa. A absoluta pertine à matéria e às pessoas, enquanto a relativa é a territorial ou a referente ao valor da causa.

3.1. Competência legislativa

Como a Constituição Federal estabelece no art. 22, I, que a iniciativa legislativa é privativa da União para normatização sobre direito processual, conclui-se que os princípios e regras de competência interna da Justiça são os fixados nos Códigos de Processo Civil e Penal, bem como no Código de Processo Penal Militar, no Código Eleitoral e na Consolidação das Leis do Trabalho.

Na Justiça Cível Comum, são os princípios e as regras do Código de Processo Civil.

Na Justiça Penal Comum, são os princípios e as regras do Código de Processo Penal Comum.

Na Justiça Eleitoral, são os princípios e as regras estabelecidas no Código Eleitoral.

Na Justiça Militar, os princípios e as regras do Código de Processo Penal Militar.

Na Justiça do Trabalho, os princípios e as regras da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nas Justiças Especializadas, na omissão das Leis especiais citadas, aplicam-se supletivamente os princípios e as regras do Código de Processo Civil.

De acordo com o parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, somente lei complementar pode autorizar os Estados a legislarem sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo, o que, por decorrência, incluem as regras processuais.

4. Critérios vigentes para a divisão de competências

O exercício da função jurisdicional por parte do Estado, em regra, é prestado pelo Poder Judiciário por intermédio de seus órgãos. Como menciona o doutrinador Celso Agrícola Barbi (1975, p. 387-388): “Por ques-

tão de conveniência, existe a especialização para atender a diversos ramos do direito, constituindo a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral, a Justiça Militar. As matérias que não forem atribuídas a essas Justiças ficam para a denominada Justiça Comum.

O sistema federativo levou à criação de órgãos para exercer a jurisdição nas causas de interesse da União, e que constituem a Justiça Federal, a qual, no fundo, é modalidade da Justiça Comum, ao lado da chamada Justiça Estadual. Aos órgãos destas cabe exercer a jurisdição nas questões penais e outras não atribuídas àquelas Justiças especiais.

A jurisdição exercida nas questões penais toma o nome de jurisdição penal, e a exercida nas demais causas, com exclusão daquelas, é a denominada jurisdição civil. Abrange ela as questões de direito civil, comercial, administrativo, tributário, etc., caracterizando-se pela circunstância de ser sua delimitação feita pelo critério residual.”

As justiças especiais exercem a jurisdição dentro de uma competência taxativa.

O autor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (1998, p. 17) lembra que Chiovenda estabeleceu os critérios de determinação da competência em três grupos: a) objetivo, englobando o valor da causa, a natureza da causa (competência por matéria) e a qualidade das pessoas litigantes; b) funcional, em consideração às funções que se chama o magistrado a exercer no processo; c) territorial, relacionado com a área geográfica atribuída a cada órgão judicial.

Esses critérios, de acordo com o autor citado, fizeram escola na doutrina brasileira.

5. A questão dos critérios e elementos para a divisão de competências das diversas justiças

Como vimos acima, em virtude de o direito ser uma ciência norteada por princípios e regras lógicas e racionais, a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais que disciplinam a divisão

de competências das diversas justiças precisam estar densificadas por esses critérios de logicidade e racionalidade, sob pena de não atender, de forma conseqüente, às aspirações do sistema jurídico-processual.

A Ciência do Direito Processual está voltada a tornar, de forma efetiva, o desenvolvimento do processo válido e regular.

Dentro desse contexto exposto, a divisão de competências, para ser resultado dessa racionalidade e logicidade científico-processual, deve ter elementos (critérios) facilmente mapeáveis, identificáveis e justificáveis sob o ponto de vista jurídico. Portanto, não pode haver critérios aleatórios, guiados por caprichos, por disputas de espaços, e de matérias, geralmente surgidos quando as ambições institucionais e pessoais não são devidamente relativizadas, para que sejam adequadas aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da economicidade, da impessoalidade, da supremacia do interesse público, da moralidade, da eficiência, da legitimidade, dentre outros, uns lembrados acima e outros não.

A divisão de competências das diversas Justiças, assim, deve ser guiada sistematicamente por elementos (critérios) que encontrem densidade capaz de justificar-se perante a comunidade jurídica e, por que não, perante toda a sociedade.

No caso da Justiça Eleitoral, somente deve ser mantido sob sua competência o que realmente visa proteger, no caso, a democracia representativa.

No pertinente à Justiça Militar, aquilo que afetar e estiver diretamente relacionado ao cumprimento estrito da missão constitucional, sob a ótica sempre presente da preservação da hierarquia e da disciplina.

No referente à Justiça do Trabalho, aquilo que diz respeito à preservação de seu núcleo, no caso a proteção da relação de trabalho no sentido estrito.

A razão do acima exposto – não se querendo dizer que o que hoje está previsto no Ordenamento Legal não respeita a preocupação aqui colocada, até porque não é

objetivo, nas presentes considerações, fazer uma incursão e análise mais específica para essa certificação, mas mais por uma questão de reflexão para eventuais modificações nesta seara de competências – é a de que as justiças especializadas, pelo princípio da interpretação restritiva, devem somente exercer aquilo que é fundamental à preservação dos valores que as sustentam, sob pena de terem estruturas funcionais dispendiosas e obsoletas por sua irracionalidade. Significa dizer que aquilo que puder ficar sob o manto da competência da justiça comum deve ser mantido, pois facilita a adequação das estruturas institucionais e funcionais internas, bem como a formação de um sistema jurídico-interpretativo mais harmônico e homogêneo, e, assim, possibilitar o atendimento, de forma mais efetiva, de todos os princípios e regras constitucionais que devem nortear o atuar de qualquer atividade do Estado, seja legislativa, administrativa ou judicial.

Na questão administrativa da justiça, pode-se dizer, com certeza, que quanto menos estruturas funcionais específicas, estanques e incomunicáveis, mais fácil se torna a questão de dar vazão ao volume de trabalho de forma constante e regular, pois é facilmente adaptável internamente às estruturas funcionais e aos recursos humanos. Isso resulta em que o trabalho possa ser atendido com o efetivamente indispensável em termos de recursos humanos e de instituições.

Se observado tudo isso, constataremos que o serviço público essencial de prestação jurisdicional levado a efeito pelas diversas justiças (comum e especializadas) estará perfeitamente atendendo aos requisitos exigidos pela lei no sentido de estar sendo prestado na mais elevada conformação e adequação aos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais disciplinadores de uma verdadeira prática de atos públicos inteiramente voltados aos interesses da sociedade politicamente organizada. Cabe acrescentar, sem a menor dúvida, que essa racionalidade irá sempre exercer uma influ-

ência positiva nas instituições e estruturas públicas e privadas (advocacias públicas e privadas, Ministério Público, etc.) que gravitam em torno do Poder Judiciário na busca da melhor prestação jurisdicional.

6. Considerações finais

Com o exposto acima, espera-se haver lançado para o futuro, de alguma forma, reflexões importantes a respeito da questão atinente à melhor forma de fixação de competências para que a atividade de prestação jurisdicional seja feita em sintonia com todos os princípios e regras contemplados pelo Ordenamento Legal, em especial aqueles fixados, expressa ou implicitamente, no Texto Constitucional.

O Direito Processual, por ser o instrumento que viabiliza a melhor forma da prestação jurisdicional, deve estar sempre conectado com a preocupação de racionalizar e otimizar a questão da estruturação e organização dos recursos materiais e pessoais do Poder Judiciário, a fim de que as Justiças, especializadas ou não, sejam criadas ou mantidas quando efetivamente existirem razões justificáveis sob todos os aspectos acima mencionados e de outros que, com certeza, não foram lembrados no presente trabalho.

A divisão de competências das diversas Justiças, assim, deve ser orientada sistematicamente por elementos (critérios) que encontrem densidade capaz de justificar-se perante a comunidade jurídica e, por que não, perante toda a sociedade.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1 v.

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. 1 v. 2 t.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: C. Bastos, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010-MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília [2006?]. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 abr. 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GIANNINI, M. S. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993.
- HAROIU, Maurice. *Droit administrative et droit public*. 11. ed. Paris: Recueil Sirey, 1927.
- LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: PUF, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios

Fernando Santos

Sumário

1. Introdução. 2. Caracterização e efetividade dos direitos sociais. 3. A cláusula da reserva do possível. 4. A teoria dos princípios. 5. Direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas. 6. Nossa posição.

1. Introdução

A efetividade dos direitos fundamentais sociais constitui, já a partir da sua própria caracterização como direitos fundamentais, tema recorrente na literatura jusconstitucional, sem que se tenha, ainda, chegado a conclusões unânimes. Inobstante sempre tenha se destacado que esses direitos importam em obrigações positivas do Poder Público, apenas recentemente tem se relevado que essa intervenção estatal dá-se, fundamentalmente, por meio da formulação e execução de políticas públicas.

Este trabalho busca, assim, sem qualquer pretensão de exaurir o assunto, defender que direitos fundamentais sociais e políticas públicas configuram-se como dois lados de uma mesma moeda e que eles podem ser adequadamente compreendidos a partir da teoria dos princípios, em sua versão forte, mormente aquela defendida por Robert Alexy (1989, 1993a, 1993b, 1993c, 1994). Busca-se, então, inicialmente, repassar os aspectos polêmicos quanto à conceituação, caracterização e efetividade dos direitos fundamentais sociais, mostrando que a dicotomia direitos de defesa *versus*

Fernando Santos é Promotor de Justiça no Estado do Piauí, Doutorando em Direito pela UFPE e Professor de Direito Constitucional da NOVAFAPL.

direitos prestacionais deve não apenas ser matizada como objeto de reexame.

Defender-se-á, então, que os direitos fundamentais sociais, enquanto configurados como princípios, não podem ser aplicados na forma tudo ou nada nem entendidos à la Dworkin (1982), como *triumph rights*. Devem, ao contrário, ser entendidos como direitos *prima facie*, na medida em que apresentam razões que podem ser suplantadas por outras razões opostas. Sustenta-se, por fim, que, para aqueles que vivem abaixo da linha de pobreza, os direitos fundamentais sociais, em sua expressão mínima – condições existenciais mínimas, moradia simples, direito à formação escolar e profissional e a um padrão mínimo de atendimento na área de saúde –, sejam considerados direitos definitivos.

Enfim, mostra-se que, com a teoria dos princípios alexyana, evitam-se, de um lado, interpretações que impliquem uma aplicação dos direitos fundamentais sociais sem qualquer atenção ou consideração de seu impacto econômico ou quanto à responsabilidade fiscal. De outro, evita-se a colocação desses direitos à mercê dos poderes públicos, que poderiam, nessa ótica, cumpri-los ou não.

2. Caracterização e efetividade dos direitos sociais

Do ponto de vista analítico, ao contrário dos direitos de defesa cuja função principal é limitar a atividade do Estado, implicando, assim, um dever de abstenção, os direitos sociais caracterizam-se por serem, primordialmente, direitos à prestação em sentido estrito, ou prestacionais, no sentido de que exigem uma intervenção do Estado, uma ação estatal, gerando, portanto, obrigações positivas realizáveis por meio da ação social (ALEXY, 1993a; BRANCO, 2000; CONTRERAS PELÁEZ, 1994; FARIAS, 2000; LOPES, 1994; SARLET, 1998).

Dissemos primordialmente porquanto, além de os direitos sociais também apre-

sentarem uma dimensão negativa, pois, como adverte Ingo Sarlet (1998, p. 257), não de respeitar a autonomia individual, não podendo, assim, ser impostos ao titular em potencial do direito, alguns dos denominados direitos de defesa exigem, direta ou indiretamente, uma prestação estatal, ou seja, “nenhum direito é totalmente auto executável (*self-executing*); todos os direitos (tanto os direitos-autonomia como os direitos-participação) pressupõem amplas medidas estatais, programas ou dispositivos institucionais” (CONTRERAS PELÁEZ, 1994, p. 21).

Assim, a liberdade, longe de implicar uma ausência absoluta das ações governamentais, deve ser compreendida como “uma determinada forma de dependência da ação pública, que encoraje o espírito de iniciativa e a cooperação social, assegurando a todos um contesto operativo mínimo para desenvolver uma vida ‘decente’” (FERRARA, 2002, p. 101).

Nesse sentido, também, os direitos de defesa, e não apenas os direitos sociais, dependem dos impostos, de modo que todos os direitos possuem custos financeiros. É esta a conclusão que Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2000, p. 15-16, tradução nossa), após vasta investigação, chegaram:

“Todos os direitos impõem às finanças públicas encargos economicamente quantificáveis, sejam os direitos sociais seja o direito de propriedade; a tutela da liberdade contratual comporta custos públicos não menos que a tutela do direito à assistência sanitária; o direito à liberdade de manifestação do pensamento não menos do que o direito a uma habitação decente”.

De outro lado, hodiernamente, a indevida ingerência naqueles direitos denominados aqui e ali de primeira geração dá-se muito mais por parte de outros centros de poderes que não o poder público: econômico, meios de comunicação, digitais, virtuais (FERRARA 2002, p. 102; HABERMAS, 1997, p. 326). Dessa forma, a clássica noção dos direitos de defesa, enquanto proteção

contra as indevidas ingerências do poder público, tem sido objeto de um contínuo e progressivo reexame.

Essa matização e esse reexame são de suma importância porquanto a mera dicotomia abstenção *versus* atuação estatal tem conduzido a conclusões apressadas e não raro distorcidas quanto à efetividade dos direitos sociais. Com efeito, parte da doutrina tem se utilizado da referida contraposição para, ressaltando o custo dos direitos prestacionais e sua decisiva dimensão econômica, defender, como faz Jack Barbalet, citado por Emilio Santoro (1994, p. 109), que eles, em razão de serem *conditional opportunities*, não possuem a natureza de direitos. Ou ainda que são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, devendo, portanto, ser “*entregues à conformação do legislador ordinário*” (BRANCO, 2000, p. 46; MURSWIEK; BROHM apud SARLET, 1998).

Claro, ninguém pode negar a relevância econômica suscitada pelos direitos prestacionais em sentido estrito. Porém essa repercussão econômica não pode conduzir à negativa, pura e simples, que os direitos sociais fundamentais possuam a natureza de direitos ou que devam ser abandonados à liberdade de conformação do legislador ordinário, impedindo, assim, a possibilidade de qualquer controle. Mas voltaremos ao assunto quando tratarmos da regra da reserva do possível.

Diverge, ainda, a doutrina quanto à estrutura dos direitos fundamentais sociais e quanto ao seu conteúdo, adotando posições díspares e, não raro, extremadas. Diverge-se, assim, se o texto normativo confere direitos subjetivos ou apenas obriga o Estado objetivamente, consoante o qual, segundo a posição de Konrad Hesse, citado por Alexy (1993a, p. 447), o legislador tem a obrigação de fazer o necessário a fim de realizar os direitos sociais sem que haja para isso um direito subjetivo; se a norma será vinculante ou apenas programática (no sentido hoje

superado de que são normas que não são dotadas de eficácia, sendo meras proclamações de cunho ideológico ou político); e se conferem direitos definitivos ou *prima facie*, isto é, se podem ser princípios ou regras (da qual nos ocuparemos mais adiante).

Como nota Robert Alexy (1993a), na obra citada, se se combinam esses critérios, obtém-se oito normas de estrutura bastante diferente. Temos, assim, em um dos extremos, posição extremamente forte, segundo a qual teríamos normas constitucionais vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos, e, no extremo oposto, posição extremamente débil, são normas não vinculantes que apenas fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado a outorgar prestações.

Há, assim, quem, entre nós, defenda que a maioria dos direitos a prestação depende da interposição do legislador para que produza efeitos plenos (BRANCO, 2000, p. 146). Ou seja, considera-os como direito subjetivo definitivo não vinculante, para utilizar a terminologia empregada por Alexy (1993a).

Um outro aspecto igualmente relevante para efetividade dos direitos fundamentais sociais concerne à “*estrutura disjuntiva dos deveres de ação*” (BOROWSKI, 2003, p. 157). Ao contrário dos direitos de defesa, em que há para os destinatários uma proibição de destruir ou lesionar negativamente, isto é, proíbe-se toda ação que constitua ou provoque uma destruição ou lesão, nos direitos prestacionais há um mandado de proteção ou promoção de algo, em que o destinatário tem um campo de ação dentro do qual pode eleger como deseja cumprir o mandado (ALEXY, 1993a, p. 447).

Por conseqüência, a decisão acerca do *como* se cumprirá o dever de prestação fica livre – dentro, ressalte-se do mencionado campo de ação – ao legislador e ao administrador. Daí que a discricionariedade administrativa dar-se-á dentro de um campo de ação em que o administrador é, digamos assim, livre para decidir quais das

medidas de proteção são adequadas para garantir a proteção requerida. Claro, se há apenas um meio efetivo, o Estado tem que utilizá-lo. Como se vê, esse aspecto tem particular relevância no tocante ao controle das políticas públicas dirigidas à efetivação dos direitos sociais.

Nesse sentido, merece acolhida a tese alexyana consoante a qual o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser tratado como uma questão de tudo ou nada. Nessa ótica, o próprio questionamento se, com base em uma norma proclamatória de direito fundamental social, é possível reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual parece assentar-se em uma premissa inadequada. Ou seja, assenta-se em uma concepção de direito subjetivo à la Dworkin (1982, p. 319), como *triumph rights*. Vale dizer, se alguém possui um direito a alguma coisa, então é errado da parte do Estado negar-lhe aquele direito.

Com efeito, hoje, os direitos, tanto individuais como sociais, enquanto estruturados na forma de princípios são direitos que se caracterizam, fundamentalmente, por apresentarem uma situação de tensão; estão sempre em rota de colisão uns com os outros. De fato, e como mostraremos a seguir, na esteira do pensamento de Robert Alexy, os princípios qualificam-se por poderem ser cumpridos em diferentes graus e a medida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades fáticas mas também jurídicas. E o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em sentido contrário. Dessa forma, nas sociedades contemporâneas caracterizadas por um “pluralismo de fato”, ou seja, em que seus membros aderem a uma multiplicidade de diversas concepções de bem, sem que haja, portanto, uma compreensão amplamente compartilhada de modo a enfrentar igualmente os problemas postos pela diversidade e, ao mesmo tempo, preservar a unidade (PINO, 2000), os direitos não podem mais ser definidos de modo tão absoluto.

A teoria dos princípios constitui-se, portanto, de capital importância para uma adequada compreensão da efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas. É o que veremos mais adiante, mas antes tratemos da cláusula da reserva do possível.

3. A cláusula da reserva do possível

Como dissemos atrás, a decisiva dimensão econômica dos direitos prestacionais tem levado parte da doutrina a defender que eles, em razão de serem *conditional opportunities*, não possuem a natureza de direitos, ou que são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, devendo, portanto, ser entregues à conformação do legislador ordinário, ao qual, dentro das condições sociais e econômicas do país e das reservas orçamentárias, compete garantir aquelas prestações. Ou, para lembrar a multicitada decisão do Tribunal Constitucional Alemão quanto ao *numerus clausus*, os direitos prestacionais se encontram “sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade” (ALEXY, 1993a, p. 425, tradução nossa).

Dissemos também que ninguém pode negar a relevância econômica suscitada pelos direitos prestacionais em sentido estrito. Porém, essa repercussão econômica não pode conduzir à negativa, pura e simples, de que os direitos sociais fundamentais possuam a natureza de direitos ou que devam ser abandonados à liberdade de conformação do legislador ordinário, impedindo, assim, a possibilidade de qualquer controle.

Todavia, tem-se defendido entre nós, que, em se tratando da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, “a opção política é preferencialmente do legislativo e do executivo, cabendo ao judiciário o controle da razoabilidade” (AMARAL, 2001, p. 118). Ou seja, cabe ao Judiciário apenas analisar

a razoabilidade e facticidade das razões do poder público, sendo àquele defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade. Cabe-lhe, numa palavra, diz o citado autor, apenas o controle do *due substantive process of law*. Demonstrada a razoabilidade, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador. Isso se justifica em razão de o Poder Judiciário não possuir legitimidade (do voto) para tomar tais decisões.

Inobstante a peremptoriedade das afirmações acima, o autor admite que “em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas” (AMARAL, 2001, p. 116).

À parte o fato de que o autor parte de premissas discutíveis, quais sejam a de que a efetividade dos direitos negativos é por demais simples, pois exige apenas que o Estado não faça, enquanto a efetividade dos direitos positivos demanda a existência de um aparato estatal de prestação que gera gastos que devem ser cobertos, utiliza-se de afirmações que, a rigor, são incongruentes, para dizer o mínimo.

Assim, dizer que cabe ao Judiciário apenas o controle do *due substantive process of law* e, em seguida, dizer que lhe é defeso entrar no mérito da escolha é contradizer-se. De fato, como mostra Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 106-107, grifo nosso), a expressão *due substantive process of law* significa, no direito norteamericano, que “existem alguns direitos substantivos que, por serem fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo, por mais justo e razoável que seja”.

Em outras palavras, reconhece-se à cláusula do devido processo legal uma feição material, substantiva, que autoriza justamente a revisão dos atos legislativos do Estado, a uma análise do mérito. A admissão, portanto, do controle do *substantive process of law* importa, justamente,

no contrário daquilo que o autor sustenta: o controle dos atos públicos, sobretudo as omissões administrativas.

De outro lado, o autor não explica em que consiste o postulado da razoabilidade. Impõe-se, então, recordar que boa parte da doutrina brasileira o identifica com o princípio da proporcionalidade, utilizando indistintamente um e outro. Também aqui não conduz à conclusão do autor: da proibição de o judiciário entrar no mérito da escolha do executivo.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade implica, em seus três subprincípios, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que, ante a exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, adotem-se medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. O que implica a análise se o meio promove minimamente o fim – adequação; se não existem meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos ou bens afetados – necessidade; e, por fim, se a importância do fim justifica ou não a intensidade da restrição dos direitos fundamentais¹.

Recordando que, como demonstraram Stephen Holmes e Cass Sustein (2000), também os direitos de defesa implicam custos financeiros para o Estado, releva, neste momento, destacar que o núcleo central da questão – justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – não é tanto a sua decisiva importância econômica, mas o caráter absoluto que se lhe confere, importando, em consequência, na relativização dos direitos prestacionais, que ficam, assim, à mercê dos poderes legislativo e executivo.

Mesmo porque, como lembra Andreas Krell (2000, p. 26), é recorrente ainda entre nós o grave problema “da não-execução dos orçamentos públicos, isto é, a não-aplicação, por parte dos agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos, dos recursos financeiros previstos pela lei

orçamentária para determinadas tarefas e serviços públicos”. Se é verdade a escassez de recursos, é mais verdade ainda o fato de que “até hoje existem municípios onde se gasta – legalmente! – mais dinheiro em divertimentos populares (contratatação de ‘trios elétricos’) ou na manutenção da Câmara do que em toda área da saúde pública” (KRELL, 2000, p. 34).

Nessa ótica, constitui um falso dilema aquele apontado por Gustavo Amaral (2001, p. 114), no qual o Poder Público dispusesse de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura impossível. Em verdade, o que o Estado deveria fazer era deslocar recursos de outras áreas para cobrir as duas situações apontadas.

O princípio da reserva do possível não pode, pois, ter o caráter absoluto que vários autores pátrios querem lhe conferir, considerando os direitos fundamentais sociais como pretensões sem o respectivo dever por parte dos poderes públicos.

4. A teoria dos princípios

Tem-se destacado que a teoria dos princípios, ao lançar novas luzes sobre a estrutura das normas constitucionais e a diversidade na sua interpretação/aplicação, e sobre a estrutura dos direitos fundamentais, constitui “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 1993a, p. 81). Nessa ótica, a justiciabilidade e a efetividade dos direitos fundamentais sociais e o conseqüente controle das políticas públicas não podem ser adequadamente compreendidos sem o recurso à teoria dos princípios.

Antes, porém, de demonstrarmos como a teoria dos princípios possibilita uma adequada compreensão do tema, necessário se faz que, inicialmente, se busque sistematizar as diferentes posições quanto

à distinção entre regras e princípios, valendo-se da distinção formulada por Robert Alexy (1993) e Luís Prieto Sanchís (1992) entre tese da separação forte e tese da separação fraca.

Os partidários da *tese da separação débil* advogam que a dessemelhança entre regras e princípios é tão-somente uma questão de grau. Ou seja, os princípios teriam um grau de abstração e generalidade maior que as regras. Ademais, a diferença seria apenas relacional ou comparativa. Isto é, um enunciado não é, em si, nem um princípio nem uma regra; um enunciado é um princípio na medida em que se compare com outro enunciado. Conseqüentemente, é uma atividade discricional, dependente do intérprete, na medida em que inexistem características com independência do sujeito que opera a configuração. Um enunciado pode ser um princípio ou uma regra segundo a escolha feita pelo sujeito. Ainda que haja um acordo generalizado quanto a se uma norma é um princípio, isso não significa que a distinção não seja contingente.

Fundamentalmente, tal concepção parte da distinção entre enunciado e norma. Riccardo Guastini (2001) – o principal defensor dessa diferenciação – distingue o texto dos documentos legislativos, que são objetos da atividade interpretativa – chamada disposição ou enunciado –, do conteúdo de significação dado aos textos – norma. Assim, o significado não é prévio à interpretação, mas é precisamente o resultado da atividade interpretativa.

Ora, dizem os partidários da tese da separação débil, se o significado não é algo pré-constituído em relação à atividade interpretativa, já que é uma variável das valorações e decisões do intérprete, os enunciados interpretativos não são aptos nem para a verdade nem para a falsidade, porque não são produtos do conhecimento mas da vontade.

É o chamado ceticismo interpretativo, em que, apoiado em uma versão extrema do relacionamento signifiante e significa-

do, um e outro aparecem como dois termos de um par dicotômico, que, enquanto tal, se excluem reciprocamente, no sentido que o significado é totalmente distinto do significante. Para Guastini, entre disposição e norma existe uma distância impreenchível, “uma clara linha de demarcação”².

É dentro dessa ótica que sustentam que princípios e regras

“são enunciados que são produto ou resultado linguístico de uma prévia interpretação” (COMANDUCCI, 1998, p. 91); “é uma definição estipulativa ou convencional construída pelo teórico” (PIETRO SANCHÍS, 1992, p. 25); “a identificação de um princípio é necessariamente fruto da discricionariedade interpretativa (como veremos, uma mesma disposição pode ser interpretada, alternativamente, seja como expressão de uma regra específica, seja como expressão de um princípio)” (GUASTINI, 2001, tradução nossa).

Nessa linha de raciocínio, regras e princípios não se referem a duas classes de enunciados normativos, mas a dois tipos de estratégias interpretativas. A diferença qualitativa entre elas não tem sua origem no Direito, mas no raciocínio, porquanto o que faz uma norma ser um princípio ou uma regra não é o seu enunciado linguístico, mas o modo de resolver seus eventuais conflitos: se, colidindo com uma determinada norma, cede sempre ou triunfa sempre, estamos diante de uma regra; se, colidindo com uma outra norma, cede ou triunfa segundo alguns casos, estamos diante de um princípio (PIETRO SANCHÍS, 1998, p. 29,58).

Advoga-se, por fim, que é empiricamente falso o que afirma a tese da separação forte, isto é, que todos e somente os princípios se aplicam por meio de uma ponderação, enquanto as regras se aplicam à maneira tudo ou nada. Ademais, é perfeitamente possível a colisão total entre princípios com a conseqüente exclusão de um deles. De ou-

tro lado, sustenta Prieto Sanchís (1992) ante a Constituição Espanhola, que, em função da “coerência ideológica da Constituição”, a maior parte dos princípios vigentes foram estabelecidos pelo mesmo legislador como projeções de um certo modelo jurídico-político. Note-se que, mais recentemente, o autor espanhol, embora ainda defenda que regras e princípios constituem dois tipos de estratégias interpretativas, não só reconhece a importância da ponderação, porquanto as Constituições modernas apresentam um amplo conjunto de princípios e direitos fundamentais “tendencialmente contraditórios”, como a sua necessidade a fim de se conservar integralmente a Constituição, pois só assim – com a ponderação – é possível conservar em pé de igualdade normas ou direitos que refletem valores heterogêneos próprios de uma sociedade plural.

O ponto fulcral, pois, da tese da separação débil está em considerar que entre disposição e norma, ou entre significante e significado existe um muro intransponível; que o significante é, assim, in-significante; que o significado não é prévio à interpretação, mas é precisamente o resultado da atividade interpretativa

Não fosse essa premissa cética, não haveria problema em aceitar-se a tese de que a configuração das normas é interpretativa, pois, como o próprio Comanducci (1998) lembra, a interpretação constitui uma atividade interpretativa, ou seja, que compreende algumas etapas, a saber: a) identificação do enunciado como entidade linguística (identificação linguística do enunciado); b) identificação do enunciado como uma norma em virtude de seu caráter prescritivo; c) configuração da norma – identificação da norma como princípio ou como regra; d) interpretação *stricto sensu* da norma – atribuição de sentido à norma.

A questão, portanto, não é que a identificação de uma norma como princípio ou como regra seja uma atividade interpretativa como acima exposto, mas as conclu-

sões que daqui se extraem: primeiro, que os enunciados interpretativos, enquanto variável das valorações e decisões do intérprete, não são aptos nem para a verdade nem para a falsidade; segundo, que, por não serem nem falsos nem verdadeiros, é impossível traçar uma distinção qualitativa entre regras e princípios.

Como se sabe, foi Dworkin (1982) quem, por primeiro, sustentou a *tese da separação forte*, consoante a qual a configuração das normas como princípios ou como regras é uma *atividade cognoscitiva*, em que existem características estruturais ou morfológicas, que diferenciam umas espécies de outras: há, em síntese, uma distinção qualitativa ou lógica entre elas. Ademais, a diversidade na tipologia das normas entre regras e princípios é condição necessária e suficiente para a diversidade na sua interpretação e aplicação, para a diversidade na argumentação a partir de um ou outro tipo e para a diversidade na solução dos conflitos e colisões.

O jusfilósofo norte-americano caracteriza os princípios em duas frentes: no aspecto interno, em oposição a políticas (*policy*) e, externamente, com referência a regras. Assim, princípios (*principles*) são exigências de justiça, equidade ou de qualquer outra dimensão da moral, enquanto políticas indicam um objetivo a ser alcançado (DWORKIN, 1982, p. 90)³.

As regras e princípios se diferenciam pelo caráter da orientação sugerida. As regras são aplicáveis na forma tudo ou nada. Se se dão os fatos estabelecidos por uma regra, então ou a regra é válida, e em tal caso se deve aceitar a resposta que ela fornece, ou então é inválida, e em tal caso não influi na decisão. Por seu turno, os princípios não indicam as conseqüências jurídicas que seguem automaticamente quando se dão as condições previstas.

Porém, Dworkin nem sempre é claro. Mais adiante assinala que um princípio, como “nenhum homem pode tirar proveito do próprio ilícito”, não determina ainda a

exposição das condições que tornam sua aplicação necessária. Vale dizer, ele oscila entre caracterizar os princípios pela abertura das condições de aplicação ou pela abertura das conseqüências jurídicas.

Daí que, para Alexy, embora tenha dado passos relevantes na distinção entre regras e princípios, Dworkin não colhe o ponto decisivo da distinção, qual seja que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São, portanto, mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos (ALEXY, 1993a, 81 et seq., 1993b, 1993c, 1994).

As regras, por sua vez, são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Assim, os princípios contêm mandados *prima facie*, ou seja, os princípios apresentam razões que podem ser suplantadas por outras razões opostas. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo. O que não acontece com as regras: por exigirem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Isso não significa, no entanto, que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Do lado das regras, é possível, como motivo da decisão de um caso, introduzir uma cláusula de exceção. Nesse caso, a regra perde o seu caráter definitivo, sem que, por isso, se torne um princípio (ALEXY, 1993a, p. 99-100). É o que se dá,

por exemplo, com a regra que estabelece que a velocidade máxima no perímetro urbano seja de 60 km/h. É perfeitamente possível que, em algumas situações, como a do motorista de táxi que conduz um passageiro gravemente ferido, deixe-se de aplicá-la. Entender diferentemente é emprestar à tese da separação forte um formalismo que ela veio combater.

Porém, em função de as regras conterem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, quem quer inserir uma exceção possui uma carga argumentativa, consoante a qual deve demonstrar que essa nova resolução é melhor que a prevista pela regra como também que a sua importância deve ser de tal monta a justificar um desvio em algo autorizadamente determinado.

De outro lado, os princípios podem ter seu caráter *prima facie* reforçado, o que se dá por meio da introdução de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios. Isso, porém, não os tornam iguais às regras. O Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, no conhecido “Caso Lebach”, reiterou que a liberdade de informação possui uma precedência geral no caso de uma informação atual sobre fatos delitivos. O que não impediu de, naquele caso, decidir em favor da argumentação consoante a qual a repetição de uma notícia (documentário) sobre um delito que já não responde a interesses atuais de informação põe em perigo a ressocialização do autor. Conclui, então, aquele Tribunal: o direito da personalidade tem precedência perante a liberdade de informação (ALEXY, 1993a, p. 97).

Enfim, o âmbito das possibilidades jurídicas de que depende o cumprimento dos princípios é compreendido pelos princípios e regras opostos, pelo que, como dissemos, os princípios encontram-se sempre em uma situação de tensão, pois cada princípio limita a possibilidade jurídica do outro. De modo que inexistente princípio absoluto, isto é, que em nenhum caso possa ser suplantado por outro.

Isso conduz à necessidade, em uma situação de tensão, do estabelecimento de procedimentos metodológicos a fim de resolver a colisão entre os princípios. Alexy denomina esse procedimento metodológico ponderação⁴, na qual a solução consiste em que, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada, na qual se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. O resultado será a lei de colisão: “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 1993a, p. 94, tradução nossa).

5. Direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas

Com a caracterização dos direitos fundamentais sociais como aqueles que exigem uma intervenção do Estado, uma ação estatal, gerando, portanto, obrigações positivas realizáveis por meio da ação social, busca-se destacar, em um passo ulterior, a necessidade da realização de políticas públicas para concretização daqueles direitos. Direitos fundamentais sociais e políticas públicas configuram-se, portanto, como dois lados de uma mesma moeda.

Claro está que, nessa ótica, as políticas públicas não podem ser configuradas simplesmente dentro do âmbito da oportunidade e conveniência do agente estatal, oportunidade e conveniência entendidos enquanto impassíveis de controle judicial. Impõe-se, como temos demonstrado, que o Judiciário possa, em princípio, não apenas rever aquelas políticas públicas já adotadas, analisando a sua jurisdição e, até mesmo, como propõe inovadoramente Fábio Konder Comparato (1998), a sua constitucionalidade, mas também possa determinar a sua elaboração quando da omissão administrativa.

Lembre-se, no entanto, que, em função da estrutura disjuntiva dos deveres de

ação, traduzíveis nas políticas públicas, o poder público possui um campo de ação dentro do qual pode eleger como deseja cumprir o mandado, pressupondo-se que todas as ações são igualmente suficientes para alcançar o objetivo. Porém, fundamentalmente, há de ter-se em conta aquelas condutas imagináveis cuja execução favoreça a realização do objeto de otimização. Isso importará, de um lado, na exclusão do campo de ação de algumas condutas enquanto discursivamente impossíveis e, de outro, na aceitação de outras condutas como discursivamente necessárias. Restará, no entanto, um amplo campo das condutas discursivamente possíveis. Nesse caso, a escolha da conduta ordenada definitivamente dar-se-á por meio “da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato na forma da proibição de proteção deficiente” (BOROWSKI, 2003, p. 162, tradução nossa).

6. Nossa posição

Inicialmente, cabe relevar que, ao contrário da Constituição alemã, o constituinte brasileiro de 1988 preferiu inserir no catálogo dos direitos fundamentais um rol de direitos prestacionais em sentido estrito. Nesse sentido, os contributos doutrinários advindos de autores daquele país devem ser devidamente situados. Merece destaque, no entanto, que a ausência de um rol de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental não impediu o reconhecimento por parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal de vários direitos sociais. Mesmo, ressalte-se, sem a interposição do legislador ordinário.

De outro lado, a melhor doutrina tem sustentado que inexistente distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição Portuguesa. Assim, os direitos prestacionais em sentido estrito estão abarcados pela proteção do § 1º do art. 5º, pelo que têm aplicação imediata.

Podemos, então, dizer que, na Constituição brasileira de 1988, os direitos fundamentais sociais estão configurados como princípios. Isso significa que eles não podem ser aplicados na forma tudo ou nada, nem configurados como *triumph rights*; vale dizer, se alguém possui um direito a alguma coisa, então é errado da parte do Estado negar-lhe aquele direito. Pois, enquanto mandados de otimização, eles devem ser cumpridos na maior medida possível, o que leva o aplicador a considerar as possibilidades fáticas e jurídicas, quais sejam os outros princípios e regras. Em síntese, os direitos prestacionais em sentido estrito devem ser entendidos como direitos *prima facie*, na medida em que apresentam razões que podem ser suplantadas por outras razões opostas. Como dissemos atrás, a configuração como princípios conduz a ter sempre à vista a situação de tensão em que se encontram esses direitos.

Em razão, porém, do fato de, como assinalou Andreas Krell (2000), mais de 30 milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza, é lícito que, para estes, os direitos fundamentais sociais, em sua mínima expressão – condições existenciais mínimas, moradia simples, direito à formação escolar e profissional e a um padrão mínimo de atendimento na área da saúde –, sejam considerados direitos definitivos. Porquanto o que está em jogo aqui é a prestação de recursos materiais essenciais a uma existência digna e, como ressaltou Robert Alexy (1993a, p. 488, tradução nossa) a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o próprio direito à liberdade na sua expressão fática: “para o indivíduo tem importância existencial o não ter que viver abaixo do nível de uma existência mínima, o não estar condenado a um permanente não fazer nada e o não permanecer excluído da vida cultural de sua época”.

Tem-se objetado quanto à dificuldade em se determinar esse mínimo existencial, vez que, em países continentais como o Brasil e marcados por profundas desi-

gualdades, ele seria variável dependendo se estamos em São Paulo ou no interior de Alagoas, por exemplo. Em verdade, esquece-se que órgãos como a ONU têm, ao longo do tempo, realizado estudos no sentido de se identificar um índice (IDH) que, justamente, sirva de parâmetro para se determinar quando alguém se encontra abaixo da linha de pobreza.

Ressalte-se, no entanto, que a defesa de direitos fundamentais sociais definitivos para aqueles que vivem abaixo da linha de pobreza não nos leva à conclusão de que “a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial” e que “os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático” (TORRES, 2003). Cabe, aliás, lembrar que, nesse particular, a proposta alexyana não pode ser transportada tal e qual, pois ela se fundamenta, como lembramos acima, em um texto constitucional que, ao contrário do brasileiro, não prevê um rol de direitos fundamentais sociais. Ao revés, a fim de que esse mínimo não se converta em máximo, necessário se faz, igualmente, “uma interpretação progressiva dos direitos fundamentais sociais” (KRELL, 2000), o que, de per si, é já presente na própria idéia desses direitos enquanto mandados de otimização.

Em síntese, com a configuração das normas constitucionais como princípios e, entre estas, daquelas proclamatórias de direitos prestacionais em sentido estrito, evitam-se, de um lado, interpretações que impliquem uma aplicação desses direitos sem qualquer atenção ou consideração de seu impacto econômico ou quanto à responsabilidade fiscal. De outro lado, evita-se a colocação desses direitos à mercê dos poderes públicos (legislativo e executivo), que, poderiam, nessa ótica, cumpri-los ou não. Ou, ainda, valendo-se da cláusula da reserva do possível, a mera e simples argumentação da inexistência de recursos para satisfação daqueles direitos.

Importa, igualmente, que os direitos fundamentais sociais, por estarem intimamente vinculados à dignidade da pessoa humana (art. 1º, IU, CF 1988), constituem-se em prioridades *prima facie* que estabeleçam cargas de argumentação, de maneira tal que criam uma certa ordem no campo dos princípios (ALEXY, 1993b, p. 19).

Implica, ademais, que o magistrado não se considere como um Hércules dworkiniano: um juiz dotado de capacidade, cultura, paciência e inteligência sobre-humanas, que não apenas conhece todos os princípios e políticas, mas é capaz de combiná-los de tal modo a encontrar sempre “a única resposta correta”. Mas que se considere como membro de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, em que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Importa, finalmente, a superação da interpretação como descoberta do sentido do texto constitucional, concepção essa presente em afirmações como a de que o legislador não definiu o que significa o termo saúde.

Com a virada lingüística, o *linguistic turn*, passa-se a entender que o processo de conhecimento envolve sempre uma participação do sujeito, o que nos leva, diz Habermas (1997), a assumir uma atitude performativa, isto é, buscar compreender o que é dito e não apenas dizer simplesmente como as coisas se passam.

Isso se deve ao fato de que, ao se comunicar a um outro uma constatação, na verdade, se estabelecem três relações: a expressão *de* algo que se tem em mente; a comunicação *com* alguém *sobre* algo no mundo. Toda tentativa de descrição, portanto, importa não apenas a expressão sobre algo no mundo, mas, igualmente, a expressão da intenção de um falante para

o estabelecimento de uma relação interpessoal entre falante e ouvinte.

Dessa maneira, quem assume uma atitude performativa há de se orientar por pretensões de validade (verdade, correção normativa), pretensões essas que só podem ser resgatadas argumentativamente, conduzindo os participantes a uma busca cooperativa da verdade, a fim de chegarem à uma compreensão conjunta sobre algo. Enfim, a explicitação daquilo que é o direito só pode ser realizada a partir de processos de comunicação.

A argumentação, pois, enquanto forma reflexiva de uma racionalidade comunicativa, é, essencialmente, cognitiva e não apenas, como quer Ernst Tugendhat, um dispositivo que assegura a todos os envolvidos a mesma chance de participação, neutralizando, assim, o desequilíbrio de poder. Quem argumenta parte da suposição – decorrente do *telos* do entendimento que habita a linguagem – de que os participantes de um discurso podem, em princípio, chegar a um consenso; que as questões práticas podem ser decididas argumentativamente.

Distancia-se, assim, da prática argumentativa enquanto *retórica*, isto é, como arte do orador, como capacidade de exercer persuasão, mais interessada pelo discurso convincente que pelo seu conteúdo de verdade (LA TORRE, 2002, p. 377-402; HABERMAS, 1999); o que teria por consequência a preterição da perspectiva interna que representa a reconstrução de nexos de validade. Ao contrário, ela deve ser entendida como o tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade que se tornaram duvidosas e tratam de aprová-las ou recusá-las por meio de argumentos. Nesse sentido, ela importa em um *processo*, no qual é possível explicitar-se os pressupostos comunicativos gerais da argumentação, entendidos como determinações de uma situação ideal de fala, cuja intenção é convencer um “auditório universal”; em um *procedimento*, ou seja, uma prática sub-

metida a uma regulação especial com o fim de “obtenção de um acordo racionalmente motivado”; e, finalmente, na *produção de argumentos* pertinentes que convençam em virtude de suas propriedades intrínsecas, isto é, que levem em conta o “desempenho discursivo de uma pretensão de validade”.

A teoria do direito, portanto, não pode ter um único autor, pois a prática da argumentação exige que todo participante assuma a perspectiva de todos os outros.

Notas

¹ Sobre o princípio da proporcionalidade: Alexy (1993a); Ávila (2004); Stumm (1995), Guerra Filho (2002).

² Se é verdade, objeta Paulo Becchi (1990), que o significante não é o significado, disso deriva apenas que entre os dois não existe uma correspondência biunívoca, nunca que o significante não tem significado. O enunciado-significante não é um objeto nu que o intérprete reveste de qualquer roupa. Portanto, entre significante e significado não existe um muro intransponível. O significado não pode senão brotar, derivar do significante e este último não pode senão veicular o primeiro.

³ Para uma síntese do pensamento de Dworkin, Cf. Santos (1998).

⁴ Esclareça-se, por oportuno, que, no pensamento alexyano, a ponderação decorre, como demonstramos acima, da situação de tensão existente entre os princípios, o que importa, no caso concreto, no entrelaçamento de, no mínimo, dois princípios. Ou seja, em razão de serem mandados de otimização, haverá, num mesmo caso, sempre dois princípios que se habilitam à solução do mesmo, sem que se possa, previamente, estabelecer qual deles deve prevalecer, impondo-se, então, a ponderação entre eles. Esse esclarecimento se faz necessário porquanto os partidários da tese da separação débil, utilizando-se de um conceito amplo de ponderação, defendem que também com as regras ocorre a ponderação. Diz-se, então, que isso se dá nas hipóteses de relação entre a regra e suas exceções, previstas no próprio ordenamento jurídico. Nesses casos, diz-se, o aplicador deverá, por meio da ponderação, decidir se há mais razões para a aplicação da hipótese normativa da regra ou, ao contrário, para a de sua exceção. Em verdade, entre a regra e sua exceção há uma relação de oposição: verificado que ocorrem os pressupostos de fato de uma ou de outra, esta será aplicada. Ao contrário dos princípios, as regras e suas exceções não se aplicam contemporaneamente a um mesmo caso. Veja-se, por exemplo, o caso de um delito

e da legítima defesa. Não se pode dizer que, aqui, o intérprete/aplicador há de ponderar para decidir se o acusado cometeu o delito e deve ser punido ou se ele o fez em legítima defesa, e, portanto, deve ser absolvido. Há, sim, de apurar se os pressupostos de fato configuradores da legítima defesa ocorreram ou não.

Referências

- ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993b.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- _____. Justification and application of norms. *Ratio Juris*, Boston, v. 6, n. 2, p. 157-170, jul. 1993c.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993a.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BECCHI, Paulo. Enunciati, significati, norme: argomentanti per una critica dell'ideologia neoscettica. *Analisi e Diritto*, Roma, 1990.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 89-104, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *I diritti presi sul serio*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- FARIAS, Edisom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.
- FERRARA, Pasquale. *Non di solo euro: la filosofia política dell'Unione Europea*. Roma: Città Nuova, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. Principi di diritto e discrezionalità giudiziale. *AmbienteDiritto*, Tortorici, 2001. Disponível em: <<http://www.ambientediritto.it>>. Acesso em: 25 fev. 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Il costo del diritto: perché la libertà dipende dalle tasse*. Bologna: Il Mulino, 2000.
- KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LA TORRE, Massimo. Theories of legal argumentation and concept of law: an approximation. *Ratio Juris*, Boston, v. 13, n. 4, dec. 2002.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- PINO, Giorgio. *Presentazione a interpretazioni: il diritto fra etica e politica*. BOLOGNA: Il Mulino, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

SANTORO, Emílio. Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale. In: ZOLLO, Danilo. *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*. Bari: Laterza, 1994.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: C. Bastos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

As culturas liberal e democrática de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássico

Rodrigo Brandão

Sumário

1. Notas introdutórias. 2. A Constituição mista medieval e a Constituição dos modernos. 3. “Constitucionalismo sem democracia”. Raízes teóricas e históricas do constitucionalismo: a tradição de limitação do poder político na obra de John Locke e na experiência político-institucional inglesa. 4. “Democracia sem constitucionalismo”: os riscos da incorporação da Constituição pela soberania, analisados a partir da perspectiva do Estado de Direito legalista do século XIX. 5. Constitucionalismo e democracia reconciliados: bases teóricas e construção do modelo norte-americano de supremacia da Constituição e de controle de constitucionalidade. 6. Conclusão.

1. Notas introdutórias

Da leitura das Declarações de Direitos geradas pelas Revoluções Gloriosa, Francesa e Americana (*Bill of Rights*: Inglaterra, 1689; Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: França, 1789; Declaração de Direitos da Virgínia e as dez primeiras emendas à Constituição dos EUA, 1787 e 1791), infere-se, no que concerne ao *fundamento* dos direitos individuais, uma forte confluência na adoção da perspectiva jusnaturalista, e, no tocante ao seu *conteúdo*, uma uniformidade na incorporação, basicamente, dos valores da *liberdade, vida, integridade física, igualdade formal e propriedade*. Como principais corolários dos referidos valores, cite-se, *v.g.*, (i) a igualdade perante a lei, que representava o fim das sociedades

Rodrigo Brandão é Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela UERJ, Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da PGM/RJ e Professor de Direito Constitucional da EMERJ, da UERJ (2005/2006), do IBMEC (Direitos Humanos), do Praetorium, do CEJ e da ESAP.

divididas em estamentos e do pluralismo de ordens jurídicas existentes da Idade Média; (ii) as leis gerais, abstratas e irretróativas, que, segundo essa perspectiva, garantiriam um tratamento impessoal dos cidadãos; (iii) a liberdade religiosa, que se renunciava desde a Reforma Protestante; (iv) a tutela jurídica da propriedade; (v) as garantias de caráter processual, tais como o devido processo legal e seus consectários, que têm natureza instrumental em relação aos referidos valores; e (vi) as diversas manifestações da liberdade, *v.g.*: liberdade de ir e vir, de expressão, de manifestação do pensamento, de reunião, de desempenho de profissão e atividades econômicas, etc.

Tais garantias se referem aos chamados direitos de primeira geração, os quais, em regra, estruturam-se sob a forma de direitos de defesa, na medida em que investem os indivíduos da prerrogativa de exigirem do Estado o cumprimento de prestações negativas, isto é, um *non facere*, uma abstenção. Nítido que tais direitos preservam uma esfera de atuação individual infensa a ingerências estatais, em cujo âmbito, portanto, deve prevalecer a liberdade individual em detrimento da coerção estatal.

Embora ingleses, franceses e norte-americanos tenham se utilizado do potencial explosivo da afirmação da pré-estatalidade e da auto-evidência dos direitos naturais para questionarem a legitimidade dos regimes contra os quais se opunham, convém sublinhar que, após a poeira revolucionária ter baixado, Inglaterra¹, França e EUA adotaram instituições e concepções políticas substancialmente distintas com o escopo de tutelar concretamente as liberdades civis. O objetivo do presente artigo é exatamente o de analisar a propensão desses arranjos institucionais paradigmáticos – e das teorias políticas a eles subjacentes – em enfatizar os ideais constitucionalista e democrático, é dizer, a limitação do poder com a finalidade de proteger o indivíduo e a afirmação do poder de autodeterminação do povo, tendo-se em mira os mecanismos disponibi-

lizados à identificação e à tutela dos direitos individuais. Antes, porém, cumpre analisar, brevemente, a evolução de um conceito “antigo” de constituição para um conceito “moderno”, pois somente com a afirmação do último estarão presentes os elementos necessários ao delineamento dos direitos individuais tal qual hoje os conhecemos.

2. A Constituição mista medieval e a Constituição dos modernos

Muito embora se reconheça que idéias nucleares à noção de direitos individuais, quais sejam, a igualdade entre os homens e a sua dignidade intrínseca, têm origens remotíssimas, como, *exempli gratia*, na filosofia estóica e cristã (Cf. COMPARATTO, 2001), vale ressaltar que só há de falar-se em direitos individuais em uma acepção moderna com as revoluções burguesas, na medida em que, apenas a partir de então, se afirma a noção de que os indivíduos, independentemente da sua posição social, possuem iguais direitos naturais, oponíveis ao Estado e adquiridos pelo só fato da sua condição humana (direitos do homem, *droits de l’homme*, *Menschenrechte*, *the rights of man*). Tais direitos não se assemelham aos direitos estamentais, que, por se referirem, não a indivíduos isolada e abstratamente considerados, mas inseridos em determinada comunidade (*v.g.*: segmento social ou territorial – estamento, feudo, cidade, aldeia, etc.), assumiam uma estruturação corporativa. Assim, embora prerrogativas inseridas em pactos firmados entre o Rei e determinados estamentos, como a Magna Carta de 1215, se destinassem à limitação do poder, faltava-lhes o atributo da generalidade da sua titularidade, bem como a premissa antropocêntrica que só se consolidará na teoria política com o advento do pensamento contratualista e do liberalismo (ANDRADE, 2001, p. 14-15; PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 105, 114).

Neste ponto, vale destacar que os referidos documentos (Constituições mis-

tas medievais) se consubstanciavam em “acordos” firmados entre os estamentos que compunham a sociedade, veiculando um grande projeto de conciliação social e política capaz de disciplinar as funções do governante, da aristocracia e do povo, forças essas que, em virtude do caráter misto da Carta, se reconheciam reciprocamente como componentes da mesma realidade política. Tratava-se, portanto, de Constituição que não veiculava vontade de instituir determinado governo, mas que retratava o equilíbrio obtido entre as forças atuantes na sociedade, integrantes de uma realidade política já formada, em cujo âmbito ainda não se verificava o monopólio estatal do poder de império, mas o seu fracionamento numa complexa teia de estamentos sociais (FIORAVANTI, 2001, p. 55, 63).

É bem de ver que tais Constituições exerceram a notável função – no mais das vezes, a mera pretensão, com a exceção honrosa da Inglaterra – de equilibrar os poderes políticos durante a Idade Média, associando-se à imagem da monarquia limitada, porquanto os pactos nela contidos destinavam-se a distinguir os poderes próprios e específicos do Rei (*v.g.*: declarar guerra e paz, firmar alianças internacionais, nomear autoridades, etc.) das prerrogativas cujo exercício se condicionava ao consentimento do Parlamento (*v.g.*: impor tributos, administrar os bens públicos, etc.), buscando evitar um elastecimento desmedido das prerrogativas régias em detrimento das parlamentares, e vice-versa.

A especificação das “atribuições” do Rei e do Parlamento evidencia que a busca de um equilíbrio entre as forças sociais se refletia no domínio específico das instituições políticas, constituindo a doutrina das Constituições mistas medievais, importantíssimo antecedente histórico do ideal constitucionalista de limitação do poder com fins de garantia do indivíduo e, mais precisamente, da noção de *freios e contrapesos* entre os órgãos do Estado, de maneira a que nenhum deles ostente um poder absoluto².

Nada obstante, tais documentos não se ajustam ao conceito moderno de Constituição, pertencendo à família das “Constituições dos antigos” ou pré-modernas, especialmente por se referirem a sociedades estamentais, cuja pluralidade de poderes políticos naturais, insubordinada a qualquer tentativa de síntese, incompatibilizasse com a idéia ascendente de soberania. Isso porque o caráter absoluto da soberania – referente não propriamente à ausência de limites, ante a superioridade do direito natural sobre o direito positivo, mas à sua natureza una e indivisível – tornava-a insuscetível de qualquer forma de compartilhamento ou de balanceamento com outros poderes³. Note-se que a concentração do poder político implicada no conceito de soberania, tributária, originariamente, da pretensão absolutista de conter a anarquia que a Constituição mista gerara, ao convolar-se na vontade que dá origem às Constituições modernas (soberania popular, com a alteração do monarca pelo povo em sua titularidade), coloca uma pá de cal no modelo de constitucionalismo anterior, porquanto se consubstancia em pressuposto frontalmente contrário à fragmentação do poder político presente na Idade Média.

Ademais, o *contratualismo*, como teoria e fato histórico que conduz ao constitucionalismo moderno, consiste em antítese radical da teoria política prevalecente na Idade Média. Com efeito, no medievo esposou-se uma *concepção organicista da sociedade* e do Estado, caracterizada (i) por considerar a *sociedade um fato natural*, já que o homem seria um “animal político e social”, não se concebendo que possa viver fora da sociedade civil, *i.e.*, no Estado de Natureza; (ii) o *poder uma função social necessária*, fruto de designios divinos ou de um conjunto de pactos imemoriais; e, (iii) pela *analogia da sociedade ao corpo humano*, que cada indivíduo não seria apenas parte do todo, mas, assim como um órgão, cumpriria uma função especial na vida da sociedade, equiparada, portanto, a um organismo vivo (MATTEUCCI, 1995, p. 272-283).

E o contratualismo, por fundar o poder político em um contrato firmado entre indivíduos livres e iguais que marca a passagem do Estado de Natureza para o Estado Social, *vincula a legitimidade política ao consentimento dos indivíduos*. Portanto, o Estado e o governo, antes de realidades sociais necessárias, revelam-se fruto da vontade do povo, de uma construção artificial que confere ao povo o poder de fundar um Estado, de estabelecer uma forma específica de organização coletiva. Compara-se, portanto, o Estado a algo que é criado pela inteligência humana, como, por exemplo, a uma máquina (MATTEUCCI, 1995). Evidentemente que uma tal teoria política se encontra ligada a uma visão de sociedade radicalmente distinta da medieval: à vinculação da fundamentação do poder político à história e a motivos teológicos opõe-se a busca de legitimação racional do poder pelo direito; à divisão da sociedade em estamentos opõem-se a igualdade e a liberdade naturais do indivíduo; a uma perspectiva coletivista opõe-se um modelo individualista, colocando-se, no centro da associação política, indivíduos isoladamente considerados em substituição ao povo concebido como unidade orgânica.

Quanto ao último aspecto, convém destacar que liberalismo e contratualismo comungam de uma visão individualista acerca da origem do poder político, revelando que o irromper do Estado moderno traz consigo uma cisão profunda de cosmovisões, visto que se deixou de ver o exercício do poder político segundo a perspectiva do soberano (*ex parte principis*), passando-se à do indivíduo (*ex parte populi*) (LAFER, 1988, p. 125-127; SARMENTO, 2004b, p. 22). Como corolário do exposto, esse momento histórico se consubstanciou em uma ponte entre concepções organicistas e individualistas, na medida em que o indivíduo, e não mais a sociedade como um organismo, passou a gozar de uma primazia axiológica⁴.

Há, contudo, clara divergência na tradição contratualista no que concerne à natureza das Constituições e à forma de

atuação do poder soberano. De fato, com a superação da Constituição dos antigos pela afirmação das premissas da igualdade e da liberdade naturais e pela fundamentação do poder político no consentimento do povo, duas visões acerca da Constituição dos Modernos, decorrentes de distintas configurações dos modelos contratualistas, contrapunham-se: a absorção do conceito de Constituição pelo de soberania (Hobbes e Rousseau), visto que a lei fundamental restringir-se-ia ao dever de submissão incondicional dos indivíduos ao poder originário, perpétuo e essencialmente livre do soberano, seja ele monarca, Assembléia (Hobbes), ou o povo (Rousseau); e uma concepção, por assim dizer, de matiz liberal, que busca incorporar a tradição do governo moderado e equilibrado à Constituição dos Modernos, compatibilizando a teoria do contrato social com a pretensão constitucionalista de equilibrar e limitar os poderes com a finalidade de proteger os indivíduos. Em virtude do pioneirismo e da importância da sua obra, pode-se afirmar que o principal teórico na construção da referida concepção foi John Locke (2001), em seus clássicos *Dois Tratados sobre o Governo*.

3. "Constitucionalismo sem democracia". *Raízes teóricas e históricas do constitucionalismo: a tradição de limitação do poder político na obra de John Locke e na experiência político-institucional inglesa*

Locke (2001) refuta concepções políticas pré-modernas que, fundadas em premissas teológicas (Bodin) ou patriarcais (Filmer), consideravam haver uma natural sujeição dos indivíduos ao poder absoluto dos monarcas (*natural subjection doctrines*) e, via de consequência, um dever incondicional de os primeiros obedecerem às determinações dos últimos.

A propósito, Locke dedica o Primeiro Tratado a uma frontal oposição ao livro

*Patriarca*⁵, em que Robert Filmer formulara uma tese muito conveniente às pretensões absolutistas da monarquia inglesa do século XVII, assim sintetizada: há uma sujeição natural e ilimitada dos indivíduos ao poder do monarca, de maneira que nenhuma forma de resistência se justificaria. Filmer fundamenta tal assertiva numa teoria paternalista da soberania, pela qual busca assemelhar os poderes político e paterno, na medida em que equipara o poder exercido pelo monarca sobre os seus súditos ao poder ilimitado e arbitrário que os patriarcas exerciam sobre suas esposas, filhos, escravos e propriedades privadas; ambas as prerrogativas seriam, a seu ver, absolutamente “naturais” (TULLY, 1993, p. 16).

Locke, contudo, partilha da visão de autores como Grotius e Hobbes, no sentido de que os indivíduos ostentariam uma liberdade natural (*natural freedom doctrines*), de modo que a sujeição política – é dizer, dos indivíduos às deliberações das autoridades – somente se perfectibilizaria por alguma forma de *consentimento*. Todavia, Locke não se limita à tradição contratualista, porquanto diverge dos seus próceres ao negar que a transposição do Estado de Natureza ao Estado Social implique uma alienação total ou quase total dessa liberdade natural (*alienation theories*)⁶. Nesse particular, é bastante conhecida a formulação pessimista de Hobbes, segundo a qual a única alternativa ao anárquico e opressor Estado de Natureza seria a renúncia quase total dos direitos naturais – preservando-se apenas o direito à vida – em favor do Estado Civil, de maneira que não subsistiriam, a seu ver, quaisquer mecanismos (nem mesmo o próprio direito natural) de aferição da justiça do direito posto. Considera, portanto, o soberano acima do direito (*legibus solutos*), circunstância que, ainda que por caminho diverso do percorrido por Filmer, impunha ao povo um dever de obediência incondicional às suas deliberações.

Em que pese compartilhar com Hobbes a premissa da liberdade natural do indi-

víduo, o caráter e a extensão atribuídos por Locke ao consentimento dado pelos indivíduos no momento da transposição do Estado de Natureza para o Estado Civil revelam profundas fissuras entre o seu jusnaturalismo e o de Hobbes⁷. Superado o clima turbulento presente na Inglaterra nos idos de 1640, em cujo período a luta incessante entre as forças sociais pela aquisição do poder soberano redundou em clima belicoso e na destruição das bases da Constituição mista (Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 68 et seq.), justificando, de certa forma, a ênfase hobbesiana na concentração do poder político no Estado, tendo por fim a preservação das liberdades e da ordem pública pelo direito positivo, o problema agora era outro: o menoscabo da liberdade individual e, em particular, da liberdade religiosa, pela atuação arbitrária da monarquia inglesa⁸. Por outro lado, afastadas as pretensões absolutistas da monarquia pela Revolução Gloriosa, as teorias de alienação total das liberdades naturais em favor do monarca (*alienation theories*) pareciam crescentemente implausíveis e indesejáveis a um povo que julgara e executara seu rei, e instituíra uma nova forma de governo, caracterizada, fundamentalmente, pela limitação do poder do Estado com o escopo de proteger os direitos individuais (TULLY, 1993, p. 22).

Atendendo aos anseios dos seus concidadãos, Locke (2001) considera que, na passagem do Estado de Natureza para o Estado Social, os indivíduos preservariam os seus direitos naturais ligados à *propriedade*⁹, à *liberdade* e à *vida*, renunciando, apenas, o direito de fazer justiça com as próprias mãos (LOCKE, 2001, p. 498-499). Assim, a constituição do Estado Social dar-se-ia com o fito de garantir que um juiz imparcial zele pela aplicação coercitiva das leis naturais.

Os órgãos do Estado, e notadamente o principal deles, o Poder Legislativo, são vistos por Locke como “*Fiduciary Power(s) to act to certain ends*”, de maneira que, se os órgãos estatais se voltarem contra os direitos naturais cuja proteção justificou a

sua criação, perpetram violação à *confiança* que os indivíduos lhe depositaram¹⁰. Na alvitrada hipótese, Locke, mediante o emprego do eufemismo do “apelo aos céus” (*appeal to Heaven*), defende o direito de resistência, pois, se a constituição da sociedade civil se implementou em virtude da necessidade de dar-se maior segurança à fruição das liberdades inatas do indivíduo, com o “esclarecimento” do seu conteúdo e a garantia de que juízes irão aplicá-las imparcialmente, na hipótese de qualquer dos departamentos estatais as violarem, devolve-se o poder ao povo, que, mediante o apelo aos céus, reagirá de forma justa ao injusto e abusivo exercício do poder civil (*force without right*). Portanto, o governo civil tem a sua legitimidade condicionada à efetiva observância dos direitos naturais, não apenas no estabelecimento do direito positivo, mas também na sua aplicação.

Para fins didáticos, revela-se interessante distinguir os efeitos que uma tal perspectiva individualista produziu, especificamente, sobre os conceitos de liberdades civis e políticas, ou seja, sobre as idéias de limitação do poder para a proteção do indivíduo e de autogoverno do povo¹¹. Quanto às liberdades civis, a afirmação da existência de uma *sociedade civil de indivíduos titulares de liberdades civis e de propriedades*, que seria prévia à formação do Estado, revela o papel limitado conferido ao direito positivo, qual seja, o de garantir direitos que emigram do Estado de Natureza para o Estado Social, conferindo à tutela dessas situações jurídicas subjetivas a segurança e a certeza que a ordem jurídica é capaz de prover. Não há que se falar, portanto, em criação de direitos, mas tão-somente no seu reconhecimento, pois não se pode conferir a quem quer que seja o poder de dar azo a algo que já existe.

Reputando-se os direitos naturais anteriores e superiores ao ordenamento jurídico-positivo, eles assumiriam (i) natureza pré-política, porquanto imunes ao poder de deliberação dos poderes políticos (inclusive

e notadamente do Parlamento), (ii) a nota de inalienabilidade, imprescritibilidade e universalidade e (iii) serviriam de critério de legitimação do direito positivo, pois as normas e as práticas que com eles se afigurassem incompatíveis reputar-se-iam inválidas.

Note-se que a concepção de Locke se inscreve em uma concepção jusnaturalista moderna, na medida em que o filósofo de Oxford, por um lado, deixou de conceber o Estado e o Direito como obra de Deus ou da tradição, mas como produto de seres racionais (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 38), e, por outro lado, não mais considerava o direito natural como direito objetivo ou um conjunto de deveres do soberano, passando a vê-lo como uma ordem preme de direitos individuais oponíveis ao Estado (BOBBIO, 1998, p. 29), ordem esta inerente à natureza humana, descoberta pela razão e cuja implementação consistiria no objetivo último da constituição do Estado. Para além disso, podem-se inferir de sua obra premissas fundamentais à formulação das proposições básicas da concepção contemporânea do jusnaturalismo, senão vejamos: a primeira tese, de filosofia ética (T.1), preconiza *a existência de princípios morais e de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana*; e a segunda, concernente ao conceito do direito (T.2), dispõe que *uma norma não pode ser qualificada como jurídica se contrastar com tais princípios morais ou de justiça*¹².

Por outro lado, a obra de Locke também projeta intensas e novas luzes sobre o conceito de liberdade política. Isso porque nela se encontra a defesa da *preexistência* (relativamente ao Estado) não apenas de uma *sociedade civil de indivíduos dotados de direitos naturais*, como também de uma *sociedade de indivíduos politicamente ativos*. Nesse particular, parece que a posição do filósofo inglês pode ser melhor compreendida se extremadas das perspectivas adotadas por Hobbes e Rousseau.

Saliente-se, a propósito, que os principais teóricos do absolutismo e da democracia confluem na utilização do pacto

de associação (contrato que dá origem ao Estado Social), de um modo radicalmente contrário a Locke, nele vislumbrando uma alienação total dos direitos naturais, pela incondicional submissão dos indivíduos associados a um soberano que não é parte do contrato (Hobbes) ou que vocaliza a vontade geral da coletividade (Rousseau) (Cf. MATTEUCCI, 1995, p. 279)¹³.

Se o soberano assume o *status* de *legibus solutus*, não há que se cogitar da sua limitação por uma lei fundamental, porquanto a soberania veicularia uma vontade essencialmente livre, ilimitada e incessantemente chamada a redefinir a forma de governo e as instituições políticas, traduzindo-se em um exercício permanente do poder constituinte. A conclusão inevitável é que, em um tal modelo, há uma única lei fundamental, a saber: a obediência incondicional às deliberações do monarca ou da Assembléia soberana, os quais dispõem de uma vontade originária de criar uma Constituição, de maneira que essa norma só terá o condão de limitar os poderes que instituiu, e não o poder soberano que, precisamente por precedê-la e criá-la, pode alterar qualquer das disposições constitucionais. Em poucas palavras: o conceito de Constituição como lei superior (*higher law*) desvincula-se do escopo de equilibrar e limitar o poder para a proteção do indivíduo (o que seria contrário ao caráter uno e indivisível do poder soberano), confundindo-se com a noção de soberania (FIORAVANTI, 2001, p. 84-85), assim entendida a vontade perpétua e absoluta de dispor sobre a forma de organização política de uma sociedade concreta¹⁴.

Locke, por sua vez, considera que, se o governo se volta contra o propósito mesmo da sua instituição, é dizer, a tutela dos direitos naturais, distancia-se do seu suporte de legitimidade, autorizando que os indivíduos, por intermédio do exercício do direito de resistência, reassumam o poder político cuja originária titularidade lhes pertence. Tal formulação revela o verniz político conferido aos conceitos de liberdade natural e

de direito de resistência, e, via de conseqüência, estabelece premissas fundamentais à construção de uma clara divisão entre poder constituinte e poderes constituídos, no sentido da impossibilidade de os últimos se imiscuírem em procedimentos e liberdades presentes em uma normatividade superior (seja o Direito Natural, seja uma Constituição) (BRITO, 2000, p. 14-15).¹⁵⁻¹⁶

Muito embora a precedência da sociedade de indivíduos politicamente ativos revele o início do desenvolvimento da noção da superioridade do poder constituinte do povo em relação aos poderes constituídos, não se pode identificar claramente na obra de Locke elementos fundamentais às modernas conceituações de poder constituinte do povo ou de soberania popular, especialmente a atribuição ao seu titular de um poder originário de criar novas formas políticas (BRITO, 2000, p. 26). De fato, a extensão conferida às liberdades políticas revela-se significativamente menos ampla, já que o manejo do direito de resistência destina-se tão-somente a *restaurar* a ordem natural de direitos de liberdade e igualdade perturbada pelos poderes constituídos, refugindo do seu escopo a definição do conteúdo dos direitos individuais e o estabelecimento de uma nova forma de organização política, em ruptura com a que lhe precedeu¹⁷.

Em síntese, pode-se asseverar que o modelo político individualista, principal responsável pelo substrato filosófico das culturas (liberal e democrática) das liberdades individuais desde a sua gênese na Idade Moderna, assenta-se na *concomitante* afirmação das liberdades civis e políticas, ou seja, na concepção de que preexistem ao Estado, respectivamente, (i) um espaço de autonomia individual imune a ingerências estatais e (ii) um poder político originário de os indivíduos disporem sobre a atuação dos órgãos estatais (Cf. FIORAVANTI, 2003, p. 35-46).

Tal constatação revela que as idéias de direitos individuais e de autogoverno do povo, apesar de recorrentemente expostas como colidentes, uniram-se na construção

do modelo individualista que se opôs ao absolutismo monárquico¹⁸. Contudo, a ênfase conferida por um regime político concreto aos vetores da limitação do poder político mediante a supremacia dos direitos individuais em face de atos políticos ordinários ou, inversamente, ao poder de autogoverno do povo e de seus representantes em condições ordinárias de deliberação revelará, respectivamente, uma maior aproximação do constitucionalismo ou da democracia.

A concepção lockeana, por sua vez, traduz perspectiva tipicamente liberal, “mais próxima”, portanto, do constitucionalismo do que da democracia, porquanto confere à liberdade positiva a finalidade específica de restaurar os direitos naturais violados pelas instituições do Estado, não cabendo ao processo político-deliberativo decidir acerca do seu conteúdo (conforme defendido pelos “democratas”). O fruto do exercício da liberdade positiva – leia-se a Constituição e as leis – apresentava, portanto, um conteúdo necessário, qual seja, a declaração e a conservação de direitos naturais suprapositivos, circunstância que revela o caráter acessório conferido à liberdade positiva, e, inversamente, a primazia da liberdade negativa, erigida, repise-se, ao *status* de direito intangível ao processo político-deliberativo.

Cumprir notar que a preocupação de Locke (2001, p. 514-515) em limitar os poderes constituídos (inclusive o Legislativo) não se restringe à adoção de uma teoria política de caráter individualista, mas atinge também o domínio prático do desenho das instituições do Estado. Efetivamente, o filósofo inglês teme não apenas o absolutismo monárquico, mas igualmente a concessão de um poder ilimitado ao Parlamento, visto que, partindo de um pessimismo antropológico, de matiz tipicamente liberal, considera “uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana confiar-se aos que já têm o poder de fazer as leis o poder de executá-las”. Assim, a elaboração periódica das leis e a sua permanente execução devem ser conferidas a órgãos estatais distintos (LOCKE, 2001,

p. 515), pois a concentração de tais poderes em um só órgão redundaria no estabelecimento de um soberano absoluto, incompatível com uma sociedade civil bem ordenada, já que inexistirá juiz com capacidade para julgar imparcialmente controvérsias, inclusive e notadamente aquelas que envolvam reparação de injúria causada pelo soberano (LOCKE, 2001, p. 462-463).

A vinculação da separação das funções estatais à necessidade de submissão de governantes e governados à lei evidencia que Locke espousa a doutrina da separação orgânico-funcional dos poderes como pré-requisito da *rule of law* (Estado de Direito), na medida em que a atribuição das funções legislativa e executiva a órgãos estatais distintos (separação orgânico-funcional) justifica-se ante a impossibilidade de os governantes sujeitarem-se a lei que eles próprios fazem e aplicam (Estado de Direito). Saliente-se ainda que da postulação de que o governo se pautará por “leis promulgadas e estabelecidas”, é dizer, atos genéricos e abstratos, frontalmente opostos aos decretos casuísticos utilizados pelo monarca, decorre a supremacia da função legislativa, já que esta contém os critérios que serão necessariamente empregados pela função executiva para a solução de casos concretos, a qual se restringiria a uma atividade de aplicação da lei preexistente (PIÇARRA, 1989, p. 74 et seq.).

Como corolário do exposto, o modelo lockeano de separação de poderes afirma a supremacia do Parlamento, em virtude de considerar esse departamento estatal a “expressão primacial da vontade popular” (PIÇARRA, 1989, p. 76), relegando a contenção do arbítrio legislativo a limites intra-orgânicos (participação do monarca hereditário, da nobreza e de representantes do povo no âmbito do Parlamento, segundo a fórmula britânica do governo misto) e extra-estaduais (precisamente o direito de resistência dos indivíduos para a tutela das liberdades civis), mas não interorgânicos. Assim, não confere, por exemplo, ao Poder Judiciário o

poder de controlar a constitucionalidade das leis, inclusive porque lhe negava o *status* de poder autônomo (LOCKE, 2001). Acima do Legislativo, vislumbrava apenas o poder supremo do povo, cuja atuação direta somente ocorreria em momentos-limite, de ruptura, em que o Parlamento houvesse abusado do encargo que lhe fora confiado pelos cidadãos (apelo aos céus).

É lícito concluir que Locke, não obstante considerar a origem e o fundamento do poder político um fato convencional, e, de conseguinte, não natural – circunstância que, como salientado alhures, afastava-o definitivamente do modelo das Constituições mistas medievais –, não abandonou a tradição de contenção do poder político mediante o seu compartilhamento entre órgãos distintos, como fizeram os teóricos da soberania. Nesse viés, Locke (2001) mostrou-se pioneiro em articular a artificialidade da criação do Estado pelo contrato social com uma perspectiva de moderação no exercício do poder político, que assegurava à Constituição o seu tradicional papel de espaço de equilíbrio dos poderes públicos com o fito de evitar a formação de poder absoluto que pusesse em risco os direitos do indivíduo, de modo que estabeleceu bases filosóficas imprescindíveis para a construção do constitucionalismo moderno.

Embora, no domínio teórico, somente se vá encontrar a noção de separação dos poderes vinculada ao equilíbrio e às mútuas interpenetrações entre os departamentos do Estado nos escritos, respectivamente, de Montesquieu e Madison (balança entre os poderes ou *checks 'n' balances*), o embrião do mecanismo da balança de poderes já podia ser extraído da experiência constitucional britânica do século XVII.

Há, nesse particular, duas variantes cronologicamente situadas. A primeira, como salientado acima, é a do governo misto (governo misto ou *King in Parliament*, que se desenvolveu no âmbito da “Constituição dos antigos”¹⁹), a qual se destinava a promover equilíbrio e controle recíprocos

entre as forças sociais relevantes à época, no âmbito interno do Parlamento. Como essa variante busca equilíbrio (i) no interior do Legislativo, estabelece mecanismos de controle de caráter intra-orgânico, e, por (ii) referir-se, precipuamente, à harmonização do poder de influência de forças sociais e não de órgãos estatais, avulta a sua dimensão político-social em detrimento da político-institucional.

Em que pese a busca de equilíbrio entre monarca, aristocratas e comuns repercutir, reflexamente, no âmbito institucional das relações entre Executivo e Legislativo, sobretudo ao promover a distinção entre as prerrogativas régias exercidas isoladamente e as que pressupõem autorização parlamentar²⁰, a pretensão de equilibrarem-se, especificamente, os “poderes” do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), por meio de mecanismos de controle mútuo (balança entre os poderes), somente se perfectibilizará quando se firmar a idéia de que tais departamentos estatais gozam de funções típicas (executiva, legislativa e judicial) que lhes são preferencialmente atribuídas (separação orgânico-funcional dos poderes). Todavia, até o século XVII, a tarefa de legislar não gozava de autonomia e de relevância política, estando indissociavelmente imbricada com a de julgar, porquanto se entendia que a lei era *declarada*, e não *feita*, com o objetivo de solucionar casos concretos²¹.

Com a afirmação da noção de que as leis *constituíam* os critérios genéricos e abstratos para a solução de casos concretos, obtém-se a autonomização e a supremacia da função legislativa em relação à executiva (que, à época, abrangia as funções administrativa e judicial), já que a função executiva se restringirá à aplicação de lei anterior para dirimir controvérsias. A doutrina original do *rule of law* (Estado de Direito), embora esteja a serviço da supremacia da função legislativa, desconfia da concessão ao Parlamento dos poderes de fazer e aplicar a lei, sob o argumento de que tal concentração de poderes, em vez de debelar o exercício abso-

luto e arbitrário do poder, apenas constituiria novo tirano (o Parlamento em substituição ao monarca) (PIÇARRA, 1989, p. 82).

Linhas acima vimos que Locke chegara até esse ponto, ou seja, esposara um modelo de equilíbrio entre as forças sociais no seio do Parlamento (governo misto) e de separação das funções estatais como pré-requisito para o governo das leis e não dos homens (separação orgânico-funcional como condição ao Estado de Direito, ou simplesmente *rule of law*). Todavia, fenômeno interessante se verificou na Inglaterra a partir da segunda metade do século XVII, com a simbiose entre governo misto e separação orgânico-funcional como pressuposto ao Estado de Direito, da qual nasce a separação dos poderes como conjunto de mecanismos interorgânicos de controle mútuo (balança de poderes), segundo a clássica formulação de Montesquieu.

Com efeito, a balança de poderes ou *checks and balances* consiste em mecanismo que comunga da perspectiva de que a atribuição das funções estatais a órgãos distintos é fundamental ao Estado de Direito, assertiva que a aproximava da *rule of law* (tal noção não foi elaborada pela doutrina do governo misto). Todavia, além de *separar*, de conceder atribuições próprias aos poderes do Estado, necessário se afigurava também equilibrá-los, conforme preconizado pelo governo misto e olvidado pelo *rule of law*. Contudo, na doutrina da balança entre os poderes, tal equilíbrio dar-se-á, especialmente, por meio de mecanismos de controle mútuo entre os órgãos do Estado²², e não por meio da harmonização das (i) *forças sociais* (ii) *no interior do Parlamento* (governo misto). Assim, enquanto no governo misto vislumbra-se (i) a preponderância de uma dimensão político-social e a (ii) busca de moderação governamental mediante mecanismos intra-orgânicos (internos ao Parlamento), na balança de poderes constata-se a utilização de mecanismos interorgânicos (“controle externo dos poderes”), além de a ênfase ser conferida à dimensão político-institucional (o

objetivo imediato é o equilíbrio entre órgãos estatais independentes, notadamente Legislativo e Executivo, e não entre forças sociais, como o rei, a aristocracia e a burguesia) (PIÇARRA, 1989, p. 42)²³.

A influência que os métodos da Constituição mista, do governo misto, da separação orgânico-funcional e da balança dos poderes exerceram na Inglaterra, no que toca ao equilíbrio e ao fracionamento dos poderes estatais, ajuda a compreender a circunstância de esse país ter evoluído “de um Estado estamental a um Estado constitucional-representativo, sem praticamente a ter feito conhecer um Estado absolutista” (PIÇARRA, 1989, p. 42), possuindo o arranjo político que, até o surgimento dos EUA, consistia no modelo de constitucionalismo por excelência. A propósito, os ingleses desconfiavam da atribuição de poderes absolutos a quem quer seja, porquanto tal concepção, ao submeter a definição de liberdades consolidadas pela história aos atropelos unilaterais daqueles “corpos constituintes”, criaria forte dose de instabilidade política e evidentes prejuízos à sua tutela, parecendo infactível e algo totalizante que os diferentes grupos de interesse existentes na sociedade logrem unir-se em uma só vontade constituinte, comum e essencialmente reta.

Assim, na obra de Locke e na experiência político-institucional inglesa, as liberdades políticas, conforme concebidas por Locke, assumirão uma abrangência muito mais restrita do que a atinente, por exemplo, ao conceito francês de poder constituinte. De fato, a ausência de Assembléias Constituintes na Inglaterra denota que não haverá de falar-se, nesse país, de momentos constituintes nos quais o povo decide soberanamente sobre a estruturação do Estado e as normas fundamentais regentes da vida em sociedade. Ao contrário, as liberdades políticas têm como precípua finalidade a garantia da conservação dos direitos historicamente adquiridos, guardando, portanto, uma natureza acessória em relação às liberdades civis.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o edifício teórico de Locke e a experiência político-institucional inglesa, ao enfatizarem a tutela das liberdades civis em relação às políticas, por meio (i) dos citados mecanismos institucionais de harmonização entre as forças sociais e as instituições públicas, (ii) da noção de direitos historicamente fundados e imunes aos “poderes constituídos”, da (iii) adoção de uma postura jusnaturalista carente de toda a carga contra o passado, mas destinada a conservar tais direitos, (iv) da independência dos juízes e da tradição do *commom law*, etc., produziram um modelo que enfatizava os mecanismos de limitação do poder e de proteção do indivíduo em detrimento do poder de autodeterminação coletiva do povo, aproximando-se mais do ideal constitucionalista do que do democrata (FIORAVANTI, 2001, p. 109).

4. “Democracia sem constitucionalismo”: os riscos da incorporação da Constituição pela soberania, analisados a partir da perspectiva do Estado de Direito legalista do século XIX

Na França pós-revolucionária, constata-se, em cotejo com a experiência inglesa, um equilíbrio distinto no que concerne à relação entre as liberdades civis (direitos individuais) e as liberdades políticas (soberania do povo ou da nação), especialmente em virtude de substanciais distinções no tocante à disposição das instituições políticas, à teoria política prevalecente e ao contexto histórico. Nesse diapasão, cumpre salientar que a célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 alicerça-se, paralelamente, na consagração (i) dos direitos individuais como valores-guia da ação governamental e (ii) da soberania da nação como fonte de todo o poder político²⁴. Qual seria, então, o liame existente entre soberania da nação ou do povo e tutela dos direitos individu-

ais na França? *A análise desse modelo parece especialmente elucidativa, tendo em vista o mesmo haver fornecido elementos fundamentais à construção do modelo de Estado de Direito legalista prevalecente na Europa Continental do período pós-revolucionário até a Segunda Guerra Mundial.*

A França, em oposição à Inglaterra, ao olhar para trás, não vislumbrava uma edificante e vitoriosa luta pela aquisição de direitos contra o Estado, mas uma ordem de privilégios estamentais e de dominação do povo por atos casuísticos e arbitrários do monarca e dos senhores feudais contra a qual violentamente se insurgira no período revolucionário. De fato, constata-se na experiência francesa forte necessidade de ruptura com os particularismos e privilégios do *ancien regime*, verdadeira “fratura de época” (FIORAVANTI, 2003), circunstância que inviabilizou que se seguisse a experiência britânica de uma lenta e gradual “reforma da monarquia em sentido constitucional”, por meio do equilíbrio entre os elementos monárquico, aristocrático e democrático no seio do Parlamento (FIORAVANTI, 2003, p. 59-62). Ao revés, a preocupação dos franceses se referia à questão de saber quem deve legislar e com que programa político deve fazê-lo, mais do que definir limites ao exercício desse mister. Acabaram, assim, por conferir o *status* de soberano ao povo ou à nação em substituição ao monarca, alterando-se a titularidade e não propriamente a natureza perpétua e absoluta que desde Bodin se atribui à soberania (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 70).

Rousseau (2003a, p. 23), a propósito, salienta que as deliberações públicas obrigam os súditos, mas não o povo, pois não se afigura possível o soberano obrigar-se em face de si mesmo, sendo “contra a natureza do corpo político impor-se o soberano uma lei que não possa infringir”. Estando, portanto, o corpo soberano do povo acima do direito, assume a condição de *legibus solutus*, similar à anteriormente atribuída ao monarca, não cabendo cogitar-se de “nenhuma espécie de

lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem mesmo o contrato social” (ROUSSEAU, 2003a, p. 23)²⁵. Convém ressaltar que o caráter unitário e ilimitado conferido por Rousseau à vontade geral fez radicar a soberania no povo²⁶, assim entendido o corpo uno e homogêneo de cidadãos livres e iguais, em frontal oposição à fragmentação do poder político e à divisão estamental da sociedade típicas da Idade Média. Afigura-se, pois, lícito asseverar que o filósofo genebrino “forneceu o mais sólido instrumento político-ideológico de ruptura com o sistema jurídico-feudal” (PIÇARRA, 1989, p. 139).

Por outro lado, tal perspectiva inspirou fortemente o alargamento da noção de liberdade política que se verificou com a obra clássica de Sieyès (1986), no sentido de vislumbrá-la não apenas como a prerrogativa de celebrar um contrato de garantia, que, no caso de malferimento dos direitos naturais, autorizaria o exercício do direito de resistência (como no modelo lockeano), mas associando-a à noção de *poder constituinte*, “entendido como poder originário e soberano de os cidadãos politicamente ativos decidirem sobre a sorte futura do modelo político-constitucional”. Trata-se, portanto, de um poder *originário*, porque prévio ao Estado; *soberano*, visto incidir sobre um campo normativo praticamente ilimitado; e cujo *conteúdo* seria eminentemente *político*, na medida em que se trataria do poder de o povo ou nação eleger um novo modelo político-institucional que substituísse o antigo, estatuinto metas e diretrizes que vinculariam os órgãos do Estado (FIORAVANTI, 2003, p. 63-64).²⁷

A ênfase conferida pelo modelo francês às liberdades políticas revela-se não apenas no conceito de *poder constituinte*, mas também por uma ideologia *legalista* (FIORAVANTI, 2003, p. 62-75). Com efeito, na França atribuiu-se à lei uma mais-valia em relação à perspectiva estritamente liberal, porquanto ela não mais é considerada um mero *instrumento de conservação de direitos naturais preexis-*

tentes de forma autônoma, mas elemento necessário para a sua definição e tutela (FIORAVANTI, 2003, p. 62-63), conforme dispõe textualmente o art. 4 da Declaração. A obra de Rousseau e, em especial, o seu conceito de vontade geral (*volonté generalé*), desempenharam papel de destaque na afirmação do legalismo.

Rousseau, embora sustentasse que a liberdade é elemento distintivo dos seres humanos (PARAMO ARGUELES, [199-]) e que esse valor e o da igualdade dos homens devem ser “o fim de qualquer sistema de legislação” (ROUSSEAU, 2003a, p. 62), já desconfiava do caráter metafísico e incerto de leis naturais suprapositivas, razão pela qual considera ser a lei (do Estado) o único instrumento capaz de outorgar validade jurídica a idéias moralmente valiosas (PARAMO ARGÜELLES, [199-], p. 281), visto que o procedimento democrático conferiria às leis da natureza a aceitabilidade recíproca sem a qual seriam vãos princípios de justiça (ROUSSEAU, 2002; ROUSSEAU, 2003a, p. 46). Daí decorre que “todos os direitos são estabelecidos pela lei” (ROUSSEAU, 2003a, p. 46).

A propósito, o filósofo genebrino promove uma dessubstancialização das cláusulas do contrato social, porquanto as despoja de todo o conteúdo substantivo inerente aos direitos naturais que pudesse vir a condicionar a vontade dos associados (PIETRO SANCHÍS, 2003, p. 66), já que “(b)em compreendidas essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade” (ROUSSEAU, 2003b, p. 46), cabendo à comunidade se expressar soberanamente por meio da lei, reveladora da vontade geral do povo. De tal assertiva não decorre que Rousseau haja assumido uma postura de relativismo ético, que marcara a face mais crua do positivismo jurídico (mormente em sua vertente ideológica), visto que, embora repute elitista a perspectiva jusnaturalista que vincula a validade de leis positivas a uma ordem de valores descoberta pela “razão ilustrada

dos filósofos” (PARAMO ARGÜELLES, [199-], p. 288), não descarta das condições de justiça do direito. Ao contrário, proceduraliza tais condições, na medida em que posiciona o seu conceito de vontade geral no espaço antes ocupado pelos direitos naturais, como se infere da análise das duas vertentes básicas daquele conceito.

A primeira delas se refere à autoria e às condições de elaboração das leis. Com efeito, é assaz conhecida a formulação rousseauiana de que os cidadãos seriam efetivamente livres, caso pudessem deliberar, diretamente e em condições de igualdade, acerca do teor das leis que lhes são obrigatórias, de maneira a garantir uma identidade entre as figuras de autor e destinatário do direito, cidadão e súdito, e, via de consequência, assegurar o conteúdo essencialmente justo das leis, pois “não é preciso perguntar (...) nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submetido às leis, já que estas são meras expressões de nossa vontade” (ROUSSEAU, 2003b, p. 47). Deve, portanto, “todo o povo estatuir sobre todo o povo” (ROUSSEAU, 2003b, p. 47)²⁸, essa seria a primeira condição de justiça da lei.

Para além da questão relativa à fonte, o conceito de vontade geral traz também exigências a respeito da estrutura das leis, a saber: devem elas, necessariamente, ter conteúdo genérico e abstrato, isto é, “considera(r) os súditos coletivamente e as ações como abstratas, nunca um homem como indivíduo nem uma ação como particular” (ROUSSEAU, 2003a), “perdendo a sua retidão natural quando tende(m) a algum objeto individual e determinado” (ROUSSEAU, 2003b, p. 40), como os atos casuísticos do monarca que oneravam mais intensamente uns súditos do que outros, segundo o modelo de dominação pessoal característico do antigo regime.

A vontade geral, ainda que possa ser aferida mediante deliberação majoritária, não se reduz a um conceito estatístico, como

a soma de interesses individuais ou a representação dos interesses da maioria, mas seria genuína expressão do bem comum, do acordo entre interesses individuais que tornou possível o estabelecimento das sociedades (ROUSSEAU, 2003b, p. 33), e que restabelece a igualdade natural dos homens (ROUSSEAU, 2003c, p. 103)²⁹. De conseguinte, o governo republicano – assim entendido aquele em que o interesse público cristalizado na lei submete governantes e governados – seria a única forma de governo legítimo. Rousseau, ao afirmar que “se aquele que manda nos homens não deve mandar nas leis, aquele que manda nas leis não deve mandar nos homens”, deixa claro que ninguém pode se reputar acima da lei, pois apenas o povo soberano, que se expressa por uma vontade geral transcendente dos interesses particulares de grupos ou facções, tem o *status* de *legibus solutus*. Assim, o filósofo genebrino “antecipa a separação entre governo e soberano, e sua consequência mais imediata, o governo das leis”, promovendo clara racionalização do poder em oposição à teoria da origem divina do poder monárquico, tão em voga na França pré-revolucionária. Evidente se afigura a relevância da sua obra para a construção da noção de Estado de Direito.

À luz do exposto, pode-se concluir que o modelo francês apresentou, sobretudo quando comparado ao inglês, *um alargamento da noção de liberdade política*, porquanto conferiu ao povo ou à nação um poder originário, soberano e exclusivo de dispor sobre as instituições políticas e assuntos de interesse público (inclusive podendo proceder a significativas rupturas com a ordem política anterior e definir o conteúdo concreto dos direitos individuais). Todavia, a ênfase da exigência de legitimidade democrática do direito não correspondeu, quando menos em teoria, a um descuramento da sua justiça intrínseca. Ao revés, nessa espécie de legalismo ético, a lei assumia uma dupla e cumulativa função: (i) instrumento de soberania, de autogoverno do povo (ii)

e mecanismo fundamental à tutela das liberdades civis (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 67-72. Mas como se hão de equilibrar as exigências tendencialmente antagônicas de positividade e de justiça do direito? Mais especificamente, como sanar a contradição inerente à afirmação de que, não obstante remanesçam como fundamentos da associação política, as liberdades individuais podem ser inteiramente configuradas pelo legislador? Enfim, quem garante que o Legislador não irá, a pretexto de definir o seu conteúdo, suprimir garantia inerente ao núcleo essencial de um direito individual? A resposta a essas complexas perguntas é tremendamente simples, como anota Fioravanti: “o legislador não pode lesionar os direitos individuais porque é necessariamente justo” (FIORAVANTI, 2003, p. 73), exatamente por vocalizar a vontade geral que, em virtude dos requisitos antes analisados, “é invariavelmente reta e tende à utilidade pública” (ROUSSEAU, 2003b, p. 37).³⁰

Nada obstante, o transplante mal-sucedido do sonho comunitário de uma democracia participativa, acalentado por Rousseau, para o plano concreto das instituições e da práxis política de um país recém-liberto dos grilhões do absolutismo, revelou a fragilidade de conferir-se a tutela dos direitos individuais tão-somente às “luzes de um Legislador virtuoso”. Tal circunstância denota que a discussão específica acerca da identificação do conteúdo e dos instrumentos de tutela das liberdades civis na Revolução Francesa foi incorporada pelo debate afeto à soberania, às liberdades políticas (FIORAVANTI, 2003, p. 75). E, descendo da abstração das teorias políticas para as propostas de desenho institucional da nação, constatou-se no curso do período revolucionário um movimento pendular entre a defesa de concepções antagônicas: uma radicalmente democrática, de lastro individualista; outra conservadora, de matiz estatalista (FIORAVANTI, 2003).

De um lado, encontrava-se a defesa de uma democracia direta que, forte nas

lições de Rousseau a respeito da noção de soberania popular e da inviabilidade do seu exercício mediante representação, salientava que a revolução se fundou na atribuição aos cidadãos de um poder soberano e originário de dispor sobre a estrutura do Estado e demais assuntos de interesse coletivo. Afirma-se, assim, uma concepção individualista acerca da origem do poder político, frontalmente contrária ao estatalismo prevalecente na tradição monárquica, porquanto se postula a prioridade do corpo de cidadãos constituintes, autonomamente existente e politicamente atuante, sobre as instituições políticas.

Ademais, preconizam os jacobinos uma cidadania ativa, a participação direta dos cidadãos na vida política pelas assembleias primárias³¹, de maneira que a adoção de um modelo representativo de democracia significaria “trair” o espírito revolucionário, visto redundar no restabelecimento da noção estatalista de que o povo ou nação não existiria autonomamente senão por meio da representação de uma autoridade constituída (Monarca ou Parlamento). Em uma só palavra, a democracia representativa implicaria apenas a substituição do soberano por outra entidade representativa³²: não mais o Rei, mas o Parlamento, ambos sem plena legitimidade democrática, já que esta repousaria apenas nas manifestações diretas do povo.

Por outro lado, à exaltação da democracia direta se opõe visão que superlativiza as virtudes da democracia representativa, ao atribuir ao Parlamento o papel de revelar, com exclusividade, a vontade geral que transcende as particularidades dos interesses de facção, as quais inevitavelmente se revelam quando o povo é chamado a participar diretamente da vida política. Assim, exatamente por desconfiar-se da atuação direta do povo, sustenta-se que os indivíduos devem cuidar da sua vida privada, delegando o exercício do mister público à classe política, mediante voto. O objetivo aqui é inverso ao que antes se ex-

pôs: intenta-se, especialmente, “acabar com a revolução”, ou, mais especificamente, com o terror imposto no período jacobino, trazendo *estabilidade às instituições políticas*. Logra-se, então, obter um modelo em que o povo ou nação perde a sua autônoma caracterização, já que ganhará forma unitária apenas com o surgimento das instituições representativas estatais.

Do exposto, vê-se que a Revolução Francesa fez-se vítima de uma verdadeira *antítese mal resolvida entre versões radicais das democracias direta e representativa*, ou, em outras palavras, entre um permanente exercício do poder constituinte do povo e uma espécie de soberania dos poderes constituídos: a primeira enfatizava a necessidade de *legitimidade democrática* dos atos do poder público, exigindo a *participação direta do povo*; a segunda priorizava a *estabilidade e a continuidade das instituições políticas* e, para tal desiderato, negava ao povo uma cidadania ativa. A conseqüência desse profundo antagonismo foi a *falta de equilíbrio entre as exigências igualmente relevantes de legitimidade e de estabilidade na condução da coisa pública*, como se constata da degeneração desses modelos, respectivamente, em *voluntarismo político* e *estatalismo*.

Quanto ao primeiro, saliente-se que o recurso constante à vontade constituinte do povo subordina toda a estrutura política do Estado – órgãos públicos, direitos individuais e Constituição – a interesses fugazes, causando óbvia insegurança e instabilidade, além de negar aos direitos individuais a sua conatural função de trunfo do indivíduo em face das deliberações políticas ordinárias (FIORAVANTI, 2003, p. 67). O resultado é que a tutela e a própria definição dos direitos não de flutuar ao sabor das contingências da vontade política momentânea, como nos confirma a cristalina dicção do art. 28 da Constituição Jacobina de 1783, *verbis*: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.”

Com a impossibilidade demográfica e territorial de implantarem-se democracias diretas na grande maioria dos modernos Estados-Nação, afigura-se natural que o modelo da representação política, em que pese as objeções de Rousseau contidas no Contrato Social, haja se afirmado como necessário à viabilização do modelo democrático para além das experiências pretéritas no âmbito das Cidades-Estado (*v.g.*: Grégia antiga e Itália renascentista) (DAHL, 1989; HARIOU, 1972, p. 50).

É exatamente a *atribuição ao Parlamento da prerrogativa de revelar a vontade geral, considerando-se a lei empírica instrumento, por excelência, da soberania da nação³³ e da razão humana, que marcará profundamente o modelo político-institucional prevalecente no âmbito da Europa Continental do século XIX ao segundo pós-guerra (Estado de Direito legalista)*. De fato, o conceito moderno-iluminista de lei, concebido por Rousseau e desenvolvido por Kant, sobre considerar a lei expressão concomitante da vontade do povo e dos imperativos da razão, vislumbra nessa espécie normativa a única forma de manifestação da soberania, reconduzindo as atividades estatais à criação e à aplicação do direito, à dicotomia função legislativa *versus* função executiva. Ora, parece claro que dessa hierarquização funcional decorre correlata hierarquia entre os órgãos estatais, de maneira a conceber-se a supremacia do Parlamento e da lei em relação aos poderes Executivo e Judiciário e aos seus respectivos atos. Essa relação superior-subalterno entre os órgãos do Estado implicará, naturalmente, um modelo político-institucional cuja nota distintiva é o *monismo do poder legislativo*, na medida em que todo o poder político efetivo será concentrado no Parlamento.

Assim, a própria separação orgânico-funcional dos poderes é colocada a serviço da supremacia do Legislativo e da lei, visto que a tripartição das funções estatais em legislativa–executiva–jurisdicional e a sua concessão aos órgãos homônimos destinam-se a garantir que as funções exe-

cutiva e jurisdicional se limitem à aplicação das leis, já que tais normas, mercê da sua origem democrática e da sua estrutura genérica e abstrata, veiculariam garantias inequívocas de justiça e de respeito aos direitos individuais. Ora, se as leis são expressões genuínas da soberania popular e da razão, a conseqüência natural é a impossibilidade de elas cometerem abusos, de modo a afastar qualquer mecanismo de limitação do Poder Legislativo por outros órgãos estaduais. Tais mecanismos interorgânicos de controle, e, notadamente, o mais importante deles, o controle jurisdicional de constitucionalidade, eram considerados ofensivos ao princípio da separação de poderes segundo tal formulação democrático-radical, a qual apenas toleraria que a função legislativa fosse limitada por débeis instrumentos de fiscalização intra-orgânicos (v.g.: bicameralismo, maioria parlamentar *versus* oposição, etc.) e extra-estaduais, sobretudo o controle político exercido pelo eleitorado (PIÇARRA, 1989).

Tal arranjo institucional, sobre concentrar todo o poder político efetivo no Parlamento (relegando aos demais “poderes” uma tarefa de mera execução da lei), carece de efeito moderador em relação ao exercício do poder público, de modo que a sua distância em relação à separação de poderes como freios e contrapesos é abissal, porquanto nesse último modelo a finalidade primeira é a limitação do poder estatal mediante sua fragmentação em órgãos independentes.

A realidade, contudo, viria a confirmar a perspectiva liberal de que um alargamento dessa monta dos poderes de órgão do Estado, ainda que democraticamente legitimado pelo voto, causaria sério risco à tutela dos direitos individuais. Com efeito, tal constatação adveio quando descortinada a visão mitificada que o Estado de Direito legalista apresentava acerca das potencialidades da lei e do legislador, construída com lastro na justificação da incondicional obediência à lei empírica a partir dos poderosos argumentos que embasam a lei racional,

ou seja, a lei perfeita que seria produzida em um ambiente ideal de deliberação (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 74). Como visto, o conceito moderno-iluminista de lei associava o seu caráter intrinsecamente justo à sua origem democrática e ao seu conteúdo genérico e abstrato. Verificou-se, todavia, um afastamento desses requisitos de legitimidade no plano da *praxis* política, já que a atuação direta do povo, preconizada por Rousseau, foi substituída por um sistema representativo em que vigia o voto censitário, bem como o conceito de lei sofreu um processo de formalização, na medida em que essa espécie normativa passou a ser considerada tão-somente o ato produzido pelo Parlamento com observância do processo legislativo, abstraindo-se, portanto, de considerações a respeito da sua estrutura.

Do exposto, conclui-se que o conceito de vontade geral passou a atuar como instância de legitimação racional do que restara decidido por um Parlamento de proprietários, obtendo uma noção sacralizada da lei e das virtudes do Legislador, que acabava por justificar a obediência irrestrita dos indivíduos aos seus ditames, pois, por mais que o processo legislativo, na prática, se distanciasse da participação equânime e cooperativa do povo idealizada por Rousseau e por mais injustas, casuísticas e arbitrárias fossem as leis, dever-se-ia considerá-las como se proviessem da vontade uníssona do povo e dos imperativos da razão. Assim, *a garantia dos direitos se limitara a um estéril postulado de reserva de lei*, ou, em outras palavras, a “um único direito fundamental, o de ser tratado em conformidade às leis do Estado” (FIORAVANTI, 2003, p. 120 et seq.), promovendo uma espécie de desconstitucionalização e de dessubstancialização das liberdades civis, vez que, despidas de qualquer conteúdo necessário, a sua definição e eficácia jurídica estariam integralmente condicionadas à sanção do Estado soberano. Evidentemente que tal concepção, como notou agudamente Perez-Luño (1995, p. 297), despe os direitos individuais

da sua conatural função de trunfos contra atos estatais arbitrários³⁴.

Note-se que o conceito de soberania da nação, e, via de consequência, a atribuição à Assembléia representativa do monopólio da revelação da vontade geral do povo, denota a incorporação da soberania pelo Parlamento, acabando por dar azo à estranha “soberania dos poderes constituídos”, que, precisamente por se revelar tipicamente estatalista, subverte a lógica individualista que inspirou o contratualismo revolucionário. Confira-se, a propósito, a feliz síntese de Prieto Sanchís (2003, p. 78-79):

“É a apoteose do estatalismo: a soberania popular se dissolve em soberania estatal, o poder constituinte é diretamente assumido pelos poderes constituídos, o próprio povo é concebido como órgão do Estado que quando vota exerce uma função pública e, enfim, os direitos abandonam a sua condição de “reservas do direito natural” do indivíduo frente ao poder para converterem-se singelamente em direitos definidos pela lei mercê de um processo de autolimitação do Estado.”

Com efeito, a admissão de que o Parlamento possa, a qualquer tempo, exercer um poder soberano coloca-o à margem da Constituição, com o *status* de autor do seu próprio poder, já que, na linha de Rousseau, não há de opor-se ao *legibus solutus* qualquer lei fundamental de índole obrigatória, verificando-se, portanto, uma confusão entre os poderes constituinte e constituídos³⁵, pois “os eleitos deixam de ser os representantes da nação soberana, para converterem-se em representantes soberanos da nação”³⁶. A bem da verdade, o conceito de poder constituinte parece estar vinculado à superioridade e à pré-estatalidade da vontade do povo sobre a dos poderes constituídos. A efetiva realização dessa dicotomia, por sua vez, parece vincular-se à idéia de rigidez constitucional, ou seja, à noção de que o povo, por intermédio de um processo deliberativo especial, dá a si uma Constitui-

ção, assim entendido o documento normativo superior que, ao fixar-lhes as competências, pretende limitar os poderes constituídos, inclusive o Legislativo. Tal pretensão ficaria completamente esvaziada caso os órgãos do Estado pudessem, por deliberação ordinária, sobrepor-se ao estatuído na Constituição³⁷.

Esse modelo padece, portanto, da mesma patologia que acometeu a democracia direta, na medida em que insere no âmbito do Estado um soberano, a quem, precisamente por se situar acima do direito positivo, compete alterá-lo quando e como bem entender. Disso resulta um permanente exercício do poder constituinte pelo Parlamento, pois a este departamento estatal caberia, à mingua de efetivos instrumentos de controle do exercício do seu poder³⁸, emitir, incessantemente, uma vontade ilimitada capaz de redefinir a forma de governo, as instituições políticas e o delineamento dos direitos individuais. O corolário natural do exposto é relegar-se a tutela e a definição dos direitos individuais ao sabor da instabilidade e das idiosincrasias da vontade política conjuntural,³⁹ muito embora, por se consubstanciarem em prerrogativas inerentes à dignidade humana, hajam sido concebidos como garantias perenes oponíveis à satisfação de necessidades políticas momentâneas. Dessa feita, a soberania popular não se estabiliza em um texto constitucional, mas, ao contrário, traduz-se em cada deliberação legislativa. A Constituição perde a sua tradicional função de equilibrar e limitar o poder com o escopo de proteger o cidadão, reduzindo-se a veículo da vontade livre e ilimitada do soberano, e, no essencial, a um só postulado: a observância irrestrita da lei. Cumpre repisar que a lei, por sua vez, era considerada instrumento, por excelência, da soberania e da razão humana, e que, portanto, buscava legitimidade em si própria, e não em parâmetros constitucionais substantivos.

Todavia, especialmente em sociedades em vias de uma efetiva democratização, mais factível do que confiar a tutela dos

direitos “às luzes de um Legislador virtuoso” – que afinal estaria sujeito apenas aos constrangimentos da sua consciência, ao embate de forças divergentes no seio do Parlamento (bem menos intensos do que os atuais, em virtude do voto censitário prevalecente à época) e às contingências da história e do corpo de eleitores – parece ser a adoção de um modelo de separação de poderes que substitua tal concentração de poderes no Parlamento pela sua atomização intra-estatal em órgãos independentes e relativamente equilibrados. Dessa forma, a concessão de funções específicas e de instrumentos de controle mútuo a tais órgãos viabilizará que “o poder contenha o poder”, segundo a clássica formulação de Montesquieu, a qual, partindo de um pessimismo antropológico diametralmente antagônico à profissão de fé do iluminismo francês nas virtudes do legislador, confere à balança entre os poderes a natureza de garantia institucional dos direitos fundamentais, em cuja ausência estes são reduzidos a meras declarações de intenção do soberano. Efetivamente, o Estado Constitucional, cujo núcleo essencial é composto pelos direitos individuais e pela separação de poderes, distingue-se pela negação de um soberano, de “um centro de poder ilimitado capaz de revogar a todo o momento os ‘direitos’ que antes havia outorgado, sem que os seus destinatários os possam fazer valer perante outros centros de poder, especialmente os tribunais”.

Ao revés, no âmbito de um Estado Constitucional, a soberania popular tende a ser exercida mediante a edição de um documento normativo dotado de superior hierarquia, em cujo âmbito são definidos os poderes juridicamente limitados dos órgãos estatais – *competências*. Substituiu-se, portanto, o monismo do legislador pelo pluralismo dos poderes constituídos, todos subordinados à partilha constitucional de competências e dotados de instrumentos de recíproca fiscalização, de forma a impedir que um deles possa, por si só e de modo ordinário, alterar o disposto na Constituição,

circunstância que denotaria a incorporação da soberania por poder constituído, e, por conseguinte, a convolação dos direitos individuais em meras tolerâncias, em singelos atos de autolimitação do Estado. Nesse viés, parece prestar bom serviço à compatibilização dos conceitos de soberania popular e de supremacia da Constituição, sobretudo em sociedades em via de democratização, que o poder constituinte do povo, após editada a Constituição, retire-se das diuturnas atividades estatais, permanecendo na sociedade em estado de latência. “Criada a Constituição, a ela caberá a supremacia, não havendo lugar a poderes à margem, acima ou fora dela. Só assim se poderá falar de Estado de Direito. Cada poder constituído apenas pode o que a constituição lhe permitir”.

A conseqüência de tudo o quanto se expôs é a debilidade do Estado de Direito legalista na proteção dos direitos individuais, especialmente na sua tradicional acepção de trunfos contra a arbitrariedade estatal, tendo em vista a adoção de um modelo institucional estatalista e concentrador do poder soberano em um só órgão estatal. Cuida-se, enfim, de um regime marcado pela democracia⁴⁰ sem constitucionalismo, na medida em que há nítida prevalência da noção de soberania sobre mecanismos institucionais destinados a limitação do poder com vistas à proteção do indivíduo.

5. Constitucionalismo e democracia reconciliados: bases teóricas e construção do modelo norte-americano de supremacia da Constituição e de controle de constitucionalidade

Conforme salienta, com a habitual propriedade, Maurizio Fioravanti, o elemento-chave para o entendimento da raiz da diferença acerca da forma de proteção dos direitos individuais nos EUA e na França reside no exame da realidade contra a qual os revolucionários norte-americanos e franceses se insurgiram, e não na letra das

respectivas Constituições e Declarações de Direitos, as quais apresentam evidentes similaridades quanto ao conteúdo dos direitos e a sua fundamentação jusnaturalista. Ressaltou-se, no capítulo precedente, que a tutela dos direitos individuais na França pressupunha a superação da pluralidade intrincada de situações de privilégio do antigo regime por uma ordem jurídica fundada na liberdade e na igualdade formal entre os cidadãos. A necessidade de uma transformação social tão profunda implicou, naturalmente, o fortalecimento do Legislador recém-dotado de legitimidade democrática (para os padrões da época, que coonestava com a redução do *demos* aos proprietários), não se cogitando da sua limitação por uma lei fundamental.

Já nos EUA, os direitos individuais foram opostos ao Parlamento inglês em razão de um alegado exercício ilegítimo e abusivo das suas competências, notadamente no que concerne à instituição de tributos sobre os colonos, independentemente da aprovação das assembleias locais que os representavam. Os colonos norte-americanos não se consideravam representados pelo Parlamento inglês, mas pelas Assembleias coloniais cujos membros não eram apenas eleitos por eles, mas considerados concretos mandatários dos seus interesses.

Note-se que os colonos norte-americanos reputavam-se herdeiros da tradição de luta dos ingleses pela aquisição de direitos individuais, utilizando-se da proteção conferida pela constituição histórica inglesa aos bens e à liberdade dos seus súditos em face do próprio Parlamento britânico – especialmente a fórmula *no taxation without representation* –, com o intuito de obstaculizar o governo de imiscuir-se no patrimônio dos seus súditos sem que estes, por meio dos seus representantes, consentissem.

Vale ressaltar que a alusão aos direitos dos *Englishmen* vem acompanhada da nova roupagem que lhes foi conferida por um jusnaturalismo racionalista de inspiração lockeana. Embora não haja sensível

distinção de conteúdo entre os direitos proclamados pelos colonos e os historicamente incorporados ao patrimônio jurídico dos ingleses, os primeiros assumiram um sentido próprio, qual seja, o de situações jurídico-subjetivas de liberdade e igualdade ostendadas pelos indivíduos no Estado de Natureza, cuja conservação e tutela são confiadas ao Estado Social quando da sua instituição. Erigem-se os direitos individuais, portanto, à condição de causa e de justificação de todo o poder político.⁴¹

Todavia, o contexto histórico *supra* aludido não poderia jamais levar os norte-americanos a confiarem a tutela dos seus direitos naturais a um legislador soberano, circunstância que afastou o modelo político dos EUA da soberania parlamentar que se instalara na França. Parece correto afirmar-se que, enquanto a “revolução francesa confia os direitos e liberdades à obra de *um legislador virtuoso*, que é assim considerado por sua alta representatividade do povo ou da nação, para além das facções e dos interesses particulares, a revolução americana *desconfia das virtudes de todo o legislador* – também do eleito democraticamente – e, assim, confia os direitos e liberdades à Constituição, é dizer, à possibilidade de limitar o legislador a uma norma de ordem superior” (FIORAVANTI, 2003, p. 82). Efetivamente, é nota distintiva da revolução norte-americana o temor da atuação ilegítima e arbitrária dos poderes constituídos (especialmente do Legislativo, tido como o mais poderoso deles), no que concerne à incorporação da soberania do povo ou à usurpação de competências uns dos outros. A tendência, por conseguinte, não é a de confiar ao Legislador a tutela e a definição dos direitos individuais, mas a de vislumbrar na preeminência desses direitos um verdadeiro limite ao legítimo exercício da função legislativa, na medida em que – repise-se – a irresignação dos colonos norte-americanos referia-se ao prejuízo que a onipotência do Parlamento inglês causara aos seus direitos (Cf. MADISON, 2003, p. 332).

Desse modo, conferiu-se a tutela dos direitos individuais a uma Constituição, assim entendido o documento legislativo escrito que, exatamente por se revelar fruto do poder constituinte do povo, goza de superioridade hierárquica em relação às deliberações dos poderes constituídos. Daí se infere que o conceito norte-americano de poder constituinte apresenta-se, desde a sua gênese, vinculado às idéias de rigidez constitucional e de limitação do poder com a finalidade de proteger o indivíduo, porquanto a Constituição se consubstancia em um conjunto de normas cuja insuscetibilidade de supressão por maiorias eventuais se justifica ante o escopo de colocar os direitos individuais a salvo do arbítrio dos poderes constituídos (Cf. FIORAVANTI, 2003, p. 90).

Se todo o poder emana do povo, as autoridades públicas em geral, sendo meros mandatários, não podem se voltar contra as normas estatuídas pelo titular da soberania (mandante), cristalizadas no texto constitucional.⁴² Saliente-se que a vinculação da supremacia da Constituição à tutela dos direitos individuais, ao estabelecer o pertencimento de princípios de justiça a uma norma superior intangível aos poderes constituídos, revela nítida transposição à ordem político-constitucional da pretensão jusnaturalista de impor-se ao direito positivo.

Todavia, o conceito norte-americano de poder constituinte, para além da noção de governo moderado ao qual estava historicamente vinculado, contém claramente a noção de soberania popular, reconhecendo, portanto, o poder político originário e soberano de indivíduos livres e iguais dispor acerca das normas fundamentais que estruturarão o Estado e disciplinarão a vida em sociedade. O objetivo da Constituição seria duplo: garantir os direitos e instituir o governo. Enquanto os direitos seriam fatos naturais, inerentes à razão e auto-evidentes, a estrutura do governo, segundo a teoria do contrato social, seria eminentemente artificial, porquanto decorrente da vontade

política do corpo constituinte de cidadãos (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 49-50).

Do exposto, pode-se concluir que a luta pela afirmação da superioridade dos direitos individuais sobre os órgãos do Estado, marcante em seu processo de independência, criou no *constitucionalismo norte-americano* uma ambiência favorável à obtenção de uma *solução conciliatória entre duas tradições políticas* que andavam separadas, quais sejam: *as noções de governo limitado por direitos individuais e de soberania popular*, enfatizadas, respectivamente, por constitucionalistas e democratas (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 41-42). Um exame mais cuidadoso dos fundamentos da afirmação da supremacia da Constituição na América afigura-se relevante para a adequada compreensão dessa assertiva.

A dualidade lei constitucional e lei ordinária, fruto, respectivamente, da vontade do povo e da vontade dos poderes constituídos, deve-se à circunstância de a primeira resultar de um processo deliberativo diferenciado, seja quanto à sua origem e ao procedimento observado, seja no tocante à sua qualidade intrínseca.

Pois bem. Quando a Assembléia de Massachusetts elaborou a Constituição do respectivo Estado, defrontou-se com a crítica generalizada – veiculada principalmente nas *town meetings*⁴³ – de que carecia de legitimidade para tanto, tendo em vista que, destinando-se o documento constitucional a atribuir aos três poderes do Estado – inclusive ao Legislativo – as suas competências, limitando, portanto, a sua atuação aos ditames constitucionais, parece natural que a Constituição provenha de uma autoridade superior, distinta dos órgãos do Estado. Diante do malogro da iniciativa da referida Assembléia, em 1779 foi eleita uma Convenção com a finalidade específica de elaborar uma Constituição, a qual foi aprovada pelas referidas *town meetings* em 1780.

A experiência das Constituições estaduais, iniciada pela Carta de Massachusetts, estabeleceu o procedimento-padrão para a

manifestação do poder constituinte do povo na América: “em primeiro lugar, a eleição de delegados a uma convenção especialmente destinada à elaboração de uma Constituição; em segundo lugar, a adoção expressa de uma constituição escrita pela convenção; em terceiro lugar, a ratificação do projecto de constituição pelo povo” (BRITO, 2000, p. 31).

É bem de ver que, na experiência política inglesa do século XVIII, o termo “*convention*” designava um Parlamento irregularmente constituído, sendo que a mais importante delas foi a que reuniu Lordes e Comuns sem a presença do Rei e redundou na Revolução Gloriosa. Foram precisamente a “irregularidade” jurídico-formal das Convenções Constitucionais e a participação efetiva do povo, (i) na eleição dos seus membros com a finalidade específica de elaborar um projeto de Constituição, e (ii) na ratificação do produto da sua deliberação, que levaram a considerar-se o procedimento acima aludido como o que melhor expressava o poder constituinte do povo, distinguindo os atos políticos extraordinários, resultantes da manifestação episódica do povo, das leis ordinariamente editadas pelo Parlamento, mercê da manifestação de vontade dos seus representantes (BRITO, 2000, p. 32).⁴⁴

Todavia, como antes salientado, a superioridade da manifestação das convenções constitucionais sobre as do Parlamento e, via de consequência, da Constituição sobre as leis não decorre apenas do consentimento do *We the people*, a que se refere a Constituição americana, mas também do ambiente especial de deliberação presente quando o povo é chamado a atuar ativamente no processo político. A propósito, o modelo do constitucionalismo norte-americano distingue-se pela adoção de uma concepção *dualista da democracia*, porquanto promove uma clivagem entre política constitucional e ordinária. Com efeito, o contexto político que marcara a criação da Constituição dos EUA caracterizou-se pela comunhão na sociedade de uma sensação “de perigo que conteve os sentimentos mais inamistosos

e que propiciou a união e a concórdia; de uma integral confiança do povo em seus líderes patrióticos (...)” (MADISON, 2003, p. 314-315).⁴⁵

Assim, nos momentos de política constitucional (*constitutional politics*), nota-se não apenas o exercício de uma cidadania ativa, mas, especialmente, que o povo logra desvencilhar-se da sua tendência natural de perseguir os seus interesses particulares e imediatos, de agir passional e irracionalmente, atuando, ao revés, tendo em vista a realização do bem comum e de expectativas de longo prazo. Em poucas palavras: nos raros momentos constitucionais, o ambiente de insegurança e incerteza que os cerca torna possível a concretização da aspiração republicana da virtude ética dos cidadãos em sua atuação política. Assim, esse processo deliberativo eticamente superior retira princípios básicos de justiça do alcance de maiorias conjunturais, as quais, atuando no âmbito da *política ordinária* (*normal politics*), estarão sujeitas a sucumbir à atuação auto-interessada, em prejuízo aos direitos das minorias.⁴⁶

Nada obstante, o objetivo principal de toda a teorização contida nos escritos reunidos no *Federalista* não é o de justificar racionalmente a supremacia da constituição, ou a forma como ela se compatibiliza com as exigências tendencialmente antagônicas de governo limitado e de soberania popular. Tendo em vista o assentamento social dessas concepções (VEJA, 2000, p. 39), busca-se conceber instituições que não apenas se guiem pela soberania popular e pela moderação governamental, mas que logrem sanar os efeitos da política praticada por homens que não são anjos (VIEIRA, 1999, p. 53),⁴⁷ aproximando, tanto quanto possível, o resultado das políticas ordinária e constitucional, ou seja, a deliberação ordinária de políticos profissionais daquela oriunda da ocasional participação direta e virtuosa do povo (BRITO, 2000, p. 41).

Ao lado da transposição dos direitos individuais para o domínio de uma Cons-

tuição rígida, a previsão, em seu bojo, de um particular modelo de *separação de poderes* destinava-se também a aprimorar as deliberações políticas e a instituir um governo limitado. Os norte-americanos desconfiavam das virtudes cívicas do homem comum em condições ordinárias de deliberação, na linha da filosofia política inglesa do século XVII e em contrariedade à perspectiva republicana de Rousseau.⁴⁸ Todavia, a alternativa que se extraía da experiência político-constitucional inglesa, qual seja, a busca de contenção do poder estatal por meio da sua fragmentação entre as forças sociais que atuavam no âmbito do Parlamento (governo misto), encontrava-se vinculada à divisão da sociedade em estamentos e, via de consequência, à busca de um equilíbrio entre princípios distintos de legitimação política (monárquico e representativo). Ora, tal realidade não era apenas teoricamente rejeitada, mas também inexistente à época nas treze colônias. De fato, apesar de reconhecer-se a divisão dessa incipiente sociedade em classes sociais guiadas por interesses distintos (*v.g.*: comerciantes, profissionais liberais, fazendeiros, etc.), “na escala política (tais classes) estavam em pé de igualdade, e entre os seus membros não existiam distinções de ordem” (PIÇARRA, 1989, p. 179). Não se cogitava, portanto, de ordens aristocrática e monárquica sujeitas a regimes jurídicos e legitimidades próprias. Ao contrário, cuidava-se de sociedade em cujo âmbito prevalecia a igualdade perante a lei e o princípio republicano como único instrumento de legitimação do poder político⁴⁹.

Entretanto, à vista de persistir a necessidade de engendram-se arranjos institucionais destinados a conter o exercício arbitrário do poder estatal com o fito de proteger os direitos individuais, utilizou-se o método da balança entre os poderes em uma perspectiva institucional, na medida em que o escopo imediato terá residido em atingir-se, pela fragmentação do poder, equilíbrio e harmonia entre os “poderes constituídos” (apenas reflexamente al-

cançando os grupos sociais). Nesse viés, atribuiu-se a cada um deles, por intermédio de delegação constitucional do poder do povo, um rol de competências próprio e mecanismos de recíproca fiscalização, de sorte a evitar que um dos órgãos do Estado logre incorporar a soberania popular, ou que se imiscuisse em domínios constitucionalmente reservados a outros departamentos. Tais instrumentos de independência e de controle mútuo entre os órgãos estatais afigurar-se-iam necessários, ante a insuficiência de confiar a fiscalização da sua atuação apenas ao povo, que, embora seja a “única fonte legítima do poder”, não pode exercer uma vigilância permanente sobre os seus delegados (MADISON, 2003).

Dessa configuração do princípio da separação de poderes avultam (i) a prevalência da dimensão institucional sobre a político-social (o objetivo imediato é o equilíbrio entre os poderes do Estado e não entre as forças sociais);⁵⁰ (ii) a sua inspiração liberal, tendo em vista a atomização intra-estatal dos núcleos de poder e os instrumentos de freios e contrapesos destinarem-se, precipuamente, à contenção do poder público; e (iii) a sua vinculação à noção de rigidez constitucional, porquanto, ao preconizar que nenhum dos departamentos estatais seja autor do seu próprio poder, presuppõe que as respectivas competências sejam-lhes atribuídas pela Constituição, enquanto documento normativo superior oriundo da vontade popular. Corolário natural desse último aspecto é a constatação de que a noção de poder constituinte emergente na América se revela significativamente distinta da prevalecente na França pós-revolucionária, visto que a admissão de a soberania popular se estabilizar em um texto escrito, o qual constitui verdadeiro limite à ação dos poderes constituídos, afasta o modelo americano tanto do voluntarismo da democracia direta, quanto do risco de incorporação da soberania pelos poderes constituídos, em cujos âmbitos, consoante salientado no precedente capítulo, não se admitia a “limitação” do soberano por uma lei fundamental.

O apelo à virtude do povo e a desconfiança a respeito da deliberação dos poderes constituídos, ínsitos à dualidade política constitucional *versus* política ordinária, poderiam levar a crer que os norte-americanos aproximar-se-iam de um modelo de democracia direta análogo ao defendido pelos jacobinos, em que o povo é chamado a deliberar, direta e ordinariamente, a respeito dos assuntos de interesse coletivo. De fato, a “labareda democrático-radical” que se acendeu após a Declaração de Independência acabou por ser rapidamente apagada pela afirmação do *governo republicano* em detrimento do *governo democrático ou popular*, utilizando-nos da terminologia madisoniana. A propósito, Madison constatou que o governo republicano se destina a controlar a violência das facções que se verifica nos governos democráticos, sem, todavia, afastar-se dos princípios que lhe são caros (notadamente a soberania popular).

Assevera Madison (2003, p. 80) que é da natureza humana a atuação auto-interessada, de maneira que, em uma democracia pura, em que os cidadãos deliberam diretamente sobre os assuntos de interesse coletivo, prevalecerá no espaço público o espírito de facção, que se guia pela busca da satisfação de interesses e paixões particulares, criando um clima de animosidade mútua incompatível com o espírito de colaboração recíproca que deve prevalecer em uma República. Daí por que em uma democracia pura “não há cura para os males da facção”, inexistindo mecanismos hábeis a proteger os direitos das minorias contra a propensão da maioria em usurpá-los.

Apesar de o povo ser a fonte última do poder político, salienta Madison (2003, p. 314), em resposta à proposta de Jefferson de revisão da Constituição a cada dezenove anos – formulada com o escopo de conceder às gerações direito de autogoverno idêntico ao da geração constituinte –, que o reiterado apelo ao “poder constituinte do povo” causaria forte abalo à estabilidade das instituições políticas.⁵¹ Com a restrição

da participação direta do povo no processo político aos momentos constitucionais, cujo clima de incerteza e insegurança permitiria uma atuação dirigida ao interesse público (ACKERMAN, 1991, p. 176), logra-se obter modelo que prestigia a soberania popular e evita a instabilidade ínsita ao recurso recorrente à vontade popular, rediscutindo incessantemente a autoridade dos órgãos do estado e conteúdos constitucionais essenciais, como os direitos fundamentais.

Enfatize-se que a busca por estabilidade não se fez à custa da soberania popular, como decorria do modelo estatalista de democracia representativa que marcou o Estado de Direito legalista, o qual acabou por gerar uma absorção da soberania pelos órgãos do Estado. Consoante destacado, é nota distintiva do processo de independência dos EUA a oposição a qualquer forma de estatalismo, de onipotência dos órgãos do Estado. A conciliação das exigências de soberania popular e de estabilidade dos poderes constituídos se tornou possível pela noção da Constituição como lei superior (*higher law*). Pois bem: reconhece-se ao povo um poder soberano, originário e ilimitado, cujo exercício não se prolongará indefinidamente, mas se estabilizará em um documento normativo escrito, editado no bojo de um processo deliberativo qualitativamente superior e que, por ser dotado de supremacia entre as fontes do Direito, limita os órgãos do Estado ao estatuído pela vontade superior do povo.⁵² Garantida a estabilidade dos poderes constituídos pela definição das suas atribuições e limites em uma lei superior, a circunstância de esta norma suprema resultar da vontade do povo preserva a dualidade entre os poderes constituinte e constituídos. Não caberia, portanto, aos poderes constituídos (inclusive ao Parlamento) imiscuírem-se no âmbito de deliberação do povo, pois admitir o contrário significaria coonestar a assertiva de que competiria aos poderes do Estado a definição das competências e limites aos quais deveriam estar sujeitos, em

nítida confusão de papéis entre mandante e mandatário, entre titular da soberania e mero representante (HAMILTON, 2003, p. 470).

Ora, se a Constituição veicula delegação do povo aos poderes constituídos, inclusive ao Legislativo, tendo em vista o estabelecimento de um governo limitado, é corolário natural dessa pretensão a superioridade hierárquica das normas constitucionais sobre as leis, obstando que a legislatura altere a Constituição por meios ordinários. Assim, na hipótese de conflito entre Constituição e lei, a primeira, embora mais antiga, há de prevalecer, mercê de sua maior hierarquia, considerando-se a lei inconstitucional nula de pleno direito. Cuidando-se, ademais, de conflito entre normas jurídicas, tal atividade se insere no âmbito da interpretação das leis em sentido lato, domínio próprio de atuação do Poder Judiciário⁵³. Esses são os contornos gerais da teoria do controle judicial da constitucionalidade das leis, os quais, como se sabe, já se encontravam no clássico escrito de Hamilton (2003), e vieram a ser empregados por Marshall no célebre acórdão proferido no caso *Marbury v. Madison* (1803 apud HALL, 1999).⁵⁴

6. Conclusão

Do exposto na seção anterior, vê-se que o mecanismo norte-americano de separação de poderes confere ao Judiciário um papel significativamente mais destacado daquele que lhe foi conferido pelo Estado de Direito legalista, pois era natural que em um modelo de separação de poderes marcado pela supremacia do Legislativo não houvesse espaço para que o Judiciário procedesse à declaração da inconstitucionalidade das leis. Na América, contudo, tal atividade insere-se entre os mecanismos de freios e contrapesos, circunstância que evidencia a concessão de um poder efetivo ao Judiciário, bem como o objetivo de estabelecer uma relação de equilíbrio e harmonia que abranja não só o Legislativo e o Executivo, mas também o Judiciário, todos submetidos

à Constituição e predispostos a mutuamente se contrabalançar e, por conseguinte, a atuar de forma concertada e comedida.

Para além de uma desconfiança a respeito das virtudes da lei e, inversamente, uma forte expectativa quanto à eticidade das deliberações constituintes, as tradições inglesas do *common law* e da independência dos juízes contribuíram para a construção da doutrina norte-americana do controle judicial de constitucionalidade das leis. Nesse particular, destaca-se o magistério de Sir Edward Coke, no sentido de que os juízes teriam o dever de negar aplicação às leis que contravessem a *ancient common laws and customs of the realm*, assim entendido o conjunto de leis e direitos profundamente radicados na história do país, que ostentariam a condição de lei fundamental oponível mesmo às deliberações parlamentares (FIORAVANTI, 2001, p. 67-68). Ademais, a prática de o governo britânico, mediante decisões do Privy Council, do Parlamento e da Coroa, invalidar as leis oriundas das Assembléias coloniais que contravessem o direito inglês estimulou, por assim dizer, o *judicial review* (NOWAK; ROTUNDA, 2004, p. 10)⁵⁵.

O modelo norte-americano, contudo, associou a atribuição de o Judiciário zelar pela intangibilidade de uma lei fundamental não aos costumes consolidados historicamente (Coke) ou puramente a imperativos da razão (jusnaturalismo), mas a uma deliberação superior do corpo constituinte de cidadãos, cristalizada no texto constitucional. A fundamentação da criação da Constituição em um ato de soberania do povo, todavia, não a despiu do conteúdo que o constitucionalismo historicamente lhe havia atribuído, qual seja, o de um espaço destinado a harmonizar os poderes, de modo a evitar a formação de um soberano que pusesse em risco a proteção do indivíduo. Com efeito, a noção de que a soberania popular seria exercida no ato de edição do documento constitucional, prevalecendo *a posteriori* a supremacia da Constituição,

sujeitou os poderes constituídos aos seus ditames, evitando que um deles se arvorasse na condição de *legibus solutus*⁵⁶.

Por outro lado, aprimorou-se a tradição britânica dos freios e contrapesos, ao enfatizar-se a necessidade de equilíbrio e de fiscalização mútua entre os órgãos do Estado (incluindo-se o Judiciário nesse arranjo) e não entre as forças sociais. A autoridade dos órgãos do Estado passou a fundar-se na vontade superior do povo contida na Constituição, não concorrendo, portanto, com o princípio republicano, outros mecanismos de legitimação (*v.g.*: monárquico e aristocrático). Ademais, ao serem entrincheirados na Constituição e terem a sua salvaguarda submetida ao Judiciário, órgão relativamente insulado do processo político, os direitos individuais foram retirados do alcance de pretensões usurpadoras das maiorias políticas conjunturais, conferindo-lhes certo grau de estabilidade (PIÇARRA, 1989, p. 195-196)⁵⁷.

A par de considerar a separação de poderes e os direitos individuais elementos constitucionais essenciais, saliente-se a circunstância de a Carta de 1787 haver sido submetida a referendo popular e produzida num ambiente ideal de deliberação, que permitiu aos participantes, em alguma medida, desvencilharem-se dos seus interesses particulares em prol do bem comum. Do amálgama desses fatores, que *evidencia a busca de um equilíbrio entre os ideais constitucionalista e democrático*, parece lícito concluir, na esteira de Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 58-59), que “(se) trata de uma teoria mais sofisticada de constituição, que fundamenta sua supremacia em um somatório de razões, que associa valores substantivos, modelo de deliberação e processo de ratificação – ou seja: conjuga justificações valorativas, de racionalidade procedimental e majoritárias”.

Uma forma sugestiva de ilustrar tal processo político-deliberativo qualitativamente superior consiste na utilização da noção de *pré-compromisso constitucional*. Tal idéia,

que se notabilizou com a obra de Jon Elster (1979)⁵⁸, é bem ilustrada pelo conto mítico de Ulisses e as Sereias, relatado por Homero no Livro XII da Odisséia. Homero noticia que Ulisses, tendo sido advertido por Circê que, ao passar pela ilha das sereias, acabaria por sucumbir ao seu canto irresistível, ordenou aos seus comandados que o amarrassem ao mastro, permitindo, assim, que não cedesse àquela tentação irresistível⁵⁹. Conforme salienta Daniel Sarmiento (2004a, p. 11): “o pré-compromisso de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele que se sujeita o povo, quando dá a si uma constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima de suas paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco o seu destino coletivo”.

Os pré-compromissos constitucionais se consubstanciam em estratégias de auto-incapacitação, extraídas dos pré-compromissos individuais – cogite-se, por exemplo, que pessoa com dificuldades de acordar cedo coloque seu despertador longe da cama, para evitar que o desligue e continue a dormir –, por meio das quais um indivíduo ou um povo, em um momento de lucidez, afasta a possibilidade de adotar decisões míopes a que estaria tendencialmente sujeito em momentos de debilidade da vontade ou de racionalidade distorcida, logrando, dessa forma, afastar-se de tentações ou fraquezas e, via de consequência, atingir os seus verdadeiros interesses (BAYON, 2003, p. 410)⁶⁰. Adaptando-se tal noção para as deliberações constitucionais, pode-se afirmar que o povo, quando elabora a sua Constituição, retira do poder ordinário de deliberação dos órgãos do Estado normas e valores reputados fundamentais, evitando que, no futuro, vítima das suas próprias fraquezas, venha a pôr em risco a tutela desses preceitos por ceder a pressões impostas por contingências políticas voláteis.

Diversas são as críticas dirigidas ao transplante dos pré-compromissos individuais para o domínio político-deliberativo⁶¹.

Dados os propósitos específicos do presente artigo, interessa-nos, por ora, tão-somente destacar que a retirada de normas e valores fundamentais de uma sociedade do dia-a-dia do processo político, por meio do seu entrincheiramento constitucional, consiste em fenômeno que se generalizou a partir do segundo pós-guerra, com a afirmação na Europa Continental das idéias de supremacia hierárquico-normativa das Constituições, rigidez constitucional e de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, tendo se consolidado no quarto final do século passado, com a queda das ditaduras na América Latina e do comunismo no Leste Europeu⁶². Trata-se de inequívoca vitória do modelo de constitucionalismo norte-americano⁶³, podendo-se constatar que os *constituintes contemporâneos comungam da perspectiva de que algum nível de rigidez constitucional se afigura pertinente para, sem prejuízo do ideal democrático, garantir a preservação da estabilidade das instituições políticas e de prerrogativas ligadas à dignidade humana*.

Nada obstante, cumpre assinalar que as Constituições contemporâneas não se limitam a prever a estruturação do Estado, a separação dos poderes e alguns poucos direitos fundamentais como limites ao poder público, como se dava nas Constituições-Garantia de que é exemplo clássico a norte-americana. Ao contrário, as Constituições típicas do neoconstitucionalismo predeterminam, em diversas intensidades, a regulação jurídica das mais diversas searas, como, p. ex., a economia, as finanças públicas, a seguridade social, as relações de trabalho, a cultura, o desporto, a comunicação social, a ciência, a tecnologia, a defesa do consumidor, da família, do meio ambiente, do patrimônio histórico-cultural, etc. A esse amplo conteúdo normativo soma-se a posituação não só de direitos a prestações estatais negativas (direitos de defesa), mas também de direitos a prestações estatais positivas (direitos prestacionais, v.g.: direito à educação, à saúde,

à previdência e à assistência social), cuja satisfação normalmente pressupõe a implementação de custosas políticas públicas⁶⁴. Tais circunstâncias, entre outras, indicam a retirada de uma miríade de matérias do alcance do poder deliberativo ordinário dos poderes constituídos, revelando que o neoconstitucionalismo traz um incremento do nível de rigidez constitucional quando comparado com o constitucionalismo liberal.

Tal fator institucional deve ser associado à evolução que se verificou no plano da hermenêutica jurídica. Refere-se à atribuição de força normativa aos princípios, característica marcante da teoria do direito neoconstitucionalista⁶⁵, que habilita o juiz, p. ex., a invalidar leis com lastro em normas de alta abstração e conteúdo moral, a respeito das quais grassa profundo desacordo nas sociedades pluralistas contemporâneas. Evidentemente que a soma das características institucionais e teóricas no neoconstitucionalismo reforça a *dificuldade contramajoritária*⁶⁶ que acomete o Judiciário quando do exercício do controle de constitucionalidade, pois se o só fato de juízes não eleitos afastarem o resultado da deliberação majoritária dos representantes do povo já suscita a alvitrada crítica, que dirá o exercício dessa atividade excepcional com base em normas cuja identificação do seu sentido é dificultada pela sua fluidez e pelas divergências acerca do seu conteúdo moral.

Assim, embora o atual fenômeno de generalização da rigidez constitucional haja atestado a pertinência da tese de que a previsão de direitos fundamentais e da separação de poderes numa Constituição rígida e oriunda de um processo deliberativo superior equilibra os ideais constitucionalista e democrático, faz-se mister reconhecer que as Constituições contemporâneas apresentam um nível de rigidez constitucional mais intenso do que as Constituições-Garantia. Tais considerações dão azo a uma série de advertências relevantes, que serão adiante arroladas à guisa de encerramento, sem qualquer pretensão de tratar analiticamente

da questão, já que isso pressuporia uma análise autônoma.

Com efeito, a exaltação das virtualidades da supremacia hierárquico-normativa da Constituição não nos deve conduzir a uma “sacralização” das normas constitucionais, olvidando-nos dos recorrentes casos em que elites valeram-se das supermaiorias necessárias à alteração da Constituição para entrincheirar privilégios, petrificando o *status quo*. Tal conduta inequivocamente atenta contra a democracia (e, no caso brasileiro, contra a pretensão da Carta de 1988 de promover a justiça social), na medida em que prejudica o direito de o povo ser artífice do seu destino coletivo. A síntese dessas visões distintas acerca das virtudes das normas constitucionais é a adoção de uma perspectiva que, por um lado, não chega ao extremo de considerar que a rigidez constitucional significa, necessariamente, a petrificação da doutrina defendida por um grupo social mais bem articulado, nem confere uma aura de santidade a toda e qualquer norma constitucional, independentemente da aferição do seu conteúdo. Comunga-se, portanto, da concepção de John Rawls de que, caso a atuação contramajoritária do Judiciário se restrinja a uma zona de neutralidade política, é dizer, à tutela de princípios que sejam objeto de um consenso sobreposto entre as diversas doutrinas adotadas pelos indivíduos, logra-se obter um modelo que contenha as deliberações de maiorias ocasionais em proteção à dignidade humana, sem colocar em risco o direito de autodeterminação coletiva da geração atual.

A segunda advertência concerne à circunstância de que a indeterminação e a conflituosidade que são inerentes à aplicação dos princípios jurídicos pelo Judiciário devem servir de estímulo para que a doutrina desenvolva elementos de interpretação (*v.g.*: gramatical, histórico, sistemático e teleológico), princípios instrumentais (*v.g.*: supremacia da Constituição, interpretação conforme a Constituição, presunção de constitucionalidade, efetivi-

dade da Constituição, proporcionalidade, razoabilidade, proteção ao núcleo essencial, os instrumentos de auto-restrição judicial – *judicial self-restraint* –, etc.) e parâmetros de ponderação (*v.g.*: prevalência *prima facie* das regras aos princípios, hierarquia axiológica subjacente à Constituição e grau de restrição aos princípios em conflito) que confirmem racionalidade e objetividade mínimas à atuação do juiz.

Notas

¹ Falta, entretanto, na Inglaterra, toda a carga contra o passado que marca, por exemplo, o movimento revolucionário francês. Com efeito, na Inglaterra verificou-se uma lenta e gradual passagem de uma sociedade estamental para um Estado constitucional, com pequenos interlúdios de exercício absoluto do poder. Assim, o jusnaturalismo ali empregado, com forte influência de John Locke, assume um caráter mais de garantia do que de ruptura. Ver, a propósito, a seção três.

² Parece confirmar tais assertivas a circunstância de, respectivamente, (i) os opositores do regime absolutista (p.ex.: huguenotes nas guerras religiosas ocorridas na França na segunda metade do século XVI e, especialmente, os defensores das prerrogativas parlamentares na Inglaterra dos séculos XVI e XVII) terem se utilizado dos pactos firmados com o Rei para questionar a legitimidade de atos do monarca que se desviassem da repartição de poderes neles reconhecida e (ii) Montesquieu ter, confessadamente, inspirado a sua concepção de separação de poderes na *ancient constitution* inglesa – sem dúvida alguma onde a noção de Constituição mista melhor se desenvolveu.

³ Segundo a formulação clássica de Bodin (apud FIORAVANTTI, 2001, p. 72 et seq.), além da índole absoluta, a soberania apresenta a característica da perpetuidade ou da originariedade, à vista de cuidar-se de poder cuja legitimidade busca-se em si próprio, do que decorre não ser fruto de delegação e não se sujeitar à revogação.

⁴ Esclarece Bobbio (1994, p. 14-15) que: “O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade, a concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa como sustenta o organicismo em todas as suas formas, segundo o qual a sociedade é anterior aos indivíduos ou, conforme a fórmula aristotélica destinada a ter êxito ao longo dos séculos, o todo é

anterior às partes. (...) Sem essa revolução copernicana, à base da qual o problema do Estado passou a ser visto não mais da parte do poder soberano, mas da parte dos súditos, não seria possível a doutrina do Estado liberal, que é 'in primis' a doutrina dos limites jurídicos do poder estatal. *Sem individualismo não há liberalismo*" (grifo nosso). Salientando que o liberalismo e o organicismo repousam a primazia axiológica no indivíduo e na comunidade política, respectivamente, ver Sarmiento (2005, p. 51-59). No mesmo sentido Rouanet (2001, p. 36), que arremata: "No entanto, sua consciência da dimensão social não impede que o iluminismo seja absolutamente alheio a qualquer concepção holista, a qualquer visão "orgânica" que atribua prioridade a uma instância coletiva - grupo, cultura, Estado - ou que diga que a verdade da parte está em sua inserção no todo".

⁵ Escrito entre 1628 e 1653 e publicado em 1680 (Cf. TULLY, 1993, p. 16).

⁶ Afigura-se oportuno destacar que, embora Locke, em sua obra intitulada *Two Tracts on government* (não publicada), tenha esposado uma teoria da alienação à moda de Hobbes, essa posição foi abandonada em *Essay concerning toleration* (1667), tendo consolidado a sua nova concepção com os *Dois tratados sobre o governo civil* (1690) (Cf. TULLY, 1993, p. 18, 30-32).

⁷ É bem de ver que a busca desmedida por segurança e ordem, a utilização do jusnaturalismo em desconformidade à sua histórica função de limitação do poder e a conseqüente redução do Direito ao direito positivo tornam Hobbes um jusnaturalista ao partir e um positivista ao chegar (BOBBIO, 1994, p. 41). Nada obstante, é bem de ver que as críticas à circunstância de a sua tese dar fundamento teórico ao absolutismo não raro esmaecem a preocupação hobbesiana com o tema da liberdade, cujo relevo é comprovado, como visto alhures, pela circunstância de a sua teoria pressupor a liberdade natural dos indivíduos. Conflui com tal perspectiva, aliás, a divisão tripartite do *De Cive: libertas, potestas e religio*. Ocorre que, temendo o recrudescimento da desordem social instalada na Inglaterra de 1640, fomentada, notadamente, por motivos religiosos, Hobbes (1992) vislumbrava a proteção da liberdade por intermédio do direito posto pelo soberano. É o que nos esclarece, com a habitual acuidade, Merquior (1991), arrematando que: "para proteger *libertas, potestas* devia controlar a farisaica *religio*".

⁸ O objetivo de Locke, confessado no prefácio dos *Dois Tratados*, era prover uma justificação racional e consistente à monarquia limitada instituída após o fim da Revolução Gloriosa (1689), com a assunção de Guilherme D'Orange ao trono inglês. Há, a propósito, uma infundável discussão a respeito de essa monumental obra haver sido escrita após a eclosão do referido movimento revolucionário, com o escopo de justificá-lo, ou, ao revés, durante a década de 1680. Em que pese haver no prefácio confissão de que o livro destinava-se a "consolidar o trono de nosso grande

restaurador, o Rei Guilherme (...)", Laslett (2001, p. 66 et seq.), na esteira da corrente majoritária, sustenta que Locke já vinha se dedicando ao escrito há muito mais tempo.

⁹ Locke (2001, p. 495) não raro engloba em seu conceito de propriedade os direitos à vida e à liberdade.

¹⁰ As noções de consentimento e confiança - *trust* -, embora de destacado relevo na arquitetônica lockeana, só serão lateralmente abordadas, tendo em vista os limites do vertente estudo.

¹¹ Utilizar-se-ão como sinônimos de liberdades civis os termos liberdade negativa, liberdade dos modernos e autonomia privada; e, no mesmo sentido de liberdade política, as expressões liberdade positiva, liberdade dos antigos e autonomia pública.

¹² Utiliza-se aqui a profícua síntese de Carlos Santiago Nino (2003, p. 28) a respeito das proposições básicas do jusnaturalismo. Convém destacar-se, contudo, que não há na obra de Locke a atribuição ao Judiciário do papel de guardião dos direitos fundamentais contra eventuais violações dos órgãos do Estado. Sobre o modelo lockeano de separação de poderes, ver *infra* (parte final do presente capítulo).

¹³ A propósito, Luis Prieto Sanchís (2003, p. 70) assinala que: "pode parecer surpreendente, mas os dois grandes teóricos do absolutismo e da democracia, Hobbes e Rousseau, estão de acordo em dois aspectos essenciais: devemos obedecer as leis como se fossem expressões da nossa própria vontade, e o poder absoluto não tem limites". A questão será aprofundada no subseqüente item.

¹⁴ Vale salientar, contudo, que a colocação da noção de soberania no coração da Constituição dos modernos não deve levar à equivocada conclusão de que Hobbes e Rousseau coonestassem o exercício arbitrário do poder político. Ao revés, a soberania era compreendida como um poder conferido pelos indivíduos ao monarca, à Assembléia soberana (Hobbes) ou ao povo (Rousseau), pelo contrato social, o qual se afigurava essencialmente justo (Rousseau) e necessário para a proteção das liberdades civis mediante leis certas, gerais e abstratas, notadamente em contextos históricos em que a pluralidade de poderes políticos, típica da Idade Média, levava ao corrompimento da sociedade em anarquia e desordem, com inegáveis prejuízos à tutela dos direitos civis (Hobbes). Apesar de esse escopo revelar a adoção de perspectivas individualistas, buscar-se-á expor no subseqüente capítulo que o fato de descurarem da noção de Constituição como garantia e limite, é dizer, como *locus* do equilíbrio entre os poderes e da tutela de direitos individuais, permitiu a incorporação da soberania por poderes constituídos, abrindo caminho para experiências estatizantes perigosas à tutela dos direitos individuais.

¹⁵ É mister notar a improcedência de vislumbrar-se na obra de Locke uma defesa democrática da soberania popular. Como bem salienta Miguel Nogueira Brito (2000, p. 24-25): "Apesar do radicalismo das posições

políticas de Locke e das suas implicações democráticas, não é correto ver nelas uma defesa da democracia, tal como hoje a entendemos, mas antes uma afirmação do carácter essencialmente limitado do poder do Estado. Na realidade, o igualitarismo político presente no *Second Treatise* foi articulado por Locke tendo em vista a defesa do direito de resistência por todos os indivíduos numa situação em que a prioridade imediata consistia na oposição ao absolutismo”.

¹⁶ Especificamente sobre o esboço do conceito de poder constituinte permanente do povo, consigna Locke (2001, p. 518-519) que: “Embora numa sociedade política constituída, assentada sobre suas próprias bases e agindo de acordo com sua própria natureza, ou seja, para a preservação da comunidade, não possa haver mais de um *único poder supremo*, que é o *legislativo*, ao qual todos os demais são e devem ser subordinados, contudo, sendo ele apenas um poder fiduciário para agir com vistas a certos fins, CABE AINDA AO POVO UM PODER SUPREMO *para remover ou ALTERAR quando julgar que age contrariamente à confiança nele depositada*. Pois, como todo poder concedido em confiança para se alcançar um determinado fim está limitado por esse mesmo fim, sempre que este é manifestamente negligenciado ou contrariado, o encargo confiado deve necessariamente ser *retirado* e voltar às mãos daqueles que o concederam, que podem depositá-lo de novo onde quer que julguem ser melhor para sua garantia e segurança. E, portanto, a sociedade política *conserva* perpetuamente um poder supremo de salvaguardar-se das tentativas e propósitos de qualquer pessoa, mesmo de seus próprios legisladores, sempre que estes sejam tolos ou perversos o bastante para conceber e levar a cabo planos contrários às liberdades e propriedades dos súditos. (...)” (grifos em maiúsculas do autor, em itálico, meus).

¹⁷ Por outro lado, a concepção, por assim dizer, mais refinada, no sentido de que o poder constituinte do povo manifestar-se-ia por um diploma jurídico escrito e superior às demais fontes do direito, bem assim de que caberia ao Poder Judiciário, por meio do mecanismo do controle da constitucionalidade das leis, zelar pela precedência da vontade do povo sobre a dos poderes constituídos, somente se aperfeiçoará com a experiência norte-americana.

¹⁸ Veja-se, a propósito, os arts. 2 e 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art.2 – O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Art. 3 – O princípio de toda a soberania reside na nação. Nenhuma corporação ou indivíduo pode exercer uma autoridade que não emane expressamente dela”.

¹⁹ Ver seção 2.

²⁰ Ver seção 2.

²¹ Além disso, o Rei, por meio dos seus poderes de prerrogativa, era o centro da atividade do Estado, embora estivesse cada vez mais jungido à aquiescência

do Parlamento em determinadas matérias, tais como a instituição de impostos e a alienação de bens públicos. (Cf. PIÇARRA, 1989).

²² Confira-se passagem clássica de Montesquieu (1952), *verbis*: “eis, portanto, a constituição fundamental do governo de que falamos: sendo o corpo legislativo composto por duas partes, uma encadeará a outra pela mútua capacidade de impedir. Ambas estarão ligadas pelo Executivo que, por sua vez, o estará pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como pelo movimento necessário das coisas, são constrangidos a atuar, serão forçados a atuar em concerto”.

²³ Cumpre notar que, com a restauração da monarquia em 1660, por mais que o Legislativo e o Executivo viessem a, progressivamente, afirmar-se como instituições políticas independentes, havia ainda um indissociável vínculo entre as prerrogativas do Rei e a legitimidade monárquica, e as atribuições do Parlamento e a legitimidade democrática. Essa querela de legitimidades impedirá o pleno desenvolvimento da institucionalização acima referida, algo que só acontecerá com o movimento revolucionário norte-americano, que, como se sabe, floresceu em uma sociedade politicamente homogênea, livre, portanto, de amarras estamentais e de formas de legitimação do poder político diversas do princípio republicano (não havia nos EUA, p. ex., as figuras do monarca e dos aristocratas).

²⁴ Essa Declaração, que consistia em preâmbulo à Constituição de 1791, continha os princípios de filosofia política que inspiravam o espírito revolucionário. (Cf. BURDEAU, 1980, p. 297).

Confira-se, a propósito, os seus artigos 2 e 3, *verbis*: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem... (art. 2), cujo desrespeito é a única causa da desgraça dos governos (acrescenta o preâmbulo). O princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente (art. 3)”.

A tensão entre as perspectivas liberal – preestatalidade e superioridade dos direitos individuais – e democrática – carácter ilimitado da soberania do povo ou da nação – se intensifica ao percorrerem-se os demais dispositivos da Declaração. Por um lado, verifica-se um reconhecimento formal da preexistência de diversos direitos individuais, cumprindo citar, além do preâmbulo, a positivação de diversas liberdades civis, *v.g.*: nos arts. 7 a 9, típicas garantias processuais; nos arts. 10 e 11, as liberdades religiosas e de manifestação do pensamento; no art. 17, a inviolabilidade e a sacralidade do direito de propriedade, enquanto o art. 16 estabelece um conteúdo material necessário de todas as Constituições não despóticas, já que aquelas que não dispuserem da garantia dos direitos e da separação de poderes não seriam, propriamente, Constituições.

Por outro lado, nota-se a atribuição de um papel extremamente relevante à lei, porquanto os revolucionários franceses consideram-na “expressão da vontade geral” (art. 6), fonte de todas as obrigações (art. 5), única responsável pela definição de crimes e cominação de penas (arts. 7 e 8), etc.

Todavia, o caráter paradoxal da relação entre constitucionalismo e democracia parece melhor sintetizado no art. 4, pois esse dispositivo, apesar de preconizar uma presunção geral de liberdade anterior ao Estado, a qual só poderia ser limitada por igual liberdade natural dos demais indivíduos (assertiva típica de um jusnaturalismo à moda de Locke), acaba por atribuir à lei a tarefa de determinar concretamente tais limites (aproximando-se de uma perspectiva democrática).

²⁵ Sieyès (1986, p. 118-119), embora se refira ao conceito abstrato de nação, espousa entendimento análogo, ao assinalar que a nação está sujeita unicamente ao (fluido) limite do direito natural, não havendo que se falar em contenções de ordem jurídico-positiva, pois (i) não se pode cercear o poder de o soberano promover as mudanças exigidas pelo interesse geral, (ii) nem se cogitar de celebração de contrato consigo mesmo.

²⁶ Em um primeiro momento, contudo, prevaleceu na França a tese de que a soberania caberia à Nação. Ver *infra*.

²⁷ Sobre a incompatibilidade dessa noção de poder constituinte com o modelo inglês, ver seção anterior.

²⁸ Ressalte-se que Rousseau (2003b; 2003c), no *Contrato Social*, preconiza uma participação direta e ativa dos cidadãos no espaço público, considerando a soberania popular inalienável e, por conseguinte, insuscetível de representação. Assinala, por outro lado, que a condição de cidadão deveria se dar com abstração de distinções econômicas, relativas ao sexo ou à formação intelectual ou acadêmica dos indivíduos, adotando uma concepção abrangente de povo que se consubstancia em relevante antecedente teórico das lutas pelo sufrágio universal. Por sua vez, Sieyès (1986, p. 139) considera que os representantes da nação reunidos em Assembléia Nacional Constituinte em virtude de comissão extraordinária recebida do titular da soberania são “os únicos representantes da vontade geral, não têm necessidade de consultar os constituintes sobre dissensão que não existe”, muito embora prevalecesse à época o voto censitário. A respeito da abrangência do conceito de cidadão na obra de Rousseau, confira-se Paramo Arguelles ([199-]).

²⁹ Parece evidente que por trás dessa mitificação das manifestações em geral do povo soberano se encontra a arraigada crença republicana na virtude cívica dos indivíduos ou, em termos contemporâneos, no resultado inevitavelmente justo da (contrafática) participação livre, igual e ativa dos cidadãos no espaço público, que assumiria, assim, as características de um ambiente ideal de deliberação. Mitificação essa que parece ter sido reconhecida pelo próprio Rousseau, ao

asseverar que: “haveria necessidade de deuses para dar leis aos homens” (ROUSSEAU, 2003b, p. 49).

³⁰ Evidentemente que subjaz a tal perspectiva a idéia de cooriginalidade entre democracia e liberdades individuais, ou seja, de que existiria uma correlação lógico-normativa entre tais valores, porquanto sem democracia não haveria propriamente direitos (meros princípios morais carentes de validade jurídica), e só um procedimento que reconheça direitos se pode dizer, efetivamente, democrático (afastando-se de concepções formais de democracia).

³¹ Cite-se, por exemplo, entre os poderes reservados às Assembléias Primárias, as prerrogativas de referendar as leis aprovadas pelo Corpo Legislativo, de deflagrar o processo de alteração da Constituição de 1793, etc. (Cf. BURDEAU, 1980, p. 305 et seq.).

³² Considerando a realidade do voto censitário, e, via de conseqüência, a representação homogênea da burguesia no Legislativo, essa situação não era nada reconfortante às demais classes sociais, *i.e.*, aos *sansculottes*.

³³ Como anota Burdeau (1980, p. 299), a soberania pertence à Nação, que se consubstancia em pessoa jurídica distinta dos indivíduos que a integram, de modo que a sua vontade não será obtida pela soma de vontades individuais, mas pela emissão da vontade da própria Nação, cabendo ao Corpo Legislativo expressá-la. Acrescenta Hariou (1972, p. 91 et seq.) que na França prevalece a tese de que a noção unitária de Nação, e não propriamente os indivíduos isoladamente considerados, preexiste ao Estado. Aprofundando tal conceito, o Professor da Universidade de Paris salienta que os teóricos franceses inserem no conceito de Nação não apenas os elementos relativos à raça, língua, religião, etc. (típicos do conceito alemão de soberania), mas também elementos espirituais (sentimento de pertencimento ao mesmo grupo), históricos (participação dos ancestrais nos mesmos eventos históricos), a comunhão de interesses entre os nacionais, etc.

³⁴ A vinculação da validade e do conteúdo dos direitos individuais a uma normatividade superior às deliberações ordinárias dos representantes da Nação (*i.e.*: Declarações de Direitos, cujos princípios de justiça seriam inerentes à razão ou fruto de uma deliberação superior, de natureza constituinte) consistiria, ao ver dos juristas que contribuíram decisivamente para a construção do Estado de Direito legalista (notadamente, Raimond Carré de Malberg e Georg Jellinek), uma anacrônica reminiscência do contexto histórico das revoluções, o qual pressupunha, por um lado, “prestar a devida atenção a pressões contratualistas vindas da base da sociedade, e, por outro lado, criar uma tábua de valores que legitimasse os novos poderes públicos” (Cf. JELLINEK, 1973; MALBERG, 1920).

Superado no curso do século XIX, contudo, o contexto revolucionário (vide, por exemplo, a estabilidade obtida na Terceira República na França e no Segundo

Império na Alemanha), não mais se colocava a necessidade de os atores privados e públicos se legitimarem em princípios de natureza político-constitucional. A sociedade regia-se pelo Código Civil e os poderes públicos se legitimavam pelo conceito ascendente de soberania do Estado, que recuperava o sentido estatista da revolução francesa, na medida em que conferia ao Estado a condição de monopolizador da soberania política, cujo exercício se desvinculara, portanto, de qualquer influência de um sujeito pré-constituído, seja ele o monarca ou o povo. Assim, inexistindo qualquer referencial de legitimidade externo ao direito positivo, os direitos individuais eram vistos como atos soberanos de autolimitação do Estado, fundados, portanto, na soberania estatal, e dotados da certeza e da segurança que somente as leis do Estado, especialmente os Códigos e as normas do tipo regra, são capazes de prover (Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 113 et seq.).

³⁵ Tal fenômeno foi singularmente ilustrado pela assertiva de Guizot (apud VEJA, 2000, p. 44): “Se se pretende que existam ou devam existir dois poderes no seio da sociedade, um deles ordinário e outro extraordinário, um constitucional e outro constituinte, diz-se uma insensatez cheia de perigos e fatal (...) O governo constitucional é a soberania organizada. Estejam tranqüilos, senhores, nós, os três poderes constitucionais, somos os únicos órgãos legítimos da soberania nacional. Fora de nós não há mais que usurpação ou revolução”.

³⁶ Excerto de G. Berlia (apud VEGA, 2000, p. 231).

³⁷ Vale ressaltar que a noção de rigidez constitucional não integrava o modelo-padrão de Constituição no Estado de Direito legalista, pois prevaleciam à época as ditas Constituições flexíveis. É da lavra de James Bryce (1963) a tradicional distinção entre as Constituições Flexíveis e Rígidas: nas primeiras, conforme o preciso escólio de Canotilho (1992), “as leis constitucionais” só diferem das demais leis pela matéria, mas não pela hierarquia, já que o procedimento apto a produzi-las é idêntico, inexistindo óbices a que as normas constitucionais sejam alteradas a qualquer tempo pela autoridade legislativa ordinária. Assim, no caso de norma constitucional e lei superveniente entrarem em conflito, prevalece a última, precisamente por ser posterior àquela. De efeito, inexistindo supremacia, o conflito há de resolver-se mediante o critério cronológico. Já as Constituições Rígidas se distinguem pela supremacia hierárquica que ostentam em face das leis em geral, mercê de sujeitarem-se a processo de reforma mais rigoroso do que o atinente à produção de leis, de maneira que, na hipótese de conflito entre “lei constitucional” e lei ordinária, prevalece a primeira, pois, embora cronologicamente anterior, goza de maior hierarquia.

Ainda que antes do segundo pós-guerra haja experiências de submissão de Constituições a um procedimento mais dificultoso do que o legislativo

ordinário, cumpre notar que a ausência do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos dificultava a afirmação do princípio da supremacia da Constituição em sua vertente hierárquico-normativa, segundo a qual as normas constitucionais gozam de superior hierarquia jurídica em relação às demais normas jurídicas, de modo que, verificando-se o conflito entre as últimas e as primeiras, as normas infraconstitucionais contrárias à Constituição seriam consideradas inválidas.

³⁸ Como visto, considerava-se o controle jurisdicional de constitucionalidade atentatório à separação de poderes, concebida como arranjo institucional de garantia do primado da lei. Por outro lado, para além de confiar-se nas virtudes do legislador no que concerne à elucidação da vontade do povo e dos imperativos da razão, o Estado de Direito legalista conferia a soberania à *nação*, enquanto realidade histórico-natural, e não propriamente ao povo, concebido como conjunto unitário de indivíduos. Assim, à acusação de voluntarismo legislativo opõe-se uma tentativa de desdramatização da hipótese, argumentando-se que o legislador, não obstante soberano, não poderá nunca reduzir os espaços das liberdades civis para além do limite fixado pelo desenvolvimento histórico da nação. Aduz Fioravanti (2001, p. 123) que “se a sociedade nacional se desenvolve em sentido liberal, de progressiva afirmação e extensão das liberdades civis e políticas – como os protagonistas daquele tempo acreditavam firmemente, animados por uma filosofia otimista da história e do progresso –, o Estado deve seguir esta tendência, refletindo-a pontualmente na legislação. Se assim não fizesse, converter-se-ia rapidamente num corpo estranho, que a comunidade nacional rechaçaria”. Todavia, relegar-se a tutela dos direitos tão-somente ao controle extra-estadual dos eleitores ou a um determinismo histórico, salvo em contextos particularíssimos (como, *i.e.*, o inglês, à luz do que se expôs no precedente item), parece perigoso, notadamente em países cuja maturidade política e desenvolvimento sócio-econômico não hajam atingido patamares elevados. Sustentar tal tese no bojo de um sistema eleitoral em que o voto era censitário soa, todavia, a um escárnio, a uma verdadeira tentativa de encobrir-se, sob o pálio da unidade histórica da nação, a homogeneidade ideológica de um Parlamento de proprietários, inviabilizando, ao fim e ao cabo, qualquer instrumento concreto de revisão das suas decisões. De qualquer sorte, com a progressiva universalização do sufrágio e o conseqüente surgimento dos partidos de massa, será muito mais complicado reconhecer nos legisladores espelhos fiéis da nação e da história, parecendo mais factível conceber a lei como fruto da vontade política de uma maioria vencedora de um processo político cada vez mais contratualizado, circunstância que reforça, a mais não poder, a necessidade de serem estabelecidos limites constitucionais à atividade legiferante. (FIORAVANTI, 2001, p. 124-125).

³⁹ Essa instabilidade constitucional é comprovada, por exemplo, pela história política francesa que, no período de 1789 a 1875, conheceu nada menos do que treze Constituições. Sobre a evolução histórica do constitucionalismo francês, ver, por todos, Burdeau (1980, p. 293-437).

⁴⁰ Ainda que mitigada ou postergada pela redução do *demos* à classe dos proprietários e pelo embate de legitimidades monárquica e democrática, já que remanesce a forma de governo monárquica.

⁴¹ A propósito, a Declaração de Independência dos EUA, de 4 de julho de 1776, é cristalina: “Consideramos as seguintes verdades como *auto-evidentes*, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar estes direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados” (Cf. COMPARATO, 2001, p. 103, grifo nosso).

⁴² Nessa esteira, salienta Madison (2003, p. 313, 331-332): “O povo é a única fonte de poder, sendo dele que provém a Carta Constitucional, segundo a qual se distribuem os poderes dos diferentes ramos do governo (...)”. E, de forma ainda mais enfática: “A importante distinção, tão bem compreendida na América, entre uma Constituição estabelecida pelo povo e inalterável pelo governo e uma lei baixada e alterável por este parece ter sido menos observada e compreendida em qualquer outro país”.

⁴³ Cuidava-se de reuniões realizadas nas cidades da Nova Inglaterra, revelando a prática de participação direta do povo nos assuntos de interesse coletivo que ali se estabeleceu.

⁴⁴ Ackerman (1991, p. 174 et seq.), a propósito, salienta que a forma mais alta de expressão política não se acha em Assembléias regularmente constituídas com base na lei preexistente, mas por Convenções que, embora “formalmente irregulares”, precisamente por contarem com o apoio popular, vocalizam a vontade do povo.

⁴⁵ Esse modelo dualista, embora reconstruído recentemente por Ackerman, em festejada formulação, consiste em um dado da história constitucional norte-americana e é constitutivo do pensamento dos Federalistas, notadamente do de Madison (Cf. BRITO, 2000, p. 39-40).

A propósito, Bruce Ackerman (1991) defende que a Constituição é resultado de um processo de deliberação eticamente superior, *não necessariamente coincidente com o ato formal de sua elaboração*, pois, nos períodos de excepcional excitação cívica nos quais são irrompidos tais processos, os grupos afastar-se-iam dos seus interesses particulares e perseguiriam o superior interesse público.

O Professor de Yale funda, portanto, a supremacia da Constituição na circunstância de ela ter sido fruto de um processo deliberativo eticamente superior ao ordinário e no seu conteúdo intrínseco, de maneira que

esse fundamento moral justificaria, à luz do princípio democrático, a supremacia da Constituição. À luz do quanto se expôs anteriormente, nítido se afigura que esse republicanismo cívico busca inspiração no pensamento de Madison.

Ressalve-se, apenas, que a defesa de uma sucessão de distintas ordens constitucionais materiais sob a égide da mesma Constituição formal melhor se adequa ao caráter sintético das Constituições-Garantia, como a estadunidense, que, sem substancial alteração em seu texto, comportou profundas modificações durante os seus mais de dois séculos de vigência. Nesse particular, cite-se, por exemplo, a evolução do tratamento conferido aos afro-americanos (escravidão, doutrina do *equal but separate*, igualdade formal, igualdade material e políticas de ação afirmativa), a progressiva universalização do sufrágio (nesse caso e na abolição da escravidão houve alterações formais), a superação de um radical liberalismo econômico pelo advento do Estado do Bem-Estar social (New Deal de Roosevelt), o movimento de proteção dos direitos civis promovidos pela Corte de Warren, etc.

⁴⁶ Esse modo de agir se revela no conceito de *facção*, a qual, segundo Madison (2003, p. 78), seria: “um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unido e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade”. Salienta, ainda, que essa forma egoística de agir seria inerente à natureza humana em um regime de liberdade.

⁴⁷ Utilizando-se da expressão de Madison (2003) no *Federalista*.

⁴⁸ Ver os dois antecedentes itens. Na esteira do exposto, salienta Laurence Tribe (2000, p. 7) que os norte-americanos comungavam da concepção de que os direitos individuais seriam melhor protegidos pela fragmentação do poder em diversos entes estatais. Assim, construiu-se não apenas um modelo de repartição horizontal do poder entre Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também um mecanismo da separação vertical do poder entre a União e os Estados-Membros (federalismo).

⁴⁹ Nada obstante, como é notório, foram adotados (especialmente nos Estados do Sul) regimes escravocratas, para além do voto censitário, de modo que a prevalência da igualdade perante a lei e do princípio republicano deve ser temperada pela redução do *demos* à classe dos homens livres e dotados de propriedades.

⁵⁰ Ver seção 3 *in fine*.

⁵¹ Em suas palavras: “(...) a repetição desses apelos (ao povo) privaria a instituição daquele respeito que o tempo confere e sem o qual nem mesmo o melhor e mais livre dos governos manteria a necessária estabilidade”.

⁵² Ackerman (1991, p. 183 et seq.) assevera que os Federalistas adotam uma concepção semiótica acerca da representação popular por intermédio de um texto

escrito (Constituição). Isso porque o texto constitucional não considera o Parlamento a expressão real da vontade popular, o povo em si (como se poderia supor em uma perspectiva mimética), mas os seus meros representantes. A melhor forma de realização desse desiderato seria mediante a proliferação do número e das espécies de representantes do povo: “The House” representa o povo de uma determinada maneira, à vista da eleição direta dos seus membros, o Senado representa o povo de outra maneira, dada a seleção dos Senadores pelas legislaturas estaduais, e o Presidente representa o povo de uma terceira forma, tendo em vista a sua eleição pelo Colégio Eleitoral. Assim, o sistema constitucional confere a uns as virtudes que os outros não têm, competindo, *v.g.*, à House refletir qualquer comoção popular, ao Senado um juízo abalizado e ao Presidente uma ação enérgica e decisiva, impedindo que um grupo social ou órgão estatal possa se autoproclamar o legítimo representante do povo. A bem da verdade, será o embate da pretensão de cada um dos Poderes de falar em nome do povo que conterà as vicissitudes da política ordinária, viabilizando uma deliberação mais qualificada.

⁵³ Ademais, não há que se falar em predomínio do Judiciário sobre os demais departamentos estatais, pois, além de ser o “mais fraco entre os poderes”, na hipótese em tela o Judiciário se limita a preservar a vontade constituínte do povo da ação erosiva dos poderes constituídos.

⁵⁴ Para uma análise detida dessa histórica decisão, ver Nowak e Rotunda (2004, p. 3 et seq.).

⁵⁵ James Thayer (1983, p. 603), em artigo clássico, aduz que o controle jurisdicional de constitucionalidade é um resultado natural dessa experiência anterior à Guerra de Independência. Substitui-se tão-somente o soberano: não mais o Parlamento inglês, mas o povo norte-americano (*We the People*).

⁵⁶ Sobre a incorporação do conceito de Constituição pelo de soberania, ver o antecedente capítulo.

⁵⁷ Desde o surgimento do primeiro direito fundamental – a proteção contra a prisão arbitrária –, afigura-se patente a relevância da existência de um órgão estatal responsável por zelar, com independência, pela sua salvaguarda, notadamente em face da ação lesiva dos demais departamentos estatais, cumprindo ressaltar que, historicamente, coube aos tribunais tal função.

⁵⁸ A imagem também é usada por Oscar Vilhena Vieira (1999) para ilustrar especificamente a vinculação do poder de reforma às cláusulas pétreas.

⁵⁹ “(...) atai-me com laços bem apertados, de sorte que permaneça imóvel, de pé, junto ao mastro, ao qual deverei estar preso por cordas. Se vos pedir que me desligueis, apertai-me com maior número de laços” (HOMERO, 2002, p. 161).

⁶⁰ Ver também Holmes (1995, p. 134-178).

⁶¹ Ver, por todos, a crítica formulada por Jeremy Waldron (2004).

⁶² Para uma proficiente descrição desse fenômeno, ver Ackerman (1997, p. 1-20) e Ginsburg (2003).

⁶³ Refere-se às idéias de supremacia hierárquico-normativa da Constituição, rigidez constitucional e controle jurisdicional de constitucionalidade, e não a características específicas do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, como o seu caráter difuso e incidental, pois é sabido que o modelo austríaco de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato foi adotado, de forma pura ou combinada com o modelo norte-americano, em diversos países europeus. Ver, a propósito, Cappelletti (1999).

⁶⁴ Prieto Sanchís (2003) assinala, com propriedade, que as Constituições do neoconstitucionalismo, de que são exemplos a Lei Fundamental de Bonn de 1949, as Constituições da Itália de 1947, da Espanha de 1978 e a brasileira de 1988, incorporam da tradição norte-americana a idéia da supremacia hierárquico-normativa das normas constitucionais e da tradição europeia o vasto conteúdo normativo. Tais Constituições consubstanciam-se, pois, numa ousada fusão de tradições constitucionais, que tende a comprimir o âmbito de deliberação das maiores políticas.

⁶⁵ Alude-se, especialmente, à vertente da Teoria dos Princípios, erigida a partir do seminal magistério de Ronald Dworkin (2002) e desenvolvida por Robert Alexy (1997).

⁶⁶ A expressão foi consagrada na clássica obra de Bickel (1986).

Referências

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Yale Law School Occasional Papers*, Connecticut, n. 3, p. 1-20, 1997.

_____. *We the people: foundations*. Cambridge: The Belknap University, 1991.

_____. *We the people: transformations*. Cambridge: The Belknap University, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: LAPORTA, Francisco. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

- _____. *Locke e o direito natural*. Brasília: UnB, 1998.
- BRITO, Miguel Nogueira. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- BRYCE, James. *Constitutiones flexibles y constitutiones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- COMPARATTO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002.
- DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Great Britain: Cambridge University, 1979.
- FIORAVANTI, Mauricio. *Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las constituciones*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases*. Cambridge: Cambridge University, 2003.
- HALL, Hermit L. *The oxford guide to supreme court decisions*. New York: Oxford University, 1999.
- HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Campinas: Russell, 2003.
- HARIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Montchrestien, 1972.
- HOBBS, Thomas. *Leviatan: o la materia, forma y poder de una republica, eclesiastica y civil*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- HOLMES, Stephen. Pre-commitment and the paradox of democracy. In: HOLMES, Stephen. *Passions and constraints: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago, 1995.
- HOMERO. *Odisséia*. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1973.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASLETT, Peter. *Introdução aos dois tratados sobre o governo civil*. Tradução de Julio Fischer São Paulo: M. Fontes, 2001.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- _____. Dos fins da sociedade política e do governo. In: _____. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: M. Fontes, 2001b.
- MADISON, James et al. *O federalista*. Campinas: Russell, 2003.
- MALBERG, Carre de. *Contribution a la théorie générale de l'état*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.
- MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB, 1995. 1 v.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1991.
- MONTESQUIEU. *Charles de secondat: the spirit of laws*. London: W. B. Publisher, 1952.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2003.
- NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul: T. West, 2004.
- PARAMO ARGUELLES, Juan Ramon. Rousseau, estado de derecho, democracia y derechos. In: PECES-BARBA MARTINES, Gregorio et al. *Historia de los derechos fundamentales: la filosofía de los derechos humanos*. [S. l.: s. n.], [199-]. 2 v. 2 t.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- PEREZ-LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- ROSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens. In: _____. *Textos filosóficos*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. *O contrato social: princípios de direito político*. São Paulo: M. Fontes, 2003a. 1 v.

_____. *O contrato social: princípios de direito político*. São Paulo: M. Fontes, 2003b. 2 v.

_____. *O contrato social: princípios de direito político*. São Paulo: M. Fontes, 2003c. 3 v.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004a.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b.

_____. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*.

In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le tiers état*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

THAYER, James Bradley. The origin and the scope of the american doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 129, 1893.

TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. New York: New York University, 2000.

TULLY, James. *An approach to political philosophy: Locke in contexts: ideas in context*. Cambridge: Cambridge University, 1993.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Diagnóstico e perspectivas da política de recursos humanos na administração pública brasileira

Gilberto Guerzoni Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. A experiência recente. 4. Questões específicas sobre as políticas de pessoal. 4.1. Carreira. 4.2. Remuneração. 4.3. Teto. 4.4. Regime jurídico. 4.5. Admissão de pessoal. 4.6. Estabilidade. 4.7. Gerenciamento. 5. Evolução das despesas e do quantitativo de pessoal. 6. Considerações finais.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo fazer um diagnóstico da situação da política de recursos humanos na Administração Pública, especialmente naquela da União.

Para isso, o texto é dividido em três partes. Na primeira, busca-se traçar um quadro histórico da nossa Administração Pública, com ênfase nos últimos três mandatos presidenciais.

Em seguida, busca-se desenvolver, de forma qualitativa, a situação em que se encontram algumas questões pontuais da política de pessoal, quais sejam, carreiras, remuneração e teto remuneratório, regime jurídico, admissão de pessoal, estabilidade e gerenciamento.

Finalmente, faz-se uma análise quantitativa envolvendo o número de servidores e a despesa de pessoal do Poder Executivo da União, a partir da estabilização de economia, no ano de 1995, o que coincide com os três últimos mandatos presidenciais

Não é objetivo deste trabalho dar receitas para os problemas da gestão de pessoal na Administração Pública brasileira, es-

Gilberto Guerzoni Filho é Consultor Legislativo do Senado Federal.

pecialmente porque acreditamos que elas não existam.

Efetivamente, os problemas da Administração Pública são complexos e profundos e não há solução fácil para eles. Principalmente, não há solução legislativa que os equacione – salvo, eventualmente, para a solução de algumas pequenas questões pontuais.

O problema é cultural e somente pode ser resolvido no longo prazo, com uma diretriz estratégica e com continuidade de políticas.

2. Breve histórico

A preocupação com a organização sistemática dos recursos humanos na Administração Pública brasileira vem, pelo menos, da década de 1930.

Efetivamente, as primeiras tentativas nessa direção seguem-se à Revolução de 1930, em um período em que o Governo, fruto do esgotamento do modelo de Estado existente até então, percebe a necessidade da organização do poder público de forma eficiente. Trata-se de exigência do próprio crescimento da complexidade da ação estatal. Vale registrar que os anos 1930 são marcados pelo fato de que o Governo passa a atuar em novas áreas. É sintomática a criação dos Ministérios da Educação e Saúde Pública e do Trabalho, Indústria e Comércio. A atividade de elaboração e implementação de políticas públicas começa a exigir maior especialização e profissionalismo.

Isso se reflete na Carta Constitucional de 1934, que é a primeira a trazer um título específico para os funcionários públicos.

Dentro do processo de modernização do Estado, o Governo Federal fez aprovar a Lei nº 284, de 1936, que iniciou a sistematização do Serviço Público Federal; adotou os critérios então conhecidos para organização de pessoal; deu partida ao processo de classificação de cargos, separando os efetivos dos em comissão, excluindo estes das carreiras; organizou uma grade de remuneração dos

cargos públicos; e criou o Conselho Federal do Serviço Público Civil, primeiro órgão voltado especificamente para a gestão da função administração no Brasil.

Em 1938, o Conselho Federal do Serviço Público Civil dá origem ao Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que avançou no sentido de uma sistematização das normas sobre o pessoal civil, consolidando-se o instituto do concurso público e o da estabilidade, e estabelecendo, no Serviço Público Federal, normas modernas de gestão da coisa pública.

O processo de redemocratização que se iniciou a partir da queda do Estado Novo trouxe consigo um desvirtuamento dos trabalhos até então desenvolvidos pelo DASP. Sob pressão do funcionalismo, a Constituição de 1946, no art. 23 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, efetivou os funcionários interinos e extranumerários, admitidos sem concurso público.

A primeira grande tentativa de profissionalizar a Administração Pública não fora suficiente para afastar toda uma tradição de que o serviço público é importante moeda de troca no jogo político-partidário.

Apesar disso, o funcionalismo público ganhou, em 28 de outubro de 1952, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, com a promulgação da Lei nº 1.711. A norma estatutária passou a reger o trabalho no serviço público e o concurso público tornou-se a regra geral de admissão.

Esses princípios foram, entretanto, sistematicamente burlados em toda uma série de diplomas legais posteriores.

Vale citar, aqui, a Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, que determinou a efetivação de todos aqueles que, à época, contavam com cinco anos no serviço público.

Essa Lei representou o último grande e, talvez, definitivo golpe no sistema de mérito para acesso e desenvolvimento no Serviço Público, cuja implantação foi tentada pelo DASP, a partir de sua criação em 1938, coroando um processo que teve início com a estabilização concedida aos

interinos e extranumerários pela Carta de 1946. As conseqüências da Lei nº 4.069, de 1962, foram tanto mais graves na medida em que ensejaram o enquadramento, como servidores públicos, de boa parte dos contratados para trabalhar na estrutura administrativa extraordinária e paralela à máquina regular, montada pelo Governo Federal para a construção e instalação da nova Capital Federal. Todo esse processo fez com que, no início da década de 1960, estivesse a Administração Federal inchada e incapaz de realizar, de forma eficiente e eficaz, as suas obrigações.

É importante registrar a situação peculiar do Governo Juscelino Kubitschek, que se elege com um ambicioso programa de atuação, o Programa de Metas, que reflete a necessidade da intensificação da ação do Estado no domínio econômico. O Governo, diagnosticando a incapacidade da máquina administrativa de implementar as políticas públicas propostas, ao mesmo tempo em que não pode alterar, pelas exigências de sua base político-parlamentar, o perfil do serviço público, profissionalizando-o e retirando dele a influência político-partidária, constrói uma estrutura administrativa paralela, para dar efetividade às suas políticas públicas. São os chamados “Grupos Executivos”, que, apesar de seu significado, não perenizam a sua atuação sobre a máquina pública.

A partir dos Governos Militares, surgidos como conseqüência do Movimento de 1964, inicia-se uma nova tentativa de modernização da Administração Pública brasileira. As exigências do desenvolvimento econômico apoiado na intensa ação do Estado colocam na ordem do dia a necessidade de uma Administração Pública capaz de formular e implementar políticas públicas altamente complexas e sofisticadas, para as quais, a estrutura existente não estava preparada.

Como cerne do diagnóstico do problema enfrentado pelo serviço público, colocava-se a necessidade de tornar a máquina ad-

ministrava mais ágil, mais próxima dos critérios existentes para a iniciativa privada, o que possibilitaria aumentar a sua eficiência e eficácia. Acreditava-se, na época, que um dos fatores que dificultavam o desempenho do serviço público prendia-se à pouca flexibilidade permitida pelo Estatuto aprovado pela citada Lei nº 1.711, de 1952.

Assim, a partir de 1967, facultou-se à Administração Federal admitir servidores pela Consolidação das Leis do Trabalho, ao lado daqueles estatutários.

Nesse contexto foi editado o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, no campo da Administração Pública, sistematizou as diretrizes de Governo e que representa, ainda hoje, um dos mais completos e articulados diplomas legais existentes, no Brasil.

O Decreto-lei nº 200, de 1967, também dentro da idéia de aproximar a Administração Pública dos princípios que norteavam a organização da iniciativa privada, consolidou a presença, na máquina pública, das fundações criadas e mantidas pelo Poder Público (já utilizadas em grande escala pelo Presidente Juscelino Kubitschek na organização de Brasília), definidas como entidades de direito privado e, como tal, não sujeitas às normas da Administração direta e autárquica relativas à admissão de pessoal.

Efetivamente, o Decreto-lei nº 200, de 1967, carrega, ao lado de seu aspecto técnico, um forte viés autoritário, excluindo a ação do Poder Executivo de controles do Poder Legislativo e da sociedade civil.

De sua parte, a utilização do regime celetista, celebrado como o moderno, em contraposição ao estatutário, arcaico, teve tal sucesso que, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei nº 1.711, de 1952.

O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foi sem concurso público

e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por um processo seletivo simplificado, no qual não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Esses servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta. De fato, algumas fundações não passavam de verdadeiras intermediárias de mão-de-obra, aproveitando-se do fato de que não precisavam admitir por concurso e tinham ampla liberdade de fixação da remuneração de seus servidores. Ainda hoje, é possível observar, nos quadros de algumas fundações, um número desproporcional de servidores cedidos à Administração direta, alguns que durante longo tempo, inclusive, somente tinham comparecido à sua entidade de origem, quando muito, para assinar o contrato de trabalho. Esse processo ocorreu, igualmente, na Administração direta e nas autarquias, com as chamadas tabelas especiais.

Impõe-se, aqui, observar que diversas empresas públicas e sociedades de economia mista, também criadas ou ampliadas em profusão durante a década de 1970, foram utilizadas como intermediadoras de mão-de-obra para a Administração direta, à semelhança das fundações. Algumas chegaram e ainda chegam a possuir mais da metade de seus empregados prestando serviços na Administração direta, além de ser comum a existência de “falsas empresas”, que somente adotaram essa personalidade jurídica para fugir de controle, uma vez que não exercem atividades com qualquer característica empresarial.

Também dentro do processo de modernização, foi promulgada a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Esse diploma legal foi, igualmente como o Decreto-Lei nº 200, de 1967, fundamental para a reorganização da Administração Pública Federal, e

representou a mais completa e a melhor sistematização e classificação de cargos até então feita.

A tentativa modernizadora intentada a partir do Decreto-lei nº 200, de 1967, e dentro da qual se insere a Lei nº 5.645, de 1970, cujos méritos são inegáveis, acabou tendo como resultados o contrário do pretendido. É importante registrar que isso não ocorreu por uma distorção da implantação da reforma, mas pelos erros de seus pressupostos, demonstrados no longo prazo.

A máquina administrativa emerge do período dos Governos militares absolutamente desestruturada. Cresceu o número de servidores, grande parte deles contratados sem qualquer forma de controle. Não se constituiu uma burocracia orgânica; pelo contrário, constituiu-se a chamada tecnocracia, no sentido em que as funções de alta direção burocrática passaram a ser ocupadas por técnicos não ligados à Administração direta, não vinculados à burocracia tradicional, organizada em carreiras.

Além disso, a autonomia alcançada pelas fundações e pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, admitida e suportável no período de crescimento econômico, atingiu níveis insuportáveis para as finanças públicas no período de crise de financiamento do Estado que se seguiu, na década de 1980. Começaram a ser criados mecanismos crescentes de controles sobre essas entidades.

Ocorre a completa desmoralização do concurso público e de todos os sistemas institucionais de mérito para admissão e progressão na Administração Pública.

As tentativas de flexibilização levadas adiante, se bem-sucedidas no início, fracassam justamente por não conseguirem constituir um mecanismo permanente de controle dos entes descentralizados e pela inexistência da constituição de uma administração organizada.

A partir do processo de redemocratização, com o Governo Tancredo Neves/José Sarney, ensaiou-se uma nova tentativa de

modernização da Administração Pública. Nesse sentido, colocou-se a discussão da necessidade de unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos, do fortalecimento da Administração direta e do restabelecimento integral do instituto da estabilidade.

O que ocorreu, entretanto, foi um aprofundamento da desestruturação da Administração Pública Federal, com a utilização intensiva do cargo público como moeda política e a não adoção de qualquer tipo de política sistemática para os recursos humanos, inclusive como decorrência da aceleração inflacionária.

Na Constituinte de 1987/88, caminhou-se no sentido da aprovação da unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos, erigida em norma constitucional no art. 39 da Lei Maior, e do fortalecimento dos controles sobre a Administração Pública.

É preciso reconhecer que, pela primeira vez, de forma inequívoca, o concurso público foi explicitado como única forma de acesso ao cargo e ao emprego público. Até então a norma do concurso público sempre permitia mecanismos que devam condições à sua burla. Na Carta de 1946, a exigência de concurso restringia-se aos cargos de carreira, liberando a nomeação para os cargos isolados. Na Carta de 1967, a exigência de concurso existia apenas para o primeiro provimento em cargo, permitindo a ascensão funcional e a livre contratação de servidores pelo regime celetista.

A partir daí, pela primeira vez, a lei e a jurisprudência vêm garantindo, no campo do Direito Administrativo brasileiro, o primado absoluto do concurso público específico como forma de acesso ao serviço público efetivo.

Apesar disso, o texto constitucional também cometeu grave deslize no sentido de dificultar o caminho da Administração Pública rumo à sua institucionalização, ao determinar, no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a estabilização daqueles que estivessem há

cinco anos no serviço público, repetindo o que já tinham feito as Constituições de 1946 (art. 23 do ADCT) e de 1934 (art. 169).

As Constituições estaduais foram ainda mais longe. A do Estado do Acre determina a estabilidade do servidor que contar cinco anos de exercício na data de sua publicação, sem qualquer exceção, dando margem à estabilização de empregados de estatais e ocupantes de cargos temporários. As da Bahia, do Ceará, do Maranhão e do Rio Grande do Norte estabilizaram, explicitamente, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Constituição de Santa Catarina estabilizou os servidores admitidos em caráter transitório e nem mesmo exigiu que os cinco anos de exercício para obtenção do direito fossem continuados.

No Piauí, todos os servidores admitidos até seis meses antes da promulgação da Constituição, inclusive a título de prestação de serviços, ganharam estabilidade, somente podendo ser demitidos se, submetidos a concurso público de provas e títulos, não lograssem aprovação.

Em Minas Gerais, foram estabilizados os servidores das empresas públicas e sociedade de economia que prestavam serviços à Administração direta.

A Lei Orgânica do Distrito Federal facultou aos empregados das estatais, que optaram pelo regime celetista quando da transformação de seus órgãos em empresas, retornar à situação anterior.

É necessário registrar que diversos desses dispositivos foram derrubados pelo Supremo Tribunal Federal por inconstitucionalidade.

No Governo Fernando Collor, iniciou-se uma gestão absolutamente errática, com resultados, na prática, catastróficos para a Administração Pública.

O Governo começa com a busca da diminuição do tamanho da máquina administrativa, mediante a redução das estruturas administrativa – pela privatização e extinção e fusão de órgãos e entidades – e

do pessoal – pela dispensa de servidores não estáveis e pela colocação dos estáveis em disponibilidade remunerada.

Essa política revelou-se voluntarista e pouco eficaz, mostrando a ausência de um projeto coerente para a área de Administração Pública.

Além disso, uma série de derrotas políticas e no Judiciário tornou a economia de recursos pretendida absolutamente pífia.

No que se refere à disponibilidade com remuneração proporcional do tempo de serviço, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o Decreto nº 99.300, de 15 de junho de 1990, que a instituiu e obrigou o pagamento de remuneração integral a todos os afastados.

Ademais, o Governo Collor acabou sendo obrigado a promulgar o novo Estatuto dos servidores públicos da União, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, diploma legal extremamente generoso em suas concessões e que foi ainda expandido com a derrubada dos vetos que haviam sido apostos pelo Presidente da República a alguns de seus dispositivos.

O mais grave dessa Lei foi o seu art. 243, que promoveu a efetivação dos celetistas, certamente a grande responsável pelo sério desequilíbrio nas despesas com inativos na folha de pagamento de pessoal da União. Basta observar que, apenas no período de um ano que se seguiu à vigência do novo estatuto, aposentaram-se, pelo Tesouro Nacional, cerca de 50 mil servidores, o triplo do que seria de esperar numa situação normal. A esmagadora maioria desses servidores, provavelmente mais de 90 por cento, vindos do Regime Geral de Previdência Social, tinha feito os seus descontos previdenciários dentro das normas daquele regime e, assim, sem qualquer contribuição para tal, ganhou aposentadoria integral, muitas vezes acrescida de incentivos e com períodos do tempo de serviço contados em dobro, e corrigida, para sempre, por qualquer reajuste ou vantagem, de qualquer natureza, concedidos aos ativos.

O Governo Itamar Franco marcou a sua gestão, na área da Administração Pública, pela busca de ser um anti-Collor, com resultados igualmente trágicos. O período é marcado pelo atendimento de demandas corporativas dos servidores e pela concessão da anistia àqueles desligados do setor público no período anterior, iniciando-se um processo ainda não concluído, em torno do qual os Governos vêm apresentando uma política pendular.

Sobre esse tema é sintomático observar como se processou a anistia durante o Governo Itamar Franco.

A Lei nº 8.878, de 1994, resultado da Medida Provisória nº 473, de 1994, determina que *é concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido (...) exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado*. Ocorre que, como regra, salvo se houvesse alguma característica excepcionalíssima, a Comissão Central de Anistia criada à época, deferia todos os pedidos com argumento de que havia motivação política porque havia uma política do Governo Federal de redução de quadros.

3. A experiência recente

O ano de 1995 marca o início de um novo período, com a estabilização da economia.

A estabilização é um marco importante para a análise das políticas de pessoal porque efetivamente exige do gestor público a adoção de políticas mais conseqüentes para a gestão da folha de pagamentos. Nos períodos de inflação elevada, como os vividos recentemente, era não apenas difícil como dispensável a adoção de uma gestão responsável da despesa pública, uma vez que qualquer erro podia ser facilmente corrigido pela inflação dos meses seguintes.

A política de pessoal desenvolvida pelo Poder Executivo da União no pós-1995 é marcada por três períodos claramente definidos, coincidentes com os três mandatos presidenciais ocorridos.

O primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que vai de 1995 a 1998, carrega, indiscutivelmente, o selo do projeto elaborado pelo seu Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, o professor Luiz Carlos Bresser Pereira.

O próprio nome grandiloquente do Ministério responsável pela área de Administração Pública é sintomático do que se pretendia. Desde o início da sua gestão, o Ministro Bresser Pereira se dedicou à elaboração de um plano estratégico para a gestão pública no Brasil, buscando traçar objetivos de longo prazo para ela, a partir de uma análise baseada em substrato histórico e teórico.

Essas idéias são consubstanciadas numa série de documentos teóricos, que têm o seu coroamento no chamado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado”, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República e nas propostas de emenda à Constituição da Reforma Administrativa.

O objetivo é permitir a superação da “administração burocrática”, visando à implantação da chamada “administração gerencial” que enfatiza os valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e o desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. Nesse tipo de administração, a estratégia administrativa por excelência passa a ser a definição dos objetivos e o controle *a posteriori* dos resultados, com inspiração na administração de empresas. Nesse sentido, a proposta do Governo considera necessário corrigir o chamado retrocesso burocrático, trazido pela Constituição de 1988, que paralisou as tentativas arquitetadas a partir do fim da década de 1960, com a promulgação do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Segundo Bresser Pereira (1988, p. 246):

“[A Constituição] sacramentaria os princípios de uma administração pública arcaica, burocrática ao extremo. Uma administração pública altamente centralizada, hierárquica e rígida, em que toda a prioridade seria dada à administração direta e não à indireta. A Constituição de 1988 ignorou completamente as novas orientações da administração pública. Os constituintes e, mais amplamente, a sociedade brasileira revelaram nesse momento uma incrível falta de capacidade de ver o novo. Perceberam apenas que a administração burocrática clássica, que começara a ser implantada no país nos anos 30, não havia sido plenamente instaurada. (...) Não perceberam que as formas mais descentralizadas e flexíveis da administração, que o Decreto-lei nº 200 havia consagrado, eram uma resposta à necessidade de o Estado administrar com eficiência as empresas e os serviços sociais. (...)”

Consideram-se como símbolos desse retrocesso a exigência de regime jurídico único para os servidores públicos, a estabilidade e a rigidez do instituto do concurso público.

É inegável que, pela primeira vez em 30 anos, a União possuía uma proposta estratégica para a Administração Pública no Brasil. Havia um objetivo a alcançar no longo prazo com essa reforma. Isso foi avanço porque, pela primeira vez em três décadas, podíamos ao menos discordar da política para a Administração Pública. Anteriormente isso seria impossível porque o governo federal simplesmente não tinha uma estratégia definida.

E é importante registrar que temos restrições a respeito da proposta. Há, aqui, em nosso entendimento, dois grandes problemas. O primeiro é que o modelo teórico construído para explicar as mazelas da Administração Pública brasileira, por mais elogios que ele mereça por sua profundidade e consistência interna, não tem relação com a realidade.

À Administração Pública brasileira não falta flexibilização, mas, pelo contrário, entendemos que a solução para o equacionamento dos graves problemas por que passa a Administração Pública brasileira somente poderá ocorrer se se caminhar no sentido da sua institucionalização, da consolidação de uma burocracia efetiva, permanente.

O segundo problema de fundo é que a Reforma Administrativa baseia-se em algo que pode ser denominado na “lógica da eficiência”. Essa lógica vê a eficiência como um princípio quase absoluto e que se deve sobrepor aos demais. Trata-se de um princípio com um forte viés autoritário, que caminha na mesma linha do discurso que condena o processo legislativo e o devido processo legal como entraves ao bom andamento da coisa pública. Numa democracia o processo decisório é, necessariamente, lento e envolve o equacionamento dos diversos interesses encontrados na sociedade. Nesse sentido, a burocracia está indissociavelmente vinculada à democracia. Além de tudo, a “lógica da eficiência”, conforme pode ser observado na História recente do País, demonstrou o seu fracasso no médio prazo, uma vez que ela, por buscar se sobrepor à legalidade e à impessoalidade, conspira contra si própria, na medida em que ela se esgota rapidamente, deixando uma herança de não institucionalização e voluntarismo.

Voltando à proposta Bresser (1998), do ponto de vista da organização das carreiras na Administração Pública, adota-se, de forma explícita, uma perspectiva matricial, na qual convivem categorias horizontais, que exercem funções comuns a todo o serviço público, nos diversos órgãos e entidades, e verticais, que são responsáveis pelas funções específicas. Trata-se de um modelo que permite uma gestão mais reacional, eliminando o pagamento de remunerações diferentes para a mesma atividade e reduzindo as pressões políticas por isonomia. Na verdade, é importante registrar que não se trata de modelo novo, mas da continuidade do que fora estabelecido pela acima citada Lei nº 5.645, de 1970.

Ao mesmo tempo, dentro da estratégia macroeconômica do Governo, em relação à qual o Ministério da Administração não tem qualquer reparo e que é coerente com o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado”, buscava-se o controle da folha de pagamento, mediante a redução de quadros e a não concessão, durante todo o período, de reajustes gerais para o funcionalismo público, privilegiando apenas algumas carreiras consideradas estratégicas para a implantação do novo modelo de Administração Pública visado.

Além disso, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado toma providências no sentido de reformar a Lei nº 8.112, de 1990, a fim de retirar dele uma série de concessões, como licenças especiais, incorporação de vantagens e adicionais. O processo se iniciou com a edição da Medida Provisória nº 831, de 18 de janeiro de 1995, e teve o seu encerramento com a Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que altera nada menos do que 65 artigos daquele Estatuto, além de modificar outras leis correlatas. Essa foi uma providência fundamental para garantir o controle das despesas com pessoal e eliminar o que era conhecido como o aumento vegetativo da folha de pagamentos.

O projeto estratégico explicitado no “Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado”, entretanto, não sobreviveu à saída do Ministro Bresser Pereira do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e sua transferência para o Ministério da Ciência e Tecnologia, ocorrida no segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Talvez, uma das causas disso tenha sido um erro de estratégia da gestão Bresser (1998), de investir grande esforço na aprovação da proposta de emenda à Constituição da Reforma Administrativa, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, cujos resultados práticos podem ser considerados pífios, relegando um investimento mais forte em uma mudança cultural na Administração Pública.

Efetivamente, o segundo mandato de Fernando Henrique, que se estendeu de 1999 a 2002, foi marcado, na área de Administração Pública, por um certo retorno à situação anterior de inexistência de um plano estratégico para o setor, substituído por um conjunto de iniciativas, algumas vezes confusas e erráticas, mas quase sempre eficazes, visando à redução de despesas a qualquer custo.

A própria posição institucional da área de Administração Pública no organograma do Governo é sintomático dessa mudança, com a extinção do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e a absorção de suas Secretarias pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O controle das despesas continuou bem-sucedido, apesar de termos assistido, no período, ao pagamento da extensão administrativa de alguns passivos judiciais, como o chamado "28,86%", referente à isonomia com reajuste dado aos militares em 1993, e que foi estendido a todos os servidores civis do Poder Executivo pela Medida Provisória nº 1.704, de 30 de junho de 1998, e o do chamado "3,17%", referente a resíduo do reajuste linear concedido, em janeiro de 1995, aos servidores públicos pela Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, e estendido pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001.

Mantém-se, também, a política de não concessão de reajustes gerais ao funcionalismo, bem como o deferimento de vantagens e gratificações para categorias específicas. Nesse ponto, há uma diferença com relação ao primeiro mandato, uma vez que, tendo em vista a falta de projeto estratégico para a Administração Pública, a definição de que carreira atender dependia muito mais da respectiva força política do que de seu papel institucional.

Chegamos, mesmo, a assistir, no fim do Governo, a recuos na política de organização matricial das carreiras, com a edição das Leis nºs 10.410, de 11 de janeiro de 2002, que *cria e disciplina a carreira de Especialista*

em Meio Ambiente, e 10.483, de 3 de julho de 2002, que *dispõe sobre a estruturação da Carreira da Seguridade Social e do Trabalho no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências*. Esses atos, na verdade, não criam carreiras para o exercício de atividades específicas, mas se destinam, na prática, a conceder reajustes remuneratórios diferenciados a servidores que têm exercício em determinado órgão, abrindo possibilidade para pressões políticas localizadas por aumentos e uma verdadeira corrida entre os diversos órgãos e entidades públicas para obter vantagens para os seus servidores.

Além disso, o Governo viu-se obrigado, no ano de 2002, a conceder aumento geral para os servidores públicos, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.061, impetrada pelos Partidos dos Trabalhadores (PT) e Democrático Trabalhista (PDT). Obedecendo a decisão judicial citada, editou-se a Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, que *regulamenta o inciso X do art. 37 da Constituição, que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais*, e, pela primeira vez desde 1º de janeiro de 1995, deferiu-se reajuste geral de 3,5% para o funcionalismo público, pago a partir de 1º de janeiro de 2002.

A posse do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 1º de janeiro de 2003, marcou uma alteração na política de administração de pessoal do Poder Executivo da União.

Apesar de a área de Administração Pública continuar localizada no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ocorreu uma significativa mudança no perfil dos seus gestores.

Esses dirigentes que, via de regra, eram originados de carreiras ligadas à área econômica do Governo, foram substituídos por pessoas com formação mais ligada aos setores sindicais.

O grande marco desse fato está na criação da chamada “Mesa Nacional de Negociação Permanente”, destinada a, conforme definiu o então Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão Guido Mantega quando de sua instalação em 16 de junho de 2003, promover “negociação sindical” institucional entre o Governo e os servidores públicos.

Dentro das “negociações” feitas no âmbito desse sistema, foram editados, nos anos de 2003 a 2006, bem mais de uma centena de diplomas legais concedendo reajustes diferenciados a diversas categorias do funcionalismo público. Aqui, diferentemente do feito anteriormente, as vantagens foram atribuídas não apenas a umas poucas carreiras ou categorias, mas, praticamente, a todas elas, variando o seu valor conforme a força política de cada uma.

Além disso, em processo que é, sem dúvida, coerente com a lógica sindical adotada, amplia-se a criação das carreiras verticais, por órgão, atingindo, por exemplo, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), pela Lei nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), pela Lei nº 11.090, de 7 de janeiro de 2005.

Por outro lado, é interessante observar que, ao mesmo tempo, o novo Governo opta por não conceder reajustes gerais aos servidores públicos. Apesar da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, anteriormente citada, que resultou de provocação do principal partido político agora no Governo, decide-se deferir aos servidores públicos reajuste geral simbólico de 1% no ano de 2003 e ignora-se totalmente o tema no ano de 2004. Em 2005, é apresentado o Projeto de Lei nº 4.825, concedendo reajuste geral de 0,1% aos servidores públicos. O projeto é, simplesmente, relegado pela Câmara dos Deputados. A Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, primeira encarregada de dar parecer sobre a matéria, devolve-a à Mesa sem manifestação. Até o

momento, também não há qualquer providência do Poder Executivo sobre o tema.

Ao mesmo tempo, no tocante à questão do quantitativo de pessoal, o atual Governo também promove significativa alteração nas diretrizes até então adotadas, passando a permitir a admissão de um número maior de servidores efetivos no quadro do Poder Executivo da União.

Podemos, então, afirmar que se podem, claramente, distinguir, no período analisado, três diferentes posturas do Poder Executivo da União em relação à política de gestão de pessoal.

O primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso associa um projeto estratégico para a Administração Pública com uma postura de controle rígido das despesas de pessoal, enquanto, no segundo mandato, se abandona o projeto estratégico, mantendo-se, ainda que de forma errática, o controle sobre a folha de pagamentos. Finalmente, com a posse do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, assume-se uma visão sindical da gestão de pessoal, na qual se misturam a intenção de expandir o quadro de pessoal e, ao mesmo tempo, atender a pressões das parcelas mais organizadas do funcionalismo por reajustes. As conseqüências desse “modelo” sinalizam, sem dúvida, para o aumento das despesas com pessoal, como será visto adiante, e ainda estão para ser adequadamente sentidas.

4. Questões específicas sobre as políticas de pessoal

4.1. Carreira

Na verdade, com exceção da Diplomacia, não há carreiras, em sentido estrito, no serviço público federal brasileiro. Isso ocorre porque não há qualquer forma de correlação entre o nível que o servidor ocupa na sua pretensa carreira e as funções que exerce. Da mesma forma, não se exigem diferentes habilidades ou treinamento específico – aqui com exceção do Magisté-

rio, que exige formação acadêmica formal – para a promoção.

Na prática, os servidores integrantes de carreiras ocupam cargos isolados, cuja remuneração se altera no decorrer do tempo. Como se convencionou dizer, com saúde e paciência, todos chegarão ao fim de sua carreira.

Efetivamente, hoje, não se pode dizer que exista nem mesmo uma adequada classificação de cargos no âmbito do Governo Federal.

As carreiras têm sido usadas, tão-somente, como formas de aumentar a remuneração de seus integrantes, sem qualquer correlação com as funções a serem desempenhadas ou com as necessidades da máquina pública.

Assim, muitas vezes, como, por exemplo, vem ocorrendo com a área de seguridade social, carreiras se sucedem, sem que as que as antecederam sejam, sequer, implantadas.

É o caso da carreira Previdenciária, criada pela Lei nº 10.355, de 2001, sucedida pela carreira do Seguro Social, instituída pela Lei nº 10.855, de 2004, e da carreira da Seguridade Social e Trabalho, criada pela Lei nº 10.483, de 2002, sucedida pela carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, na forma da Medida Provisória nº 301, de 2006.

Trata-se, ademais, como já se tinha comentado anteriormente, de atos que se destinam, na prática, a conceder reajustes remuneratórios diferenciados a servidores que têm exercício em determinado órgão, abrindo possibilidade para pressões políticas localizadas por aumentos e uma verdadeira corrida entre os diversos órgãos e entidades públicas para obter vantagens para os seus servidores. No caso acima referido, temos, mesmo, a criação de carreiras diferentes para servidores que exercem funções similares, apenas por as exercerem em entes diversos – na hipótese, o Ministério da Previdência Social e o Instituto Nacional do Seguro Social.

Esse tipo de arranjo, como regra, não apenas dificulta a mobilidade de servidores de atividades de apoio quando se promove a reestruturação da Administração Pública, como tem impedido a diferenciação entre as atividades fim e meio dos órgãos e entidades.

A situação se torna ainda mais grave nos Poderes Legislativo e Judiciário e no Ministério Público que criam carreira única para seus servidores, como se não houvesse distinção entre as atividades exercidas pelos servidores daqueles órgãos.

Ou seja, verifica-se que não há como falar de uma política de carreiras na Administração Pública Federal. A sua organização tem funcionado, apenas, na melhor das hipóteses, como instrumento para a definição dos níveis remuneratórios dos servidores públicos.

4.2. Remuneração

De uma forma geral, pode-se afirmar que a realidade remuneratória no serviço público federal é absolutamente caótica e segue, em boa parte, uma lógica invertida, remunerando, de forma relativa, melhor as funções menos importantes e pior as mais importantes.

O discurso da isonomia foi, em boa parte, responsável por essa realidade, uma vez que se travestiu da busca de um igualitarismo quase absoluto.

Vale comentar que esse tipo de distorção é ainda mais presente nos Poderes Legislativo e Judiciário, onde, se as remunerações dos cargos mais elevados podem ser consideradas elevadas, a dos cargos mais elementares não merecem outro adjetivo do que “indcentes”.

E a situação não tem melhorado. Na verdade, como já se comentou acima, a política remuneratória do Governo Federal tem tido, como regra, um comportamento errático.

A única diretriz que parece claramente presente no período recente, é a da não concessão de reajustes gerais ou, quando

muito, de sua concessão sempre abaixo da perda do poder aquisitivo da moeda, em índices quase simbólicos.

Essa prática, tendo em vista a irracionalidade da distribuição das remunerações, não pode ser considerada equivocada quando se tem uma economia relativamente estável, considerando que a reposição plena da inflação nada mais faria do que consolidar e agravar os problemas existentes.

Como também já se comentou, o que tem sido feito nos últimos anos é a concessão de aumentos diferenciados por categorias, quase sempre mediante a criação de gratificações, que, via de regra, são variáveis de acordo com o desempenho

Efetivamente, no entanto, essa característica das vantagens tem sido usada muito mais para tentar não estendê-las ou estendê-las em valor reduzido aos inativos e pensionistas do que para quantificar desempenho.

Na verdade a tradição no serviço público tem sido a de escapar da obrigação de proceder à avaliação dos servidores. Assim, como regra, as gratificações de desempenho são, quase sempre, deferidas em seu valor máximo possível, mesmo pela dificuldade de quantificar as metas.

Mesmo sob as regras adotadas no serviço público federal de obrigar uma certa normalização da curva de distribuição desse tipo de vantagem*, tem-se buscado evitar a avaliação, seja por um processo de revezamento, seja por uma equalização dos valores.

Essa prática parece repetir-se em outras experiências. Em Minas Gerais, por exemplo, em avaliação de desempenho individual, feita em cerca de 100.000 servidores públicos por 18.000 avaliadores, 99% deles obtiveram conceito excelente ou bom. Apenas 658 servidores obtiveram conceito

* Tem sido comum a determinação de que as avaliações sejam feitas em escala de 0 a 100 pontos e que o respectivo desvio-padrão deva ser maior ou igual a cinco e a média aritmética das avaliações individuais seja menor ou igual a noventa e cinco pontos, considerado o conjunto de avaliações em cada unidade de avaliação.

regular e exatos 46%, conceito insuficiente (VILHENA, 2006, p. 184-185).

De outra parte, vale comentar que, conforme já foi tratado anteriormente, a concessão de vantagens aos servidores públicos tem sido muito mais fruto de negociações do que da adoção de uma política remuneratória estratégica.

Trata-se de, em nosso entendimento, grave distorção, uma vez que substitui a lógica do interesse público pela do interesse corporativo e sindical.

Além disso, o tema da negociação exige alguns breves comentários. É fundamental registrar que não existe, em sentido estrito, um mecanismo de negociação coletiva entre a Administração Pública e essas entidades.

Isso porque, dentro do nosso atual ordenamento constitucional, qualquer acordo que eventualmente pudesse resultar de uma imaginada negociação não teria qualquer validade, já que a concessão de qualquer vantagem para os servidores públicos é matéria de reserva legal, dependente, inclusive, da existência de recursos orçamentários para a sua concretização. Trata-se do reconhecimento da dificuldade de compatibilizar, na Administração Pública, a lógica da negociação sindical com a do interesse público, que deve presidir os atos do Poder Público.

De sua parte, a modificação da remuneração dos servidores públicos do Poder Executivo é de iniciativa privativa do Chefe daquele Poder, que é o único juiz da conveniência e oportunidade de se proceder a ela, não havendo como obrigá-lo a encaminhar mensagem ao respectivo Poder Legislativo nesse sentido.

Ou seja, não é possível a existência de negociação coletiva, *stricto sensu*, entre a Administração e seus servidores nem que o Estado submeta a sua decisão sobre a matéria ao funcionalismo. Qualquer proposta de reajuste ou concessão de vantagens para os servidores públicos, do ponto de vista formal, representa a iniciativa política do Poder Executivo e não uma negociação.

Ademais, não está o Poder Legislativo, em sua análise, vinculado, de nenhuma maneira, a qualquer tipo de acordo que tenha, eventualmente, ocorrido.

Ademais, cabe observar que, tendo em vista o perfil sindical dos negociadores do Governo, não há, efetivamente, uma negociação. Todos os presentes à mesa, na prática, representam os servidores.

4.3. Teto

A questão do teto remuneratório merece, normalmente, um grande espaço no debate sobre as reformas da Administração Pública. Efetivamente, a mídia dá ao tema relevo desproporcional e considera que as mudanças constitucionais são imprescindíveis para o equilíbrio das contas públicas.

O problema das remunerações exageradas atinge todos os entes da Federação. Entretanto, impõe-se registrar que a sua origem não tem matriz constitucional. Na quase totalidade das vezes, deriva-se de leis mal feitas, de incorporações de gratificações aos vencimentos, da extensão exagerada de vantagens aos servidores, muitas vezes nas próprias Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, bem como da falta de atuação da Administração, tanto na defesa judicial, como na eliminação de pagamentos indevidos feitos aos servidores.

Esses excessos, no âmbito da União, vêm sendo, em alguns casos, eliminados nos últimos anos, sem necessidade de alteração constitucional, o que vem permitindo manter a estabilidade das despesas de pessoal.

O problema parece-nos, essencialmente, de legislação infraconstitucional e de inação, quando não de cumplicidade dos Governos. Impõe-se a todos os entes federados expurgar os excessos contidos em sua legislação e buscar a eliminação dos valores pagos ilicitamente.

Efetivamente, o estabelecimento de um teto remuneratório nada mais é do que a confissão da absoluta incapacidade de promover uma política remuneratória minimamente razoável.

Além disso, o estabelecimento de tetos remuneratórios na Constituição não resolve o problema das remunerações excessivas. No máximo, mitiga-o, por permitir, em tese, que todos os servidores atinjam o teto, o que, certamente, não atende o interesse público.

Mais, o teto nunca poderá ser absoluto e sempre permitirá alguma forma de sua ultrapassagem, seja licitamente, seja pelo seu contorno.

Além disso, cria-se uma mentalidade na qual teto não é um limite mas um objetivo para a remuneração.

Na verdade, parece-nos que a discussão sobre tetos remuneratórios acaba sendo útil apenas para ocultar um debate mais sério e complexo sobre a política remuneratória de uma forma geral.

4.4. Regime Jurídico

No que diz respeito à questão do regime jurídico dos servidores públicos, cabe discuti-la com cuidado. É comum a existência de ferozes críticas à obrigatoriedade constitucional de implantação do regime jurídico estatutário para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, sob o argumento de que este teria provocado o engessamento geral da Administração Pública e retirado toda a sua flexibilidade, necessária em vista de sua diversidade.

Não foi por outro motivo que se justificou a alteração feita pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, retirando a obrigatoriedade do regime jurídico único do art. 39 da Constituição.

Na verdade, a implantação do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, como são a Administração direta, as autarquias e as fundações públicas, entretanto, parece-nos de difícil compatibilidade com o princípio da legalidade e da reserva legal das matérias relativas a servidores públicos. Observe-se, ainda, que, de conformidade com o que dispõe o art. 169 da Lei Maior, a definição de direitos e vantagens de servidores públicos depende da capacidade orçamentária do Estado.

A matéria já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492-DF, que trata da suspensão de dispositivos do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, a Lei nº 8.112, de 1990, que facultava ao servidor público o direito à negociação coletiva e ao ajuizamento coletivo na Justiça do Trabalho. Naquele feito, o Relator, o Ministro Carlos Velloso, afirmou que *a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, é de iniciativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, 'a'), como é de iniciativa privativa do Presidente da República a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (CF, art. 61, § 1º, II, 'c'). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração assentam-se na lei, mesmo porque legalidade constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (CF, art. 37).*

Ou seja, a relação entre os servidores públicos e o Estado não é de natureza contratual. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 20-21):

“Em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual. De início, entendido como contrato de direito público, afinal, prevaleceu o entendimento correto, que nega caráter contratual à relação e afirma-lhe natureza institucional. Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de

retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico.

O conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não é determinado por via consensual. Não decorre de uma produção da vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. É certo que não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional. É necessária a posse, através da qual o nomeado aceita o cargo e exprime um compromisso de bem servir, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre ele e o Estado. Há, efetivamente, um acordo, mas este diz respeito, unicamente, à formação do vínculo. Cinge-se a ele. Limita-se a expressar sua concordância em inserir-se debaixo de uma situação geral e abstrata. Não atinge, nem pode atingir, o conteúdo da relação formada, pois este não se encontra à sua disposição como objeto de avença. Falta à relação de função pública aquela ‘transfusão de vontades’ que, na feliz expressão de Clóvis Beviláqua, caracteriza o contrato.”

Cabe ainda observar que, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, adotar o regime trabalhista para os seus servidores significa renunciar ao direito de legislar sobre a matéria, uma vez que cabe privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, conforme o inciso I do art. 22 da Lei Maior.

Mesmo se ultrapassado o problema da constitucionalidade da instituição do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, há sérios problemas com relação à sua conveniência e custo.

De início, ele cria sérios problemas de gestão para os órgãos e entidades públicas,

quando obriga a convivência de dois regimes de conformação absolutamente diversa, levando, muitas vezes, à existência, no mesmo espaço, de servidores executando idêntica função, mas submetidos a regras totalmente diversas. Trata-se de problema vivenciado intensamente pela Administração Pública nas décadas de 1970 e 1980, quando havia essa convivência.

De outra parte, o estabelecimento pelo Estado de relações bilaterais com seus servidores pode traduzir-se em sérias restrições para a Administração. A principal delas é que a relação contratual não pode ser alterada unilateralmente, ao contrário daquela estatutária, o que impede a conformação da relação entre a Administração e seus servidores de acordo com o interesse público.

De outra parte, a relação trabalhista tem lógica diversa da relação administrativa, baseia-se em pressupostos distintos. Por exemplo, enquanto para a Administração Pública exige-se o princípio da legalidade, no Direito do Trabalho predomina a questão fática. Se, para o Direito Administrativo, o fundamental é o interesse público, no trabalhismo impera a defesa do hipossuficiente. Essas questões fazem com que haja grande dificuldade no julgamento de feitos trabalhistas envolvendo entes de Direito Público. Exemplos desse tipo de problema podem ser encontrados à exaustão durante o período em que vigeu o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para a Administração direta, autárquica e fundacional. E esse fato, inclusive, tende a se agravar com a tendência de reduzir a formalidade da relação trabalhista, hoje em voga.

No que diz respeito aos custos, é importante observar que, ao contrário do que se apregoa, o regime trabalhista é mais oneroso para a Administração do que o estatutário. Isso se deve não apenas aos encargos incidentes sobre a folha de pagamentos, mas, especialmente, pelo seu caráter contratual – que, conforme dito acima, não permite que ele sofra alterações unilateralmente – e geral, nacional – que

impede a sua adaptação às especificidades de cada ente federado, mesmo da União. A questão previdenciária, que tornava o regime mais oneroso, foi equacionada pelas Emendas Constitucionais nºs 20, de 1998, e 41, de 2003, que instituíram um regime previdenciário para os novos servidores públicos extremamente similar, em seus custos, ao regime geral.

Aqui, vale comentar a questão relativa à propalada flexibilidade permitida pelo regime da CLT, em comparação com o estatutário. Na verdade, o que permite a flexibilidade é o regime de Direito Privado, uma vez que, independentemente do regime de seus servidores, a Administração Pública e seus agentes submetem-se, por imposição constitucional e por princípio institutivo, ao ditame da legalidade, só podendo agir de acordo com a lei, sob o risco de cometer desvio de poder.

Ou seja, a flexibilidade encontrada na iniciativa privada no trato com os seus empregados não se deve à utilização de um determinado regime. Deve-se às suas características. Ao administrador privado, contrariamente ao administrador público, é facultado fazer tudo, exceto aquilo que lhe é vedado pela lei. Assim, desde que respeitada a lei e os contratos – que são lei entre as partes –, pode o empresário contratar e demitir livremente os seus empregados, fixar-lhes remuneração e alterá-la.

Não é a situação da Administração Pública, em que somente se pode fazer aquilo que é determinado pela lei, que define mesmo os limites da discricionariedade do administrador público, cujos atos, inclusive aqueles discricionários, sujeitam-se aos princípios da impessoalidade, moralidade e motivação, sendo nulos se contiverem vícios que atinjam esses princípios.

Na verdade, do ponto de vista da Administração Pública, o regime estatutário, como se viu, é o mais flexível, por ser unilateral. Isso fica evidente, por exemplo, com a edição da citada Lei nº 9.527, de 1997, que alterou quase um terço dos dispositivos

da Lei nº 8.112, de 1990, retirando vários de seus excessos. A Lei nº 9.527, de 1997, por exemplo, extinguiu a licença-prêmio e a conversão de um terço de férias em pecúnia e tornou mais rígida a concessão de diversas vantagens e licenças. Se o regime fosse celetista e, conseqüentemente, contratual, isso não poderia ter sido feito unilateralmente.

Efetivamente, o que buscam muitas das críticas ao regime estatutário na Administração Pública é o retorno à situação anterior, de não-institucionalização da relação entre o Estado e seus servidores, quando os dirigentes tinham total autonomia para admitir, fixar remuneração, promover, ascender e até dispensar. Trata-se de procedimento que, além de ferir os princípios basilares da Administração Pública, conduz, como conduziu no passado, ao grande crescimento da despesa pública.

É preciso atentar, aqui, se se pretende, de fato, combater a existência do regime estatutário, como conceito, ou se se ataca o princípio quando o problema é o estatuto vigente. Não se pode pretender o fim do conceito constitucional pelos eventuais defeitos da sua regulamentação. Mais ainda, sem se verificarem as conseqüências que o fim da relação estatutária poderia trazer para as finanças públicas.

4.5. Admissão de pessoal

Como já se comentou anteriormente, o período posterior à Constituição de 1988 representa a primeira vez, na história administrativa do Brasil, que o concurso público se tornou a única forma de acesso ao cargo público permanente.

Aqui, também, são comuns críticas ao instituto sob o argumento de que ele promove um enrijecimento excessivo da Administração Pública. Em nosso entendimento, aplicam-se a essas críticas as mesmas observações feitas com relação ao regime jurídico.

As regras do concurso público não podem ser alteradas, sob o risco de repetir o

retrocesso já vivido em 1946 e intensificado na década de 1970.

O concurso público é, de um lado, garantia da moralidade e da impessoalidade da gestão da coisa pública e exigência básica do direito de acesso de todos os cidadãos à função pública, de conformidade com a sua capacidade. De outra parte, trata-se, ainda, da melhor forma de permitir à Administração Pública a escolha dos melhores.

Condena-se o concurso público como inadequado para a escolha de candidatos para tarefas simples ou para atividades de grande complexidade. O problema é a incapacidade de se organizarem concursos adequados.

Acusa-se o concurso, por exemplo, de impossibilitar a contratação de trabalhadores para funções braçais. Cabe perguntar, apenas, se não houver concurso como será a seleção. Dificilmente poderá ser feita levando em conta o princípio da impessoalidade.

De certa forma, parece-nos que, sobre o tema, se pode parafrasear Churchill: o concurso público é a pior forma de acesso ao serviço público, à exceção de todas as outras que já foram experimentadas.

Vale, aqui, fazer algumas observações sobre a chamada ascensão funcional, que é a possibilidade de um servidor passar de um cargo a outro mediante alguma forma de concurso interno.

Esse instituto, julgado inconstitucional a partir da Constituição de 1988, é considerado por alguns e, particularmente, pelas entidades representativas dos servidores públicos como fundamental para garantir carreiras no serviço público.

Em nosso entendimento, o instituto da ascensão não se justifica, uma vez que se o servidor é competente para ter acesso ao cargo mais elevado, ele lhe é dispensável; se é apenas para facilitar esse acesso, em desrespeito ao princípio isonômico com os demais cidadãos, ele é indefensável e representa mera garantia corporativa.

A ascensão desatende aos dois princípios que justificam a existência do concurso público: o direito de igualdade no acesso

ao cargo público e a obrigação de a Administração escolher, sempre e de forma impessoal, o melhor para o desempenho de determinada função.

Além disso, a ascensão gera um problema de desestímulo no desempenho das funções de nível mais elementar, que perdem o seu significado, transformadas em meros canais de acesso para aquelas mais complexas.

Em nosso entendimento, a simples supressão do concurso público ou a sua flexibilização traria conseqüências deletérias para a Administração Pública, uma vez que teria como resultado a paralisação do processo de institucionalização do serviço público que vem tomando corpo, lentamente e contra uma grande resistência, desde a edição da Carta de 1988.

4.6. Estabilidade

As discussões acerca do instituto da estabilidade do servidor público devem ser feitas levando em conta o seu fundamento. Servidor público deve ser estável porque isso é importante para garantir a continuidade, a eficiência, a eficácia e a probidade da Administração Pública, não porque esse é um direito da categoria.

É preciso reconhecer, entretanto, que, apesar da clara diferença das duas situações – a estabilidade do servidor público visa a garantir os direitos da coletividade, enquanto a estabilidade no emprego na iniciativa privada justifica-se pelos direitos devidos aos trabalhadores –, hoje, é possível encontrar, especialmente, mas não unicamente, nas reivindicações das entidades representativas dos servidores públicos, uma confusão entre os dois institutos, que, entretanto, não se confundem.

Assim, a estabilidade do servidor somente se justifica se ela assegura, de um lado, a continuidade e a eficiência da Administração e, de outro, a legalidade e impessoalidade da gestão da coisa pública. Assim, ela não pode ser vista, apenas, como garantia de emprego do servidor. Ao

contrário, a sua existência, antes de atender o servidor, tem que atender o interesse público que se sobrepõe àquele.

O surgimento do instituto da estabilidade dos servidores públicos vincula-se assim, aos próprios princípios da Administração Pública. Nesse sentido, a estabilidade justifica-se na medida em que assegura à Administração condições de levar a cabo as suas finalidades. Ou seja, a estabilidade no serviço público não pode ser entendida como um princípio que se esgota em si mesmo.

A permanência do servidor no serviço público surge na medida em que o Estado moderno verifica a necessidade e conveniência de continuidade da ação administrativa, de formação de quadros estáveis e competentes de servidores que possam conduzir à eficiência e eficácia da gestão da coisa pública. Ao mesmo tempo, a estabilidade revela-se como garantia da autonomia do servidor diante de pressões ilegítimas sobre o seu trabalho.

Certamente, não se pode afirmar que, no Brasil, a concessão de estabilidade ao servidor público não tenha, diversas vezes, extrapolado o limite do interesse público, guiando-se, muitas vezes, pelas pressões do momento, como ocorreu na sua extensão descuidada feita por quase todas as nossas constituintes. A estabilidade muitas vezes confundiu-se com um prêmio devido ao servidor público, exclusivamente pelo fato de ele ocupar um cargo ou emprego na Administração Pública.

Apesar disso, a nossa legislação sempre previu que o servidor público, mesmo o formalmente estável, podia perder o cargo, desde que tivesse dado causa para tal.

Estabelece o art. 40 da Constituição que o servidor admitido por concurso é estável após três anos de exercício, só perdendo o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou, conforme dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, mediante procedimento de

avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Observa-se, então, que, salvo a hipótese introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não prevê a Constituição as hipóteses em que o servidor estável pode perder o seu cargo, mas, tão-somente, como. Cabe, daí, à lei especificar as hipóteses em que pode haver perda do cargo e disciplinar o processo administrativo. Claro que a lei não pode listar hipóteses absurdas para a perda do cargo. Por exemplo, ela não tem a faculdade de dizer que perderá o cargo o servidor que se vestir de cinza ou marrom. Mas, certamente, podia ela dizer que perderá o cargo o servidor que não cumprir as suas obrigações.

Aliás, a lei não apenas pode, mas deve dizer isso. E, como regra, todos os estatutos dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios já dizem isso.

No tocante à alteração feita pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o que ocorreu – em mais um dos seus equívocos – foi, simplesmente, constitucionalizar a possibilidade de perda de cargo por servidor estável em razão de insuficiência de desempenho, apurada mediante procedimento de avaliação periódica, na forma que lei complementar vier a estabelecer. A alteração apenas tornou mais difícil a demissão por insuficiência de desempenho, por exigir uma nova lei – complementar e até o momento não editada – para disciplinar a matéria.

De toda forma, as limitações existentes para a demissão de servidores que dão causa para tal derivam de um problema muito mais complexo e envolve a nossa cultura política e administrativa. O fundamental aqui é a decisão política de se abrirem os processos administrativos e de se proceder às punições decorrentes.

Certamente, é possível alterar a lei para regulamentar de forma mais adequada para tornar o processo administrativo mais ágil e flexível e menos oneroso.

Inicialmente, simplificando, radicalmente, o processo de apuração e punição de faltas leves e, quanto às faltas graves, impõe-se retirar os excessos do processo administrativo disciplinar.

De fato, as nossas normas processuais são tão complexas que o que ocorre é que a Administração dificilmente tem condições de mobilizar tantos recursos para a punição de faltas, o que acaba conduzindo à tolerância e omissão das chefias, num procedimento que, certamente, não atende o interesse público, uma vez que premia o mau funcionário.

Não se trata, aqui, de retirar o direito de defesa, mas evitar que o mau funcionário seja beneficiado com mecanismos procedimentais intermináveis, que fazem com que a punição de um servidor estável tenha que levar anos para ser aplicada, consumir dezenas ou até centenas de horas de trabalho de vários outros servidores e constituir autos que, muitas vezes, atingem vários quilogramas de peso, obrigando a Administração a despender esforços que seriam muito melhor canalizados na busca do atingimento de suas finalidades.

Entretanto, repetimos, o fundamental nessa matéria é a decisão política de se procederem às punições e à adequada gerência. Apesar de algumas falhas, como acima descrito, existe legislação rígida para a punição do mau servidor e do incompetente que, na maior parte das vezes, tão-somente, não é aplicada.

Observe-se, confirmando a tese espousada, que as Administrações, como regra, nem exoneram aqueles servidores que demonstram ineficiência em seu estágio probatório, cuja avaliação quase nunca é feita de forma adequada.

Além disso, já existe, mesmo, norma que permite a exoneração de servidores públicos, quando a despesa de pessoal superar certos limites.

Trata da alteração promovida pela referida Emenda Constitucional nº 19, de 1998 – e talvez a única feita por ela com algum efeito prático –, no art. 169 da Constituição.

Temos aqui mudança qualitativa importante que modifica conceitualmente o instituto da estabilidade, uma vez que, diferentemente dos demais casos até então existentes, permite-se que um servidor estável perca o seu cargo sem ter dado causa para isso.

Permite-se, na norma, que, superados limites estabelecidos em lei complementar para as despesas com pessoal, possam ser exonerados servidores estáveis. A sua aplicação da norma transcrita exige dois tipos de regulamento, ambos já providos.

O primeiro é uma lei complementar definindo limites para a despesa de pessoal da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essa exigência foi suprida pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que *estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). O outro regulamento exigido é o que prevê a edição de uma lei ordinária estabelecendo normas gerais para a exoneração dos servidores estáveis. Trata-se da Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999, que *dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências*.

Mesmo com essa legislação, verifica-se que não há dispensa de servidores públicos. Na verdade, já não havia a dispensa dos servidores não-estáveis – na União tentada no Governo Collor e revertida a partir do Governo Itamar Franco, como já se comentou.

Ou seja, também nesse aspecto, o problema é muito mais político e gerencial do que de legislação.

4.7. Gerenciamento

Chega-se, agora a uma questão que, em nosso entendimento, representa o ponto central da situação da Administração Pública brasileira. A sua total falta de capacidade gerencial.

Trata-se de problema que é grave na União e nos grandes Estados e Municípios e que atinge um grau de tragédia nos pequenos.

Efetivamente, a forma de escolha dos dirigentes públicos no Brasil é absolutamente caótica e errática.

A ausência de carreiras, em sentido estrito, conforme comentado anteriormente, não estabelece as condições mínimas para a instituição de um corpo dirigente permanente.

A tentativa feita, no período Bresser, de retomar a seleção de carreiras para a alta gerência falhou por não trabalhar, absolutamente, a inserção de seus integrantes da máquina administrativa. Eles eram e são, ainda, simplesmente selecionados e lançados nos órgãos e entidades, sem comando central. O que acaba ocorrendo é que a sua integração fica à mercê de relações interpessoais e corporativas.

Nem mesmo o instituto da estabilidade, ainda que altamente generalizado – talvez mais do que em qualquer outro país –, produziu na nossa Administração Pública uma efetiva continuidade. A Administração brasileira, malgrado a estabilidade no serviço público alcançada por seus servidores, padece de uma instabilidade funcional de grandes proporções. As mudanças constantes de direção nos órgãos e entidades conduzem ao que é denominado *dança de cadeiras*. Mesmo que o quadro dirigente não se modifique no total, as pessoas estão, a cada momento, em um determinado órgão ou entidade. Assim, a estabilidade acaba sendo inútil para assegurar continuidade e permanência.

Assim, o nosso sistema de recrutamento de dirigentes, na prática, é absolutamente aberto, permitindo ao Governo liberdade ampla na seleção dos gerentes. Ocorre que isso é feito sem qualquer tipo de diretriz centralizada ou não.

Não há critérios explícitos para orientar a escolha de gerentes e, em decorrência, não há qualquer forma de avaliação de seus resultados, além, estritamente, do requisito da confiança, o que faz com que esses postos se tornem mera moeda de negociação política, quando não político-partidária.

Ao mesmo tempo, a ausência da idéia de continuidade no serviço público, bem como a falta de mecanismos institucionais de aferição de mérito para admissão e progressão, fazem com que o nível de exigência, pelas gerências, acerca da qualidade do serviço prestado seja extremamente baixo.

Essa combinação leva à total ausência de gerência no serviço público, o que é responsável, em nosso entendimento, em boa parte pela sua presente situação.

5. *Evolução das despesas e do quantitativo de pessoal*

Postas essas questões de ordem qualitativa, passemos a verificar como as políticas de gestão de pessoal afetaram, quantitativamente, as despesas e o quantitativo de pessoal no Poder Executivo da União.

Os dados têm como fonte documentos divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda (STN/MF) e pelas Secretarias de Recursos Humanos (SRH/MP) e de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP). São, todos eles, documentos públicos que podem ser encontrados nos sítios da *Internet* desses órgãos, respectivamente, <www.stn.fazenda.gov.br>, <www.servidor.gov.br> e <www.comprasnet.gov.br>.

Os dados relativos ao ano de 2006 que têm origem na SRH/MP consideram como referência o mês de setembro daquele ano,

tendo em vista ser essa a informação mais recente divulgada por aquele órgão.

Nas tabelas que informam valores monetários, é apresentada, além da sua variação nominal, a sua evolução real, utilizando-se como deflator o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Quando os dados são anuais, adotou-se o IPCA medido de julho do ano anterior a junho do ano respectivo.

A primeira conclusão importante é que os dados permitem constatar que as mudanças na política de pessoal do Governo Lula, comentadas acima, já provocam efeito importante.

Inicialmente, verifica-se, facilmente, que houve, recentemente, um claro aumento do número de servidores públicos efetivos.

De fato, a partir de 2003, ano em que se inicia o presente Governo, houve uma inversão da tendência de redução no número total de servidores públicos civis da União, que vinha-se verificando desde o início do Governo anterior, em 1995.

O aumento do número de servidores públicos deriva, essencialmente, do aumento das admissões por concurso público e da expansão dos cargos em comissão, quando, também, se inverte a política anterior, de não reposição de quadros na Administração Pública.

Isso tudo fica evidente na tabela e nos gráficos a seguir.

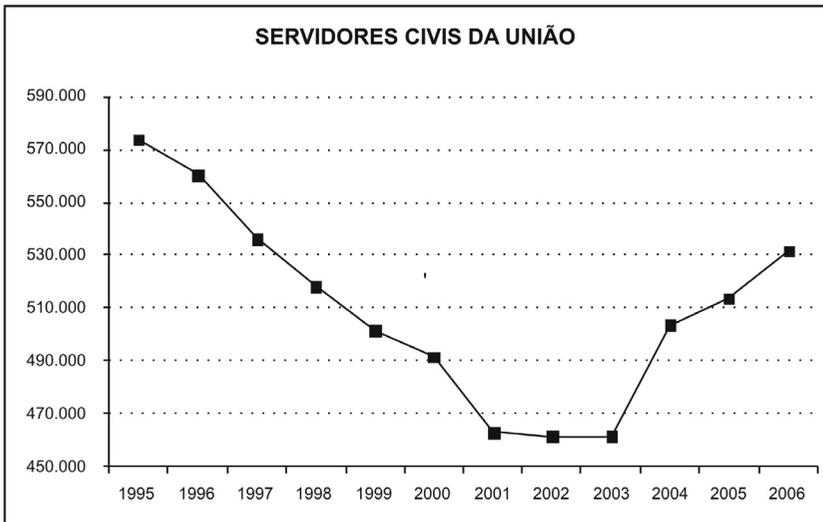
*Número de servidores e admissões por concurso
(em dezembro de cada ano de 1995 a 2004 e novembro de 2005)*

Ano	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Número de servidores	573.894	560.662	536.327	518.454	501.571	491.565
Admissões por concurso	19.675	9.927	9.055	7.815	2.927	1.524
Ano	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Número de servidores	463.291	461.416	461.748	503.762	513.587	531.660
Admissões por concurso	660	30	7.220	16.122	12.453	19.594

Fonte: Boletim Estatístico de Pessoal - SRH/MP

Quando se trata da questão das despesas de pessoal, verifica-se o seu aumento a partir

do ano de 2004, derivada, não apenas, do crescimento do número de servidores, como



também da concessão de reajustes a diversas categorias, questões já comentadas acima.

É importante registrar que o aumento de despesa se acelerou fortemente no ano de 2006 (o que, vale comentar, tem continuado no ano de 2007, conforme mostram dados disponíveis referentes às despesas de pessoal de janeiro a maio de 2007, que traduzem um crescimento de 13,9% relativamente a mesmo período do ano anterior), tendo em vista que tivemos, naquele ano, a edição de diversos atos concedendo rea-

juste a, praticamente, todas as categorias do Poder Executivo da União. Segundo as exposições de motivos desses atos, em dados compilados por Marcos Mendes, os reajustes terão impacto de 7,8 bilhões de reais em 2006 e mais de 5,7 em 2007.

De outra parte, muitos desses reajustes foram concedidos mediante gratificações cuja extensão para os inativos e pensionistas foi reduzida. Ocorre que há uma grande possibilidade de essas vantagens serem estendidas, por decisão judicial, aos

aposentados e aos pensionistas que ainda têm direito à paridade por força do art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e que são a grande maioria deles. Assim, é provável que assistamos, em razão disso, a um aumento das despesas previdenciárias dos servidores públicos. Trata-se de processo que, com certeza, não ocorrerá no curto prazo, tendo em vista a demora na tomada de decisões judiciais definitivas. Entretanto, não é exagero afirmar que se pode estar armando mais uma “bomba de efeito retardado”, similar aos casos acima referidos dos “28,86%” e dos “3,17%”.

Observe-se, ainda, que, quando separarmos as despesas exclusivamente destinadas a pessoal civil ativo do Poder Executivo

– que permitem visualizar, de fato, o efeito das políticas de pessoal daquele Poder –, fica mais evidente o seu crescimento real.

Todas essas informações estão explicitadas na tabela e nos gráficos que se seguem. É importante chamar a atenção para o fato de que foram retirados dos dispêndios com pessoal os valores relativos à contrapartida previdenciária da União (classificada como *obrigações patronais* ou *despesa entre órgãos do orçamento*), considerando, de um lado, que se trata de despesa meramente contábil, uma vez que não destinada a nenhum tipo de fundo ou entidade diferenciada, e, de outro, que a sua manutenção provocaria distorção na série, a partir de 2004, tendo em vista que esses valores sofreram signi-

*Despesas com pessoal do Poder Executivo e receitas correntes da União
(valores nominais em R\$ 1.000)*

Ano	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Despesa Total	27.054.389	29.906.540	32.619.863	33.511.841	37.063.085	41.607.890
Despesa com Pessoal Civil	19.386.304	20.925.702	22.692.570	22.277.474	25.359.601	28.187.635
Despesa com Pessoal Militar	8.561.413	10.052.750	10.890.087	12.392.388	12.919.447	14.697.531
Despesa com Pessoal Civil Ativo	10.788.361	11.502.869	12.425.972	11.101.477	13.198.055	15.128.173
Receita corrente líquida da União	69.574.363	86.038.086	96.324.693	112.415.371	129.141.507	145.110.650
Receita corrente total da União	127.093.577	156.830.020	175.269.845	200.455.308	218.020.921	252.518.504

Ano	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Despesa Total	46.277.608	52.968.050	56.471.862	62.368.599	71.902.630	79.255.711
Despesa com Pessoal Civil	29.521.259	33.747.017	37.895.718	43.231.703	49.771.719	55.416.275
Despesa com Pessoal Militar	18.310.412	20.933.697	20.202.590	21.575.636	22.560.300	25.894.627
Despesa com Pessoal Civil Ativo	16.092.688	18.425.427	19.365.263	23.286.810	26.627.861	33.648.002
Receita corrente líquida da União	167.739.102	201.927.320	224.920.164	264.352.998	303.015.775	344.731.433
Receita corrente total da União	289.410.918	343.074.988	384.477.011	450.589.981	527.324.578	584.067.471

(valores reais deflacionados pelo IPCA - 1995=100)

Ano	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Despesa Total	100	95,09	96,91	96,28	103,06	108,07
Despesa com Pessoal Civil	100	92,85	94,09	89,32	98,41	102,17
Despesa com Pessoal Militar	100	101,01	102,24	112,51	113,53	120,63
Despesa com Pessoal Civil Ativo	100	91,72	92,58	79,98	92,03	98,54
Receita corrente líquida da União	100	106,38	111,28	125,59	139,64	146,56
Receita corrente total da União	100	106,15	110,85	122,60	129,05	139,62

(valores reais deflacionados pelo IPCA - 1995=100)

Ano	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Despesa Total	111,97	119,04	108,87	113,37	121,84	129,10
Despesa com Pessoal Civil	99,68	105,84	101,96	109,67	117,70	125,97
Despesa com Pessoal Militar	140,00	148,67	123,08	123,93	120,81	133,29
Despesa com Pessoal Civil Ativo	97,64	103,84	93,63	106,15	113,16	137,45
Receita corrente líquida da União	157,82	176,46	168,62	186,86	199,67	218,36
Receita corrente total da União	149,06	164,13	157,79	174,35	190,22	202,52

Fonte: Boletim Estatístico de Pessoal – SRH/MP, para 1995 a 2005, e Estatísticas de Despesas de Pessoal – Execução Orçamentária – STN/MF, para 2006.

Obs.: exclui, nas despesas de pessoal, as relativas a obrigações patronais.



ficativo aumento com a edição da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, gerando aumento artificial na contabilidade das despesas de pessoal.

Aqui, é importante chamar a atenção para o fato de que os reajustes concedidos ao Poder Executivo acabam alimentando fortes demandas dos outros Poderes. Nesse sentido, têm sido editadas leis aumentando a remuneração dos servidores da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União e do Poder Judiciário, todas categorias que, como regra, já têm remunerações bastante elevadas.

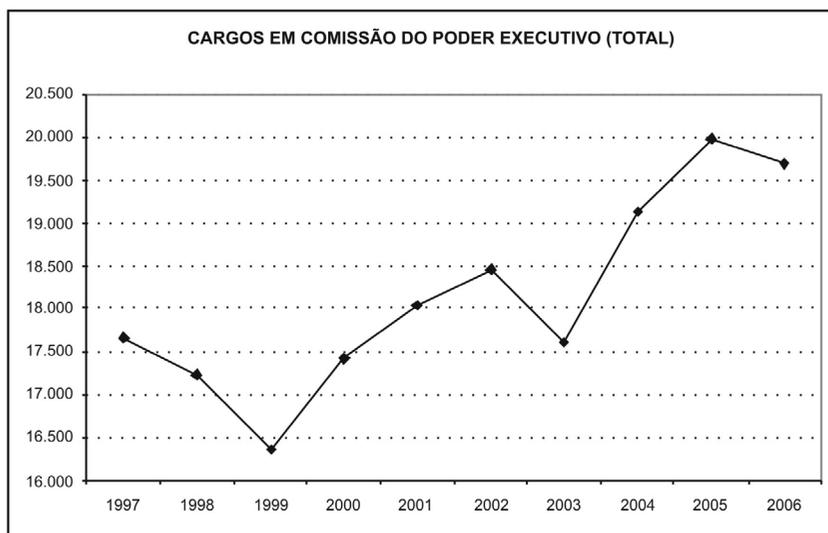
Ainda na área de pessoal, verifica-se que houve, também a partir do ano de 2004, um aumento significativo no número de cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS). Vale ressaltar que o aumento ocorreu, especialmente, nos DAS 4, 5 e 6, e nos cargos de natureza especial (NES) os mais elevados hierarquicamente e de melhor remuneração, cuja ocupação permite a concessão de outras vantagens, como auxílio-moradia para os seus ocupantes.

Os dados estão na tabela abaixo.

É importante ressaltar que o impacto da expansão dos cargos em comissão tem

NÚMERO DE CARGOS EM COMISSÃO DO GRUPO DAS E DE NATUREZA ESPECIAL										
(em dezembro de cada ano de 1997 a 2005 e setembro de 2006)										
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
DAS-1	6.820	6.554	5.681	6.503	6.665	6.733	6.551	6.761	7.054	6.786
DAS-2	5.943	5.678	5.313	5.442	5.615	5.703	4.658	5.213	5.480	5.331
DAS-3	2.472	2.490	2.690	2.826	2.828	2.954	3.055	3.420	3.509	3.524
DAS-4	1.682	1.716	1.810	1.866	2.073	2.158	2.341	2.651	2.785	2.869
DAS-5	558	607	666	606	662	672	772	852	911	936
DAS-6	132	138	146	146	152	154	182	186	186	192
NES	51	53	60	37	39	76	50	53	50	52
DAS-4 a 6 e NES (Nº)	2.423	2.514	2.682	2.655	2.926	3.060	3.345	3.742	3.932	4.049
DAS-4 a 6 e NES (%)	13,72%	14,59%	16,39%	15,24%	16,22%	16,59%	19,00%	19,55%	19,68%	20,56%
TOTAL	17.658	17.236	16.366	17.426	18.034	18.450	17.609	19.136	19.975	19.690

Fonte: Boletim Estatístico de Pessoal – SRH/MP





reflexos negativos não apenas na despesa mas também nas condições gerenciais: amplia-se o número de pessoas sem vínculo institucional com a administração pública, ligadas a interesses de curto prazo de grupos políticos específicos.

Tem-se argumentado que o crescimento do número de servidores efetivos e em

comissão deriva da substituição de pessoal contratado temporariamente e terceirizado.

Entretanto, essa informação não chega a ser confirmada pelos dados disponíveis. No tocante ao número de contratos temporários, observa-se o crescimento da tendência do seu aumento, já encontrada no Governo anterior, conforme a tabela e gráfico abaixo.

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA							
(em dezembro de cada ano)							
1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
10.868	12.463	12.969	15.588	20.323	23.594	28.661	24.281

Fonte: Estatísticas de Despesas de Pessoal – Execução Orçamentária – STN/MF.



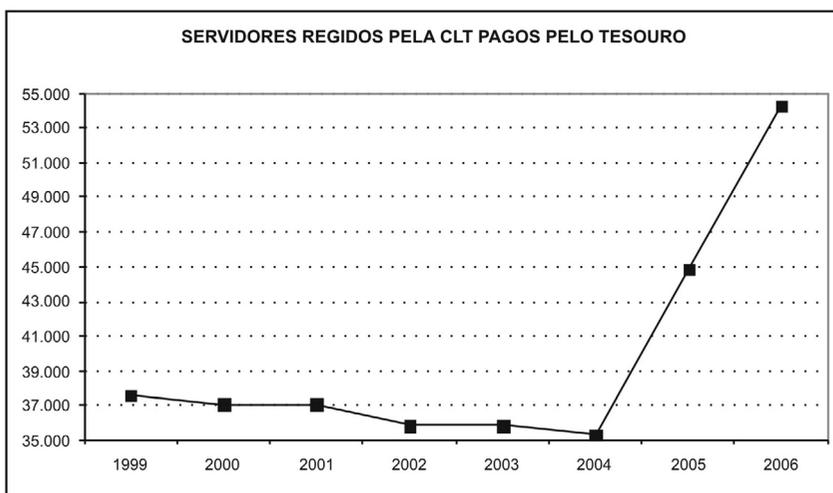
Mesmo a redução de contratos temporários apresentada no ano de 2006 não reflete a diminuição de pessoal, mas, tão-somente, a transferência feita, por força da Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, de 3.365 Agentes de Combate às Endemias da Fundação Nacional de Saúde (os chamados “mata-mosquitos”) contratados, temporariamente, para empregos permanentes na Administração Pública. Esse fato fica evidente quando verificamos o número de servidores regidos pela Consolidação

das Leis do Trabalho pagos pelo Tesouro. Estão incluídos, nessa categoria, também, os empregados das empresas estatais dependentes, isto é, aquelas que recebem repasse do orçamento para o pagamento de seu pessoal.

Os números relativos a esse pessoal, informados abaixo, mostram, também, aumento significativo de admissões nos anos de 2005 e 2006, que superam, em muito, o mero efeito da conversão de regime dos servidores objeto da referida Lei nº 11.350, de 2006:

SERVIDORES REGIDOS PELA CLT PAGOS PELO TESOIRO							
(em dezembro de cada ano)							
1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
37.600	37.039	37.075	35.838	35.863	35.326	44.831	54.336

Fonte: Estatísticas de Despesas de Pessoal – Execução Orçamentária – STN/MF



Quanto à terceirização, se analisarmos as despesas de custeio com atividades que, de alguma forma, envolvem contratação de serviços, não se verifica nelas uma altera-

ção significativa com relação ao segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso e mesmo um aumento a partir do ano de 2004.

Despesas de custeio com contratação de serviços na administração direta, autárquica e fundacional (valores nominais em R\$ 1.000)

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Loc. Mão Obra	363.541	489.247	579.752	581.087	560.518	566.223
Serv. Pes. Física	246.126	280.383	323.166	293.597	363.560	330.943
Serv. Pes. Jurídica	3.680.150	4.074.525	4.204.744	4.021.389	4.506.704	5.024.016
Consultoria	16.524	21.811	17.698	32.144	35.646	59.529
TOTAL	4.306.341	4.865.966	5.125.360	4.928.217	5.466.428	5.980.711

Despesas de custeio com contratação de serviços na administração direta, autárquica e fundacional (valores nominais em R\$ 1.000)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Loc. Mão Obra	640.216	629.746	748.949	958.500	1.270.863	1.524.802
Serv. Pes. Física	363.007	463.725	425.448	455.487	470.734	559.229
Serv. Pes. Jurídica	6.206.651	7.271.157	6.372.246	7.472.595	8.840.553	10.816.773
Consultoria	108.244	105.635	102.186	70.200	62.502	45.928
TOTAL	7.318.118	8.470.263	7.648.829	8.956.782	10.644.652	12.946.732

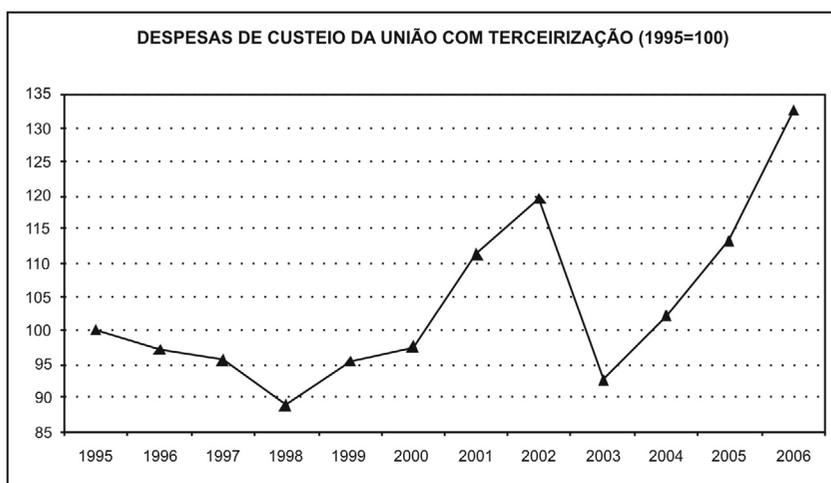
Fonte: Informativos ComprasNet – SLTI/MP

(valores reais deflacionados pelo IPCA - 1995=100)

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Loc. Mão Obra	100	115,77	128,18	124,24	115,99	109,45
Serv. Pes. Física	100	97,99	105,54	92,72	111,13	94,49
Serv. Pes. Jurídica	100	95,24	91,84	84,94	92,13	95,93
Consultoria	100	113,54	86,09	151,20	162,29	253,15
TOTAL	100	97,20	95,67	88,95	95,50	97,59

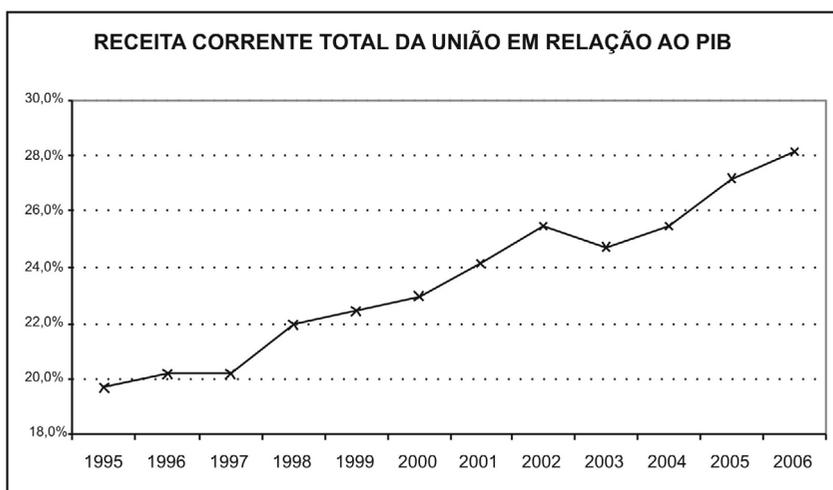
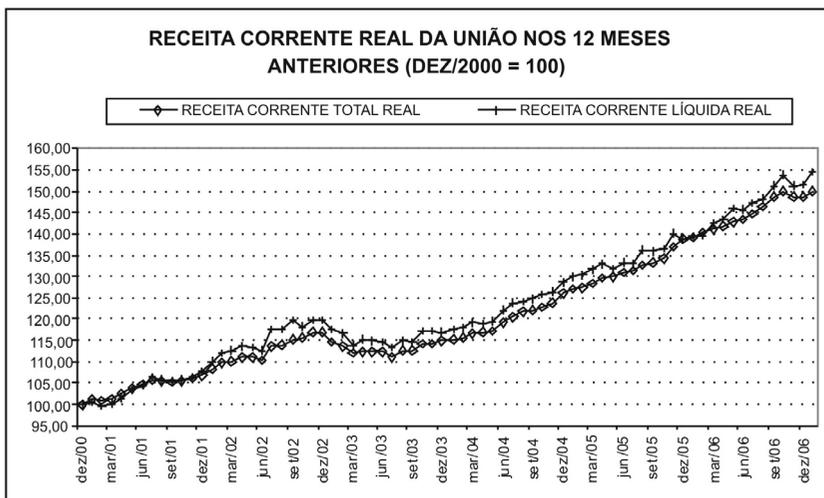
	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Loc. Mão Obra	115,28	105,32	107,45	129,66	160,27	184,84
Serv. Pes. Física	96,54	114,56	90,16	91,01	87,68	100,13
Serv. Pes. Jurídica	110,40	120,13	90,31	99,86	110,13	129,53
Consultoria	428,80	388,69	322,55	208,93	173,41	122,49
TOTAL	111,24	119,59	92,64	102,29	113,32	132,49

Fonte: Informativos ComprasNet - SLTI/MP



Esse aumento de despesa tem sido sustentado por dois fatores: do lado da receita, pelo crescimento constante das receitas correntes da União, conforme o gráfico

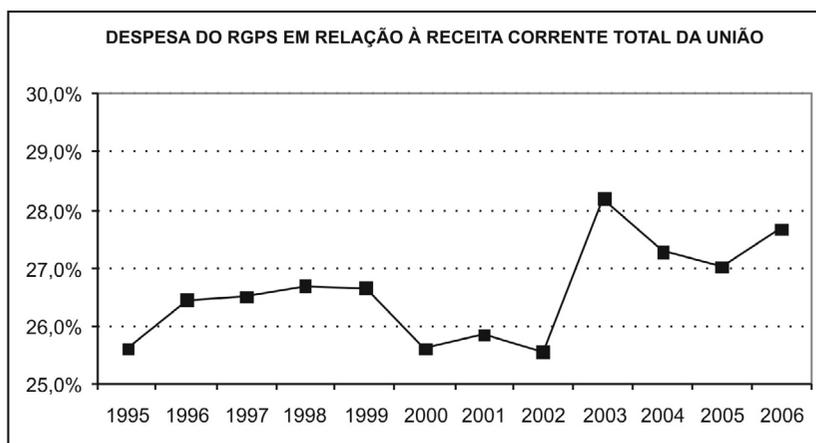
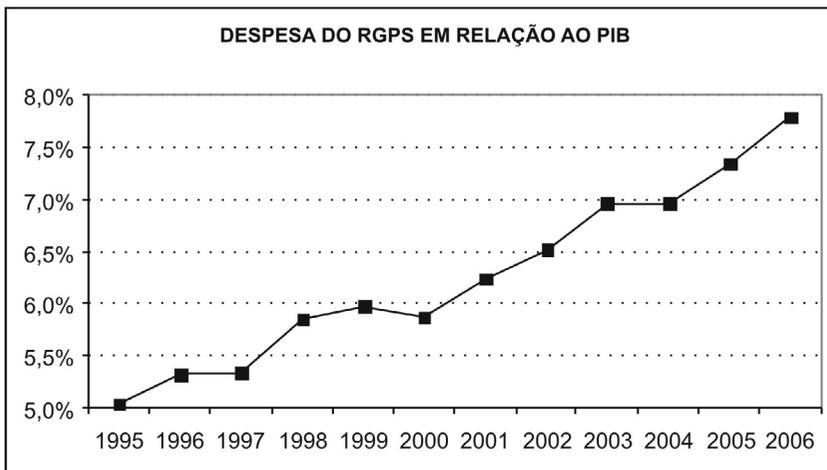
abaixo; e, do lado da despesa, pela redução da dívida, tendo em vista a diminuição da taxa de juros: relativa dos dispêndios com encargos da



Fonte: Série Histórica de Receitas e Despesas – STN/MF

A tendência do crescimento das despesas de pessoal, entretanto, pode vir a se tornar insustentável, no curto prazo, tanto se houver uma dificuldade do aumento das receitas da União quanto se ocorrer algum acidente de percurso que obrigue o aumento da taxa de juros e, conseqüentemente, das despesas financeiras do Governo Federal.

A situação é tanto mais grave quando se constata que a outra grande despesa corrente a cargo da União, o pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), tem apresentado um quadro extremamente preocupante, crescendo a taxas muito superior ao produto interno bruto e, mesmo, às receitas públicas, conforme a seguir:



Fonte: Relatório de Execução Orçamentária do Governo Federal - STN/MF, para 2006

6. Considerações finais

É, com certeza, lugar comum afirmar que a Administração Pública brasileira padece de graves problemas.

O importante, entretanto, é entender que o equacionamento desses problemas é extremamente complexo e não pode ficar restrito a lugares comuns e soluções simples.

A complexidade desses problemas fica mais evidente quando se constata que, na verdade, eles envolvem questões ligadas à nossa própria cultura política e administrativa.

Ou seja, para buscar resolver os problemas da Administração Pública brasileira, não se pode repetir um equívoco da Constituinte de 1987/88 e do processo que resultou na Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando se acreditou que seriam dadas soluções imediatas a graves questões pela simples inclusão de dispositivos na Carta Magna. Trata-se de providência, certamente, menos *glamourosa* e de menor visibilidade do que buscar emendar a Constituição, mas, sem dúvida, mais eficaz.

Não se pode repetir os erros de diagnóstico que acabaram comprometendo experiências interessantes como a que se

iniciou com a edição do Decreto-lei nº 200, de 1967, ou a gestão do Ministro Bresser Pereira, ou mesmo aquelas fortemente equivocadas como a do Governo Collor. Impõe-se aprender com esses erros.

O principal problema da nossa Administração Pública é de decisão política e gerencial, no sentido de que lhe falta capacidade gerencial, faltam-lhe bons gerentes, comprometidos com a gestão da coisa pública, o que somente será obtido com uma mudança cultural profunda.

Os problemas da Administração Pública parecem-nos, no momento, agravados pela tendência recente de seu crescimento, que só os aumenta.

Efetivamente, os dados mostram, a partir de 2004, uma mudança na inflexão das curvas de despesa e quantitativo de pessoal da União.

E a questão não se restringe à questão quantitativa, sendo também digna de atenção a política de pessoal adotada pelo Governo Lula, que tem uma ênfase sindical explícita.

Essa diretriz é, parece-nos, temerária, na medida em que pode ampliar as dificuldades no controle das despesas, sem atender o interesse público.

Além disso, é certamente preocupante a opção pela criação de carreiras verticais nos diversos órgãos e entidades, o que significa acelerar a reversão do processo

iniciado ainda na década de 1970, e que pode contribuir, fortemente, para impedir o controle das despesas de pessoal.

Para superar esses problemas, impõe-se a definição de uma visão estratégica de longo prazo para as políticas de pessoal relativas aos servidores civis do Poder Executivo da União. É necessário que o Estado explicita aonde pretende chegar com as políticas que vem adotando ou poderemos entrar numa espiral de crescimento das despesas com pessoal na União, em um contexto de economia estável, que torna muito difícil corrigir opções equivocadas, cujos efeitos serão sentidos por décadas.

A solução para os problemas da Administração Pública brasileira não vai surgir enquanto passarmos apenas por modismos e por uma descontinuidade permanente. É preciso reconhecer que as perspectivas não são otimistas.

Referências

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Malheiros, 1995.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: _____ ; SPINK, Peter. *Reforma do estado e administração pública gerencial*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

VILHENA, Renata et al. *O choque de gestão em Minas Gerais*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

Democracia e federalismo

Uma intrincada relação

Edilberto Carlos Pontes Lima

Sumário

1. Introdução. 2. Democracia. 3. Federalismo. 4. Proposição 1: A descentralização é condição necessária para a democracia. 5. Proposição 2: O federalismo não é condição suficiente para a democracia. 6. Quando o federalismo restringe a democracia. 7. Conclusões.

1. Introdução

Este texto procura refletir sobre as relações entre federalismo e democracia. O tema é bastante complexo, porque envolve duas categorias com vários significados. A democracia vem sendo debatida há mais de dois mil anos e tem adquirido diferentes contornos ao longo do tempo. O federalismo, por sua vez, resulta de construção bem mais recente, precisamente do século XVIII, com a independência dos Estados Unidos da América. Traz, contudo, diferentes conformações, conforme a época e o lugar em que se aplica.

Talvez tenha sido Madison (1788), um dos responsáveis pelo desenho das instituições americanas, ao lado de Hamilton e Jay, o primeiro a apontar as vantagens do federalismo para a democracia. Algumas décadas depois, Tocqueville (1838) analisou profundamente as duas categorias. Para o aristocrata francês, boa parte da força da América provinha da sua organização, que conseguia “combinar as diferentes vantagens que resultam da grandeza com as que decorrem da pequenez das nações”.

Edilberto Carlos Pontes Lima é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

Ao permitir a plena participação do povo nas decisões, conseguia também o seu engajamento, sem necessidade de uso da força e muito mais eficiente do que esta. A liberdade em cada comuna e a igualdade de cada cidadão fazia com que eles se sentissem parte na construção de uma grande nação.

De início, pela multidimensionalidade dos conceitos, assentam-se as definições de democracia e federalismo que o artigo adota. Em seguida, o texto estabelece duas proposições sobre as conexões entre federalismo e democracia. Por fim, examina as situações em que o federalismo pode contribuir para restringir a democracia.

2. *Democracia*

Há uma extensa literatura que discute a democracia, seu significado e extensão. Já “A Política”, de Aristóteles, tratou profundamente do tema. Estudiosos do porte de Marx (1871[1986]), Weber (1925 [2000]), Kelsen (1929 [2000]), Schumpeter (1950), Downs (1957), Hayek (1944 [1977]), Habermas (1992 [1997]) e até Keynes (1919 [2005]) se debruçaram sobre ele.

Embora fuja ao escopo deste ensaio uma discussão profunda sobre as diferentes dimensões do conceito, é necessário que se estabeleçam algumas definições básicas. A democracia, segundo Bobbio (2000), é caracterizada por decisões tomadas por número o mais amplo possível de pessoas, de acordo com um conjunto de regras previamente definidas, assegurada ampla liberdade aos responsáveis por tomar tais decisões, quer tomadas diretamente, quer por meio de representantes. Em outras palavras, a democracia tanto pode ser direta como representativa, sendo necessário que, em ambos os casos, o maior número possível de pessoas participe do processo de decisão ou de escolha dos que irão decidir, com tais pessoas, nas palavras de Bobbio (2000, p. 32), “postas em condição de poder escolher entre uma e outra”.

Remata o saudoso jurista italiano:

“Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação” (BOBBIO, 2000, p. 32).

Note-se que a definição de Bobbio (2000) é bem distinta da de Weber (2000), para quem o requisito básico para a democracia seriam eleições periódicas dos governantes, não havendo necessidade de participação popular posterior, no controle dos atos do governo. Para Weber (2000), as massas são essencialmente despreparadas nos assuntos do Estado, tendendo a analisar os fatos emocionalmente e sem visão de longo prazo. Desse pensamento decorre a ênfase que o autor atribuía à burocracia¹.

A visão de Dahl (1971 [1997]), por sua vez, aproxima-se da de Bobbio e constitui, basicamente, o conceito moderno do regime. Segundo o cientista político, em uma democracia:

“1) todos os cidadãos devem ter oportunidades plenas de formular suas preferências; 2) de expressá-las a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva; 3) de ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência” (DAHL, 1997, p. 26).

Para que tais requisitos possam ser observados, Dahl (1997) lista uma série de condições que incluem, entre outras, a liberdade de expressão, de associação, de voto, o acesso a distintas fontes de informação, a elegibilidade para cargos públicos.

Trata-se, em suma, em um conceito amplo de democracia, de governo em que o povo implementa sua vontade, diretamente ou por meio de seus representantes, o que se traduz na conhecida frase “governo do povo, para o povo”. A questão seguinte

é delimitar qual parcela do povo deve contar para a tomada de decisões. Mais especificamente, as decisões que afetam exclusivamente a população que habita uma determinada localidade devem ser decididas conjuntamente com a população de outras localidades ou exclusivamente pela população afetada pela decisão. Essa reflexão envolve diretamente o conceito de federalismo.

3. *Federalismo*

O federalismo tem diversas dimensões. Formalmente, significa uma união de estados que detêm autonomia, mas que constituem um governo federal, a quem atribuem a soberania. Nota-se, portanto, que ele envolve centralização e descentralização ao mesmo tempo, pois se centraliza a soberania e se descentraliza uma série de decisões governamentais, ficando a cargo de cada membro decidir a melhor forma de proceder sobre diversos assuntos. Como observa o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 1993, p. 90):

“O Estado Federal exprime, no plano da organização jurídica, a síntese que decorre de dois movimentos que se antagonizam: a tendência à unidade ou à centralização, que se rege pelo princípio unitário, e a tendência à pluralidade, ou à descentralização, que se funda no princípio federativo”.

É relevante, ainda, distinguir o federalismo formal do federalismo de fato. O primeiro corresponde ao que declara a Constituição de cada país. A Constituição brasileira, por exemplo, define expressamente o Brasil como uma república federativa e, ao longo do seu texto, diversos dispositivos o delineiam. A Constituição dos Estados Unidos, por sua vez, também aponta diversos elementos que caracterizam o país como uma federação.

O federalismo de fato, ou real, reflete a descentralização efetiva que as diferentes

esferas de governo são detentoras, nas decisões sobre gastos e receitas públicas e na auto-organização de suas instituições. Por exemplo, a Malásia é formalmente uma federação, mas as despesas e receitas públicas são extremamente centralizadas, com o governo central controlando mais de 80% das receitas e mais de 70% das despesas. Os países nórdicos, por sua vez, são formalmente unitários, mas a descentralização de despesas e gastos públicos fica entre 30 e 40 por cento. Em um conceito menos estrito, portanto, a Malásia não seria uma federação, ao contrário da Suécia e Finlândia, que se classificariam como tal.

Note-se, contudo, que tal classificação é criticada por muitos autores, sob o argumento de que a descentralização nesses moldes é mera concessão do governo central. Lane e Ersson (2005, p. 176) sintetizam a crítica:

“It has been argued that extensive devolution or regional autonomy within a unitary state implies a federal or semi-federal organization of the state. This is a very questionable thesis, as decentralization regionally or locally, is quite in agreement with a unitary framework. The basic difference with a federal organization is that the status of the regions and the provinces are derived from central government decision and not from a theory of states’ rights. The regions and the localities, however much autonomy they may possess in terms of decisions and finances, derive their existence from the centre”.

4. *Proposição 1: a descentralização é condição necessária para a democracia*

A proposição é mais facilmente demonstrada por oposição. Suponha um país em que quase todas as decisões sejam centralizadas, isto é, tomadas no âmbito do governo central, por representantes eleitos em cada localidade, mediante maioria

simples. Suponha ainda que o país possua território médio e população distribuída ao longo do território. Admita também que, em alguns assuntos, os gostos e preferências da população de cada localidade sejam heterogêneos entre si, ou seja, diferentes localidades apresentam diferentes preferências. Desse modo, se um país tem dez localidades representadas e as decisões são tomadas por maioria de forma centralizada, as preferências de alguma localidade que seja minoritária poderão preteridas.

Um exemplo ajuda a tornar mais claro o argumento. Suponha que a população de uma localidade atribua grande valor ao ensino de religião na educação formal. As demais localidades entendem que as instituições educacionais não devem imiscuir-se no assunto, ficando a formação religiosa a cargo das famílias e das respectivas Igrejas. Como a decisão é tomada centralizadamente, ganhará a segunda visão, frustrando a pretensão da primeira localidade. Tal decisão foi aparentemente democrática, pois, afinal, os que a tomaram foram eleitos pelo povo e decidiram pelo sistema de maioria. No entanto, a pretensão que poderia ser da totalidade ou de uma maioria muito expressiva da população de uma localidade foi sufocada.

Sem descentralização há, pois, possibilidade de a vontade de uma população não ser respeitada, tendo em vista assuntos que são de foro eminentemente local serem decididos por eleitores de outras localidades. Tal aspecto se acentua se a heterogeneidade é uma característica do país. Tomemos, como exemplo, o Canadá, país com duas línguas oficiais, distribuídas entre as diferentes províncias. Por óbvio, quanto mais centralizadas as decisões, menor o caráter democrático delas, dado que as preferências de cada província, conforme a língua e a origem cultural, tendem a ser muito distintas. Não por acaso, há um forte movimento separatista em Quebec, província de língua francesa, e que se fortalece quando ações centralizadoras se ensaiam.

Tal reflexão se amolda a todas as decisões tomadas centralizadamente. Por exemplo, quando o Constituinte originário brasileiro decidiu que matérias de direito penal seriam de competência privativa da União, perdeu-se um pouco do caráter democrático da Carta. Afinal, determinados bens jurídicos podem ser muito valiosos no Acre, merecendo a ação da *ultima ratio* do Estado, enquanto, no restante do País, o bem é de menor valor, merecendo reprimenda meramente moral. Como as decisões serão tomadas em Brasília, pelo critério de maioria, o povo do Acre não verá a prevalência de suas preferências.

Nessa linha de argumentação, a literatura que trata do federalismo fiscal defende a descentralização. O teorema da descentralização de Oates (1972, 1999) postula que as preferências das pessoas são mais bem observadas quando as decisões são tomadas no nível local. Observa Oates (1999, p. 1122, grifo nosso):

“In the absence of cost-saving from the centralized provision of a [local public] good and of interjurisdictional externalities, the level of welfare will always be at least as high (and typically higher) if Pareto-efficient levels of consumption are provided in each jurisdiction than if any single, uniform level of consumption is maintained across all jurisdiction”.

O argumento é que quanto mais próximo o governo estiver do cidadão, mais fácil será identificar suas preferências. Logo, o bem-estar social seria tanto maior quanto mais se pudesse descentralizar as decisões de gastos, de receitas e todas as decisões que dissessem respeito unicamente ou majoritariamente à população local. Desse argumento resultaria o princípio da subsidiariedade, que é como a literatura europeia chama o teorema da descentralização de Oates, segundo o qual todas as tarefas públicas deveriam ser providas pelas esferas locais de governo. O papel do governo central seria, pois, subsidiário,

i.e., apenas nas funções em que sua atuação fosse indispensável.

A sempre citada obra de Tocqueville (1998), a monumental “A democracia na América”, de 1835, observa que é nos governos locais que a democracia, a participação dos cidadãos, se dá de forma mais intensa. Nos governos centrais, torna-se difícil para o cidadão perceber a sua importância individual, a diferença que fará para o todo a sua participação. Bem diferente do que ocorreria nas pequenas comunidades, em que a construção de uma ponte, de uma estrada, de uma escola ou hospital tem influência direta na vida de cada morador. A tendência de envolvimento, de participação, seria, portanto, muito maior. Nessa linha, o renomado autor raciocina que as responsabilidades alocadas nos governos locais em conjunto com a liberdade de associação seriam as condições fundamentais para o florescimento da democracia.

Note-se que se escolheu o conceito de descentralização e não de federalismo como condição necessária para a democracia. Isso porque não há que se negar que a Suécia, a Finlândia e a Dinamarca são grandes democracias, no entanto, são países unitários. Não são, entretanto, países centralizados. Ao contrário, os governos locais controlam entre 30 e 40% das receitas e despesas públicas. De outro lado, há países formalmente federalistas, mas com grande concentração das decisões públicas, como é o caso da Malásia, da Bélgica e do México (LANE; ERSSON, 2005), o que acaba por resvalar na discussão que se fez acima sobre federalismo formal e federalismo de fato.

5. Proposição 2: o federalismo não é condição suficiente para a democracia

Recorre-se novamente a Tocqueville (1998, p. 91), dessa vez para lembrar que o ilustre autor reconhece que nem sempre o pleno envolvimento do cidadão com as questões locais acontece, já antecipando que o federalismo não constitui condição

suficiente para a plena democracia. Quando examinou os Estados do Sul dos EUA, notou que a participação do povo não era tão ativa quanto a da Nova Inglaterra, apontando que:

“À medida que descemos para o Sul, percebemos que a vida comunal se torna menos ativa; a comuna tem menos magistrados, direito e deveres; a população não exerce aí uma influência tão direta sobre a coisa pública; as assembleias comunais são menos freqüentes e se estendem a menos objetos. O poder do magistrado eleito é, pois, comparativamente, maior e o do eleitor, menor; o espírito comunal é menos vivo e menos poderoso”.

Além do possível baixo envolvimento dos habitantes locais, cabe analisar as demais razões por que o federalismo não garante a democracia. Suponha uma federação em que tenha se instalado uma ditadura. O ditador indica todos os dirigentes locais. Talvez caiba a pergunta se se trata de fato de uma federação, já que a autonomia das unidades é muito restringida pela indicação de seus dirigentes pela autoridade nacional. Efetivamente, pode-se avaliar que a federação é meramente formal; a realidade, contudo, indicaria um modelo unitário, em que todas as decisões são tomadas pelo governo central e os governantes locais se configuram como meros delegados do governo central.

Suponha, então, de forma distinta, que se trata de um federalismo pleno, com governantes locais autônomos em relação ao governo central, quer eleitos localmente, quer ditadores locais. Suponha que o governo central é uma ditadura. Admita ainda que não há separação de poderes nem liberdade de imprensa. Não se contesta, nesse caso, a existência de federação: há um governo central que exerce a soberania, governos autônomos que integram a federação e cláusula de indissolubilidade. Por óbvio, esse regime não é democrático.

Uma terceira situação permite igualmente concluir a não necessária simulta-

neidade entre federalismo e democracia. Admita uma federação em que há eleições para o poder central e para os governos locais e que estes sejam autônomos em relação àquele. Admita inexistir, contudo, imprensa livre e liberdade de associação. Conforme os critérios acima citados de Bobbio (2000) e de Dahl (1997), faltam os requisitos básicos para se falar em democracia. Não se questiona, entretanto, a plena existência de federalismo.

Por fim, imagine-se uma federação em que há eleições livres e periódicas em todas as esferas de governo, com liberdade plena de imprensa e de associação. Admita, contudo, a inexistência de separação de poderes. O Chefe do Poder Executivo controla o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, o que se repete tanto no governo central quanto nos governos locais. A existência de eleições livres e periódicas não preenche todos os requisitos para a democracia. Na situação em escopo, o que há é uma ditadura que se renova periodicamente. É como se o povo escolhesse seu novo ditador para o próximo período. Sem Poder Judiciário independente, não se pode contestar se as decisões do governante são conforme as leis. O Poder Legislativo subordinado ao Poder Executivo torna este imune à fiscalização e à contestação. O máximo que a população poderá fazer é trocar o ditador nas próximas eleições. Novamente se demonstra a não-incompatibilidade entre federalismo, que neste caso é pleno, e ditadura.

É fácil ver na experiência internacional diversos países que são constitucionalmente federais, mas onde é difícil afirmar que constituem democracias plenas, como a Rússia e a Malásia. Também na história brasileira, registram-se diversos momentos em que a Constituição era federalista, mas se vivia em regime não-democrático, caso das Constituições de 1937 e de 1967/69.

Mesmo no Brasil de hoje, em muitos municípios o sistema de pesos e contra-

pesos é bastante frágil, havendo excessiva predominância do Poder Executivo, com câmaras de vereadores sob controle, na quase totalidade, dos prefeitos. Além disso, por problemas de baixa educação e de ausência de formação política, os cidadãos não se sentem preparados ou motivados para fiscalizar as ações do governo local, em situação semelhante à exemplificada por Tocqueville (1998) nos estados do Sul dos Estados Unidos na primeira metade do século XIX.

Prosperam, por isso, casos de corrupção em diversos municípios brasileiros, conforme amplamente noticia a imprensa nacional. Em recente entrevista, o Ministro da Controladoria Geral da União apontou que, em dois terços dos 1.041 municípios investigados, há irregularidades graves. Entre outras inúmeras formas de corrupção, vale a pena ilustrar uma parte da entrevista do ministro que mostra fatos estarrecedores²:

“Roubam as merendas das crianças.

Descobriu-se o seguinte: uma empresa sediada em São Paulo, através de sua representação no estado, articulava com as prefeituras um kit corrupção. Eles orientavam o prefeito desde a forma como fazer o edital direcionado para que só aquela empresa vencesse à forma de atestar o recebimento dos gêneros alimentícios, atestando que foi recebida quantidade maior, às vezes o dobro do que efetivamente foi entregue. Para depois dividirem o lucro entre o empresário e o prefeito” (FERNANDES, 2006, grifo nosso).

Por óbvio, tal estado de coisas enfraquece o argumento de que nas localidades as preferências dos cidadãos tendem a ser mais observadas, conforme a doutrina em favor da descentralização preconiza. A corrupção é, talvez, a forma mais perversa de subversão da democracia nas localidades, mas não é a única. Com frequência, as instituições locais funcionam precariamente, com controle político quase que absoluto

dos prefeitos, não apenas das câmaras de vereadores, como dos diversos conselhos municipais (educação, saúde) que, em princípio, deveriam advir da população. A vida na comuna, com cidadãos vibrantes e senhores do destino local e, por meio dele, do futuro da nação, está, por conseguinte, muito longe da realidade da maior parte dos municípios brasileiros.

É claro que sempre se pode argumentar que a participação popular é um processo, que envolve aprendizado, tendendo a aperfeiçoar-se ao longo do tempo. A tese é forte e pode ser comprovada em algumas situações. Vejam-se as experiências com orçamento participativo. Os resultados são muito distintos, conforme a localidade que o adotou, mas, em alguns lugares, foi relativamente bem-sucedido (SOUZA, 2001).

Os três problemas da participação, conforme aponta Abers (2000), citado por Souza (2001, p. 6), resumem bem as dificuldades inerentes ao pleno envolvimento do cidadão nos negócios locais nos moldes de Tocqueville (1998):

“O primeiro é o ‘problema de implementação’, isto é, mesmo quando os governos buscam implementar mecanismos participativos voltados para integrar grupos menos poderosos no processo decisório, os mais poderosos têm força para impedir essa participação. O segundo é o ‘problema da desigualdade’: mesmo quando espaços são criados para que todos participem, as desigualdades socioeconômicas tendem a criar obstáculos à participação de certos grupos sociais. O terceiro é o ‘problema da cooptação’: mesmo que os espaços de participação sejam genuinamente representativos, o desequilíbrio entre o governo e os participantes, no que se refere ao controle da informação e dos recursos, faz com que a participação seja manipulada pelos membros do governo”.

6. Quando o federalismo restringe a democracia

Aqui, vai-se retomar a discussão sobre como as decisões tomadas centralizadamente podem resultar em déficit democrático. Isso porque, como se apontou anteriormente, o federalismo envolve, necessariamente, centralização e descentralização, o que faz com que parte das decisões acabem por ser necessariamente tomadas centralmente. Além do problema de a regra de maioria nas decisões centrais poder implicar escolhas em que a quase totalidade do povo de uma localidade decidiria diferentemente, mas, por estar em uma federação, obriga-se a se submeter, ainda há o problema da simetria federativa.

Em poucas palavras, a simetria federativa significa a busca do equilíbrio da federação, assegurando-se uma câmara legislativa com representação igual das unidades federadas, geralmente com poder de veto sobre algumas ou todas, conforme o país, decisões tomadas pela casa legislativa que representa o povo. É o que faz, por exemplo, o *Bundesrat* alemão nas decisões que afetam os Estados, inclusive sobre mecanismos de equalização fiscal (WATTS; HOBSON, 2000), o Senado americano e, de forma ainda mais ampla, o Senado brasileiro, que legisla sobre todas as matérias de competência da União.

Ora, se decisões tomadas por maioria dos representantes do povo podem ser barradas por representantes de estados, não importando o tamanho da população de cada estado, há um óbvio déficit democrático. O modelo brasileiro é emblemático: o voto de um senador do Amapá, eleito com menos de 200 mil votos, tem o mesmo peso de um senador de São Paulo, eleito com alguns milhões de votos. Eventuais coalizões de estados menos populosos podem barrar escolhas de estados mais populosos. Dessa forma, uma emenda constitucional aprovada na Câmara Baixa pode ser rejeitada na Câmara Alta, embora a quantidade de eleitores dos que votaram a favor da pro-

posta nas duas casas seja muito superior à quantidade de eleitores dos que votaram contra. A vontade do povo, fundamento da democracia, no caso por meio de seus representantes, não foi, pois, respeitada.

Isso pode ocorrer em todas as federações em que há uma distribuição muito irregular da população ao longo do território, isto é, em que alguns estados concentram boa parte da população e em que haja uma segunda câmara com poder de veto sobre matérias decididas na casa de representação popular.

É óbvio que a casa revisora se justifica por outras razões, como, por exemplo, a manutenção da unidade nacional (BIRD; EBEL, 2005). Afinal, o modelo federativo necessita de instituições que garantam o equilíbrio, sendo o eventual déficit democrático o preço pela federação. Pode-se discutir a extensão desse déficit e formas de reduzi-lo, mas sua existência em alguma medida parece inevitável.

Para compensar esse possível déficit, muitas federações caminham para intensificar a descentralização, ampliando as competências dos governos locais. Esse movimento é particularmente intenso em federações em que existem muitas diferenças ao longo do país, especialmente diferenças étnicas, religiosas e lingüísticas, como na Bélgica, no Canadá, na Suíça e na Espanha (BEYME, 2005).

O que Lijphart (1999) chamou de “democracia consorciativa” exprime bem a situação de federações que convivem com diferenças marcantes. Nesses casos, para a manutenção da unidade da federação, é preciso assegurar máxima descentralização e poder de veto de uma unidade da federação sobre as outras em questões de interesse comum.

7. Conclusões

Este trabalho procurou investigar a relação entre federalismo e democracia. Apontou que as duas categorias não precisam necessariamente coexistir.

Notou-se que, se o federalismo pode contribuir para a democracia, ele apresenta muitas características que podem restringi-la, já que é da sua essência a combinação entre centralização de algumas ou muitas decisões e a descentralização de outras tantas. Além disso, a existência de instituições nacionais com idêntica representação de cada unidade federativa pode apresentar elementos antidemocráticos, como é o caso das câmaras com representantes dos estados, geralmente com poder de vetar decisões tomadas pela câmara de representação popular, a exemplo do Senado brasileiro, do *Senate* americano e do *Bundesrat* alemão.

O que parece consensual é que para aprofundar a democracia é necessário ampliar a descentralização, permitindo maior assimetria na federação. Regras comuns para todo o país tendem a sufocar as preferências de determinadas localidades. Além disso, é preciso criar mecanismos de expressão e respeito das preferências das minorias. A democracia consorciativa foi um dos desenhos institucionais encontrados para federações muito heterogêneas.

Combinar “as vantagens da grandeza e as da pequenez” assegurando o máximo de democracia não é simples e exige constante aperfeiçoamento das instituições. O excesso de centralização é sempre um risco que federações do mundo inteiro se vêem às voltas.

Notas

¹ Em Valente (2006), há uma boa resenha sobre o pensamento de Weber sobre a democracia.

² Entrevista a Bob Fernandes (2006) com o Ministro da Controladoria Geral da União, em 17 de abril de 2006, intitulada “Rouba-se em até 80% dos municípios”, disponível em “terramagazine.terra.com.br”.

Referências

ABERS, Rebeca. Overcoming the dilemmas of participatory democracy: the participatory budget policy in Porto Alegre, Brazil. In: ENCONTRO ANNUAL DA LASA. Miami: Lasa, 2000.

- BEYME, Klaus V. Federalism, democracy, and the politics of identity. [S.l.: s.n.], 2005.
- BIRD, Richard; EBEL, Robert. Federalism and national unity. In: EHTISHAM, Ahmad; BROSIO, Giorgio (Org.). *Handbook of federalism*. New Berlin: International Monetary, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 216-3/PB. Relator: Min. Francisco Rezek. João Pessoa, [199-]. *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, 7 maio 1993.
- DAHL, Robert A. *Poliarquia*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.
- DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: HarperCollins College, 1957.
- FERNADES, Bob. Rouba-se em até 80% dos municípios. *Terra Magazine*, São Paulo, 17 abr. 2006. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI961203-EI6578,00.html>>. Acesso em: [200-].
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAYEC, Friedrich A. *O caminho para a servidão*. Lisboa: Teoremas, 1977.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- KEYNES, John M. *The economic consequences of the peace*. New York: Cosimo Classics, 2005.
- LANE, Jan-Erik; ERSSON, Svante. The riddle of federalism: does federalism impact on democracy?. *Democratization*, [S.l.], v. 12, n. 2, 2005.
- LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy: government form and performance in thirty-six countries*. New Haven: Yale University Press, 1999.
- MADISON, James. *The federalist paper: number 10*. [S.l.: s.n.], 1787. Disponível em: <<http://www.federalist.st>>. Acesso em: [200-?].
- MARX, Karl. *A guerra civil na França*. São Paulo: Global, 1986.
- OATES, Wayne E. *Fiscal federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.
- _____. An essay on fiscal federalism. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, v. 37, n. 3, 1999.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: HarperCollins College, 1950.
- SOUZA, Celina. Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 4, 2001.
- TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Democracia enclausurada: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea*. Brasília: Plenarium, 2006.
- WATTS, Ronald L.; HOBSON, Paul. *Fiscal federalism in Germany*. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, 2000.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 2 v.

O direito de asilo na legislação canônica

Pedro Braga

Impõem-se, inicialmente, algumas considerações de natureza geral acerca da formação do Direito Público da Igreja.

No governo de Constantino, o cristianismo foi reconhecido oficialmente pelo Édito de Milão. A Igreja, destarte, “assentou definitivamente no mundo profano as suas bases e, ao lado do Estado *uno*, se foi formando e consolidando a sua *unidade*, com uma legislação que provinha de várias fontes, tendo grande número de suas relações com o Estado reguladas por leis seculares.” (LOBO, 2006, p. 520).

Cândido Mendes de Almeida (2005, p. 15), no *Código Filipino* por ele organizado e comentado, edição de 1870, assinala: “A par do *Fuero Jusgo*, e do Direito Consuetudinário, existia o Direito Canônico, que se infiltrava, e justapunha a [ou à] legislação civil, em vista da organização peculiar dos Estados organizados depois da dissolução do Império Romano.” O Direito Canônico adquire, assim, grande importância pelo fato mesmo de ser a Igreja a instituição que mantém a ponte entre a Antiguidade e a Idade Média, por ocasião da decadência do Império Romano, provocada pelas invasões bárbaras.

Por imperativo de seu próprio crescimento, a Igreja criou leis próprias de governo e de administração. Em torno dos monumentos fundamentais, dos atos e leis, foi-se formando o Direito eclesiástico, que revestia tanto caráter público (Constitucio-

nal, Administrativo, Penal, Internacional Público, Judiciário) quanto privado (Civil e Internacional Privado). Embora os dois ramos sejam designados de Direito Eclesiástico, o primeiro é denominado frequentemente de Direito Público Eclesiástico e, o segundo, de Direito Privado Eclesiástico ou Canônico, conforme ensina Abelardo Lobo (2006, p. 519).

Ainda consoante Lobo (2006), os canonistas dividem o Direito Canônico em três partes: *jus antiquum*, *jus novum* e *jus novissimum*. Dissertando sobre esses períodos, escreve o nosso insigne romanista: “O primeiro se compõe de todas as leis, desde os Evangelhos até aos trabalhos de Graciano; o segundo, desde Graciano até ao *Concilium Tridentinum*; e, finalmente, o terceiro, desde o *Concilium Tridentinum* até ao presente, ou seja, até a promulgação do *Codex Juris Canonici* (1917) e atos posteriores. Assim, o *jus antiquum* abrange um período de 1150 anos, mais ou menos (do ano 1 a 1150), o *jus novum* um período de 413 anos (de 1150 a 1563) e o *jus novissimum* um período de 354 anos (de 1563 a 1917)” (LOBO, 2006, p. 522).

Assim, o *jus antiquum* compreende os Evangelhos, os Cânones dos Concílios, as Constituições dos Papas, as concordatas do Vaticano e as leis seculares dos imperadores recepcionadas pela legislação canônica até o *Decretum Gratiani*¹.

O *jus novum*, por seu turno, engloba as *Decretais de Gregório IX* (ou *Coleção Raimundina* ou simplesmente *Decretais*), o *Liber Sextus*, as *Clementinas* e as *Extravagantes*.

As *Decretais* são divididas em cinco livros: *Judex*, *Judicium*, *Clerus*, *Sponsalia* e *Crimen*. O *Liber Sextus* foi elaborado, por determinação do Papa Bonifácio VIII, para suprir as lacunas das *Decretais* e do *Decretum Gratiani*. É o sexto livro da coleção de Gregório IX, seguindo-se ao *Crimen*, daí sua denominação. As *Clementinas* consistem na reunião dos cânones do Concílio de Viena, de 1311, além das duas *Decretais*

organizadas por determinação do Papa Clemente V, cujo pontificado vai de 1305 a 1314. As *Clementinas* só foram promulgadas em 1317, já sob o pontificado de João XXII. À semelhança das *Decretais Gregorianas* e do *Liber Sextus*, as *Clementinas* compreendem cinco livros. Como algumas *Decretais* desse último pontífice ficaram de fora da coleção, passaram por isso a ser chamadas de *Extravagantes*. Só foram incluídas no *Corpus Juris Canonici* por força da Bula de 1º de julho de 1580. O *jus novum* compreende igualmente as *extravagantes* de papas posteriores a João XXII até Sisto V. O *Corpus Juris Canonici* incorporou a seu texto, em 1582, *Decretais* de Sisto IV e V, cânones dos Concílios de Latrão e Leão, os cânones do Concílio de Trento e as *Institutas* de Direito Canônico, de Lancelot, aprovadas por Paulo V.

Constituem o *jus novissimum* as decisões do Concílio do Vaticano, em 1870, as constituições de Leão XIII, de 24 de maio de 1882, as de Pio X, de 25 de dezembro de 1904, e outras ainda, além do *Codex Juris Canonici*, promulgado em 15 de setembro de 1917. Esse Código de Direito Canônico divide-se em cinco livros: *Normae generales*, *de personis*, *de rebus*, *de processibus*, *de delictis et poenis*, compreendendo ao todo 2.414 cânones.

Com o aumento do poder pontifical, sob Gregório VII, a Igreja Católica toma suas distâncias relativamente ao Direito Romano. Dessa forma, o Sumo Pontífice pretendia sair da tutela do imperador germânico, cuja autoridade fundava-se naquele Direito.

Durante o pontificado de Bonifácio VIII, entre 1294 e 1303, a grandeza do papado chega a seu apogeu. A bula *Ausculta Fii*, de 5 de dezembro de 1301, afirma a supremacia da Igreja com relação ao poder temporal. Isso deu-se em razão do desentendimento entre o Papa Bonifácio VIII e o Rei da França, Filipe, O Belo, desavença essa motivada pelo fato de os oficiais do rei haverem maltratado o bispo de Pamiers.

O conflito recrudescer em 1302, e Bonifácio VIII promulga então a bula *Unam Sanctam*, em 18 de novembro daquele ano. O Papa expunha nessa bula a doutrina católica do direito de controle do espiritual sobre o temporal. Pretendia ele, louvando-se nessa doutrina, poder depor reis e imperadores. Com efeito, a crescente influência do poder pontifical repercutiu tanto no plano legislativo quanto jurídico. Assim, no século XIII, os canonistas queriam conferir ao Direito Canônico importância maior do que a da lei civil, como demonstra, aliás, a obra de Santo Tomás de Aquino. A Igreja aceita o Direito romano, mas exclui os dispositivos que não atendem a seus interesses. O Direito Canônico passa a exercer mais influência do que o Direito romano; é quando a jurisdição eclesiástica afirma sua preponderância. Só a partir de 1380 que o progresso da jurisdição temporal adquire maior força. Em que pese a jurisdição real aplicar em várias matérias o Direito Canônico (casamento, cobrança de juros, crimes contra a fé etc.), o poder secular freqüentemente recorria ao Parlamento, corte soberana, contra abusos de juízes eclesiásticos.

As primeiras constituições da Igreja católica no Brasil foram aprovadas no Sínodo Diocesano celebrado na Bahia, em 1707, por iniciativa de D. Sebastião Monteiro da Vide (2007), 5º arcebispo daquela diocese. A rigor, são adaptações das constituições então em vigor em Lisboa, que precisavam adequar-se à realidade do Brasil Colônia. D. Ildefonso Xavier Ferreira (apud VIDE, 2007), Cônego Prebendado e Lente de Teologia Dogmática, no Prólogo da edição de 1853 das *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, escreveu, situando tal monumento em seu contexto histórico:

“Eis o que encontramos nas presentes constituições. Elas foram feitas em tempo, que um governo absolutista reinava em Portugal; o privilégio do Canon existia em toda a sua extensão; o foro misto era uma regalia dos Prelados; o poder de impor multas,

de enviar ao aljube os sacerdotes, e mesmo aos fiéis seculares, de degradar ou desterrar a qualquer para a África, ou para fora do país estava ao arbítrio do Ordinário Eclesiástico; finalmente o horrível Tribunal da Inquisição trabalhava com eficácia no Reino Português. Debajo deste ponto de vista foram feitas as constituições do Arcebispado da Bahia.”

E mais adiante, acrescenta D. Ildefonso (FERREIRA, 2007, p. V-VI):

“Embora as Constituições do Arcebispado da Bahia fossem adotadas pelos Srs. Bispos do Brasil com as alterações necessárias, acomodadas aos usos e costumes das Dioceses, já na época da Independência brasileira, inumeráveis de suas disposições tinham caído em desuso. Apenas porém apareceu a Constituição Política do Império muitas caducaram, não obstante serem fundadas em Direito Canônico: ninguém ignora que as imunidades da Igreja e do Clero eram fundadas naquele Direito; e como poderão subsistir à vista da Constituição do Império? Todos sabem o privilégio de foro: mas duas linhas do Código de Processo abolirão semelhante privilégio; e por isso cessam todas as regalias que aquele concedia”².

Na introdução das *Constituições Primeiras*, D. Sebastião Monteiro da Vide (2007, p. XXI-XXII), Arcebispo da Bahia, que as fez e ordenou, assinala:

“E considerando nós, que as ditas Constituições de Lisboa se não podiam em muitas cousas acomodar a esta tão diversa região, resultando daí alguns abusos no culto divino, administração da Justiça, vida, e costumes de nossos súditos: e querendo satisfazer ao nosso pastoral ofício, e como oportunos remédios evitar tão grandes danos, quisemos, e ordenamos nossas Constituições, e Regimento do nosso Auditório, e

dos oficiais de nossa Justiça, por ser muito necessário para boa expedição dos negócios, e decisão das causas, que nele se houverem de tratar, conferindo-as com pessoas douradas em ciência, e versadas na prática do foro, e governo eclesiástico: e foram propostas no Sínodo Diocesano, que celebramos na nossa Sé Metropolitana, dando-lhe princípio em dia do Espírito Santo doze de junho de 1707, e foram lidas aos Procuradores do nosso Reverendo Cabido, e clero para isso eleitos no dito Sínodo, e por todos aceitas. E parecendo-nos em tudo conformes aos Sagrados Cânones, Decretos do Sagrado Concílio Tridentino, Constituições Apostólicas, e as que convém ao serviço de Deus Nosso Senhor, salvação das almas de nossos diocesanos, bom governo espiritual da Igreja, e observância da Justiça, resolvemos mandá-las imprimir, e publicar. Portanto, *auctoritate ordinaria* mandamos em virtude de santa obediência a todas, e a cada uma das sobreditas pessoas, que ora são, e ao diante forem, as cumpram, e guardem: e ao nosso Provisor, Vigário Geral, Desembargadores, Visitadores, e Vigários da Comarca, e da Vara, e a todos os mais Ministros de nossa Justiça Eclesiástica, as façam inteiramente cumprir, e guardar, como nelas se contém, e por elas julguem, e determinem as causas, e se governem em todas a administração da Justiça.”

As *Constituições Primeiras*, seguindo a tradição dos códigos anteriores, estão organizadas em cinco livros. Grosso modo, o Livro Primeiro diz respeito ao ministério da Igreja e sacramentos. O Livro Segundo, à liturgia, dízimos, primícias e oblações; o Livro Terceiro, aos preceitos acerca da conduta dos clérigos; o Livro Quarto, à legislação e jurisdição eclesiástica, privilégio de foro para os clérigos e imunidades; o Livro Quinto, ao crime.

As imunidades previstas na legislação da Igreja abrangem as imunidades reais, pessoais e locais. O direito de asilo, que constitui um privilégio, diz respeito à imunidade do local. Para a legislação canônica, ao criminoso é facultado refugiar-se em locais sagrados, não podendo ser presos sem a prévia autorização da autoridade eclesiástica. O Direito Canônico estende a imunidade local às igrejas, oratórios, capelas, mesmo que não tenham ainda sido consagrados; seminários, palácios episcopais e das comunidades, bem assim aos cemitérios cristãos, uma vez bantos, e até locais pertencentes às igrejas, como hospitais. O pressuposto dessa imunidade reside no fato de que os locais sagrados não são abrangidos pela jurisdição civil, mas pela eclesiástica, em razão da soberania da Igreja, que goza de liberdade e independência³.

Os cânones respeitantes às imunidades reais, pessoais e locais relativamente aos clérigos e leigos encontram-se no Livro Quarto. Os relativos aos leigos são os de números 747 ao 773. Vejamos alguns, em substância:

“747 – Se naqueles tempos, em que se dava culto aos deuses falsos e aos ídolos, aqueles que se valiam do couro de seus templos ficavam sem castigo em seus delitos, com quanto mais razão hoje entre os católicos devem gozar de imunidade os que se acoutam nos sagrados templos do verdadeiro Deus? Portanto, conforme os Sagrados Cânones, e leis seculares, a Igreja por sua religião e santidade vale, e defende a todos os que a ela, e seu adro se recolhem, donde não podem ser presos, nem tirados pela justiça secular, e seus Ministros por casos crimes, em que possam ser condenados em pena de morte natural, ou cível, cortamento de membro, ou outra pena de sangue, salvo nos casos exceptuados por direito. [...]”

Os casos exceptuados a que se refere o texto são: o herege, o apóstata ou sismático, o blasfemo, o feiticeiro, o benzedeiro, o agoureiro e o sortílego (cânone 755).

Para os delinquentes gozarem da imunidade, bastava que se pegassem aos ferrolhos das portas das Igrejas, capelas ou ermidas ou se encostassem a elas ou às suas paredes, ou se recolhessem debaixo dos alpendres contíguos com as ditas igrejas, capelas ou ermidas, posto que não tenham adro (cânone 751); também bastava acoutar-se ao Santíssimo Sacramento, que é levado em alguma procissão, ou aos enfermos, pegando-se, ou chegando o delinquentes ao padre que o leva (cânone 753). Além dos lugares de imunidade já mencionados, encontravam-se também os hospitais fundados por autoridade de prelado.

O direito de asilo é um instituto antigo, não devendo ser confundido com o *exílio* (*aquae et ignis interdictio*), que significa uma sanção penal já prevista pelo Direito Romano, consistindo na expulsão do delinquentes da cidade em que havia cometido o delito. As *Ordenações do Reino* mantiveram essa pena com a denominação de degredo.

Templos religiosos na Síria, Fenícia, Grécia e Roma eram lugares de asilo, santuários que não poderiam ser violados para a apreensão de delinquentes, sob pena de severa punição.

Com o intuito de proteger aqueles que cometessem crimes culposos de possível vingança privada por parte dos parentes da vítima, a lei hebraica afetara seis cidades de refúgio. Eram elas: Hebron, Sichem, Kadesh, Bezer, Ramoth e Golan. Se eles saíssem antes do julgamento, poderiam ser legalmente mortos por qualquer familiar da vítima. Uma vez considerados inocentes, deveriam retornar à cidade que lhes havia concedido asilo e aí permanecer até o falecimento da principal autoridade religiosa em exercício naquele lugar⁴.

Em Roma, após a conversão de Constantino, o direito de refúgio, que já existia nos templos pagãos, foi estendido às igrejas

edificadas pelos cristãos, onde os delinquentes buscavam asilo perto dos altares. Essa imunidade foi adotada pelos príncipes de vários países. Tal direito sofreu, no entanto, algumas restrições. Com efeito, a Constituição de Teodósio, de 392, excluiu desse privilégio os devedores do Estado⁵. Igualmente, as leis 2 e 3 de Arcadius e de Honorius, título XXV, em 397 e 398, excluem os israelitas que se faziam passar por convertidos. O direito de refúgio foi inteiramente suprimido no ano de 398, sendo, no entanto, restabelecido como lei por Teodósio, O Jovem, no ano de 414. Justiniano restringe esse direito, deixando de fora os homicidas, os adúlteros e os raptos de virgens⁶. No Concílio de Arles, a Igreja reitera a interdição de entregar as pessoas que se asilavam nos lugares sagrados, e proíbe aqueles que desrespeitavam tal preceito de entrarem nos templos. Em seguida, no Concílio de Tribur, a Igreja comina pena pecuniária e penitência pública a quantos violassem esse direito. O 12º Concílio de Toledo, realizado em 681, amplia a proteção sobre um espaço de trinta passos ao redor dos lugares de refúgio, em que ninguém poderia ser preso.⁷ O Papa Nicolau I amplia ainda mais a área de proteção: trinta passos nas pequenas igrejas e capelas e quarenta nas grandes, e comina a pena de excomunhão para quem violar o direito de asilo. A partir do Concílio de Latrão, em 1139, essa sanção passa a ser universal.

Inocêncio III restringe, em 1200, em carta dirigida ao rei da Escócia, o direito de asilo, com a justificativa de prevenir abusos. Ele faz a distinção entre homens livres e servos. Os primeiros jamais devem ser retirados dos lugares sagrados pela força, qualquer que tenha sido o crime praticado, a fim de puni-los com a pena capital ou outra sanção corporal; serão entregues às autoridades civis, se considerados culpados, após julgamento, recebendo punição prevista em lei. Se se tratar de bandidos ou assaltantes noturnos, não são protegidos pelo privilégio, podendo ser expulsos dos lugares sagrados.

Os servos, estes deverão ser entregues a seus mestres, à condição de estes comprometerem-se, por juramento, a não submeterem o infrator a penas corporais.

Gregório IX decreta outra exceção ao direito de asilo, em carta endereçada aos arcebispos de Toledo e de Compostela: os culpados por homicídio ou mutilação nas igrejas e cemitérios não se beneficiarão desse direito.

Gregório XIV, na constituição *Cum alias*, de 24 de maio de 1591, confirma as anteriores restrições, acrescentando ainda outras: o direito de asilo não beneficia mais os assaltantes, os bandidos públicos, os destruidores de culturas agrícolas; os homicidas e os mutiladores que cometem seus crimes em lugares sagrados; os assassinos e os culpados de lesa-majestade na pessoa do príncipe. Ainda, esse Pontífice, na mesma constituição, prescreve que, para assegurar-se o direito de asilo, deve haver permissão expressa do bispo ou de seu oficial e os criminosos leigos capturados nos locais sagrados deviam ser levados para as prisões da Cúria episcopal, permanecendo sob a custódia da Igreja.

O Papa Bento XIII, na constituição *Ex quo*, de 8 de junho de 1725, referindo-se à bula *Cum alias*, no respeitante aos crimes daquele que perdeu o prazo de recurso em juízo e ao procedimento para retirar os refugiados dos lugares sagrados, coloca um fim às diferentes interpretações das exceções trazidas pelos textos versando sobre direito de asilo, pedindo que as imunidades sejam restabelecidas onde for possível. Nada obstante, faz o Papa Bento XIII uma ressalva. A esse propósito, escreve Nicolas Lung (1948, p. 275-276), comentando tal decisão:

“No entanto, observa ele [o Papa] no parágrafo 3, a malícia dos homens perversos é tal que os crimes aumentam a cada dia e perturbam a ordem pública. Para diminuir a frequência desses crimes, ele vê-se na necessidade de reduzir ainda o direito de asilo. É porque, doravante, continua

ele no parágrafo 4, para ser *publicus latro*, será suficiente o cometimento de um único crime na via pública, à condição, todavia, que aquele que fora assaltado tenha membros mutilados ou que tenha morrido.”

Igualmente, não se beneficiavam do direito de asilo aqueles que estupravam os que se refugiavam nos lugares sagrados ou dali os retiravam à força. Tampouco gozavam desse privilégio os mandantes que prometiam recompensa, os que praticavam crimes com premeditação, os falsários de cartas apostólicas, os ministros do monte-pio ou similar, os empregados de bancos considerados culpados de furto, de falsificação ou de abuso de confiança no exercício de suas funções, ou que falsificavam moeda em seu benefício.

Nicolas Lung (1948, p. 276-277) informa ainda:

“Aqueles, enfim, que, em nome da Cúria, entram nas casas dos outros com a intenção de aí cometer rapina e matam ou mutilam os que se opõem à sua má ação, não gozam do direito de recurso em juízo.

No parágrafo 6, Bento XIII declara que, quando o braço secular pede que lhe seja entregue um malfeitor que se refugiou em um lugar sagrado, é necessário, em todas as hipóteses, antes de atender a esse pedido, que a autoridade eclesiástica faça uma investigação.”

Cabia, portanto, aos bispos, e não ao baixo clero, decidir se o crime encontrava-se entre as exceções ao direito de asilo.

Bento XIV, na constituição *Officii nostri*, de 15 de março de 1750, determina que os culpados que buscam refúgio em locais sagrados não sejam entregues às autoridades seculares, mesmo que o crime perpetrado não seja protegido pelo direito de asilo, antes que o bispo proceda a um inquérito ou dê sua permissão. Clemente XIII, na constituição *Inter graviores*, datada de 30 de setembro de 1758, confirma essa decisão.

O direito de asilo só era reservado aos leigos, posto que os clérigos gozavam do privilégio de foro, só devendo ser julgados por tribunal eclesiástico.

Sisto V determina, em fins do século XVI, que tudo que diga respeito às imunidades era da competência da Congregação dos bispos. Urbano VIII, pela bula *Inscrutabili*, de 22 de junho de 1626, cria a Congregação da imunidade.

Pio IX, na alocução *In consistoriali*, de 1º de novembro de 1850, protesta contra as tentativas que as autoridades seculares faziam para tornarem inócuo o direito de asilo, e em sua constituição *Apostolicae sedis*, de 12 de outubro de 1869, comina excomunhão *latae sententiae* a quantos desrespeitassem ou autorizassem o desrespeito a esse direito.

O fato é que, em vários países, o direito de asilo foi desrespeitado ao longo da história. Nicolas Lung (1948, p. 280) enumera alguns exemplos:

“Praticamente, há muito tempo, o direito de asilo é letra morta em vários países. Na França, Francisco I, pela sua lei de Villiers-Cotterets, de 1539, no artigo 166, permite aos juízes seculares apreender os criminosos refugiados nas igrejas. [...]”

Após a Revolução, o direito de asilo deixou de existir quase em toda a parte, exceto nos Estados Pontificais. Na realidade, o poder leigo não o aceita mais.”

Em 1908, a atividade da Congregação foi combatida por diversos Estados, sendo suprimida por Pio X por ocasião da reorganização das congregações romanas. Depois, as questões respeitantes à imunidade foram atribuídas à Sagrada Congregação do Concílio.

Este um pequeno bosquejo do direito de asilo na legislação eclesiástica, que se inscreve no capítulo dos Direitos Humanos. Essa espécie de imunidade assegurada pela Igreja constituiu igualmente uma contribuição importante para o reconhecimento

pelos Estados modernos do direito de asilo que beneficia os perseguidos em razão dos chamados “delitos de opinião”: os refugiados políticos.

Notas

¹ Elaborado em 1140 a 1150 por Graciano, monge e teólogo da cidade de Bolonha, a partir de fontes diversas, contendo: *Textos da Escritura Sagrada; Cinquenta Cânones dos Apóstolos; Decisões de dez Concílios Gerais e noventa e seis Particulares; Setenta e oito decretos dos Papas; Subsídios de autores eclesiásticos; os livros Penitenciais; Excertos dos Códigos Teodosianos e Repetitae Prelectiones e das obras de Paulo e Ulpiano; Capitulares dos Reis de França e Rescritos imperiais; Ordo Romanus; Liber diurnus; Pontificales et Festae; Dicta Gratiani.*

² O inciso XVII do art. 179 da Constituição do Império assim reza: “À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.”

³ Decretais, liv. III, tit 49, c. 9, *De Immunitate ecclesiarum, coemeterii et rerum ad eas pertinentium*: “Ecclesiae in qua divina mysteria celebrantur licet adhuc non exstiterit consecrata, nullo jure privilegium immunitatis adimitur: quia obsequiis divinis dedicata nullius est temerariis ausibus profananda.”

Decretais, liv. III, tit. 49, c. I, *De Immunitate ecclesiarum, coemeterii et rerum ad eas pertinentium*: “Ut in domibus ecclesiarum neque missus neque comes vel judex publicus, vel minister quae pro consuetudine placitum vel hospitium vindicent, sed in publicis locis domos constituent, in quibus placitum teneant, et etiam secundum antiquam consuetudinem hospitantur.”

⁴ Números, 35:6 et seq.; Josué, 20:7 et seq.; Êxodo, 22:12-14; I Reis, 1:50.

⁵ Código Teodosiano, liv. IX, tit. 25, lei I: “Publicus debitor, si confugiendum ad ecclesias crediderint, aut illico extrahi de latebris oportebit, aut pro his ipsis qui eos occultare probantur episcopus exigi.”

⁶ Novela XXVII, c 7, em 535.

⁷ Causa XVII, q. 4, c. 35: “Diffinivit sanctum concilium ut nullus audeat confugientes ad ecclesiam vel residentes inde abstrahere, aut quod cunque nibilitatis, vel damni seu spoli, residentibus in loco sancto inferre, sed esse potius his ipsis qui ecclesias petunt per omnia licitum, in triginta passus ab ecclesiae januis profredi, in quibus triginta passibus uniuscujusque ecclesiae in toto circuitu reverentia defendatur sic tamen, ut hi, qui ad eam, confugiant, in extraneis vel onge separatis ab ecclesia dominus nullo modo abscedant, sed in hoc triginta passuum numero absque domorum extraneorum receptáculo

progrendi aditum obtinebunt; qualiter ad requisitae naturae usum debitis exeant locis, et nullo teneantur eventum necessitudinis qui dominicis se defendendos commiserint claustris. § I. Si quis autem hoc decretum tentaverit violare, et ecclesiasticae excommunicationi subjaceat, et severitatis regiae feriatur sententia.”

Referências

LOBO, Aberlardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito canônico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philipino ou ordenações e leis do reino de Portugal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. 3 v.

BRAGA, Pedro. *Ética, direito e administração pública*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

FERREIRA, Ildefonso Xavier. Prólogo. In: VIDE, D. Sebastião Monteiro da. *Constituições primeiras do arcebispo da Bahia*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2007.

IUNG, Nicolas. *Le droit publique de l'église*. Paris: Procure Générale du Clergé, 1948.

VIDE, D. Sebastião Monteiro da. *Constituições primeiras do arcebispo da Bahia*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2007.

Conciliação judicial e a função social das profissões jurídicas

Uma análise etnometodológica do direito

Artur Stamford da Silva e Chiara Ramos

Sumário

Introdução: a abordagem dogmática da conciliação judicial. 1. A conciliação judicial como função social do advogado. 2. Relevância da pesquisa empírica para a ciência do direito. 3. A etnometodologia e os etnométodos. 4. Etnometodologia como programa de investigação. 5. Etnométodos e conciliação judicial.

Introdução: a abordagem dogmática da conciliação judicial

A doutrina processualista nacional e internacional teve como característica, desde a segunda metade do século XX, a mudança do paradigma formalista para o paradigma instrumentalista. Com isso, problemas como a onerosidade do processo, a insuficiência de recursos do poder judiciário, a complexidade da sistemática processual, o receio, a desinformação e a descrença no poder judiciário constituíram o ponto de partida para o paradigma instrumentalista. Vivemos a abertura para discussões em torno do acesso à justiça, da morosidade processual, da crise do judiciário e da relação judiciário-sociedade (CAPPELLETTI, 1988; CAPPELLETTI, 1994; DINAMARCO, 1995; SOUTO, 1978).

Como resultado dessa mudança de paradigma, identificamos, ao menos no processo civil brasileiro, recepções dessas novas tendências tais como as reformas do código processual civil pelas legislações: Lei nº 8.455/92, Lei nº 8.951/94, Lei nº 8.952/94

Artur Stamford da Silva é Professor Adjunto e Pesquisador da UFPE.

Chiara Ramos é Graduanda em Direito pela UFPE e Pesquisadora PIBIC/CNPq.

e Lei nº 8.953/94. Entre essas reformas, destacamos o crescente estímulo à auto-composição – não à autotutela –, quando as audiências conciliatórias, em vários juízos, inclusive o cível, surgiam como indicativo à superação da morosidade processual. A esperança na autocomposição foi apoiada por grande parte da doutrina processual nos mais diversos países que adotam o sistema *civil law* na cultura ocidental.

Acontece que o instituto da conciliação não representa inovação. Desde a Constituição Imperial Brasileira, já havia a previsão de se dever procurar conciliar as partes litigantes, o que era requisito para realização e julgamento da causa. Como não nos interessa o estudo das fases históricas processualistas, mas sim trabalhar reflexões sobre “onde” estamos nessa história, limitamo-nos ao direito vigente.

O atual Código de Processo Civil enfatiza o dever de o juiz “tentar a qualquer tempo conciliar as partes” (art 125, IV, do Código de Processo Civil – CPC) e, no procedimento ordinário, foi incluída a audiência preliminar, momento processual específico à tentativa de conciliar os litigantes. Nessa audiência, o juiz deve buscar a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem futuramente provados, que é a fase de saneamento do processo, e, mediante o “insucesso” da tentativa de conciliação, antes de iniciar a audiência de instrução e julgamento, o magistrado deve mais uma vez voltar a procurar promover a conciliação (arts. 447 e 448 do CPC).

Na conciliação, momento processual que visa promover um acordo entre as partes sob a interferência do poder judiciário, as partes processuais possuem capacidade para participar da relação processual em nome próprio ou alheio, contudo, não têm competência para realizar os atos do processo de maneira eficaz, noutras palavras, não possuem capacidade postulatória; significa, no sistema processual brasileiro, a competência postulatória é exclusiva dos

advogados, por isso a obrigatoriedade de representação da parte em juízo por advogado legalmente habilitado (art. 36 do Código de Processo Civil). Trata-se de um pressuposto processual cuja inobservância conduz à nulidade do processo (arts. 1º e 3º da Lei nº 8.906, de 04.07.1994). Só excepcionalmente se admite postulação diretamente pela parte, é o caso da autotutela, como nos pedidos de *habeas corpus*.

A questão da interferência do advogado como figura indispensável à administração da justiça (CF, art. 133), e, portanto, integrante da relação processual, é o foco de nossa pesquisa etnometodológica. Os dados empíricos são fruto da observação não participativa durante audiências judiciais, especificamente nos voltamos à observação da atuação do advogado na construção e formação do acordo judicial. Essa decisão de pesquisa empírica tem por fundamento a verificação da função social do advogado, bem como da capacidade de esse profissional do direito alterar a “cultura” formalista própria da ação judicial em casos de processo civil.

A delimitação do objeto de pesquisa à atuação do advogado em audiências prévias de conciliação judicial, nos juizados cíveis comuns do Foro do Recife – PE, deve-se, em primeiro lugar, à importância crescente alcançada pela conciliação judicial nos debates jurídicos atuais. Em segundo lugar, ao fato de esse instituto envolver ação social face a face, razão de nossa pesquisa se ocupar de localizar normas oriundas da convivência social entre atores jurídicos durante a realização de audiências preliminares, o que envolve investigar a interferência de fatores estranhos ao sistema jurídico oficial na realização ou não de “acordos” judiciais. Um último motivo dessa delimitação se deve à possibilidade que o cotidiano das conciliações judiciais nos oferece para investigação da formação de padrões de comportamento, estabelecadores de expectativas de comportamento sob a ótica da etnometodologia (SILVA, 2004).

1. A conciliação judicial como função social do advogado

Tratar da advocacia e sua relação com a sociedade nos remonta a Max Weber e, portanto, a sua análise sociológica das profissões na racionalidade burocrática. Assim, no bojo da civilização individualista e liberal, cujo fastígio ocorreu com o monopólio do ensino do direito nas universidades (WEBER, 1996, p. 501, 591), tornou-se inevitável que o advogado passasse a ser um profissional liberal, privado, isento de prestar contas de seus atos ao Estado e responsável somente perante sua própria corporação (COELHO, 1999, p. 22).

Contudo, no atual estágio do Estado Democrático de Direito, em sua tentativa de atingir o *status* de Estado de Bem-Estar Social, o papel do advogado não pode se restringir ao seu interesse pessoal e particular. Hodiernamente, o interesse privado do constituinte, a remuneração e o prestígio do advogado não podem sacrificar os interesses sociais e coletivos, nem o bem comum (LÔBO, 1996, p. 31-32).

Se pós-modernidade significa “a incredulidade em relação aos metarrelatos [...], a função narrativa perde seus atores (*functeurs*), os seus grandes heróis” e, com isso, a linguagem, seus jogos, a teoria da informação e as redes de comunicação ganham lugar e tomam a atenção de outras formas de explicar, de pensar e da reflexão sobre a vida em sociedade (LYOTARD, 1998, p. XVI, 30-31). Com esse debate, a legitimação dos enunciados dá lugar ao relato, em substituição ao fato, à coisa em si, ao limite físico do objeto. Com isso, “os sucessos ou os fracassos coroam as tentativas dos heróis; e esses sucessos ou fracassos dão legitimidade às instituições da sociedade (função dos mitos) ou representam modelos positivos ou negativos (heróis felizes ou infelizes) de integração às instituições estabelecidas (lendas, contos)” (LYOTARD, 1998, p. XVI); portanto, os critérios de competência “são os da

sociedade nas quais eles (os relatos) são contados” (LYOTARD, 1998, p. 37-38).

Dessa perspectiva, adicionada à afirmação de que para tratar da complexidade social é necessária uma teoria complexa, o paradoxo da função social da advocacia, numa leitura pragmática, é tão aparente quanto a hipótese da primazia do Estado sobre a sociedade civil ou mesmo desta àquele. É que a perspectiva inclusivista da pragmática, mas não do pragmatismo, indica para a simbiose entre as esferas público e privado, indivíduo e coletividade. Não há por que pensar em supressão, submissão ou prevalência. A exemplo, citamos a língua (o idioma), texto social. O idioma é produto da coletividade social, mas não por isso deixa de ser usado e manipulado por indivíduos. Desse exemplo temos que, assim como o idioma, há outras instâncias sociais que são simultaneamente ordem e desordem, são ao mesmo instante coletividade e individuado (SILVA, 2004). Nesse paradigma, a advocacia não é o exercício de uma profissão privada e, não por isso, pública. Sugerimos deslocar da concepção que denominamos exclusivista para a mentalidade de inclusão (RAJAGOPALAN, 2002, p. 23-29; 2005, p. 66-71). Outro caminho para tratar do assunto é recorrer às várias pesquisas sociológicas sobre o tema, como faz Roger Cotterrell (1991, p. 164-166) ao descrever as pesquisas de Rueschemeyer, na Alemanha, de Galanter, Podmore e Foster na Inglaterra, além de Blaustein e Porter, Mayhew e Reiss nos Estados Unidos. Essas pesquisas tratam da prevalência da valorização do advogado dos interesses do seu constituinte em confronto com os interesses da sociedade. Não conhecemos pesquisas sociológicas no Brasil sobre o tema.

No Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei 8.906/1994, encontramos redigido, em seu art. 2º, que “o advogado é indispensável à administração da justiça (...)” e, no § 1º, que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”.

Quanto à função social do advogado e sua importância na sociedade, encontramos a seguinte reflexão: tudo passa pela forma como esse profissional “participa de uma sociedade na qual ainda, infelizmente, se encontra uma parcela significativa de pessoas marginalizadas, social, cultural, econômica e politicamente. A missão principal do advogado é exercer sua função social” (PASOLD, 2001, p. 26-27).

Acontece que, para nós, não cabe cuidar da ética como filosofia sem contato com dados empíricos, para o que afirmamos: a prática da advocacia põe em questionamento a assertiva do parágrafo anterior, porque a maioria dos advogados brasileiros tem uma visão periférica de sua atividade profissional e, inclusive, “limitados ao êxito da causa e ao sucesso profissional, eles (advogados) não possuem conhecimentos de sociologia, história, economia e outras ciências. Acabam, conseqüentemente, afastados da função social” (BONATTO, 2004, p. 125).

Trazer o questionamento da função social da advocacia ao debate não pode estar dissociado das condições econômicas, políticas e sociais, ainda mais quando predomina a valorização do dinheiro na sociedade e, ainda, quando o sucesso profissional é mensurado segundo o ganho financeiro do advogado. Não se trata de um debate de filosofia ética, insistimos, inclusive porque é muita inocência negar presença de ética na advocacia devido à supervalorização do dinheiro. O debate é outro. Tampouco se pode afirmar que o advogado prefere a ação judicial à realização de uma conciliação diretamente, sem recorrer ao judiciário. Há advogados que promovem acordos e evitam a ação judicial. Mas não por isso esses profissionais deixam de registrar que as pessoas têm dificuldade em reconhecer que houve um trabalho jurídico, advocatício, do que resulta não querer pagar a prestação do serviço realizado. Nesses casos registramos um grande problema sociológico, o senso comum só

reconhece atividade judicial relacionada ao judiciário. Assim, para tratar do papel do advogado na conciliação, tivemos que assistir a audiências de conciliação; é que predomina a concepção de que um acordo só é válido se promovido e realizado diante do judiciário.

Advocacia não é, portanto, atividade exclusivamente judicial, seus conhecimentos jurídicos em muito podem contribuir para evitar a impetração de um processo judicial. Lembramos ainda que, uma vez frustrada a tentativa de conciliação “administrativamente”, cabe propor a ação judicial. Ainda, mesmo depois de proposta a ação, cabe ao advogado, agora juntamente com o julgador, tentar promover a conciliação entre as partes. Não podemos deixar de registrar que predomina a advocacia litigiosa à administrativa, bem como que muitas vezes o exercício da advocacia está restrito aos interesses da parte; inclusive, o acordo depende dos limites, muitas vezes financeiros, definidos por seu constituinte. Enfim, não é essa uma questão que se pode enfrentar com achismos, mas, sim, que requer pesquisas sociológicas.

Antes da atual Constituição, a Lei nº 7.244/84 – que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas – já previa a atribuição dos advogados como auxiliares do judiciário, bem como a sua função de conciliadores. Durante as audiências conciliatórias nesses juizados, ao advogado caberia buscar a promoção da conciliação entre as partes, do que se pode concluir que a função conciliatória é inerente, até por força de lei, às atividades advocatícias.

Atualmente, a competência do profissional da advocacia vem sendo aferida, cada vez mais, por sua capacidade de solucionar os problemas de seus clientes pela via da conciliação. Portanto, a quantidade de ações judiciais patrocinadas por um advogado já não é sinônimo de competência, prestígio e satisfação do constituinte. Podemos, assim, registrar uma mudança no paradigma da advocacia.

“No exercício de seu ministério privado, ao aconselhar as partes e promover transações em seu gabinete, ou no do patrono da parte contrária, é o advogado importante instrumento de acesso à justiça, não se podendo esquecer da percuente observação de Smith, em face da realidade norte-americana, de que ‘a justiça neste país é ministrada 10% pelos juízes nos tribunais e 90% pelos advogados em seus escritórios’. Por isso, o profissional das leis, sob pena de trair a causa da reconstrução da ética, não deve, por questão de dinheiro ou de vaidade, desencadear ou alimentar litígios que poderiam encontrar melhor solução num acordo entre as partes” (CAPPELLETTI, 1990, p. 13).

Por fim, sob diversos aspectos, além de imprescindível, é de extrema relevância o papel do advogado para a concretização do acesso à justiça. Nesse caso, a justiça está diretamente atrelada à ação judicial.

2. Relevância da pesquisa empírica para a ciência do direito

Ressalte-se que as reformas até agora empreendidas representam um caminho para mudança de paradigma no direito, passagem do exclusivo – quando predomina a imagem de que só é jurídico se judicialmente pleiteado – para o inclusivo – quando predomina a imagem de que é jurídico o socialmente vivido e compartilhado. Para isso, mudanças profundas, muito além da mera alteração legislativa, podem e precisam ser processadas na própria comunidade jurídica brasileira.

Não podemos deixar de constatar que o procedimento conciliatório envolve potencialmente a renúncia de interesses. Então, até que ponto o advogado da parte autora, defendendo o direito lesado do seu constituinte, preocupa-se com a possibilidade de conciliação? Quais fatores, internos ou ex-

ternos ao sistema jurídico, facilitam ou não a consecução de um consenso? Impossível se torna alcançar respostas a tais quesitos mediante o estudo limitado à legislação. Inclusive a dogmática jurídica parece estar indicando mudança de paradigma, pois cada vez verificamos mais abordagens e reflexões que incluem aspectos sociológicos, filosóficos, psicológicos em suas abordagens da legislação em vigor.

Imprescindível, portanto, torna-se o estudo do direito considerando a vivência em sociedade, o que significa incluir considerações sobre como a vida se processa fora dos códigos. O estudante de Direito, bem como o profissional do direito, precisa saber “que entre o céu e a terra não existem apenas leis e códigos, mas pessoas concretas, relações sociais, manobras políticas, interesses econômicos, jogos de poder” (JUNQUEIRA, 1995, p. 9). É nesses termos que Eliane Junqueira defende a necessidade da sociologia jurídica para a formação de uma visão crítica do direito sobre as formas estatais e não estatais de resolução de conflitos, por meio da análise de pesquisas empíricas realizadas no Brasil. A mesma defesa inclusivista encontramos nos textos de Luciano Oliveira (2004, p. 15), principalmente quando afirma a necessidade de uma base empírica para a especulação teórica, sobretudo na área do direito, em que continuam prevalecendo estudos “doutrinários” dotados de “retórica demais e realismo de menos”.

A verdade é que as necessidades sociais da pós-modernidade, caracterizada, sobretudo, por sua complexidade sempre crescente, não podem ser satisfeitas por juristas da tradicional formação lógico-filosófica (SOUTO; SOUTO, 1981, p. 14). É indiscutível a importância do estudo de doutrinas jurídicas – tal como doutrinas religiosas – que insistem em explicar e, por muitas vezes, legitimar um discurso jurídico exclusivista, ainda mais quando buscam encontrar sua coerência lógica produzindo uma

“dogmática ligada a uma abstração dupla: a própria sociedade, na medida em que o sistema jurídico se diferencia como tal, constitui, ao lado das normas, regras para a sua manipulação. Ora, este é o material abstrato num grau de abstração ainda maior. Se isto, de um lado, lhe dá certa mobilidade, certa independência e certa liberdade, como condição de seu próprio trabalho, de outro, paga-se por isso um preço: a abstração e o risco de distanciamento progressivo da própria realidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1984, p. 14).

Diante desse distanciamento crescente entre a doutrina do direito e, para citar um exemplo, o direito vivo (EHRlich, 1986, p. 378) – aquele em contraposição ao direito estatal, porque legislado e vigente nos tribunais e órgãos estatais –, instaura-se a crise da dogmática jurídica tradicional, cuja solução não pode ser encaminhada sem que se leve em conta as práticas sociais (OLIVEIRA, 2004, p. 59).

O direito pensado como fenômeno social não, por isso, se limita e se atrela ao aspecto mentalista próprio da fenomenologia. Para compreender essa dimensão social do direito, tampouco significa que

“enfrentar os problemas do direito em termos sociológicos é querer conhecer mais sua força e seu poder que suas palavras. A investigação do Direito na conduta humana aclararia muitas coisas aos legisladores, aos políticos, aos governantes, com respeito à natureza dos materiais com que trabalham” (SANCHES DE LA TORRE, 1965, p. 68-69).

Esse sonho fenomenológico, essa confiança numa cientificidade de saber eminentemente sociológico é tão exclusivista como uma dogmática formalista, tradicionalista. Não por isso temos um novo caminho ou uma proposta. Apenas sugerimos uma transposição mental; o abandono da mente exclusivista – montada em qualquer

que seja o paradigma (ontológico, mentalista, lingüístico etc.) – para uma mentalidade inclusivista. Simples, qualquer proposta que para se impor sonha estar superando a outra é tão dogmática fundamentalista quanto a suposta teoria superada. Esse pode ter sido o maior problema da filosofia crítica, no sentido marxista. O lugar do comunismo requer e exige a exclusão do capitalismo. Com isso afirmamos: não cabe pensar em quem é melhor, teoria ou prática. O direito precisa das duas, seja a prática jurídica forense seja a academia. Não é possível lecionar direito processual sem a prática, muito menos sem teoria.

Assim, investigando a prática cotidiana da conciliação judicial, pretendemos compreender a atuação do advogado desde sua vida cotidiana no judiciário. Para isso, recorreremos à etnometodologia, estudo da análise de conversação, devido ao predomínio da fala numa interação social face a face.

É salutar, portanto, a utilização de métodos e técnicas de pesquisa empírica, isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos, para investigar o fenômeno jurídico em correlação à realidade social (SOUTO; SOUTO, 1981, p. 12-13). Porém, apesar da exigência crescente de conhecimento adequado da situação social do sistema jurídico e de sua práxis, poucas são as pesquisas desse tipo realizadas no campo do direito. Nossa literatura limita-se ao estudo do ordenamento jurídico em si, não dá conta da realidade, de como o direito se processa fora dos códigos. A norma jurídica estatal e a doutrina jurídica normatizam a realidade e produzem, inevitavelmente, uma cultura idealista não isenta de alguns perigos (OLIVEIRA, 2004, p. 23).

O relatório do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq do já distante ano de 1986 enfatizou que as Faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial e não propriamente como centros de produção do

conhecimento científico (STRECK, 1999, p. 64). A pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação e pós-graduação, seria exclusivamente bibliográfica, situação essa que, embora decorridos quase dez anos, continua praticamente inalterada, o que reitera a inovação e a importância da presente pesquisa.

3. A etnometodologia e os etnométodos

Investigar os etnométodos da comunidade jurídica significa pesquisar os mecanismos resultantes da prática forense; em nosso caso, enfatizamos a atuação do advogado em audiências preliminares.

A etnometodologia, fundada por Harold Garfinkel (1996, p. 11), ganhou atenção principalmente após seu artigo de 1963: "a conception of and experiments with 'trust' as a condition of concerted stable actions", e com seu livro de 1967, *Studies in ethnomethodology*. O autor explica que usa o termo Etnometodologia para se referir à "investigação das propriedades racionais das expressões indexadas e outras ações práticas como realizações contínuas e contingentes de práticas usadas como artifícios para organizar a vida cotidiana".

A partir das palavras etnobotânica, etnofisiologia, etnofísica, Harold Garfinkel (1996) chegou ao termo etnometodologia para se referir à capacidade de o ser humano dotar de sentido seu mundo social. Assim, etno se refere aos "sistemas conceituais cotidianos empregados pelos membros de uma cultura ou de uma sociedade dada"; metodologia são "os procedimentos implementados pelo senso comum na representação corrente do mundo e da ação" (ARNAUD, 1999, p. 333; WALLACE; WOLF, 1994, p. 320).

Garfinkel (1996) estudou com Talcott Parsons e Alfred Schutz. Via Parsons (1987), ele se fundamenta nas idéias coletivistas de Durkheim e Weber; via Schutz, na visão individualista da fenomenologia de Edmund Husserl. Garfinkel (1996) é um

autor que se propõe a unir essas explicações da vida social, portanto unir coletivismo com individualismo (ALEXANDER, 1990, p. 205, 208-225; RITZER, 1993, p. 287-291), o que implica Garfinkel (1996) demonstrar o quanto as normas estão internalizadas nos conviventes em uma comunidade; por sua vez, devido a Schutz, ele quer demonstrar como as normas são elaboradas.

Dessas pretensões de demonstração, o autor retorna à proposta de fato objetivo de Durkheim porém dá-lhe lugar aos atores como modeladores do fato, assim, os dois paradigmas sociológicos da época (o normativo e o interpretativo) se associam na etnometodologia, principalmente porque a significação passa pelos atores e a comunicação não é fruto de referência ao mundo exterior, sua referência simbólica (superação da teoria da referência). Com isso, a aplicação das normas que funcionam fixando significação depende da interpretação adotada pelos atores e pela comunidade que a vive. A etnometodologia não se esgota na fala, no dito, inclui também os gestos, os olhares, sons e outras fontes de informações durante a comunicação. Para defender sua proposta, Garfinkel (1996) diz que criamos etnométodos para viver em sociedade, assim, refere-se aos procedimentos e considerações que utilizamos para dar sentido às circunstâncias em que nos encontramos.

Um dos artifícios de Garfinkel (1996) foi recorrer ao que denominou "experimentos de ruptura". Um deles foi quando pediu a um grupo de alunos que passassem a se comportar em casa, no ambiente familiar, como se fossem visitas. Isso obrigaria a uma quebra do padrão esperado de comportamento desses alunos entre seus familiares. Ao relatarem suas experiências, os alunos permitiram a Garfinkel (1996) registrar várias situações de desentendimento entre os envolvidos. Além desse, outros métodos de verificação dos etnométodos foram criados, entre eles vale citar: a análise de conversação, que não se confunde com análise

de discurso; as provocações de aplauso; a integração do discurso; e as atividades não verbais.

Etnometodologia, portanto, não é um método de pesquisa nem uma técnica de levantamento de dados, é um programa para investigar “acordo entre colegas ‘culturais’”. Nas palavras do autor: “Eu uso o termo ‘ethnomethodology’ para me referir à investigação das propriedades racionais de expressões de indexação e outras ações de práticas contínuas e contingentes organizadas na vida cotidiana” (GARFINKEL, 1996, p. 10-11).

Se no direito processual podemos identificar duas correntes, de um lado os formalistas e do outro os instrumentalistas, a etnometodologia pode muito bem servir como espaço para verificação da forma como a prática forense cível está se realizando no cotidiano das audiências preliminares. Com o objetivo de simplesmente apontar caminhos epistemológicos aos estudos do direito, inicialmente sugerimos que sejam evitados o recurso a frases de efeito, aos achismos, aos argumentos de autoridade e, portanto, que as afirmações sejam feitas, se necessárias, com a devida cautela científica.

Quantas não são as afirmações no mundo jurídico jamais testadas, que são repetidas sem verificação empírica? Alguns exemplos são: o direito processual civil é formalista, já o trabalhista não; a morosidade processual é o grande mal da prestação judicial em praticamente todos os países; a conciliação é uma forma de resolver a morosidade processual. Não se trata de concordar ou discordar, mas simplesmente de defender a importância de se aferir essas informações com dados científicos, ou seja, com pesquisa empírica.

Voltando à palavra etnometodologia, ela comporta ao menos duas acepções: a primeira, metodologia empregada pelos membros de uma sociedade, nesse caso ela é tratada como “raciocínio sociológico prático”; a segunda, estudo dos etnométo-

dos, métodos cotidianos utilizados pelos seres humanos, no seu dia-a-dia, de forma a lhes permitir conviver em sociedade, inclusive de maneira conflitiva (COULON, 1995, p. 52).

Etnometodologia, portanto, estuda a construção de raciocínios e métodos no convívio social. Assim, considera-se que no cotidiano estabelecemos significados às intenções e palavras, não nos ocupamos em buscar significados precisos, verdadeiros e únicos, e é justamente por não vivermos problematizando tudo que é possível a comunicação e, por conclusão, convívio em sociedade. Da comunicação sem buscar o melhor, verdadeiro ou único significado é que a etnometodologia parte e visualiza a produção de normas que possibilitam a compreensão e a continuidade do convívio social.

Confirma-se, assim, que não se trata de um método de investigação, nem de uma técnica de pesquisa e, sim, de um programa de pesquisa voltado ao estudo do “aspecto processual e implícito do conhecimento que os agentes utilizam nas atividades rotineiras” (ARNAUD, 1999, p. 332), ou seja, de como as pessoas tornam compreensíveis as cenas e situações sociais (WALLACE; WOLF, 1994, p. 321).

Agora, sim, está explícito por que recorreremos à etnometodologia para estudar a construção de padrões de comportamento de advogados no cotidiano das audiências preliminares. Questiona-se, portanto, se nesse cotidiano são produzidas normas que possibilitam a atuação desses profissionais na construção dos acordos e se se pode identificar os interesses envolvidos, mesmo se não declarados. Como exemplo, citamos o caso de quando o advogado pede ao juiz para se retirar da sala de audiência para, em separado, falar com seu cliente. Esse comportamento é aceito por todos os envolvidos como meio de alcançar um acordo. A norma explícita é o reconhecimento da possibilidade de ser necessário rever pontos, o que só pode ser

tratado e debatido entre o advogado e seu constituinte, o mais abertamente possível, em um lugar reservado. Nem tudo que um constituinte revela a um advogado suporta a luz pública, sem falar na questão ética do segredo profissional.

Tendo, pois, a etnometodologia como programa de pesquisa, vejamos seu aspecto metodológico.

4. Etnometodologia como programa de investigação

Criticando a construção das teorias sociológicas, a etnometodologia se contrapõe ao positivismo sociológico, em suas vertentes estruturalismo e funcionalismo, principalmente quanto à criação de tipos sociais ideais, recurso werberiano produtor de categorias sociológicas para possibilitar a análise e explicação da vida em sociedade. A etnometodologia rejeita essa construção teórica, bem como não aceita a idéia de o fato social ser considerado como algo dado, conforme defende a teoria da atribuição de rótulos - *labeling theory* (COULON, 1995, p. 16). Para a etnometodologia, o convívio social produz e constrói uma percepção de vida, uma visão sobre o sentido de fatos sociais, o que a leva a rejeitar as perspectivas teóricas que têm o ator social como um "imbecil desprovido de juízo" (WALLACE; WOLF, 1994, p. 228).

Nesse sentido, no programa etnometodológico, os métodos e técnicas de pesquisa são definidos segundo o objeto de investigação. Quanto às técnicas de investigação empírica, os etnometodólogos recorrem à técnica da pesquisa documental, da observação, da gravação de fitas de áudio e de vídeo, tudo voltado à abordagem de como as pessoas constroem e reconstróem a realidade social em que vivem¹.

Garfinkel (1996) sofre nítida influência, como já afirmamos, dos autores Talcott Parsons, seu orientador durante os anos de 1946 a 1952, Edmund Husserl, Aaron Gurwitsch, Alfred Schütz e Maurice

Merleau-Ponty (COULON, 1995, p. 19). Para melhor entendermos a etnometodologia, vejamos algumas das propostas desses autores.

Edmund Husserl (1996, p. 87), considerado primeiro autor a utilizar o termo fenomenologia, empregou-o para tratar da dualidade da consciência, daí o autor distinguir psicologia pura - mundo da consciência - do mundo dos modos de conhecer. É que o descobrimento psicológico do *me mesmo* é objeto de estudo da psicologia pura - preocupada com a realidade psicofísica (animal); por sua vez, a fenomenologia estuda as variantes fenomênicas da consciência. É a distinção entre a perspectiva do *ego cogito* e a perspectiva da descrição concreta da consciência. Daí que a fenomenologia abre a possibilidade de estudo de fatos jamais investigados antes dela, justamente por tratar da investigação dos fatos da estrutura sintética que dão unidade noético-noemática às distintas cogitações.

Da proposta de estudo dos atos mediante os quais a consciência se reporta à realidade ou ao seu significado, Husserl (1996, p. 62-63) realiza uma mudança na perspectiva da teoria do conhecimento: o investigador deve procurar se afastar do que é tido por aspecto ôntico, apodítico, como a idéia de atitude natural do ser humano, pois a atenção do pesquisador se desloca do mundo mesmo (da sua realidade) para os fenômenos com os quais esse mundo se anuncia e se apresenta na consciência, isto é, na consciência mesma e nas suas estruturas essenciais. Nesse sentido, a consciência constitui o resíduo fenomenológico.

Assim pensando, Husserl (1996, p. 122-123) aponta duas condições fundamentais para a fenomenologia: a redução eidética, substituição da consideração dos fatos como naturais por intuição da essência dos fatos; e a *epoché* fenomenológica, que é o suspender a tese da existência do mundo. O conhecimento, portanto, envolve o estudo da intencionalidade (HUSSERL, 1996, p.

89). Admitindo a distinção sujeito/objeto, esse autor distingue o aspecto subjetivo do objetivo. Nossos atos de observação e apreensão do objeto são o aspecto subjetivo, chamado de *noesis*; o aspecto objetivo não é o objeto mesmo (a “coisa em si”, de Kant), mas o que, devido à experiência vivida, nos leva a ter determinada percepção do objeto, qualificando-o, que é o *noema*.

Dessa forma, quando um objeto é percebido e rapidamente se enquadra nos modelos de nossa experiência vivida, a intuição, a evidência e a verdade podem coincidir; o que possibilita a racionalidade. Algo é racional quando coincide com a evidência, ou seja, quando lhe damos o atributo de estar de acordo com nossa intuição, com os limites dados por nossa experiência. Daí sempre haver a intencionalidade no ato cognitivo, como a intencionalidade da consciência (HUSSERL, 1996, p. 95-99).

Husserl (1996, p. 199), ao abordar o tema da relação entre teoria e prática (objetividade e subjetividade), fala em mundo cultural, o mundo da vida, aquele onde as pessoas vivem intuitivamente e em consciência objetiva do mundo, o qual é acessível a todos. Da idéia de mundo da vida de Husserl, Alfred Schutz trata o mundo social como o mundo da vida (*lebenswelt*)², um mundo intersubjetivo, o mundo das rotinas, sendo a realidade social “a soma total dos objetos e dos acontecimentos do mundo cultural e social, vivido pelo pensamento de senso comum de homens que vivem juntos numerosas relações de interação” (COULON, 1995, p. 12).

Dessa localização, Schutz (Cf. RITZEK, 1993) se preocupa em distinguir o mundo da vida do mundo dos sonhos, para isso identifica seis características do mundo da vida: o estado de alerta, momento em que o ator presta atenção à vida e aos seus requisitos, o que não ocorre no mundo dos sonhos; segunda, o fato de o ator não duvidar da existência do mundo; terceira, refere-se ao mundo do trabalho, que está ausente no sonho; quarta, a forma específi-

ca de o trabalhador experimentar o mundo; quinta, é quando o mundo da vida é caracterizado pela solidariedade; e sexta, o fluxo temporal, o qual é diverso entre o mundo da vida e o mundo dos sonhos (RITZER, 1993, p. 272).

Assim, quanto aos reinos da realidade social, esse autor distingue quatro espécies: *umwelt* – reino da realidade social diretamente experimentada, que é o contato face a face, são as relações-nós (eu e tu) – ; *mitwelt* – reino da realidade social indiretamente experimentada, contatos intermediados por instituições e organizações sociais, formando as relações-eles – ; *folgewelt* – reino dos sucessores, quando debate sobre a previsibilidade da ciência social – e *vorwelt* – reino dos predecessores, capacidade de analisar o ocorrido a partir do instrumental teórico oferecido pelas ciências sociais (RITZER, 1993, p. 274-279).

Sendo Schutz um precursor de Garfinkel (1996), acrescentamos que, do conceito de *verstehen* (compreensão) de Max Weber, Garfinkel realiza um estudo sobre o significado que os indivíduos atribuem às situações que presenciam. Isso o permite defender que a convivência entre os seres humanos resulta justamente do fato de que, como cada ser humano vive experiências diferentes das dos outros, criamos o mecanismo de supor que tivemos experiências idênticas. Assim, vivemos um processo de permanente ajuste, o qual torna possível a dissipação das divergências entre as diferentes percepções de mundo (COULON, 1995, p. 10-12). Esse processo foi chamado por George Mead de “fundo comum de consciência”, o qual nos permite pensar o mundo em termos de “tipos” de objetos, que é o processo de elaboração das tipologias (ou ideal tipos) (MEAD, 1972; 2001, p. 183-198).

Harold Garfinkel, partindo do conceito de “expectativa normativa” de Parsons, oferece a proposta de um estudo do comportamento cotidiano em contraposição à idéia de padrão de comportamento nos

termos empregados pelo estruturalismo e pelo funcionalismo, é que a etnometodologia considera a ordem como constructo interno aos processos sociais, ou seja, como resultado das relações sociais compartilhadas. Com Schutz, Garfinkel (1996) defende a necessidade de um motivo particular para pôr em questão o mundo comumente conhecido e dado por sabido (WALLACE; WOLF, 1994, p. 322).

Aaron Cicourel, primeiro discípulo de Garfinkel, trabalha o tema da metodologia com críticas aos métodos empregados pelos sociólogos em seus experimentos; para este autor, os sociólogos afastam elementos indispensáveis à investigação por capricho metodológico. Essas idéias deram margem ao aparecimento de novos métodos como a "etnografia constitutiva", de Hugh Mehan, e o *tracking*, de Don Zimmerman (COULON, 1995, p. 85-92).

Ainda sobre a etnometodologia e a metodologia, não se pode deixar de fazer referência a Peter Berger e Thomas Luckmann (1983) em seus estudos sobre a construção de um mundo objetivo a partir dos processos subjetivos, o que, para esses autores, fundamenta a construção social da realidade (RITZER, 1993, p. 282-287; WALLACE; WOLF, 1994, p. 337-343).

Da vida cotidiana, aquela que se apresenta como realidade interpretada pelos seres humanos, forma-se um significado subjetivo construindo-se o mundo coerente; é que a realidade da vida cotidiana é "o mundo intersubjetivo que comparto com os outros" (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 40). Para esses autores, pode-se duvidar da realidade cotidiana, porém, mesmo assim, estamos obrigados a suspender essas dúvidas porque existimos rotineiramente, em vida cotidiana. Dessa forma, a vida pode ser rotineira - quando segue sendo apreendida como não problemática - ou não rotineira - aquela apreendida problemáticamente.

Estruturalmente, a vida cotidiana tem limites de espaço e tempo. Quanto à limi-

tação espacial, ela, a vida cotidiana, requer uma dimensão social, delimitada conforme o grupo social. Em razão do tempo, ela é coercitiva, não se intervém voluntariamente; p. ex., há a norma do quando falar e quando calar, há a delimitação temporal oficial, demarcada pelos aparelhos de relógio (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 44-46). É o que se verifica quando as audiências preliminares, o objeto desta pesquisa, têm que ter duração limitada, não se pode ficar debatendo "o dia todo".

A interação social na vida cotidiana é aquela que temos com os outros em situação face a face, a qual permite que na realidade da vida cotidiana construamos esquemas tipificadores, permitindo-se a formulação de critérios à qualificação. Há, no entanto, uma negociação contínua entre os esquemas tipificadores das partes em interação, o meu esquema com o do outro (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 49). A linguagem (a corporal, ex.: o aspecto facial; a de objetos, ex.: intenções subjetivas proclamadas por meu semelhante; a dos signos, ex.: o SOS, que permite a produção de informações de uma intenção; e a fala, a expressão oral) é outra forma de coerção da vida cotidiana, pois estamos limitados a seus efeitos, ela nos obriga a adaptarmos a suas pautas (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57). Assim sendo, a vida cotidiana nos institucionaliza socialmente por produzir hábitos (tal como em Bourdieu), pois "todos os atos que se repetem com frequência criam uma pauta que logo pode reproduzir-se com economia de esforços e que *ipso facto* é apreendida como pauta por quem a executa" (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57). Noutras palavras, a habitualidade antecede o processo de institucionalização, o qual implica historicidade e controle, pois é uma tipificação recíproca de ações habituais a certos tipos de atores.

Nem por isso deixam de ocorrer mudanças sociais; é que a realidade social é um processo que contém: externalização - atuar humano -; objetivação - processo

humano que objetiva o que é externalizado –; e internalização – processo de volta do mundo social objetivado na consciência durante a socialização. Assim, a sociedade é um produto humano e o ser humano um produto social (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 83-84).

Nesse sentido, identificamos na perspectiva da etnometodologia um lugar teórico capaz de auxiliar na compreensão, análise e explicação da vida cotidiana forense, e é justamente o que pretendemos com o estudo do comportamento do advogado em audiências de conciliação.

5. *Etnométrodos e conciliação judicial*

A pesquisa empírica envolveu as técnicas de observação durante audiências de conciliação nas varas cíveis do Fórum do Recife, bem como a análise dos dados obtidos por meio de gravações e anotações. Como marco teórico, recorremos à etnometodologia para análise qualitativa dos dados e identificação de comportamentos do cotidiano forense. Aqui, não vamos desenvolver todos os tópicos da pesquisa, porque o objetivo desse texto é apenas demonstrar a necessidade e contribuição da pesquisa científica para a compreensão do direito e seus institutos; no caso, a prática da função social do advogado durante audiências preliminares.

A pesquisa envolveu 9 juízes, 23 advogados e 47 audiências preliminares assistidas pela equipe de pesquisa.

Os resultados indicam que, passados onze anos da Lei nº 8.952/94 e três anos da Lei nº 10.444/2002, a audiência preliminar é um ato processual a mais, portanto produz aumento da morosidade nas varas cíveis, principalmente quando se trata de ações de cobrança envolvendo instituições bancárias e processo da fazenda pública.

Em relação à audiência preliminar como meio de enfrentar a morosidade processual, 69% (6 juízes e 16 advogados) discordam dessa hipótese e 31% (3 juízes e 7 advoga-

dos) concordam. Entre os 9 juízes, 66,67% (6 juízes) discordam e 33,33% (3 juízes) concordam que a audiência preliminar é uma forma de suprir a morosidade; para esses 66,67%, houve aumento na morosidade pela adição do momento processual da audiência preliminar, principalmente porque a redação do CPC já previa que o juiz deveria, antes de iniciar a audiência de instrução e julgamento, tentar conciliar as partes. Entre os 23 advogados, 69,56% (16 advogados) discordam e 30,43% (7 advogados) concordam com a hipótese.

Entre os juízes que não vêm a audiência preliminar como mecanismo para enfrentar a morosidade processual, o principal argumento foi que “as partes nunca se conciliam durante, nem por causa da audiência”. Já os advogados declararam que perdem tempo com essas audiências e que seria melhor o sistema anterior, quando a audiência marcada era de instrução e julgamento, pois, não havendo a conciliação, partiam imediatamente para a instrução.

Das observações realizadas durante as audiências, verificamos que as partes quase nunca têm a palavra, raramente participam, estão mais para assistir a audiência de conciliação do que para auxiliar na formação de um resultado; observamos também que os magistrados ou conciliadores não conseguem se afastar de sua postura de julgador e pouco abrem oportunidade ao debate. Dessas observações, concluímos que não cabe falar em acordo ou entendimento quanto aos direitos envolvidos no litígio, cabe, sim, falar em negociação de direitos, quando muito. Essa conclusão tem lugar devido à duração e à postura dos juristas nas audiências. Das 47 audiências, 48,97% tiveram duração de menos de 10 minutos e apenas 6, ou seja, 12,77%, tiveram duração de mais de 30 minutos.

Desses dados, sugerimos a hipótese de o jurista ter como um dos etnométodos justamente a prevalência do paradigma exclusivista. Normalmente as audiências se iniciam com a pergunta “há conciliação?”.

Se a resposta é sim, lavra-se o termo; se não, encerra-se a audiência, o magistrado produz o saneamento e se agenda a audiência de instrução. Não há debate, não há diálogo sobre as questões envolvidas. O ambiente da audiência está voltado à decisão de quem tem razão em que, quem tem direito a que; significa, o direito parece ser uma divindade que irá decidir quem está com o direito. Esse ambiente é mantido e raramente quebrado pela ação de um advogado ou mesmo do juiz.

Uma forma de abordar esse ambiente é recorrer à teoria habermasiana da racionalidade, capacidade de justificar, fundamentar suas escolhas. Qualquer asserção ou ação poderá ser tida como racional, desde que suscetível de criticismo e fundamentação, ou seja, desde que possa fornecer razões e fundamentos. Nas palavras do autor:

“uma expressão satisfaz a pré-condição de racionalidade, se e na medida em que corporifica conhecimento falível e, portanto, tem uma relação com o mundo objetivo (isto é, uma relação com os fatos) e está aberta ao julgamento objetivo” (HABERMAS, 1984, p. 9).

A racionalidade se produz, para Habermas (1990, p. 188-190), graças a uma relação dialógica prévia, ela não se move no vazio de uma interioridade constituída à margem de toda comunicação, como pretendiam os filósofos da tradição da filosofia da consciência. Nessa perspectiva, uma pessoa se expressa racionalmente à medida que se guia, relativamente, por pretensões de validade, ou seja, quando ela pressupõe uma relação reflexiva da personalidade com aquilo que crê, faz ou diz. Isso não implica que as crenças racionais e as convicções sejam sempre compostas de juízos verdadeiros, dito de outra forma, a racionalidade de um juízo não implica sua verdade, mas apenas sua aceitabilidade fundamentada num contexto dado. Em contra partida, irracional é aquele que defende dogmaticamente, autoritariamente suas crenças

e que a elas se prende apesar de não as poder fundamentar (HABERMAS, 2004). Do ponto de vista adotado por Habermas, a linguagem assume relevância enquanto elemento mediador das relações que os falantes estabelecem entre si, quando se referem a algo no mundo. Assim agindo, cada ator assume o papel dialógico de ego e alter, no qual ego se utiliza de um ato de fala para expressar um estado de coisas referentes ao mundo, para o qual busca a anuência do alter (ARAGÃO, 1997, p. 28). Cada ego se utiliza, então, de um ato de fala, o qual traz em si implicitamente a pretensão de ser verdadeiro e poder ser reconhecido como tal pelo alter. O alter vai adotar, por sua vez, uma posição de concordância em relação à pretensão de validade embutida no conteúdo do proferimento de ego.

Dessa forma, uma asserção pode ser dita racional somente se o falante satisfizer as condições necessárias para alcançar um entendimento sobre algo no mundo com pelo menos um outro participante na comunicação e, nessa situação, busca o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis (consenso) (HABERMAS, 1988, p. 96). Aí está o lugar de Habermas no debate: o termo consenso está atrelado à idéia de busca de entendimento. Nossas observações nas audiências nos levaram a considerar a impossibilidade de se falar em entendimento. Primeiro porque prevalece a noção de o judiciário ser o local para a decisão, definição de quem tem ou está com *O* direito; quem chega ao ponto de procurar um advogado para recorrer ao judiciário a fim de tratar de um conflito que não conseguiu resolver espontaneamente com seu litigante para então abrir mão de algo em nome de um entendimento. Parece que, se havia de haver algum entendimento espontâneo, esse teria que ser solucionado antes, não mais agora no judiciário. Parece prevalecer um sentimento de vingança, um “eu não disse que você iria parar aqui, agora quero só ver”. Com isso apenas chamamos atenção para a necessidade de

serem debatidas as diversas questões que permeiam o problema da conciliação. Há um grande descompasso entre o que o judiciário imagina estar promovendo com a conciliação e a visão de mundo da sociedade sobre o assunto.

Cabe, ainda, fazer referência ao diferencial da concepção e possibilidade de conciliação, segundo a espécie do caso concreto. Entre os 7 casos de audiência com duração de mais de 30 minutos, cinco envolviam separação conjugal (direito de família). Os outros dois tinham por tema a cobrança e não tinham instituições bancárias como parte. Nos casos que envolviam temas de cobrança e tinham instituições bancárias como parte, não houve espaço para conciliação, bem como casos envolvendo questões tributárias com a Fazenda Pública.

Daí afirmarmos que o judiciário tem funcionado como lugar de pressão para se negociar direitos e não como lugar ao debate e busca de entendimento sobre direitos. Registramos depoimentos de advogados que, em contenciosos envolvendo direito de família, declararam que o judiciário tem servido como lugar de desabafo, após o qual aumenta a possibilidade de realização de acordos entre os litigantes.

O ponto mais grave em nosso entendimento foi a identificação de que os acordos são assinados sem as partes processuais terem a devida noção do que acabaram de vivenciar, assinam termos de acordos sem saber o que continha no termo de conciliação. Essa constatação foi obtida porque, após as audiências nas quais foram firmados os termos de conciliação, a equipe de pesquisa foi conversar informalmente com as partes e ouviu relatos tais como: “eu não sei bem o que houve naquela sala, assinei porque mandaram, no fim já nem sabia o que estava sendo dito”; “e eu podia dizer que não queria assinar aquele acordo?”.

Desses depoimentos, identificamos mais um etnométodo: a visão autoritarista, o judiciário é visto como poder supremo. Não há uma cultura da conciliação, os

conciliadores e juízes ainda tratam a conciliação como objeto de decisão monológica e não dialógica, pensam como autoridades e agem como donos de um poder de decisão e não como espaço para composição e construção decisória. As partes ainda são tratadas como uma espécie de “clientes assistidos” e não como integrantes e participantes do processo decisório.

Das 47 audiências, apenas 12 tiveram acordo assinado. Dessas doze, sete chegaram com o acordo definido antes do início da audiência. As cinco restantes tiveram o acordo produzido durante a audiência. O grave foi termos registrado que em nenhuma dessas audiências as partes souberam explicar, após a audiência, o que ficou definido como acordo final, logo, o que assinaram na frente do juiz. Já do lado de fora da sala de audiência, as partes precisaram da explicação do advogado para entender o que tinham assinado. Perguntados por nós por que assinaram, entre as respostas ouvimos: “porque meu advogado disse que eu não tinha alternativa”; “porque não estava me sentindo bem e queria ir embora logo dali”; “porque queria me livrar da confusão”; “porque o juiz disse que se eu continuasse poderia até perder o caso”; “porque só vim aqui só para ver a cara dele na frente de um juiz, pouco me interessava no que ia dar isso”.

Dessas verificações, lançamos as seguintes reflexões: 1) a esperança depositada na conciliação exige mais que criar leis e juizados especiais, ainda mais quando prevalece o etnométodo do recurso à lei como forma de evitar debates, ou seja, as referências às leis funcionam para “fechar questão”, eliminar o debate; talvez isso se deva à falta de conhecimento e à desinformação sobre o judiciário; 2) a conciliação tem funcionado mais como meio de pressão e ameaça para se assinar “acordos-negociação” que como espaço de tempo para se buscar um “entendimento” sobre os direitos envolvidos; nesse caso, o etnométodo está na predominância da valoração do dinheiro, pois

até o tempo é calculado economicamente, em alguns depoimentos, declararam que tempo é dinheiro, por isso a conciliação é a melhor alternativa, inclusive, como relatou um juiz: “no fim, os casos concretos não dão em nada mesmo; com a conciliação, ao menos eliminamos um problema a mais que iria ficar durando no judiciário, tem mais, precisamos ter produtividade”; 3) para a conciliação servir como instrumento de legitimação, os juristas poderiam se disponibilizar a rever seus papéis na relação processual; um dos etnométodos relacionados a essa situação é a referência de um ao outro, os juízes culpam os advogados de omitirem informações, os advogados acusam os juízes de autoritaristas.

Os etnométodos identificados nos casos de audiência preliminar indicam que prevalece a cultura da ética profissional ascética e não da ética profissional orgânica. Refiro-me à insistência dos envolvidos na conciliação judicial (conciliadores, advogados e juízes) em manter uma roupagem mística na audiência quanto ao papel social do direito e do judiciário (lugar da salvação – tal como a construção dos dogmas de fé religiosa). Max Weber (1996, p. 467), além de distinguir a ética da responsabilidade de uma ética da convicção, distingue a ética profissional orgânica da ética profissional ascética, para a qual o mundo é concebido como “constituído por crentes que dominam e não por crentes considerados como povos parias”. Essa última distinção, explica Weber, promove o “conflito entre a busca mística da salvação e da religiosidade virtuosa ascética, por um lado, e a ortodoxia “institucional por outro”.

Persistem, contudo, as questões: se o Judiciário tem a função de tomar decisão quanto aos direitos em litígio, qual o papel do Judiciário na conciliação? Se o papel do advogado é defender seus constituintes, qual sua função numa conciliação? Se as partes não conseguiram resolver ou mesmo solver suas controvérsias voluntariamente ao ponto de recorrerem ao judiciário, qual

o lugar da conciliação, o papel do judiciário na conciliação? Essas provocações insinuam a inutilidade da conciliação caso seja mantida a forma como está sendo realizada.

Cabe, ainda, registrar análises etnometodológicas como as “trocas” de olhares entre o advogado e seus constituintes, advogados e juízes, as partes e juízes, bem como entre as próprias partes durante uma audiência preliminar. Esses dados empíricos são identificadores de normas sociais formadoras de inibição, ameaça ou apoio. Não podemos deixar de fazer referência às tomadas de turno de fala entre os falantes numa audiência preliminar, bem como às “falas fora de lugar”, como é o caso de o advogado impedir a continuidade da exposição das idéias, retirando a fala de seu constituinte. Esse é visto como mais um mecanismo do chamado “papel de filtro” exercido por advogado, o que é justificado com a noção do “nem tudo precisa ser dito”, “judiciário não é lugar para sinceridade” ou mesmo “a vida social não suporta a transparência dos bastidores”. Ora, o pressuposto é que os envolvidos foram incapazes de chegar voluntária e espontaneamente a uma solução ou mesmo a dirimir os impasses da controvérsia causídica e, justamente por isso, foram buscar na interferência de um terceiro, o judiciário, a solução. Não se pode deixar de considerar esse pressuposto ao se tratar da conciliação judicial, todavia também não se pode, por isso, atribuir ao judiciário a autoridade decisória com exclusividade.

Sobre essa última questão, registramos posturas dos “conciliadores” (advogados e juízes) predominantemente imperativas e ameaçadoras, promovendo medo nas partes e, algumas vezes até, em alguns advogados. Esse dado é fundamental para se apontar a necessidade de revisão da questão da postulação em juizados especiais sem o acompanhamento de advogado.

Todos esses registros evidenciam o quanto o lugar das partes e dos profissio-

nais jurídicos envolvidos merece passar por sérios debates.

Uma proposta, por conclusão. Caso haja interesse em promover celeridade na prestação jurisdicional e se deposita na conciliação a hipótese de servir para essa finalidade, os tribunais de justiça dos estados e os tribunais regionais do trabalho e da justiça federal poderiam acatar a sugestão de constituir comissões de pesquisadores para diagnosticar problemas e apresentar soluções para a forma como a conciliação vem sendo realizada. Essa comissão deveria ser constituída, no mínimo, por pesquisadores profissionais com habilidade nos conhecimentos sociológicos, filosóficos, lingüísticos e psicológicos.

Notas

¹ Este texto não se ocupa das técnicas de pesquisa; para quem se interessa, não só pela técnica, mas pela análise de dados obtidos por meio de textos, imagens e som, Cf.: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (2004).

² Schutz utiliza vários termos como sinônimos de mundo da vida, tais como: "mundo da vida diária", "mundo do trabalho cotidiano", "realidade mundana", "mundo do sentido comum", "realidade eminente da vida do sentido comum" (RITZER, 1993, p. 270).

Referências

- ALEXANDER, Jeffrey. *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial*. Madrid: Gedisa, 1990.
- ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- ARNAUD, A.; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorroutu, 1983.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950.
- _____. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1993.
- BONATTO, Vanderlei Luis Kronbauer. *Função social do advogado*. In: *ÉTICA na advocacia*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2004. 2 v.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia: nelle società contemporanee*. Bolonha: Il Mulino, 1994.
- _____. *Giudici irresponsabili?*. Milano: Giuffrè, 1988.
- _____. *O Acesso dos consumidores à justiça*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, n. 310, abr./jun. 1990.
- COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro 1922-1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- COTTERRELL, Rorge. *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1991.
- COULON, A. *Etnometodologia*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- DINAMARCO, C. R. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- FALCÃO, J. *Os advogados, ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Massangana, 1984.
- FARIA, J. E. O modelo liberal de direito e estado. In: _____. *Direito e justiça, a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. Existe um espaço, no saber atual, para uma teoria crítica?. In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Crítica do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- FERREIRA, M. A. A. Em defesa da tentativa de conciliação. In: _____. *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1973.
- FREIRE, J. P. P. *O juiz como consciência social*. Porto Alegre: AJURIS, 1980.
- GARFINKEL, H. *Studies in ethnomethodology*. Cambridge: Polity Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. *Pensamiento postmetafísico*. Madrid: Taurus, 1990.
- _____. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. *Verdade y justificación: ensayos filosóficos*. Madrid: Trotta, 2004.
- HUSSERL, Edmund. *Meditaciones cartesianas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- JUNQUEIRA, Eliane. *Memórias precoces: perspectiva sociológica do direito: 10 anos de pesquisa*. Rio de

- Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil; Universidade Estácio de Sá, 1995.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. Natureza da advocacia, serviço público e função social. In: _____. *Comentários ao estatuto da advocacia*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1996.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: J. Olímpio, 1998.
- MEAD, George H. *Espírito, persona y sociedad: desde el punto de vista del conductismo social*. Buenos Aires: Paidós, 1972.
- _____. The genesis of the self and social control. In: _____. *The philosophy of the present*. New York: Prometheus Books, 2001.
- OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PARSONS, Talcott. *La struttura dell'azione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1987.
- PASOLD, César Luiz. O resgate do advogado: missão principal. In: _____. *O advogado e a advocacia*. 3. ed. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil, 2001.
- RAJAGOPALAN, Kanavillil. Jacques Derrida. In: CHAMPAN, S.; ROUTLEDGE, C. *Key thinkers in linguistics and the philosophy of language*. Reino Unido: Edinburgh University Press, 2005.
- _____. O conceito de identidade em lingüística: é chegada a hora para uma reconsideração radical?. In: SIGNORINI, Inês (Org.). *Lingua(gem) e identidade*. São Paulo: FAPESP, 2002.
- RITZER, G. *Teoría sociológica contemporánea*. Madrid: McGraw-Hill, 1993.
- SANCHES DE LA TORRE, Angel. *Sociología del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965.
- SANTOS, Boaventura. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortês, 1997.
- SILVA, Artur Stanford da. Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação versus consenso. *Anuário da pós-graduação em Direito da UFPE*, Recife, n. 13, 2004.
- SOUTO, Cláudio. Educação jurídica e conservadorismo acadêmico. In: DESORDEM e progresso. Porto Alegre: SAFE. 1986.
- _____. *Teoria sociológica do direito e prática forense*. Porto Alegre: SAFE, 1978.
- _____.; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TREVES, R. *Il diritto come relazione*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1993.
- WALLACE, R. A.; WOLF, A. *La teoría sociológica contemporánea*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

Democracia liberal e direitos individuais

A epistemologia jurídica por trás do Estado Moderno

Tiago Ivo Odon

Sumário

1. Introdução. 2. Sociedade: da *politeia* à *iuris societas*. 3. Individualismo e a redenção da vontade. 4. Nominalismo: a gênese do direito individual. 5. Liberdade. 6. Democracia e liberdade. 7. Conclusão.

Introdução

A análise da relação entre democracia liberal e direitos individuais passa pela evolução histórica de quatro concepções: sociedade, indivíduo, vontade e liberdade. A forma como essas concepções se relacionam distingue a democracia moderna da democracia antiga e, antes disso, e mais fundamentalmente, o direito moderno do antigo.

Cinco micro-revoluções filosóficas moldam as idéias modernas de direito individual: 1) o direito deixa de ser fundado na sociedade e passa a ser fundado no indivíduo; 2) a sociedade torna-se uma ficção jurídica; 3) a razão cede lugar à vontade; 4) a liberdade passa a pressupor a autonomia da vontade individual; e 5) a lei passa a ser vontade e liberdade positivada. Essas micro-revoluções traduzem a grande revolução liberal da Idade Moderna, que funda o Estado Moderno. A democracia, a rigor, não se insere nesse quadro. Os liberais clássicos não tinham a democracia em mente quando desenharam seu constitucionalismo libertário. Ela é epistemologicamente incorporada posteriormente, o que provocou uma tensão na concepção

Tiago Ivo Odon é Consultor legislativo do Senado Federal, advogado, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Professor-tutor do Instituto Legislativo Brasileiro.

moderna de liberdade, até hoje sentida nos textos constitucionais.

2. *Sociedade: da politeia à iuris societatis*

A *sociedade* do Estado contemporâneo não é o *demos* da democracia grega antiga nem o *populus* da república romana. Num intervalo de quase dois mil anos, a concepção ocidental de sociedade sofreu uma revolução.

Em 507 a.C., os gregos, reunidos em “cidades-Estados”, adotaram um sistema de governo popular que duraria cerca de dois séculos, com destaque para a democracia de Atenas. Foram provavelmente os atenienses, relata Robert Dahl, que cunharam o termo *demokratia* (*demos*, povo, e *kratos*, governo, poder, superioridade)¹. O sistema ateniense era uma democracia direta ou participativa: todos os cidadãos estavam autorizados a participar da assembléia para a decisão política².

A “sociedade” grega era a *politeia*. A democracia antiga era concebida numa relação simbiótica com a *polis*, a cidade. Giovanni Sartori alerta para o fato de que a *polis* grega não tinha nada de “cidade-Estado”, como muitos autores gostam de chamá-la, pois não era, em nenhum sentido, um “Estado”. A *polis* era uma “cidade-comunidade”, uma *koinonía*. Sartori (1994, p. 35) lembra Tucídides, que a definiu com três palavras: *andrés gar polis* – “os homens é que são a cidade”. “É muito revelador”, completa, “que *politeia* tenha significado, ao mesmo tempo, cidadania e estrutura (forma) da *polis*”.

Aproximadamente na mesma época em que foi introduzido na Grécia, o governo popular apareceu na península italiana. Os romanos preferiram chamar seu regime democrático de “república” (“*res*, que em latim significa coisa ou negócios, e *publicus*, “a coisa pública” ou “os negócios do povo”). Dahl (2001, p. 27) ressalta a possibilidade de as palavras “democracia” e “república” não designarem tipos de gover-

no diferentes, mas se referirem ao mesmo tipo de governo, com a distinção resultando meramente da variação lingüística entre o grego e o latim.

Apesar de a democracia romana ter durado mais tempo do que qualquer democracia moderna até os dias de hoje, ela começou a se enfraquecer por volta de 130 a.C., em razão da inquietude civil, da militarização, da guerra, da corrupção e do decréscimo no espírito cívico.

Autores como Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero (2002) vêem na comunidade política democrática grega e romana a imagem de um corpo coletivo orgânico, do qual os indivíduos são membros. O ponto de partida da concepção organicista de sociedade é a natureza social do homem: a natureza humana estaria condicionada pela forma com que o indivíduo se insere no agrupamento social. O grupo social vem em primeiro lugar e as ações humanas têm significado na medida em que espelham características do grupo. Distinta, portanto, da concepção hoje vigente, a individualista, que coloca o homem antes da sociedade, em que as ações humanas são auto-referenciadas e importam em si mesmas; o grupo seria reflexo do indivíduo.

O direito antigo estava enraizado no costume religioso e a religião estava calcada no culto doméstico da família. Nas palavras de Fustel de Coulanges (2006): “não se podia conhecer o direito sem conhecer a religião”. Os mesmos homens eram, ao mesmo tempo, pontífices e juristas. A cidade, a *polis*, fundada sobre a religião, era maior que o indivíduo. “Quando se tratava de interesse da cidade”, atesta o mesmo Coulanges (2006, p. 252), “nada garantia a vida do homem”, uma vez que até o direito deveria ceder diante da cidade. Assim, um homem poderia ser punido sem culpa, desde que houvesse interesse estatal (FÜHRER, 2005, p. 34). Como deixou claro Aristóteles (2005, p. 82), o injusto não se comete em relação a outrem, mas “em relação à cidade”.

“A cidade havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí a sua força; daí também a sua onipotência e domínio absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade organizada sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava submetido em tudo, e sem reservas, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. [...] O homem nada tinha de independente” (COULANGES, 2006, p. 248).

A idéia de indivíduo era completamente destituída de valor. “Os antigos”, completa Coulanges (2006, p. 251), “não conheciam a liberdade nem da vida privada, nem de educação, nem a liberdade religiosa”.

Em outras palavras, o homem antigo é um “animal político”, um *zoon politikón* (Aristóteles)³ porque ele vive na *polis* (cidade) e a *polis* vive nele, e na *polis*, portanto, o homem se realiza como tal. O *polites* (o político) dos gregos era o *civis* dos romanos, assim como *polis* se traduzia por *civitas*. No entanto, bem alerta Sartori, quando os romanos começaram a absorver a cultura grega, suas cidades já ultrapassavam as dimensões que permitia a “vida política” em seu sentido original. A *civitas* romana se relacionava com a *polis* já com o seu caráter “político” diluído. Isso porque a democracia romana não acompanhou o crescimento do território romano. Apesar do expressivo aumento do número de cidadãos, com a expansão territorial, a assembleia popular continuava a ter lugar na cidade de Roma (DAHL, 2001, p. 23). Assim, conforme Sartori (1997, p. 159), a *civitas* se configurava sob dois pontos de vista: como uma *civilis societas*, adquirindo qualificação mais elástica, que amplia seus confins; e como uma *iuris societas*, substituindo-se a “politicidade” pela “juridicidade”.

Como atores concretos, portanto, o *demos* grego e o *populus* romano desaparecem quando desaparece a *polis*. Com a queda da República romana, *populus*

passa a ser uma ficção jurídica e, em toda a literatura medieval, complementa Sartori, continua sendo uma *fictio iuris*. Os pensamentos greco-romano e medieval, portanto, não exprimiam uma idéia autônoma de sociedade: esta era representada como *politeia* ou *civilis societas*, e não como uma *iuris societas*. Essa concepção organicista de sociedade permaneceria viva até o início da Idade Moderna.

A citada crescente queda de legitimidade das decisões democráticas romanas, em razão da expansão territorial, não levaram os romanos a adotar, como solução alternativa, o sistema representativo. Foi justamente, como lembra Dahl (2001), o que algumas comunidades européias medievais começaram a fazer. É na Europa do Norte que surge a combinação entre democracia em níveis locais (assembleias locais) com um parlamento eleito pelo povo em níveis mais elevados (assembleias regionais e nacionais).

Em meio às assembleias de representantes-mandatários das classes sociais urbanas na Suécia, na Holanda e em Flandres, destinadas, em geral, a pactuações tributárias, surge na Inglaterra o parlamento representativo, um produto não-intencional ou planejado. O Parlamento inglês medieval surgiu das assembleias convocadas esporadicamente durante o reinado de Eduardo I, de 1272 a 1307. Assim, relata Dahl (2001), a idéia de que os governos precisavam do consenso dos governados, que no início era uma reivindicação sobre o aumento dos tributos, aos poucos se tornou uma reivindicação a respeito das leis em geral.

Esses desdobramentos históricos foram fundamentais para o surgimento, na Inglaterra, da idéia de sociedade como um corpo autônomo. Essa idéia começa a se desenhar com a teoria do contrato social, a partir do século XVI, quando a concepção organicista de sociedade cede lugar, de forma mais clara e definida, à concepção individualista. A idéia nasce da distinção entre *pactum subiectionis* (pacto de submissão), de

Hobbes, e *pactum societatis* (pacto de consentimento), de Locke. É a teoria do contrato social que funda o Estado Moderno.

Enquanto no pacto hobbesiano, visando à preservação de vidas numa guerra de lobos, os indivíduos transferiam a um terceiro (homem ou assembléia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente a sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã, no pacto lockeano os indivíduos concordavam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza (como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade).

Ou seja, a teoria do contrato social, que funda o Estado Moderno, joga o indivíduo para antes da sociedade política, atribuindo-lhe direitos individuais, direitos esses desconhecidos dos gregos e romanos.

A idéia-prima é que esses direitos naturais e inalienáveis estariam melhor protegidos sob o amparo da *lei*, a lei abstrata e impessoal, formulada por um corpo comum unitário. A mudança de foco de Hobbes para Locke é importante, de submissão para consentimento, e a identificação da liberdade na lei seria anunciada mais tarde com clareza em famoso trecho de Montesquieu (1995), cuja idéia também está presente em Kant e em Rousseau: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder” (MONTESQUIEU, 1995, p. 186)⁴. Precisamente aí se sustenta o contrato social, que funda o Estado Moderno. A teoria do contrato é uma “teoria baseada em direitos” (e não em deveres ou metas), conforme Ronald Dworkin (2002, p. 268), e a característica dessa teoria é que: “O homem que se encontra em seu centro é um homem que se beneficia da obediência alheia, e não o homem que leva uma vida virtuosa por sua própria obediência”.

Consolida-se, portanto, uma idéia que seria inconcebível para os gregos: há fron-

teiras dentro das quais a sociedade é livre do Estado. Essa sociedade, que estipula o contrato, é uma *iuris societatis*. A *politeia* e a *civilis societatis*, portanto, cedem lugar à *iuris societatis* autônoma, uma ficção jurídica formada por indivíduos dotados de direitos intransponíveis.

Na ótica do liberalismo político, anunciada por Locke, e depois por Montesquieu, a sociedade deveria permanecer uma sociedade regulada e protegida pelo *direito*. Para Montesquieu, “Estado” era igual à “sociedade onde há leis”⁵. O princípio básico, sublinhado por Isaiah Berlin (2002, p. 267), é o de que “nenhum poder pode ser considerado absoluto, apenas os direitos o podem”.

As vias pelas quais a liberdade seria garantida, para os liberais clássicos, seria o constitucionalismo. Não se falava em democracia nessa época. A idéia de democracia está ausente dos escritos de Locke ou Montesquieu. O foco inicial eram as monarquias constitucionais, em oposição ao absolutismo do Antigo Regime. Segundo Leslie Lipson (apud FERREIRA FILHO, 2001, p. 11):

“O Constitucionalismo é o termo que possui conotações definidas: vincula-se à noção do império da lei e abrange a idéia de que não se há de permitir a um Governo agir conforme arbítrio de suas autoridades, devendo, ao contrário, conduzir-se de acordo com normas eqüitativas e estabelecidas mediante acordo”.

3. Individualismo e a redenção da vontade

Conforme Louis Dumont (1985), o individualismo moderno é um processo que nasce com os primeiros cristãos e seu meio cultural. O “indivíduo como valor” foi concebido como alguém situado no exterior da organização social e política dada, “fora e acima dela”; ou seja, um *indivíduo-fora-do-mundo*, em contraste com a noção greco-romana de

indivíduo-no-mundo. Para Dumont (1985), o individualismo surge a partir de uma sociedade holista e em oposição a ela – o homem cristão como um *indivíduo-em-relação-a-Deus* apresenta-se, essencialmente, como esse *indivíduo-fora-do-mundo* e nessa relação recebe seus atributos de igual, auto-suficiente, livre. Quando a Igreja arroga-se o poder temporal no Ocidente, após o século VIII, o indivíduo cristão inicia um processo de transformação, de *indivíduo-fora-do-mundo* para *indivíduo-no-mundo*, processo que se concluiria no século XVI. Esse seria o produto à disposição dos contratualistas da Idade Moderna: o indivíduo como ser moral, igual, auto-suficiente e livre projetado sobre o mundo.

O *indivíduo-fora-do-mundo*, ou seja, *fora-da-cidade*, do cristianismo, traz uma revolução. Marilena Chauí (1992, p. 349) elenca seus efeitos. Em primeiro lugar, desloca-se o campo da liberdade. Para os antigos, como já visto, a liberdade era um conceito essencialmente político, pois só na *polis* alguém poderia ser livre, e a liberdade era a definição mesma de cidadania. O cristianismo, no entanto, “religião da salvação nascida fora do campo político e contra o Estado, desloca a liberdade para o interior de cada ser humano”; ou seja, despolitiza-a. Em segundo lugar, o cristianismo “articula liberdade e vontade e apresenta esta última como essencialmente dividida entre o bem e o mal”. Em terceiro lugar, ao introduzir o sentimento da culpa originária, “coloca o vício como constitutivo da vontade”. Assim, a ética não pode mais ser apenas a conduta racional que regula a vontade, conforme percebe Chauí. Em quarto lugar, e como consequência, a noção de responsabilidade individual, que assume um papel desconhecido para os antigos.

Platão e Aristóteles separavam razão e vontade. Para eles, esta dependia daquela. Em Platão, a vontade é uma faculdade (“intermediária”) que se encontra abaixo da faculdade racional; os atos de vontade se executam conforme a razão. Toda a

filosofia grega, praticamente, seguiu esse arranjo platônico. A idéia de prevalência da vontade sobre a razão, ou seja, que os atos racionais são dirigidos pela vontade, só aparece com o cristianismo, para se consumir em Occam e Descartes. A própria idéia de “vontade racional” é moderna. Conforme Bovero (2002, p. 28), o fundamento da democracia, ou o “princípio da democracia”, é o “indivíduo sujeito de vontade racional”.

A forma final dessa evolução histórica é identificar a lei com a vontade positiva do indivíduo. Hans Kelsen (1993) aponta uma relação íntima entre parlamentarismo e direito positivo. Para ele, só se chega à idéia de constituir determinado órgão para a criação das normas gerais, o Parlamento, quando essa criação deixa de ocorrer por meio de prática normativa inconsciente, o direito consuetudinário, para ocorrer por um procedimento de emanção consciente, o direito positivo (KELSEN, 1993, p. 52).

A relação entre lei geral – abstrata e impessoal – e sociedade foi muito bem estabelecida por Rousseau. Para ele, a lei é a decisão da vontade geral sobre matéria geral. A “vontade geral” de Rousseau é uma “vontade de todos” filtrada, ou seja, subtraída dos egoísmos de cada um. Dessa operação resultaria uma *vontade racional*, visando apenas ao interesse *comum*.

“[...] quando todo o povo estatui algo para todo o povo, só considera a si mesmo e, caso se estabeleça então uma relação, será entre todo o objeto sob um certo ponto de vista e todo o objeto sob um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então, a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que a estatui. A esse ato dou o nome de lei” (ROUSSEAU, 2000, p. 106-107)⁶.

A ponte que vai do individualismo cristão à concepção do direito positivo como vontade positiva passa pelo nominalismo de Occam. Conforme Michel Villey (2005, p. 225), no nominalismo de Occam está o

embrião da concepção de direito subjetivo individual, sobre a qual se sustenta a teoria do contrato social, fundadora do Estado Moderno. Dumont (1985, p. 23) chega a dizer que o nominalismo seria um outro nome para o individualismo, na forma como concebido pela sociedade moderna. O nominalismo foi fundamental para o surgimento do cartesianismo de Descartes. A essa construção epistemológica nos ateremos a seguir.

4. *Nominalismo: a gênese do direito individual*

É comum na tradição filosófica a denúncia da insuficiência da percepção. Conforme Franklin Leopoldo e Silva (1992), a metafísica nasceu precisamente a partir da crítica da percepção. Um dos precursores dessa tendência foi Platão, que, partindo de sua Teoria das Idéias, defendeu que a verdade não pode ser encontrada com a percepção empírica, na realidade do devir (a clássica distinção entre aparência e essência, entre idéia e realidade). Pouco antes do Iluminismo, Descartes ainda chamava a atenção com relação às contradições e ilusões da percepção sensível. Resumindo: o que vemos, segundo toda essa tradição metafísica que se formou, pode nos enganar. Em toda essa trajetória especulativa, está implícita a idéia de que, se nossa percepção alcançasse o *real* na sua verdadeira *essência*, não haveria necessidade de raciocínios e concepções que preenchessem o vazio da percepção direta. No entanto, há, desde Platão até os modernos, a necessidade de preencher esse vazio: optou-se, portanto, por *pensar* a realidade, e não por *percebê-la*. Isso está presente no platonismo, no aristotelismo, no cartesianismo, no kantismo, no marxismo etc. Assim, o pensamento formula os *conceitos*, ou seja, concebe o real, já que não há como percebê-lo na sua essência (SILVA, 1992, p. 142-143). O conceito elimina do real as ilusões e as contradições em que nos insere a percepção. Cria-se o *númeno*, o objeto inteligível⁷.

Por exemplo, podemos citar o conceito de “cidadão”. Na Grécia antiga, os cidadãos eram os homens gregos livres de nascimento. Aristóteles (1991, p. 35) escreveu que os estrangeiros e os escravos não são “cidadãos”, mas sim “habitantes”, e o que é “cidadão” numa democracia não o é numa oligarquia. A realidade é complexa, mas a definição dada acima consegue simplificá-la: é um predicado que traz características gerais do fenômeno, e, assim, consegue englobar o grupo de algumas dezenas de milhares de pessoas que poderiam participar das assembleias populares atenienses. Ou seja, segundo o próprio Aristóteles (1991, p. 37, grifo nosso), cidadão é “a *universalidade* desse tipo de gente [aqueles admitidos na jurisdição e na deliberação]”, gente essa que “constitui a Cidade”. Por ser um conjunto de elementos singulares e captar só o que eles têm em comum (ou seja, são todos homens, gregos e não-escravos), essa construção pensada é também chamada de *universal*.

Os conceitos (ou “universais”) são muito importantes para o direito. Os arts. 312 a 326 do Código Penal brasileiro, por exemplo, prevêm penas para crimes praticados por “funcionário público”. É um universal, cuja definição está no art. 327 do CP (todos aqueles que exercem cargo, emprego ou função pública). No direito internacional penal, é comum os tratados estabelecerem os conceitos antes de positivarem direitos e obrigações. Como pensar o direito sem os universais “credor”, “proprietário”, “cônjuge”, previstos nas leis? Ou seja, dada a complexidade da realidade, os universais permitem simplificá-la, controlá-la, unificá-la, ou seja, torná-la inteligível, por meio de uma operação mental (substituindo a percepção direta pelo raciocínio, os sentidos pela razão).

Apesar de muitos autores buscarem por um rigor cientificista no direito, mirando um abandono de elementos metafísicos, os universais são exemplos de como o direito precisa da metafísica. Afinal, já disse Hegel

(apud ARANTES, 2000, p. 12) que, apesar de no empirismo se encontrar o princípio fundamental de que “o que é verdade deve estar na realidade e conhecer-se por meio da percepção”:

“A ilusão fundamental do empirismo consiste em que sempre faz uso das categorias metafísicas de matéria, força, unidade, multiplicidade, universal etc., e com ditas categorias raciocina, e desse modo pressupõe e aplica das formas do raciocínio, sem saber que admite um conhecimento metafísico; o que equivale a empregar e ligar essas categorias sem discernimento crítico e de modo inconsciente”.

Desde Platão e Aristóteles, para os quais a ciência só pode se dar a partir do universal, a natureza do saber científico não mudou muito: “o saber científico é totalmente um saber abstrato fundado em um pensar mediante conceitos” (SARTORI, 2001, p. 119).

A lei não trata de indivíduos, trata de relações, trata de universais. Como colocou Nikolas Roos, “a lei não se refere a coisas individuais, mas a relações normativas entre seres humanos nas quais coisas materiais possam figurar”. Qual a natureza dessas relações? São de uma natureza conceitual. “Leis e direitos são expressões conceituais de expectativas das pessoas que pleiteiam posições para que possam dizer aos outros o que fazer e o que não fazer”. Ou seja, o direito de propriedade é um conceito que expressa a expectativa do proprietário, para que ele possa reivindicar essa posição – a de proprietário – perante os outros, dizendo o que os outros podem fazer ou não em relação a ele (entrar, comprar, usar etc.)⁸.

O direito romano passou por esse processo de abstração. Mucius Scaevola, jurista romano que viveu no último século a.C., por exemplo, tentou amenizar o concretismo do direito romano com a introdução de “definições”, como ele as chamava; ou seja, enunciados precisos acerca de nor-

mas legais implícitas em decisões de casos concretos.

“Por exemplo, um jurista havia resumido várias decisões acerca do objetivo da lei de furto dizendo que aquele que tomasse um cavalo emprestado era culpado de furto se o levasse para um lugar distinto daquele acordado quando o recebeu, ou se o levasse para um lugar mais distante do que o lugar acordado. Q. Mucius Scaevola revisou as mesmas decisões, além de outras, e alcançou uma formulação ao mesmo tempo mais ampla e mais precisa: qualquer um que recebesse uma *coisa* em garantia e a usasse, ou a recebesse para uso e a usasse com outra finalidade daquela acordada, é culpado de furto” (BERMAN, 1983, p. 136, tradução nossa).

Ou seja, Scaevola criou um “universal”, dentro do qual somaria os elementos singulares.

O impulso da metafísica, portanto, foi o de abandonar a percepção, por meio das seguintes abordagens epistemológicas: a) o realismo transcendente de Platão; b) o realismo imanente de Aristóteles; e c) o nominalismo de Occam. Platão, por exemplo, optou por pensar a essência das coisas fora delas mesmas. Seu realismo transcendente defende que a idéia de uma realidade em si não existe nem na mente do sujeito nem no objeto a que se refere (o númeno é *ante rem*). O cristianismo, por exemplo, é um arranjo desse tipo. A idéia de justiça de Platão deriva disso. Platão, por exemplo, fixou o Bom, o Belo e o Vero, em sua *A República*, como pertencentes a uma ordem natural transcendente. O Justo está ligado a eles. Platão, em sua versão sobre a criação do mundo, evoca no mito de Prometeu a figura de Hermes, o enviado por Zeus para ensinar aos homens a virtude da justiça. Hermes seria uma espécie de “anjo” anunciador da justiça, ou, ainda, o portador do *elo perdido* ou *aliança mística* com a qual o homem recupera o

seu natural discernimento do bom, do belo e do vero. Ou seja, a Justiça une o tríduo Bom-Belo-Vero. O que vai contra a justiça, portanto, vai contra tal natureza transcendente das coisas. Por isso que, em Platão, a justiça tem íntima relação com a vocação; ou seja, a sociedade deveria encontrar uma função para os indivíduos de acordo com as suas inclinações naturais – se predomina a coragem, a armada; se predomina o prazer, o trabalho; se predomina a ciência, o governo (ou seja, a justiça dá a cada um o que é seu, o lugar exato de cada um). Seria função da lei, portanto, captar essa realidade dada.

Por sua vez, o realismo imanente de Aristóteles defende que o conceito tem em si uma realidade objetiva, fora da mente, mas é imanente nos objetos singulares de que é essência (o númeno é *in re*). Dessa concepção deriva a noção de direito natural; ou seja, é possível se descobrir um direito na natureza. A idéia de justiça em Aristóteles já não é transcendente; ele a relaciona com a proporção aritmética em *Ética a Nicômaco*. Para ele, “o justo é o meio entre os dois extremos que se opõem à proporção”. Assim, a lei deve tratar as pessoas como iguais e se preocupar com a diferença do dano (a proporção) (ARISTÓTELES, 2005, p. 57-59). Ou seja, a lei deve captar essa realidade objetiva dada.

A idéia básica na filosofia antiga, portanto, é que há uma ordem das coisas que independe da vontade humana (*physis*). Isto é, “a idéia da existência de uma ordem jurídica eterna e imutável, independente da vontade dos poderes constituídos e superior a seus comandos” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 28). No nominalismo, por sua vez, em que ganha destaque Guilherme de Occam, a realidade em si não tem nenhuma existência objetiva, apenas mental ou puramente nominal (o númeno é *post rem*).

Occam dirige uma resposta ao realismo aristotélico, muito em voga na época em que escreve, o século XIV. Para Aristóteles (2005), como visto, os universais não são

meros conceitos, mas têm existência objetiva, fora de nossa mente; eles existem no mundo real. Por esse caminho, pode-se dizer que existe uma lei natural, um direito natural, um direito humano (o númeno está na natureza, está no ser humano). No didático ensinamento de Villey (2005, p. 227):

“O mundo exterior não é apenas uma poeira de átomos em desordem, apenas uma poeira de indivíduos; comporta em si mesmo uma ordem, classes em que vêm se incluir seres singulares [...] e naturezas [...]; e todo um sistema de *relações* entre indivíduos, acima dos indivíduos. Tudo isso existe em termos objetivos, independentemente do intelecto que o descobre nas coisas. Essa é, apresentada de modo grosseiro, a metafísica realista que a nosso ver constitui uma condição para que se tenha podido pretender descobrir um ‘direito’ na ‘natureza’”.

Occam, por sua vez, negará a qualidade de coisa, substância, ou seja, de *res* a essas relações entre singulares, que são os universais:

“[Occam] sabia fazer uma distinção clara entre as coisas (*res*) e seus *signos*: as palavras (como os termos universais) são apenas signos das coisas, e um raciocínio metódico conduz à conclusão de que as coisas só podem ser, por definição, “simples”, isoladas, separadas; ser é ser único e distinto; Pedro e Paulo, os *indivíduos* são e, na pessoa de Pedro, há apenas Pedro, e não alguma outra coisa que dele se distinga “realmente” ou “formalmente”. O animal ou o homem – e tampouco a animalidade, a humanidade, não são coisas, não são seres” (VILLEY, 2005, p. 229).

Em outras palavras, só os indivíduos existem; relações entre indivíduos, apreendidas por meio de nomes gerais (conceitos), não existem; não são substâncias, não são *res*, são apenas nomes, palavras, vazias de

conteúdo. Para Occam, prossegue Villey, os universais são apenas signos, termos da linguagem, mas que desempenham na nossa lógica uma função particular: servem para “conotarmos” (isto é, para notarmos juntos) vários fenômenos singulares; exprimem uma semelhança ou uma relação que percebo entre vários seres singulares. Os termos gerais nada são em si mesmos, nada exceto um “conhecimento imperfeito e parcial dos indivíduos”. Portanto, o único conhecimento perfeito, verdadeiramente adequado ao real, é o do individual. Só possuem existência real os indivíduos singulares, dos quais nos é dado “um conhecimento imediato e intuitivo” (VILLEY, 2005, p. 230). Em resumo, os universais e as relações são apenas instrumentos de pensamento; no real e na natureza não existe nada acima dos indivíduos, não existe nada a não ser aquilo a que se pode conhecer de forma imediata.

Occam antecipa, assim, a primeira regra metódica de Descartes (2000, p. 49), a da *evidência*: não admitir “algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal”; isto é, o que “eu não tivesse motivo algum de duvidar”. Por conseguinte, a evidência é o que salta aos olhos, é o que resiste a todos os assaltos da dúvida, é o produto do espírito crítico. O método é “racionalista” porque a evidência de que Descartes parte não é, de modo algum, a evidência sensível e empírica (o imediatamente dado torna-se o não mediado pelos sentidos, mas pela razão). No cartesianismo, o ato da razão que percebe diretamente os primeiros princípios é a intuição; a dedução limita-se a veicular, ao longo das cadeias da razão, a evidência intuitiva das “naturezas simples”, singulares.

Os *conceitos* no direito antigo representavam uma ordem natural – seja pelo realismo transcendente de Platão, seja pelo imanente de Aristóteles. O direito traduzia uma ordem dada, imutável, que precisava ser descoberta. Os conceitos no direito moderno deixam de representar uma or-

dem objetiva, independente do homem, e ele mesmo passa a ser uma representação, uma forma autônoma de se imaginar o real, conforme já colocou Clifford Geertz⁹.

Os pleitos jurídicos são reais – problemas envolvendo posse, esbulho etc. estão nos tribunais –, mas eles não se referem a nada que exista realmente de forma independente de nossa mente (o direito em si, escrito na lei). Os direitos em si são construções mentais, mas que provocam efeitos no mundo real, porque as pessoas se comportam com base neles. Ou seja, conforme Roos, os direitos e deveres, entes abstratos, tornam-se reais, adquirem funcionalidade social, com a prática normativa na sociedade.

A partir daí, passa a ser epistemologicamente possível criticar a lei. Aristóteles (2005, p. 80), ao falar da insuficiência de uma lei na regulação de certos fatos, asseverava que “o erro não reside nem na lei, nem no legislador, mas sim na natureza das coisas”. Occam permitiu um arranjo epistemológico por meio do qual o indivíduo, única realidade possível de apreensão, pode criar uma ordem de coisas pela lei (sua vontade positivada) e definir os rumos da sociedade. Esse é o arcabouço epistemológico da teoria do contrato social. O direito deixa de se fundar na *physis* e passa a se fundar na vontade humana, no *nomos*.

A teoria do contrato social enxergará indivíduos e somas de indivíduos, e nada além disso. Os direitos do liberalismo clássico são direitos individuais, e não sociais. O *jus* (direito) passa a ser qualidade inerente ao indivíduo. Na teoria do contrato, a realidade imediatamente dada são os indivíduos e o conflito. Os primeiros filósofos contratualistas viram o conflito como dado imediato, evidente à razão (a primeira regra metódica de Descartes). As teorias do contrato social de Hobbes e Locke nascem com base nesse racionalismo. O estado de natureza é o resultado de uma subtração feita na sociedade civil (como o próprio Locke colocou, temos o “estado de natureza” quando temos a razão e não

temos o direito e suas instituições; temos o “estado de guerra” quando temos a força sem o direito¹⁰). Dessas subtrações, Hobbes e Locke deduzem os direitos em cada estado; e da simplicidade vão reconstruindo a sociedade, voltando à formação do Estado, mais complexo (segunda e terceira regras metódicas de Descartes).

Não existe justiça no estado de natureza, só no estado civil, após o consenso entre os indivíduos. O *justo* torna-se criação do homem; é retirado da natureza. Portanto, estes serão os dois focos principais do direito moderno: os indivíduos e os conflitos. Não por outra razão que o direito positivo tenderá a regular o comportamento dos indivíduos em situações de conflito: o indivíduo em papéis jurídicos (é o credor, o proprietário, o agente criminoso etc.). O Legislativo regulará os comportamentos por meio de universais e o Judiciário aplicá-los-á a casos concretos, singularizando-os, individualizando-os. A lei abstrata e impessoal traz configurações, relações, universais; o processo judicial torna a lei concreta e pessoal, e olha o fato – objetivo, pois o que o tribunal enxerga é o imediatamente dado, não pode ir além dele (não pode julgar *extra petita*).

Daí autores como Bobbio defenderem a impossibilidade epistemológica dos “direitos humanos”, autores esses criticados com veemência por outros autores como Luis Fernando Barzotto. Mas a razão é simples: direitos humanos não são judicializáveis. A referência a “ser humano” vai além do *nomos* imediatamente dado. Portanto, isso seria matéria para política pública, e não para o Judiciário.

Essa revolução filosófica é fundamental para a própria concepção da *política* moderna. Como colocou Jacques Rancière, os dois grandes modelos clássicos da razão política repousam sobre uma ficção de origem na qual a política é uma reunião de indivíduos ligados entre si, seja por sociabilidade natural (Aristóteles 1991, 2005), seja por necessidade de superar sua insociabilidade

natural a fim de assegurar sua conservação (Hobbes, Locke). A política moderna, partindo do indivíduo e do conflito como o “imediatamente dado”, ou seja, as realidades evidentes, deixa de ser a maneira como indivíduos e grupos combinam seus interesses e sentimentos, mas, antes, “um modo de ser [...] que se opõe a outro modo de ser” (RANCIÈRE, 1986, p. 368).

O direito moderno é todo nominalista: o indivíduo descolado da realidade social – o proprietário, o credor etc. (ou seja, universalizado) – possui e exerce direitos e deveres também descolados da realidade social (“direito à propriedade”, “direito à igualdade” etc.) para poder desenvolver livremente suas faculdades naturais¹¹. Esse indivíduo, que na lei é apresentado na forma de um papel jurídico, seria, portanto, o objeto do positivismo jurídico do século XIX. Nas precisas palavras de Villey (2005, p. 233):

“[...] o esforço da ciência jurídica tenderá doravante [a partir do nominalismo de Occam] a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus *direitos individuais*. E, quanto às normas jurídicas, não podendo mais extraí-las da própria ordem que antes se acreditava na Natureza, será preciso buscar sua origem exclusivamente nas vontades positivas dos indivíduos: o *positivismo* jurídico é filho do nominalismo”.

Nesse arranjo, portanto, a sociedade, a *iuris societas*, torna-se apenas uma ficção jurídica, uma configuração.¹²

Simone Goyard-Fabre (2002, p. 6-7) arremata toda essa revolução filosófica:

“[...] o que importa de fato é encontrar na comunidade dos homens a realidade concreta dos indivíduos. [...] os homens, por suas vontades singulares, se revelam opostos uns aos outros e, nessa perspectiva em que se delineia a eventualidade dos conflitos fratricidas dos quais Hobbes fará a própria substância da condição

natural dos homens, o individualismo começa sua carreira. [...] Occam se recusava a reconhecer qualquer naturalidade e qualquer teleologia providencial na cidade dos homens: dizia que os homens deviam, eles próprios, instaurá-la e construí-la. [...] o importante é que a livre decisão da vontade dos indivíduos seja o princípio de emergência da Cidade”.

Estas são, portanto, as criações modernas a partir do individualismo e do nominalismo, unindo-se ao contratualismo moderno: o direito como uma criação humana positiva e consciente e os direitos individuais, questões que não foram tratadas pelos gregos, romanos, judeus ou qualquer outra civilização antiga.

5. Liberdade

Com a ascensão da igreja cristã, a filosofia é engolida pela teologia. O homem como sujeito de conhecimento ficou dependente de um ser externo (Deus), pois passou-se a partir do pressuposto de que *o homem não é capaz de conhecer por si só*. A ruptura da filosofia com a teologia, que começa no Renascimento, no século XVI, completa-se em Descartes, no século XVII, com a elaboração de uma teoria do conhecimento. Nasce a epistemologia moderna, o estudo dos limites e do alcance do conhecimento, especialmente da relação entre sujeito (cognoscente) e objeto (cognoscido). O homem volta a ser *capaz de conhecer por si só*, e, a partir de Descartes, o método representa o caminho mais fácil para se chegar à verdade¹³.

Segundo Karl Popper (2003, p. 20), o movimento de libertação que teve início no Renascimento e que conduziu, através das vicissitudes da Reforma e das guerras religiosas e revolucionárias, às sociedades livres modernas foi um movimento inspirado por um “inigualável otimismo epistemológico, por uma visão extremamente otimista do poder humano de discernir a verdade e adquirir conhecimento”. No

cerne dessa nova perspectiva acerca da possibilidade do conhecimento reside, segundo Popper, a doutrina de que a *verdade é manifesta*. De acordo com ela, a verdade está à disposição, possivelmente velada, mas pode ser desvelada por nós.

“O nascimento da ciência e da tecnologia modernas foi inspirado por esta epistemologia otimista, cujos principais representantes foram Bacon e Descartes. Ensinarão eles que homem nenhum necessita de recorrer à autoridade para saber o que é verdadeiro, visto cada um transportar em si as fontes do conhecimento – seja no poder de percepção dos seus sentidos, que pode aplicar à cuidadosa observação da Natureza, seja no seu poder de intuição intelectual, que pode utilizar para distinguir a verdade do erro, recusando-se a aceitar qualquer idéia que não tenha sido clara e distintamente percebida pelo intelecto” (POPPER, 2003, p. 20)¹⁴.

O homem pode conhecer, por isso pode ser livre. Essa é a fórmula que explica, segundo Popper, a conexão entre o otimismo epistemológico e as idéias do liberalismo.

O mundo se desencanta, para usar expressão de Max Weber, e passa a ser governado por leis racionais e impessoais que podem ser conhecidas por nossa razão, sem apelo à autoridade ou à tradição. A realidade passa a existir, completa Chauí (1992, p. 350), “sob o modo da representação” (Geertz), isto é, “pelo modo como é apreendida intelectualmente pelas operações do sujeito do conhecimento” (Occam).

A ponte que vai dessa liberdade epistemológica apontada por Popper à liberdade contida na lei – ou seja, a lei como liberdade positivada – passa por Occam, Descartes e pela teoria do contrato social.

6. Democracia e liberdade

A teoria do contratualismo tinha por objetivo harmonizar a dicotomia entre

regulação e emancipação – para usar expressões de Boaventura dos Santos –, legitimando o Estado (por meio da concepção do sistema representativo) e libertando o indivíduo (por meio da concepção de direitos individuais anteriores ao Estado). A legitimação desse novo sistema tinha, portanto, dois fundamentos básicos: a representatividade e a lei como limitadora do poder do Estado.

Não foi por acaso que a teoria do contrato social surgiu na Inglaterra. A idéia de contrato e representação embutida na teoria deriva do instituto inglês do *trust*, e a idéia de lei como limitadora do poder do governante deriva da formação dos *writs* ingleses.

A noção de *trust*, desconhecida do direito romano-germânico, é uma noção fundamental do direito inglês. O *trust* apóia-se, de uma forma geral, sobre o seguinte esquema: uma pessoa, o constituinte do *trust* (*settlor of the trust*), determina que certos bens serão administrados por um ou vários *trustees*, no interesse de uma ou várias pessoas, os *cestuís que trust*. Esse acordo é muito freqüente na Inglaterra e serve para fins múltiplos de ordem prática: proteção de incapazes, da mulher casada, fundações e estabelecimentos de utilidade pública, direito das sociedades etc. (DAVID, 1996, p. 315-316).

Segundo o pensamento inglês, um corpo muito numeroso só pode agir como pessoa por delegação a certas pessoas físicas (*trustees*), ao poder dos quais devem, por isso mesmo, ser impostos certos limites (procuração – delegação, limites e prestação de contas). No pensamento francês, o corpo como tal age como se fosse uma pessoa, sem necessidade de delegação. O contrato social idealizado pelos ingleses constituía a teoria do corpo político visto como representação; o contrato social idealizado pelos franceses constituía a teoria do corpo político visto como associação (Rousseau)¹⁵. John Locke, por exemplo, em seu “*The two treatises on government*”, qualifica expressamente a re-

lação entre os cidadãos e os parlamentares como um *trust*¹⁶.

O segundo princípio do contratualismo é a idéia de lei como limitadora do poder do Estado, raiz do liberalismo jurídico.

Harold Berman (1983) noticia que o primeiro tratado sistemático sobre a *common law* inglesa foi o “*Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England*”, escrito por Glanvill, por volta de 1187. O autor faz uma distinção, até então inédita, entre lei e administração, entre lei real e lei local, feudal ou eclesiástica. Conforme Berman (1983), é um fato de alto valor político. Glanvill colocou a lei real como expressão do poder real, ao lado de seus exércitos, e como igualmente base de sua autoridade. Com a Magna Carta de 1215, desenhava-se a figura de um governo fundado na *lex temporalis* (e não na *lex aeterna*) de que falava Agostinho no início da Idade Média. Tal fenômeno político, de claros efeitos jurídicos, aconteceu mais cedo na ilha inglesa do que no continente europeu.

O governo *por meio da lei* é evidente na Carta Magna. Essa carta política, considerada por muitos como o embrião das constituições modernas, substantiva um acordo exarado entre os barões, a Igreja e a coroa fazendo constar que “não se estabelecerá em nosso Reino auxílio nem contribuição alguma, contra os posseiros de terras enfeudadas, sem o consentimento do nosso comum Conselho do Reino” (art. 14), que as contendas seriam julgadas em um “lugar fixo” (art. 14), que ninguém seria submetido a julgamento com base em acusação não referendada por testemunhas idôneas (art. 38), que ninguém seria preso ou despojado de seus direitos ou possessões, senão pelo “julgamento legal por seus pares ou pela lei da terra” (art. 39) etc.

Salienta Berman (1983, p. 458, tradução nossa):

“[...] a autoridade legal do rei derivava do seu controle sobre um procedimento de resolução de conflitos que era mais desenvolvido, mais sofisticado e mais racional do que aqueles

disponíveis em cortes locais e feudais. O rei ainda não estava na posição de legislar sobre muitas normas substantivas sobre contrato, propriedade, ilícitos civis ou criminais, muito menos sobre questões de direito de família e herança, que estavam sob a exclusiva competência da igreja. Mas o rei tinha – pela primeira vez – estabelecido uma corte central de juizes profissionais [cortes de Westminster] para ouvirem casos por todo o território, casos iniciados com *writs* ajuizados por seu chanceler”.

Daí Glanvill concentrar seu livro no direito adjetivo, no processo, especialmente nos *writs*, e não no direito substantivo. Ao definir tipos específicos de *remedies* para tipos específicos de ilícitos, ele criou uma “revolução na ciência jurídica”. A ênfase no processo não é importante apenas como *expressão do poder real*, mas também como uma *limitação ao poder real*. O rei alargou expressivamente sua jurisdição contra as jurisdições locais e eclesiásticas, mas as condições para essa expansão estavam expressamente definidas, e elas serviriam como limitações: a categorização dos tipos de remédios processuais (*writs*) definia a jurisdição real. Assim, o processo judicial era forma de domesticação do exercício do poder – o que, na Era Moderna, equivaleria à idéia político-jurídica de prevalência da razão sobre a autoridade.

A teoria do contrato social alarga essa idéia e identifica na lei constitucional – no pacto que constitui o Estado – a limitação ao poder desse mesmo Estado. O poder e a autoridade cedem ao direito, formado por meio das vontades dos indivíduos que compõem a *iuris societas*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001) complementa esse raciocínio ao dizer que “os regimes constitucionais pluralistas, na verdade, nasceram da preocupação de instaurar ‘o governo de leis e não de homens’, intuito bem claro nas Revoluções Francesa e Norte-Americana. O apego à

lei demonstrado nas Constituições resultantes desses movimentos e dos que mais tarde os prosseguiram é tão grande que os juristas vêem nelas um novo tipo de Estado, o estado de direito. Ou seja, o Estado que ‘deve agir sobre o *fundamento do Direito e pela forma do Direito*’” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 10-11).

A abordagem de Hans Kelsen em sua obra *A democracia*, em relação à *iuris societas*, traduz com precisão a idéia de “sociedade regida pelo direito” contida nos liberais clássicos. Kelsen (1993) se pergunta, no início da obra, quem é o “povo” hoje. Segundo ele, o “povo” é, simplesmente, “um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado” (KELSEN, 1993, p. 36).

Assim, Kelsen (1993) reconhece a existência de dois povos: o que cria a norma geral e abstrata (por meio da intermediação parlamentar – seja ela vista como representação ou associação) – constituído pelos titulares de direitos políticos – e o que é objeto dessas normas, submetido à ordem estatal. Há, portanto, dois momentos: o da participação na formação da vontade geral e o da submissão à vontade geral formada. No primeiro momento, o momento político, não haveria unidade, pois nem todos votam e nem todos votam com a maioria vencedora (regra majoritária). No segundo momento, no entanto, todos estão submetidos à mesma ordem estatal constituída, tenham ou não contribuído para ela.

No âmbito dessa unidade jurídica do povo, a ordem estatal abrange apenas manifestações muito específicas da vida do indivíduo. É o que positiva, por exemplo, o inciso II do art. 5º da Constituição Federal brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa idéia-base está em Montesquieu. Lógica bastante diferente da do direito antigo, segundo a qual aquilo que a lei não ordena ela proíbe, conforme anunciado por Aristóteles (2005, p. 82). Ou seja, o Estado só interfere na vida das

peças se há lei legitimando a interferência. O que não é objeto de lei está fora da esfera de controle do Estado¹⁷. Apenas alguns atos individuais são protegidos e ordenados pela ordem estatal; ou seja, há estreita ligação entre poder (do Estado) e vínculo normativo.

Esse vínculo normativo é o que o liberalismo clássico chama de *liberdade*. É ele que equaciona a relação entre *iuris societas* e Estado. Trata-se da liberdade referida por Locke, Montesquieu e Kant: liberdade é a *liberdade de agir segundo leis*, o que pode apresentar um sentido positivo e um negativo. Muitos autores, como Isaiah Berlin, Giovanni Sartori, Michelangelo Bovero, entre outros, traduzem essas duas perspectivas por meio das conhecidas expressões “liberdade positiva” e “liberdade negativa”. Na precisa abordagem de Berlin, a idéia de *liberdade positiva* significa que eu sigo as regras que eu mesmo pactuei para ser livre (a formação do “direito consciente” por meio do parlamento, conforme Kelsen). E a idéia de *liberdade negativa* significa dizer que “há fronteiras dentro das quais os homens são invioláveis”, que impedem, de forma absoluta, a imposição da vontade do Estado ou da de um homem sobre outro. Disso resulta o princípio básico já citado, conforme Berlin (2002, p. 267): “nenhum poder pode ser considerado absoluto, apenas os direitos o podem”. Essa é a característica fundamental da *iuris societas* moderna. Kelsen traduz essa abordagem afirmando que a unicidade do povo é jurídica.

O Estado Moderno é fundado sobre a idéia de liberdade negativa. A liberdade negativa é a liberdade do liberalismo clássico, segundo o conceito de Thomas Hobbes, ou seja, é a ausência de impedimentos externos. Assim, conforme Matteuci (1993, p. 257), “a liberdade positiva de participar na formação da vontade do Estado exige, como condição necessária, a liberdade negativa, isto é, que o Estado não tolha os direitos da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião, etc.”. No final do século XIX, a idéia de direito subjetivo

e individual ainda estava intrinsecamente relacionada à idéia de liberdade negativa, e a liberdade positiva era vista na forma de um direito mais amplo, sobre-subjetivo. Isso fica claro num texto escrito em 1885 por Prévost-Paradol, que chama de “direito nacional” o direito de decisão do povo acerca das políticas externa e interna por meio do Parlamento¹⁸.

Portanto, o povo possui uma margem de liberdade não apenas quando não é objeto de poder (o que não seria, a rigor, “liberdade”, pois essa situação é verificável em qualquer regime, seja democrático ou autocrático), mas também quando é objeto de poder (característica essa, conforme a tradição liberal clássica, que define os regimes constitucionalistas liberais, dos quais a democracia liberal é uma derivação).

A idéia de liberdade individual clássica se formou independentemente da idéia de democracia. A unanimidade do contrato social formado, que funda o Estado Moderno na ideologia liberal, choca-se com o princípio majoritário do parlamentarismo e da democracia. Kelsen identifica um conflito entre vontade do indivíduo e vontade geral, a qual se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, pois gesta a ordem estatal a partir do princípio da maioria, e não do consenso, este último, sim, origem do contrato social no liberalismo clássico (pacto de consentimento de Locke). Kelsen defende que a “vontade geral” (*volonté générale*) de Rousseau (expressão que indica a ordem estatal objetiva, válida independentemente da vontade dos indivíduos) é absolutamente incompatível com a teoria do contrato social, o qual é uma função da vontade de todos (*volonté de tous*). Para ele: “[...] mesmo que a vontade geral seja realizada diretamente pelo povo, o indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida” (KELSEN, 1993, p. 29).

Como já antecipado, a forma que o liberalismo encontrou para defender a liberdade foi o constitucionalismo. Segundo Montesquieu (1995, p. 186):

“Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”.

Montesquieu defende em sua obra uma monarquia constitucional. Montesquieu (1995, p. 186, grifo nosso) é bem claro ao se posicionar contra a democracia, apesar de ter em mente, quando escreve, a democracia direta:

“É verdade que nas democracias o povo pode fazer o que quer; mas liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”.

Trata-se do problema da *vontade racional*. Mais especificamente do controle da vontade irracional. Não por outra razão que a principal preocupação de Montesquieu (1995, p. 193-194) era neutralizar o poder, e não separar o poder.

“Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo que o será, por sua vez, pelo poder legislativo”.

O foco inicial eram as monarquias constitucionais, em oposição ao absolutismo do Antigo Regime.

Para justificar a união democracia e liberalismo (ou seja, a formação das democracias liberais), Kelsen recorreu à tese da “metamorfose da idéia de liberdade”. Kelsen vai além das abordagens de Michelangelo Bovero e Isaiah Berlin, que separam duas idéias de liberdade (liberdade negativa e liberdade positiva), que apresentariam uma oposição lógica entre si, para defender que o ideal democrático exige uma liberdade transformada. Bovero defendeu que é sobre

a conjunção dos aspectos fundamentais dessas duas liberdades que se funda a noção comum de democracia (“liberal-democracia”). Aqui Bovero adotou o critério de complementariedade já abordado por Matteuci¹⁹, para quem a liberdade negativa sustenta e apóia a liberdade positiva, idéia também presente em Habermas, e chegou mesmo a dizer que melhor seria nomear a “liberdade positiva” de “autonomia”, por ela não indicar propriamente uma condição de liberdade, mas uma forma de poder, reservando a palavra “liberdade” para a idéia de “liberdade negativa” (BOVERO, 2002, p. 81). Kelsen, tomando outro caminho, preconiza que não se trata de uma distinção histórico-etnográfica²⁰: para ele, ocorreu uma “transformação semântica” na noção de liberdade, ou seja, a liberdade da democracia é fruto da transformação da liberdade negativa em liberdade positiva (“a passagem da forma germânica à chamada forma antiga”). Mas não pára aí. Esse seria o primeiro estágio de transformação; o segundo seria a substituição da primazia do indivíduo pela primazia da coletividade. Essa substituição seria própria da ideologia democrática. Portanto, para ele, na democracia, a liberdade do indivíduo é “irrealizável”. Daí se falar em liberdade da coletividade: “[...] o indivíduo que cria a ordem do Estado, organicamente unido a outros indivíduos, é livre justamente nos laços dessa união, e apenas nela” (KELSEN, 1993, p. 33).

7. Conclusão

O processo histórico que gera o direito individual e o identifica com a liberdade passa pelas revoluções filosóficas da rejeição da vontade, do individualismo, do nominalismo e da emancipação epistemológica, revoluções que, por sua vez, passam pelo cristianismo, por Occam e Descartes e pela teoria do contrato social de Locke. A representação defendida pelo liberalismo clássico era uma representação censitária, que poderia filtrar a racionalidade da vontade

geral. Stuart Mill chega até a defender uma representação intelectual, preconizando que, diante da polarização entre dois grandes blocos – o dos proprietários e o dos trabalhadores assalariados –, o fiel da balança deveria ser um terceiro grupo, as elites culturais, com o peso de seu voto sendo superior a 1. A democracia propriamente dita é um elemento estranho a todo esse processo, só tendo sido incorporada no século XIX, com o alargamento do sufrágio e a multiplicação dos órgãos representativos.

A tensão epistemológica que existe entre a concepção de democracia e a de direito individual como “liberdade contra o Estado”, para usar expressão de Dworkin, pode ser hoje sentida nas constituições contemporâneas. Numa Constituição como a brasileira, têm-se, de um lado, os direitos individuais (art. 5º), que representam a tradicional tutela das liberdades individuais (liberdade pessoal, política e econômica), em que vige a liberdade negativa clássica, e, do outro lado, os direitos sociais (art. 7º a 11), que representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. De um lado, um Estado que não deve intervir; do outro, um Estado paternalista e intervencionista. Nas palavras de Gozzi (1993, p. 401), “a forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação”. É o conflito irresolúvel entre liberdade positiva e liberdade negativa, já preconizado por Isaiah Berlin.

Daí Kelsen preferir uma nova concepção de liberdade, para que o liberalismo possa, epistemologicamente, receber a democracia e as demandas populares. Não por outra razão que Gozzi escreveu que o “Estado Social”, regido pela “liberdade da coletividade” referida por Kelsen, é a emergência da crise do constitucionalismo liberal.

Notas

¹ Os próprios gregos costumavam se referir a duas realidades diferentes por meio do nome *demokratia*: a forma de comunidade política em que o poder de decisão política está nas mãos da assembléia de

todos os cidadãos ou a forma na qual tal poder está nas mãos da parte pobre e não-nobre da população (que era a verdadeira “maioria”, segundo Aristóteles). Aristóteles (1991, p. 94), por exemplo, usa o termo num sentido negativo, qualificando a democracia como a degeneração da *república* ou *politéia*.

² Os “cidadãos” eram os homens gregos livres de nascimento (não-escravos) (BOVERO, 2002, p. 16).

³ “O homem é, por sua natureza [...], um animal feito para a sociedade civil” (ARISTÓTELES, 1991, p. 45).

⁴ Locke (2000, p. 97) o anunciou implicitamente ao dizer que o pacto não seria pacto se o indivíduo “ficasse livre e sob nenhum outro vínculo senão aquele em que se achava no estado de natureza”.

⁵ “Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar” (MONTESQUIEU, 1995, p. 186).

⁶ John Rawls (2002) traz uma abordagem muito semelhante, provavelmente inspirada em Rousseau. O “consenso sobreposto” de Rawls está próximo da “vontade geral” de Rousseau. Rawls (2002) espera que os cidadãos julguem os valores políticos como prioritários em relação a quaisquer outros valores não-políticos que possam conflitar com eles e que o debate na esfera pública se limite ao âmbito do político (sem a influência conflitiva de doutrinas particulares e sem a concorrência de concepções políticas de justiça que não a consensuada). Em outras palavras, “[...] fica excluído qualquer conhecimento que tenda a causar distorções e preconceitos, ou a colocar os homens uns contra os outros” (RAWLS, 2002, p. 217). Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 10) traz uma contribuição complementar: “Ora, como regular essa competição [entre indivíduos, grupos, a guerra de todos contra todos] sem privilegiar uns em detrimento de outros, a não ser mediante normas gerais e impessoais? Igualmente, o respeito aos direitos fundamentais do homem supõe a sua definição e sua limitação por normas gerais e impessoais, pois, de outra forma, se quebraria a igualdade, e, assim, se desrespeitaria o primeiro desses mesmos direitos”.

⁷ “O termo ‘númeno’ (mais propriamente ‘nómenon’) significa “o que é pensado”. [...] Como ‘ser pensado’ é entendido aqui como “o que é pensado pela razão” (ou pela intuição intelectual), geralmente se equipara o ‘númeno’ a ‘o inteligível’. O mundo dos númenos é, assim, o *mundus intelligibilis*, contraposto, desde Platão, ao *mundus sensibilis*, ao mundo dos fenômenos” (MORA, 2001, p. 2119).

⁸ “Law does not refer to a single class of individual things, but to normative relations between human beings in which material things may also figure. However, what is the nature of these relations? They are of a conceptual nature themselves. Laws and rights are conceptual expressions of expectations of people

who claim to be in a position to tell others what to do and what not to do. These claims can be more or less realistic if treated as predictions about human behaviour, but they do not refer to anything existing independently from human imagination, even though they can become 'real' in a sense because people often act on these imaginations. Applying Occam's razor it would seem that we can understand normative language and expectations perfectly well without the assumption that societies or norms have a metaphysical existence, an existence that is independent of our collective imaginations, however 'real' these imaginations may work out in social practice. Therefore, the statement that law represents a social reality but not a metaphysical reality, is not a contradiction. Occam would not have denied that we have ideas, he would only deny that they have an existence which is independent of our thinking. It is also no implication of the nominalist view that rights are somehow less important for us because they are metaphysically unreal" (ROOS, 1996, p. 161-212).

⁹ "The rendering of fact so that lawyers can plead it, judges can hear it, and juries can settle it is just that, a rendering: as any other trade, science, cult, or art, law, which is a bit of all of these, propounds the world in which its descriptions make sense. [...] the point here is that the 'law' side of things is not a bounded set of norms, rules, principles, values, or whatever from which jural responses to distilled events can be drawn, but part of a distinctive manner of imagining the real" (GEERTZ, 2000, p. 173).

¹⁰ "Men living together according to reason, without a common superior on earth, with authority to judge between them, is properly the state of nature. But force, or a declared design of force, upon the person of another, where there is no common superior on earth to appeal to for relief, is the state of war: and it is the want of such an appeal gives a man the right of war even against an aggressor, tho' he be in society and a fellow subject. [...] Want of a common judge with authority, puts all men in a state of nature: force without right, upon a man's person, makes a state of war, both where there is, and is not, a common judge" (LOCKE, 2007).

¹¹ Amartya Sen (2000, p. 72-108) propôs reverter essa lógica nominalista ao exigir, para a obtenção da verdadeira liberdade, uma combinação entre direitos e capacidade de gozo.

¹² Como precisamente colocou Dumont (1985, p. 23): "[...] o nominalismo, que confere realidade aos indivíduos e não às relações, aos elementos e não aos conjuntos, é muito forte entre nós".

¹³ Descartes (2000) queria estabelecer um método universal, inspirado no rigor matemático e em suas "longas cadeias de razão": 1) A primeira regra é a *evidência*: não admitir "algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal". Em outras palavras, evitar toda precipitação e só ter por verdadeiro o que

for claro e distinto, isto é, o que "eu não tivesse motivo algum de duvidar". Por conseguinte, a evidência é o que salta aos olhos, apesar de todos os esforços, é o que resiste a todos os assaltos da dúvida, apesar de todos os resíduos, o produto do espírito crítico; 2) A segunda é a regra da *análise*: "repartir cada uma das dificuldades [...] em tantas parcelas quantas fossem possíveis"; 3) A terceira é a regra da *síntese*: "conduzir por ordem meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos"; 4) A última é a revisão, para que estivesse certo de nada ter omitido (DESCARTES, 2000, p. 49-50).

¹⁴ O método cartesiano tornou-se muito célebre, pois os séculos posteriores viram nele uma manifestação do livre exame e do racionalismo: ele afirma a independência da razão e a rejeição de qualquer tradição e autoridade. Por essa razão, os filósofos do século XVIII estenderiam esse método a domínios de que Descartes, importante ressaltar, o excluiu expressamente, como o político.

¹⁵ Em uma palavra, em vez de voltar nossas forças contra nós mesmos, reunamo-las em um poder supremo que nos governe segundo leis sábias, que proteja e defenda todos os membros da associação, repila os inimigos comuns e nos mantenha em uma eterna concórdia" (ROUSSEAU, 1989, p. 99).

¹⁶ "Here, it is like, the common question will be made, Who shall be judge, whether the prince or legislative act contrary to their trust? This, perhaps, ill-affected and factious men may spread amongst the people, when the prince only makes use of his due prerogative. To this I reply, The people shall be judge; for who shall be judge whether his trustee or deputy acts well, and according to the trust reposed in him, but he who deposes him, and must, by having deposed him, have still a power to discard him, when he fails in his trust? If this be reasonable in particular cases of private men, why should it be otherwise in that of the greatest moment, where the welfare of millions is concerned, and also where the evil, if not prevented, is greater, and the redress very difficult, dear, and dangerous?" (LOCKE, 2007).

¹⁷ "Nenhum poder público foi alguma vez tão penetrante que tivesse conseguido regular todos aqueles modelos de comparticipação, divisão e troca que dão forma a uma sociedade. As coisas escapam ao domínio do Estado; concebem-se novos modelos tais como redes familiares, mercados negros, alianças burocráticas e organizações políticas e religiosas clandestinas. As autoridades públicas podem obrigar ao pagamento de impostos, recrutar, atribuir, regular, nomear, recompensar ou punir, mas não podem controlar os bens todos nem fazer-se substituir pelos outros agentes de distribuição [de bens]" (WALZER, 1999, p. 22).

¹⁸ Ao falar sobre a Inglaterra, Padarol (2003, p. 94-95) escreve: "Duas espécies de direito existem hoje lá e se

aplicam sem ser contestados por ninguém: o primeiro, que eu denominaria naturalmente de *direito pessoal*, consiste em que cada inglês tem sólidas e numerosas garantias de não ser lesado pelo poder, nem em seus bens e nem em sua pessoa; o segundo, que merece o nome de *direito nacional*, consiste em que o povo inglês decida soberanamente, por meio do seu Parlamento e dos ministros que dele dependem, da política externa e interna de seu país”.

¹⁹ “[...] a liberdade positiva de participar na formação da vontade do Estado exige, como condição necessária, a liberdade negativa, isto é, que o Estado não tolha os direitos da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião, etc.” (MATTEUCCI, 1993, p. 257).

²⁰ Kelsen (1993, p. 28-29) chama a liberdade positiva de “liberdade antiga” (como Benjamin Constant) e a liberdade negativa (que é a “liberdade dos modernos”, liberdade a que se referia Hobbes, como ausência de impedimentos), de “liberdade dos germanos”.

Referências

- ARANTES, Paulo Eduardo. Hegel: vida e obra. In: HEGEL. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: M. Fontes, 1991.
- _____. Ética a nicômaco. In: MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (Org.). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- BARZOTTO, Luís Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática à ética. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, jun. 2004.
- BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- BERMAN, Harold J. *Law and revolution*. Cambridge: Harvard University, 1983.
- BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- CHAUÍ, Marilena. Público, privado e despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: M. Claret, 2006.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.
- DESCARTES. Discurso do método. In: _____. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto E. *História do direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GEERTZ, Clifford. *Local knowledge*. 2. ed. New York: Basic Books, 2000.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto et al (Org.). *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Edunb, 1993.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: M. Fontes, 1993.
- LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo civil. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000. 1 v.
- LOCKE, John. Two treatises of government. *Domínio Público*, Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu007370.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2007.
- MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al (Org.). *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Edunb, 1993.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2001.
- PLATÃO. *A república*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PRÉVOST-PARADOL. Estudo sobre os moralistas franceses e reflexões sobre outros temas. In: LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RANCIÈRE, Jacques. O dissenso. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- ROOS, Nikolas H. M. On property without properties an inquiry into the metaphysical foundations and the coherence of property law. In: MAANEN, G. E. van;

WALT, A. J. van der. *Property on the threshold of the 21st century*. [S. l.]: Antwerpen, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: UnB, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: ROUSSEAU. *Os pensadores*: São Paulo: Nova Cultural, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARTORI, Giovanni. *A política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas*. São Paulo: Ática, 1994. 2 v.

SARTORI, Giovanni. *Homo videns: televisão e pós-pensamento*. São Paulo: EDUSC, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Bérqson, Proust: tensões do tempo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Tempo e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. Lisboa: Presença, 1999.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria de Orçamento, Fiscalização
e Controle do Senado Federal**

A bagagem do viajante

Aspectos da auditoria como tecnologia*

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

Sumário

1. O reconhecimento da existência de um “processo de auditoria”. 2. A caverna (o processo de auditoria na auditoria individual). 2.1. Etapa de planejamento. 2.2. Etapa de execução. 2.3. Etapa de relatório. 3. Memorial do convento – o ciclo organizacional completo do processo de auditoria. 3.1. A seleção do objeto de auditoria. 3.2. A etapa de seguimento ou *follow-up* da auditoria. 4. Ensaio sobre a cegueira – a evidência em auditoria. 5. Manual de pintura e caligrafia – papéis de trabalho na auditoria. 6. A modo de síntese.

*“Uma parte de mim
pesa, pondera,
outra parte delira
[...]
Uma parte de mim
é permanente
Outra parte se sabe
de repente.
[...]
Traduzir uma parte
na outra parte
– que é uma questão
de vida ou morte –
será arte?”*

(Ferreira Gullar, 2000, p. 144-145).

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

* Por uma falha técnica, este artigo foi publicado na edição anterior (Ril 174) com referências bibliográficas trocadas. Nossas desculpas ao autor e aos nossos leitores.

Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal) muito podem contribuir com o aprofundamento do conhecimento em modalidades e técnicas de auditoria.

Dentro desse objetivo, partimos de um marco conceitual geral para a atividade de auditoria, já oferecido à comunidade nas páginas da Revista de Informação Legislativa¹. Lá assinalamos que a atividade de auditoria tem seus aspectos *programáticos* (idéias a respeito de sua missão ou finalidade, vinculando a prática da auditoria a objetivos sociais mais amplos em que está inserida), mas tem também seus aspectos *tecnológicos* ou operacionais, as tarefas e rotinas mais ou menos concretas que formam o mundo de seus praticantes².

Neste trabalho, iniciamos a abordagem dos aspectos principais dessa prática real, da “auditoria como tecnologia”, sempre vinculados ao modelo conceitual da vertente programática da auditoria (a inserção social do trabalho auditorial). O texto busca delinear uma *bird’s eye view* dos elementos centrais do seu campo de estudo, num esforço deliberado de resumo e simplificação, recorrendo extensamente à bibliografia citada para oferecer ao leitor o aprofundamento naquele tópico específico. Com isso, pretendemos oferecer uma primeira aproximação da visão de conjunto, bem como uma ferramenta útil para o desenvolvimento posterior dos interessados segundo seu próprio ritmo e suas demandas.

Aqui também recorremos à prosa de Saramago e outros mestres para demarcar a evolução do raciocínio, uma vez que a abordagem de um campo social de definições ainda tão sutis e com tanto por elaborar incursiona por momentos que exigem recursos de verdadeira imaginação (“Pelo fato mesmo de que são irreversíveis e comportam muito de aleatório, os processos históricos somente são compreendidos quando de alguma forma são reinventados”, já dizia CELSO FURTADO, 1986, p. 67). Essa distância entre o curto alcance do

rigor analítico indispensável e a totalidade inalcançável da realidade somente pode ser vivenciada com o recurso à sensibilidade artística.

1. O reconhecimento da existência de um “processo de auditoria”

A primeira constatação é a de que não se trata de mera justaposição de métodos e ferramentas tais como amostras, *checklist*, métodos analíticos e outros. A aproximação do auditor em relação ao objeto auditado e o uso que faz de técnicas e instrumentos é hoje “[...] a *body of knowledge* which over the years has become codified and formalized, thereby allowing the audit process to be written up and recorded in a certain way”³.

Existirá então um *processo de auditoria*, uma determinada estrutura (também a um nível bastante conceitual) de organização do trabalho de auditoria ?

A observação dos relatos da prática e da doutrina técnica faz concluir que sim. Mesmo considerando as diferenças entre autores e entre práticas organizacionais (de que trataremos exaustivamente adiante), parece evidente que cada um, à sua maneira, sustenta que existe um proceder sistematizado que conduz o auditor (e a organização de auditoria) à produção de resultados de auditoria tal como demandados pelas partes interessadas. Como entusiasticamente defende um autor clássico da auditoria financeira:

“El trabajo de auditoría se realiza a través de la cobertura de etapas lógicas, cada una de las cuales se constituye como previa y necesaria para la siguiente. Dichas etapas constituyen un proceso complejo que exigen poner en práctica un conjunto de actividades que forman una unidad, cada una de las cuales por sí mismas son imprescindibles, pero no suficientes, para obtener la evidencia necesaria.”⁴

Há polêmica, sem dúvida, quanto à validade intrínseca dos diferentes “processos de auditoria”. Valderrama (1997, p. 141, tipicamente abordando a auditoria externa contábil) é enfático em afirmar a estrita correlação entre uma determinada estruturação do trabalho e o resultado final:

“Ante esta situación de hecho el auditor debe plantear su trabajo conforme a una metodología que no deje ningún punto al azar. Metodología que constituye a su vez una garantía para el propio auditor que adquiere un cierto grado de certeza de que, cumpliendo la misma, se van a incrementar las probabilidades de que el juicio emitido se conforme con los criterios de objetividad y razonabilidad que quiere conseguir.”

Ao contrário, Power (1999, p. 69) vê com profundo ceticismo a hipótese de que o seguimento de normas proporcione maior valor intrínseco às conclusões:

“It was suggested that the programmatic demands made upon auditing are only loosely coupled to its technical capabilities; this gives rise to expectations gaps. [...] Instead of a clear conception of output, auditing is constituted by a range of procedures backed by experience and judgement. To say this is to say that auditing is a form of craft knowledge. Auditing practices may be demanded by broader regulatory programmes but they are operationalized in the form of a series of routines which are economically constrained on the one hand, and must have a certain institutional credibility as technique on the other.”

Padrões oficiais de auditoria governamental norte-americanos, amplamente respeitados no setor público em todo o mundo, adotam uma atitude intermediária mais pragmática, condicionando a validade do processo utilizado às condições de cada auditoria individual:

“A body of technical knowledge on types of audits, tests, procedures and methodology exists. Some are generalized, and some are specific to certain industries, types of audits, or special circumstances. Auditors should have a sufficient awareness of this body of knowledge to apply it to the audit being undertaken. This awareness is necessary to ensure that the selected methodology, tests and procedures are appropriate.”⁵

Passaremos ao largo dessa polêmica: o fato empírico é que a apresentação das atividades de auditoria, seja com fins didático-científicos (doutrina técnica), seja de natureza normativo-instrumental (manuais e roteiros institucionais das mais variadas origens), não prescinde da enumeração ordenada de um determinado número de fases de trabalho e suas inter-relações. Portanto, se quisermos iniciar o estudo da prática da auditoria tal como se nos apresenta na realidade, não podemos ignorar essa constatação fundamental: os processos de trabalho prescritos têm, sistematicamente, uma natureza ordenada e determinadas características comuns. Razões suficientes para que iniciemos nossa aproximação à “auditoria como tecnologia” por meio da noção do *processo de auditoria*.

Motivos existem para que a auditoria seja concebida como um *processo* estruturado. Em primeiro lugar, de um ponto de vista prático, é razoável supor que toda forma de produção de conhecimentos complexos sobre a realidade, com finalidades utilitárias e fundamentos racionais, tem uma natureza ordenada e sistemática:

“Cada tipo de pesquisa empírica possui um projeto de pesquisa implícito, se não explícito. No sentido mais elementar, o projeto é a seqüência lógica que conecta os dados empíricos às questões de pesquisa iniciais do estudo e, em última análise, às suas conclusões. Coloquialmente, um projeto de pesquisa é *um plano lógico para*

se sair daqui e chegar lá, onde *aqui* pode ser definido como o conjunto inicial de questões a serem respondidas e *lá* é um conjunto de conclusões (respostas) sobre essas questões. Entre ‘aqui’ e ‘lá’ pode-se encontrar um grande número de etapas principais, incluindo a coleta e a análise de dados relevantes.”⁶

Por outro lado, a própria expansão da “auditoria como demanda” já implica que o produto do trabalho do auditor virá a ser utilizado e a provocar efeitos junto a terceiros. Trata-se de severa responsabilidade sobre a comunidade de praticantes⁷. E precisamente um dos mecanismos básicos para ressaltar e resguardar a responsabilidade do auditor é a construção de normas ou padrões oficiais de procedimento que incorporariam as “melhores práticas” ou o zelo profissional exigível a esse profissional:

“1.4.2 – La debida diligencia profesional impone a cada persona de la organización del auditor la responsabilidad del cumplimiento de las Normas en la ejecución del trabajo y en la emisión del informe.”⁸

“La razón de ser de las normas del trabajo es objetivizar la conducta del auditor facilitando que se siga el cuidado y diligencia apropiados. Permiten garantizar el cumplimiento de un mínimo de requisitos indispensables estableciendo unas pautas de conducta homogéneas para todos los profesionales de la auditoría que sirven de guía para la ejecución del trabajo, de prueba de que el mismo se ha llevado a cabo u de garantía de calidad.”⁹

2. *A caverna (o processo de auditoria na auditoria individual)*

“Puro engano de inocentes e desprevenidos, o princípio nunca foi a ponta nítida e precisa de uma linha, o princípio é um processo lentíssimo, demorado, que exige tempo e paciência para se perceber em que direção

quer ir, que tenteia o caminho como um cego, o princípio é só o princípio, o que fez vale tanto como nada.”¹⁰

Vamos então a uma tentativa de generalização sistemática das orientações e práticas de distribuição e seqüenciamento do trabalho de auditoria. Todos aqueles que já militaram em algum ramo da auditoria conhecem a tradicional (e muitas vezes burocrática) periodização em “planejamento”, “execução” e “relatório” que já se incorporou ao senso comum. A mera ritualização, porém, é inútil ao auditor que desejar exercer sua missão com profissionalismo. O quê compõe cada fase? No planejamento, deve-se apenas ficar no escritório, sem ir a campo? Durante a execução, deve-se apenas coletar dados? São muitas as questões legítimas que surgem, e que a simples repetição acrítica de rotinas e rituais nada resolve.

É necessário que o auditor (e em especial que um texto de natureza analítica como este) procure enxergar além da simples repetição de práticas, verificando o sentido intrínseco daquilo que observa. Recorrendo novamente à Economia Política e seu método, é preciso isolar pelo pensamento os elementos essenciais do processo e as relações entre eles¹¹, vinculando fenômenos e causas. Neste caso concreto, não poderíamos deixar de associar as etapas do trabalho de auditoria à sua própria definição conceitual¹², ou conferir em cada etapa do trabalho qual ou quais elementos essenciais da auditoria a referida etapa procura produzir ou aperfeiçoar. Sempre lembrando que um modelo conceitual é “una referencia que nos permitirá aprehender las diferentes dimensiones de la organización de una manera estructurada. Ordenará la información con unos criterios que facilitarán el diagnóstico y las recomendaciones posteriores”¹³. Numa tentativa de ir além da simples enumeração de prescrições de terceiros, é preciso tentar modelizar, ainda que de modo tentativo, já que: “sin un modelo previo, sin una teoría, la numerosa

información que genera una organización carece de coherencia y se presenta sólo como una vasta colección de dados sin relación entre sí”¹⁴.

Ainda neste ponto inicial, dois esclarecimentos são indispensáveis. Primeiro, as divisões e periodizações estanques são sempre convencionais. O importante é identificar uma seqüência de atividades, sua ordenação e inter-relação. A forma como se lhes nomeie, ou as etapas em que se lhes agrupe, são meramente convenções – aqui adotaremos aquelas que nos pareçam mais práticas, mas autores, organizações e leitores variam a nomenclatura sem que a análise conceitual seja afetada.

Outra precaução é segregar o esquema analítico de uma auditoria individual qualquer (apresentado nesta seção 3) da discussão sobre uma série de outras atividades e controles que não compõem uma missão específica de auditoria, mas que estão presentes no dia-a-dia de uma organização de auditoria (estas estão discutidas na seção 4). Trata-se de uma divisão essencialmente analítica, em função da tarefa concreta de auditoria que se está examinando. Não se entenda por “auditoria individual” o trabalho de uma única pessoa (existem missões de auditoria que envolvem, cada uma, dezenas de profissionais); tampouco as etapas complementares devem ser vistas como privilégio de grandes organizações (um único profissional que exerça o cargo de auditor interno de um pequeno hospital tem que gerenciar a seleção de auditorias e o “follow-up” da mesma forma que uma grande controladoria nacional).

Esclarecidos esses pontos, passamos a desdobrar a natureza conceitual da auditoria nas etapas do seu processo de trabalho. Como vimos anteriormente¹⁵,

- Um serviço ou encargo de auditoria¹⁶ é a avaliação por um auditor profissional de um *assunto determinado* que é responsabilidade de outra pessoa, mediante a utilização de *critérios adequados e identificáveis*, com o fim de

expressar uma *conclusão* que transmita a um *destinatário predeterminado* um certo nível de confiabilidade ou segurança acerca do assunto em questão.

2.1. Etapa de planejamento

Assim, o *planejamento* de um encargo de auditoria destina-se, genericamente, à “compreensão geral do trabalho a ser feito, ou seja, definem-se as finalidades da ação a ser realizada e identificam-se as questões que deverão ser respondidas.” (ARAÚJO, 2001, p. 66). Em outras palavras, o planejamento deve identificar, com a precisão necessária, o *assunto determinado* sobre o qual a auditoria deve pronunciar-se, e os *critérios adequados* em função dos quais a opinião será emitida.

Nesta etapa, já estamos considerando que o encargo de auditoria *já foi atribuído* à equipe responsável, ao menos em seus termos fundamentais¹⁷. Existirá, possivelmente, alguma superposição na prática entre as etapas finais da escolha de um tema para auditar e o início do planejamento da auditoria propriamente dita¹⁸. No entanto, isso não é obstáculo para o modelo apresentado, visto que a segregação em fases ou etapas é um instrumento analítico destinado a ordenar o *continuum* de atividades de uma auditoria (e não uma compartimentação rígida e formal). Essa interpenetração das etapas de seleção e planejamento será mais detalhada adiante.

2.1.1. Questões de auditoria

Assim, para compreender e planejar seu trabalho, o auditor identifica e prepara, inicialmente:

- uma análise preliminar do objeto de auditoria (seu contexto, sua estruturação interna), capaz de fornecer-lhe uma primeira aproximação ao ambiente em que se desenvolve a auditoria¹⁹;
- uma especificação da finalidade e objetivos da auditoria – esta é a caracterização do “assunto determinado”: quais são as perguntas que devem ser respondidas

pela auditoria (as chamadas Questões de Auditoria²⁰), sobre as quais os destinatários da opinião do auditor desejam a sua intervenção. São as questões de auditoria, corretamente formuladas, que organizam o raciocínio, dão estrutura ao trabalho e especificam a responsabilidade do auditor.

As questões representam, assim, os objetivos da auditoria, os contornos concretos do “assunto determinado” sobre o qual o auditor vai-se pronunciar. As questões de auditoria devem portanto dizer quais demandas o auditor espera atender por meio da auditoria, quais fatores serão estudados e quais os limites adequados à extensão dos trabalhos e – por conseguinte – à sig-

nificância das conclusões²¹. São as questões de auditoria, então, que direcionarão os próximos passos do planejamento: os critérios escolhidos terão de ser pertinentes à questão abordada; os métodos e recursos terão de ser compatíveis, quantitativa e qualitativamente, com as questões que se pretende responder. Isso porque, ao definir as questões, o auditor também define, em grandes linhas, o alcance, escopo ou abrangência (temporal, geográfica, temática) do trabalho que vai empreender²².

Para uma idéia mais concreta da sua imensa variedade, algumas questões de auditoria presentes na literatura técnica são apresentadas no quadro abaixo.

<i>Tribunal de Contas da União (Brasil) – auditoria operacional</i>
<p><i>Problema:</i> O Brasil, ao assinar a “Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar”, sujeitou-se ao seu cumprimento. Nesse sentido, surgiu a preocupação, por parte dos administradores, de se utilizar técnicas aceitáveis pela comunidade internacional para a efetivação de todo o levantamento geomorfológico no prazo estipulado, tendo em vista a possibilidade de aumento da plataforma continental.</p> <p><i>Questões de Auditoria:</i></p> <p>1ª – Com que segurança se pode afirmar que as técnicas utilizadas serão aceitas pelos organismos internacionais?</p> <p>2ª – Até que ponto se pode dizer que a utilização das técnicas adotadas permitirá a conclusão do levantamento no prazo estipulado?²³</p>
<i>Escritório do Auditor-Geral (Noruega) – auditoria operacional</i>
<p>“The purpose of the audit is to ascertain the scope and effectiveness of the grants scheme in the agency X”. “Are the subsidies being spent in accordance with the decisions and intentions of the Storting? Are the funds being spent efficiently?”²⁴</p>
<i>Escritório Nacional de Auditoria (Suécia) – auditoria operacional</i>
<p>“Many people die from malaria” “Many people contract malaria” “Health education on malaria is ineffective” “School books are delayed”²⁵</p>
<i>Conselho Federal de Contabilidade (Brasil) – auditoria contábil</i>
<p>A auditoria independente das demonstrações contábeis constitui o conjunto de procedimentos técnicos que tem por objetivo a emissão de parecer sobre a adequação com que estas [as demonstrações contábeis, FMRB] representam a posição patrimonial e financeira, o resultado das operações, as mutações do patrimônio líquido e as origens e aplicações de recursos da entidade auditada, consoante as Normas Brasileiras de Contabilidade e a legislação específica, no que for pertinente.²⁶</p>

2.1.2. Critérios de auditoria

Sabendo então o que examinar, o auditor pode buscar os critérios segundo os quais emitirá opinião²⁷. A própria definição de auditoria já explica sua natureza: crité-

rios são portanto padrões contra os quais se poderá contrastar a adequação do desempenho do ente auditado²⁸ ou, o que é o mesmo, parâmetros em relação aos quais os achados são medidos para obtenção de uma

opinião sobre o desempenho atingido²⁹. Na prática, devem ser padrões razoáveis e alcançáveis de desempenho e controle em relação aos quais a conformidade com leis e regulamentos, a adequação dos sistemas e procedimentos, a economia, a eficiência e a efetividade das operações podem ser abordadas e avaliadas³⁰.

Os critérios adequados são portanto definidos segundo os objetivos específicos de cada auditoria e as características particulares da organização ou área auditada, devendo concentrar-se, sempre que possível, nos resultados esperados para a operação, sistema, controle ou outro objeto sendo auditado.

Podem ser selecionados de várias fontes, de acordo com o juízo profissional do auditor. Na área pública, pela sua própria natureza, sua fonte primária é o ordenamento legal e regulamentar³¹. Podem também ser buscados nos padrões técnicos da área profissional auditada, no desempenho histórico do ente auditado, no desempenho de entidades semelhantes, em práticas gerenciais ou operacionais aceitas pelo auditado como aplicáveis, nos objetivos fixados ao ente auditado por ele próprio ou pelo poder público correspondente e nos termos de contratos que vinculem o auditado³².

É importante identificar a dualidade que essa noção de critério de auditoria pode assumir, como “critério-princípio” e “critério-padrão”. A primeira natureza é a especificação de uma parte da realidade auditada, seus contornos lógicos. Nesse sentido, os critérios são especificações mais precisas e concretas

dos aspectos da realidade abordados pelas questões de auditoria. A segunda natureza representa a definição de um valor, que contém a posição normativa oriunda da equipe auditora, ou de outra fonte com autoridade para defini-la, acerca do que seria desejável ou esperado para os resultados da ação auditada³³. É a verificação da conformidade ou não da situação observada que irá resultar nos achados de auditoria³⁴.

Os critérios de auditoria são fixados então como parte indissociável do planejamento dos trabalhos auditoriais, ao final do qual devem estar suficientemente precisos e detalhados para que possam desempenhar os papéis de³⁵:

a) arcabouço conceitual básico, facilitando a comunicação entre as equipes auditoras e o ente auditado e permitindo que a metodologia adotada seja conhecida de forma inequívoca pelo próprio auditado;

b) delimitação da extensão da auditoria, tornando palpáveis seus objetivos e facilitando que todos aqueles vinculados ao trabalho tenham uma visão clara da natureza estimada das conclusões;

c) orientação para a coleta de dados, indicando como obter evidências significativas e os métodos a serem empregados para coleta e análise de dados;

d) parâmetros balizadores das conclusões e recomendações da auditoria.

Também para facilidade de visualização, transcrevemos abaixo alguns exemplos de critérios de auditoria empregados nas metodologias de auditoria de diferentes organizações:

Tribunal de Contas da União (Brasil) - auditoria operacional

Exemplo de Critério Aplicável às Auditorias de Sistemas Internos de Avaliação de Desempenho Institucional

Critério: As avaliações internas de desempenho institucional devem ser parte integrante do processo de tomada de decisões.

1º Índice: As avaliações de desempenho institucional devem ter um formato útil para os tomadores de decisões.

Medidas: o nível de confiança dos dados sobre desempenho deve ser explicitado; os dados sobre desempenho devem ser analisados e sintetizados tendo em vista as necessidades dos usuários finais; os dados sobre desempenho devem ter um formato que facilite a identificação de mudanças em tendências, assim como em fatores internos e externos.

<p><i>Tribunal de Contas da União (Brasil) – auditoria operacional</i></p> <p>2º Índice: A consistência e a periodicidade dos relatórios de avaliação de desempenho institucional devem atender às necessidades dos tomadores de decisões. Medidas: os usuários finais devem receber cópias dos relatórios em tempo hábil para a tomada de decisões; os planos de ação resultantes das decisões tomadas devem ser elaborados tempestivamente; os relatórios de avaliação de desempenho devem estar disponíveis sempre que as autoridades competentes se reunirem para tomar decisões acerca do objeto da auditoria.</p> <p>3º Índice: Cada unidade do objeto da auditoria deve, no que couber, manter as demais unidades informadas acerca do seu desempenho. Medidas: resumos das decisões tomadas e das ações programadas devem ser incorporados ao plano estratégico geral do objeto da auditoria; os dados sobre desempenho devem, no que couber, ser incorporados aos planos de ação; os dados sobre desempenho devem estar disponíveis aos sistemas de controle interno e externo?³⁶</p>
<p><i>GAO – Government Accountability Office (Estados Unidos) – auditoria operacional</i></p> <p>EXAMPLE: A soil conservation program has the objective of reducing soil loss by 2 tons per acre per year in selected counties. A panel survey could be designed in which actual soil loss on the land that is subject to the program could be compared to the criterion. That is, two measurements of soil depth 1 year apart could be recorded for a probability sample of locations in the targeted counties. Subject to the limitations of measurement and sampling error, the amount of soil loss in the counties could be estimated and then compared to the program objective. EXAMPLE: Federal policies require that commercial airlines observe certain safety procedures. A criteria-referenced design could produce information on the extent to which actual procedures conform to these criteria. A population of maintenance activities – engine overhauls, for example – could be sampled to see if required steps were followed. The infraction rate, projected to the population, could then be compared to the standard rate, which might be zero.³⁷</p>
<p><i>GAO – Government Accountability Office (Estados Unidos) – auditoria de conformidade</i></p> <p>EXAMPLE: Social workers must be able to rule out fraudulent claims under the Social Security Disability Insurance Program. To make sure of the uniform application of the law, program administrators have developed standard procedures for substantiating claims for benefits under the program. A case study could compare procedures actually used by social workers to those prescribed by the program’s administrators. The examination of a number of cases might expose violations of prescribed claims-verification procedures.³⁸</p>
<p><i>Tribunal de Contas – Algemene Rekenkamer (Holanda) – auditoria de gestão financeira</i></p> <p><i>In the Court of Audit’s opinion, financial management is orderly if it satisfies the following conditions:</i> 1 9 1 There should be clear rules laying down: .= the powers to carry out financial transactions; .= the responsibilities for the safekeeping of funds. The rules should ensure sufficient separation of duties: possession, execution, safekeeping, recording and checking. Actions should be based on these rules. 2 It should be guaranteed that the money is spent solely for the purpose for which it was made available.³⁹</p>

2.1.3. Metodologias, técnicas e ferramentas

Com a definição dos critérios, já se tem os dados necessários para a escolha definitiva da metodologia a adotar⁴⁰, que vem a ser “an underlying approach which gives the study characteristic strengths and weaknesses”, ou “general points about the design of a study,

as opposed to detailed points about correct implementation”⁴¹. Isso significa identificar as fontes básicas de informação, a forma pela qual a evidência será coletada e analisada (incluindo as técnicas ou ferramentas a que se vai recorrer), a lógica de formação das amostragens e os recursos técnicos e de conhecimento necessários à auditoria⁴².

A metodologia é escolhida *em função* das questões e critérios, cabendo ao auditor “combinar” a metodologia às questões, o que não é tarefa fácil⁴³. Não podemos, neste texto introdutório, estender considerações sobre as metodologias usuais para auditorias da mais variada natureza. É necessário, no entanto, estabelecer com clareza que é nesse ponto do planejamento que se faz obrigatória a definição e explicitação de uma estratégia metodológica para a auditoria em questão (remetendo o leitor à bibliografia específica de cada metodologia). Razoável número de estratégias tem-se provado útil nos ambientes de auditoria⁴⁴, entre as quais podemos mencionar:

- os *surveys*, levantamentos quantitativos de dados segundo uma estratégia predeterminada, geralmente a partir de amostragem e inferência estatística⁴⁵;

- os *experimentos*, em que se compara um grupo sujeito a determinada ação ou condição com um grupo não submetido a ela⁴⁶. Aqueles experimentos em que se verificam determinados requisitos fortes de aleatoriedade na seleção dos objetos (caso freqüente na pesquisa científica, mas bastante raro na auditoria) são considerados “delineamento experimental”⁴⁷ ou experimento em sentido estrito⁴⁸; quando tais requisitos são relaxados em parte (basicamente, quando não há randomização mas existe alguma forma de grupo de controle), está-se diante de um “delineamento quase experimental”⁴⁹ ou quase-experimento⁵⁰; por fim, quando nenhuma dessas condições é satisfeita e recorre-se ao “registro da ocorrência natural das características ou propriedades dos indivíduos”, tem-se um “delineamento não-experimental”⁵¹ ou “estudo observacional”⁵².

- alguns autores falam também da “revisão de sistemas e procedimentos” como estratégia metodológica, como a simples comparação de rotinas e práticas com o conteúdo prescrito em normas e regulamentos⁵³. Ainda que esta abordagem soe estranha aos métodos de pesquisa comuns

no meio científico, a habitualidade com que as auditorias perseguem a simples justaposição entre a realidade prescrita (legal, contratual, regulamentar) e a realidade observada (auditoria como uma simples verificação literal de *compliance*) faz com que esta visão algo simplificada seja, a nosso ver, válida como uma metodologia de auditoria *tout court*⁵⁴.

- por fim⁵⁵, a auditoria também faz uso do *estudo de caso*, ou uma análise em profundidade de uma situação específica (usualmente combinando dados quantitativos e qualitativos), considerando com igual atenção o conteúdo da atividade examinada e o seu contexto de vida real (especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão definidos)⁵⁶.

As estratégias, como se vê, são muitas. A pequena experiência do autor em auditorias financeiras, de regularidade e operacionais conduz à convicção de que a esmagadora maioria das missões de auditoria, nos setores público e privado, terminará por utilizar estudos de caso ou revisões de sistemas e procedimentos.

Dentro das metodologias, encaixam-se em momentos e condições apropriadas as técnicas e ferramentas de coleta e análise de dados, das mais simples (inspeção física, exame de documentos) às mais complexas (observação participante, revisão analítica, inferência estatística). Essa coleção de instrumentos transcende os limites deste nosso estudo conceitual, sendo necessário que o leitor interessado pesquise dentro da literatura específica de cada área de auditoria (contábil, operacional, informática, etc.) os métodos e ferramentas que lhes são próprios, uma vez que os recursos técnicos são especificamente destinados a cada tipo de dado ou informação tratada.

2.1.4. Planejamento metodológico: o “funil de auditoria”

Com a escolha da metodologia apropriada, o auditor completa, conceitualmente, o planejamento, identificando os assuntos

sobre os quais deve opinar e os critérios que utilizará, bem como a forma de associar uns e outros – é o chamado “planejamento metodológico”⁵⁷. Esse planejamento essencialmente percorre uma trajetória de refinamentos sucessivos da especificação do trabalho a realizar. As demandas sociais pelo trabalho do auditor são múltiplas e freqüentemente imprecisas⁵⁸. As questões de auditoria são uma tentativa inicial de precisar tais demandas em termos de resultados de informação, daí por que existirão diferentes graus de precisão com que essas questões de auditoria serão formuladas⁵⁹. No desenvolvimento subsequente dos critérios, essa variabilidade de precisão será enfrentada da forma mais completa possível, permitindo uma abordagem objetiva por parte do auditor.

A Auditoria Geral da Suécia apresenta esse processo de refinamentos sucessivos por meio da interessante metáfora de um funil (vide Figura 1, em anexo): a larga coleção de problemas da realidade é inicialmente reduzida a termos mais simples na formulação das questões de auditoria. Estas então são refinadas e levadas a termos necessariamente limitados e objetivos quando se lhes associam os critérios de auditoria. A definição da metodologia especifica mais os termos e condições em que a auditoria vai ser levada a efeito (estreitando o funil até sua parte cilíndrica). A partir daí, a execução (coleta e análise dos dados) e a elaboração dos relatórios têm contorno e rumos absolutamente definidos, restando pouco espaço para imprecisões ou mudanças intempestivas.

2.1.5. Planejamento metodológico: o programa de auditoria

É nesse momento que se pode então preparar um documento de trabalho que contenha o roteiro fundamental para todo o trabalho posterior da equipe de auditoria. Tradicionalmente conhecido como “programa de auditoria”⁶⁰, esse roteiro escrito recolhe:

“a description of the methodology and suggested audit steps and procedures to be conducted to accomplish the audit objectives;

b. a systematic basis for assigning work to supervisors and staff;

c. the basis for a summary record of work.”⁶¹

Convém lembrar que o sentido convencional da expressão “programa de auditoria”, herdado da auditoria contábil, é o de um simples “plano flexível de procedimentos de exame”, indicando procedimentos a aplicar e os respectivos responsáveis⁶². Essa posição simplificadora traz altos riscos: o programa de auditoria é o meio material de estender todas as previsões do planejamento até o tempo real da execução (especialmente se a equipe de execução for maior ou distinta daquela que elaborou o planejamento). O GAO (1992a, p. 6) norte-americano adverte – com razão – que o sucesso na auditoria exige que o programa vá além de um *checklist* de procedimentos a conduzir, sendo um instrumento que permita às equipes compreenderem, na prática, os objetivos da auditoria e usarem sua própria iniciativa para avaliar e adaptar os passos a serem seguidos e os respectivos resultados.

2.1.6. Planejamento administrativo

Naturalmente, o auditor não planeja apenas o que vai fazer, mas como, quando e a que custo. Definido o planejamento metodológico, é necessário planejar (num sentido comum) o tempo e os recursos a aplicar. É o que podemos chamar de “planejamento administrativo”⁶³, que teoricamente deveria suceder ao metodológico, mas que na prática tem de ser feito em paralelo e pode vir a condicionar em grande medida os objetivos da auditoria (a insuficiência de tempo ou recursos pode descartar ou impor mudanças nas questões, critérios ou metodologias, para que sua aplicação não seja inviabilizada). Neste momento de preparação material, que deve ser registrado num documento de trabalho formal⁶⁴, levantam-se itens como:

- cronograma de execução;
- número e qualificação dos componentes que devem integrar a equipe técnica;
- recursos materiais e financeiros necessários;
- procedimentos de monitoramento do andamento do trabalho.

O documento formal do planejamento administrativo é aqui indicado isoladamente, como trabalho distinto do programa de auditoria. Essa separação, porém, é para fins conceituais, dado que cada documento trata de um aspecto do planejamento e não se substituem. Nada impede, porém, que um mesmo documento formal acumule o conteúdo dessas duas peças de trabalho, segundo a conveniência da organização de auditoria – na realidade, alguns autores e metodologias contemplam sob o mesmo documento o resultado das duas vertentes do planejamento⁶⁵.

2.2. Etapa de execução

*“La aridez y el frío del raciocinio han de compensarse con la palpitación y el calor de la experiencia. Campos, uno de los heterónimos de Pessoa, escribe: ‘Detente, corazón./ No pienses. Deja pensar a la cabeza’.”*⁶⁶

Especificados então, no planejamento, o assunto determinado a examinar e os critérios pelos quais se lhes vai examinar, é a hora de olhar para a realidade a conferir se a situação concreta corresponde aos critérios previamente fixados. Na terminologia já clássica de Mautz (1976, p. 74), ao concluir o planejamento o auditor já realizou:

- “1. Identificação das afirmações a serem examinadas.
2. Avaliação da relativa importância das informações.”

Agora, é necessário coletar informações e analisá-las:

- “3. Recolhimento de informações ou provas necessárias sobre as afirmações, a fim de possibilitá-lo a dar um parecer bem fundamentado.
4. A avaliação das provas, quanto à

sua validade ou não, se adequado ou não, se suficiente ou não.”⁶⁷

Interessante notar que em alguma fonte se define a execução como uma etapa única, de simples aplicação de procedimentos⁶⁸. Essa nos parece uma simplificação indevida: o que se convencionou chamar, no jargão cotidiano dos auditores, de “execução” do trabalho é conceitualmente composto de duas etapas distintas: a *coleta de dados*⁶⁹ e a *análise dos dados* coletados⁷⁰.

2.2.1. Coleta de dados

Na coleta, os auditores aplicam sistematicamente todo um vasto leque de técnicas e instrumentos (previamente definidos no programa de auditoria, nunca é demais lembrar) com a finalidade de formarem um quadro claro sobre os fatos que interessam à formação de sua opinião. A coleta de dados pode abranger todo o universo de situações de auditoria (exame populacional ou exaustivo) ou o exame de apenas alguns componentes de uma determinada coleção de eventos para formação de juízo sobre toda a população, o que implica a utilização de amostragem, que pode ser baseada em critérios de inferência estatística (“amostragem estatística”⁷¹) ou baseada apenas no julgamento pessoal do auditor (amostragem por julgamento⁷²).

Sobre o universo populacional então (ou sobre a amostra), são aplicados procedimentos de várias naturezas, cada um deles previamente incluído no programa de auditoria e destinado à identificação, comprovação ou simples exploração de um determinado aspecto da realidade auditada. Não é possível, evidentemente, discriminá-los em detalhe neste breve ensaio conceitual. Ficam aqui listados, para referência de futuras consultas de leitores interessados, os principais procedimentos e técnicas, usualmente aplicados na coleta de dados para auditoria. Inicialmente, há os procedimentos mais tradicionais, com origem histórica na auditoria contábil:

- Entrevistas⁷³

• Observação direta das operações auditadas⁷⁴

• Inspeção física direta de bens e instalações (*inclui a contagem física de itens como numerário, estoques, etc.*)⁷⁵

• Exame direto de documentos originais⁷⁶

• Elaboração de fluxogramas e organogramas⁷⁷

• Comparação dos demonstrativos contábeis com os registros e partidas contábeis originais⁷⁸

• Revisão dos registros e partidas contábeis a partir dos documentos originais relativos às transações respectivas⁷⁹

• Circularização (*obtenção de comunicação formal direta por terceiros, relativamente a determinada operação, transação ou fato ao qual também esteja vinculado*)⁸⁰

Ao longo do tempo, foram sendo desenvolvidos novos procedimentos mais sofisticados, basicamente destinados às outras modalidades de auditoria (especialmente na vertente operacional ou de desempenho), que também têm por foco essencial a coleta de dados⁸¹:

→ Questionários⁸²

→ Técnicas de análise dos postos de trabalho

• Segmentação de funções, funções padrão, análise quantitativa de funções e manual de responsabilidade funcional⁸³

• Análise de substitutibilidade do pessoal⁸⁴

→ Técnicas de análise do ambiente organizacional externo

• “Diamante competitivo”⁸⁵

• Mapeamento do entorno organizacional⁸⁶

• Análise SWOT⁸⁷

• Diagrama de verificação de risco⁸⁸

• Análise Stakeholder⁸⁹

→ Técnicas de análise de processos

• Melhora de operações críticas/
Análise de informatização de processos/
Implantação de regras de priorização do fluxo de trabalho⁹⁰

• Suporte de racionalização de procedimentos administrativos⁹¹

• Análise do processo de produção de serviços⁹²

→ Técnicas de análise da estrutura organizacional

• Avaliação de componentes e parâmetros estruturais⁹³

• Análise RECI⁹⁴

• Mapeamento da estrutura informal e de grupos internos em uma organização⁹⁵

→ Técnicas de análise do espaço de trabalho

• Análise de proporção de superfícies e análise normalizada de superfícies⁹⁶

→ Técnicas de análise de insumos e produtos

• Análise de fluxos (*de informações, de produtos físicos, etc.*)⁹⁷

• Mapa de produtos⁹⁸

→ Técnicas de análise de ambiente organizacional interno

• Análise de clima organizacional⁹⁹

• Análise de estilo de direção¹⁰⁰

• Orientação de grupos em processo de mudança¹⁰¹

Em qualquer dos casos, é sempre aconselhável considerar o uso de dados já existentes (uma vez que a coleta é por vezes cara e demorada). Com cautelas semelhantes àquelas aplicadas aos dados gerados diretamente pela equipe de auditoria, o uso de dados secundários pode servir de insumo à aplicação das técnicas acima listadas ou fornecer a informação, já ordenada, diretamente para a etapa de análise¹⁰².

Ao coletar dados, em qualquer circunstância (tanto para os dados produzidos diretamente pela equipe quanto para os dados gerados por outras fontes e já existentes quando da realização da auditoria), deve o auditor certificar-se de sua qualidade, uma vez que apenas dados *confiáveis* e *válidos* podem compor evidências de auditoria – como será visto na seção 4 adiante. É preciso assim atentar, desde o desenho da coleta até a crítica dos seus resultados, para dois atributos dos dados gerados: a confia-

bilidade e a validade. Essas denominações encontram-se aqui fora do sentido dicionarizado, de senso comum, dos dois termos¹⁰³ e têm um conteúdo muito preciso.

Confiável, nesse contexto, significa que diferentes medições de uma mesma realidade fornecem as mesmas respostas. Ou seja, dois auditores coletando os mesmos dados independentemente devem chegar aos mesmos resultados produzidos (ou um mesmo entrevistado deve dar essencialmente a mesma resposta à mesma pergunta formulada em duas ocasiões diferentes) – levando em conta um certo grau de tolerância para resultados aproximadamente iguais.

A forma mais adequada de garantir a confiabilidade da coleta é planejar vários meios ou procedimentos de medição da mesma variável, quando esta revelar-se importante para as questões de auditoria¹⁰⁴. Haverá circunstâncias em que isso é possível, como na verificação de procedimentos de atendimento de um determinado paciente, quando podem ser examinados (e contrastados entre si) registros clínicos, laudos de exames, entrevistas com os profissionais envolvidos, com o próprio paciente e sua família, etc. Em outros casos, porém, só há uma fonte de dados – como no exame da regularidade formal de um processo de licitação, cujas informações estão essencialmente contidas no próprio processo.

A validade do dado, por sua vez, significa a sua pertinência semântica e prática à questão de auditoria e ao critério de auditoria adotados, ou mais simplesmente se os dados tratam dos problemas examinados e das questões formuladas. Ao examinar, por exemplo, o perfil de custos de tratamento em um hospital de referência (especializado em procedimentos de alta complexidade), não seriam dados válidos as taxas de adoecimento, mortalidade ou outras variáveis epidemiológicas totais do conjunto do sistema de saúde municipal (já que se referem a um perfil de pacientes distinto daquele do hospital examinado).

Procedimentos para reforçar a validade dos dados são mais difíceis de projetar e

têm natureza mais qualitativa. Também aqui se pode comparar os resultados de diferentes fontes e métodos de coleta (com eventuais discrepâncias significativas indicando um possível problema de validade), bem como levar os dados à crítica dos entrevistados ou outros agentes envolvidos na auditoria, para que possam confirmar o seu sentido ou levantar possíveis diferenças de entendimento¹⁰⁵.

2.2.2. Análise dos dados

O levantamento dos dados é então um gerador de insumos para a respectiva *análise*. A análise dos dados tem por objetivo usá-los para responder às questões de auditoria e consiste na organização dos dados coletados (permitindo a descrição da realidade na forma estruturada pelas questões e critérios de auditoria escolhidos) e no estabelecimento de relações entre as variáveis selecionadas para comparar a realidade com os critérios selecionados e assim responder às questões de auditoria¹⁰⁶. Cada constatação de discrepância significativa entre a realidade e os critérios de auditoria representa um *achado de auditoria* (que pode inclusive ser positivo, estando a realidade em situação melhor que a especificada no critério, quando então pode-se estar diante de *boas práticas*).

Se a metodologia adotada enfatiza a análise quantitativa, existe amplo espaço para a adoção de toda a variedade de inferências estatísticas, assim como para o uso de métodos descritivos mais simples (como a simples análise mediante gráficos ou a geração de estatísticas descritivas)¹⁰⁷. Qualquer que seja o ferramental adotado, no entanto, a análise quantitativa pretende em geral abranger, da forma mais representativa possível, as características gerais de um grande número de objetos ou entidades (geralmente concentrando-se em um número limitado de propriedades ou aspectos desses objetos ou entidades). Estudos quantitativos são particularmente adequados para indicar relações causais en-

tre variáveis que passam a ser quantificadas e para inferir conclusões para um universo maior que o efetivamente examinado.

Certos tipos de questões, no entanto, não se prestam a respostas exclusivamente quantitativas, necessitando de uma abordagem qualitativa. Isso se dá quando se pretende um entendimento detalhado acerca de algumas poucas questões específicas, ou quando se pretende levantar hipóteses ou teorias mais precisas¹⁰⁸, ou ainda quando seja demandado aos auditores uma tentativa de entendimento em profundidade sobre um grande número de características do objeto auditado¹⁰⁹.

Não se pode deixar de reafirmar, nesse ponto, que não existe uma oposição entre métodos quantitativos e qualitativos. “São sim alternativas metodológicas para a pesquisa, e a denominação qualitativa ou quantitativa não delimita para uma e outra *objetos qualitativos e quantitativos*, nem tampouco paradigmas científicos distintos”¹¹⁰. Trata-se de uma escolha entre métodos, para buscar os mais adequados em cada circunstância concreta. Os métodos quantitativos podem ser apropriados para o estudo de uma população de objetos de observação comparável entre si, quando a geração de informações agregadas seja materialmente possível. Os qualitativos, por sua vez, são indicados em fenômenos nos quais o aspecto subjetivo da ação social seja relativamente mais relevante que as estruturas societais ou em geral quando se quer enfatizar as especificidades de um fenômeno em termos de suas origens e razão de ser¹¹¹.

Descendo a detalhes de implementação, alguns procedimentos e métodos vêm sendo adotados usualmente como meio de realizar a análise dos dados em auditoria. Além do ferramental estatístico, outros mecanismos têm sido utilizados em maior ou menor grau pelas diferentes modalidades de auditoria. Lembremos, antes de listar alguns exemplos, que as técnicas mencionadas como de análise de dados servem preferencialmente nessa etapa (em especial devido à sua sofisticação analítica),

mas também pode ocorrer o caso de que tenham utilidade para organizar a coleta de dados, estando à disposição do auditor. Dentre esse outro conjunto de ferramentas, podemos exemplificar¹¹²:

- Revisão analítica¹¹³
- Análise de conteúdo (*procedimentos padronizados para categorização e inferência a partir de registros escritos originais*)¹¹⁴
- Grupos focais (*discussões planejadas e em profundidade, geralmente entre especialistas, sobre um assunto específico a ser examinado*)¹¹⁵
- Correlação entre informações independentes obtidas de várias fontes na auditoria¹¹⁶
- Benchmarking (*identificação e implementação de boas práticas de gestão*)¹¹⁷
- Indicadores de desempenho¹¹⁸

Algumas considerações finais ainda se devem fazer sobre a etapa de execução (coleta e análise de dados). Primeiro, a “execução” é associada no senso comum ao trabalho de campo, fora do escritório do auditor. Essa identidade não é correta. É verdade que o maior volume de trabalho em campo corresponde à coleta de dados, que compõe a execução. Porém, boa parte da análise dos dados é feita internamente pela equipe de auditoria, no próprio escritório (existem autores que chegam a propor uma etapa interna específica de “encerramento e conclusões” após a execução dos trabalhos de verificação¹¹⁹). Além disso, uma significativa parte da etapa de planejamento desenvolve-se junto ao cliente da auditoria, tanto nas auditorias tradicionais (contábeis ou de legalidade¹²⁰) quanto nas auditorias de desempenho ou operacionais¹²¹. A desagregação do trabalho em etapas, portanto, vem do conteúdo de cada uma delas, e não de sua localização física.

Da mesma forma, a apresentação sequencial das etapas de execução não exclui a possibilidade de que ocorram interpolações ou paralelismos entre elas, nomeadamente entre coleta e análise de dados (ressaltado mais uma vez que um eventual paralelismo

entre *planejamento e execução* não está incluído nessa afirmação, sendo sempre uma ocorrência absolutamente excepcional). Isso ocorre em particular quando se usam métodos qualitativos, pois

“As collection of data progresses, we continuously process the material gathered with the aim of drawing valid conclusions. Answers supplied by the respondents in an interview may lead to the formulation of new questions that were not included in the original interview plan. A qualitative approach is thus an interactive process between the person carrying out the analysis and the respondents. *Data are processed both during collection and in the final interpretation*”¹²².

Por fim, lembramos que o conteúdo da etapa de análise pode incluir apenas uma opinião sobre o grau de coincidência entre a situação encontrada e os critérios especificados (o que corresponde estritamente à definição conceitual exposta no fim da seção 2 acima) ou estender-se à formulação de análises de causa e efeito e à geração de recomendações¹²³. Na maioria dos casos, é pertinente inclusive oferecer ao destinatário da auditoria diferentes recomendações *alternativas* para cada constatação: a necessidade de escolhas é inerente ao processo gerencial; o próprio auditor terá de elaborar várias alternativas (e ordená-las segundo critérios de adequação à solução do problema) para ele próprio formular sua visão de solução; ainda, a maioria dos problemas identificados em auditorias tem diferentes atores envolvidos dentro das organizações, e a existência de múltiplas propostas favorece as negociações internas e a formação de consensos¹²⁴. Como esclarecem de forma bastante eloqüente Mas & Ramió (1997, p. 366),

“[...] en una auditoría en el sentido más clásico de la palabra no hay que ir más allá que decir qué problemas se detectan y qué se ha de hacer en un sentido general, pero sin incidir en el cómo hay que hacerlo, puesto que es tarea

del gestor. Dependiendo del tipo de auditoría y, sobre todo, de las demandas del cliente, la auditoría ha de ir más allá e, incluso, proponer el cómo hay que hacer para resolver los problemas: es el plan de acción. No obstante, aun que el auditor tenga la oportunidad de hacer el papel de asesor de gestión, ha de tener presente que sólo se trata de propuestas y así deberá plasmarse en el redactado del informe. Se trata de dar un enfoque eminentemente utilitarista al informe de auditoría, no limitándolo a un simple inventario de problemas sino también convirtiéndole en un pequeño manual de soluciones.”

Essa extensão da atividade do auditor (sem dúvida, um considerável valor agregado pelo trabalho do auditor) não está *analiticamente* abrangida pela definição original de auditoria que utilizamos, mas – como já explicamos anteriormente¹²⁵ – essa não-inclusão é apenas um recurso teórico, não implicando de forma alguma que o profissional que detecta a não-conformidade não deva estender recomendações de melhora. Ao enveredar por esse caminho, esse profissional avança no campo que, para fins analíticos, se costuma denominar *consultoria*:

“Sua meta ou produto final em qualquer atividade de consultoria é alguma espécie de mudança. As mudanças acontecem de duas maneiras. Em um nível, consultamos para produzir mudança na organização de linha, de natureza estrutural, política ou de procedimentos – um novo plano de recompensas, um novo processo de relatórios, um novo programa de segurança. O segundo tipo de mudança tem como resultado final o fato de que uma ou muitas pessoas na organização de linha aprenderam algo de novo.”¹²⁶

É claro que esse valioso aporte gerado pelas constatações de auditoria depende de uma íntima vinculação do processo de produção das recomendações com o processo

analítico de geração das constatações – em outros termos, dificilmente seria possível dissociar a análise dos dados necessária à emissão de uma opinião de auditoria (não-conformidade entre condição encontrada e critério especificado) da análise necessária à identificação de causalidades e à apresentação de recomendações de solução. Dificilmente poder-se-ia partir de simples constatações registradas em relatório para gerar, *ex post*, recomendações e propostas relevantes¹²⁷. Por conseguinte, a etapa de análise dos dados deve incorporar todo o trabalho concernente à emissão de opinião e à proposição de recomendações que advierem do trabalho de auditoria.

2.3. Etapa de relatório

*“O escritor, esse, tudo quanto escrever, desde a primeira palavra, desde a primeira linha, será em obediência a uma intenção, às vezes clara, às vezes obscura – porém, de certo modo, sempre discernível e mais ou menos óbvia, no sentido de que está obrigado, em todos os casos, a facultar ao leitor, passo a passo, dados cognitivos comuns a ambos, para que ele possa, sem excessivas dificuldades, entender o que, pretendendo parecer novo, diferente, talvez mesmo original, já é afinal conhecido porque, sucessivamente, vai sendo reconhecido.”*¹²⁸

Como vimos na sua definição conceitual, a auditoria tem um destinatário específico das suas conclusões. De nada valeria todo o trabalho do auditor, por mais correto e profundo que fosse, caso não pudesse ser transmitido a quem se destina, na exata medida das demandas informacionais que esses destinatários formulem. De fato, o relatório é unanimemente considerado o produto principal de qualquer auditoria¹²⁹.

A necessidade da apresentação em forma escrita, por sua vez, vem da posição do auditor na *accountability chain* como validador formal de alguma informação (ou seja, a sua opinião produz efeitos perante o destinatário e – no caso de ser publicada – perante terceiros). Isso implica que a opinião do auditor tenha uma natureza também

formal, o que torna imprescindível a sua transmissão em um documento estruturado. Nada disso impede, de forma alguma, o uso de recursos adicionais para comunicação dos resultados de auditoria: reuniões de encerramento, apresentações verbais, edição de resumos e *press releases*, sempre que não haja restrições legais ou contratuais (questões de propriedade intelectual, etc.) para a ampla divulgação da informação.

O fato de ser o veículo principal de transmissão da opinião do auditor ao destinatário conduz a que seja freqüente a regulação de formatos e pautas rígidas para os relatórios de auditoria. Cada instituição de auditoria pública tem seu próprio modelo de relatório normatizado, o mesmo ocorrendo com os contratantes mais sofisticados de serviços de auditoria.

Um integrante por excelência dessa categoria de relatórios preformatados é o parecer de auditoria elaborado pelos auditores independentes das demonstrações contábeis. Na normativa e na prática de outros países, como Espanha¹³⁰ e Argentina¹³¹, esse tipo de documento se denomina exatamente *relatório (informe)* em lugar de parecer (*dictamen*). Nesse documento habitualmente conciso, o auditor contábil transmite ao destinatário (formalmente, a empresa que o contratou; na prática, a coletividade de acionistas, investidores, credores, etc.) as conclusões de seu trabalho, comparando um aspecto da realidade (as demonstrações contábeis) com critérios preestabelecidos (no caso, por normas regulamentares, os princípios e convenções contábeis vigentes no país onde sejam publicadas), registrando a conformidade entre ambos ou discriminando eventuais discrepâncias nas suas diferentes formas¹³².

Dessa forma, não pretendemos aqui substituir qualquer desses modelos predeterminados: ao contrário, a primeira regra básica de construção de um relatório de auditoria é a aderência estrita às regras estabelecidas pelo cliente (ou pela legislação, conforme o caso) para esse tipo de comunicação. Existe no entanto, na maioria

dos casos, algum grau maior ou menor de liberdade para a elaboração do texto dos relatórios, mesmo dentro de contextos regulados de comunicação¹³³. Em algumas situações (que cremos serem mais raras), o cliente ou a legislação não fixam uma pauta rígida para o conteúdo ou o formato do relatório. Para todos esses casos, lançamos aqui alguns critérios de orientação.

Em caráter geral, espera-se de um relatório algumas qualidades. Em primeiro lugar, que apresente uma conexão lógica entre os objetivos do trabalho (as questões de auditoria), os critérios de auditoria previamente estabelecidos, os fatos descritos, as opiniões ou conclusões do auditor e (quando existentes) as recomendações formuladas¹³⁴. Desse requisito genérico já se infere que a qualidade do relatório depende, essencialmente, da qualidade do conjunto do trabalho de auditoria. Quando de sua redação, ficarão manifestas quaisquer inconsistências ou fragilidades metodológicas de que a auditoria tenha padecido:

“Writing is a process. This means that several drafts have to be written, commented upon and revised. At the same time, writing is such an analytical part of the work. Some of the analytical problems faced by the author may not be clarified until he or she starts to write the report.”¹³⁵

Outro requisito importante, também imposto pela inserção do exame de auditoria em uma relação de prestação de contas acerca de uma realidade concreta, é a distinção clara e explícita no texto do relatório entre *fatos, critérios* de auditoria e *conclusões/opiniões* do auditor¹³⁶ (o que traduz de forma simples e direta, a nosso ver, a objetividade do trabalho). Quando afirmações dessas três naturezas chegam a confundir-se, é preciso primeiro questionar se a causa não seria a forma de apresentação ou redação por parte do auditor, que deve sempre ter em mente a estrita individualização do que é fato, do que é critério ou afirmação normativa e do que é a sua apreciação (*judgment*) sobre os fatos a partir da norma.

Em alguns casos, porém, é possível que haja divergências na caracterização de situações complexas, especialmente se houver discordância dos responsáveis pela realidade auditada, discrepâncias essas que – por situarem-se legitimamente no domínio interpretativo – não podem ser creditadas apenas a insuficiências na redação do analista. Nesse caso, é necessário deixar claro no texto a condição polêmica dessas afirmações. A prevenção dessas situações pode ser alcançada mediante o diálogo aberto com os responsáveis pela atividade auditada e, se de todo impossível, a objetividade do auditor requer que as posições divergentes desses responsáveis sejam transparentemente descritas no relatório¹³⁷ (o GAO norte-americano tem por política, inclusive, anexar aos seus relatórios o fac-símile das respostas e comentários).

Isso levanta ainda a questão mais ampla da manifestação do agente que é auditado dentro do relatório de auditoria, sob a forma de comentários ou alegações. Essa abertura do relatório (apesar de despertar reações em algumas organizações públicas de fiscalização) é requisito básico na grande maioria das recomendações técnicas e normativas em todo o mundo (tanto na auditoria de desempenho ou operacional¹³⁸ quanto na auditoria de regularidade ou legalidade¹³⁹) para que o auditado tenha acesso a uma versão preliminar do relatório e possa elaborar os seus comentários, podendo posteriormente a equipe de auditoria incorporar a suas conclusões as alegações formuladas ou delas divergir, transcrevendo o posicionamento discrepante do gestor. Pensamos que essa providência é indissociável da objetividade e transparência que se pretende conferir ao trabalho de auditoria e só deveria ser descartada em casos excepcionalíssimos quando houvesse razões extraordinárias que obrigassem à manutenção de sigilo sobre os trabalhos¹⁴⁰.

Algumas outras orientações simples devem ser consideradas quando da redação de qualquer informe técnico e aplicam-se também aos relatórios de auditoria: não incluir informações ou discussões sem relação direta

com os assuntos abordados; evitar o uso excessivo de vocabulário técnico ou restrito a um determinado campo de conhecimento (incorporando como anexo um glossário dos termos técnicos indispensáveis); incluir um índice do conteúdo do relatório; usar cabeçalhos e títulos que tenham conteúdo informativo (em lugar de “Observação sobre a gestão de estoques”, utilizar algo como “A rotação dos estoques está baixa devido ao atraso na identificação das demandas de ressuprimento”); ilustrar pontos difíceis com tabelas ou diagramas.

Várias são as estruturas recomendadas para a elaboração de um relatório de auditoria¹⁴¹. A formatação precisa de um relatório (mesmo que apresentada em um nível teórico ou genérico) dependerá evidentemente da natureza da informação examinada e das

demandas de informação do destinatário. Tentaremos apresentar aqui um projeto simples de relatório de finalidade generalista, contendo a disposição dos elementos básicos abordados no processo de auditoria descrito neste trabalho, com o objetivo de permitir a sua adaptação por cada usuário para as necessidades de sua auditoria em especial. (ver quadro abaixo)

3. Memorial do convento – o ciclo organizacional completo do processo de auditoria

Uma missão de auditoria pode dar-se por completa quando da emissão do relatório. No entanto, o exercício permanente da função de auditoria por alguma organização

Item da estrutura do relatório	Observações
Índice	Em textos brasileiros, esta seção é por vezes nomeada “Sumário” em razão da nomenclatura específica da Associação Brasileira de Normas Técnicas ¹⁴²
Sumário executivo, resumo ou abstract	Pequeno resumo de não mais que duas páginas contendo os resultados essenciais da auditoria. Tem especial relevância na divulgação do resultado, uma vez que a maior parte dos usuários vai, inicialmente, dirigir sua atenção ao resumo, e a elaboração de instrumentos de disseminação como comunicados e <i>press releases</i> vai ser feita com base neles (o que permite aos auditores influenciarem diretamente o conteúdo da divulgação massiva, ainda que não estejam diretamente envolvidos com a mesma)
Introdução ➤ Visão geral do objeto de auditoria e antecedentes ➤ Objetivo da auditoria e questões de auditoria formuladas ➤ Metodologia ➤ Limitações encontradas	O objetivo e as questões de auditoria já delimitam o alcance ou escopo do trabalho. Dentro do tópico “Metodologia”, pode-se incluir a estratégia metodológica escolhida, os procedimentos e técnicas aplicados, os tipos de amostragem adotados e as normas de auditoria obedecidas.
Achados de auditoria (ou boas práticas) ➤ Situação encontrada ➤ Critério ➤ Evidências ➤ Causas prováveis do achado ➤ Efeitos e riscos prováveis gerados pelo achado ➤ Comentários do responsável pela ação auditada ➤ Comentários e discussões adicionais do auditor ➤ Recomendações	Cada achado será apresentado de forma individualizada, precedido de um breve parágrafo inicial descritivo (com a mesma finalidade de um ‘lead’ jornalístico, contendo o essencial da condição encontrada, do critério adotado, da causa e dos efeitos estimados). “Achados” podem ser não-conformidades negativas ou constatações positivas que evidenciam práticas vantajosas e merecedoras de divulgação. Esses achados positivos podem ser denominados especificamente “Boas práticas”, ficando agrupados seqüencialmente após os achados convencionais, para facilidade de visualização. A seção “Evidências” consiste na indicação sucinta dos elementos fáticos (documentos, verificações diretas) que permitiram aos auditores a afirmação sobre a situação encontrada.

Item da estrutura do relatório	Observações
	<p>A análise das causas e efeitos, bem como as recomendações, será apresentada se este tipo de análise estiver incluído no escopo da auditoria. As recomendações podem ser acompanhadas de estimativas dos prováveis ganhos ou benefícios de sua adoção, quando tais estimativas forem possíveis.</p> <p>A seção “Comentários e discussões adicionais” é o espaço destinado a toda e qualquer consideração que a equipe de auditoria desejar fazer para ampliar a informação apresentada, aprofundar os argumentos elaborados ou extrair quaisquer outras conseqüências do achado. É a forma encontrada de ter os benefícios de um relatório altamente estruturado sem tolher a liberdade de manifestação, aprofundamento e criatividade do auditor.</p>
Outros fatores relevantes	<p>Destina-se a apresentar fatos não previstos nas questões de auditoria mas que foram detectados ao longo dos trabalhos e mereceram a atenção da equipe (p. ex: eventuais atos contrários à lei ou aos regulamentos aplicáveis). Esses fatos poderão ser plenamente desenvolvidos na própria auditoria (sendo apresentados então no mesmo formato que nos achados) ou tratados de forma resumida (com a possível indicação da necessidade de outro trabalho específico).</p>
Conclusão	<p>O conteúdo da conclusão deve atender aos requisitos formais que o destinatário da auditoria estabelecer. De toda forma, o resultado da auditoria já estará registrado no corpo do relatório. Em qualquer circunstância, é aconselhável colocar na conclusão uma síntese dos principais achados (a partir dos respectivos parágrafos de ‘lead’, para facilidade de redação) e uma resposta explícita às questões de auditoria formuladas na Introdução.</p>

(ou mesmo por um único profissional atuando de maneira independente dentro de uma organização qualquer, como o auditor interno de uma empresa) exige que algumas etapas de trabalho específicas sejam cumpridas, para assegurar que as missões de auditoria individuais atendam às necessidades dos destinatários e clientes. Em essência, não basta executar bem uma ou mais auditorias individuais – é preciso escolher quais auditorias se deve realizar e acompanhar os resultados das auditorias (nos termos da missão atribuída à organização auditora).

3.1. A seleção do objeto de auditoria

A escolha de quais auditorias realizar, ou a que clientes/produtos alocar os seus recursos, é um dos mais importantes passos do planejamento estratégico de qualquer organização, e em particular de uma organização de auditoria¹⁴³. Quer se trate de uma grande controladoria nacional com

milhares de programas e entidades a auditar, quer seja um único profissional como auditor interno de uma pequena empresa, a escolha dos objetos de auditoria determinará em última análise o impacto final de sua atuação.

Quando se trata de empresas ou escritórios que vendem especificamente serviços de auditoria (especialmente contábil), há sempre a possibilidade de recorrer à orientação da própria demanda de mercado (ainda que os próprios perfis de demanda dos clientes devam ser também objeto de estudo e antecipação por parte do auditor). Para o caso freqüente de uma situação não-contratual (um órgão público de controle externo, ou uma unidade de auditoria interna perante sua própria organização), é necessário que o auditor desenvolva critérios e metodologias para seleção dos problemas a auditar, elaborando um plano periódico de auditorias (geralmente anual¹⁴⁴).

Alguns critérios gerais podem ser considerados nessa empreitada como indicativos da conveniência de se selecionar determinado assunto ou problema para auditar¹⁴⁵: a percepção da existência de problemas por parte de interlocutores relevantes (no caso da auditoria governamental, o Parlamento é por excelência um *stakeholder* principal); a prioridade conferida a determinada área pela administração ou liderança da entidade a ser auditada (caso típico da auditoria interna em qualquer nível organizativo); o volume de recursos envolvidos e os reflexos do objeto a auditar em outras áreas, dentro e fora da organização; ou ainda, a existência de prioridades fixadas na lei ou em regulamentos aplicáveis.

Tais critérios são operacionalizados mediante uma seqüência ordenada de procedimentos de seleção de auditorias.¹⁴⁶

A partir de um levantamento inicial de informações sobre o universo possível de auditorias (ex: todos os programas de trabalho de um determinado nível de governo; todos os prestadores de serviços a uma entidade de seguro médico numa dada jurisdição; todas as áreas do funcionamento da organização onde trabalha um auditor interno), bem como dos elementos mais importantes

relativos à legislação, ao planejamento estratégico e às principais demandas formuladas à organização auditada, a equipe de auditoria pode então iniciar a estruturação de sua seleção. Começará pelo agrupamento desses objetos (programas de governo; contratos e pagamentos; áreas funcionais de uma organização) segundo o critério que pareça mais adequado (ex: por unidades da estrutura organizacional formal, por tipos de instrumentos de políticas públicas empregados, por segmentos de mercado atendido, por funções gerenciais similares¹⁴⁷).

Em seguida, procede à caracterização mais detalhada possível de cada uma dessas agrupações (objetivos, base legal, público-alvo, recursos envolvidos, mecanismos de controle). Sobre essas unidades assim classificadas, o auditor pode então aplicar os critérios de priorização que julgar aplicáveis, para ordenar os objetos segundo a importância que mereçam.

Para isso, é possível sintetizar em um modelo básico de três variáveis os critérios gerais que incidem na maioria dos casos sobre a atividade de auditoria. Cada objeto de auditoria (programa de governo; contribuinte; contrato; área funcional, etc.) pode ser descrito em três atributos¹⁴⁸:

RELEVÂNCIA
Grau de importância avaliado subjetivamente, expresso nos possíveis impactos esperados dos resultados das ações auditadas, bem como nas manifestações dos interlocutores/ <i>stakeholders</i> relevantes (já incluídas as priorizações estabelecidas diretamente pela legislação ou por normas internas ou externas de observância obrigatória, tais como os planos de ação de governo ou o planejamento estratégico da organização).
RISCO
Suscetibilidade do objeto de auditoria a eventos indesejáveis (prejuízos decorrentes de erros e fraudes, bem como a própria possibilidade de fracasso no atingimento dos resultados esperados). Este componente pode ser sofisticado com a utilização dos variados modelos de riscos de auditoria ¹⁴⁹ , e depende principalmente da natureza da atividade desempenhada e do funcionamento dos mecanismos de controle disponíveis à entidade ou ação.
MATERIALIDADE
Importância relativa ou representatividade dos recursos envolvidos (habitualmente em termos monetários, mas em algumas situações podem ser ponderados valores como número de pessoas a serem atendidas por uma determinada ação pública, recursos naturais específicos mobilizados em determinado empreendimento, etc.). Sendo relativa, a materialidade de um objeto depende de suas dimensões próprias tomadas <i>em comparação com os valores dos demais candidatos à seleção</i> .

Tomando em conta os pesos que a missão institucional de sua organização ou unidade atribua às diferentes variáveis representativas de relevância, risco e materialidade, o auditor pondera então os dados de cada objeto de estudo, chegando a uma lista preliminar ordenada de candidatos à auditoria.

Sobre essa lista preliminar, é necessário então efetuar o *estudo de viabilidade*. Iniciando pelo topo da lista prévia, o estudo de viabilidade de um “candidato” à auditoria é um levantamento preliminar de informações¹⁵⁰ sobre a ação ou entidade, com vistas a identificar:

a) a disponibilidade de informações sobre o objeto e a possibilidade de produzi-las (incluindo a existência de eventuais limitações físicas, legais ou de outra natureza à realização do trabalho);

b) o volume estimado de recursos humanos, materiais e financeiros necessários à realização da auditoria;

c) quando possível, uma estimativa mais fina dos benefícios e impactos da auditoria sobre os resultados do ponto específico a ser examinado e da organização cliente.

As conclusões sobre ‘a’ e ‘b’ podem levar ao descarte ou despriorização de uma determinada auditoria que se revele impraticável ou excessivamente cara¹⁵¹, enquanto um valor significativo estimado para ‘c’ pode elevar os benefícios potenciais percebidos da realização da auditoria, melhorando a sua classificação na lista de candidatos¹⁵². Esses estudos de viabilidade podem ser realizados até a validação da escolha de auditorias suficientes para ocupar todos os recursos disponíveis à organização de auditoria durante o horizonte temporal para o qual se planeja.

Os procedimentos de seleção poderão ter diferentes graus de detalhamento e formalização de acordo com o porte e os recursos da unidade de auditoria. Não é razoável, porém, que um grupo de auditoria funcione sem elaborar um raciocínio de planejamento análogo ao que aqui apresentamos, uma vez que a auditoria, como toda atividade pública

ou privada, tem de alinhar suas ações às metas e objetivos da organização ou coletividade a que serve, e não será possível cumprir esse objetivo sem promover uma preparação sistemática dos seus planos de ação a partir de uma sólida base de informação e análise sobre os objetivos da organização e as realidades de seu entorno¹⁵³.

3.2. A etapa de seguimento ou follow-up da auditoria

Encerrada cada auditoria individual com a emissão da respectiva opinião (e eventuais recomendações), a demanda pelos serviços do auditor pode estender-se, em muitos casos, ao acompanhamento posterior (com diferentes graus de envolvimento) da evolução da situação dos achados da auditoria e da aplicação das recomendações.

Alguns autores defendem para o auditor (em auditorias operacionais) um papel profundamente proativo na formulação de suas recomendações – não apenas deve recomendar mas também *negociar* a implementação de suas propostas para alcançar um compromisso de implementação das mesmas por parte do auditado (sob a forma prática de um plano de ação)¹⁵⁴.

“El auditor organizativo no debe presentar simplemente una propuesta de organización, sino que debe implicar y vincular a todos los actores de la organización y también convencerles de las ventajas y de la viabilidad de la propuesta. [...] La negociación tiene como objetivo eliminar los problemas de incomprensión, desviación o bloqueo durante la fase de la implementación de la propuesta.”¹⁵⁵

O grau em que cada auditor virá a engajar-se numa “negociação” de suas propostas e recomendações variará em função de sua inserção na relação de *accountability* entre a organização auditada e o destinatário da informação de auditoria. “Negociar propostas” vai nos limites mesmos da função não já de auditoria, mas de

consultoria (Se o gerente do cliente lê o seu relatório e decide não fazer nada, é direito dele)¹⁵⁶, e não costuma ser uma obrigação da maioria dos auditores.

No entanto, é perfeitamente possível (e mesmo provável) que um bom número de missões de auditoria que resultem em recomendações seja acolhida voluntariamente pelo cliente (no caso típico, o auditor interno tem suas recomendações para uma determinada área da empresa acolhidas pela administração corporativa) e o auditor seja solicitado a apoiar e orientar a implementação de suas próprias recomendações. Por mais reservado e independente que seja, dificilmente o auditor poderá furtar-se a essa participação voluntariamente demandada, sob pena inclusive de comprometer a credibilidade de suas próprias propostas. Nesse ponto, sendo o mais independente que queria ser, o auditor ver-se-á a braços com uma interlocução muito similar a uma autêntica negociação, na qual terá de oferecer opiniões, propostas e argumentos, e para a qual deve estar disposto e preparado:

“A elaboração do plano de ação deverá ser realizada pelos gestores do órgão ou programa auditado. Contudo, é interessante que representantes da equipe de auditoria possam acompanhar o processo de construção do plano, de forma a incentivar que as metas sejam desafiadoras, que os prazos sejam realistas, que dificuldades e obstáculos sejam devidamente considerados.”¹⁵⁷

Existe, porém, um procedimento mais frequente e perfeitamente compatível com a função de auditoria (mesmo na estrita definição conceitual com que trabalhamos): é o que o TCU define em termos gerais como “monitoramento” – a verificação ao longo do tempo, após a conclusão da auditoria, da situação dos achados e da implantação de eventuais recomendações¹⁵⁸. Aí trata-se de *observar* e *informar* (o que pode ser acrescido de orientação e interação voltadas a maximizar a probabilidade de acatamento das recomenda-

ções).¹⁵⁹ O destinatário dessas observações de seguimento poderá fazer diferentes usos (o caso típico é o relato ao Parlamento, por parte de uma entidade pública de controladoria, do andamento das medidas para solucionar os problemas detectados em auditorias anteriores). E o próprio auditor precisa das informações de seguimento para retroalimentar seu trabalho, avaliando os resultados de sua ação e detectando ocasionais insuficiências no produto que oferta.

Vários são os instrumentos para a realização de um monitoramento competente. O primeiro é o incentivo a que o próprio responsável auditado elabore um plano de ação concreto, que servirá de roteiro para si próprio (na implementação das medidas) e para o auditor (na verificação de seu seguimento)¹⁶⁰.

A coleta de informações sobre o andamento poderá utilizar-se ainda:

- a) do recebimento (pactuado com o responsável) de relatórios do andamento da implementação do plano de ação¹⁶¹;
- b) da realização de reuniões simples com os responsáveis para verificação das providências adotadas¹⁶²;
- c) da formação de um “grupo de contato”, uma equipe informal composta de representantes da equipe de auditoria e da organização auditada (bem como eventuais terceiros interessados), com reuniões regulares, mediante o qual se canalize e sistematize o fluxo de informações e orientações no processo de implementação de recomendações; e
- d) finalmente, a realização de outras missões de auditoria posteriores para verificação *in loco* das situações destacadas na auditoria original¹⁶³.

4. *Ensaio sobre a cegueira: a evidência em auditoria*

“Errar, disse-o quem sabia, é próprio do homem, o que significa, se não é erro tomar as palavras à letra, que não seria verdadeiro homem aquele que não errasse. Porém, esta suprema máxima não pode ser utilizada como

*desculpa universal que a todos nos absolveria de juízos coxos e opiniões mancas.*¹⁶⁴

A auditoria é um processo de exame para obtenção de uma opinião acerca de algum aspecto da realidade, quando confrontado com critérios predeterminados. Essa opinião, embora tenha inevitavelmente um certo grau de subjetividade pessoal, não é nem pode ser arbitrária ou desvinculada de padrões de validade. Uma opinião de auditoria é *conceitualmente válida* quando¹⁶⁵:

- é emitida por um profissional capacitado;

- mediante um processo de decisão lógico e que explicita os seus fundamentos e razões;

- esse processo parta de uma base adequada, que constitui a *evidência* de auditoria, obtida mediante a aplicação dos procedimentos de auditoria.

Quanto à qualificação do auditor, não podemos estender-nos neste texto de objetivos generalistas, destinado à primeira abordagem de qualquer auditoria. Já o processo de decisão lógico e fundamentado é exatamente o processo de auditoria que viemos a descrever na seção 2.

Resta saber agora qual a base adequada sobre a qual o auditor aplicará o seu raciocínio. Outra coisa não poderia ser que fatos, representados por aquilo que a teoria da auditoria nomeou *evidência*. Mais rigorosamente, evidência é tratada como o “conjunto de factores presentados al conocimiento de una persona con el propósito de permitirle decidir una cuestión discutida”¹⁶⁶. Por mais objetiva que seja, a evidência é um conjunto de elementos apresentados a um juízo, uma “*disposición mental*”¹⁶⁷ do auditor-opinante, pelo que existirá um determinado grau de variação subjetiva entre um conjunto qualquer de evidências e a conclusão delas derivada por diferentes auditores.

No entanto, é absolutamente indispensável que o auditor – no mais profundo de seus deveres éticos – exclua da obtenção do que apresenta como evidência todo e qualquer traço de subjetivismo. O mo-

delo de auditoria proposto permite essa discriminação: por um lado, o que são os fatos encontrados (sobre os quais nenhum elemento subjetivo é válido); por outro, os critérios adotados – nesse ponto, a valoração subjetiva pode estar presente na sua escolha, porém isso fica explicitado quando da documentação dos critérios e sua exposição no relatório de auditoria. A opinião (ou comparação critério-condição), e demais conseqüências dela (análises causa-efeito, recomendações), terá, como vimos acima, um certo grau de manifestação da subjetividade, o que é inevitável. Porém, a apresentação idônea das evidências e dos critérios permite ao destinatário da auditoria (ou a qualquer outro interessado) contrastar, ele mesmo, as opiniões formuladas. Dessa forma, a maior irregularidade que pode cometer um auditor é apresentar evidências que não correspondam aos fatos examinados. É certo que a evidência que se pode alcançar não será absoluta, mas tem de ser *suficiente e adequada*. Especificando essa afirmação:

“[...] los elementos de juicio para poder opinar deben ser objetivos y ciertos, es decir, deben fundamentarse en la naturaleza de los hechos examinados, habiéndose llegado al conocimiento de los mismos con una seguridad razonable, por consiguiente *el juicio definitivo sobre el trabajo de auditoria consiste en decidir si el mismo ha suministrado al auditor material suficiente para fundamentar su opinión profesional.*”¹⁶⁸

Nesse sentido, o que seria evidência *suficiente*? Descartada a possibilidade de certeza absoluta (por razões de custo e mesmo por limitações epistemológicas), evidência suficiente tem sido destacada na auditoria como aquela que permite que o avaliador delas derive um grau de segurança ou confiança de que não esteja realizando a partir delas uma declaração arriscada¹⁶⁹ segundo regras de prudência que se usam como guia na maior parte das atividades humanas. Em razão desse grau razoável de segurança, a evidência suficiente deve – idealmente

- permitir a terceiros chegarem às mesmas conclusões do auditor¹⁷⁰.

Como parâmetro de definição dos aspectos quantitativos de suficiência (ou o quanto se deverá produzir de resultados de testes ou pesquisas), utiliza-se amplamente o modelo clássico de Risco de Auditoria da SAS (*Statement of Auditing Standards*) 47 do *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA), inclusive como suporte conceitual em modelos estatísticos e computacionais¹⁷¹. Segundo esse modelo, o esforço quantitativo de obtenção de evidência é função do Risco de auditoria ("la probabilidad de que la opinión de auditoría no sea correcta por errores significativos no detectados o por valoraciones incorrectas realizadas por el auditor")¹⁷². Não nos é possível estender aqui essa discussão dos modelos de risco, que nos afastaria do essencial dos objetivos do trabalho. Para estes efeitos, é suficiente mostrar que - com ou sem modelos sofisticados de mensuração - a suficiência dos fatos levantados diante das conclusões tem de ser arduamente buscada pelo auditor como critério essencial de validade do seu trabalho.

Quanto à evidência adequada, considera-se algumas das suas características qualitativas que reforçam o grau de segurança que a evidência pode proporcionar, derivadas em grande medida das circunstâncias em que é obtida¹⁷³. Alguns critérios são oferecidos para se buscar evidências adequadas:

- A evidência obtida de fontes externas à ação ou entidade auditada proporciona mais confiança que aquela obtida dos próprios agentes responsáveis pelo objeto da auditoria.

- A existência de sistemas de controle e gerenciamento internos reconhecidos pelo auditor como válidos e adequados à área que está auditando permite conferir maior credibilidade e segurança à evidência do que naquelas circunstâncias em que é obtida em um ambiente de controles e gerenciamento frágeis ou inexistentes.

- A evidência obtida diretamente pelo auditor (mediante inspeções físicas, observações diretas, cálculos próprios) é mais confiável que aquela obtida indiretamente de terceiros.

- A evidência obtida através de testemunhas tem tanto maior segurança quanto menores forem as restrições à liberdade e independência da testemunha (ex: interesses próprios afetados; possível intimidação) e quanto maior for seu conhecimento sobre o assunto em pauta.

- A concordância das evidências provenientes de diversas fontes aumenta a segurança das mesmas.

- Os documentos originais são evidência mais adequada que as cópias.

- A evidência obtida através de testemunhas tem tanto maior segurança quanto menores forem as restrições à liberdade e independência da testemunha (ex.: interesses próprios afetados; possível intimidação) e quanto maior for seu conhecimento sobre o assunto em pauta.

Os diferentes topos de evidência que podem ser produzidos pelos procedimentos de auditoria (já relacionados na seção 2.2 acima) são habitualmente distribuídos ou classificados em grandes grupos ou classes em função de sua natureza¹⁷⁴:

- Evidência documental - registros escritos tais como cartas, contratos, registros, faturas, fichas, relatórios, etc. (compõe-se de documentos produzidos pelo auditado, documentos produzidos por terceiros em poder do auditado e documentos produzidos e mantidos por terceiros).

- Evidência física - registros *produzidos pelo auditor* de sua inspeção direta ou observação de pessoas, coisas ou atos (pode incluir diagramas, gráficos, fotografias, etc.).

- Evidência testemunhal ou verbal - registros da informação obtida pelo contato pessoal do auditor com terceiros e responsáveis auditados;

- Evidência informática - é aquela mantida em suportes eletrônicos ou telemáticos (incluindo os elementos lógicos,

programas e aplicações utilizados, e os relativos a texto, gráficos, sons, imagens ou qualquer outra informação contida em meios informáticos).

- Evidência analítica - são os resultados de cálculos, estimativas, comparações, *data mining*, estudos de índices e tendências, variações intertemporais e *cross section* e outras análises que o próprio auditor desenvolva.

- Evidência de controle interno - o controle interno (bem desenhado e funcionando efetivamente) constitui-se por si mesmo em evidência válida, já que em cada fato ou transação examinado pode-se constatar a presença (maior ou menor) do controle interno da organização auditada, e este grau maior ou menor de eficácia do controle interno irá impactar a maior ou menor segurança que se confere ao fato em exame.

Quando da descrição do processo de auditoria, tratamos da coleta e análise de dados. São então dados e evidência a mesma coisa? Não exatamente: dado é qualquer coisa (documento, declaração, verificação) recolhida ao longo da auditoria segundo os procedimentos aplicados. Sobre a massa total de dados já submetida aos procedimentos de validação e análise/tratamento descritos na seção 2.2, o auditor recolhe aqueles que considera relevantes, suficientes e adequados, aplicando os raciocínios aqui expostos, utilizando-os para a operação lógica de comparação com os critérios para formação da opinião. Nesse sentido, a seleção da evidência é uma etapa logicamente posterior à coleta, organização e análise dos dados.

É preciso encerrar este ponto reconhecendo que a teoria da evidência toca no ponto mais sensível de toda a prática da auditoria: o que é "evidência adequada e suficiente"? Que grau de segurança pode realmente oferecer o investimento em auditoria? O ceticismo de Michael Power (1999, p. 28, grifo nosso) é em grande medida justificado:

"At this point the deep epistemological obscurity of auditing becomes

evident, despite the mass of technical procedures available to the auditor. What is the nature of the assurance given by audits? Can it be observed? Can it be measured other than in broad qualitative terms or in terms of a consensus among auditors themselves? It may not be possible to know what audits really produce but can one at best ascertain whether auditors come to similar conclusions in similar circumstances?"

De fato, toda a discussão sobre a evidência é uma forma de minorar a ferida da "obscuridade epistemológica" na qual o olhar crítico de Power e outros observadores tem o dever de pôr o dedo. Afinal, mesmo os entusiastas do conhecimento auditorial reconhecem essa tensão permanente entre certeza e possibilidade de erro em que se equilibra o auditor: "Ao dar seu parecer, ele necessariamente corre um risco calculado. [...] Ele oferece então esse parecer como uma opinião pessoal de especialista bem informado e independente, mas que não passa de uma opinião".¹⁷⁵ E todos os critérios e parâmetros desenvolvidos ao redor da evidência têm por finalidade reforçar a vinculação entre um determinado esforço de auditoria e a segurança que pode proporcionar ao destinatário da opinião auditorial¹⁷⁶.

Mas por que esse esforço se o campo epistemológico é realmente obscuro, impreciso? Cada um há de ter uma posição pessoal a respeito. Subscrevemos neste ponto um posicionamento descrito por Power (1999, p. 143-145) como um possível (e não aceitável) contra-argumento ao seu ceticismo com todas as suas fragilidades, a prática da auditoria ainda é a melhor opção disponível para elevar (de forma incremental mas economicamente viável) a confiabilidade e o valor da informação em uma grande variedade de situações sociais. Se é certo que essa "modéstia pragmática" precisa prevalecer também na auto-imagem da auditoria e na imagem que ela projeta de si mesma¹⁷⁷, buscando o papel de *um recurso mais* de prestação de

contas numa sociedade democrática (lado a lado com a auto-organização social e com a reflexão crítica sobre os instrumentos de controle e *governance*, por exemplo), também pensamos que os recursos da “auditoria como tecnologia” são necessários – ao menos como ponto de partida, a ser desenvolvido e superado no possível – à implantação de qualquer programa de transparência e de equilíbrio entre poderes sociais.

5. *Manual de pintura e caligrafia: papéis de trabalho na auditoria*

“[...] foi só por desejar que o trabalho que vos espera seja executado com o espírito de que se sente a edificar algo e não com o alheamento burocrático de quem foi mandado juntar papéis a papéis.”¹⁷⁸

Sendo o processo de auditoria uma intervenção em uma relação de *accountability* entre terceiros, de vastos efeitos e responsabilidades graves, é razoável propor-lhe registros escritos para resguardo das partes envolvidas e especialmente do próprio auditor. Assim, a documentação e arquivo de todas as informações e trabalhos realizados, conhecidos em sentido lato como “papéis de trabalho”, é imprescindível para o cumprimento da missão do auditor.

Os papéis de trabalho compreendem a totalidade dos documentos preparados ou recebidos pelos auditores, contendo¹⁷⁹:

- a informação utilizada na auditoria;
- os procedimentos efetuados pelo auditor;
- as decisões que teve de tomar para alcançar a opinião.

Para que esse esforço de documentar e formalizar? De um ponto de vista formal, garante-se o trabalho perante terceiros e garante-se uma prova evidente do trabalho realizado¹⁸⁰. Mas também, num sentido prático, o recurso à sistematização escrita do trabalho evita ao auditor condutas subjetivas ou erráticas, ordenando os passos a seguir (desde a etapa de planejamento), dando suporte físico à coleta e organização

de dados e oferecendo também a base concreta de evidências que será apreciada pelo raciocínio do auditor. Com efeito, os papéis de trabalho são o nexo concreto de união entre o trabalho de campo e o relatório¹⁸¹ (mais ainda, são o *único* meio de conexão entre as situações que se comprovam e o relatório de auditoria, já que as realidades físicas e documentais originais permanecem em poder da organização auditada)¹⁸². É nos papéis de trabalho que se manterá, para uso do auditor e de terceiros, a evidência de auditoria. Além disso, o registro nos papéis de trabalho facilita a revisão e o controle de qualidade do trabalho de qualquer profissional por um supervisor (de sua própria organização ou de um órgão de fiscalização profissional) e, ao conservar informações detalhadas sobre o objeto da auditoria, facilita também a realização de trabalhos posteriores pelo mesmo auditor ou, em situações especiais no setor público, por outra organização com mandato legal para utilização de papéis de trabalho nesses termos¹⁸³.

Por todas essas potencialidades, os papéis de trabalho são propriedade do auditor, que deve conservar cuidadosamente sua custódia, entregando-os a terceiros apenas quando essa entrega for prevista em expressa determinação legal¹⁸⁴. Quanto à sua confidencialidade, a posição tradicional é a de preservá-la nos mesmos termos que a custódia, sendo admissível (a critério do auditor) conceder à entidade auditada o acesso ou cópias da parcela dos papéis de trabalho que verse sobre auditoria nela realizada¹⁸⁵. Nesse aspecto, avançamos uma discordância com essa postura tradicional: auditorias cujas conclusões devem ser de domínio público (ex: uma auditoria de natureza operacional numa repartição de atendimento à população ou num programa público de assistência social) poderiam, a nosso ver, ter os seus papéis de trabalho disponíveis para consulta por qualquer pessoa, ressalvados apenas aqueles em que conste informação que tenha natureza confidencial (como dados comerciais de

empresas, dados individuais pessoais ou outras matérias cuja divulgação venha a prejudicar legítimos interesses de terceiros). Os papéis devem ser conservados pelo tempo necessário para satisfazer as exigências legais e as necessidades de futuras auditorias¹⁸⁶, sendo que a norma técnica brasileira determina um período de conservação mínimo de 5 anos após a emissão do parecer¹⁸⁷.

Não existem regras universais para a forma dos papéis de trabalho, embora as organizações tendam a padronizar o mais possível aqueles de seu uso, o que aumenta a eficácia de sua preparação e revisão¹⁸⁸. Entre os papéis, estão documentos de origem externa (contratos, relatórios, extratos, atas, regulamentos, etc.), geralmente não suscetíveis de modificação pelo auditor, e aqueles preparados por ele. A organização dos papéis externos a arquivar (e especialmente a definição dos papéis de trabalho que o próprio auditor vai produzir) depende da natureza e circunstâncias de cada auditoria individual¹⁸⁹, sem prejuízo do desenvolvimento de modelos padronizados de papéis de trabalho a serem utilizados quando da aplicação de procedimentos e análises de mesma natureza por diferentes auditores em diferentes momentos. Existem diferentes propostas de modelos e de papéis de trabalho na literatura técnica, tanto nas auditorias contábeis tradicionais¹⁹⁰ quanto na auditoria operacional ou de desempenho¹⁹¹. Naturalmente, sendo os papéis de trabalho elaborados em função de cada circunstância individual, não cabe a um texto geral como este apresentar qualquer caso concreto, remetendo-se o leitor à bibliografia indicada segundo a finalidade específica de cada auditoria que empreender.

6. *A modo de síntese*

“Porque la vida no me es dada hecha; no dimana de estructuras dadas, por ejemplo de un sistema de instintos; la vida nos es una reacción más o menos automática a un estímulo [...], es siempre elección, decisión,

*invención, anticipación imaginaria o proyecto de lo que voy a ver en el futuro.”*¹⁹²

Nestas páginas tentamos apresentar ao leitor, “com a desenvoltura de quem reunisse ignorância e intrepidez”¹⁹³, um conjunto ordenado de conceitos que, transcendendo cada modalidade ou norma particular de auditoria, represente características comuns a todos (a que, portanto, seja uma aproximação à estrutura lógica da atividade mesma de auditoria). Lembrando a orientação de Celso Furtado (1986, p. 67), “não se trata de fazer a teoria do particular e sim de captar o que neste desborda do quadro explicativo convencional”.

Essa estrutura conceitual é então uma seqüência ordenada de etapas de trabalho lógica e materialmente inter-relacionadas que se denomina o processo de auditoria, representado graficamente nas figuras 2 e 3 do Anexo.

Num sentido estrito, esse processo abrange uma auditoria individual, na qual a equipe de auditores planeja, inicialmente, a identificação das questões de auditoria a responder, em decorrência das quais deduz as estratégias metodológicas que vai empregar e os critérios de auditoria em relação aos quais vai contrastar os fatos que levantar (documentando todos esses passos em papéis de trabalho).

A estratégia metodológica enfeixa uma série de procedimentos de auditoria, que são atuações destinadas a coletar e analisar dados sobre a realidade auditada, também sistematizados e registrados em papéis de trabalho.

Os dados coletados, validados e analisados permitem ao auditor selecionar as evidências que embasarão seu parecer final, evidências essas que serão avaliadas em confronto com os critérios definidos no planejamento. Da criteriosa aplicação desse raciocínio lógico, o auditor forma a sua opinião quanto às questões de auditoria, opinião essa que virá a materializar-se num relatório adequado às necessidades informacionais dos destinatários da opinião do auditor, aos quais está enviado este que é o produto final da auditoria. Esse raciocínio também vai permitir ao auditor desenvolver os outros produtos (além da

opinião) que as suas condições institucionais ou contratuais imponham como decorrência da auditoria (a exemplo de análises de causa e efeito, recomendações, etc.), que também são concretizados no relatório.

Na organização de auditoria como um todo, são necessários ainda outros procedimentos de sistematização do uso dos recursos (ampliando o processo para um verdadeiro "processo organizacional de auditoria"). Primeiro, há que selecionar, entre o universo praticamente infinito de temas a auditar, aqueles que serão objeto da atenção dos auditores num determinado período. A esses temas aplica-se então o processo de auditoria individual. Posteriormente à conclusão das auditorias individuais, a organização deve promover também de forma ordenada o acompanhamento ou monitoramento dos resultados obtidos com sua ação em cada caso.

Notas

- ¹ Bittencourt, 2005, p. 6-9.
- ² Power, 1999, p. 6.
- ³ Power, 1999, p. 6-7, grifo nosso.
- ⁴ Valderrama, 1997, p. 139.
- ⁵ General Accounting Office, 1992, p. 3-12
- ⁶ Yin, 2005, p. 41, grifos no original. No mesmo sentido, Pereira, 2001, p. 154.
- ⁷ Discussão extensa sobre o tema da responsabilidade do auditor: Franco; Marra, 1991, p. 86-92; Valderrama, 1997, p. 41-43; Jund, 2002, p. 49-50.
- ⁸ ICAC, 1991 apud Valderrama, 1997, p. 373.
- ⁹ Valderrama, 1997, p. 139.
- ¹⁰ Saramago, 2000, p. 76.
- ¹¹ Lange, 1986, p. 97.
- ¹² Bittencourt, 2005, p. 9-13.
- ¹³ Mas; Ramió, 1997, p. 53.
- ¹⁴ Mas; Ramió, 1997, p. 53.
- ¹⁵ Bittencourt, 2005, p. 9.
- ¹⁶ *Assurance services*, em inglês; *Encargos de confiabilidade*, em espanhol.
- ¹⁷ "Issues have been specified which are, *prima facie*, valuable, coherent and *intra vires*. And that they are sufficiently precise do permit analysis of their implication." National Audit Office, 1993, p. 2.
- ¹⁸ National Audit Office, 1993, p. 2; Noruega, 2003.
- ¹⁹ Noruega, 2003; Brasil, 2000, p. 23-25, 91-99.
- ²⁰ National Audit Office, 1993, p. 2; Brasil, 2000, p. 46-52; Noruega, 2003.
- ²¹ Noruega, 2003.
- ²² Suécia, 1999, p. 67; Noruega, 2003.

²³ Brasil, 2000, p. 52.

²⁴ Noruega, 2003.

²⁵ Suécia, 1999, p. 63.

²⁶ Brasil. Conselho Federal de Contabilidade. NBC-T-11 - Normas de Auditoria Independente das Demonstrações Contábeis, Resolução CFC 700/91, item 11.1.1.1. apud Franco; Marra, 1995, p. 53, grifo nosso. Atentar, portanto, para a aplicabilidade integral à tradicional auditoria contábil da estrutura conceitual aqui apresentada.

²⁷ O tema dos critérios de auditoria foi detalhadamente examinado em Bittencourt, 2000, ao qual remetemos os interessados em aprofundar esta análise. A presente seção contém em sua maior parte uma síntese e atualização do mencionado artigo.

²⁸ *Criteria are standards against which the adequacy of performance can be assessed* (GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992, p. 6-4).

²⁹ *Evaluative criteria are the benchmarks against which findings are measured to form a view on the performance achieved* (NATIONAL AUDIT OFFICE, 1993, p. 29).

³⁰ 4.41 *Audit criteria are reasonable and attainable standards of performance and control against which compliance, the adequacy of systems and practices, and the economy, efficiency and cost effectiveness of operations can be evaluated and assessed.*

4.42 *Suitable criteria are criteria that are appropriate to the particular characteristics of the audited organization. They focus, wherever possible, on the results expected to be achieved by the operation, system, control, etc. The assessment of whether or not criteria are met results in audit observations* (CANADÁ, 2000, p. 33).

³¹ General Accounting Office, 1992, p. 6-9.

³² National Audit Office, 1993, p. 30.

³³ National Audit Office, 1993, p. 29.

³⁴ CANADÁ, 2000, p. 33.

³⁵ Brasil, 1998, p. 22; National Audit Office, 1993, p. 29.

³⁶ Brasil, 2000, p. 28.

³⁷ General Accounting Office, 1991, p. 42.

³⁸ General Accounting Office, 1991, p. 49.

³⁹ Holanda, 2001, p. 8-9.

⁴⁰ Ou "estratégias metodológicas" (BRASIL, 2000, p. 55).

⁴¹ National Audit Office, 1993, p. 8.

⁴² National Audit Office, 1993a, p. 26.

⁴³ National Audit Office, 1993, p. 12.

⁴⁴ Como também nos universos da pesquisa acadêmica e da consultoria empresarial.

⁴⁵ Brasil, 2000, p. 62-64, onde se traduz *survey* por "pesquisa", o que nos parece uma literalidade inadequada ao contexto em que a palavra é usada.

⁴⁶ National Audit Office, 1993, p. 9; Silva, 2001, p. 13-21.

⁴⁷ Brasil, 2000, p. 65-67.

⁴⁸ Silva, 2001, p. 13.

⁴⁹ Brasil, 2000, p. 68-71.

⁵⁰ Silva, 2001, p. 14.

- ⁵¹ Brasil, 2000, p. 71-73.
- ⁵² Silva, 2001, p. 14-15.
- ⁵³ National Audit Office, 1993, p. 10; Sanchez, 1996, p. 103; Hernandez; Lopez, 1996, p. 114.
- ⁵⁴ Na área governamental, em particular, a “compliance with applicable requirements of laws and regulations” é levada ao patamar de objeto central de praticamente qualquer auditoria, de qualquer modalidade (GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992, p. 4-2, 6-9).
- ⁵⁵ O National Audit Office inglês apresenta ainda como metodologia o *secondary data analysis*, uso de estudos preexistentes para a realização de análises posteriores de natureza distinta (NATIONAL AUDIT OFFICE, 1993, p. 9-10). Não incluímos este tipo de trabalho como uma metodologia de per si, uma vez que o foco de todas as diferenças entre metodologias é bastante mais amplo que a simples origem dos dados (ou seja, com dados secundários pode-se fazer *surveys*, estudos de caso, revisão de sistemas, etc.).
- ⁵⁶ National Audit Office, 1993, p. 8-9; Brasil, 2000, p. 58-62; Yin, 2005, p. 32-33.
- ⁵⁷ Suécia, 1999, p. 63-65.
- ⁵⁸ Bittencourt, 2005, p. 6-9; Power, 1999, p. 3.
- ⁵⁹ Noruega, 2003.
- ⁶⁰ No âmbito do TCU brasileiro, este roteiro tem sido substituído na prática por duas ferramentas complementares, a “Matriz de Planejamento” e a “Matriz de Procedimentos”, que se bem utilizadas contém todas as informações e funcionalidades descritas para um programa de auditoria (BRASIL, 2000, p. 105, para as auditorias operacionais; BRASIL, 2003, p. 21-23, para as auditorias de conformidade).
- ⁶¹ General Accounting Office, 1992, p. 6.
- ⁶² Holmes apud Lopes Sá, 1966, p. 125; no mesmo sentido, Fanco; Marra, 1995, p. 238-239; Perez Júnior, 1998, p. 57-58; Almeida, 1996, p. 68. Curiosamente, o próprio General Accounting Office trata desta maneira os programas de auditoria quando estabelece normas de auditoria financeira (“[...] *working papers should: a. contain a written audit program cross-referenced to the working papers*”, GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992, p. 4-6).
- ⁶³ Suécia, 1997, p. 74.
- ⁶⁴ “Projeto de auditoria” (BRASIL, 2000, p. 43); “Plano de Trabalho” (SUÉCIA, 1997, p. 78; Noruega, 2003); “Plano de auditoria” (Araújo, 2001, p. 74 et seq.).
- ⁶⁵ Casos do “Projeto de auditoria” (BRASIL, 2000, p. 43) e do “Plano de auditoria” (Araújo, 2001, p. 74 et seq.).
- ⁶⁶ Gala, 2001, p. 132; 2000, p. 76.
- ⁶⁷ Mautz, 1976, p. 74.
- ⁶⁸ Araújo, 2001, p. 77.
- ⁶⁹ Suécia, 1997, p. 79-92; Noruega, 2003; Valderrama, 1997, p. 237-255; Mas; Ramió, 1997, p. 344-348 (chamando a etapa de *captación de la información*).
- ⁷⁰ Suécia, 1997, p. 93-102; Noruega, 2003; Mas; Ramió, 1997, p. 344-348 (chamando a etapa de *tratamiento de la información*).
- ⁷¹ Há extensa literatura técnica sobre amostragem em auditoria, tanto em capítulos sobre o tema em manuais específicos de auditoria (Jund, 2002, p. 267-275; Valderrama, 1997, p. 309-340; Ferreira, 2004, p. 156-159; Noruega, 2003) quanto em trabalhos específicos sobre a aplicação da estatística em auditoria (CIPFA, s.d.; BRASIL, 2002; Vallés; Martinez, 1998; GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992A).
- ⁷² Jund, 2002, p. 272.
- ⁷³ Suécia, 1997, p. 82; Araújo, 2001, p. 79-88; Noruega, 2003; Valderrama, 1997, p. 252-253; Perez Júnior, 1998, p. 51; Franco; Marra, 1991, p. 238; Mas; Ramió, 1992, p. 114-115; Brasil, 2000, p. 74; BRASIL, 1998; Mautz, 1976, p. 110; Jund, 2002, p. 264.
- ⁷⁴ Suécia, 1997, p. 83; Noruega, 2003; Valderrama, 1997, p. 250-252; Ferreira, 2004, p. 135; Franco; Marra, 1991, p. 238; Brasil, 2000, p. 74; Mautz, 1976, p. 110; Jund, 2002, p. 264.
- ⁷⁵ Suécia, 1997, p. 83; Valderrama, 1997, p. 247; Ferreira, 2004, p. 135; Perez Júnior, 1998, p. 50; Mautz, 1976, p. 86-87, 99-101; Jund, 2002, p. 264; Franco; Marra, 1991, p. 233; Almeida, 1996, p. 45 (estes dois últimos autores mencionando especificamente a contagem física de numerário, estoques, etc.).
- ⁷⁶ Suécia, 1997, p. 85; Noruega, 2003; Jund, 2002, p. 263; Almeida, 1996, p. 46; Valderrama, 1997, p. 242-244; Perez Júnior, 1998, p. 51; Franco; Marra, 1991, p. 235; Mas; Ramió, 1992, p. 116-114; Mautz, 1976, p. 87-89, 103-105.
- ⁷⁷ Suécia, 1997, p. 84 e 88; Noruega, 2003 (lembrando a disponibilidade de técnicas mais sofisticadas desenvolvidas na análise de sistemas); Valderrama, 1997, p. 201-218 (sob a denominação de “auditoria analítica”); Brasil, 2000c (com pequenas variações, técnica denominada “Mapa de processo”).
- ⁷⁸ Valderrama, 1997, p. 240-241; Perez Júnior, 1998, p. 49; Jund, 2002, p. 264.
- ⁷⁹ Valderrama, 1997, p. 241-242; Perez Júnior, 1998, p. 49-50; Jund, 2002, p. 264; Ferreira, 2004, p. 135; Franco; Marra, 1991, p. 236; Mautz, 1976, p. 92, 106, 108.
- ⁸⁰ Valderrama, 1997, p. 244-245; Perez Júnior, 1998, p. 50-51; Jund, 2002, p. 263; Ferreira, 2004, p. 135-136; Almeida, 1996, p. 46; Franco; Marra, 1991, p. 237; Mautz, 1976, p. 90-91 e 109-110.
- ⁸¹ Mas; Ramió, 1997, p. 350 oferece uma tabela de indicações de técnicas apropriadas para coletar dados relativos a cada variável organizacional que se estude.
- ⁸² Suécia, 1997, p. 82; Araújo, 2001, p. 89-96; Noruega, 2003; Mas; Ramió, 1992, p. 111-113; Brasil, 2000, p. 74; General Accounting Office, 1986.
- ⁸³ Mas; Ramió, 1997, p. 121-129.
- ⁸⁴ Mas; Ramió, 1992, p. 137-142.
- ⁸⁵ Mas; Ramió, 1997, p. 71-72.
- ⁸⁶ Mas; Ramió, 1992, p. 198-201.
- ⁸⁷ Brasil, 2003a, p. 8-13.
- ⁸⁸ Brasil, 2003a, p. 14-19.
- ⁸⁹ Brasil, 2001.

- ⁹⁰ Mas; Ramió, 1997, p. 156-166.
- ⁹¹ Mas; Ramió, 1992, p. 131-136.
- ⁹² Mas; Ramió, 1992, p. 189-195; 1997, p. 106-114.
- ⁹³ Mas; Ramió, 1997, p. 187-189.
- ⁹⁴ Brasil, 2001a.
- ⁹⁵ Mas; Ramió, 1992, p. 182-184; 1997, p. 189-191, 248-251.
- ⁹⁶ Mas; Ramió, 1997, p. 296-300; 1992, p. 156-164.
- ⁹⁷ Mas; Ramió, 1992, p. 165-167.
- ⁹⁸ Brasil, 2000b, p. 17-23.
- ⁹⁹ Mas; Ramió, 1992, p. 171-177; 1997, p. 215-218.
- ¹⁰⁰ Mas; Ramió, 1992, p. 178-181.
- ¹⁰¹ Mas; Ramió, 1992, p. 185-188; 1997, p. 261-267.
- ¹⁰² Brasil, 2000, p. 75-76.
- ¹⁰³ Ainda que tenhamos utilizado a tradução literal comum dos termos originais, *reliability e validity*.
- ¹⁰⁴ Suécia, 1997, p. 86-89; Noruega, 2003.
- ¹⁰⁵ Suécia, 1997, p. 86-89; Noruega, 2003.
- ¹⁰⁶ Suécia, 1997, p. 93; Noruega, 2003; Brasil, 2000, p. 78.
- ¹⁰⁷ Para uma descrição dos métodos quantitativos aplicados à análise dos dados em auditoria, além das fontes já citadas ao tratarmos de amostragem, Cf. General Accounting Office, 1992b; Suécia, 1997, p. 94-98; Noruega, 2003; para uma abordagem simples, de caráter geral, dos métodos de análise estatística, Cf. Magalhães; Lima, 2002, p. 1-23, 93-115 (estatística descritiva), p. 125-341 (inferência estatística); Corrar; Theóphilo, 2004, p. 75-241 (inferência estatística).
- ¹⁰⁸ Que inclusive possam ser desenvolvidas adiante para futuros testes quantitativos.
- ¹⁰⁹ Suécia, 1997, p. 98-102; Noruega, 2003.
- ¹¹⁰ Pereira, 2001, p. 22-41 (onde se desenvolve de forma magistral a refutação da pretensa oposição “quantitativo vs. qualitativo”).
- ¹¹¹ Haguette, 1999, p. 63.
- ¹¹² Mas; Ramió, 1997, p. 351 oferece uma tabela de indicações de técnicas apropriadas para tratar e interpretar dados relativos a cada variável organizacional que se estude.
- ¹¹³ Valderrama, 1997, p. 248-249; Perez Júnior, 1998, p. 52; Ferreira, 2004, p. 137; Jund, 2002, p. 239-240; National Audit Office, s.d.; Noruega, 2003 (chamando a técnica de *financial statement analysis*).
- ¹¹⁴ Brasil, 2000a, p. 78-79; General Accounting Office, 1989.
- ¹¹⁵ Noruega, 2003; Morgan, 1996.
- ¹¹⁶ Valderrama, 1997, p. 249-250; Jund, 2002, p. 264; Brasil, 2000, p. 79-80 (sob o nome de triangulação); Franco; Marra, 1991, p. 237; Mautz, 1976, p. 92-93.
- ¹¹⁷ Brasil, 2000a.
- ¹¹⁸ Brasil, 2000b, p. 9-16, 24-31; Intervención General de la Administración del Estado, 1997, p. 93-182.
- ¹¹⁹ *Fase de cierre y conclusiones*, Valderrama, 1997, p. 150-151.
- ¹²⁰ Valderrama, 1997, p. 146-149, 157-159.
- ¹²¹ Brasil, 2000, p. 21-30.
- ¹²² Noruega, 2003.
- ¹²³ Brasil, 2000, p. 56-57, 86-87.
- ¹²⁴ Mas; Ramió, 1997, p. 366.
- ¹²⁵ Bittencourt, 2005, p. 13.
- ¹²⁶ Block, 2001, p. 3-4.
- ¹²⁷ Ao contrário de outros usos dessa informação final, tais como a abertura de processos de sanção disciplinar ou pecuniária decorrentes de constatações de auditoria, o que pode perfeitamente ser realizado por terceiros à vista do informe final do auditor (como é usual nas auditorias de natureza tributária).
- ¹²⁸ Saramago, 1999, p. 193.
- ¹²⁹ Suécia, 1997, p. 103; Araújo, 2001, p. 107; Mas; Ramió, 1997, p. 364-365.
- ¹³⁰ Valderrama, 1997, p. 285-307, 399-409; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 317-342.
- ¹³¹ Newton, 2001, p. 288-323.
- ¹³² Para o caso brasileiro, Perez Júnior, 1998, p. 96-134; Ferreira, 2004, p. 183-214; Jund, 2002, p. 176-182.
- ¹³³ O mencionado caso dos pareceres da auditoria independente é uma notável exceção a esta regra, tendo a maior parte do seu conteúdo rigidamente fixada (inclusive com as palavras a utilizar obrigatoriamente), o que nos parece ser causado pela necessidade de uniformização de um produto que tem inúmeros produtores (auditores independentes comerciais) e inúmeros usuários (empresas auditadas, investidores) e que, de não apresentar uma forte homogeneidade no seu conteúdo informativo, causaria uma enorme distorção de informação entre os agentes do mercado de capitais.
- ¹³⁴ Noruega, 2003.
- ¹³⁵ Suécia, 1997, p. 111.
- ¹³⁶ Noruega, 2003.
- ¹³⁷ Noruega, 2003.
- ¹³⁸ Brasil, 2000, p. 87; Suécia, 1997, p. 112; Mas; Ramió, 1997, p. 369.
- ¹³⁹ Ferreira, 2004, p. 285-286 (descrevendo o procedimento no Poder Executivo Federal brasileiro); General Accounting Office, 2001, p. 580.26, para as auditorias financeiras e de regularidade no setor público norte-americano; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 256, 264-265, para o setor público espanhol.
- ¹⁴⁰ Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 263; General Accounting Office, 1992, p. 5-6.
- ¹⁴¹ Noruega, 2003; Suécia, 1997, p. 103-112; Brasil, 2004, p. 83-89; Araújo, 2001, p. 109-110; Ferreira, 2004, p. 266; Mas; Ramió, 1997, p. 369-379; Brasil, 2003, p. 8-12.
- ¹⁴² ABNT, NR-85, apud Brasil, 2000, p. 84.
- ¹⁴³ National Audit Office, 1993a, p. 2; Suécia, 1997, p. 61.
- ¹⁴⁴ Mas; Ramió, 1997, p. 381.
- ¹⁴⁵ National Audit Office, 1993a, p. 21-22.
- ¹⁴⁶ Que podem ser chamados de “*selecting the audit problem*” (SUÉCIA, 1997, p. 61), “*study selection*” (National Audit Office, 1993a, p. 1; “*planificación a*

largo y a medio plazo”, Mas; Ramió, 1997, p. 381). É preciso deixar registrado que a metodologia de seleção de auditorias aqui apresentada é fortemente influenciada pela prática observada pelo autor no Tribunal de Contas da União. No entanto, por não dispor de material publicado sobre a metodologia dessa instituição, as referências são mais esparsas, resultando de observações diretas e treinamentos na matéria específica. Fique no entanto constância de que, salvo quando especificamente mencionada outra fonte, toda esta seção é baseada nos métodos e procedimentos aplicados pelo TCU.

¹⁴⁷ National Audit Office, 1993a, p. 23; Mas; Ramió, 1997, p. 382-383.

¹⁴⁸ Suécia, 1997, p. 61. O desenvolvimento mais amplo deste modelo é trazido porém da prática do TCU, conforme descrito acima.

¹⁴⁹ O modelo clássico do American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) é descrito conceitualmente em Pérez, 1996, p. 98-108.

¹⁵⁰ Apesar de preliminar, pode exigir um respeitável volume de trabalho, no caso de objetos de grande porte como grandes programas de governo ou em áreas novas sobre as quais se tem pouco conhecimento acumulado.

¹⁵¹ O critério de “*possibility of carrying out an audit*”, Suécia, 1997, p. 61.

¹⁵² O critério de “*potential for change*”, Suécia, 1997, p. 61.

¹⁵³ Para os trabalhos privados de auditoria dirigidos por relações contratuais, o raciocínio aqui apresentado pode ser a base de uma estratégia proativa de oferta, para tentar identificar as demandas potenciais dos clientes e estruturar os produtos da empresa em antecipação a estas demandas.

¹⁵⁴ Mas; Ramió, 1992, p. 26, 205-208; 1997, p. 42-44; de forma menos diretiva mas igualmente mencionando um “plano de ação”, BRASIL, 2002a, p. 11.

¹⁵⁵ Mas; Ramió, 1997, p. 42.

¹⁵⁶ Block, 2001, p. 36.

¹⁵⁷ Brasil, 2002a, p. 11.

¹⁵⁸ Mas; Ramió, 1992, p. 27, 209-210; 1997, p. 44-46; Brasil, 2002a, p. 8-22; Ferreira, 2004, p. 286; Suécia, 1997, p. 113-114.

¹⁵⁹ Brasil, 2002a, p. 8.

¹⁶⁰ Mas; Ramió, 1992, p. 209; Brasil, 2002a, p. 11.

¹⁶¹ Brasil, 2002a, p. 12, sugerindo o encaminhamento de relatórios em seis, doze e 2 meses do recebimento das recomendações pelo auditado.

¹⁶² Suécia, 1997, p. 113.

¹⁶³ Ferreira, 2004, p. 286; Brasil, 2002a, p. 15-17, sugerindo esta nova verificação simplificada 24 meses após a emissão de relatório de auditoria; Suécia, 1997, p. 113-114, relatando uma auditoria única para acompanhamento das recomendações formuladas nos três anos anteriores.

¹⁶⁴ Saramago, 2003 p. 39.

¹⁶⁵ Pérez, 1996, p. 88.

¹⁶⁶ Mautz, apud Pérez, 1996, p. 88.

¹⁶⁷ Valderrama, 1997, p. 19.

¹⁶⁸ Pérez, 1996, p. 91, grifo nosso.

¹⁶⁹ O American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) chama este grau de segurança de “*certeza moral*”. Pérez, 1996, p. 91; Valderrama, 1997, p. 220.

¹⁷⁰ Intervención General de la administración del Estado, 2001, p. 243.

¹⁷¹ Pérez, 1996, p. 106-108; Valderrama, 1997, p. 233-235; em profundidade, García, 1996, p. 77-100. Existem outros modelos de risco mais sofisticados, de origem acadêmica, que também foram propostos, mas sem tanta receptividade na comunidade de praticantes quanto o SAS46 (García, 1996, p. 100-115).

¹⁷² Pérez, 1996, p. 102.

¹⁷³ Pérez, 1996, p. 92; Valderrama, 1997, p. 220, 231; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 245-246. Sob este título de “*adequação*”, incluímos também o que nessas fontes se denomina “*confiabilidad*” (Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 245-246) e “*competencia*” (Valderrama, 1997, p. 220”).

¹⁷⁴ Valderrama, 1997, p. 226-229; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 242-243.

¹⁷⁵ Mautz, 1976, p. 86.

¹⁷⁶ Ou de conhecer o formato da “*cost-assurance function for auditing*” de que se serve Power (1999).

¹⁷⁷ Concordamos com Power (1999): “*the selling of audit has not taken place so modestly*”.

¹⁷⁸ Saramago, 1997, p. 210.

¹⁷⁹ Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 247.

¹⁸⁰ Valderrama, 1997, p. 257; Jund, 2002, p. 243.

¹⁸¹ Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 247.

¹⁸² Pérez, 1996, p. 111.

¹⁸³ Jund, 2002, p. 243, Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251 (com a normatização da utilização de papéis de trabalho de auditorias interna e independente por parte do órgão estatal de controle e fiscalização na Espanha).

¹⁸⁴ Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251; Ferreira, 2004, p. 53; Valderrama, 1997, p. 258.

¹⁸⁵ Ferreira, 2004, p. 53; Valderrama, 1997, p. 257-258.

¹⁸⁶ Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251.

¹⁸⁷ Resolução CFC 828/98, apud Ferreira, 2004, p. 53; Jund, 2002, p. 347. Convém lembrar que esse prazo pode ser bastante mais elástico, como no que se refere à documentação trabalhista e previdenciária, que praticamente não tem prazo para descarte.

¹⁸⁸ Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251; Jund, 2002, p. 346.

¹⁸⁹ Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 248; Ferreira, 2004, p. 52; Jund, 2002, p. 344.

¹⁹⁰ Jund, 2002, p. 348-351; Valderrama, 1997, p. 259-265, 271-284; ademais, praticamente todo livro de au-

ditoria contábil traz seus próprios modelos de papéis de trabalho, descendo a detalhes tais como os sistemas de referência cruzada entre papéis, o significado das marcas ou 'tics' empregados no preenchimento, etc.

¹⁹¹ Araújo, 2001, p. 98-105.

¹⁹² Marías, 1991, p. 129.

¹⁹³ Furtado, 1986, p. 67.

Referências

ALCALDE HERNANDEZ, José Carlos; JURADO-CENTURIÓN LÓPEZ, Ángel. La auditoría de procedimientos en la gestión pública: bases metodológicas. *Presupuesto y gasto público*, Madrid, n. 18, 1996.

ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. *Auditoria: um curso moderno e completo*. São Paulo: Atlas, 1996.

ARAÚJO, Inaldo. *Introdução à auditoria operacional*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

BITTENCOURT, Fernando. A jangada de pedra: os caminhos da auditoria. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, out./dez. 2005.

_____. Os critérios de auditoria e a auditoria operacional. *Revista do TCU*, Brasília, a. 31, n. 83, jan./mar. 2000.

BLOCK, Peter. *Consultoria: o desafio da liberdade*. São Paulo: Makron Books, 2001.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria de natureza operacional*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000a.

_____. _____. *Roteiro de auditoria de conformidade*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003a.

_____. _____. *Roteiro de auditoria: monitoramento de auditorias de natureza operacional*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002a.

_____. _____. *Técnicas de amostragem para auditorias*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002b.

_____. _____. *Técnicas de auditoria: análise stakeholder*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2001a.

_____. _____. *Técnicas de auditoria: análise RECI*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2001b.

_____. _____. *Técnicas de auditoria: análise SWOT e verificação de risco*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003b.

_____. _____. *Técnicas de auditoria: benchmarking*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000b.

_____. _____. *Técnicas de auditoria: indicadores de desempenho e mapa de produtos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000c.

_____. _____. *Técnicas de auditoria: mapa de processos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000d.

_____. _____. *Técnicas de entrevista para auditorias*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1998.

CANADÁ. Office of the Auditor General of Canada. *VFM Audit Manual*. Ottawa: Office of the Auditor General of Canada, 2000.

CHARTERED INSTITUTE OF PUBLIC FINANCE AND ACCOUNTANCY. *Statistics for audit: a guide to statistical sampling for auditors*. London: Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, [200-?].

CORRAR, Luiz; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Pesquisa operacional para decisão em contabilidade e administração*. São Paulo: Atlas, 2004.

ESCUDE R VALLÉS, Roberto; MÁNDEZ MARTINEZ, Salvador. *Métodos de muestreo estadístico aplicados a la auditoría*. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 1992.

ESPANHA. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Normas técnicas de auditoría del ICAC: resolución de 19 de enero de 1991, del presidente del Instituto de contabilidad y auditoría de cuentas por las que se publican las normas técnicas de auditoría. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 19 jan. 1997. In: FERNÁNDEZ VALDERRAMA, José Luiz Sánchez. Teoría y práctica de la auditoría I: concepto y metodología. Madrid: Pirámide, 1997.

FERNÁNDEZ VALDERRAMA, José Luiz Sánchez. *Teoría y práctica de la auditoría I: concepto y metodología*. Madrid: Pirámide, 1997.

FERREIRA, Ricardo. *Auditoria*. São Paulo: Ferreira, 2004.

FRANCO, Hilário; MARRA, Ernesto. *Auditoria contábil*. São Paulo: Atlas, 1991.

FURTADO, Celso. *A fantasia organizada*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

GALA, Antonio. *La casa sosegada*. Barcelona: Planeta, 2001.

GULLAR, Ferreira. *Melhores poemas: seleção Alfredo Bosi*. São Paulo: Global, 2000.

GENERAL ACCOUNTING OFFICE. *Content analysis: a methodology for structuring and analyzing written material*: GAO/program evaluation and management division: transfer paper 10.1.3. Washington: General Accounting Office, 1989.

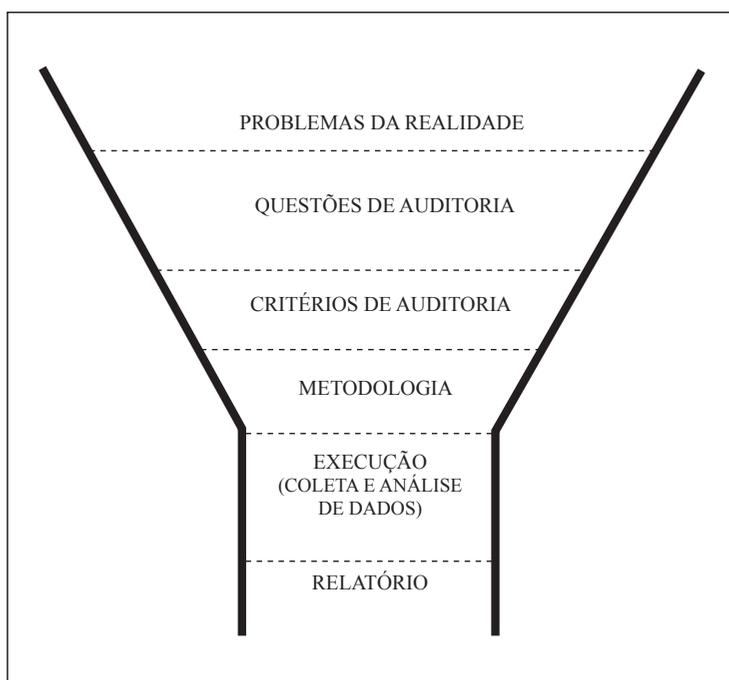
_____. *Designing evaluations: GAO/program evaluation and methodology division: transfer paper 10.1.4*. Washington: General Accounting Office, 1991.

_____. *Developing and using questionnaires: GAO/program evaluation and management division: transfer paper 10.7*. Washington: General Accounting Office, 1986.

- _____. *GAO/PCIE financial audit manual*. Washington: General Accounting Office, 2001.
- _____. *Government auditing standards/normes d'auditoria del sector públic*. Barcelona: Sindicatura de Comptes de Catalunya, 1992a.
- _____. *Quantitative data analysis: an introduction*: GAO/program evaluation and management division: transfer paper 10.1.6. Washington: General Accounting Office, 1992b.
- _____. *Using statistical sampling*: GAO/program evaluation and management division: transfer paper 10.1.11. Washington: General Accounting Office, 1992c.
- HAGUETTE, Teresa Maria Frota. *Metodologias qualitativas na sociologia*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HOLANDA. Algemene Rekenkamer: Netherlands Court of Audit. *Manual of Regularity Audit*, EA Den Haag, 2001. Disponível em: <<http://www.rekenkamer.nl>>. Acesso em: 10 fev. 2005.
- INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. *El establecimiento de objetivos y la medición de resultados en el ámbito público*: guía, fundamentos técnicos y aplicación Cprox. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1997.
- _____. *Formativa sobre control interno*: disposiciones e informes complementarios. Madrid: Ministerio de Hacienda, 2001.
- JUND, Sergio. *Auditoria*: conceitos, normas, técnicas e procedimentos. São Paulo: Impetus, 2002.
- LANGE, Oskar. *Moderna economia política*: problemas gerais. São Paulo: Vértice, 1986.
- MAGALHÃES, Marcos Nascimento; LIMA, Antônio Carlos Pedroso. *Noções de probabilidade e estatística*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.
- MARÍAS, Julián. *Acerca de Ortega*. Madrid: Espasa-Calpe, 1991.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Francisco Javier. *Materialidad y riesgo en auditoría*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1996.
- MAS, Jordi; RAMIÓ, Carles. *La auditoría operativa en la práctica*: técnicas de mejora organizativa. Barcelona: Boixareu, 1997.
- _____. *Tècniques d'auditoria operativa aplicades a l'administració pública*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1992.
- MAUTZ, Robert. *Princípios de auditoria*. São Paulo: Atlas, 1976.
- MORGAN, David. *Focus groups*. *Annual Review of Sociology*, New York, n. 22, 1996.
- NATIONAL AUDIT OFFICE. *Analytical review procedures: guidance notes*. Londres: National Audit Office, [19-?].
- _____. *Study design*. Londres: National Audit Office, 1993a.
- _____. *Study selection*. Londres: National Audit Office, 1993b.
- NEWTON, Enrique Fowler. *Cuestiones fundamentales de auditoría*. Buenos Aires: Macchi, 2001.
- NORUEGA. Norwegian Office of the Auditor General. *Guidelines for performance auditing*. Oslo: Riksrevisjonen, 1999. Disponível em: <<http://www.riksrevisjonen.no>>. Acesso em: 15 out. 2003.
- ORTA PÉREZ, Manuel. *Una propuesta de marco conceptual para la auditoría de cuentas anuales*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1996.
- PEREIRA, Júlio Cesar. *Análise de dados qualitativos: estratégias metodológicas para ciências da saúde, humanas e sociais*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.
- PEREZ JUNIOR, José Hernandez. *Auditoria de demonstrações contábeis: normas e procedimentos*. São Paulo: Atlas, 1998.
- POWER, Michael. *The audit society: rituals of verification*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- SÁ, Antônio Lopes. *Curso de auditoria*. São Paulo: Atlas, 1966.
- SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. *Cadernos de Lanzarote II*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- _____. *História do cerco de Lisboa*. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.
- _____. *Todos os nomes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- SESMA SÁNCHEZ, Begoña. Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas y Tribunal de Cuentas español: diferencias y relaciones. *Presupuesto y gasto público*, Madrid, n. 18, 1996.
- SILVA, Nilza Nunes. *Amostragem probabilística: um curso introdutório*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.
- SUÉCIA. Swedish National Audit Office. In: *HANDBOOK in performance auditing: theory and practice*. Estocolmo: RRV, 1999.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

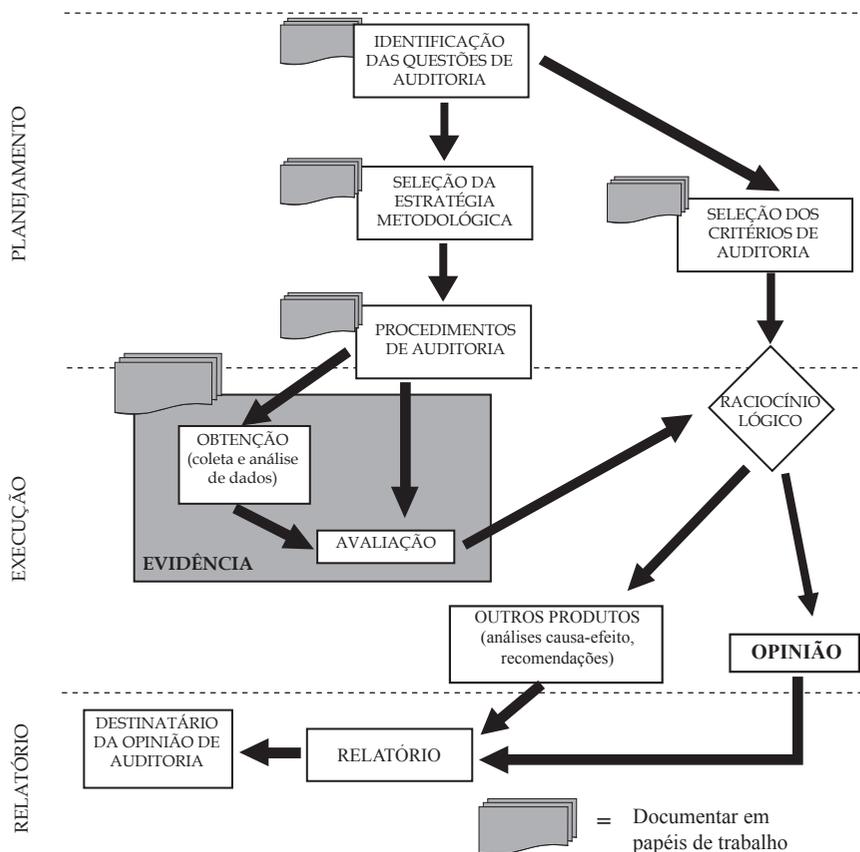
ANEXO – DIAGRAMA E FIGURAS

FIGURA 1
O “FUNIL DE AUDITORIA”



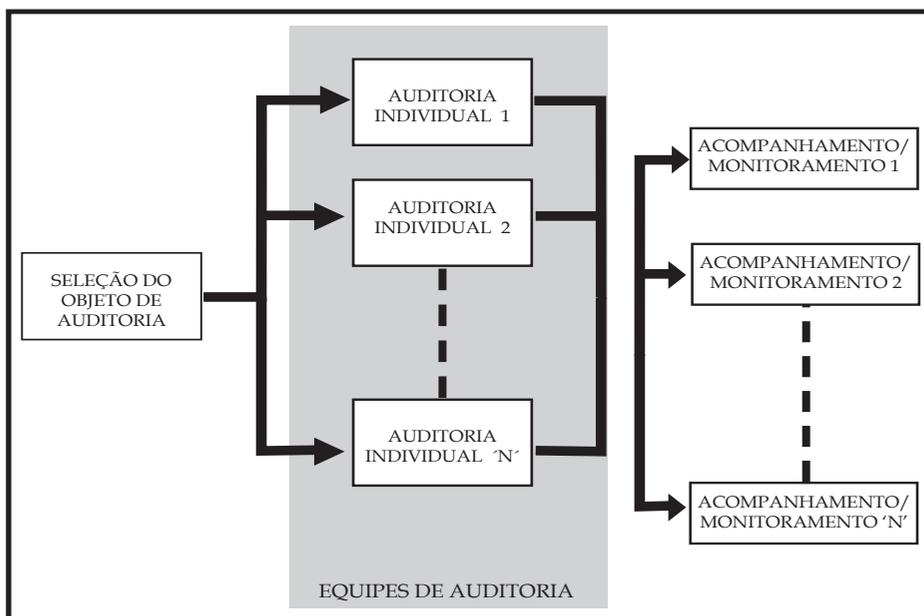
Fonte: Elaboração própria, baseado em RVV, p. 66.

FIGURA 2
O PROCESSO DA AUDITORIA INDIVIDUAL



Fonte: elaboração própria, a partir de Pérez, 1996, p. 87 e 148-149.

FIGURA 3
O "PROCESSO ORGANIZACIONAL DA AUDITORIA"



ORGANIZAÇÃO DE AUDITORIA

Um exame de práticas totalitárias no pós-11 de setembro à luz de Celso Lafer e Carlo Ginzburg

Luís Otávio Barroso da Graça

Sumário

1. Introdução. 2. A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável (Celso Lafer). 3. Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância (Carlo Ginzburg). 4. Aspectos totalitários no pós-11 de setembro de 2001.

1. Introdução

As ações do governo dos Estados Unidos, em resposta aos ataques do dia 11 de setembro de 2001, vêm causando espanto à comunidade internacional. Desde a invasão do Afeganistão até a morte de Saddam Hussein, muitas violações ao direito já foram praticadas dentro e fora do território americano, revelando aspectos totalitários encontrados em regimes como o nazista e o stalinista. O objetivo deste trabalho é identificar alguns desses aspectos à luz das considerações de Celso Lafer (1988, p. 80-114), em "A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável", e de Carlo Ginzburg (2001, p. 199-218), em "Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância".

2. A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável (Celso Lafer)

Celso Lafer (1988), em "A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável", mostra como

Luís Otávio Barroso da Graça é Consultor do Senado Federal.

o fenômeno dos regimes totalitários existentes no século XX levou a uma ruptura relativamente aos conceitos dados pela Filosofia do Direito. A partir de um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Lafer (1988) descreve como o stalinismo e o nazismo levaram ao extremo a ausência de qualquer noção de justiça, destituindo o ser humano de toda a sua dignidade.

Lafer (1988, p. 80) diz que, para Hannah Arendt, “a ruptura traduz-se num hiato entre o passado e o futuro, gerado pelo esfacelamento dos padrões e das categorias que compõem o repertório da tradição ocidental”. Tal ruptura, se já emitia sinais desde o advento da Idade Moderna, encontrava-se ainda limitada ao pensamento. Foi o totalitarismo que a trouxe à realidade, tornando impotentes as categorias clássicas dos pensamentos político e jurídico diante de crimes que não poderiam “ser julgados pelos padrões morais usuais, nem punidos dentro do quadro de referência dos sistemas jurídicos tradicionais” (LAFER, 1988, p. 80).

O totalitarismo, diz Celso Lafer (1988, p. 94), caracteriza-se pelo “primado do movimento” (contra um “inimigo objetivo”, como se verá adiante), evidenciado, no plano do direito, pela ausência de uma estabilidade proporcionada por um sistema legal. No regime totalitário, existe o que ele chama de “amorfismo jurídico” (LAFER, 1988, p. 95), cuja nota é a “subversão do Direito do Estado” (LAFER, 1988, p. 95). O direito funciona, na modernidade, como forma de limitação do poder. Em um regime totalitário, contudo, tal função é subvertida: o direito está a serviço da liderança, sendo dela emanado. É por isso que, em regimes desse tipo, ganha relevo a atuação de “instituições não disciplinadas por normas, como o partido e a polícia” (LAFER, 1988, p. 95). Evidencia-se, no regime totalitário, uma confusão no que diz respeito às normas válidas, na medida em que estas não podem ser postas em leis e, portanto, não são de conhecimento público.

Ao amorfismo jurídico associa-se o amorfismo estatal, que diz respeito à organização do Estado. O poder, diz Lafer (1988, p. 95), citando Hannah Arendt, tem início “onde o segredo começa”. Dessa forma, no Estado totalitário existe uma sobreposição de órgãos cujo arranjo assemelha-se ao de uma cebola: os mais externos, visíveis, constituem-se apenas em uma fachada por trás da qual se escondem as verdadeiras instâncias de poder. Quanto mais ao centro, quanto mais escondido, maior é o segredo e, portanto, o poder. Tal mecanismo é útil para que se estabeleça uma sensação de terror e de isolamento – dada a incerteza relativamente a tudo que diz respeito ao aparelho estatal –, sendo a ferramenta pela qual é exercida a liderança¹.

Em um Estado de Direito, segundo Lafer (1988), podem ser apontados dois estratos de inteligibilidade das normas jurídicas: um que diz respeito à informação, à comunicação; outro relacionado a todo o ordenamento, remetendo a um projeto de orientação. Tais estratos são revelados pela positivação das normas e pela identificação de alguma coerência entre elas. No regime totalitário, contudo, o positivismo jurídico perde o seu propósito, na medida em que os objetivos são justamente o de desinformar e o de tornar impossível qualquer senso de direção de conduta. A esse respeito, Celso Lafer (1988, p. 97, grifo do autor) diz que: “se o positivismo jurídico combina a decisão com uma norma inserida no ordenamento, pode dizer-se que ele se vê efetivamente posto em questão pelo totalitarismo que, exacerbando o decisionismo, termina por prescindir de normas, pois é *lex soluta*”. O regime totalitário, dessa forma, ainda de acordo com Lafer (1988), não substitui um ordenamento legal por outro, mas destrói a legalidade². Num contexto como esse, as questões levantadas modernamente no campo jurídico, pela Filosofia do Direito, perdem totalmente o sentido. Esse é, segundo Lafer (1988), o primeiro aspecto, no que concerne ao direito, da ruptura representada pelo totalitarismo.

Uma das características do direito apontadas pela Filosofia do Direito é o antiformalismo. O direito concretiza-se na sua aplicação e, por isso, deve ser pensado em sua relação com a realidade, de maneira desapegada da letra posta, de sua dimensão formal. Essa perspectiva é identificada por Lafer (1988) como uma abordagem pelo ângulo externo, no qual se pergunta para que serve o direito (em contraposição ao ângulo interno, no qual se busca saber o que é o direito). Na sua lição, "O antiformalismo que caracteriza esta abordagem da Filosofia do Direito resulta do contraste entre Direito posto e Direito aplicado, da distância entre o Direito formalmente válido e a realidade social" (LAFER, 1988). Esse tipo de compreensão, para Celso Lafer (1988), remonta a Jhering, para quem deve-se levar em conta, na avaliação do direito, o seu fim, que é "a garantia genérica das condições de existência da sociedade". Nesse caso, ainda de acordo com Lafer (1988, p. 55-57, grifo nosso), "A teoria de Jhering pode ser vista como uma teoria do papel do *interesse* na criação do Direito". Essa noção estaria por trás, por exemplo, da lógica da economia liberal, na qual "a busca do próprio interesse promove o interesse coletivo" (LAFER, 1988, p. 99)³, ou da teoria da luta de classes do marxismo, segundo a qual "a vocação de uma classe para a dominação resulta de sua capacidade de organizar o conjunto da sociedade, inclusive através do Direito, conforme os seus interesses" (LAFER, 1988, p. 99). Posta a questão do "interesse" na análise da produção do direito e de sua aplicação, Celso Lafer (1988, p. 99, grifo do autor) coloca a pergunta: "Em que medida, portanto, [...] o *interesse* explica a direção do movimento que caracteriza a gestão totalitária?"

O amorfismo que caracteriza o Estado totalitário não permite que se identifique qualquer traço de finalidade no sistema jurídico. Em primeiro lugar, tal amorfismo constitui-se em um empecilho à produtividade, revelando uma natureza antiutilitária

expressa no desprezo por motivações materiais, como o lucro. Essa natureza pode ser constatada, segundo Lafer (1988), na atuação da polícia secreta⁴. Diferentemente do que ocorre em outros regimes autoritários, a polícia secreta não age contra um inimigo tangível, que seriam os adversários do regime, mas contra pessoas consideradas arbitrariamente "perigosas", chamadas por Lafer (1988, p. 100) de "inimigos objetivos" (na Alemanha nazista, por exemplo, os principais eleitos foram os judeus). A identificação do "inimigo objetivo" é conveniente à ideologia dominante, na medida em que dá um sentido ao movimento totalitário, qual seja: a marcha contra um obstáculo que deve ser aniquilado. Além disso, leva, no campo jurídico, à concepção de "crime possível", segundo a qual todo crime tido por viável deve ser castigado.

Num Estado marcado por conceitos como "inimigo objetivo" e "crime possível", diz Celso Lafer (1988), citando Hannah Arendt, "culpa e inocência viram conceitos vazios". Culpados são todos aqueles que se colocam contra uma lei histórica, anterior, que atribui a certo grupo uma superioridade natural. Todos, nessa concepção, são inocentes: os condenados, porque nada fazem; os algozes, porque não são responsáveis pelos seus atos, apenas cumprem uma ordem previamente dada. Nesse tipo de realidade, o antiformalismo da Filosofia do Direito, baseado na concepção de "interesse", não tem qualquer poder explicativo, simplesmente porque não há uma finalidade identificada, apenas um movimento irracional contra um inimigo que pode ser qualquer um. Essa seria, na visão de Lafer (1988, p. 102), "uma segunda dimensão da ruptura, trazida pelo totalitarismo, que também vulnera os conceitos e categorias elaborados no âmbito do paradigma da Filosofia do Direito".

Outra questão analisada por Celso Lafer (1988, p. 103) concerne à ruptura que o totalitarismo revela no tocante ao senso de justiça. Segundo ele,

“não se pode lidar com a justiça sem um juízo sobre uma determinada conjuntura histórica, e não se pode julgar a História sem se examinar a autoridade e as propostas que ela representa de organização da sociedade através da opção por uma forma de governo que encarna o critério de justiça”.

O regime totalitário “almeja o domínio total dos indivíduos” (LAFER, 1988, p. 103). De acordo com Lafer (1988), citando Hannah Arendt, esse objetivo é alcançado em três passos. São eles: “a morte da personalidade jurídica”, a “destruição da personalidade moral” e “a eliminação da singularidade da pessoa humana”.

Em primeiro lugar, cuida-se de matar a personalidade jurídica. A pessoa, nesse caso, perde o *status* de cidadão, tornando-se um nada para o mundo jurídico. Tal processo é aprofundado pelo surgimento dos campos de concentração, os quais orbitam fora do direito penal (fora de qualquer direito, aliás), diferentemente de uma prisão. Nesta, as pessoas não deixam de estar protegidas: são condenadas com base na lei, mas também estão ao alcance de suas garantias. O confinamento em um campo de concentração, ao contrário, não tem relação com qualquer nota de legalidade. As pessoas são lá postas não por serem condenadas em um processo, mas por serem “inimigos objetivos”. Assim, diz Lafer (1988, p. 110),

“destituídos da distinção protetora de haverem feito alguma coisa, de terem tido alguma conduta delituosa, os internados nos campos de concentração ficavam completamente expostos, por isso mesmo, à total arbitrariedade”.

“A destruição da personalidade moral” é obtida pela imersão do campo de concentração em um vazio sonoro, no qual desaparece, além da palavra escrita, a falada e, portanto, a memória. O objetivo, nesse caso, é gerar o anonimato, pelo qual a pessoa deixa de existir. Observe-se o que diz, a esse respeito, Celso Lafer (1988, p.

111), reproduzindo um pensamento de Hannah Arendt:

“Além disso, ‘os campos de concentração, tornando anônima a própria morte e tornando impossível saber se um prisioneiro está vivo ou morto, roubaram da morte o significado de desfecho de uma vida realizada. Em certo sentido, roubaram a própria morte do indivíduo, provando que, doravante, nada – nem a morte – lhe pertencia e que ele não pertencia a ninguém. A morte apenas selava o fato de que ele jamais havia existido’”.

A última etapa do projeto de dominação total é executada por meio da “eliminação da singularidade da pessoa humana”. Nesse caso, as pessoas, no campo de concentração, são submetidas a uma uniformização: vestem roupas iguais, têm os cabelos raspados, vivem amontoadas e são submetidas às mais perversas torturas. O objetivo é, nesse caso, matar o indivíduo aos poucos, despersonalizá-lo por meio da deformação de sua humanidade, a ponto, finalmente, de transformá-lo em um objeto vivo, ou melhor, em um morto-vivo.

O organismo central de um regime totalitário é, segundo Lafer (1988), citando Hannah Arendt, o campo de concentração. A existência deste lugar é essencial para o exercício da dominação total, pois: (a) nele, é demonstrada “a convicção totalitária de que tudo é possível”, de que não há limites; (b) nele, também a espontaneidade⁵ é eliminada, transformando a pessoa em “simples coisa”; e, por fim, (c) a partir dele é possibilitada a preservação do poder pela disseminação do “medo indefinido”, inspirado pela noção de que qualquer um pode ser considerado um “inimigo objetivo”, estando, dessa forma, sujeito ao descarte⁶. Numa sociedade vivendo à sombra de tal ambiente, não há como associar a idéia de justiça à de legalidade, “pois as normas jurídicas, por mais injustas que sejam, representam um limite e uma estabilização e,

destarte, um obstáculo à tentativa totalitária de tornar supérfluos todos os homens” (LAFER, 1988, p. 103-104).

As considerações de Lafer (1988) terminam com a percepção de que a experiência totalitária pode se repetir pelo simples fato de que os pressupostos para o seu surgimento continuam a existir. Segundo ele, “Hannah Arendt observa [...] que um dos dados importantes, [...] no advento dos regimes totalitários que estudou, foi a existência de pessoas como desempregados, marginais, refugiados, que são percebidos como supérfluos” (LAFER, 1988, p. 112). Sendo essa, mais do que nunca, a imagem do mundo atual, é lícito supor que “os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários” (AREN-DT apud LAFER, 1988, p. 113). O mesmo terreno em que nasceram o nazismo e o stalinismo continuam férteis para que regimes semelhantes ganhem vida.

3. Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância (Carlo Ginzburg)

Carlo Ginzburg (2001), no texto “Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância”, cuida da influência da distância sobre os sentimentos humanos. Ele mostra que a distância no espaço ou no tempo relativiza nossas concepções acerca da moral. Nesse sentido, pode ser que tenhamos algum escrúpulo em relação a atitudes que possam afetar pessoas próximas, mas pode ser que não façamos as mesmas considerações no que concerne aos efeitos que essas mesmas atitudes possam ter sobre pessoas distantes. A distância, nesse caso, deve ser entendida tanto no conceito espacial quanto no sentido temporal (no passado ou no futuro).

As considerações de Ginzburg (2001) em relação ao efeito da distância sobre as sensações humanas começam com a leitura de Aristóteles, na qual podem ser identi-

ficados “limites históricos e geográficos” para emoções como piedade e inveja. Antes, porém, o autor italiano fala da distinção concebida, pelo próprio Aristóteles, entre lei particular e lei geral. A primeira seria a lei de cada povo. A segunda seria a lei natural, ou seja, aquela dada pela natureza e correspondente a princípios morais universais, válida da mesma maneira, portanto, em qualquer lugar e em qualquer tempo. Seguindo a leitura do filósofo grego, contudo, Ginzburg identifica um pensamento que restringe essa conclusão. Diz Aristóteles no livro “Retórica”, em citação de Ginzburg (2001, p. 201): “E como suscitam piedade as desventuras que parecem próximas, as que aconteceram dez mil anos atrás ou acontecerão daqui a dez mil anos não causam piedade, ou o fazem em medida muito menor”. E, em relação à inveja: “Também têm inveja aqueles de quem sou rival. Rivaliza-se com todos esses; mas ninguém rivaliza com pessoas que viveram dez mil anos atrás, que estão por nascer ou que já morreram (ARISTÓTELES apud GINZBURG, 2001, p. 201)”. Essas leituras permitem inferir quão antiga é a reflexão sobre a relatividade dos princípios gerais, aqui, expostos na forma de sentimentos como piedade e inveja, em face da distância, física ou temporal.

As digressões de Ginzburg (2001) seguem agora com a referência a Diderot, que também se debruçou sobre o tema. Ginzburg (2001, p. 204) cita passagem de “Conversa de um pai com seus filhos, ou do perigo de se pôr acima das leis”, na qual o filósofo francês diz:

“Concordamos em que a distância em relação aos lugares e ao tempo talvez atenuem mais ou menos todos os sentimentos, toda sorte de consciência, mesmo a do crime. [...] O remorso talvez nasça menos do horror de si do que do medo dos outros; menos da vergonha da ação do que da censura e do castigo que se seguiriam se ela fosse descoberta”.

Com essa passagem, Ginzburg (2001) coloca uma outra perspectiva do problema. A frouxidão de nossos princípios ou de nossas sensações é gerada não propriamente pela distância dos fatos. Mais do que isso, ela tem origem na rarefação da censura, na dissipação daquele sentimento de que alguma coisa, ou alguém, nos reprova. Ainda a propósito desse assunto, é mencionada outra obra de Diderot, “Carta sobre os cegos, para o uso dos que enxergam”. Numa metáfora com o fato de os cegos só poderem formar algum juízo sobre uma atitude quando ouvem uma “queixa” (dado que não vêem tal atitude), o filósofo afirma: “Por isso não duvido que, não fosse o temor ao castigo, muita gente teria menos dó de matar um homem a uma distância em que o vissem (*sic*) do tamanho de uma andorinha do que de matar um boi com as próprias mãos” (DIDEROT apud GINZBURG, 2001, p. 205). É nesse sentido, então, que, no tocante à relatividade dos princípios em face das distâncias e, mais ainda, do “temor ao castigo”, Ginzburg (2001, p. 206) escreve: “De acordo com Diderot, a moralidade é o resultado de circunstâncias e coações específicas, físicas e históricas”.

A imagem de um homem visto “do tamanho de uma andorinha” é logo utilizada por Ginzburg (2001) em associação à guerra moderna, na qual os inimigos estão ao alcance de um botão, fora do campo visual. O contato com a vítima torna as coisas mais difíceis, mesmo quando quem mata é adestrado para isso. Falando sobre o extermínio de judeus na Alemanha nazista, Ginzburg (2001, p. 209) escreve que “Os cidadãos alemães normais transformados em assassinos em massa, quando deparavam casualmente com judeus que haviam conhecido no passado, não conseguiam cumprir suas tarefas de maneira adequada”⁷.

Outro ponto levantado por Carlo Ginzburg (2001) baseia-se na análise de Balzac sobre a moralidade na sociedade burguesa. Segundo Ginzburg (2001, p. 209), Balzac mostra que, nesse tipo de sociedade, “é

difícil respeitar as obrigações morais, mesmo as mais elementares. A série de relações em que estamos envolvidos pode nos tornar responsáveis, ao menos indiretamente, por um crime”. Como exemplo, Ginzburg (2001, p. 210) cita passagem do romance “Modeste Mignon”, no qual um dos personagens de Balzac se expressa da seguinte forma: “Na Índia, os ingleses matam milhares de pessoas como nós [...] e nem por isso você deixou de tomar seu café”. O professor italiano conclui, então, que, “num mundo que sabemos dominado pelas crueldades do atraso e do imperialismo, nossa indiferença moral já se constitui em uma forma de cumplicidade” (GINZBURG, 2001, p. 210)⁸.

Em que medida a distância no espaço ou a distância no tempo altera a moral é outra questão enfrentada por Ginzburg (2001), o qual baseia suas considerações em Hume. Os efeitos do passar dos anos sobre os princípios, no sentido de enfraquecê-los, seria maior que o efeito da distância. Mais ainda, a mesma distância no passado teria mais conseqüências que a mesma distância no futuro, já que

“imaginamos o futuro como algo que se aproxima cada vez mais de nós, e o passado como algo que se afasta. Por isso duas distâncias idênticas no passado e no futuro não têm o mesmo efeito sobre a imaginação, na medida em que consideramos que a primeira sempre aumenta, enquanto a segunda diminui continuamente” (HUME apud GINZBURG, 2001, p. 214).

A esse propósito, diz Hume, em citação de Ginzburg (2001, p. 216), que “nenhuma das nossas ações podem alterar o passado”. Este, porém, não se satisfaz com essa conclusão e acrescenta que “as ações humanas, podem, contudo, influir poderosamente sobre a memória do passado, distorcendo seus vestígios, degredando-a ao esquecimento, condenando-a à destruição” (GINZBURG, 2001, p. 216). À luz dos acontecimentos do séc. XX, por fim, Ginzburg fala

que o potencial técnico de destruição da humanidade já influiu e ainda influenciará as memórias das gerações mais longínquas, futuras ou passadas.

4. Aspectos totalitários no pós-11 de setembro de 2001

As ações tomadas pelo governo dos Estados Unidos após os atentados do dia 11 de setembro de 2001 têm causado perplexidade ao mundo. Dois países, Afeganistão e Iraque, foram invadidos, e os direitos humanos, dentro ou fora do território americano, foram recorrentemente desconsiderados. Apesar de talvez ser um exagero qualificar o governo americano como um regime totalitário, as características de suas ações guardam semelhanças indisfarçáveis com o *modus operandi* de um regime tal qual o nazista. Não há como deixar de associar a “luta contra os maus”, em que qualquer um pode ser considerado terrorista, a manutenção de pessoas sem direitos na base militar de Guantánamo e a ideologia da “guerra preventiva” a conceitos como “inimigo objetivo”, “campo de concentração” e “crime possível”.

Os Estados Unidos, como resposta aos ataques ao seu território em 11 de setembro de 2001, lançaram-se em uma cruzada contra seus inimigos. E aí exatamente reside o problema: quem são os inimigos? Dizem que são os terroristas. Mas quem são os terroristas? É o Osama bin Laden? Era o Saddam Hussein? São os afegãos e os iraquianos? O fato é que os inimigos, agora, não têm rosto, não têm bandeira. Por isso mesmo, todos são inimigos em potencial. Claro, talvez haja pistas que possam indicar a maior ou menor periculosidade de alguém: é provável que, para os americanos, as pistas digam respeito ao fato de uma pessoa não ser alta, ou não ter olhos claros, ou não falar inglês. Muitos são os relatos de pessoas que, por terem despertado algum receio de que pudessem ser terroristas, foram, no mínimo, submetidas a

humilhações por funcionários do governo americano. Cristiano Paixão (2005, p. 226-227), falando sobre a base de Guantánamo, observa que

“Ao que tudo indica, nenhum dos originais 660 detentos esteve envolvido com o que se chama de Al-Qaeda. Eram pessoas que estavam na hora errada no lugar errado. No máximo existem alguns mullahs que eram fiéis ao Talibã. Não há terroristas, no sentido da palavra, em Guantánamo”.

Nesse ponto já se pode identificar uma primeira nota de totalitarismo. O inimigo dos Estados Unidos hoje tem o mesmo padrão do inimigo da Alemanha nazista: é qualquer um que tenha sido eleito como tal com base em critérios os mais arbitrários possíveis, não importa se represente perigo ou não. É o “inimigo objetivo”, ao qual se refere Celso Lafer (1988), citando Hannah Arendt. Tal construção, é bom recordar, serve como um objetivo do movimento do regime totalitário. No caso dos nazistas, o “inimigo objetivo” era o judeu, o feio, uma sub-raça que deveria, tal qual um verme, ser eliminada em nome da superioridade ariana. Hoje, o “inimigo objetivo” é o árabe ou qualquer pessoa que tenha alguma de suas características ou, ainda, que emita alguma desaprovação aos Estados Unidos, esteja ela envolvida em atividades terroristas ou não.

A escolha em muitos casos arbitrária de inimigos tem a ver com duas coisas, de certa forma relacionadas: (a) com o fato mesmo de os adversários não terem identificação (bandeiras, uniformes, insígnias) e de contarem, muitas vezes, com a simpatia da população civil⁹; e (b) com a adoção da estratégia da “guerra preventiva”. No primeiro caso, está a questão já mencionada de o terrorista não ter rosto. Ele, de fato, pode ter qualquer nacionalidade, falar qualquer língua, estar em qualquer lugar. Aliás, cabe lembrar que os seqüestradores dos aviões que serviram de arma contra o território

americano residiam há um bom tempo dentro dos Estados Unidos. Mas, muito além disso, está o fato de que, por sua ação intervencionista em todo o globo, por sua falta de consideração com a diversidade, com outras culturas, com outras religiões, os norte-americanos são objeto de ódio em, talvez não seja exagero dizer, todos os cantos do planeta. Dessa forma, muitos dos movimentos que os desafiam contam logo com a simpatia de alguns povos, e, por vezes, com o seu apoio. Benjamin R. Barber (2005, p. 23), em “O Império do Medo”, assim analisa essa situação:

“Mas a dura verdade é que esses atentados [os de 11 de setembro de 2001 e posteriores] não seriam possíveis na ausência de uma ampla base de apoio que protege e alimenta os malfeitores, e que o mar no qual os terroristas nadam não é uma liga de Estados perversos [...]. Esse mar é formado por uma entidade coletiva não-governamental de cidadãos enfurecidos, jovens marginalizados, congregações religiosas que se sentem sitiadas e culturas postas em perigo pelo avanço da modernidade”.

Bem, se o adversário não tem rosto, que se tire de circulação qualquer um parecido com ele. É o caso do “inimigo objetivo”. O problema, agora, é: como, na terra da liberdade, justificar tamanha violência ao direito? Como, na pátria das garantias individuais, justificar que alguém seja preso por ser arbitrariamente considerado perigoso? A resposta vem pela ideologia da “guerra preventiva”, segundo a qual as forças de defesa americana devem debelar qualquer perigo, arrasando o “inimigo”, antes que ele se manifeste¹⁰. Assim se manifestou o presidente George W. Bush, em citação de Benjamin R. Barber (2005, p. 99): “Devemos levar a batalha até o inimigo, desorganizar seus planos, confrontar as piores ameaças antes que se manifestem”. A tática da “guerra preventiva” tem por trás a idéia de que, já que não se sabe onde e como um

terrorista vai atacar (ou mesmo quem é esse terrorista), deve-se lançar mão de qualquer meio que possibilite eliminar o perigo no seu nascedouro. Como qualquer um pode representar um perigo em potencial, ficam justificados, em nome da prevenção, os atos contra as suas liberdades.

A idéia subjacente à “guerra preventiva” é a mesma que está por trás do conceito, lembrado por Celso Lafer (1988), de “crime possível”, um dos elementos que caracterizam um Estado totalitário. O “crime possível” é aquele em que seus autores, não o tendo cometido, são punidos pelo simples fato de que poderiam tê-lo feito. Ora, o que é a “guerra preventiva” senão exatamente isso? A preocupação com a prevenção de ameaças, não resta dúvida, é uma das atribuições do Estado. Existe uma atividade policial ostensiva cujo objetivo é justamente evitar que algo danoso aconteça ao conjunto da sociedade. A diferença fundamental entre um tal tipo de prevenção e aquela baseada no “crime possível” é que, no primeiro caso, não existem culpados de um crime que não ocorreu. Como exemplo, construa-se a seguinte situação: uma pessoa não autorizada e sem porte de arma é flagrada com uma pistola em uma área restrita do Palácio do Planalto. Existe alguma probabilidade de que ela tivesse a intenção de matar o Presidente da República. O policiamento, atento, age preventivamente e aborta qualquer chance de que isso ocorra. Essa pessoa, em uma democracia, é afastada da área e responde, caso haja previsão legal, por estar armada e por entrar indevidamente em uma área de segurança. Isso é o que seria uma ação preventiva em uma sociedade democrática. Em um regime totalitário – ou em uma sociedade cujas ações possuíssem características totalitárias –, por seu turno, as coisas se dariam de outra forma. A mesma pessoa, sem matar o Presidente, seria condenada por esse crime, por um crime que não ocorreu, mas que, com alguma possibilidade, iria ocorrer. As lógicas da

“guerra preventiva” e do “crime possível” orbitam fora da legalidade, na medida em que condenam por um não-crime. Estão irmanadas naquilo que Celso Lafer (1988) chama de ruptura do paradigma da Filosofia do Direito. O comentário de Benjamin R. Barber (2005, p. 102) ajuda a entender essa conclusão:

“Devido à sua lógica ‘de autodefesa por antecipação’, a estratégia da guerra preventiva conta com previsões a longo prazo e uma suposta concatenação de efeitos que são muito menos confiáveis do que a lógica da autodefesa imediata. Atirando primeiro para perguntar depois, abre o caminho para trágicos mal-entendidos. [...] E ao abandonar a prudente lógica do contrato social e o respeito à lei que constituíram talvez a mais bela realização da independência americana, abandona, no fim das contas, o próprio legado idealista no qual supostamente se enraíza”.

É provável que a nota mais característica de totalitarismo na política americana seja a base militar de Guantánamo, a qual se revela um verdadeiro campo de concentração para os que lá se encontram presos. Matéria publicada na revista “Veja” fornece, de forma bastante clara, uma idéia do que seja o local.

“Um ano e meio depois [das invasões ao Afeganistão e ao Iraque], os Estados Unidos mantêm num campo de prisioneiros em Guantánamo, uma base naval em Cuba, seis centenas de pessoas capturadas durante a guerra no Afeganistão. Na semana passada, militares confirmaram que um prédio está sendo reformado na base para servir de tribunal. E que só se aguardam ordens para montar a câmara de execução. São notícias que provocam arrepios. Não porque os prisioneiros serão julgados e alguns deles, membros do Talibã e da Al-Qaeda, poderão ser condenados

à morte. E sim pelo modo como o governo americano lida com o assunto. A prisão foi montada intencionalmente em Guantánamo porque a área, arrendada de Cuba em caráter perpétuo, está tecnicamente fora de qualquer jurisdição legal. Nesse limbo jurídico, os presos são proibidos de ter contato com parentes, advogados, representantes diplomáticos de seu país (há 42 diferentes nacionalidades) e não respondem a nada parecido com um processo democrático. Como são considerados combatentes irregulares, nem sequer devem ser libertados ao fim do conflito, como mandam as regras da Convenção de Genebra” (LUGAR..., 2003).

A base de Guantánamo encontra-se em um “limbo jurídico”. Significa dizer que não está na esfera de qualquer jurisdição. De acordo com o governo americano, não se aplicam aos prisioneiros da base as normas de direito interno, uma vez que lá a soberania não seria americana, mas cubana. O interessante, nesse caso, seria perguntar se os acontecimentos na base poderiam ser julgados por um tribunal cubano. Além disso, segundo a interpretação do governo americano, os presos não se encontram amparados pelas regras do direito internacional, que divide prisioneiros de guerra em dois grupos: os capturados em atividades militares, “a serviço de uma potência inimiga em relação à qual uma nação entrou em conflito”; a população civil. Dessa forma, para os Estados Unidos, os prisioneiros de Guantánamo, supostamente capturados em atividades terroristas, não são considerados prisioneiros de guerra, já que não se enquadram em qualquer dos dois grupos, mas “combatentes ilegais”. Essas pessoas, então, estão em um lugar onde não existe direito. Em termos jurídicos, estão em um “não-lugar” (PIRES; PAIXÃO, 2005, p. 223-224). O “não-lugar” em que se constitui Guantánamo é o lugar, para o direito, do “amorfismo jurídico” ao qual faz referência

Celso Lafer (1988), o lugar da “subversão do Direito do Estado”. Em um mundo juridicamente amorfo, não é dada publicidade à norma, a qual é emanada da liderança, estando a seu serviço.

Os prisioneiros da base de Guantánamo estão, tal qual os internos de um campo de concentração, submetidos a um processo de “dominação total”. No campo, os internados perdem sua personalidade jurídica, já que não estão amparados por qualquer direito. Perdem sua personalidade moral, uma vez que são imersos em um “vazio”, em um lugar onde morre a história, a memória. Finalmente, perdem sua singularidade, na medida em que são uniformizados, ou seja, em que deixam de possuir características pessoais, únicas, passando a ser todos iguais. Este parece ser exatamente o caso dos presos em Guantánamo. A morte da personalidade jurídica é decorrência do “não-lugar” em que se constitui a base naval. A perda da personalidade moral vem com o completo isolamento, com a falta de contato com qualquer coisa que remeta às raízes, com a falta de perspectiva para o fim de um sofrimento. Essa falta de perspectiva, aliás, encontra imagem muito apropriada no que, conforme Cristiano Paixão (2005, p. 228, grifo do autor), pode ser definido como *suspensão no tempo*. De acordo com esse autor,

“Um psicólogo forense que é do Havaí e que presta consultoria para detentos esteve em Guantánamo e declarou: ‘Olha, isso aqui não é inteiramente diferente do que acontece no sistema prisional norte-americano. O que é diferente é que lá o condenado chega com uma pena; então, examina a lei, ele se comunica com seu advogado, ele faz estratégias para conseguir uma condicional, para conseguir sair mais cedo. Ele tem um horizonte, tem uma perspectiva. Em Guantánamo, isso não existe’. Essa é a principal diferença: em Guantánamo, os detentos não estão apenas com sua mobilidade

reduzida no espaço; eles também estão *suspensos no tempo*”.

A perda da singularidade, por fim, resulta também da uniformização. Nesse caso, relatos dão conta do uso de capuzes e de luvas, retirando das pessoas seus mais elementares traços de identidade e, mais do que isso, retirando delas o “direito a sentir”. Nas palavras de Daniela R. Alves (2005, p. 63) e outros,

“para que os ‘perigosos’ detentos de Guantánamo não possam causar nenhum mal aos que os guardam, são utilizadas vendas, capuzes, mordanças, algemas, correntes e luvas. Dessa forma, além da restrição de direitos civis, os prisioneiros ainda são constrangidos a situações humilhantes e de privação total dos sentidos, tirando-lhes um direito essencial – e inédito: o direito a sentir”.

Com todas essas barbaridades patrocinadas pelo seu governo, é de se perguntar como os cidadãos americanos, orgulhosos de sua tradição de defesa da liberdade, vêem essas coisas. A resposta, muito provavelmente, mereça dois tipos de raciocínio. Em primeiro lugar, grande parte desses cidadãos deve mesmo acreditar que seu governo defenda o estandarte da democracia no mundo. Isso ocorre porque, tal qual a propaganda de um regime totalitário, dissemina-se a mentira, a qual, segundo Lafer (1988, p. 105), “desfigura ideologicamente os fatos para ajustá-los às necessidades do poder no momento em que estigmatiza os ‘inimigos objetivos’”. A constatação de que a propaganda oficial americana espalha uma falsa crença que encontra pleno aconchego no colo de seus cidadãos é assim expressa por Benjamin R. Barber (2005, p. 34):

“Mitos de grande utilidade [...] – mitos como autonomia americana, virtude americana, democracia americana, inocência americana – estão sendo reativados com fervor patriótico no plano doméstico, embora no

exterior sejam vistos como vazios ou hipócritas”.

O mesmo autor, falando, em uma passagem anterior, sobre justificativas hipócritas para os desmandos dos Estados Unidos mundo afora, diz que:

“há quem continue insistindo em que homens e mulheres de boa vontade (americanos, por definição!) são incapazes de produzir maus resultados (não-americanos, por definição!). O que aconteceu em Abu Ghraib, o que aconteceu com todos os civis mortos durante a libertação do Iraque, o que aconteceu com os ‘danos colaterais’, (sic) infligidos no Afeganistão foi totalmente não intencional e, portanto, algo a não ser computado no livro de contas de moralidade dos americanos. Esse tipo de raciocínio está a serviço de um sistema de moral inatacável, já que não pode ser refutado pelos fatos (BARBER, 2005, p. 17-18)”.

Conclui-se, então, que uma das formas pelas quais os cidadãos americanos possam aceitar os fatos diga respeito à sua pia crença, alimentada pela propaganda oficial, em sua infalibilidade moral.

Outro modo pelo qual seja possível entender como os americanos vêem a dilaceração do direito talvez resida nas considerações de Ginzburg (2001) sobre as “implicações morais da distância”. É provável que o cidadão estadunidense pouco se importe com o que aconteça a sua volta ou mesmo em seu território, na medida em que não acontece com ele. Não é estranho supor que, para esse cidadão, a morte de um iraquiano cause a mesma aflição que a morte do “mandarim chinês” causa no cidadão europeu – ou seja, quase nenhuma. É provável que o mesmo sentimento (ou a mesma falta de sentimento) seja gerado quando um vizinho, também americano, mas de origem indiana, seja mantido preso sem direito a um advogado. Esse vizinho, próximo no espaço, está a léguas de distância na questão étnica. Nessa

perspectiva, talvez seja pouco clara para os americanos a sensação de que a corda dos direitos fundamentais esteja sendo roída, já que o ponto em que isso ocorre parece muito distante.

De qualquer forma, é alentador saber que essas duas maneiras de encarar o mundo talvez estejam começando a ceder espaço para as reais considerações em questão. São indicadores disso os resultados das eleições recém-ocorridas para o Congresso Americano, que deram a vitória ao Partido Democrata (em oposição ao Partido Republicano, ao qual se filia o presidente George W. Bush), e outros movimentos da sociedade, como os relatados por Cristiano Paixão (2005, p. 234, grifo do autor):

“existem movimentos de reação nos Estados Unidos da América. Há decisões exemplares de tribunais federais americanos, que vão ser submetidas à Suprema Corte. Há um movimento de comunidades políticas: 375 cidades e 4 estados já aprovaram resoluções contrárias ao *USA Patriot Act*. Inclusive a cidade de Nova York, que o fez por unanimidade”.

Não se quer, com esses comentários, dizer que os Estados Unidos adotam hoje um regime totalitário. Se existem, aplicadas a certas situações, práticas de cunho totalitário, existe também todo um sistema legal condizente com um Estado de Direito em funcionamento. Abusos estão sendo cometidos, mas as reações a eles existem, com muitas discussões sendo levadas ao Poder Judiciário. Essa também é a posição de Cristiano Paixão (2005, p. 238, 243), para quem:

“É difícil usar o termo ditadura nos Estados Unidos. Posso usar um termo como regime de força, posso usar o termo autocracia, com apoio em uma aristocracia econômica, mas nunca poderia usar o termo ditadura. Não existe uma ditadura, hoje, nos Estados Unidos. Bush não é um ditador do momento. Isso seria uma

Notas

¹ Outra característica fundamental do regime totalitário refere-se à presença do partido de massa, por meio do qual controlam-se as mentes da população. É o que se depreende da lição de Mario Stoppino (2004): “A ‘Ditadura totalitária’ emprega, além dos meios coercitivos tradicionais, o instrumento particular do partido único de massa, tendo assim condições de controlar completamente a educação e os meios de comunicação e também as instituições econômicas. Além disso, pode exercer uma pressão propagandística permanente e penetrar em cada formação social, e até na vida familiar dos cidadãos, suprimindo qualquer oposição e até as críticas mais leves, através de especiais aparelhos políticos, de polícia e de terror, impondo assim a aceitação entusiástica do regime a toda a população”.

² A única forma de se proteger do aniquilamento da legalidade em um regime totalitário é a fuga, seja pelo exílio, seja pela morte. Ilustrativo disso é o depoimento (trazido por Dmitri Volkogonov (2004), em sua biografia de Stalin) de uma filha de um oficial do Exército Vermelho, chamada Kochneva. Seu pai havia sido convocado para ser juiz do caso Tukhachevsky, no qual o próprio (Tukhachevsky) e outros oficiais eram acusados de conspirar, junto aos alemães, a queda de Stalin. Eis um trecho do depoimento:

Blyukher foi visitar meu pai no dia 30. Eram velhos amigos dos dias de Extremo Oriente. Conversaram por longo tempo. Depois, meu pai disse à minha mãe que fora convocado para juiz do caso Tukhachevsky.

“Mas como posso fazer isso?” – exclamou. – “Sei que eles não são inimigos. Blyukher diz que se eu não for poderei ser preso”.

Blyukher voltou para uma conversa rápida no dia 31. Depois vieram outras pessoas e selaram a sorte de meu pai. Disseram-lhe que tinha sido transferido de função e que seus assistentes [...] já estavam presos. Recebeu ordens para permanecer em casa. Tão logo os agentes da NKVD [polícia secreta] saíram, ouviu-se um tiro no escritório. Quando minha mãe e eu corremos, estava tudo acabado.

Acho que o tiro foi uma resposta à proposta de Stalin para que meu pai fizesse parte do júri sobre seus amigos do exército. *Uma resposta à ilegalidade. Ele não achou outro meio de fazê-lo.* (VOLKOGONOV, 2004, p. 319-320, grifo nosso).

³ A Teoria Econômica há muito debate essa questão. A idéia de que a tentativa de maximização da utilidade individual (“a busca do próprio interesse”) conduz à maximização da utilidade social (“interesse coletivo da sociedade”) é enfraquecida pelas falhas de mercado, como assimetria de informação (exemplo: o vendedor de um carro usado em geral conhece bem melhor o estado do carro que o comprador) e externalidades (exemplo: poluição causada por uma fábrica agindo em seu interesse próprio; nesse caso,

há uma externalidade negativa, uma perda de bem-estar imposta ao resto da sociedade). Outro ponto que questiona essa idéia é dado pela Teoria dos Jogos. Um bom exemplo é mostrado no filme “Uma mente brilhante”, sobre a vida de John Forbes Nash Jr., um dos pais dessa teoria. Em uma passagem do filme, Nash está em um bar com alguns amigos, quando eles começam a discutir quem vai cortejar a moça mais bonita de um grupo de amigas. Nash aponta que a melhor estratégia para eles não é disputar a moça mais bonita (em tal disputa, todos tentariam a busca do melhor no interesse próprio). O melhor a fazer seria agirem estrategicamente, definindo antecipadamente quem abordaria qual moça do grupo de amigas. Nesse caso, poderia ocorrer de ninguém conseguir o melhor para si (conquistar a garota mais bonita), mas as possibilidades de sucesso para um número maior de amigos seriam bem maiores (UMA MENTE ..., 2001).

⁴ No documentário “Senta a Pua!”, sobre a participação da Força Aérea Brasileira na Segunda Guerra Mundial, um ex-piloto fala do temor que tinha de ser capturado não por soldados do exército alemão, mas por agentes da polícia secreta (SS). É provável que tal sentimento fosse gerado pelo fato de a atuação do exército ser mais convencional, menos ideológica, do que a atuação da polícia secreta. Nessa interpretação, um prisioneiro de guerra, para um soldado alemão, não mais representaria perigo; para um agente secreto, contudo, seria um inimigo em potencial, um “inimigo objetivo” (SENTA..., 2000).

⁵ A ação, um dos aspectos da condição humana na concepção de Hannah Arendt (2005), só é permitida pela vivência em um mundo plural e, portanto, em um mundo em que sejam preservadas as singularidades das pessoas. A singularidade é alcançada quando existe a possibilidade de um agir próprio, de um pensar próprio; quando existe a chance de a pessoa ser diferente. A eliminação da espontaneidade, ou seja, da capacidade de a pessoa se determinar livremente, sem constrangimentos, liquida qualquer possibilidade de existência de um pluralismo, e, portanto, de ação.

⁶ O exame dos aspectos relacionados aos campos de concentração traz à lembrança a base de Guantánamo, na qual são confinados prisioneiros capturados pelos Estados Unidos em sua guerra contra o terror. (Mas o que é isso: a guerra ao terror?) Poderiam esses aspectos, em alguma medida, caracterizar tal base? A resposta a essa pergunta talvez passe pela consideração de que, da mesma forma que em um campo de concentração, a base de Guantánamo não esteja sujeita a qualquer jurisdição.

⁷ Dois fatos mencionados no documentário “Arquitetura da Destruição” estão particularmente relacionados com esses comentários de Ginzburg. Tratando da eliminação de pessoas deficientes, o filme mostra como o regime nazista escondia a realidade, por exemplo, transportando tais pessoas em veículos com vidros tapados. Depois, falando da eliminação

dos judeus, revela como as ações se tornaram mais fáceis a partir do momento em que se começaram a usar as câmaras de gás, em vez do fuzilamento. Agora, matavam-se judeus à semelhança de traças ou piolhos; além disso, não se via o sangue dos condenados - o processo era limpo, não deixava vestígios (ARQUITETURA..., 1992).

⁸ Esses comentários de Ginzburg encontram alguma relação com curtas-metragens da coletânea "11 de setembro". Nos filmes dirigidos por Samira Makhmalbaf (segmento Irã), Idrissa Ouedraogo (segmento Burkina-Faso), Vladimir Vega e Ken Loach (segmento Reino Unido) e Danis Tanovic (segmento Bósnia-Herzegovina), uma das possíveis mensagens relaciona-se ao fato de a desgraça na vida de grupos enormes de pessoas ser uma realidade cotidiana, mas pouco impactante em termos globais, diferentemente da tragédia estadunidense de 11 de setembro de 2001. Esta, afora o espetáculo das imagens e o inusitado do ataque à maior força militar do planeta, leva a uma enorme comoção, provavelmente pelo fato de a presença dos Estados Unidos em cada recanto do globo ser quase que inerente à vida de cada ser humano. Ocorre que outras pessoas em outros lugares também estão sujeitas às mais diversas violências: à doença e à miséria, na África; à guerra, levando, por exemplo, à fuga de afegãos para o Irã ou a massacres étnicos na ex-Iugoslávia; a ditaduras sanguinárias, como a de Pinochet, no Chile. Tais violências, entretanto, são, para o resto do mundo, muito menos tocantes, na medida em que as pessoas a elas expostas estão "longe", não têm importância. Somos, então, indiferentes a essas pessoas; talvez mesmo cúmplices, "num mundo que sabemos dominado pelas crueldades do atraso e do imperialismo" (11 DE SETEMBRO, 2002).

⁹ Ao falarmos em "população civil", queremos simplesmente nos referir a pessoas que não estão envolvidas com grupos armados.

¹⁰ Nessa perspectiva, a idéia de "guerra preventiva" não se constitui em nenhuma novidade. Afinal, o que foram os lançamentos das bombas atômicas sobre o Japão no final da Segunda Guerra Mundial?

Referências

11 DE SETEMBRO = 11'09'01. Direção: Youssef Chahine et al. França: [s. n.], 2002. Cor.

ALVES, Daniela R. et al. Direitos humanos no contexto da "sociedade de risco": Guantánamo e o "direito a sentir". In: MACEDO, Paulo E. V. B. de. *Direito e política*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARQUITETURA da destruição = Architektur des untergangs. Direção: Peter Cohen. Alemanha: [s. n.], 1992. Cor.

BARBER, Benjamin R. *O império do medo*. Tradução de Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GINZBURG, Carlo. Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância. In: _____. *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAFER, Celso. A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável. In: _____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUGAR fora da lei. *Veja*, São Paulo, ano 36, n. 24, v. 1807, 18 jun. 2003.

PIRES, Álvaro; PAIXÃO, Cristiano. Mesa 4: a face bélica das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado: do sistema penal regular à eliminação das garantias dos direitos fundamentais: as sombrias perspectivas a partir de Guantánamo. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SENTA a pua!. Direção: Erik de Castro. Brasil: [s. n.], 2000. Cor.

STOPPINO, Mario. Ditadura. In: BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 2004.

UMA MENTE brilhante = A beautiful mind. Direção: Ron Howard. EUA: [s. n.], 2001. Cor.

VOLKOGONOV, Dmitri. *Stalin: triunfo e tragédia*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. 1 v.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor com carta anexa de autorização para publicação e visualização na Internet, bem como declaração de que o artigo é inédito, com um exemplar impresso (preferencialmente em papel A4, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5) e um disquete gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela) no disquete, com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não-publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.