



*Revista*  
**Brasileira**  
**de Direito**

N. 1 • Ano I • 2005



VERSÃO  
DIGITAL  
Fac-similar

*méritos*  
editora



*Revista*  
*Brasileira*  
*de Direito*



CONSELHO EDITORIAL  
(2005)

*Alexandre Ramos*  
*Edmundo Lima de Arruda Júnior*  
*Eduardo Capellari*  
*Henrique Aniceto Kujawa*  
*Jair Andrade*  
*João Telmo de Oliveira Filho*  
*Lucas Aurélio Jost Assis*  
*Maria Elisabete Vieira*  
*Rachelle Amália Agostini Balbinot*

CONSELHO CONSULTIVO  
(2005)

*Adriano Laimer (São Judas-SP), Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (UFPE), Alexandre Santos de Aragão (UERJ), Ângela Araújo da Silveira Espindola (UFSM), Antônio Carlos Wolkmer (UFSC), Antônio Coelho Soares Jr. (ESMP-MA), Artur Stamford da Silva (UFPE), Camila Cardoso de Mello Prando (Campo Real-PR), Carol Proner (Unibrasil-PR), Cláudio Petrini Belmonte (UFSM), Daniel Maurício Aragão (PIDHDD-RJ), Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB), Fabiano André de Souza Mendonça (UFRN), Fábio Siebeneichler de Andrade (PUC-RS), Felipe Cardoso de Mello Prando (Unibrasil-PR), Jânia Maria Lopes Saldanha (UFSM), João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira (UFPE), Leonardo Arquimimo de Carvalho (FAG-PR), Leticia Albuquerque (PUC-RS), Luis Alberto Safraidier (UFMS), Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC), Luiz Vergílio Dalla Rosa (Campo Real-PR), Marcelo Zampieri (UFSM), Marcos Rogério Palmeira (FEAN-SC), Maria Berenice Dias (PUC-RS), Osvaldo Agripino de Castro Jr. (CESUSC), Paulo de Tarso Sanseverino (PUC-RS), Paulo Roberto Ribeiro Nalin (PUC-PR), Rafael Maffini (ESMAFE-RS), Ricardo Aronne (PUC-RS), Rogério Favreto (PGMPOA-RS), Sandra Regina Martini Vial (UNISINOS), Sérgio Viana Severo (UFRGS), Simone Barbisan Fortes (ESMAFE-RS), William Smith Kaku (UFSC), José André da Costa (IFIBE-RS), Paulo César Carbonari (IFIBE-RS), Naiara Posenato (Fondazione Cassamarca - Itália), Raúl Zamorano Farias (Universidad de Tlaxcala - México).*



# *Revista* *Brasileira* *de Direito*



N. 1 • Ano I • 2005



VERSÃO  
DIGITAL  
*Fac-similar*

*méritos*  
editora

Diretor Geral da IMED  
*Eduardo Capellari*  
Coordenadora de Graduação e Pós-Graduação da IMED  
*Rachelle Amália Agostini Balbinot*  
Coordenador de Pesquisa e Extensão da IMED  
*Henrique Aniceto Kujawa*

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO

Editora  
*Rachelle Amália Agostini Balbinot*

Criação da capa e diagramação  
*Charles Pimentel da Silva*

---

Revista Brasileira de Direito / Instituto Pesquisa  
e Estudos Jurídicos - v. 1, n. 1 (2005). - Passo  
Fundo: Méritos, 2005.  
Semestral

1. Direito-Periódicos I. Instituto Pesquisa e Estudos  
Jurídicos

CDU: 34

---

Catálogo na fonte: bibliotecária Marisa Miguellis CRB 10/1241

*2005 – versão em papel*  
*2021 – versão digital fac-similar*

*Partes deste livro podem ser reproduzidas ou transmitidas, desde que citados o título da obra, o nome da autora, da editora e os demais elementos de referência, conforme normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.*

ENDEREÇO / CORRESPONDÊNCIA

*Revista Brasileira de Direito*  
*Faculdade Meridional*  
*Rua Senador Pinheiro, 304 - Bairro Cruzeiro*  
*Passo Fundo - Rio Grande do Sul - 99070-220*  
*Fone / Fax: (54) 581 0302 - www.ipejur.com.br*  
*rbd@imed.edu.br*

*Livraria e Editora Méritos Ltda.*  
*Rua do Retiro, 846*  
*Passo Fundo - RS - CEP 99074-260*  
*Fone: (54) 3313-7317*  
*Página na internet: www.meritos.com.br*  
*E-mail: sac@meritos.com.br*

# Apresentação

Em 1968, poucos dias depois de atenuada a revolta estudantil, Hélène Cixous convidou Michel Foucault para participar da criação da Universidade de Vincennes (Paris VIII), juntamente com um grupo de intelectuais franceses reconhecidos (Serge Leclaire, Alan Badiou, Pierre Bourdieu, dentre outros). O episódio relatado dar-se-ia em um período rico da história mundial. Os anos sessenta foram pródigos na ousadia. Desconstituíram o mundo ocidental nascido do pós-guerra naquilo que lhe era mais caro: seus valores.

Afinal, os movimentos de massa dos anos sessenta reivindicavam mudanças substantivas, marcadas pelo signo da contestação aos paradigmas societários hegemônicos: um rotundo não ao liberalismo econômico e à concepção de uma modernização ascendente calcada em uma visão de progresso contínuo, amarrada ao processo de industrialização desenfreado; porém, também, um rotundo não ao marxismo ortodoxo e ao totalitarismo político, nascidos das experiências socialistas.

Os valores que configuraram a reconstituição dos significados políticos, como respeito ao meio ambiente, o respeito às diferenças culturais, raciais, sexuais, a busca de formas cooperativas e solidárias de desenvolvimento econômico, a emancipação feminina, dentre outros, nasceram nesse período. Portanto, o convite feito a Foucault era formulado em duplo sentido: fundar uma instituição de ensino superior e localizar geograficamente as iniciativas francesas de re-fundação do conhecimento, objeto central da universidade. Afinal, as ciências sociais, e mesmo as ciências naturais, pagaram o preço pelo apego insensato aos dogmas, às tradições, aos formalismos, nascidos de um positivismo avassalador.

A Revista Brasileira de Direito vem a lume, em seu primeiro número, do mesmo modo que o convite feito a Foucault, em um momento singular da realidade nacional. O Brasil completou duas décadas de redemocratização, produziu nas esferas municipais e estaduais alter-

nância no poder, e na esfera federal a mais profunda mudança dos quadros dirigentes da história da República, completando o ciclo que se abriu ao final dos anos setenta do século passado. Afinal, a geração dos atuais dirigentes nacionais participou ativamente da contestação ao regime de 64 e foi responsável pela liderança do movimento de anistia aos políticos cassados pela ditadura, pela campanha das Diretas Já, pelo processo constituinte e, sinal do amadurecimento das instituições, pelo processo de impeachment do Presidente da República em 1992.

Porém, nossos crônicos problemas persistem. A falência da capacidade de investimento do Estado brasileiro, sua incapacidade estrutural em organizar políticas públicas universais e inclusivas, a degradação da esfera pública, o esvaziamento do fundamento ético do Estado como elemento civilizador, a sanha patrimonialista de nossas elites econômicas, demonstram que necessitamos aprofundar o processo democrático e reconstruir um projeto de nação.

Nesse contexto, a Revista Brasileira de Direito origina-se a partir de dois grandes objetivos. Em um primeiro momento, sob um cunho mais imediato, servir de instrumento de publicação e veiculação da produção científica e intelectual de professores, alunos e pesquisadores vinculados ao curso de graduação em Direito e cursos de pós-graduação *lato sensu* oferecidos pela Faculdade Meridional.

A Faculdade Meridional foi credenciada pelo Ministério da Educação através da Portaria nº 4.364, de 29 de dezembro de 2004, sediada na cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Porém já havia iniciado suas atividades na área de pós-graduação em 2003, a partir de parceria estabelecida entre o Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos com o Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina / CESUSC e aponta, após seu credenciamento, para um projeto de ensino superior mais ambicioso, qual seja, o de estruturar um centro de excelência em ensino, pesquisa e extensão na área de ciências sociais e aplicadas. Tal projeto vem avançando significativamente e consolidando a experiência necessária para seu prosseguimento.

Com isso, visualiza-se o segundo objetivo da Revista Brasileira de Direito, vinculado à sua proposta substancial. Na visão de seus dirigentes, a publicação objetiva concentrar esforços na publicação de trabalhos que contribuam para a renovação da dogmática jurídica brasileira, superando, da mesma forma que os cursos de pós-graduação *lato sensu* oferecidos pela instituição o tem feito, o isolamento estanque dos



esforços teóricos de crítica e reflexão a respeito dos fundamentos dos institutos jurídicos brasileiros do momento de recepção e conhecimento dos elementos técnicos do direito. Portanto, haverá uma prática jurídica qualificada, na mesma medida em que esta estiver vinculada à reflexão sobre seus fundamentos, sendo iluminada pelos esforços teóricos e, via de mão dupla, com a prática problematizando o próprio sentido da teoria produzida por nossos juristas.

Por outro lado, ainda remetendo ao seu projeto editorial, a Revista Brasileira de Direito, assim como a instituição que é responsável pela sua publicação, coloca como desafio a interdisciplinaridade, partindo da compreensão, comum aos principais programas de pós-graduação *stricto sensu* da área jurídica no Brasil, que os problemas estruturais vividos pelo país, já aludidos anteriormente, mas especialmente aqueles vinculados ao funcionamento do sistema de justiça, aqui compreendido como o conjunto de instituições responsáveis pela efetividade do direito, passam, necessariamente pela abertura cognitiva e o diálogo com os melhores esforços teóricos protagonizados por outras áreas do saber.

Assim, expostas as razões de sua criação, agradecemos aos professores e pesquisadores que contribuíram com seus artigos para o primeiro número da Revista Brasileira de Direito, bem como aos membros do seu Conselho Consultivo pela sugestões iniciais. Desejamos longa vida à publicação que agora inicia sua caminhada solitária, e que seja permanentemente qualificada e fortalecida pelas sugestões e críticas de seus leitores.

*Profa. Rachelle Balbinot*

Editora / Revista Brasileira de Direito

*Prof. Eduardo Capellari*

Diretor Geral /  
Faculdade Meridional



# Sumário

Diferenciación y desdiferenciación política en la modernidad y periferia de la sociedad moderna <i>Raúl Zamorano Farías</i> .....	13
Benjamin N. Cardozo: contexto e críticas à ortodoxia jurídica norte-americana <i>Denis de Castro Halis</i> .....	43
Homoafetividade e o direito à diferença <i>Maria Berenice Dias</i> .....	67
Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil <i>Paulo Nalin</i> .....	85
Jurisdição constitucional: a concretização dos direitos de previdência e assistência sociais a partir do processo constituinte <i>José Ricardo Caetano Costa</i> .....	103
Os caminhos da justiça agrária no Brasil: um caso de engenharia político-constitucional <i>Marcílio Toscano Franca Filho</i> .....	129
A pós-modernidade e o constitucionalismo <i>Eduardo Capellari</i> .....	151
O princípio da subsidiariedade: fundamentos e perspectivas de seu uso na integração regional <i>William Smith Kaku</i> .....	167

O direito sob olhar socioeconômico: estratégias para uma ação conjunta

*Everton das Neves Gonçalves, Joana Stelzer* ..... 183

*Dumping* social

*Roberto Di Sena Júnior* ..... 197

Verdade, processo penal e garantismo

*Leandro Porto da Silveira Neto* ..... 213

A internet e o direito do autor: uma análise sobre a possibilidade de proteção dos direitos autorais no ambiente da rede

*Salete Oro Boff* ..... 231

A prevenção de riscos laborais e a defesa do meio ambiente no direito espanhol

*Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira* ..... 247

# Diferenciación y desdiferenciación política en la modernidad y periferia de la sociedad moderna

Raúl Zamorano Farías\*

*1. Introducción; 2. Adversus modernus; 3. Complejidad y política de la moderna sociedad; 4. La ley se acata pero no se obedece; Bibliografía*

## 1. Introducción

Schließlich würde ich an deiner Stelle den Herrn Demokraten in general bemerken, daß sie besser täten, sich erst mit der Bourgeoisliteratur selbst bekannt zu machen, ehe sie sich unterfangen, den Gegensatz zu derselben anzubellen.

K. Marx<sup>1</sup>

El análisis y observación en torno a la semántica de la democracia y su evolución en la moderna sociedad debe contemplar el relevante cambio del significado de lo político en el curso de las últimas décadas, recuperando una antigua discusión e instalándola en la complejidad de la sociedad contemporánea. En este sentido, desde una mirada que no desconoce su origen, sino que lo asume.

---

\* Raúl Zamorano Farías es Dottore di Ricerca in Sociologia por la Università degli Studi di Lecce (Italia), Maestro en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Sede académica México (Flacso 1998) y Licenciado en Educación por la Pontificia Universidad Católica de Chile (1985). Ha sido Profesor invitado de la Facultad di Lingue e Letterature Stranieri, (Lecce-Italia 2000, 2001) y en el Seminario *Teoría de Sistemas y Análisis Político* de la Universidad Iberoamericana (México 2001). Actualmente es Profesor-Investigador del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Desarrollo Regional de la Universidad Autónoma de Tlaxcala (CIISDER-UAT México) y miembro del *Collegio dei Docente dei Corsi del Dottorato Internazionale* in 'Sistemi Giuridici e Politico-Sociali Comparati' dell'Università degli Studi di Lecce (Italia).

<sup>1</sup> *Marx-Engels Werke*, v. 28, Berlin 1963, p. 504.

Al respecto, resulta particularmente interesante la reflexión acerca de las democracias en la periferia de la sociedad moderna y la relación siempre difícil con el sistema económico y con el derecho. En los sucesos vividos en estos últimos meses en Argentina, se puede observar como la demanda que se hace al Estado es precisamente no permitir el funcionamiento de la economía como un subsistema autónomo y la pregunta que inevitablemente surge es cómo se puede hacer esto posible.

La democracia, en consecuencia, se usa para cubrir diferentes conceptos y modos de operación, mientras la teoría democrática sigue pensando al Estado como coincidente con la sociedad (casi como un sinónimo de ella) o, al menos, como su expresión válida, y se niega a confrontarse con versiones que dan cabida a una mayor complejidad de la sociedad y de sus subsistemas.

Precisamente, la reflexión teórica que considera la autorreferencia de los sistemas sociales, su determinismo estructural y la incapacidad demostrada para dejarse irritar por lo que no hace resonancia en sus estructuras conduce a sistemas que se atribuyen la prioridad. La democracia, entonces, aparece bajo un cariz diferente y sólo puede ser desacreditada políticamente.<sup>2</sup> Pero, nuevamente el caso argentino y los temores que se vuelven a despertar de ingobernabilidad, de golpe de estado, de acefalía, generan dudas difíciles de disipar al respecto.

## 2. *Adversus modernus*

*E la mente umana, che non penetra nella infinità e complessità delle condizioni dei fenomeni, ognuno dei quali separatamente può apparire una causa, si appiglia alla causa prima e più intelligibile evidenza e dice: ¡ecco la causa!*

Lev Tolstoj

El despliegue de la modernidad conlleva acelerados procesos de diferenciación funcional que incrementan el dinamismo de la sociedad. A lo largo de la evolución este proceso ha advenido en un gradual aumento de diferenciación social que ha llevado a la constitución de siste-

---

<sup>2</sup> Desde este punto de vista, el sistema social es, de hecho, concebido como un mecanismo de reducción de la complejidad del mundo a través de una delimitación de aquello que asume relevancia al interior del sistema. Precisamente, es esa pluralidad de implicaciones y la totalidad de los eventos lo que imposibilita una percepción global del mundo.

mas parciales, pero también a una agudización de los fenómenos de disgregación, fragmentación, integración y exclusión.

Hablamos, en general, de diferenciación cuando un sistema se diferencia del propio entorno al trazar sus límites diferenciados, haciendo posible a éste observar que existen otros sistemas en el propio entorno. Por ejemplo, “en el entorno de la sociedad existen sistemas psíquicos y sistemas orgánicos”. La diferenciación del entorno no depende del sistema, sin embargo asume formas particulares según las distinciones que orientan la observación del sistema.<sup>3</sup> Ahora, la característica central de este proceso es que cada función que forma parte del esquema de diferenciación sirva *a un sólo sistema parcial de la sociedad*. De otra manera esta forma de diferenciación no se realizaría y aunque, evolutivamente, se pudiese hablar de división del trabajo social, diferenciación de roles o de una multiplicidad de distinciones semánticas sería implausible afirmar una diferenciación funcional de este tipo; toda vez que el factor que posibilita operar esta diferenciación es la comunicación.

Si nos remontamos al tardo medioevo esta forma de la diferenciación no se lleva a cabo todavía. Allí había diversos campos para la verdad; por ejemplo, la religión, la filosofía, la retórica; había también diversos sistemas monetarios, unos para el comercio local, otros para el comercio más lejano; había distintos regímenes políticos, en el plano del imperio, en el de los territorios de los Estados, en el de la Iglesia. Evidentemente, las relaciones entre estos diversos planos parciales de racionalidad funcional eran correspondientemente complicadas. Sin embargo, el orden social no dependía de esta situación; estaba garantizado mediante estratificación, la cual se abandona gradualmente una vez que empiezan a aumentar las dificultades de coordinación de la sociedad. El paso hacia la diferenciación primaria por funciones se impuso así – frente al orden

---

3 Al respecto véase Baraldi, Claudio. Voz “diferenciación”, en Corsi, G., E. Esposito, C. Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Anthropos Editorial - Universidad Iberoamericana - ITESO, México 1996, p. 56-7, Luhmann, Niklas y Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*, Franco Angeli Editore, Milano, Italia 1996 (capítulo III). La forma de diferenciación establece el modo en el que el sistema global se realiza la relación entre los sistemas parciales; tiene relación con la diferencia entre sistemas que son unos en el entorno de otros (p. 58). La diferenciación funcional articula la sociedad con base en la división del trabajo, en diversos subsistemas con funciones específicas y complejas y de tal modo aumenta la complejidad social. Véase Zolo, Danilo. “El léxico de Luhmann” en Camou, Antonio y José E. Castro (Coord.), *La sociedad compleja. Ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, FLACSO-Triana Editores, México 1997, p. 248. También Torres Nafarrate, Javier. *Introducción a la teoría de sistemas (lecciones)*, Anthropos-Universidad Iberoamericana-ITESO Editores, México 1996, p. 66. El binomio *sistema/entorno* es una operación sustentada en una diferencia (G. Spencer Brown, *The Laws of Foms*).

anterior – en el plano estructural y semántico, por el camino de la diferenciación y la constitución del Estado-nación, territorial y políticamente soberano (Luhmann, 2001).

Soberanía que no sólo fue entendida como “independencia” con respecto a otros poderes políticos, léase el imperio o la Iglesia, sino como la capacidad del Estado soberano para responder, en un territorio claramente delimitado, a todos los problemas y cuya solución exigía que el poder político quedara concentrado. Luhmann señala que en la temprana Edad Moderna se intenta introducir una combinación de *universalidad y especificación* como capacidad universal de autonomía en cada uno de los campos funcionales de los sistemas parciales de la sociedad. Esta fue la única manera de sobreponerse con medios políticos a guerras en torno a la verdad. Es decir, sobreponerse a las disputas violentas de las controversias provocadas por las preguntas *científicas o religiosas* (Luhmann, 2001).

Avanzando en el tiempo, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, la semántica sociopolítica de Europa se revoluciona totalmente con el predominio del discurso ilustrado y con el imperativo de la razón, conservándose desde entonces casi sin cambios significativos, puesto que la instalación del Estado Social y Estado de Bienestar, en los siglos XIX y XX respectivamente, serán las únicas recepciones realmente novedosas hasta finales de la centuria a excepción, claro está, de las guerras y la cotidiana carnicería que han caracterizado los últimos cien años.<sup>4</sup>

Así, durante los dos últimos siglos la modernidad y la sociedad han estado modeladas y orientadas por los principios de la ilustración que a través de la cristalización de grandes objetivos, explícitos ya desde el Renacimiento, trazo el pensamiento iluminista, el cual promovió el Estado moderno que terminó de separar la política de las concepciones sacras, sobrepasando al absolutismo para colocar al pueblo como el sujeto por excelencia de la política, reinaugurando, con la *Revolución Francesa*, la *historia del mundo*.<sup>5</sup>

---

4 El siglo XX fue el más sanguinario del que la historia tenga registro. Hubo pocos y breves periodos en los que no hubiera algún conflicto armado organizado en alguna parte y la guerra fue casi ininterrumpida. Ver HOBBSAWN, Eric. La guerra y la paz en el siglo XX. *La Jornada*, México, 24 mar. 2002.

5 Será a través de estas semánticas históricas que la sociedad se ha venido observando temporalmente y diferenciándose, en relación con su interior, para construir la diferencia con el entorno. Estas representaciones de la diferencia, que se sedimentan, han producido un patrimonio específico de la diferencia en cada fase de la evolución histórica (cristianos / paganos, nobles / plebeyos, capitalistas / proletarios, desarrollados / subdesarrollados). Sobre esto véase ZAMORANO, Raúl. La democrazia dei postmoderni. Circa un gesto allegorico e metaforico. *Rivista di Diritto e Cultura*, Napoli, Italia, Ed. EST. 2001.



Precisamente, esto nos lleva a considerar la cuestión de las diversas descripciones y formas en las cuales la sociedad moderna se ha construido y cómo también este proceso evolutivo ha aumentado la incertidumbre y un sentimiento de desamparo, cuyo origen radica en las lógicas de inclusión-exclusión intrínsecas a todo proceso de diferenciación.<sup>6</sup>

Situación que se torna más evidente, y dramática, en América Latina donde el referente de la sociedad moderna, que en nuestro continente nunca se cristalizó plenamente, se ve afectada por significativos cambios estructurales (desplazamiento a una economía terciaria y los diversos impactos que genera el advenir globalizador) y donde la reflexión sobre la política de la sociedad contemporánea continúa anclada en las preocupaciones por la totalidad, por las grandes construcciones sobre el mundo pero no en las necesarias compensaciones que se generan en la simultaneidad y contingencia de las decisiones – o no decisiones – (complejidad) que este proceso de diferenciación y modernización desencadena.<sup>7</sup>

Ahora, ¿cuáles son las limitaciones y dificultades conceptuales que se derivan de una tal comprensión de la sociedad?

El peso de la tradición teórica, que nos había acostumbrado a observar la sociedad desde afuera se torna problemático y ya, a esta altura es imposible, pues se constata que fuera de la sociedad no hay nada. Si el operar de la sociedad tiene características específicas y todo lo que acontece, acontece simultáneamente, entonces la moderna sociedad opera siempre en el presente y a través de cada acontecimiento va produciendo

---

<sup>6</sup> Sin embargo, el ideario político continúa orientado de acuerdo al registro contenido en antiguos contratos sociales, sin preguntarse, en qué medida, la idea misma de contrato social en el marco de una creciente descentralización de la acción política, puede ser vigente. Además, la misma distinción clásica, empleada en el marco de la sociología política, entre política/sociedad, que remite filosóficamente a la distinción entre espacio público de la vida política y la economía doméstica cuyo componente ético se afirma en una supuesta naturaleza humana orientada hacia su perfección en la comunidad política (*vida buena*), es ya inadecuada e incluso sociológicamente, el concepto filosófico de la *koinonía politiké* (como su moderna acepción: 'sociedad civil') resulta insuficiente. Generalmente y en su expresión más simple, esta distinción quiere señalar la distancia existente entre la gente que desempeña sus funciones en el ámbito de las organizaciones formales de la esfera política y el conjunto de individuos que se considera constituyen 'la sociedad' y se encuentran fuera de dichas organizaciones (y donde, frecuentemente, se termina apostando y tomando partido por los supuestos atributos normativos de 'la sociedad' a la cual se concibe como opuesta a una política caracterizada por su corruptibilidad). Pero en la actualidad no es posible entender la política como un sistema que se 'opone' o que 'controla' a la sociedad, sino como una distinción que acontece en ella como un nuevo sistema en un entorno. La política es, pues, siempre política de la sociedad, aún en la periferia de la sociedad moderna.

<sup>7</sup> Diferenciación funcional: factor característico de este proceso signado por campos auto referidos que sólo asimilan elementos externos en tanto funcionales a su lógica específica. Al respecto ver de LUHMANN, Niklas y Raffaele de Giorgi. *Teoria della società*.

la diferencia entre pasado–futuro, construyendo de esta forma estructuras de decisiones que siempre se toman en el único tiempo conocido, en la simultaneidad del tiempo presente.<sup>8</sup> Además, con la modificación de las distancias geográficas (fronteras) y sociales (económicas) la política ya no opera sólo en el ámbito nacional sino global y local, poniendo en tensión el espacio clásico de la política; la *soberanía nacional*.

Esta aceleración, que ha afectado el trasfondo histórico de la conciencia, se diluye en proyecciones sin imágenes ni imaginarios quedando sólo *el aquí y el ahora* (se pierde el sentido del futuro), lo cual dificulta poner el presente en perspectiva afectando también al sistema político, que parece tener cada vez menos capacidad de satisfacer las demandas.<sup>9</sup> Todo esto genera un aumento geométrico de la complejidad, lo cual evidentemente excluye también toda posibilidad de linealidad y toda *deontología*.<sup>10</sup>

De ahí que la única posibilidad es indicar a la sociedad como el resultado de sus propias operaciones las cuales, a través de su operar, reproducen continuamente la diferencia con el entorno. Es decir, lo que es objeto de la observación se construye a través de esas operaciones y, precisamente, es este carácter determinado por la continua producción de la diferencia y auto-observación el cual nos permite preguntarnos cómo se puede observar la moderna sociedad, y *cómo* es posible en ella la democracia.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> El mismo concepto de *postmoderno* es, en el mejor de los casos, desafortunado, pues ¿qué es lo que hay más allá de la sociedad moderna?

<sup>9</sup> La distinción entre pasado y futuro acontece siempre en el presente y tan sólo en el presente puede ser actual. Un interesante trabajo sobre el tema es el del historiador alemán KOSELLEK, Reinhart. *Futuro passato*. Per una semantica dei tempi storici. Genova: Casa Editrice Marietti S. p. A., 1986.

<sup>10</sup> Recordemos que por muchas centurias las diversas organizaciones sociales funcionaron de manera aislada, es decir cerradas, pero ya desde el siglo XV, con la expansión europea tras el ‘descubrimiento’ de América, la sociedad deviene en un sistema mundial. (Wallerstein ha retomado esta idea de Marx; *el sistema mundo tiene como soporte el nacimiento de la economía mundial*). De allí que el fenómeno llamado globalización no es tan nuevo como suele pensarse. La estructura de la sociedad se fue caracterizando por mayores grados de complejidad, integración y autonomía (diferenciación) de sus sistemas y por la burocratización y especialización de la organización formal. Advenir evolutivo, el cual posibilita que en la moderna sociedad el sistema delimite sus fronteras respecto al entorno gracias a operaciones específicas que siempre consisten en comunicaciones

<sup>11</sup> La ontología clásica no puede dar cuenta de estos fenómenos porque la propia estructura de la sociedad moderna la ha hecho añicos. La *contingencia*, donde todo es improbable pero posible de actualizarse, es la introducción de la nada histórica, pues siempre puede ser de otra manera (no hay teleología). La actualización de la *nada* es *el observador* (la operación que realiza), el tercero excluido (por ejemplo, en la pintura la perspectiva del observador no aparece en el cuadro pero es la que hace la diferencia). Interesantes resultan, en tal sentido, los aportes de la teoría sociológica de los sistemas sociales, como herramienta teórica capaz de escapar a dichas limitaciones y dificultades. Luhmann postula la idea que el sistema se distingue del entorno con base exclusivamente en operaciones comunicativas (Luhmann, 1991, 1996).

Actualmente y en un mundo extremadamente complejo donde el margen en la tensión de la experiencia intencional y del actuar son también extremadamente reducidos, la superabundancia de posibilidades supera siempre aquello que somos capaces de elaborar a través de la acción y de la experiencia (Luhmann, 1991). Empero, esto significa y supone una condición de incertidumbre en lo que atañe a la realidad externa. Incertidumbre que se refiere a la superabundancia de posibilidades no actualizadas por la experiencia y al riesgo relativo a la actualización de una posibilidad entre muchas. A la primera condición podemos nominarla con el término complejidad y a la segunda con el de contingencia.

La complejidad viene así imponiendo la necesidad de elegir entre una pluralidad de opciones, ahí donde la contingencia evidencia que aquella elección hubiera podido hacerse de otro modo, exponiendo al sistema al riesgo de la selección efectuada (Luhmann, 1996). En esta perspectiva teórica, los sistemas sociales desarrollan la función de reducir la complejidad del mundo, mediando entre la extrema indeterminación del éste y el escaso potencial de sentido de la experiencia y la acción. Los sistemas sociales atenúan entonces la dificultad propia de la complejidad del mundo delimitando la selección de las posibilidades de la experiencia presentes en éste (Luhmann, 1973).

Pero un sistema no solo reduce la complejidad del mundo sino que a través de la selección de las posibilidades dotadas de sentido, crea una demarcación con su entorno.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Se define entonces una diferencia que es la diferencia sistema/entorno, en cuya base la selectividad del sistema hará posible en su interior sólo aquellas acciones que sean relevantes para él. Así, se produce una especificación de la complejidad del mundo, en donde los problemas son identificados como problemas del mantenimiento del(os) sistema(s). El concepto de complejidad significa que el mundo ofrece al hombre una cantidad prácticamente ilimitada de posibilidades de experiencia y de acción a la cual corresponde una capacidad muy reducida de percibir, elaborar informaciones y actuar. La complejidad, así entendida, es un exceso de las posibilidades del mundo; es decir, la diferencia entre el número de las posibilidades potenciales y el número de las mismas actualizadas. En este sentido la complejidad significa necesidad de selección. Más específicamente, por complejidad se entiende *i)* el número y la variedad de los elementos de un sistema; *ii)* la extensión y la incidencia de las relaciones de interdependencia entre los elementos de un sistema y *iii)* la variabilidad en el tiempo de los elementos y sus relaciones. Sobre esto ZOLO, Danilo. El léxico de Luhmann. In: CAMOU, Antonio y José Esteban Castro (Comp.). *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, Flacso: Triana E., 1997, p. 245-246.

### 3. Complejidad y política de la moderna sociedad

Las encuestas indican que América Latina es, hoy por hoy, la región del mundo que menos cree en el sistema democrático de gobierno. Una de esas encuestas, publicada por la revista *The Economist*, reveló la caída vertical de la fe de la opinión pública en la democracia, en casi todos los países latinoamericanos: según los datos recogidos hace medio año, sólo creían en ella seis de cada 10 argentinos, bolivianos, venezolanos, peruanos y hondureños, menos de la mitad de los mexicanos, los nicaragüenses y los chilenos, no más que un tercio de los colombianos, los guatemaltecos, los panameños y los paraguayos, menos de un tercio de los brasileños y apenas uno de cada cuatro salvadoreños.

Galeano

Resulta del todo evidente que en una realidad social, donde se incrementa la diferenciación y el dinamismo, se generen distorsiones y desencuentros (entre expectativas y normas) que van minando la credibilidad y confianza entre las elites gobernantes y los ciudadanos, pero también, como se ha indicado, que se agudicen gradualmente los fenómenos de exclusión y disgregación social, fundamentalmente en las periferias de la moderna sociedad.<sup>13</sup>

Así, nuestra periferia latinoamericana del siglo XXI, aún cuando no es la misma, vuelve a encontrarse con sus viejos problemas (Véase, 1996). Tras diez años, caracterizados por la globalización y el neoliberalismo, comienzan emerger los mismos problemas del siglo XX como si se tratara de una enfermedad endémica. Los noventa, que sucedieron a la denominada 'década perdida' por el arrastre de la deuda externa, se estrellan con el albor del nuevo milenio y descubren con desengaño que las políticas económicas ejecutadas no lograron suavizar las miserias. Quizás la región sea más rica que antes al observar las estadísticas de su producto interno,

---

<sup>13</sup> Entendemos por periferia de la sociedad moderna el tipo de orden social cuya característica central es la estratificación (es decir, sus formas operativas se encuentran más en el campo de la organización) y donde, evidentemente, su sentido de operación tiende a la estratificación social y no a la diferenciación. En otras palabras, como una diferencia socioestructural producida por la modernidad de parte de sí misma y respecto de sí misma. La modernidad construye una imagen de sí misma y lo que no entra en esta imagen se considera como su periferia, lo cual no significa, en ninguno de los casos, que en éste tipo de diferenciación la periferia sea menos importante que el centro. Ello equivaldría a aprehender esta forma de diferenciación de manera falsa, según el modelo de relación por rangos jerárquicos. Ver LUHMANN, Niklas. *Causalità nel Sud*. En: CORSI, Giancarlo; Raffaele de Giorgi. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce, Italia: Pensa Editore, 1998; LUHMANN, Niklas; Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*.

pero este argumento no resuelve de todos modos la inequidad, el alto desempleo, la inseguridad social, la precariedad laboral, la pobreza<sup>14</sup> y, menos aún, la frágil institucionalidad y civilización de las expectativas.<sup>15</sup>

Ahora, si todo orden social diferenciado crea una civilización de *expectativas* correlativas que posibilitan, precisamente, ese orden social diferenciado, el punto fundamental entonces es un sentido de objetivación de la indiferencia ante un orden social diferenciado, de lo contrario lo que hace astillas ese orden diferenciado es el corporativismo estatificado, el cual no puede, ni tiene la función, de representar a toda la sociedad. Lo que hay tras esto es un *proceso* que va generando sus propios subproductos que se institucionalizan (tal como para Norbert Elías), pero este procesualismo se opone al representacionismo, pues las tareas sociales son una construcción emergente (Hegel) y no representaciones trascendentales (Kant).<sup>16</sup>

Sin embargo, en el continente, de cara a estos procesos el sistema político pareciera haber perdido capacidad de control sobre las diversas expectativas y fases que porta la modernidad, caracterizándose más bien por su retraso en las formas de hacer y pensar la cuestión política y por las posiciones tradicionales y estatistas de las elites (donde no hay una clara idea del nuevo papel y las restricciones que abre el proceso de modernización). Es como si la política no tuviese tiempo para observar

---

14 Tras una década de plena globalización, la región comienza a enfrentarse con sus problemas endémicos: inequidad, pobreza, falta de oportunidades, a los que suma el desengaño en sus gobernantes. La respuesta desde los centros de poder es de más dureza, a la vez que el gran capital, que había convertido a América Latina en un buen y rentable mercado, inicia su repliegue. Ver WALDER, Paul. *Latinoamérica lucha contra sus viejos fantasmas*. <http://www.primeralinea.cl/>, 24 mar. 2002.

15 Cuando el orden social introduce una comunicación, un pliegue de objetividad del comportamiento humano; desvinculando la comunicación de todo compromiso inmediato, de toda valoración metafísica, civiliza las expectativas abriendo toda una franja de evolución (cambio) social diferenciada que se „objetiviza“ en una norma. Esto supone la indiferencia social de los individuos frente a ese orden social. Es decir, presupone una suerte de *despersonalización de lo personalizado* (paradojalmente personalizado a través de la civilización de *x* expectativa), creando el orden de la indiferencia característico de la modernidad (los derechos del hombre o las garantías individuales en el Estado de derecho). El proceso de diferenciación funcional es, en última instancia, una contingencia domesticada, donde los predicados crean al sujeto, son para el sujeto (Hegel), sin principios ni articulación jerárquica (es una filosofía de la historia postkantiana en donde no se busca la justificación a partir de un juez racional o metafísico). Este orden social diferenciado, al que hemos llegado, es un orden que se maneja en el ámbito de las expectativas (horizonte simbólico).

16 Para Hegel hay una unidad operativa indeterminada (nada) por la que se llega a una unidad determinada en movimiento (cuando la razón se despliega), mientras que para Kant hay una *unidad trascendental*. Recordemos que para Kant la realidad se representa (no se construye). En Luhmann la diferencia última esta en la *unidad de la diferencia* como fundamento; el fundamento para la sociología es una posición factual, pues el hombre es un animal de distinciones antes que un animal racional. Véase LUHMANN, Niklas. *La política de la sociedad*.

y organizar secuencialmente sus propias operaciones. Por lo tanto, no es de extrañar que a escala mundial y continental se viva un fenómeno de desafección y, también, un cierto malestar por la cuestión política.

Hoy es un lugar común declarar que las sociedades contemporáneas más desarrolladas han fundado sus logros en la creciente civilización de las expectativas y la consecuente ampliación de los derechos individuales, en la generalización de las formas democráticas de gobierno, en la asignación de recursos sobre la base del mercado, en el conocimiento científico y tecnológico y en la instrumentalización de los vínculos sociales por medio de organizaciones formales; lo cual es cierto, toda vez que dicho proceso ha estado asociado con una acentuada diferenciación en sistemas parciales que vienen desplegándose sin reconocer restricciones, salvo las contenidas en sus propias estructuras y que hacen referencia a operaciones auto referenciales (Luhmann, 1984).

Empero, el impacto y las transformaciones de las revoluciones de fines del siglo XVIII y principios del XIX en Europa y los Estados Unidos no arribaron a estas costas, por el contrario, al parecer le impusieron a América Latina una pesada estructura de gobierno que le ha impedido transitar hacia la evolución política y social. Es como si la gran ola revolucionaria que barrió al mundo atlántico hubiera depositado un conjunto de preceptos practicables sólo en Europa y los Estados Unidos, e instituciones defectuosas en el resto de las repúblicas latinoamericanas, porque a diferencia de las sociedades europeas, cuyo proceso de diferenciación funcional resultó en un patrón de organización social de tipo policéntrico, donde los sistemas sociales operan descentralizados y de modo autónomo aunque acoplado, nuestras sociedades se han caracterizado por estar estructuradas en torno a un sistema centralizado, dominante y autoritario.

En tal dirección en América Latina, y tras de la discusión sobre la modernidad y la política, actualmente se reinstala otra discusión histórica que acompaña su desarrollo y evolución: la *modernización*. En el continente la instancia privilegiada de coordinación sociopolítica fue y ha sido el Estado. Recordemos, como ha señalado Whitehead (1998), que entre 1930 y principios de los años ochenta, el gran Estado de compromiso social ('bienestar') centralizado se volvió la norma en prácticamente toda la región a partir del modelo ideado por la constitución mexicana de 1917. Ello, en un escenario donde los diferentes sectores sociales exhibieron

históricamente una menor propensión a la moderación y la prudencia política en el planteamiento de sus demandas y, donde también, las elites dirigentes mostraron más descarnadamente su irresponsable demagogia avaladas por las instituciones representativas, que operativamente han sido incapaces de refrendar y canalizar las expectativas desbordados de una tumultuosa ciudadanía.<sup>17</sup>

Al respecto, por ejemplo, amparados por los diseños constituciones los nuevos derechos se han convertido, por lo general, en la fachada de las autoridades centrales para comprar lealtades, cuestión por demás característica en el continente, ya que, también históricamente, el fracaso de la ley frente a las estructuras autoritarias puede explicarse, en parte, por la ausencia de movilización social a favor de las reformas y por la instrumentalización de ésta por las clases en el poder. Como señala Langley, históricamente las ideas liberales han sido sólo compartidas por las elites, mientras las masas, al tiempo que eran movilizadas a favor de la independencia, tenían que ser controladas para evitar que las nuevas repúblicas se salieran de control (Véase, 1996).

Este tipo de coordinación social, que se fundó en la existencia de una administración pública, un estado de derecho y en una clásica idea del Estado influyente, se apoyó sobre una cierta concepción de soberanía, toda vez que suponía una clara diferenciación entre sociedad y Estado, donde la centralización del poder en el Estado como instancia legítima de dominación en tanto autoridad reconocida, operaría como vértice de la sociedad.<sup>18</sup> Así se fueron configurando e ínter-penetrando lógicas del que hacer político que remitían a ciertas instituciones comunes en el área; el paradigma de la planificación racional, cuya máxima expresión fue el Estado desarrollista entre los años cuarenta y sesenta del siglo pasado.

Esta intervención racionalizadora del Estado, que en el lenguaje de Lechner, presupone una realidad social de escasa complejidad para que las normas de reciprocidad sean aplicables; es decir, la suposición de un sistema compuesto de las acciones recíprocas entre individuos en una

---

<sup>17</sup> El Estado, como se ha señalado, fungió como el motor de la economía y la industrialización. El esquematismo tradición/modernidad es abandonado y el discurso en adelante no será ni heroico ni épico pues ya no hay tránsito a algo distinto, sino lo único posible es lo que hay, situación marcada por el resurgimiento de ejes y temas de las etapas precedentes (modernización, desarrollismo, dependencia). Se da una vuelta a ideas abstractas y generalizantes de aplicación universal, una especie de "neo-modernismo" económico donde el concepto de democracia vuelve a ser central.

<sup>18</sup> Soberanía en el doble sentido, como garantía de la unidad nacional respecto al sistema internacional (externa) y como garante de la cohesión interna, donde el Estado articula la vida social mediante la coordinación política, vértice de la sociedad.

cadena de causalidad simple y una ejecución obediente de las medidas, es una conceptualización que descansa en la convicción que las metas, los medios y criterios están claramente determinados y priorizados, y que la acción individual se agrega sin fisuras tras la consecución de las metas y fines colectivos (Lechner, 1997). Mas, dicha concepción de la coordinación total de la sociedad a través de la planificación integral se desmoronó, porque ya no puede funcionar más como narrativa de la historia (meta-discurso como referencia existencial a su propio tiempo). Las esperanzas depositadas en la planificación política y en su capacidad predictiva colapsa, constatándose que la modernización no concluye, en la región, ni con la revolución ni con el mentado desarrollo.<sup>19</sup>

Precisamente, en la actualidad, las limitaciones de las distinciones conceptuales clásicas como soberanía, política y sociedad crean dificultades porque con conceptos tan reificados resulta difícil, cuando no implausible, entender la dinámica política de la sociedad moderna. Sumado a esto, la concepción de *orden social centralizado* articula un tipo de estructuración de sistemas funcionales caracterizado por precarios niveles de autonomía funcional y operativa, en el cual sistemas así diferenciados bloquean o ponen obstáculos al despliegue autorreferencial de lógicas parciales en vías de diferenciación.

Como se indicó, en el vértice institucional de esta particular forma de estructuración se ha situado el sistema político y en su referente descriptivo, el Estado. Mascareño señala que desde el origen de las Repúblicas ha sido la política, incluso con prescindencia de la legitimidad jurídica, el sistema funcional que ha definido los lineamientos para el desarrollo de otras esferas. Claros ejemplos de dicha indiferenciación son la historia de estados de excepción en América Latina (indiferenciación política-derecho). En el ámbito territorial este carácter concéntrico adquirió la forma de centralización. Especialmente el campo educativo, el cultural y el económico sufrieron sus consecuencias durante gran parte del siglo XX.

Además, en nuestros países, históricamente el poder – en manos de una elite, descendiente en su mayoría del colonialismo imperial –, se articuló en función de generar el Estado-nación (homogeneizar el

---

<sup>19</sup> A pesar de tan dramática constatación aún hoy se sigue apelando al mentado tema del desarrollo. Sin ir más lejos, en la reciente *Conferencia Mundial para el Financiamiento de la ONU* (México, Monterrey 18–22 de marzo 2002), los temas centrales de la cumbre fueron las llamadas “cuotas de desarrollo” y el “consenso para el desarrollo” (¿?)...



lenguaje, ciertos valores y concepciones, símbolos y patrones culturales) y las instituciones de la sociedad. De allí la referencia histórica de la sociedad civil al Estado y luego al sistema de partidos, como legítimo intermediario entre el Estado y ésta, que van instituyendo formas en que el sistema político (particularmente en la fuerte institucionalidad chilena) garantiza la dominación social. Una eficiencia de la dominación que, haciéndose fuerte en el Estado, termina por subsumir a la organización social y ahogar a la llamada 'sociedad civil' (corporativismo de Estado: Argentina, México).<sup>20</sup>

En el campo cultural, el imperativo de la transformación de la *barbarie* en *civilización*, que definió la acción estatal por medio de la noción de progreso durante gran parte del siglo XIX, se transformó en el XX en la unidad en torno a la idea de desarrollo, con lo que las diferencias culturales locales sólo fueron aceptables en la medida en que no intervinieron con aquellos objetivos mayores. En el campo económico la centralización se tradujo en industrialización urbana y en el manejo planificado y guiado desde el Estado del proceso de substitución de importaciones (indiferenciación política-economía) (Véase, 2001).

Con ello, el desarrollo se transformó en una evolución controlada jerárquicamente desde un sistema funcional situado en la cúspide de la sociedad; el sistema político. Todo lo cual ha configurado una particular forma de "diferenciación/ desdiferenciación" que coexiste al interior de los ordenes sociales de la región, generando definiciones homogéneas y abarcales que obstaculizan el despliegue y consolidación de la autonomía sistémica, toda vez que los acoplamientos se transforman en procesos de desdiferenciación que al ser reemplazados por sustitutos funcionales y fórmulas de auto-entendimiento (relaciones clientelares, caudillismo), dificultan el despliegue de la especialización de funciones y de la operatividad democracia.

---

<sup>20</sup> Dicho sea de paso, los aduladores de la república americana olvidan generalmente que los padres fundadores establecieron la Constitución con el propósito de luchar *en contra* de los movimientos sociales subversivos que se manifestaban en la época. CASTORIADIS, Cornelius. ¿Qué democracia?. *Figuras de lo pensable*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 147.

#### 4. *La ley se acata pero no se obedece*

...la vida no es más que un fantasma errante, un pobre comediante que se pavonea y se agita durante su hora sobre la escena: 'es la historia contada por un idiota'.

Macbeth (W. Shakespeare)

Siguiendo esta perspectiva, en la actualidad, todavía algunos políticos y cientistas sociales confiando en una supuesta racionalidad y previsibilidad de las decisiones políticas, piensan que es plausible a partir de las operaciones del sistema político y del Estado, orientar la economía, la educación, la ciencia y el derecho, en fin el conjunto de la sociedad y del mundo.<sup>21</sup> Situación que se agravada, cuando no se torna crítica, por el bajo grado de institucionalización de las expectativas (cognitivas - normativas) y por la especial forma histórica de hacer política en el continente; el *movimentismo*<sup>22</sup> o *caudillismo*, donde todo el desarrollo y consecución de objetivos político-sociales y económicos se ha dado a través de la lucha de *movimientos*, situación que a menudo fue interrumpida por la acción de golpes militares.<sup>23</sup>

Estos *movimientos* pueden ser definidos como formas de acción colectiva que establecen relaciones verticales entre un *líder carismático* y una *masa* que sigue la presencia e ideología de ese líder, los cuales

<sup>21</sup> Esto queda de manifiesto en el recurrente llamado al retorno a la *polis*, a la política como vértice de la sociedad. Un caso ejemplar es el del sociólogo chileno Manuel Antonio Garretón: "Estamos frente al mismo problema que se vivió a principios del siglo XIX; cómo construir sociedades *polis* y controlar el poder fáctico (...) Frente al fracaso de la matriz neoliberal que homologaba mercado y sociedad, hay que fortalecer al Estado, a la sociedad civil y a sus organizaciones". *Seminario Internacional: Gobernabilidad y procesos sociales en América latina*, Universidad Iberoamericana, 26-27-28 de octubre, México 2000.

<sup>22</sup> Que surgen principalmente con la *crisis del estado oligárquico* (década de los '30) he intentan presentar un proyecto político alternativo (institucionalización *no* pluralista, fusión entre el Estado, la política y la sociedad, por ejemplo México). Ver ALBERTI, Giorgio. *La construcción de la democracia en América Latina*. Flacso, México 1997. En Asia y Latinoamérica la "evolución política se caracterizó por crecientes conflictos étnicos y clasistas, repetidos motines y violencia popular, frecuentes golpes de Estado militares, predominio de dirigentes personalistas inestables que a menudo adoptan desastrosas políticas económicas y sociales, una amplia y flagrante corrupción de ministros y empleados públicos, una violación arbitraria de los derechos y libertades de los ciudadanos, niveles decrecientes de eficacia y capacidad burocráticas, una difundida alineación de los grupos políticos urbanos, la pérdida de autoridad de legislaturas y tribunales, y la fragmentación (y a veces desintegración total) de partidos políticos con amplias bases de afiliados". Huntington, Samuel. *El orden Político en las Sociedades en Cambio*, Paidós, Barcelona, España 1972. Véase también ADLER, Lomnitz Larissa. *Identidad nacional / cultura política: los casos de Chile y México*. In: *Redes sociales, cultura y poder: ensayos de antropología latinoamericana*, Flacso México - Porrúa Editores, 1994.

<sup>23</sup> El péndulo entre la acción de los movimientos y la reacción de los militares, que emergen para terminar de una vez y para siempre con "esta" situación, termina por lo general reproduciendo y profundizando una marcada orientación anti-institucional. ALBERTI, Giorgio. *La construcción de la democracia en América Latina*.

tienen características particularmente *esencialistas* (centradas en valores) y cuyas articulaciones generan una fuerte identificación horizontal entre los sujetos miembros, todo lo cual define la acción política en una lógica amigo (los movimentistas) y enemigo (los *no* movimentistas) determinando así el campo político.<sup>24</sup>

La conjugación de dichos factores, aunque matizados, son centrales en la constitución y articulación de la *cultura política* en las sociedades latinoamericanas de fin de siglo y marcan la lógica orientadora de las 'nuevas' democracias, donde ésta sigue siendo un problema porque algunos aspectos institucionales de la vida sociopolítica son deficientes, ya que, como se indico, conservan las características típicas de movimentismo y de la desdiferenciación funcional (*corporativismo*).<sup>25</sup>

Esto genera que la relación entre política y derecho también se torne crítica pues, y más allá de la diferenciación funcional y operativa que suponen como subsistemas, al operar funcionalmente diferenciados estos se vinculan recíprocamente a través de sustantivas prestaciones operativas, toda vez que el sistema del derecho ofrece al sistema político prestaciones fundamentales en cuanto a la legitimidad de las decisiones políticas y de la operativización de las premisas para el uso y aplicación del monopolio estatal de la violencia, mientras que la política ofrece al sistema jurídico las premisas decisorias en forma de ley. Ahora, si el sistema político es el sistema social por excelencia que tiene la capacidad de integrar sobre la base de una selección tomada (elección), su función no es otra que coordinar en decisiones colectivas vinculantes tanto a quienes adoptan las decisiones como a quienes son objeto de ellas. Pero allí requiere necesariamente del derecho como canal operativo que funcionaliza y hace operativas dichas decisiones, como también las prestaciones políticas ocurren cuando se precisa de decisiones vinculantes en otros sistemas funcionales.

---

<sup>24</sup> Estilo de hacer y ser de la política; gobierno por decretismo, situaciones de violencia y marginalidad, tensiones entre la representación política y la actuación del Estado, exclusión etc. Exponentes paradigmáticos de esta caracterización quedan representados por los *populismos* latinoamericanos clásicos: G. Vargas en Brasil y J. D. Perón en Argentina.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en el Perú, donde los gobiernos de transición o *nuevas democracias*, han seguido los derroteros históricos en su forma de entender y hacer política, es decir, han reavivado la lógica movimentista de corte esencialista (Movimiento cambio '90 de Fujimory). Ahí volvemos a ver la figura del líder carismático que guía a las masas en un escenario que, evidentemente, dista mucho del contexto donde se generaron los populismos clásicos. No pretendo sostener, como algunos suponen, que estamos frente a una suerte de neo-populismo, pues eso sería un anacronismo y un error político. Lo importante es constatar que se evidencian algunos fenómenos recurrentes en la historia política del continente, que es importante tener presentes a la hora del análisis.

Pero, como señala Fernandes Campilongo, sin autonomía funcional, la representación política y el derecho pierden su capacidad de garantizar procedimientos que mantengan abiertas y acrecienten las posibilidades de elección, variación y construcción de alternativas. Reconociendo que la función política no puede todo, puesto que es mucho menos capaz de transformar los grandes ideales en realidad, mas sin ella, se pierde una pieza fundamental para mantención de la democracia. De lo contrario, las formas de auto-entendimiento sólo refuerzan la ya frágil institucionalización en el continente.

El problema entonces es que en América Latina existe un enorme abismo entre expectativa cognitiva y norma, mientras que, por ejemplo, en las democracias consolidadas hay una concordancia razonable entre conducta y ley. Esta situación se ve agravada por las particularidades del desarrollo histórico del continente, donde el proceso de aprendizaje normativo ha sido permanentemente bloqueado a través del cierre de los espacios de discusión pública y el mantenimiento de dependencias personales y colectivas respecto al Estado y los agentes económicos. Este bajo nivel en la construcción institucional está íntimamente ligado a las formas asumidas en el proceso histórico de autoconstrucción de las sociedades civiles, especialmente por la erosión de los acuerdos legales constitucionales, consecuencia de prácticas y formas populistas de coordinación social.

Entonces, en la actualidad aunque la democracia goce de una amplia posibilidad en la región, se percibe un descontento con relación a su funcionamiento, ya que una cosa es tener “democracia” y otra gobernar democráticamente al nivel de las instituciones, del sistema de partidos, del poder judicial o Legislativo.<sup>26</sup> Ello porque junto al impulso democrático prevalecen fuertes limitaciones político-constitucionales heredadas casi de la época Colonial, y que han sobrevivido desde el caótico constitucionalismo del siglo XIX, hasta el reciente pasado autoritario. Limitaciones que plantean interesantes preguntas sobre la forma cómo operan estas democracias y cómo son posibles.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Situación que ha quedado claramente demostrada por el grado de desconfianza y apatía en una sociedad como la chilena, según los respectivos informes sobre desarrollo humano del PNUD (Santiago, Chile 1997, 2000).

<sup>27</sup> Por ejemplo, los militares no han sido llamados a juicio por sus violaciones a los derechos humanos y siguen conviviendo con la democracia y atentando contra los derechos humanos en toda la región y no sólo eso, la más de las veces actuando como el *poder detrás del trono*. Constituyéndose, a fin de cuentas, en poderes fácticos que en la práctica constituyen un “Estado” dentro del Estado.

En tal sentido, uno de los aspectos más críticos está dado por lo excesivamente integrado de nuestras sociedades; es decir, por el bajo procesamiento de sentido diverso (no hay pluralidad de lenguajes), y por la forma en que se ejerce el poder ejecutivo y la fragilidad del derecho para contenerlo. Por ejemplo, en la región resulta una característica general que la institución presidencial haya derivado en un presidencialismo excesivo, *casi obsceno*. Como señala Sartori (1996), bajo la intrincada jurisprudencia y normatividad, el control del Ejecutivo ha sido tomado por Presidentes que no lo eran en el sentido republicano de la palabra, sino émulos del absolutismo que acababan por desconocer la propia institución, la cual además no tiene el contrapeso necesario para limitar su poder. De estos excesos han derivado las diversas subespecies del presidencialismo criollo: *el sátrapa, el caudillo o pretor, el patriarca, el cacique y el amo de estancia*.<sup>28</sup>

Además, si a lo anterior sumamos el hecho que virtualmente todas las constituciones de la región contienen cláusulas para crear regímenes de excepción donde los presidentes electos pueden actuar como dictadores constitucionales, dada la amplia definición del término “emergencia” y dado los repetidos fracasos para crear balances institucionales al ejercicio de poder, los poderes de emergencia se constituyen, a fin de cuentas, en “la base jurídica de la dictadura y la tiranía”, como indica Loveman (1993), o en el sustrato del clientelismo.

Esta forma de coordinación clientelar (que en la actualidad a derivado en *pretorianismo civil*)<sup>29</sup> ha sido una de las prácticas que más

---

<sup>28</sup> (Loveman 1993). El caso chileno resulta casi kafkiano, a la fecha de facto se vive un gobierno cívico-militar porque ello quedó consagrado en la Constitución de 1980. El discurso de Chacarillas en 1977 explicitó esa Constitución muy claramente, señalando que los garantías de la institucionalidad son los militares aunque el gobierno lo ejerzan los civiles. El discurso de Chacarillas no habla de *transición* sino de consolidación. Mas, en el resto del continente la situación no es muy diversa. En Argentina, por ejemplo, bajo el gobierno peronista de C. Menem, el poder Judicial usa toda su autoridad para fortalecer la institución presidencial y debilitar a otros actores que ‘amenazarán’ la acción del Ejecutivo. Algunos años atrás, en Perú, los cambios constitucionales para reforzar la independencia del poder Judicial fueron neutralizados por nuevas reformas del presidente A. Fujimory, mientras en Venezuela Hugo Chávez ha hecho lo imposible por neutralizar la Constitución de 1961. Por otro lado, en Guatemala, el Ejecutivo está en manos de un asesino confeso y en Bolivia Hugo Banzer, militar golpista de los '70, ocupó constitucionalmente la presidencia de la República. En la práctica, el Estado en Latinoamérica pareciera ser prisionero o de los militares, de instituciones autonomizadas del Estado, de diversos grupos civiles o instituciones religiosas o culturales, de gobiernos extranjeros o actores transnacionales (FMI-BM) o, como en algunos países de la región, de grupos ligados al narcotráfico.

<sup>29</sup> El *pretorianismo*, en acepción amplia, se define como la influencia política abusiva ejercida por algún grupo militar. En la actualidad esta influencia perversa ya no es ejercida por los militares “directamente”, pero sí por sus émulos; los pretores civiles.

han dañado a las democracias de la región, obstaculizando la institucionalización real de las expectativas cognitivas y violentando las normas, formando coaliciones clientelares, casi mafiosas, que privatizando el bien común hacen implausible los beneficios de largo plazo para las *inmensas minorías*, promoviendo, a fin de cuentas, la inestabilidad política y social.

De allí que la exclusión, la pobreza y la falta de educación no sean fenómenos casuales o síntomas exclusivos de un bajo nivel de desarrollo económico, sino patrones endémicos en numerosos países e la región, producto de las lógicas de coordinación clientelar que han potenciado los grupos corporativos al interior de nuestras sociedades y que hacen imposible la vigilancia informada de las autoridades electorales por parte de muchos ciudadanos, pues no existen las instituciones operativas (del derecho por ejemplo) o, en el mejor de los casos, éstas están representadas como *anima*. Es decir, figuran en los textos constitucionales pero en la práctica, *se acatan mas no se obedecen*.<sup>30</sup>

Hemos señalado que la característica sociopolítica más sobresaliente del devenir evolutivo en América Latina ha sido la precariedad de la institución cognitiva y los problemas para operativizar el derecho (normas). Inestabilidad y disfunción que no son el producto de una osificación institucional sino de formas sobre-entendidas, donde un tipo de mecanismo integrador, la integración normativa, viene siendo sustituido gradualmente por formas desintegradoras e inadecuadas de integración sistémica: el caudillismo clientelar.

El *revival* del caudillismo clientelar, que en su variante moderna Huntington denota como pretorianismo, es el resultado de una precaria y difícil evolución de la institucionalización política en relación con el desarrollo socioeconómico y la movilización social, toda vez que el desarrollo del orden social diferenciado supone un mayor simbolismo y una civilización de las expectativas, como presupuestos de la comunicación (y *no* en el sentido de introyección sobre el nivel de la conciencia, como suponía N. Elías), pero una sociedad, cuya lógica de coordinación dominante es el caudillismo clientelar o el mercado, aunque compleja y diferenciada, carece de estabilidad institucional.

---

<sup>30</sup> Durante la llamada conquista de América, los conquistadores realizaban el siguiente ceremonial: cuando una ley en forma de edicto arribaba de ultramar, colocaban respetuosamente el texto escrito sobre su cabeza y repetían; *aquí la ley se acata pero no se obedece*.

Más bien es una sociedad donde la diferenciación e indiferenciación se presentan a un mismo tiempo.<sup>31</sup>

De allí que si la diferenciación social y la creciente movilización política no son seguidas por un incremento en la complejidad institucional, el resultado es un accionar político sin integración política. Es decir, una situación donde los actores sociales y políticos se movilizan sin una construcción simultánea de instituciones cognitivas y normativas capaces de articular y agregar sus demandas. Por lo tanto, aunque los diferentes sectores sociales busquen tematizar derechos, plasmándolos en el lenguaje de la ley, sin un poder judicial que funcione, esos derechos no pueden ser plenamente gozados, como queda de manifiesto en la historia reciente del continente.<sup>32</sup>

Por el contrario, en ausencia de mecanismos claros de mediación institucional, las fuerzas políticas y sociales se confrontan abiertamente unas contra otras, es decir, su politización no es canalizada por mecanismos institucionales sino que consiste en una guerra no mediada de todos contra todos. El resultado es que, en la práctica, las constituciones y el derecho se tornan 'flexibles' y las garantías constitucionales se hacen 'inciertas', o generalmente son manipuladas por minoritarios pero fuertes grupos de poder.

Sabemos que en las sociedades centrales los derechos fundamentales efectivamente se han institucionalizado y progresivamente extendido en sucesivas olas de juridificación política, económica y social pues, precisamente, lo que distingue al sistema democrático de formas políticas o caudillescas es la *praxis* de acuerdos institucionales estables. Pero en los sistemas políticos de la periferia, las débiles instituciones se encuentran a merced de minoritarias fuerzas sociales que los "colonizan" con el objetivo de obtener beneficios privados. Incluso, aún cuando éstas hayan adoptado formalmente dichas instituciones, no pasa de ser un gesto alegórico porque de hecho, en la práctica son ignoradas o utilizadas funcionalmente como un nuevo instrumento de

---

<sup>31</sup> La civilización de las expectativas supone reglas básicas fundamentales referidas al individuo y al sistema, constituidas históricamente (institucionalización que señala el marco de referencia, las reglas del juego), y donde no se puede suponer el consenso (como lo hace Habermas). Son, más bien, las garantías individuales institucionalizadas y operando las que garantizan la civilización de las expectativas y la plausibilidad del consenso.

<sup>32</sup> Sobre todo los actores subordinados, imposibilitados de informar instituciones normativas. Al respecto ZAMORANO, Raúl. *Entre la teoría y la acción: dilemas sobre la acción colectiva popular*. Santiago de Chile: 1988 - 1992. México: Juan Pablos, 2001.

dominación (operativas sólo para algunos). Por ello, toda vez que se incrementa la participación política, que resulta del proceso de extensión de la ciudadanía (fundamentalmente social),<sup>33</sup> el sistema democrático se tensiona y es incapaz de establecer adecuados mecanismos de agregación e intermediación de intereses, dejando la puerta abierta a reacciones autoritarias o manifestaciones caudillistas.

Por ejemplo, la fractura sociopolítica, consumada durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva en Chile (1964-1970), al implementar un programa que apuntaba a impulsar un modelo de acumulación cuya base era el gran capital financiero, perseguía legitimarse en los sectores populares vía procesos crecientes de integración a su esquema de participación, pero sin el desarrollo institucional legitimante correlativo, ni modificaciones en la estructura social, principalmente lo relacionado con la distribución de la propiedad.<sup>34</sup> Situación que elevó el grado de las tensiones sociales y la intensificación de las movilizaciones populares, *estrechando el margen de maniobra y restringiendo las opciones políticas*.

Gran parte de estos fenómenos de politización mediada por una baja institucionalidad, se han explicado sobre la base interpretativa proveniente de algunos modelos de la cultura, de las estructuras simbólicas de la comunicación, o con recursos referidos a condiciones exteriores u objetivas como la dependencia económica, el aislamiento o la marginación mas, como es claro en el ejemplo anterior, cuando el aumento de la diferenciación societal y del pluralismo no viene

---

<sup>33</sup> Nos referimos a la ya clásica tipología de Marshall. *Ciudadanía civil* (siglo XVIII): derechos necesarios para la libertad individual; libertad de la persona, de expresión, pensamiento, fe, el derecho de propiedad, de contraer compromisos contractuales y el derecho a la justicia. Las instituciones asociadas a los derechos civiles (de manera más directa) son las cortes justicia. *Política* (siglo XIX): derecho a participar en el ejercicio del poder político, como miembro de un cuerpo investido de autoridad política o como elector de sus miembros (Las instituciones correspondientes y necesarias están dadas por el Parlamento y los consejos del gobierno local). *Social*: el rango que va desde el derecho a un mínimo bienestar económico y seguridad, hasta el derecho de vivir una vida "civilizada", de acuerdo a los estándares predominantes en la sociedad (las instituciones que tienen conexión con estos derechos son el sistema educacional y los servicios sociales, característicos del siglo XX). Sobre esto véase MARSHALL, T. H. y Tom Bottomore. *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial, Madrid, España 1998.

<sup>34</sup> La llamada *promoción popular*, política orientada al incremento de la integración y participación popular en la vida social a través de la implementación de organizaciones adecuadas que fortalecieran las orgánicas que los mismos pobladores habían generado. Sin embargo, se buscaba integrar a los sectores marginales a formas de participación *clientelar*. Guardando la irreducible distancia, de todo tipo, observamos que en Europa este proceso se caracterizo por una movilización que adopto sin mayores traumas la forma de integración. Por ejemplo, en Inglaterra la progresiva incorporación de los sectores populares a la vida nacional fue acompañada por el surgimiento paralelo de una multiplicidad de instituciones y mecanismos integrativos legitimantes.



acompañado por el establecimiento de una estructura institucional más densa, con la habilidad de establecer y manejar la complejidad social, las turbulencias y el poder corporativo ocupan de facto ese vacío. Vacío institucional que dificulta la operatividad democrática, en el sentido de una relación entre Estado, política y sociedad, lo cual termina nuevamente reproduciendo los modelos de exclusión-inclusión movimentista: *patrimonialismo, personalismo o caudillismo clientelar*.

Al respecto, una ilustración paradigmática hasta el dramatismo, del fenómeno de politización no mediada, está dada por las dictaduras militares. Sabido es que a diferencia y en contraste con los pronunciamientos militares del pasado (los cuales eran una parte integral del juego caudillesco), las dictaduras militares que surgieron a lo largo del mapa político latinoamericano, en las décadas del sesenta y setenta, se vieron a sí mismas como un intento fundacional para establecer las bases institucionales de un nuevo orden político que solucionaría el problema crónico del caudillismo, la “politiquería” clientelar y el marxismo.

Las dictaduras militares, cuyas bases políticas estaban dadas por el modelo de la economía neoliberal y por la Doctrina de Seguridad Nacional, se comprometieron a restaurar el orden a través de la desactivación de la sociedad civil y la normalización de la economía. Su objetivo principal era contener la movilización popular radicalizada en la década anterior y el re-establecimiento del *orden* a través de la fórmula del estado de emergencia. Era, según algunos teóricos, una respuesta a la descomposición del modelo capitalista, al resquebrajamiento y crisis del aparato estatal y la ‘pérdida’ de legitimidad del régimen político.<sup>35</sup> Los militares se auto concibieron como una solución al problema del caudillismo y además, como los únicos actores supra-políticos que encarnaban aún los *vilipendiados valores patrios*.

Evidentemente el advenimiento de los militares al poder vino a transformar la función del *Estado de compromiso* en un Estado represivo y vigilante que eliminó *el mercado político competitivo* y el sistema tradicional de mediaciones políticas, subordinando el espacio público de la sociedad a las nuevas necesidades de control y

---

<sup>35</sup> Sobre esto ver GARRETÓN, Manuel A. *Institucionalización y oposición al régimen militar: 1973-1980*; LECHNER, Norbert. *Los patios interiores de la democracia. subjetividad y política*. Fondo de Cultura Económica, México 1995; MOULIAN, Tomas. *Chile actual, anatomía de un mito*. Santiago: Editorial LOM, Chile 1997.

disciplinamiento de la población, imponiendo nuevas formas de legitimación y obediencia.

En el contexto de la “politiquería” clientelar, caracterizada por una politización no mediada, los militares se pensaron a sí mismos como el único actor capaz de actuar como un poder despolitizador neutral contra la politización. Sólo ellos estaban en posición de congregarse a la población tras metas nacionales compartidas, dado que su tradicional desdén por la política los ubicaba como un poder imparcial capaz de elevarse sobre lo político. Por esto no es casual que en el plano de la participación social, los militares, usando fundamentalmente técnicas represivas y reformas legales, promovieran el ‘orden’ a través de la atomización y fragmentación del tejido social, buscando la obsecuencia y el disciplinamiento de la población.

Sin embargo, el disgusto de los militares por la política, particularmente por los partidos políticos, hizo difícil el proceso de institucionalización política y generalmente sus propuestas institucionales fallaron en proveer mecanismos eficaces de agregación de intereses e intermediación adecuados. En su conjunto, este escenario representó más bien la patética manifestación de una profunda desarticulación y atomización; los efectos desorganizadores de la matriz histórica de la sociedad, donde los militares no lograron configurar establemente modos diferentes de orden social, económico, cultural y político.

Así, en la práctica las dictaduras militares fueron incapaces de proteger al Estado la colonización de los poderes sociales y terminaron siendo víctimas del mismo tipo de politización que venían a combatir. La descripción que hace O’Donnell de las tensiones que constantemente permearon la alianza autoritaria desafía la noción del autoritarismo como un caso extremo de autonomía del Estado, en la cual el Estado reina majestuosamente sobre la sociedad. En realidad el ‘Estado burocrático autoritario’ demostró una similar fragilidad y una propensión a ser colonizado por los intereses privados que la asemejaba al Estado pretoriano que trataba de reemplazar. El asalto, o auto golpes internos, al Estado de grupos sociales particulares, que se apropiaron de sectores burocráticos específicos para alcanzar sus intereses privados, minó la racionalidad institucional del Estado burocrático autoritario (O’Donnell, 1997).

Tal que la privatización de las instituciones estatales contribuyó, como en el pasado, a la erosión, fragmentación y, finalmente, a la caída del autoritarismo burocrático. Sólo que en esta ocasión no hubo diques

para contener de la destructiva dinámica del pretorianismo, ya que los mismos militares habían sido víctimas de la politización; porque las instituciones estatales que eran indispensables para restaurar el orden o no existían, o habían sido desmenuzadas y desintegradas por la máquina militar (O'Donnell, 1997).

Resulta evidente entonces que la privatización del sistema político por la represión militar o por los grupos corporativos vía decretismo, pueden desacoplar temporalmente al sistema político del ambiente social (desdiferenciar), pero sólo la legalidad es capaz de establecer estructuras institucionales autónomas y despolitizar las estructuras institucionales evitando el resurgimiento del clientelismo. En este sentido toma importancia la perspectiva sistémica que considera que estos fenómenos pueden explicarse a partir de la debilidad en la afirmación de la forma de diferenciación funcional y su coexistencia con mecanismos de delimitación de la exclusión que operan de un modo particular; porque, qué duda cabe, acá los gobiernos no han sido de leyes sino de hombres, *sean estos dictadores, caudillos, presidentes o bufones*.

Ahora, si la clave para fortalecer al derecho, con facultades de operativizar las decisiones políticas reside precisamente en la clara diferenciación entre política y derecho lo cierto es que, en la periferia de la sociedad, la debilidad operativa del sistema jurídico lo imposibilita para ejercer plenamente la facultad de canalizar las decisiones políticas, porque aunque éste exista como texto en los hechos no funciona. De ahí que las formas de inclusión autoritaria o clientelar continúan reproduciendo las contradicciones sociales vía violencia política organizada, economía informal o abierta corrupción política, toda vez que devienen en sustitutos funcionales de la modernidad en la modernidad y se transforman en impedimentos estructurales para una auténtica diferenciación funcional y operativa en las democracias de la región.

La frágil y precaria institucionalidad deviene condición suficiente para que allí actúen y se impongan lógicas de coordinación caudillistas o autoritarias y las diversas formas de regímenes clientelares se continúen unas a otras en una sucesión casi impredecible y desconcertante, toda vez que al no estar asociados con una forma de gobierno particular, pueden alternarse con regímenes cuasi democráticos y cuasi despóticos. Baste observar el caso de las recientes transiciones democráticas, donde una de las máximas complicaciones está dada por la existencia del un poder dual; el autoritario (que disminuye “relativa-

mente”) y el democrático (que tiende a incrementarse, también ‘relativamente’).<sup>36</sup>

Entonces, establecer el problema del régimen político como el criterio exclusivo del desarrollo político, sin contar con la institucionalidad requerida para cristalizar dicho proceso, más bien conduce a una teoría problemática de la institucionalización porque el aislamiento del sistema político del contexto social clientelar no es en sí suficiente. Las mismas instituciones deben ser despolitizadas, es decir, autonomizadas de intereses y poderes particulares, puesto que para institucionalizar una expectativa o consolidar la autonomía funcional de un sistema, es irreducible desvincular la comunicación de todo compromiso inmediato, de toda valoración, condición necesaria que posibilita crear el orden característico en la moderna sociedad. De lo contrario, los caminos políticos hacia la construcción institucional siempre conspiraran contra la formación de instituciones autónomas, ya sea bajo las dictaduras militares (o regímenes autoritarios como el caso de México) donde el Estado es colonizado por los intereses de los mismos militares, por sus aliados o por el caudillismo clientelar con su lógica líder – movimiento (Toledo en Perú, Chávez en Venezuela).<sup>37</sup>

Sólo la constitucionalización del poder del Estado completa el proceso de desacoplamiento de las instituciones del Estado de fuerzas sociales particulares. Es sobre esta base que en las democracias conso-

---

<sup>36</sup> Vayamos de nuevo al caso chileno. Antes, durante y después del llamado proceso de transición democrática, los partidos políticos no han logrado superar la lógica movimiento - no-movimiento. Imposibilitados de recuperar la acción mediadora entre los intereses de la sociedad y el Estado, más bien, operan como plataformas de líderes carismáticos que reproducen el modelo movimentista y clientelar, promoviendo una lógica de identidad social que está dada por el principio de la adscripción y no de adquisición, y ello en un escenario donde se da por supuesto que los partidos políticos deberían ser un mecanismo crucial en la institucionalización política, toda vez que éstos están equipados para institucionalizar la política como estructura de articulación y agregación de intereses. Los partidos al tener un pie en el sistema estatal y otro en los diversos subsistemas de la sociedad, desde donde toman demandas, aspiraciones y cuadros para procesarlos en el marco de la lucha por el poder político, podrían lidiar más adecuadamente con los problemas presentados por la complejidad social (incertidumbre), empero, sus lógicas carismáticas terminan reactivando el modelo clientelar (un trivial análisis sobre las gestión/implementación, en las Municipalidades chilenas, de las políticas públicas destinadas a los sectores más vulnerables de la población devela la lógica clientelar que les subyace).

<sup>37</sup> Aunque en realidad el caso de Chávez (“El Chavismo”) es mucho más complicado. Baste señalar que el actual mandatario recupera una orientación de tipo nacionalista liberal: siguiendo una política económica interna bastante ortodoxa al tiempo que ha impulsado una política exterior nacionalista e independiente; lo cual ha suscitado el antagonismo y la ira de los EEUU. Esto incluye su oposición al Plan Colombia, su crítica a la guerra de los EEUU en Afganistán y a la ofensiva imperial en el ámbito mundial, sus relaciones cordiales con Irak, Irán y Cuba, y su rechazo a permitir que los EEUU colonicen el espacio aéreo venezolano.

lidades la ley tiene el consenso social suficiente y la institucionalidad requerida, de modo que se torna difícil, cuando no imposible, escapar de ella. De allí la importancia en insistir que cualquier forma de Estado autoritario no es soberana; el Estado soberano, en el sentido moderno del término, es el producto del establecimiento del imperio de la ley. A través de leyes generales el constitucionalismo elimina la pluralidad de privilegios medievales, ubicando al Estado como la institución política soberana.

En cambio, en América Latina, la ley es algo que el poderoso puede ignorar o regatear, situación que al normalizarse se convierte en expresión de la hipertrofia del sistema, pues bloquea la sensibilidad de los distintos subsistemas y reduce el poder de auto-inmunización del mismo.<sup>38</sup>

En consecuencia, es errado ver al constitucionalismo como un mero mecanismo de limitación del poder estatal.<sup>39</sup> El constitucionalismo, es decir, la autonomía e imperio del derecho, crea y organiza el poder del Estado, despolitizando la política a través de la juridificación. Eso es lo que constituye al Estado legal moderno y, en este sentido, el constitucionalismo viene a fortalecer al Estado ya que lo constituye como una institución autónoma, separado de la miopía y el particularismo de fuerzas corporativas. Ya lo señalaba Schmitt: es el constitucionalismo quien da nacimiento al Estado legal moderno puesto que la juridificación del poder del Estado a través del derecho y la constitución del Estado como institución representan dos caras de la misma moneda (Schmitt, 1982).

Sólo la formación de un sistema institucional compatible con el grado de diferenciación social, característico de las modernas sociedades complejas, es capaz de establecer un complejo constitucional efectivo, cuya base supone la total autonomía del derecho, de la política, de la ciencia, de la religión etc.

---

<sup>38</sup> Resulta evidente entonces que si el constitucionalismo emancipa las instituciones de la lógica política, garantizando su coherencia y autonomía institucional, un Estado legalmente constituido no puede depender de la voluntad del partido, de los militares, de la Iglesia, los poderes fácticos o de grupos corporativos, sino en las normas legales específicamente estipuladas que impiden, o dificultan, la colonización e instrumentalización de su aparato administrativo por parte de fuerzas particulares.

<sup>39</sup> Me señala un amigo chileno -cientista político- que el rescate del constitucionalismo y de la necesaria operatividad del derecho tienen, evidentemente, un marcado sello conservador, pues el constitucionalismo habría surgido para mantener el orden de dominación y la hegemonía, no sólo de aquellos que controlan el poder económico sino que también de los que producen la ley, las normas y las reglas que rigen a los sujetos en las sociedades democráticas iliberales (cit). Pregunté entonces, a mi revolucionario amigo, cuál es la forma para activar en los hechos las garantías y derechos de esos sujetos que a él tanto preocupan..., aún no me responde.

Pero el bajo nivel en la construcción institucional de las sociedades latinoamericanas, íntimamente ligado a las formas asumidas en el proceso histórico de auto-construcción de sus sociedades civiles y a la erosión de los acuerdos legales constitucionales por parte de formas populistas de auto-entendimiento, imposibilitan tan operación. Este déficit institucional, fuertemente conectado con la permanencia de formas políticas de auto-entendimiento que erosionan la autoridad del constitucionalismo como institución, propicia y se imbrica, a su vez, con el surgimiento de movimientos populistas o autoritarios que, a través de la instrumentación de propios mecanismos constitucionales, socavan la autoridad de la ley y del derecho como institución. En ausencia de una institucionalización cognitiva, de una *cultura política* real, y normativa aunque la *ley exista puede no acatarse*.

*Insomma*, de frente a la carencia de una efectiva complejidad constitucional, el derecho ha sido incapaz de cumplir sus funciones constitutivas o regulativas. La juridificación a tendido, más bien, a establecer un proceso de desarrollo no diferenciado, signado por las dramáticas crisis autoritarias y clientelares que siguen generando recurrentes cuellos de botella en la historia política y social de la región. Así, con frágiles instituciones cognitivas y normativas, o en su ausencia, que establezcan y mantengan los límites sistémicos, es lógico que las dinámicas del cambio social asuman la forma de caóticos choques entre lógicas sectoriales desordenadas y una creciente politización no mediada; debilidad que explica, en parte y aún bajo regímenes democráticos *funcionales*, la carencia de derechos con aplicación universal.

Evidentemente, el éxito de las reglas y normas está intrínsecamente ligado a la institucionalización de un complejo constitucional efectivo, ya que en las sociedades modernas el principio de separación de poderes debe extenderse mas allá de la estabilización del dualismo política / sociedad hacia un rol más comprensivo, que posibilite mantener y coordinar una pluralidad diferenciada de lógicas institucionales. De lo contrario, cuando la plausibilidad de cualquier reforma resulta *a priori* demasiado incierta, toda vez que el futuro también se torna incierto; las estrategias de cooperación devienen improbables porque las negociaciones se hacen cada vez más difíciles y engorrosas al no estar sustentadas en instituciones que delimiten y puedan realmente dar salida a acuerdos, potenciando el círculo vicioso de la coordinación corporativa.

En otras palabras, se requiere una clara conceptualización del papel del derecho y del constitucionalismo en la política de la consolidación democrática, para que los derechos fundamentales no sólo protejan al individuo del Estado; si no también posibiliten estructurar el ambiente de la burocracia en modo de consolidar al Estado como un subsistema de la sociedad y hacer complejamente plausible una actividad de comunicación más eficaz e influyente, toda vez que la institucionalidad cognitiva-normativa es el vínculo más importante del tejido democrático. Es decir, la institucionalidad referida a la estructura de los derechos, a las operaciones del sistema jurídico y a los aparatos que garantizan la reproducción sociocultural de la sociedad.

Pero al observar las dificultades de afirmación de la democracia en el continente se hacen manifiestas las resistencias que se han sedimentado o estructurado en el paso de la estratificación a la diferenciación funcional y que han cobrado un peso significativo en el desarrollo de las delimitaciones territoriales realizadas con la formación de los estados nacionales en la región. Resulta problemático entonces, en sociedades periféricas orientadas por un orden centralizado, cuando la intervención de los sistemas periféricos por parte del sistema central corrompe la secuencia comunicativa, puesto que hace implausible la comprensión de una nueva comunicación ya que el sistema así intervenido no está motivado para *comprender*, sino tan sólo para *aceptar* la intervención impuesta. Precisamente, sustitutos funcionales como el autoritarismo o caudillismo han desarrollado funciones de estabilización, en el sentido que vienen a reforzar los impedimentos a la diferenciación, estabilizando formas de desestabilización permanente de los códigos de funcionamiento en el sistema del derecho y de la política, los cuales alcanzan niveles de hipertrofia que serían, paradójicamente, inexplicables sin ellos.<sup>40</sup>

Ahora, no se trata tampoco de abogar sólo por la existencia de normas como fórmula mágica para resolver todos los problemas, ni tampoco, como de hecho sucede, valorar las reglas en sí mismas. Lógicamente, la pura existencia de reglas no asegura más que eso (*la ley se acta pero no se obedece*), pero si en nuestro continente se quiere

---

<sup>40</sup> Quizás el desafío sea potenciar al conjunto de estas instituciones diferenciadas, las cuales, no obstante su imperfección, mantengan a los actores al interior de las reglas del juego democrático. De lo contrario, lejos de lograr las ansiadas metas de consolidación democrática y reforma del mercado, reactivaran el estéril patrón autoritario o clientelar.

ir un paso más allá y dar cabida a los horizontes utópicos de sentido, es prioritario antes que nada que las reglas y normas básicas consagradas en las constituyentes sean efectivas. Es decir, que el estado de derecho sea operativo y funcional para todos, si-no, no, puesto que la función más importante del derecho, a través de sus estructuras operativas (poder judicial) es ganar y conservar legitimidad mediante la solución de conflictos de la gente común, generando confianza. Entonces, a menos que concentremos nuestra atención en la cuestión ignorada de cómo hacer que el derecho funcione en las cosas más triviales, el estado de derecho y la democracia nunca se consolidarán en América Latina.

Por último, insistir en la necesaria operatividad del derecho y del constitucionalismo, que es, al fin y al cabo, la carta magna que nos permite lo que debemos hacer, al mismo tiempo que nos prohíbe lo que no hay que hacer. O, dicho en la semántica moderna, insistir en la funcionalidad y operatividad del derecho y de la institucionalidad, referida a la estructura de las operaciones del sistema jurídico y a los aparatos que garantizan la reproducción sociocultural de la sociedad, para que a fin de cuentas nuestra historia sociopolítica deje de ser *contada por un idiota* (βᾶέβῆçò)<sup>41</sup>...

Italia – México, 2002

## Bibliografía

ADLER, Lomnitz Larissa. Identidad nacional/cultura política: los casos de Chile y México, En: *Redes sociales, cultura y poder: ensayos de antropología latinoamericana*. México: Flacso/Porrúa Editores, 1994.

ALBERTI, Giorgio. *La construcción de la democracia en América Latina*. México: Flacso, 1997.

BARALDI, Claudio. Voz "diferenciación". En: CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996.

BRUNNER, José J. *El consenso Fukuyama*. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias>>. Acceso en: 18 enero. 2002.

\_\_\_\_\_. *Un espejo trizado*. Santiago: Flacso, 1988.

CASTORIADIS, Cornelius. *¿Qué democracia?*, Figuras de lo pensable. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996.

<sup>41</sup> En el sentido griego de la palabra. Es decir, persona sin fundamentos.



De GIORGI, Raffaele. Redes de inclusão. In: \_\_\_\_\_. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

FERNANDES CAMPILONGO, Celso. *O direito na sociedade complexa* (título provisorio). São Paulo: PUC, 2000. (manuscrito).

FUKUYAMA, Francis. *The Great Disruptions: human nature and the reconstitution of social Order*. New York: Simon and Schuster, 2000.

GALEANO, Eduardo. *La jornada*, México, 1 enero 2002.

GARRETÓN, Manuel A. *Institucionalización y oposición al régimen militar: 1973 1980*, Santiago, Chile: Flacso, 1983.

GIDDENS, Anthony. *La constitución de la sociedad*. Bases para una teoría de la estructuración. Buenos Aires: [s.n.], 1995.

GUATTARI, Felix. *Cartografías del deseo*. Santiago, Chile: Francisco Zegers 1989.

HOBSBAWN, Eric. La guerra y la paz en el siglo XX. *La Jornada*, México, 24 marzo 2002.

HUNTINGTON, Samuel. *El orden político en las sociedades en cambio*. Barcelona, España: Paidós, 1972.

KELSEN, Hans. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Itália: Einaudi, 1952.

\_\_\_\_\_. *Sociologia della democrazia* (a cura di Agostino Carrino). Napoli, Italia: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

KOSELLEK, Reinhart. *Futuro passato*. Per una semantica dei tempi storici. Genova, Italia: Casa Editrice Marietti S. p. A., 1986.

LANGLEY, Lester D. *The Americas in the Age of Revolution 1750-1850*. New Haven: Yale University Press, 1996.

LEAL, Antonio. *El crepúsculo de la política*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 1996.

LECHNER, Norbert. Tres formas de coordinación social. *Revista de la CEPAL*, Santiago, Chile, n. 61, 1997.

\_\_\_\_\_. *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y Política*, Fondo de Cultura Económica, México 1995.

\_\_\_\_\_. *Un desencanto llamado postmoderno*. Santiago, Chile: Flacso, 1988.

LOVEMAN, Brian. *The Constitution of Tyranny: regimes of exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.

LUHMANN, Niklas. *A sociological Theory of Law*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1985.

\_\_\_\_\_. Causalità nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; RAFFAELE de Giorgi. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce, Italia: Pensa Editore, 1998.

\_\_\_\_\_. Complejidad y democracia. *Niklas Luhmann. Teoría de los sistemas sociales* (artículos). México: Universidad Iberoamericana, 1998.

\_\_\_\_\_. *Confianza*. Barcelona, España: Anthropos Editorial - Universidad Iberoamericana, 1996.

\_\_\_\_\_. *Essays on Self-Reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. *Ilustración Sociológica*. Buenos Aires: Sur, 1973.

- \_\_\_\_\_. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Anthropos Editorial - Universidad Iberoamericana, Iteso, 1996.
- \_\_\_\_\_. *La política de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Alemania: [s. n.], 2001.
- \_\_\_\_\_. *Poder*. Barcelona, España: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. México: Alianza Editorial - Universidad Iberoamericana, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Sobre las garantías individuales*. Trad. J. Torres Nafarrate. México: [s. n.], 2000.
- \_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano, Italia: Franco Angeli Editore, 1996.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Madrid, España: Alianza Editorial, 1998.
- MARRAS, Sergio. El poder sin rostro. *Diario La Época*, Chile, año 3, n. 791, 29 junio 1998.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Madrid, España: Alianza Editorial, 1998.
- MARX, K.; ENGELS, F. *Werke*. Berlin: [s. n.], 1963. v. 28.
- MASCAREÑO, Aldo. *Teoría de sistemas de América Latina. Conceptos fundamentales para la descripción de una diferenciación funcional concéntrica*, Santiago, Chile: [s. n.], 2001 (manuscrito).
- MIRES, Fernando. *Ciencia Nueva* (título provisorio del manuscrito). Odenburg, Alemania: [s. n.], 2002.
- MOULIAN, Tomas. *Chile actual, anatomía de un mito*. Santiago, Chile: Editorial LOM, 1997.
- O'DONNELL, Guillermo. Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, n. 5, 1997.
- \_\_\_\_\_. *El estado burocrático autoritario: triunfos, derrotas y crisis*. Buenos Aires: Editorial Belgrano, 1982.
- O'DONNELL, G.; SCHMITTER, P.; WHITEHEAD, L, (Coord.). *Transiciones desde un gobierno autoritario*. Buenos Aires: Paidós Editorial, 1988. v. 4.
- SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza Universidad, 1982.
- SCHUMPETER, Josep. *Capitalismo, socialismo e democrazia*. Milano, Italia: Etas Libri, 1977.
- SPENCER-BROWN, George. *The Laws of Form*. New York: E. P. Dutton, 1979.
- WALDER, Paul. *Latinoamérica lucha contra sus viejos fantasmas*. Disponible em: <<http://www.primeralinea.cl>>. Acceso em: 24 marzo 2002.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *1968: revolución en el Sistema-Mundo*. Tesis e Interrogantes. [S. l.; s. n.], 1989. v. 2.
- WALLERSTEIN, Immanuel et al. *El Juicio al Sujeto: un Análisis Global de los Movimientos Sociales*. México: Flacso, 1990.
- ZAMORANO, Raúl. *Entre la teoría y la acción*. Dilemas sobre la acción colectiva popular Santiago de Chile: 1988 - 1992. México: Juan Pablos Editor, 2001.
- \_\_\_\_\_. La democrazia dei postmoderni. Circa un gesto allegorico e metaforico. *Rivista di Diritto e Cultura*, Napoli, Italia, Ed. ESI, 2001.
- ZOLO, Danilo. *El léxico de Luhmann*. Camou, Antonio y José Esteban Castro (Comp.). La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann. México: Flacso/Triana Editores 1997.

# Benjamin N. Cardozo: contexto e críticas à ortodoxia jurídica norte-americana

*Denis de Castro Halis\**

*1. Introdução; 2. Pequena biografia de Benjamin Nathan Cardozo; 3. A jurisprudência sociológica e o realismo jurídico norte-americano; 4. A natureza do processo e a evolução do direito em Cardozo; 5. Considerações finais; Referências.*

## 1. Introdução

Muito se discute no campo da sociologia jurídica brasileira acerca das práticas jurídicas chamadas “positivistas”, “dogmáticas”, “formalistas” e “ritualísticas”, ditas predominantes. Essas práticas podem ser vistas num quadro maior de uma cultura política de submissão, que acaba sendo reforçada pelos ensinamentos dos manuais de direito. O objeto primordial desta análise, dentro dos limites impostos, é estudar as idéias defendidas por Benjamin N. Cardozo (1870-1938), expoente da jurisprudência sociológica e juiz da Suprema Corte Norte-Americana. No entanto, crê-se oportuna uma rápida apresentação tanto da jurisprudência sociológica como do realismo jurídico norte-americano,<sup>1</sup> para poder melhor entender a atmosfera que influenciou o pensamento e a atuação de Cardozo. Esses movimentos – surgidos nos EUA no início do séc. XX – forneceram

---

\* Professor de Sociologia Jurídica da Faculdade Nacional de Direito (FND) – UFRJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais - Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito / PPGSD/UFF e Pós-Graduando em Filosofia Contemporânea - Uerj. Bacharel em Ciências Sociais pela Uerj e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FND/UFRJ. halis@gbl.com.br

<sup>1</sup> Outro movimento distinto e posterior veio a se chamar “realismo jurídico escandinavo”. Para uma apresentação desses dois movimentos ver: ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 102 et seq.

idéias que possibilitaram uma problematização da prática decisória dos juízes e uma parcial negação da doutrina oficial da *Common Law*. A referida prática seria supostamente orientada, segundo as doutrinas clássicas, pelas regras da lógica pura e da razão consciente.

Entre os objetivos que podem ser destacados está o de mostrar certas peculiaridades e divergências entre os adeptos desses movimentos, ressaltando a diversidade interna desses “revoltosos” contra o “positivismo jurídico”. A colocação de todos esses autores sob um só rótulo resultaria numa possível ocultação da sua pluralidade. Um dos intuitos deste trabalho é demonstrar que esses autores tinham críticas muito fortes entre si, não configurando uma escola ou corrente de idéias tão homogênea como, geralmente, se quer mostrar nos trabalhos acadêmicos nacionais.<sup>2</sup> Cabe o registro de que não se propõe expor, de forma exaustiva, as idéias de cada um dos membros desses movimentos, mas, sim, privilegiar algumas noções centrais em Cardozo. Buscar-se-á entender as doutrinas de sua época e pensar sua contribuição para a filosofia do direito, em especial, acerca dos fins e funções a que o direito serve, adaptando suas normas às tarefas a serem realizadas.

A base principal deste estudo é o livro *A natureza do processo e A evolução do direito*, de Benjamin N. Cardozo, traduzido e prefaciado por Lêda Boechat Rodrigues, historiadora do Supremo Tribunal Federal e renomada especialista brasileira na história da Suprema Corte Norte-Americana. Trata-se de livro esgotado há muitos anos e, portanto, de difícil acesso, sendo a edição aqui usada de 1956. Tendo sido uma das pioneiras no estudo do realismo e da jurisprudência sociológica, Rodrigues frequentou nos EUA um curso de *Jurisprudence* ministrado por Karl Llewellyn, uma das expressões do realismo.

A edição brasileira dessa obra conjugou dois livros originalmente separados. O primeiro, *A natureza do processo*,<sup>3</sup> foi fruto de uma série de palestras proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de Yale nos EUA. Três anos mais tarde, em 1924, ele publicou *A evolução do direito*. Outro livro importante, ao qual não se teve acesso direto, foi *Os paradoxos da ciência jurídica*,<sup>4</sup> publicado originalmente em 1928.

---

<sup>2</sup> Conferir, por ex., Evaristo de Moraes Filho. *O problema de uma sociologia do direito*. 1997. Neste manual, essas doutrinas aparecem sob o nome de “escolas funcionalistas do direito”. Outro exemplo mais recente, em que algumas confusões podem ser percebidas encontra-se em: EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. *Novos Estudos Cebrap*, n. 62, p. 107-121, mar. 2002.

<sup>3</sup> No original em inglês *The nature of the judicial process* (1921).

<sup>4</sup> Originais em inglês: *The growth of law* (1924) e *The paradoxes of legal science* (1928).

## 2. Pequena biografia de Benjamin Nathan Cardozo

Benjamin Nathan Cardozo, que veio a se tornar conhecido como o “advogado dos advogados” – uma vez que preparava argumentos e sumários para outros advogados utilizarem nos tribunais –, nasceu em Nova Iorque em 24 de maio de 1870 e morreu no dia 9 de julho de 1938.

Foi nomeado juiz (*justice*) da Suprema Corte dos Estados Unidos em 15 de fevereiro de 1932 pelo então presidente Herbert Hoover, ocupando a cadeira que fora antes de Oliver Wendell Holmes Jr. (*justice* de 1902 a 1932). O Senado norte-americano confirmou sua nomeação em 24 de fevereiro de 1932. Benjamin Cardozo serviu àquela Corte até a sua morte, vindo a ser substituído por Felix Frankfurter, já no governo do presidente Franklin D. Roosevelt.

Em decisões que se tornaram históricas, Cardozo contribuiu com a conformação da *Common Law* às condições sociais da sua época.

Sua carreira na Suprema Corte ocorreu em paralelo com as inovações na sociedade advindas da política do *New Deal*. Nos seus pareceres, Cardozo buscou fornecer um forte suporte jurídico a essa política de proteção social. Preocupado com os efeitos reais das suas decisões, com a sua influência para com as condições atuais e futuras da vida política e social norte-americana, buscou fundamentar suas decisões visando à validação das ações governamentais que tinham por objeto a regulação da economia de mercado. Enfrentou conflitos novos – derivados de novas condições políticas, sociais e econômicas – de maneira exemplar, sendo reconhecido por possuir um grande senso de oportunidade e justiça.

Após um longo período de prosperidade e ascensão econômica, ocorreu nos Estados Unidos, em 1929, o início da Grande Depressão. A Corte Suprema possuía nessa época um bloco hegemônico que era “conservador” – no sentido de não contribuir para uma reformulação da jurisprudência até então existente, mesmo em face das mudanças da sociedade. Cardozo, juntamente com Louis Dembitz Brandeis e Harlan Fiske Stone, contrapôs-se a essa maioria conservadora, integrando o grupo dissidente, que, até cerca de 1937, foi sistematicamente vencido. Essas derrotas davam-se, em especial, nas matérias sobre as funções e competências dos órgãos de governo. Porém, como sublinha Lêda Boechat Rodrigues, as “suas opiniões constituem hoje (...) o fundo do direito constitucional americano” (1956, p. XXV). Rodrigues declara

ainda que Holmes, Brandeis e Cardozo perfizeram, conjuntamente com Marshall, Story e Taney, “meia dúzia de fontes vivas de inspiração do direito constitucional norte-americano” (Rodrigues, 1992, p. 102).

Nas obras *A natureza do processo* e *A evolução do direito* (1956) percebe-se a vasta influência em Cardozo de autores como Ihering, Savigny, Roscoe Pound, Gabriel Tarde, Durkheim, Eugen Ehrlich, François Geny, O. W. Holmes, Herbert Spencer, John Dewey, William James...

### 3. A jurisprudência sociológica e o realismo jurídico norte-americano

#### 3.1 Oliver Wendell Holmes Jr.

Neste tópico, tenta-se uma primeira caracterização desses movimentos e seus defensores, além de fornecer alguns aspectos de distinção aceitáveis entre eles. Primeiramente, há que se registrar a importância das idéias de Oliver Wendell Holmes (1841-1935) tanto para a jurisprudência sociológica como para o realismo jurídico norte-americano. Na verdade, não se pode falar de Cardozo sem mencionar Holmes. Daí se justificar uma rápida apresentação sua.

Holmes é identificado por muitos como o fundador da *sociological jurisprudence*.<sup>5</sup> No entanto, pelo fato de ter também influenciado, significativamente, as idéias realistas, crê-se aqui que ele deve estar acima das qualificações tanto de uma quanto da outra corrente. Cabe o registro metodológico de que, em virtude das dificuldades encontradas na obtenção dos livros e votos do próprio autor, recorreu-se, em especial, à rigorosa pesquisa empreendida por Lêda Boechat Rodrigues, consignada nos seus vários livros, para esse esforço de compreensão da trajetória de Holmes.

Tendo sido *justice* da Suprema Corte Norte-Americana por três décadas, de 1902 a 1932, suas idéias, reunidas em livros ou consignadas nos seus votos, provocaram verdadeiro questionamento crítico e reflexão entre os juristas acerca das representações e práticas consideradas hegemônicas em sua época.

---

<sup>5</sup> “Jurisprudência sociológica”.

O grande mérito de Holmes foi o de ter sido um dos primeiros juristas norte-americanos a colocar em xeque os paradigmas de objetividade e pureza no processo de aplicação do direito pelos juízes. Foi ele quem primeiro expôs o que veio a ser chamada de *teoria da racionalização*, segundo a qual a sentença ou o acórdão não expressava as razões “reais” da decisão, mas apenas aquelas socialmente aceitáveis. Daí ser possível sustentar, coerentemente, acerca da irrelevância ou do relativo desvalor das razões declaradas pelos juízes nas suas decisões. *Isso não significa rejeitar a obrigação de fundamentar as sentenças* – o que é de vital importância –, mas, apenas, argumentar que, na maior parte dos casos, deve-se desconfiar dos motivos ali declarados.<sup>6</sup> Em síntese, pode-se dizer que ele sublinha, para o bem ou para o mal, o papel ativo preponderante exercido pela subjetividade do julgador, mesmo que de forma inconsciente.

Além da argumentação de que o juiz é um agente ativo e, de uma certa forma, dever sê-lo, afirma ser o direito um fenômeno social, não uma mera produção teórico-intelectual, ou, como se pode acrescentar, expressão máxima da racionalidade de uma época. Para se entender tal argumento, exemplifica-se dizendo que os valores de uma sociedade injusta tenderão a se refletir num direito injusto (Geertz, 2002, p. 328).

Fortemente influenciado pelo ambiente filosófico de sua época nos EUA, em que as idéias do pragmatismo filosófico<sup>7</sup> tinham grande força, foi amigo de William James (1842-1910), um dos principais pragmatistas. Daí a afirmação que veio a se tornar sua marca registrada:

A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser. (...) Em qualquer tempo, a substância do direito, enquanto esteja ele em vigência, corresponde, de

---

<sup>6</sup> Isso é mais desenvolvido quando da apresentação das idéias de Cardozo.

<sup>7</sup> Falar-se-á mais do pragmatismo filosófico em outras partes deste trabalho. Entre os pragmatistas que detêm maior importância entre as doutrinas dos juristas aqui estudados estão William James, John Dewey (com sua lógica da previsão) e Charles Sanders Peirce.

modo bem aproximado, ao que se tem então por conveniente; sua forma, entretanto, e seu mecanismo, e o grau em que é capaz de produzir resultados desejados, dependem muito do seu passado. (Holmes, 1963, p. 29)

Holmes argumentava, então, que a preocupação do direito deveria estar nas *realidades empíricas* da vida social. Tinha em vista, portanto, solapar as certezas do chamado “positivismo lógico” e da escola analítica – da qual John Austin foi um dos expoentes. Apesar de não ser um “realista” no sentido estrito, foi exatamente essa forma de pensar que levou Holmes a “contaminar” as concepções dos que vieram a se chamar *realistas norte-americanas*, impulsionando a formulação de suas idéias.

Até Holmes, segundo Lêda B. Rodrigues, o pensamento jurídico norte-americano ainda estava absorvido no pressuposto, dito ingênuo, de que o direito escrito nas tábuas sagradas era um sistema completo e perfeito e de que os juízes apenas descobriam a lei (Rodrigues, 1992, p. 103). Tanto quis mostrar o papel ativo do juiz que chegou a argumentar que possuir um direito formal, legalmente garantido, pode nada significar. Isso porque a lei nada mais significa do que uma “profecia” de virtual sentença: “As profecias daquilo que os tribunais de fato farão, e nada mais pretensioso, são o que eu entendo por direito” (Holmes, 1897, p. 460-1). [tradução livre].

A defesa dogmática do chamado *laissez faire* econômico foi combatida em várias manifestações de Holmes quando de seus julgamentos. A *interpretação* da palavra “liberdade” – consignada na Constituição norte-americana –, que mais inquietou e contra a qual se levantou Holmes, foi aquela que conformava a negação de qualquer intervenção governamental no funcionamento do mercado econômico, ou seja, era contra a interpretação que identificava a liberdade constitucional, reduzindo-a, como a liberdade contra qualquer intervenção estatal na vida econômica, contra o que ele se insurgia em inúmeros votos, que foram inicialmente vencidos. Benjamin Cardozo, que se viu em sua época em posição semelhante à de Holmes, declarou:

Holmes percebeu vividamente o que quis dizer Tocqueville há um século: uma espécie de liberdade pode cancelar e destruir outra; ainda mais forte que o amor da liberdade é a paixão por algo diferente, diferente no nome, mas no fundo idêntica, que é a paixão pela igualdade. Restrições, vexatórias se vistas isoladamente, podem “ser vistas como necessárias a longo prazo para estabelecer a igualdade de posição” na qual a verdadeira liberdade começa. Muitos apelos à liberdade são



o disfarce de privilégios ou desigualdades que buscam entrincheirar-se atrás do lema de um princípio (Cardozo, 1947, p. 82).<sup>8</sup> [tradução livre].

Dessa forma, em nome de uma suposta “liberdade”, a defesa da dita “livre” negociação, ou, ainda, a defesa acrítica da máxima autonomia individual poderia redundar na maior capacidade dos economicamente fortes em impor seus interesses aos, de fato, sem condições de barganha. Em outras palavras, como sugere Rodrigues, isso poderia promover a liberdade da “opressão econômica”.<sup>9</sup>

Por fim, nos restritos limites deste trabalho, deve-se mencionar que o trabalho de Holmes com o direito sempre teve destaque, tanto por sua forma literária e pelo seu embasamento filosófico como pelo seu conhecimento técnico refinado. Resta, então, o registro da visão de Lêda B. Rodrigues, referente à atuação dos juízes – Holmes entre eles – por ela estudados:

Pela originalidade do pensamento; pela força admirável de expressão; pela maneira como soube casar as exigências da uniformidade nacional e da diversidade local e as necessidades do Governo aos direitos e às liberdades individuais; pelo desprendimento com que, até os 40 anos, apesar de sofrer a incompreensão do meio e de seu próprio pai, se mantém fiel a si mesmo e ao estudo solitário e desinteressado do direito, complementado pela intensa leitura de filosofia e de literatura, foi Holmes o maior de todos. (Rodrigues, 1992, p. 102)

### 3.2 Jurisprudência sociológica

Apesar da opinião de alguns autores,<sup>10</sup> opta-se aqui por não enquadrar Holmes exclusivamente nessa categoria, compreendendo-o mais como um precursor e fonte inspiradora de ambas.

Como membros específicos dessa forma de pensar e trabalhar o direito, podem-se citar, em especial, dois juristas:<sup>11</sup> Benjamin Cardozo,

---

<sup>8</sup> Rodrigues também percebeu a importância dessa passagem, citando-a parcialmente (1956, p. XVIII).

<sup>9</sup> Max Weber já havia registrado esse problema: “O resultado da liberdade de contrato é, portanto, a criação da possibilidade de usar a propriedade de bens, mediante a hábil aplicação dela no mercado, como meio para adquirir, sem encontrar barreiras jurídicas, poder sobre outras pessoas” (Weber, 1999, p. 65).

<sup>10</sup> Cf. GRZEGORCZYK; TROPER, 1992, p. 48.

<sup>11</sup> Vários juízes da Suprema Corte (EUA) podem ser inseridos nessa tendência, como Louis Dembitz Brandeis e Felix Frankfurter. Considerando os propósitos limitados deste trabalho, a apresentação das idéias de Cardozo é suficiente para se entender as preocupações que perturbavam esses juristas.

sucessor da cadeira de Holmes na Suprema Corte, e Roscoe Pound (1870-1964), decano da “Law School” de Harvard. Apesar do privilégio aqui dado às idéias de Cardozo, suscitam-se também alguns argumentos de Pound.

As decisões majoritárias dos juízes na época em que Cardozo atuava reforçavam o entendimento de que “tanto melhor é um governo quanto menos ele intervém na sociedade”, ou seja, o discurso predominante tinha como pano de fundo uma tradição teórico-política que concebiam o Estado quase que em oposição à sociedade. Restava, então, à sociedade, segundo esse discurso, impor determinadas regras cerceadoras e orientadoras das formas de exercício do poder daquele (Estado). Essa restrição ao poder de mando dos ocupantes do poder político garantiria, entre outros bens, a liberdade dos indivíduos.

Ora, da mesma forma que Holmes, insurgiu-se Cardozo contra essa doutrina, que acabava por impedir as ações da administração e do Congresso que visavam à regulação dos grandes negócios e do chamado “mundo do trabalho”.<sup>12</sup> As interpretações jurídicas predominantes validavam, então, a restrição dos poderes governamentais em face dos grandes negócios e da quase impossibilidade de regulamentação das condições de trabalho. Cardozo prestava, com isso, sua homenagem a Holmes, alinhando-se ao seu pensamento de que a pura “liberdade de mercado” poderia, muitas vezes, corresponder à liberdade da opressão do mais fraco pelo mais forte, dadas as desiguais capacidades de viabilizar seus interesses. É nesse contexto que se inicia a percepção da necessidade de uma nova compreensão dos preceitos e definições legais, das responsabilidades dos atores jurídicos e das práticas recorrentes em face das ditas “necessidades” e “fins sociais” dos membros da sociedade. Toda a obra de Cardozo vai revelar essas características, o que é visto mais adiante.

*Os métodos e propósitos* da jurisprudência sociológica foram sistemática e sinteticamente expostos por Pound em artigo publicado em 1912.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Em especial no que diz respeito às relações patrões-empregados e à regulação das condições de trabalho e das formas de admissão e de dispensa dos trabalhadores.

<sup>13</sup> POUND, Roscoe. The scope and purpose of the sociological jurisprudence. *Harvard Law Review*, v. 25, 1912, p. 513-6: “1- Estudar os efetivos efeitos sociais das instituições e doutrinas legais e, conseqüentemente, atentar mais para o funcionamento do direito do que para o seu conteúdo abstrato; 2- Promover estudos sociológicos em conexão com estudos legais na preparação da legislação e, conseqüentemente, perceber o direito como uma instituição social que pode ser melhorada por meio de um esforço inteligente, descobrindo os melhores meios de aprofundar e conduzir tais esforços; 3- Estudar os meios de

Pound tornou-se conhecido por considerar o direito uma “engenharia social”. Em outras palavras, o direito pode conseguir determinados resultados mediante a ordenação das relações humanas, mas, para tal, necessita ser aperfeiçoado. Esses resultados estão relacionados ao fato de o direito ser considerado um instrumento para a melhoria da condição social e econômica das pessoas. Deve o direito satisfazer, de modo adequado, às necessidades sociais (Moraes Filho, 1997, p. 166). Sempre perseguindo esse propósito, Pound ressalta os interesses sociais (já não mais se privilegiam somente os interesses individuais, como no século XIX), considerando-os como pretensões ou desejos atrelados à *vida social* na sociedade dita “civilizada” e afirmados em nome dessa vida. Pode-se, em síntese, dizer que o direito é visto como um motor de transformação social, entendendo-se aí uma das razões de a jurisprudência sociológica ser considerada como uma “escola funcionalista” do direito.<sup>14</sup>

Para Michel Troper e Christophe Grzegorzcyk (1992, p. 48),<sup>15</sup> a jurisprudência sociológica foi inaugurada por Holmes – com a sua definição do direito como previsão das decisões futuras dos tribunais. Ainda segundo esses autores, todos os grandes juristas dessa escola – Cardozo entre eles – descreviam os comportamentos ou as práticas que contribuem com a elaboração das regras jurídicas, sublinhando o papel do direito como um instrumento da regulação das relações sociais (a referida “engenharia social” de Pound).

Pode-se, então, dizer que essa escola jurisprudencial preocupava-se menos com a descrição das normas oficiais e dos precedentes (ao contrário das perspectivas normativistas e formalistas) e mais com o fornecer aos julgadores novas formas – ampliadas – de se trabalhar com essas mesmas normas e precedentes judiciais.

Em síntese, opunha, de certa forma, a descrição à prescrição, conformando os moldes de uma teoria prescritiva, a qual designaria ao

---

tornar as regras efetivas enfatizando propósitos sociais ao invés de se apoiar na mera sanção; 4- O estudo sociológico da história jurídica, ou seja, quais os efeitos sociais produzidos pelas doutrinas do direito no passado e como elas os produziram; 5- Defender o que tem sido chamado de aplicação equânime do direito e exortar que os preceitos legais devem ser percebidos mais como guias para resultados que sejam socialmente justos e menos como moldes inflexíveis; 6- Finalmente, o fim, na direção do qual todos os pontos anteriores são apenas meios, qual seja o de se esforçar efetivamente para alcançar os propósitos do direito [tradução livre].

<sup>14</sup> Cf. MORAES FILHO, 1997, p. 166 et seq.

<sup>15</sup> Na introdução, escrita por eles, do livro *Le positivisme juridique*, 1992, p. 48, que tem ainda a colaboração de Françoise Michaut.

direito a realização de estratégias a serviço de fins sociais que lhe seriam exteriores (Troper, Grzegorzcyk, 1992). Utilizava-se, para tanto, da chamada “construção do direito pelo juiz”.<sup>16</sup>

### 3.3 Movimento realista norte-americano

É importante destacar que sob essa denominação agrupa-se uma pluralidade heterogênea de autores com idéias muitas vezes conflitantes. Deve-se advertir, então, que a conveniência de registrá-los sob um mesmo termo não deve levar a crer tratar-se de um grupo com idéias homogêneas, nem despojadas de contradições. Exatamente pelo fato de o realismo norte-americano estar longe de configurar uma escola científica coerente é que se justifica a preferência de não denominá-lo por “escola” ou “corrente”, mas, sim, de “movimento”. Este movimento desenvolveu-se a partir dos anos 20 e contou entre seus representantes mais conhecidos com Karl N. Llewellyn (1893-1962) e Jerome Frank (1889-1957). Segundo Llewellyn (apud Grzegorzcyk; Troper, 1992, p. 53), não existe uma escola realista; o que existe são homens que, individualmente, refletem sobre o direito e seu lugar na vida social. A maneira pela qual eles atacam os problemas jurídicos é impregnada de um viés militante.

Tal como a jurisprudência sociológica, o realismo é fundamentalmente antiformalista. Os adeptos desse movimento tinham por principal objetivo desmistificar o processo de aplicação do direito positivo pelos juízes, tentando pensar realisticamente os problemas legais. Por “realisticamente” deve-se entender uma preocupação em pôr à prova os dogmas legais que “camuflavam” uma defasagem entre as formas prescritas de atuação, as justificativas declaradas e os comportamentos que eram de fato adotados pelos juízes. Rejeitavam, por isso, qualquer especulação filosófica sobre o significado do direito, o que redundaria, segundo eles, em definições por demais “metafísicas”.<sup>17</sup> O atributo “realista” significava, ainda, uma refutação da teoria oficial da *Common Law* no que diz respeito, principalmente, ao dogma de não-construção do direito pelo juiz. Este, segundo o entendimento doutrinário predominante, deveria limitar-se a aplicar as regras preexis-

<sup>16</sup> Isso é abordado mais à frente, na análise de Cardozo.

<sup>17</sup> Essa noção – “metafísica” – é por eles empregada para qualificar toda proposição da qual não se pode ter demonstração certa, ou sobre as qualidades não empíricas das coisas.

tentes. Os autores realistas fazem naufragar essa doutrina, demonstrando ser impossível na prática; seria necessário, portanto, abandonar as ficções doutrinárias e reconhecer abertamente o papel decisivo do juiz no funcionamento do sistema jurídico.

No plano filosófico, os realistas foram influenciados pelas idéias do pragmatismo<sup>18</sup> de William James, John Dewey e Charles Sanders Peirce. Percebe-se essa associação não só no objeto que foi privilegiado pelos estudos realistas – o funcionamento dos órgãos judiciários e as regras efetivas de sua organização, além dos motivos reais que orientam os comportamentos pessoais tendo em vista decisões judiciárias – como também relativamente à definição das coisas segundo o que elas fazem, segundo os seus resultados, ao contrário de definições envolvendo *a priori*s ditos especulativos e deduções supostamente lógico-formais. Exemplificando essa influência há uma marcante frase de Jerome Frank: “(...) o direito é uma sentença anterior específica ou uma suposição da qual possa ser uma sentença futura” (Moraes Filho, 1997, p. 171). Segundo José de Oliveira Ascensão, “o realismo jurídico norte-americano vai ao ponto de reduzir toda a regra a uma mera previsão da maneira como o juiz decidirá aquele caso. A regra é pois um fato, precedendo outro fato futuro” (2001, p. 30).

Advém daí uma tendência ceticista fortemente presente em vários realistas. Ceticista porque questionam, por exemplo, a dependência do processo decisório dos juízes – cujo resultado é a sentença – das normas oficiais e da “lógica jurídica”. Declaravam que essas regras formais serviam realmente para propiciar um verniz de legitimidade ou um alibi justificativo ao juiz, que, de fato, decide com base em motivos amplamente subjetivos e pessoais, ou, ainda, por meio de verdadeiras intuições (*hunches*). Assim, o recurso declarado às regras oficiais, quando da justificativa da sentença, consistiria apenas numa forma de “racionalização”<sup>19</sup> das decisões tomadas intuitivamente. Em outras palavras, as sentenças dos juízes são fruto de suas preferências pessoais e das perspectivas escolhidas subjetivamente. E o que determina as preferências pessoais dos juízes? Dizem os realistas que aí entraria a esfera do inconsciente. Seriam os juízes aqueles que tomam as decisões – optam entre uma série de alternativas dadas – ou seriam eles tomados por elas?

---

<sup>18</sup> Cf., por ex., EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. *Cebral - Novos Estudos*, n. 62, mar. 2002, p. 107-121.; cf., também, DURKHEIM, Émile. *Sociologia, pragmatismo e filosofia*. Porto/Portugal. Rés, [s./d.].

<sup>19</sup> Entendida no mesmo sentido de Holmes: motivos irracionais reais *versus* racionais fictícios.

Certos realistas chegavam, mesmo, a manifestar um ceticismo com relação à “razão humana” como organizadora da sociedade e definidora de uma noção de justiça. Pode-se dizer, quanto a isso, que o intuito dos realistas era a radical revisão do método de decisão judicial, tal como fora apresentado na tradição clássica.

Desenvolvidas essas noções, chegou-se à típica oposição entre o direito formal, aquele que oficialmente deve prevalecer, expresso nos textos legais e nas compilações jurisprudenciais, chamado de *law in books*, e o direito vivo, que se constrói na prática, o *law in action*. Uma vez que analisar o primeiro é perder de vista a realidade (como as coisas são efetivamente feitas), ou ao menos boa parte dela, é preciso entender este último e não renegar sua existência de maneira fictícia. Daí o discurso de que a atenção deve estar dirigida aos fatos, não mais tanto às doutrinas.

Privilegiando os fatos e os mecanismos reais (nem sempre confessos) que influenciavam as decisões, os estudos realistas acabaram por privilegiar descrições fiéis das práticas concretas dos tribunais, ao invés de empreender descrições acerca do direito positivo. Com base nesses resultados, eles reforçaram e embasaram suas posições de que é o juiz que cria o direito, merecendo o atributo de “jurídicas” somente aquelas normas instituídas pelos tribunais quando de suas decisões. Assim entende Jerome Frank (apud Moraes Filho, 1971, p. 179): “Ninguém conhece o direito relativo a nenhum assunto ou situação, transação ou acontecimento dados até que tenha havido uma decisão específica a respeito”. Daí a acusação proferida por Pound de que eles são adeptos de “um culto da decisão concreta”.

Benjamin Cardozo é considerado um realista moderado, partilhando várias dessas idéias e chegando a enumerar as várias escolhas (que poderiam ser arbitrárias) envolvidas no processo judicial, além de sustentar também a criação do direito pelo magistrado. No entanto, deve-se registrar que as posições mais extremadas dos realistas fizeram Cardozo parecer um utópico.

#### **4. A natureza do processo e a evolução do direito em Cardozo**

Cardozo foi um dos estudiosos do direito influenciados por um ambiente intelectual pleno de novidades filosóficas, o que propiciou o

surgimento de determinadas concepções inovadoras no campo do direito. Essas novas concepções pretenderam, em maior ou menor grau, questionar visões teóricas que conformavam as práticas de então, ditas “dogmáticas”, “formalistas” e “positivistas”. Suas idéias propuseram novas formas de se compreender o direito e, conseqüentemente, de se operar juridicamente. Isso ficou manifesto em toda sua carreira.

Nas doutrinas desses “rebeldes” estudiosos – Cardozo, em especial – ficou latente a incorporação de certas doutrinas filosóficas e teorias das ciências sociais. Eles se insurgiram contra ordinárias afirmações de que o direito deveria ser visto de forma insulada, uma vez que configurava um “sistema autônomo”.

Apesar de ser um dos expoentes principais da “jurisprudência sociológica”, boa parte de sua obra poderia ser facilmente classificada de “realista”<sup>20</sup>. De fato, isso não significa qualquer contradição, uma vez que se tenha em mente que os dois “movimentos” nutriam-se reciprocamente, apesar de algumas divergências contundentes. Essa confusão justifica-se na medida em que Cardozo privilegia – da mesma forma que os realistas – o estudo da figura do juiz e os seus métodos de julgamento (natureza do processo e a operação das instituições judiciárias). Tal afirmação não autoriza a suposição de que suas idéias tenham se limitado a apenas isso, ou que restringisse seu esforço teórico a uma mera descrição de práticas observáveis. A isso transcendeu amplamente. Segundo Moses J. Aronson, “(...) [Cardozo] teve consciência de que a sua teoria era primeiramente um programa e uma promessa do que poderia tornar-se a ciência do direito, se fecundada pela filosofia e pelas ciências sociais” (apud Rodrigues, 1956, p. XXXI). O mesmo autor acentua ainda que, “ao descobrir as passagens subterrâneas que conduzem das ciências sociais à ciência jurídica, Cardozo ajudou a revigorar a teoria do direito, abrindo-lhe visões de novas perspectivas e horizontes mais largos” (apud Rodrigues, 1956, p. XXXII).

Encarar o direito desse prisma é considerá-lo como um fenômeno social, interagindo, de forma complexa, com variados aspectos e instituições sociais (idéias religiosas, relação de forças entre grupos sociais, expressão parcial dos valores da sociedade, opiniões maiormente divulgadas...). É exatamente por isso que a análise do chamado “mundo jurídi-

---

<sup>20</sup> Por exemplo quando ele diz: “Um princípio ou regra de conduta estabelecido de modo a justificar, com certeza razoável, a predição de seu reconhecimento pelos tribunais, caso a sua obrigatoriedade seja posta em dúvida, é, pois, para o propósito do nosso estudo, um princípio ou regra de direito” (Cardozo, 1956, p.136).

co" não pode se alienar às considerações das outras ciências, tornando-se um instrumento capaz de averiguar a importância e o papel do direito numa sociedade.

A maneira pela qual o direito é formulado, executado e aplicado – e por que não representado ou percebido? – tem consequências sociais, econômicas e políticas. Os chamados “operadores do direito” também pertencem, de forma diversa, a essa sociedade e possuem, portanto, diferentes visões acerca da realidade. Cardozo defende que esses operadores devem trabalhar com o direito interpretando-o e fazendo certas leituras da realidade, de forma a potencializar uma função a ser cumprida, que, em linhas gerais, pode ser considerada como sendo a de atingir os ditos “fins sociais autênticos”. Entende-se aí o argumento de que a responsabilidade desses operadores não se restringe a um exercício teórico-abstrato, segundo regras formais baseadas, em tese, numa “lógica jurídica pura”. Diz Cardozo no seu primeiro livro (1903), *A jurisdição do Tribunal de Apelação do Estado de Nova York*:<sup>21</sup> “O tribunal não existe para o litigante individual, mas para o corpo indefinido de litigantes, cujas causas estão potencialmente envolvidas na causa específica em exame. Os danos sofridos pelos autores são apenas os símbolos algébricos dos quais o tribunal deve extrair a fórmula de justiça”. (apud Rodrigues,<sup>22</sup> 1956, p. III)

Pode-se argumentar que o aparato de administração judicial que, em tese, distribui “justiça”, “solucionando” conflitos, não se confunde, automaticamente, com a própria “justiça”. Diz-se isso uma vez entendido que aquele aparato deve promover qualquer concepção de “justiça” dada. Em outras palavras, não se deve identificar o mero funcionamento formal da “máquina judiciária” – e seus produtos – com qualquer concepção de justiça que não se restrinja a um viés estritamente formal. Logo, não se admite aqui, por força deste argumento, que uma perspectiva única, de foco formal (ou oficial) da realidade, se identifique, para efeitos de discussão do “justo”, ao próprio “justo”, noção essa que envolve a percepção de múltiplas dimensões.

Com base nos livros de Cardozo – *A natureza do processo* e *A evolução do direito*<sup>23</sup> – depreendem-se os seguintes pontos principais:

---

<sup>21</sup> *The jurisdiction of the Court of Appeals of the State of New York*. Albany, N.Y.: Banks & Co., 1909.

<sup>22</sup> Aqui Lêda Boechat Rodrigues refere-se à citação presente na obra de Henry Cohen, *The powers of the New York Court of Appeals* (1934).

<sup>23</sup> A edição brasileira reuniu os dois num só volume, conforme já mencionado.



1. somente uma ampla cultura, sustentada por um saber multidisciplinar profundo, propiciará uma visualização dos problemas complexos e das suas soluções jurídicas. Cardozo transita pelo campo da psicologia, filosofia, história, sociologia, legal etc.;
2. a discussão sobre as formas e os componentes reais das decisões dos juízes, do ponto de vista *pragmatista*, de que não se pode compreender o que uma coisa realmente é senão depois de estudar o seu funcionamento ou aquilo que ela realiza. Além da sugestão de uma determinada forma de atuação judicial (que não consolida nenhuma “fórmula” rígida), que seja edificada sobre “considerações de conveniência, de utilidade e dos mais profundos sentimentos de justiça”. O peso dessas considerações pode afastar o “fetiche de máximas implacáveis”;
3. a oposição de Cardozo à noção de uma inflexível e perpétua separação de poderes, em que os binômios juízes/intérpretes (lógico-formal) e legisladores/criadores configurariam um dogma. Essa noção – separação de poderes – deve ser encarada com elasticidade;
4. novas leituras de regras antigas (inspiradas por outras realidades) conformariam adaptações da jurisprudência às novas condições e sentidos do “justo”, e isso não significa usurpação de funções pelo juiz. Não se trata, mesmo, de nenhuma inovação radical; é apenas o mesmo poder de criação e construção que tornou possível a *Common Law*. Este ponto é tratado de forma recorrente por Cardozo e já revela sua disposição de atentar, primeiro, para os fatos (ou para uma leitura deles) e, depois, para as regras abstratas;
5. a tentativa de desenvolvimento de uma filosofia que se ocupe das chamadas “causas finais do direito”, denotando uma noção funcional e finalista ao direito. Esse ramo da filosofia do direito deve formular os princípios determinantes da escolha judicial;
6. o processo judicial é visto essencialmente como um compromisso entre extremos antitéticos (estabilidade/evolução; regra formal/algum ideal de justiça induzindo à quebra dessa regra; causas remotas/causas próximas; indivíduo/coletividade; liberdade/governo. É na solução dessas antíteses, reais ou aparentes, que se encontram os problemas do direito;
7. a função judicial percebida como dinâmica ou criadora, ao contrário de meramente “mecânica”, exercendo o juiz um papel ativo. Distinção entre certos campos em que a função judicial é está-

- tica ou imitativa (precedente) daqueles primeiros (criadora ou dinâmica). “A Constituição não é um código de prática civil”;<sup>24</sup>
8. a tentativa de romper com clássicas doutrinas que afirmavam dever ser o juiz simples revelador do direito preexistente. Considerar as exigências da vida social, e não deduções lógicas, como a fonte primordial do direito;
  9. a apresentação de vários métodos possíveis de orientar o juiz na busca pela decisão. Além do esforço de mostrar que a escolha do(s) método(s) é determinante do resultado, uma vez que métodos variantes levam a resultados variantes, Cardozo destaca, entre eles, o “sociológico”. Sustenta, ainda, que a interação entre vários métodos sempre ocorre, mesmo que de forma inconsciente, não reconhecida.

Vistos esses pontos e admitidas as noções: (a) de que o juiz não é um mero declarador mecânico-passivo (*mechanical jurisprudence*), nem o revelador de um direito preexistente (juiz “oráculo”) e (b) de que a isso não se pode fugir, resta discutir os elementos condutores reais e os desejados da ação dos juízes.

Proceder dessa forma implica inserir o direito num processo de aprendizado que o mantenha vivo mesmo sem as certezas que o geraram. Isso já ocorre com quase todas as outras instituições permanentes – a religião, a arte, a ciência, o Estado, a família (Geertz, 2002, p. 328). É preciso, portanto, respeitar, *mas não venerar religiosamente* as pretensões, por ex., de Montesquieu e Marshall.<sup>25</sup>

Cardozo deixa bem claro ser o próprio juiz um criador de direito, vendo no exercício da função judicial uma oportunidade para moldá-lo, de forma criativa, tendo em vista as necessidades de uma ordem social em mudança. Essa “adequação” deve ser orientada por uma paciente pesquisa, envolvendo a profunda compreensão dos preceitos e princípios legais, que seriam interpretados à luz da sua história passada e do quadro ético, social, político e econômico atual. Dessa forma, pode o magistrado ser capaz de dirigir os preceitos legais no sentido de uma maior utilidade social. Em suma, como o juiz já é um criador do

---

<sup>24</sup> Benjamin Cardozo em voto vencido no caso *Panamá Refining Co. v. Ryan*, 293, U.S. 388, 447, 440 (1935), citado por Lêda Boechat Rodrigues, 1956, p. XXV.

<sup>25</sup> Montesquieu chega a sustentar que os julgamentos nunca devem ser mais do que um texto exato da lei, caso contrário, viver-se-ia numa sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos (*Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 150. Coleção Os Pensadores).

direito, e a isso não se pode fugir, é preciso escolher o sentido da criação. E é exatamente por meio dessa inescapável “criação” que a lei vai mostrar-se permeável às transformações dos fatos e das idéias.

Já Hermes Lima registrou – e isso fica claro à luz da experiência jurídica vivida no Brasil – que “(...) muita coisa existente nos códigos só pode vir a servir com um trabalho de adaptação e construção” (Lima, 1977, p. 162-3). É ele também quem sublinha que “a noção de que a lei, obra do legislador, era algo de definitivo, cede lugar à idéia de que a lei, como assinala CARDOZO, nunca está concluída porque tem de acompanhar a vida da sociedade” (p. 163). É dessa forma que determinadas interpretações, especialmente referentes ao campo do direito social, foram feitas visando a uma maior proteção dos excluídos<sup>26</sup> do processo de acumulação de capital. Talvez já prevendo as possíveis críticas, Cardozo argumenta: “Algumas vezes nos dizem dever a mudança ser obra da lei e ser a função do processo judicial simplesmente de conservação. Historicamente isso não é verdade e se o fosse seria uma desgraça (...) O direito tem fórmulas e métodos de julgamento apropriados à conservação e fórmulas e métodos apropriados à mudança”. (apud Rodrigues, 1956, p. XI)

Em seguida, parecendo dialogar com jusfilósofos positivistas,<sup>27</sup> diz: “A idéia de poder o jurista abandonar toda consideração do que deveria ser a lei surge da ficção de constituir o direito um sistema completo e fechado e de serem os juristas e juízes meros autômatos que registram a sua vontade ou fonógrafos que pronunciam suas disposições. Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração”. (Cardozo<sup>28</sup> apud Rodrigues, 1956, p. XI)

Corroborando um apelo de Cardozo<sup>29</sup> de que “ouvidos sacerdotais precisam ser abertos a outras vozes”, Lêda Boechat Rodrigues declara que “os juízes marcham às vezes para soluções impiedosas, con-

<sup>26</sup> Instigante a preferência de Zygmunt Bauman pelo termo “consumidores falhos” para classificar os excluídos do que ele chama de “a era do consumo”. Conferir, em especial, *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

<sup>27</sup> Hans Kelsen (1881-1973) foi um dos maiores expoentes do “positivismo jurídico”. Sua obra mais conhecida é *Teoria pura do direito*, na qual defende que somente a lógica do dever-ser convém à ciência jurídica. Essa lógica desenvolve-se dentro do próprio sistema jurídico positivo, sendo que os elementos do meio social não pertencem à esfera jurídica propriamente dita. Para se chegar à sentença, deve-se partir dos conceitos e, por meio de deduções lógicas, chegar às proposições jurídicas que propiciarão as decisões judiciais.

<sup>28</sup> *The paradoxes of legal science*. 2.ed. New York: Columbia University Press, 1930 [1928], p. 27.

<sup>29</sup> *A evolução do direito*, 1956, p. 144.

vencidos da impossibilidade da escolha de outro desfecho” [sem grifo no original] (Rodrigues, 1956, p. VII).

Com relação à construção judicial do direito, concorda Cardozo com Pound: “(...) a criação não significa a construção de alguma coisa tirada do nada. A atividade criadora toma materiais e dá-lhes forma, de modo que possam ser usados para fins a que não se adaptavam os materiais informes”. (Pound apud Cardozo, 1956, p. 140)

Isso pode ser clarificado quando das discussões, por exemplo, sobre o significado das liberdades individuais.<sup>30</sup> “As declarações de direito asseguram ao indivíduo a preservação da sua liberdade. Não definem a liberdade que prometem. Cada geração dá a essa liberdade um novo conteúdo, de acordo com as suas necessidades”(Cardozo<sup>31</sup> apud Rodrigues, 1956, p. XII). Logo, as leis adquirem nova função, não mais de reprimir as forças através das quais se pode desenvolver o direito criado pelos juízes, mas, pelo contrário, para estimulá-los e libertá-los (p. XVII). Existindo dúvidas sobre a viabilidade dessas idéias para o ordenamento jurídico brasileiro, no qual a aplicação dessas idéias certamente apresentará maiores dificuldades, pode-se mencionar a virtual resposta de Cardozo: “Pode-se acorrentar o direito com toda sorte de cadeias e grilhões. O juiz sábio arranja sempre um meio de libertar a vítima. Isso é verdadeiro ainda nos sistemas baseados em códigos” (Cardozo<sup>32</sup> apud Rodrigues, 1956, p. XII-III). E reforçando o argumento diz: “(...) mesmo em outros sistemas em que o poder da iniciativa judicial está mais estreitamente limitado pela lei, igual desenvolvimento paira no ar. Por toda parte vai se dando maior importância à idéia da analogia entre a função do juiz e a do legislador”. (p. 67)

Não obstante, a criação do direito só pode ser exercida de forma limitada. O juiz deve atuar criativamente, suprindo as fontes formais e, mesmo nesse âmbito, não pode, por ex., “restringir os princípios gerais da organização judiciária, explícita ou implicitamente consagradas, nem formular uma regulamentação pormenorizada para o exercício de certos direitos, estabelecendo dilatações de prazo, de formali-

---

<sup>30</sup> Da mesma forma, muito se discutiu acerca do *due process of law*, traduzido como o “devido processo legal”. Uma das discussões, curiosamente, disse respeito à exigência ou não do auxílio de advogado para os que não pudessem arcar com os seus honorários. Sobre a liberdade, tornou-se clássica a distinção de Benjamim Constant entre “liberdade dos antigos” (chamada de “liberdade positiva”) e “liberdade dos modernos” (chamada de “liberdade negativa”).

<sup>31</sup> *The paradoxes of legal science*, p. 97.

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 28.

dades, de regras de publicidade” (Cardozo, 1956, p. 65). Indo além, sustenta que qualquer que seja a liberdade concedida aos juízes, tende a ser estreita, pois “liberdade completa, irrestrita e não dirigida, nunca existe” (p. 141). A mudança, então, que se percebe em face das concepções tradicionais refere-se à natureza do fim a que se busca, voltando essa possibilidade a favor da humanidade da melhor maneira possível. Aqui fica clara a influência das idéias utilitaristas. Daí a obrigatoriedade de se ponderar tecendo considerações de vantagem social; caso contrário, corre-se o risco de deixar as razões inarticuladas e, muitas vezes inconscientes.

Houve períodos em que a uniformidade, até mesmo a rigidez, e a eliminação do elemento pessoal foram consideradas as necessidades capitais. Por uma espécie de paradoxo, o fim era melhor servido quando posto de lado e quando se pensava apenas nos meios. Gradualmente, a necessidade de um sistema mais flexível foi se afirmando. (Cardozo, 1956, p. 66)

Com respeito a prováveis insinuações de concentração de poderes, distingue entre o Legislativo e o Judiciário:

(...) o legislador não está cerceado por quaisquer limitações ao apreciar uma situação geral, que regula de maneira totalmente abstrata, o juiz, que decide à vista de casos particulares e com referência a problemas absolutamente concretos, deve, aderindo ao espírito da nossa organização moderna e a fim de escapar aos perigos da ação arbitrária, libertar-se, tanto quanto possível, de qualquer influência pessoal ou proveniente da situação particular que lhe é apresentada, e basear sua decisão judicial sobre elementos de natureza objetiva. (Cardozo, 1956, p. 68)

Os “elementos de natureza objetiva” a que ele se refere serão obtidos pela utilização do método sociológico (que é apresentado a seguir). Por mais paradoxal que possa parecer, ao sublinhar a importância desse método, ele externava suas preocupações com a incerteza da *Common Law*, em razão de uma avalanche de precedentes. Menciona, então, o Instituto de Direito Americano, criado em 1923, “para combater o monstro da incerteza e destruí-lo (...) por meio de uma nova compilação científica e acurada do direito vigente (...)” (Cardozo, 1956, p. 110). É no meio-termo entre a certeza asfixiante e a incerteza que inviabiliza o mínimo de expectativas, uma vez que ambas são destruidoras, que deverá ser encontrada a solução. “A valorização exces-

siva da certeza pode conduzir-nos à adoração de uma rigidez intolerável” (p. 117). Além de, por vezes, as virtudes da simetria e da ordem poderem ter um preço demasiado alto, apesar de reconhecer que um dos interesses sociais fundamentais é o da uniformidade do direito. A esse respeito, sublinha:

A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uniformidade de opressão. O interesse social servido pela simetria ou certeza deve, portanto, ser equilibrado com o interesse social servido pela equidade e pelo sentimento de justiça, ou, ainda, por outros elementos relativos ao bem-estar social. Tais elementos poderão impor ao juiz o dever de traçar a linha partindo de outro ângulo, de se arriscar por novos caminhos, de marcar novo ponto de partida, do qual começarão sua jornada outros que virão depois dele. (Cardozo, 1956; p. 64)

Retornando ao método sociológico, deve-se registrar ser “(...) o árbitro entre outros métodos. (...) [determina] em última análise, a escolha de cada um, pesando os seus pedidos concorrentes, colocando limites às suas pretensões, balançando-os, moderando-os e harmonizando-os” (Cardozo, 1956, p.55).

Os outros métodos estão relacionados à divisão em quatro categorias das forças e dos métodos a serem seguidos e aplicados: (a) força da lógica ou analogia (método da filosofia); (b) força da história (histórico ou da evolução); (c) força do costume (tradição); (d) força da justiça, da moral e do bem-estar social: os mores do dia, com o seu resultado ou expressão no método da sociologia. Quanto à lógica, seria vista como um instrumento impossível de ser abandonado por qualquer método. “A diferença entre a função da lógica em um caso e em outro é, na realidade, diferença de relevo. Ela é tratada, de um lado, com instrumento suficiente de evolução, e, de outro, como instrumento cooperador” (Cardozo, 1956, p. 143). É o recurso às idéias pragmatistas, ou seja, as regras justificarão sua existência como meios adaptados a fins escolhidos, o que depende de uma certa previsão. “Os métodos, quando classificados e separados, adquirem sua verdadeira importância e perspectiva como meios destinados a um fim, e não como fins em si mesmos” (p. 145).

Em síntese, o que Cardozo sustenta é que não há sabedoria possível nas escolhas antes de se saber a que elas, provavelmente, irão conduzir. “A concepção teleológica da **função do direito** deve estar sempre no espírito do juiz. Isso significa (...) que a filosofia jurídica da

Common Law é, no fundo, a filosofia **pragmatista**. Sua verdade é relativa, e não absoluta” [sem grifos no original] (Cardozo, 1956, p. 58).

## 5. Considerações finais

Ao se examinar esses importantes movimentos, seus campos de contato e de afastamento, restam claros a inspiração comum, alguns atributos e propósitos bem distintos. A jurisprudência sociológica expressa um conjunto de idéias marcadamente *propositivas*, verdadeiro guia para a atuação dos juízes, fornecendo critérios, métodos a serem utilizados etc. Em outras palavras, preocupa-se fortemente em identificar as “ficções jurídicas” – presentes nos relatos dos operadores jurídicos – negando-as para poder sugerir formas específicas de se perceber o direito aplicável nas decisões judiciais.

Por outro lado, o realismo jurídico norte-americano consiste, sobretudo, num conjunto de “estudos-denúncias”, de perfil mais radical, que também buscam desmistificar e fazer naufragar uma forma de entendimento sobre o direito e seu funcionamento, dito “irreal”, porque divorciado do que efetivamente são as coisas e o seu funcionamento. Daí a importância das pesquisas sociais sobre o funcionamento dos tribunais. As manifestas idéias desse movimento não aparentam pretender, portanto, ser um guia para a ação dos juízes, ou, ainda, fornecer-lhes um roteiro teórico-prático sem riscos.

Em virtude do caráter mais cético de seus expoentes, não haveria segurança alguma de que qualquer sugestão racional ou critérios conscientes se sobreporiam a escolhas já previamente definidas (de forma inconsciente ou irracional).

De qualquer forma, esses movimentos legaram às pessoas desta época determinadas inquietações, que se faz preciso enfrentar; abriram verdadeiro leque de alternativas teórico-práticas. Vários critérios se mostraram possíveis, cuja escolha deverá se dar por imperativos da realidade ou por princípios. Ao propor a construção do direito, eles sustentavam não estar agredindo a separação de poderes<sup>33</sup>. Seus críticos

---

<sup>33</sup> Essa linha de argumentação foi utilizada, por ex., no livro *Problemas de direito corporativo*, de Oliveira Vianna (Rio de Janeiro: José Olímpio, 1938). Neste, O. Vianna busca sustentar seu projeto de organização da Justiça do Trabalho em face das críticas do civilista Waldemar Ferreira, utilizando-se dos argumentos propiciados pelos dois movimentos vistos neste trabalho. Vianna diz ser o poder normativo dos juízes, por ele defendido, de natureza distinta do poder dos legisladores. Estes últimos criam normas gerais abstratas (leis), ao contrário das normas criadas pelos juízes, que não são leis, mas, antes, regulamentos de natureza particular. Cf., em especial, os cap. II e III.

tiveram respostas ácidas e perspicazes, envolvendo, invariavelmente, acusações de “mentes estreitas”, estáticas e rígidas. Resta ainda dizer que vários dos autores mencionados falam nas suas obras – o que foi impossível de se apresentar em razão dos limites deste trabalho – de princípios os quais devem nortear o processo decisório do juiz, o que sugere serem esses estudiosos precursores de certas preocupações centrais de Ronald Dworkin, que hoje têm grande centralidade no debate tanto do campo da ciência política quanto no do direito.

Por fim, cabe registrar uma certa frustração ao se constatar que tais doutrinas, alternativas ao positivismo árido, estão sobremaneira afastadas da pauta de discussões e de estudos das faculdades de direito. São doutrinas que acabam sendo menos importantes por aquilo que defendem do que pelo debate e pelas idéias que suscitam.

## Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

\_\_\_\_\_. Mr. Justice Holmes. In: HALL, Margaret E. *Selected writings of Benjamin Cardozo: the choice of Tycho Brahe*. New York: Fallon Publications. 1947. p. 77-86.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. *Novos Estudos Cebrap*, n. 62, p. 107-121, mar. 2002.

FRANK apud Moraes Filho, 1971, p. 179. Are judges human?. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 80, 1931.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRZEGORCZYK, Troper. Some realism about realism. *Harvard Law Review*, v. 44, 1931.

GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le positivisme juridique*. Paris: LGDJ, 1992.

HOLMES [JR], Oliver Wendell. *O direito comum: as origens do direito anglo-americano*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963.

\_\_\_\_\_. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 1971.

\_\_\_\_\_. *O problema de uma sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

POUND, Roscoe. The scope and purpose of the sociological jurisprudence. *Harvard Law Review*, v. 25, p. 513-516, 1912.



RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

\_\_\_\_\_. Notícia bio-bibliográfica de Benjamin N. Cardozo. In: CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. VII. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2.



# Homoafetividade e o direito à diferença

Maria Berenice Dias\*

1. *Liberdade e igualdade*; 2. *Direito à sexualidade*; 3. *Família e afetividade*; 4. *Homoafetividade*; 5. *União homoafetiva*; 6. *Direito à diferença*; *Referências*.

## 1. Liberdade e igualdade

A regra maior da Constituição brasileira é o respeito à dignidade humana, servindo de norte ao sistema jurídico nacional. “A dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana”.<sup>1</sup> Esse valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. *Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei*, como bem explicita Konrad Hesse: “o fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito”.

O Estado democrático de direito tem por pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o art. 1º, III, da CF. Esse compromisso do Estado assenta-se nos princípios da igualdade e da liberdade, consagrados já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segu-

\* Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; vice-presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

<sup>1</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 418.

rança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

O art. 5º da CF, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Garante o mesmo dispositivo, de modo expresso, o direito à liberdade e à igualdade. Repetitivos são os dois primeiros incisos<sup>2</sup> da regra constitucional ao enfatizar a igualdade entre o homem e a mulher e a vedação de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação, enquanto houver segmentos alvo da exclusão social, de tratamento desigualitário entre homens e mulheres. Enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo num Estado democrático de direito.

## 2. Direito à sexualidade

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas “liberdades” ou “direitos fundamentais”.

Aída Kemelmajer de Carlucci comunga do mesmo entendimento: “El derecho a la livre determinación de cada uno es considerado hoy um

---

2 Art. 5º, inc. I, da CF: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Inc. II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

derecho humano. La circunstancia de que no este mencionado en el catálogo que contienen los tratados nacionales e internacionales sobre derechos humanos no significa que no exista. Así como existe un derecho a la libre determinación de los pueblos, existe un derecho a la libre determinación del individuo” (Carlucci, 2001, p. 24).

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita à sua inclinação sexual. “A discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui”, conforme afirma Roger Raupp Rios, “precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual”.<sup>3</sup> Rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo. Conforme José Carlos Teixeira Giorgis: “A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades”.<sup>4</sup>

A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta à liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano no que diz com sua condição de vida. Como todos os segmentos alvo do preconceito e da discriminação social, as relações homossexuais sujeitam-se à deficiência de normação jurídica, sendo deixados à margem da sociedade e à míngua do direito.

### 3. Família e afetividade

Segundo os valores culturais e, principalmente, as influências religiosas dominantes em cada época, há a tendência de engessamento dos vínculos afetivos. No mundo ocidental, tanto o Estado como a Igreja buscam limitar o exercício da sexualidade ao casamento. Identificado como

---

3 RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 6, dez. 1998. p. 29.

4 GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 88, tomo 1, dez. 2002, p. 244.

um “sacramento” ou nominado de “instituição”, acaba sendo regulado não só o casamento, mas a própria postura dos cônjuges, impondo-lhes deveres e assegurando direitos de natureza pessoal, além de estabelecer seqüelas de ordem patrimonial.

O casamento, inicialmente, era indissolúvel. A família consagrada pela lei tinha um modelo conservador, era uma entidade matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. O vínculo que nascia da livre vontade dos nubentes era mantido, independentemente e até contra a vontade dos cônjuges. Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, após a solenização do matrimônio, a separação e o divórcio só são deferidos quando decorridos determinados prazos ou mediante a identificação de um culpado. Quem não tem motivo para atribuir ao outro a culpa pelo fim do casamento não pode tomar a iniciativa do processo de separação, o que evidencia a intenção do legislador de punir quem simplesmente não mais quer continuar no casamento.

Os relacionamentos que fugissem ao molde legal, além de não adquirir visibilidade, estavam sujeitos a severas sanções. Chamados de “marginais”, os vínculos afetivos extramatrimoniais nunca foram reconhecidos como família. Primeiro, procurou-se identificá-los com uma relação de natureza trabalhista e só se via labor onde existia amor; depois, a jurisprudência passou a permitir a partição do patrimônio, considerando uma sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto.

Mesmo quando a própria Constituição Federal albergou no conceito de “entidade familiar” o que chamou de “união estável”, resistiram os juízes em inserir o instituto no âmbito do direito de família, mantendo-a no campo do direito das obrigações, apesar dos protestos da doutrina. Como bem adverte Paulo Lôbo, “não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo”. E conclui: “Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do Direito de Família, e não do Direito das Obrigações, tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares” (2002, p. 101).

A dificuldade de as relações extramatrimoniais serem identificadas como verdadeiras famílias revelava a tendência de sacralizar o conceito de família. Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, a sistemática negativa de estender a esses novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem ao menos por

analogia, mostrava a tentativa de preservação da instituição da família dentro dos padrões convencionais.

O direito de família, ao receber o influxo do direito constitucional, foi alvo de uma profunda transformação e ocasionou uma verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. “Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito.” (Veloso, 1999). Foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais, além de alargar o conceito de família para além do casamento.

A Constituição Federal, ao outorgar proteção à família independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, que albergou vínculos afetivos outros. É meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. “O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”, conforme afirma Paulo Luiz Lôbo (2002, p. 95).

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, par. 3º, da CF, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento foi dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer “distinção odiosa”,<sup>5</sup> postura nitidamente discriminatória, que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência de vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

O impedimento de tratamento discriminatório não tem exclusivamente assento constitucional. Como preceitua o par. 2º do art. 5º da CF,<sup>6</sup> são recepcionados por nosso ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais objeto de referendo. Diante de tais normatizações,

---

5 SUANNES, Adauto. As uniões homossexuais e a lei 9.278/96. *COAD.*, ed. esp. out./nov. 1999. p. 32.

6 § 2º do art. 5º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

a ONU tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade.<sup>7</sup>

A orientação que alguém imprime na esfera da sua vida privada não admite restrições. “Pior do que o não-reconhecimento é a discriminação” (203, p. 431), como lembra Sérgio Resende de Barros, referindo que do direito ao afeto humano decorre o direito de repelir o desafeto, tal como do direito ao exercício sexual deflui o direito ao celibato.

Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para emprestar efeitos jurídicos aos vínculos afetivos no âmbito do direito de família. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, é necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações, independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes.

A homossexualidade existe, é um fato que se impõe, estando a merecer a tutela jurídica. O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. É, no mínimo, perverso impor a mesma trilha percorrida pela doutrina e pela jurisprudência às relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, até o alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável.

#### 4. Homoafetividade

A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da sexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada por um estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencionais. “Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais”.

Em virtude do próprio preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas é imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois, ao mesmo tempo, é direito individual, social e difuso.

---

<sup>7</sup> RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 6, dez. 1998. p. 35.



O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluída entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana” (Fachin, 1999, p. 95).

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana (Rios, 1998, p. 34).

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando aos princípios da liberdade e da igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de orientação sexual. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.

O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Assim, melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais.

## 5. Uniões homoafetivas

Impondo a Constituição respeito à dignidade humana, são alvo de proteção os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Ainda que, quase intuitivamente, se conceitue a família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, é necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado; nem a ausência de leis e o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não tenham a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade e ensejar a consagração de injustiças e o enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir uma herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida a outrem, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve se cingir a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo.

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças (Dias, 2000, p. 17).

É descabido estabelecer a distinção de sexos como pressuposto para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, evidencia-se como exigência nitidamente discriminatória. O próprio legislador constituinte reconheceu igualmente como entidade fami-

liar, merecedora da proteção do Estado, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Diante dessa abertura conceitual, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por consequência, não há como ver como entidade familiar apenas a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar de abrigar sob o conceito de família as relações homoafetivas. Excepcionar onde a lei não distingue é forma de excluir direitos.

Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, é mister identificá-la como geradora de efeitos jurídicos. Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir a lei e atender à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 126 do Código de Processo Civil. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, precisa o juiz se valer da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Nada diferencia tais uniões de modo a impedir que sejam definidas como família. Enquanto não existir um regramento legal específico, é mister, no mínimo, a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa: o casamento e as uniões estáveis.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos (Rios, 2000, p. 122).

A aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária de se socorrerem das leis que regem a união estável ou o casamento tem

levado singelamente ao reconhecimento de uma sociedade de fato. Sob o fundamento de se evitar enriquecimento injustificado, invoca-se o direito das obrigações, o que acaba subtraindo a possibilidade da concessão de um leque de direitos que só existem na esfera do direito de família. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, não se pode deixar de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.

O tratamento diferenciado a situações análogas acaba por gerar profundas injustiças. Como bem adverte Rodrigo da Cunha Pereira, “em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social” (2000, p. 281).

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação (Sarlet, 2001, p. 46).

As relações sociais são dinâmicas. É totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado, encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam a altura de nosso tempo.

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e pelo respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, é inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

Não é ignorando a realidade, deixando-a à margem da sociedade e fora do direito, que irá desaparecer a homossexualidade. Impositivo é visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. Como diz George Teixeira Giorgis, “de fato,

ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui” (2002, p. 244).

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Bem questiona Paulo Luiz Lôbo: “Afinal, que ‘sociedade de fato’ mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?” (2002, p. 100).

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos, assumindo uma postura preconceituosa ou discriminatória, para não enxergar essa nova realidade. Os aplicadores do direito não podem ser fonte de grandes injustiças. Descabe confundir as questões jurídicas com as questões morais e religiosas. É necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

## 6. Direito à diferença

As normas legais precisam adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta política, que retrata a vontade geral do povo. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito.

Ainda que o preconceito leve a que os relacionamentos homossexuais recebam o repúdio de segmentos conservadores, o movimento liber-

tário que transformou a sociedade acabou por mudar o próprio conceito de família. A homossexualidade existe, sempre existiu, e cabe à Justiça emprestar-lhe visibilidade. Em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e os homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante.

O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias alvo da exclusão social. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade da Justiça. Preconceitos e posições pessoais não podem levar o juiz a fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões que ele aceita como normais. Igualmente, não cabe invocar o silêncio da lei para negar direitos àquele que escolheu viver fora do padrão imposto pela moral conservadora, mas que não agride a ordem social.

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que sem lei, foram ao Judiciário reivindicar direitos. Mais uma vez, o Judiciário foi chamado a exercer a função criadora do direito. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram de trilhar o mesmo *iter* imposto às uniões extramatrimoniais. Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de “sociedades de fato”, a dar ensejo a mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição (Dias, 2003, p. 17).

O receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à idéia da procriação e, por conseqüência, da heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do direito de família. Havia dificuldade de reconhecer que a convivência está centrada no vínculo de afeto, o que impedia fazer a analogia dessas uniões com o instituto da união estável. Afastada a identidade familiar, nada mais era concedido além de uma pretensa repartição do patrimônio comum. Alimentos, pretensão sucessória eram rejeitados sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

As uniões homossexuais, quando reconhecida sua existência, eram relegadas ao direito das obrigações. Chamadas de “sociedades de fato”, limitava-se a Justiça a conferir-lhes seqüelas de ordem patrimonial. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição de bens amealhados durante o período de convívio, era determinada a par-

tição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros. Reconhecidas como relações de caráter comercial, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis.

A mudança começou pela Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, inseriu-as no âmbito do direito de família, reconhecendo-as como entidades familiares. Cabe sinalar que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul possui uma estrutura diferenciada. A divisão de competência por matérias existe também no segundo grau de jurisdição, entre os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça. Essa peculiaridade evidencia o enorme significado do deslocamento das ações relativas às uniões de pessoas do mesmo sexo das varas cíveis para os juízos de família. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência rio-grandense.<sup>8</sup> A definição da competência das varas de família para o julgamento das ações envolvendo as uniões homossexuais provocou o envio de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família. Também os recursos migraram para as câmaras que detêm competência para apreciar essa matéria.

Proposta a ação trazendo por fundamento jurídico as normas de direito de família, a tendência era o indeferimento da petição inicial. Decantada a impossibilidade jurídica do pedido, era decretada a carência de ação. O processo era extinto em seu nascedouro, por ser considerado impossível o pedido do autor. Essa foi a decisão proferida em ação de petição de herança, cujo recurso,<sup>9</sup> invocando os princípios constitucionais que vedam a discriminação entre os sexos, por unanimidade de

---

<sup>8</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 599 075 496, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Breno Moreira Mussi, Data do julgamento: 17/6/1999, "Ementa: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido."

<sup>9</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 598 362 655, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José S. Trindade, Data do julgamento: 01/3/2000, Ementa: "HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTAVÉL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida."

votos, reformou a sentença. Foi reconhecido que a inicial descrevia a existência de um vínculo familiar e, afirmada a possibilidade jurídica do pedido, foi determinado o prosseguimento da ação. Essa decisão, de forma clara, sinalizou o caminho para a inserção no âmbito do direito de família das uniões homoafetivas como entidade familiar, invocando a vedação constitucional de discriminação em razão do sexo.

A primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo também é da Justiça especializada do Rio Grande do Sul.<sup>10</sup> A mudança de rumo foi de enorme repercussão, pois retirou o vínculo afetivo homossexual do direito das obrigações, em que era visto como simples negócio, como se o relacionamento tivesse objetivo exclusivamente comercial e fins meramente lucrativos. Esse equívoco enquadramento evidenciava postura conservadora e discriminatória, pois não conseguia ver a existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento.

Como o direito de família se justifica pela afetividade, fazer analogia com esse ramo do direito significa reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Assim, pela primeira vez, a Justiça emprestou relevância ao afeto, elegendo-o como elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas. O relator, desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, em longo e erudito voto, invocando os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, concluiu que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a sua afirmação. Na esteira dessa decisão, encorajaram-se outros tribunais, e, com significativa frequência, têm-se notícias de novos julgamentos adotando posicionamento idêntico.

A possibilidade de ser reconhecida como relação jurídica, mediante medida cautelar de justificação, a convivência de um casal de mulheres para prevenir futuras controvérsias foi outro significativo avanço. Ha-

---

<sup>10</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Data do julgamento: 14/3/2001, "Ementa: UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros."



vido sido indeferida a inicial, foi provido o recurso,<sup>11</sup> sob o fundamento de que a prova da convivência efetiva seria da maior importância na eventualidade de ruptura da vida em comum, com vista à apuração do resultado patrimonial.

Em outra demanda, foi afirmada a possibilidade do uso da ação de carga eficaz meramente declaratória da existência da relação homossexual. Mesmo inexistindo controvérsia entre as autoras sobre a existência da relação, restou reconhecido o interesse de agir com finalidade de prevenir futuras discussões.<sup>12</sup>

A ausência de herdeiros sucessíveis levou o companheiro sobrevivente a disputar a herança, que, na iminência de ser declarada vacante, seria recolhida ao município. Em sede de embargos infringentes foram reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro pelo voto de Minerva do vice-presidente do tribunal.<sup>13</sup>

Recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,<sup>14</sup> por decisão unânime, determinou a partilha de bens, reco-

---

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70002355204, Sétima Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data do julgamento: 11/4/2001. “Ementa: JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido.”

<sup>12</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70005733845, Segunda Câmara Especial Cível, Relator: Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Data do julgamento: 20/3/2003, “Ementa: APELAÇÃO CIVEL. DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. Afastada carência de ação. Sentença desconstituída para o devido prosseguimento do feito.”

<sup>13</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo de Câmaras Cíveis de Porto Alegre, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Data do julgamento: 09/5/2003, “Ementa: UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.”

<sup>14</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Data do julgamento: 25/6/2003, “Ementa: RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITU-

nhecendo como união estável a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, por quase cinco anos, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência entre as partes.

É de se louvar a coragem de ousar, quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e de fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

A postura da jurisprudência, juridicizando e inserindo no âmbito do direito de família as relações homoafetivas, como entidades familiares, é um marco significativo. À medida que se consolida a orientação jurisprudencial, ainda que majoritária, emprestando efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começa a se alargar o espectro de direitos reconhecidos aos parceiros quando do desfazimento dos vínculos homoafetivos. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da Justiça. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.

---

CIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas."

Não mais cabe deixar de arrostar a realidade do mundo de hoje. É necessário ter visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de família os vínculos afetivos, que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o direito de família consegue assegurar.

O caminho está aberto e é imperioso que os juízes cumpram com sua verdadeira missão, que é fazer justiça. Acima de tudo, precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas precisam ser julgadas com mais sensibilidade e menos preconceito, ou seja, com mais atenção aos princípios de justiça, de igualdade e de humanismo, que devem presidir as decisões judiciais.

Há muito caiu a venda que tapava os olhos da Justiça. O símbolo da imparcialidade não pode servir de empecilho para o reconhecimento de que a diversidade necessita ser respeitada. Não mais se concebe conviver com a exclusão e com o preconceito. A Justiça não é cega nem surda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam. É mister que os juízes deixem de fazer de suas togas de escudo para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, não punidos.

## Referências

- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Derecho y homosexualismo en el derecho comparado. In: *Homossexualidade – Discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Homoafetividade: o que diz a justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 88, t 1, dez. 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*, 9. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *A sexualidade vista pelas tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 6, dez. 1998.

\_\_\_\_\_. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Aduino. As uniões homossexuais e a lei 9.278/96. *Coad*, ed. esp. out./nov. 1999.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. *O Liberal*, Belém do Pará, 22 maio 1999.

# Cláusula Geral e segurança jurídica no Código Civil

Paulo Nalin\*

*1. Introdução; 2. A técnica das cláusulas gerais do Código Civil; 3. Discricionariedade judicial, responsabilidade do magistrado e Segurança jurídica; 4. Conclusão; Referências.*

## 1. Introdução: problema e crítica

O assunto posto em análise encontra indisfarçável origem na codificação civil brasileira em vigor, apesar de o presente texto não guardar necessária aproximação com aspectos positivistas decorrentes da nova lei civil. A preocupação da civilística hoje, e que igualmente alcança grande parte dos magistrados que com o direito civil atuam, é no sentido de se conhecer a maneira mais adequada para se operar o novo código.

O interesse não advém, de fato, da aplicação positiva do texto legal, mas, sim, da correta e, por que não, ética operação do Código Civil (CC). Operar, na base positiva, o novo sistema civil não apresenta maiores desafios. Contudo, à mínima reflexão dos porquês de um novo CC e ao enfrentamento insuficiente da realidade social civil brasileira, com base na antiga codificação, percebe-se que a sociedade está por esperar muito mais do que uma neutra e fria subsunção lógica do caso à lei. É preciso um esforço maior, especialmente dos juízes, e o CC parece trazer elementos para uma virada *tout à coup* das práticas judiciais. A experiência (pragmática) do direito já deu conta de ensinar

---

\* Professor de Direito Civil da PUC/PR, mestre em Direito Privado – UFPR, Doutor em Direito das Relações Sociais – UFPR, advogado.

que a lei, em si, não tem o condão de alterar a realidade da vida, sendo fundamental a participação do magistrado para fazer da lei um instrumento de mutação social.

Muitos juízes, legitimamente preocupados com as deficiências sociais de um país que tenta iniciar o terceiro milênio com mais dignidade humana geral, estão vendo no CC um instrumento de renovação do estado das coisas, com o que estou de acordo. Isso porque a “crise judicial confina com a crise da lei”, no entender de Luiz Fux (Pádua Ribeiro, 2003, p. 118), resultante da clássica inércia do Judiciário perante o fato social, aspecto que pode alcançar um novo colorido com o texto civil.

A problemática, portanto, localiza-se na operação sempre ética e alinhada com a proposta ideológica do novo código, que vem a ser a sua (máxima) razão de existir. Com o atual código, a palavra “ética” ganha importância em nível de eficácia da própria lei, uma vez que com base nesse valor inerente à sociedade (trata-se, antes, de valor social e não jurídico) é que se erigiu e foi sancionada a lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. A justificativa axiológica para um novo código encontra-se, nas palavras de Miguel Reale, sobretudo na eticidade das relações civis, além de em outros valores, como o próprio codificador afirma, referindo, para tanto, o art. 113:<sup>1</sup>

Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para a regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixada, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos “usos do lugar de sua celebração” (Reale, 2003, p. 75).

A civilística, como um todo, tem enaltecido o profundo caráter ético do CC, o que denota o trânsito entre o valor patrimonialista da codificação de 1916 e o atual vértice ético-social da legislação aqui em apreço:

Em vários artigos pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da proteção da confiança que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como mandamento de equidade, seja, ainda, como dever de proporcionalidade (Martins-Costa e Branco, 2002, p. 133).

---

<sup>1</sup> Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

É evidente, de outro lado, que o CC gravita em torno de valores que não lhe pertencem na origem intrínseca da lei, pois que são extraídos da sociedade e, logo, da própria constituição da República. O CC recorre a eles (valores constitucionais) para executar o projeto maior da Carta constitucional de 1988, no sentido de encampar valores como da repersonalização<sup>2</sup> (Fachin, 2000, p. 14-15) e da despatrimonialização<sup>3</sup> (Perlingieri, 1983, p. 176) do direito civil. Curioso, assim, imaginar que um projeto de lei (projeto de lei n° 635, de 1975),<sup>4</sup> donde frutificou o novo código, possa guardar tamanho alinhamento com o texto constitucional, sobretudo ao se recorrer à memória pouco (nada!) constitucional-democrática dos idos tempos das décadas de 60 e 70. Ora, com tais colocações, marca-se o compromisso com uma ética voltada ao sujeito de direito, não com aquela do mercado. Sim, porque mesmo os valores éticos que norteiam a sociedade brasileira têm sido manipulados ao sabor do mercado, por força de uma globalização acachapante e aniquiladora do ser, comprometidas com experiências culturais estrangeiras, as quais ditam as regras da ordem econômica (Coelho, 2001, p. 28).

Por tal razão, ainda que o CC atualmente seja uma verdadeira *boa nova* para o direito brasileiro, não se pode atribuir-lhe a centralidade do sistema, nem do assim referido “sistema privado”, seja porque não é mais admissível uma dualidade entre sistemas jurídicos (público e privado), seja

---

2 Discorre o autor que repersonalizar implica recolocar a figura do “[...] indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses”. Parafraseando Orlando de Carvalho, finaliza o autor, quando este último aborda o sentido e o limite de uma teoria geral da relação jurídica: “restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como Teoria do Direito Civil”; e “é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”

3 Alude o autor à originalidade da expressão “depatrimonializzazione”, cunhada por Carmine Donisi, em 1980, consagrada por Adriano De Cupis em 1982. Mais relevante, explica Perlingieri que “con il termine, non certo elegante, di ‘depatrimonializzazione’ s’individua una tendenza normativo-culturale; s’indica, in definitiva, la consapevolezza che nell’ordinamento si è operata una scelta, che lentamente va attuandosi, tra personalismo (superamento dell’individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa, del produttivismo prima e del consumismo poi come valori)”. Fundamental é a conclusão do autor, na seguinte passagem: “Con ciò non si prospetta l’espulsione e la ‘riduzione’ quantitativa del contenuto patrimoniale nel sistema giuridico ed in quello civilistico in particolare; il momento economico, quale aspetto della realtà sociale organizzata, è ineliminabile. [...]”. Tais conclusões são de completa aplicação ao sistema civil-constitucional brasileiro, pois a funcionalização social dos institutos jurídicos de caráter patrimonial traz consigo a essência do respeito por eles. Por força do art. 170 da Carta, especialmente de seu *caput*, é necessário encontrar a apropriada harmonia entre livre iniciativa e justiça social, pois, na moldura constitucional vigente, são elas faces complementares de uma mesma moeda.

4 Em verdade, data de 1967 a Comissão nomeada pelo governo federal para formular o Projeto de Código Civil, a qual era originalmente composta pelos juristas Miguel Reale (coordenador), José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

porque é a própria Constituição que está a ocupar a centralidade do sistema jurídico nacional, em torno da qual gravitam as demais fontes. Em extensão ao pensamento antes apresentado, parece estar, também, um tanto quanto em desarmonia com a supremacia hierárquica constitucional afirmar que o novo CC seria a “constituição do homem comum”, da mesma forma que, há décadas, já se referiu a doutrina ao Código Civil de 1916 como se fosse ele a “Constituição do direito privado” (Tepedino, 1999, p. 7).

Talvez o Código Civil de 1916 possa ter trazido consigo essa conotação de fonte maior para o cidadão comum, pois, naquela oportunidade, se vivia sob a égide da primeira Constituição Republicana brasileira e, com a isso, a dualidade dos sistemas (público e privado) era existente: o primeiro encabeçado pela Constituição e o segundo, pelo Código Civil. Ainda que a Constituição sofra uma contínua mutação, por impulso jurisprudencial específico (Bolzan de Moraes, 2000, p. 21), evidencia-se do atual texto constitucional um Estado que busca concretizar um papel social, ou, vice-versa, um Estado social fruto de uma Constituição ocupada com a formação e o garantismo dos interesses do sujeito de direito, tanto quanto com as políticas do Estado. Explica Pietro Barcellona a distinção entre o Estado social e o Estado de direito:

*Lo Stato sociale comporta il superamento della funzione garantistica della divisione dei poteri e quindi la identificazione dello Stato con la società. Lo Stato de diritto presuppone, invece, la separazione tra Stato e società civile. La formula dello Stato di diritto sociale vuole esprimere il raccordo tra queste due esigenze, cioè tra l'esigenza di superare il diaframma tra Stato e società civile e l'esigenza di mantenere una funzione garantistica (Barcellona, 1996, p. 113).*

Por efeito, verifica-se, nos atuais dias, uma figura de Estado que não contrasta com a da sociedade, mas que com ela se identifica: a “constituição do homem comum” é a própria Constituição da República. Ela é a única Carta do Cidadão, não havendo espaço para o “cidadão civil”, o “cidadão consumidor”, o “cidadão trabalhista”, ou qualquer outro, pois o sistema jurídico é uno e não fracionado:

*Porque si el Derecho, como Ciencia, há de ser sistema de normas — y no sólo conjunto de normas — en el Derecho en sentido objetivo — como ordenamiento jurídico —, en primer lugar, no se trata de una suma aritmética de sus partes, sino de una unidad en la que las partes se integran', como Santi Romano há escrito (Flórez-Valdés, 1991, p. 174).*



Nessa linha de pensar, não é de se admitir sistemas isolados, subsistemas e microsistemas, pois, especialmente estes últimos, cuja expressão tem sido inadvertidamente empregada por setores do direito contratual, vêm se pautando por uma “lógica do setor”, incompatível com os fins de um sujeito constitucional. Natalino Irti, originariamente, advertia sobre os microsistemas:

[...] i micro-sistemi: insiemi di norme speciali, che, dettate per singoli istituti o classi rapporti, si ritrovano in comuni principi di disciplina. Se ad una nota differenziale tiene sempre dietro un effetto, questo dice che essa há suscitato un nuovo criterio di valutazione, ha sprigionato, nell'ambito del grande ordinamento giuridico, una logica di settore (Irti, 1986, p. 65).

Essa lógica isolacionista (de setor) deve ser combatida, para que ganhe peso o sujeito ou o cidadão constitucional em qualquer segmento do direito. É com esse sujeito constitucional, cujo retrato estampa o CC, que anda preocupada a magistratura. Em outros termos, a sociedade brasileira recebeu um CC que busca trazer mais justiça social ao país, mas, de antemão, por força da *praxis* já consolidada ao longo do séc. XX, sabe-se que, infelizmente, a interação neutra do juiz com a lei, de modo a simplesmente admirar os processos judiciais, como se tudo ali realmente se passasse num mundo do direito, absolutamente *ficto* e distante da sua própria realidade enquanto sujeito igualmente constitucional, não é suficiente para aniquilar as angústias do Poder Judiciário e, por que não, da própria justiça.

Em vista disso, tão ou mais importante do que comentar artigos de lei do novo código, ao menos nestes primeiros momentos da sua vigência, é examinar a técnica legislativa incorporada pelo CC, em parte, diversa da anterior, a qual pode emancipar o juiz da sua condição de simples “boca que pronuncia a palavra da lei” e dele retirar a “[...] camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica” (Faraco, 1989, p. 25).

## 2. A técnica das cláusulas gerais no Código Civil

A esperança que alguns civilistas depositam na nova codificação encontra-se personificada na figura do juiz, pois a ele é dado operar as cláusulas gerais no texto legal, estrategicamente posicionadas no código, e que é a chave para a compreensão das potencialidades maiores da nova legislação civil.

O sentido do código, em verdade, não está nos dispositivos de lei descritivos e casuísticos, mas, sim, naqueles que provocam o juiz a “descer à singularidade do caso concreto”, como afirma Plauto Faraco de Azevedo, e que hoje se mostra possível por força das cláusulas gerais.

Antes de ingressar em planos internos e descritivos sobre a técnica legislativa em questão, torna-se relevante indagar se ela, de fato, desponta como algo novo no cenário legislativo. E a resposta apresenta-se como negativa, ou seja, esta técnica existe no sistema legal brasileiro, aparentemente, no plano temporal mais recente, alusivo à década de 70, momento no qual se viu o legislador encarregado de produzir grandes modificações legislativas de impacto social e, para tanto, recorreu a critérios menos descritivos da norma.

A notícia histórica sobre as cláusulas gerais, por certo, aprofunda-se no tempo, em origem ainda mais remota, como assevera a doutrina italiana: “Analogia, clausole generali ed equità sono strumenti antichissimi nati sul terreno del diritto privato romano e coltivati da prudentes per adeguare il primitivo ius civile non soltanto alle esigenze morali, ma anche a quelle sociali fin da allora in continua pur se diversa evoluzione” (Giuliani, Palazzo e Ferranti, 1996, p. 34). Os mesmos autores destacam, por outro lado, que o uso da expressão “clausole generali” é de natureza contemporânea, pois naquela época era reconhecida tipicamente pelos critérios de interpretação e conduta do *argumentum a simili*, da *fides* e da *bona fides* (p. 34-35).

Retornando ao Brasil, observa-se que o próprio Código Comercial recorria ao uso da técnica legislativa sob análise ao se referir à boa-fé, embora ela jamais tenha sido empregada, diante da “compreensível desconfiança” (Tepedino, 2002, p. XIX) que gerava, por força da elevada carga discricionária disposta ao juiz.

Salienta-se, por outro lado, no sistema jurídico brasileiro, a partir do surgimento de um Estado assistencialista e intervencionista, o desmantelamento do Código Civil de 1916, cujos setores do texto civil fo-

ram cedendo partes inteiras em favor de regramentos especiais ou setorizados da vida interprivados. Reporta-se a esse episódio como sendo a “era dos estatutos” (Estatuto da Terra, Estatuto da Mulher Casada, Estatuto da Criança e do Adolescente o Código de Defesa do Consumidor etc.) para identificar uma nova onda legislativa no país, culminando com a edição da atual Constituição da República (Tepedino, 1999, p. 8). Três aspectos se destacam no “estatuto”: (i) a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, por meio da qual a “tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas”; (ii) o emprego de um linguajar mais setorial e, portanto, menos jurídico; (iii) a redação de normas promocionais ou de sancionamento positivo, não exclusivamente repressivas (Tepedino, 1999, p. 8-9).

Insta questionar por que razão a desconfiança na elevada discricionariedade do juiz não seria, novamente, o motivo do insucesso da conhecida técnica das cláusulas gerais. E aí as opiniões variam. Nesse passo, mostra-se valioso, mais uma vez, o recurso à opinião de Gustavo Tepedino, para quem a atual adoção das cláusulas gerais é de “modo só aparentemente semelhante” àquela historicamente empregada:

O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuidase de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermeneuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas (Tepedino, 2002, p. XIX).

No meu sentir, há um motivo de cunho mais abrangente para, de um lado, explicar a recusa tácita do emprego e, até mesmo, da adequada compreensão das cláusulas gerais e, por outro, reforçar as esperanças de que agora venham a ser empregadas, e tal explicação se situa no plano constitucional. Vale dizer que, quando de forma mais intensa a técnica em questão começou a ser empregada (década de 70), o juiz – destinatário evidente das cláusulas gerais – não contava com um adequado suporte axiológico para a construção normativa das regras abertas. Na fase de surgimento dos “estatutos”, vivia-se em regime político não democrático, com uma ditadura orientada por uma “constituição” (em verdade, um ato constitucional) não legítima, do ponto de vista axiológico, para a maioria dos operadores do direito.

Ora, como bem adverte Gustavo Tepedino (2002, p. XX), a Constituição é a referência de conexão axiológica entre o CC e suas cláusulas gerais, em vista da concretização normativa. Portanto, na ausência de uma legítima Constituição em vigor, faltava ao operador o necessário substrato axiológico para construir o sistema jurídico, uma vez que tais dispositivos de lei são destituídos de conteúdo descritivo e de valor. Assim, em hipótese exemplificativa, se a atual Constituição da República não trouxesse em seu bojo o valor da solidariedade, no inciso I, do seu art. 3º, como fundamento da própria República, com grande dificuldade tornar-se-ia eficaz o comando normativo do art. 421 do CC,<sup>5</sup> alusivo à função social do contrato (Nalin, 2001, p. 135).

Para além de outros papéis na ordem do sistema, desempenha a atual Constituição brasileira a função de arcabouço axiológico necessário e indispensável para a (justa) operação das cláusulas gerais. Mostra-se insustentável, *v.g.*, descrever a conduta ética reclamada pela cláusula geral de boa-fé, inserida especialmente no art. 422 do CC,<sup>6</sup> sem que se lance um olhar sobre o teor da ética social anotada na Carta de 1988, magnificamente inserido como fundamento da República Federativa do Brasil.

E seria a ética um valor aplicável ao direito civil e, sobretudo, às relações contratuais? Não tenho dúvida ao afirmar que sim, pois, a *contrario sensu*, sua exclusão das relações interprivadas importaria em insustentável brecha na ordem do sistema jurídico, como se o direito civil não se submetesse à totalidade da normativa constitucional (valores, princípios e regras). Por tal razão, enfim, não se pode admitir a existência de subsistemas e, até mesmo, dos tão propagados, por assim dizer, “microsistemas jurídicos”.

Por outro lado, é imprescindível calibrar a influência da normativa constitucional em vista dos múltiplos institutos jurídicos infraconstitucionais. O princípio da autonomia privada encontra seu quadro constitutivo e limitativo na base do art. 170, *caput*, da Constituição da República, visto que, se algum dia o referido princípio se posicionou no plano estrito do assim dito “direito privado”, encontra-se hoje na esfera constitucional. É natural, e faz parte da própria evolução do direito, a estabili-

---

5 Art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

6 Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

zação dos princípios inerentes aos específicos ramos do direito no âmbito da normativa constitucional com o passar do tempo e a convicção da doutrina e dos tribunais quanto à relevância deles. Esse é um fenômeno do próprio Estado democrático de direito (Bodin de Moraes, 1999, p. 105). É o que se nota, por exemplo, com o princípio da propriedade privada (art. 170, inc. II, CR), que acaba sendo, estruturalmente, uma derivação do princípio da autonomia privada, razão pela qual é tão relevante a leitura constitucional do direito civil, sem o que se perde a noção axiológica da sua constitucionalização.

Nem poderia ser diversa a conclusão, uma vez que a autonomia privada decorre diretamente da figura de Estado que se impõe e, logo, da sua Carta constitucional.

Atualmente, quando se pretende ver estabelecido todo o conteúdo social da atual Carta, é imperativo compreender o sujeito de direito inserido no contexto social, como, aliás, já aventava Orlando de Carvalho, antes referido, e, para tanto, encarar a configuração da autonomia privada e do direito subjetivo. Para completar o pensamento acerca da autonomia privada, oportuno ler as palavras de Habermas ao versar sobre o tema, aludindo aos direitos subjetivos:

Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente (Habermas, 1997, p. 121).

O autor alemão, transcrevendo Raiser, faz suas as palavras que explicam a conotação constitucional e social da autonomia privada no contexto do Estado social: “Tão importante quanto o reconhecimento ético e político de tais posições jurídicas privadas é a introdução do indivíduo, também através do direito, nos contextos de ação regulados por estruturas de ordem, os quais o envolvem e ligam com outros; isso equivale, pois, a formar e garantir os institutos do direito, nos quais o indivíduo assume uma posição de membro” (Habermas, 1997, p. 120).

Assim, para operar a cláusula geral da função social do contrato, *v.g.*, é absolutamente imprescindível: (i) reconhecer a natureza constitucional da autonomia privada, tendo em vista que alude expressamente o art. 421 à *liberdade de contratar*, que nada mais é do que uma verticalização principiológica da autonomia privada, no sentido da concreção do contrato; (ii) compreender que a cláusula geral é dotada de carga principiológica, além de outras, como será visto, sem com eles (princípios), todavia, se confundir.

A autonomia privada não é inflexível ao tempo e ao contexto político de sua constituição. Mesmo num âmbito político e temporal definidos, não se pode conceber que tenha ela idêntico efeito de aplicação diante da múltipla variedade de relações jurídicas que informa. Por tal razão, *v.g.*, o exercício da autonomia privada contratual (*rectius* liberdade contratual) de consumo não terá a mesma extensão e profundidade daquela trabalhista, da administrativa, da civil e da empresária. Ainda no seio interno da relação contratual, a leitura que se deve fazer dos princípios (extensão e profundidade) depende do poder de barganha de cada contratante (igualdade material), na específica relação contratual enfocada, para saber se ela cumpre ou não a sua função social, se uma determinada cláusula é abusiva ou não, se agiram as partes em observância à boa-fé etc. Noutros termos, a medida interpretativa da autonomia privada contratual depende da verificação casuística da relação contratual, da relação e da medida de igualdade entre os contratantes.

Além disso, faz-se necessário calibrar o mecanismo aplicativo da normativa constitucional em vista das particularidades dos institutos interprivados fundamentais (*propriedade, família, contrato* e, mais recentemente, a *sociedade empresa*), sem dela, entretanto, jamais prescindir.

Essa é a necessária simbiose entre a normativa constitucional e a infraconstitucional, neste trabalho evidenciada a normativa civil, a qual, obviamente, não se limita ao CC, sendo a cláusula geral uma técnica para manter o sistema como um todo aberto e oxigenado.

Explica Judith Martins-Costa que “cláusula geral” vem a ser: “[...] o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standars, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas

econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo” (1999, p. 274).

Na palavras de Gustavo Tepedino (2002, p. XIX.), “cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas”.

Experiência legislativa anterior já apontava para conceitos abertos ou indeterminados, inseridos em preceitos casuísticos, os quais não se confundem com as cláusulas gerais. A causa de ser do conceito indeterminado é a de manter a regra jurídica sempre atualizada aos novos valores sociais (*v.g.* o conteúdo ético de *mulher honesta*, para fins criminais), adaptando a regra àqueles vigentes no momento da sua concreção, havendo, de qualquer maneira, previsão da conclusão (sancionamento) para a hipótese de alinhamento ou não do fato ao preceito, evidente, de conteúdo ou com elementos indeterminados. Por esse motivo, arremata Judith Martins-Costa (1999, p. 326) que “[...] não haverá, aí, ‘criação do direito’ por parte do juiz, mas apenas interpretação”.

Por outro lado, o papel do magistrado diante de uma cláusula geral não é o de simplesmente interpretar a regra por meio de critérios ou de valores sociais contemporâneos. Cabe-lhe “[...] concorrer ativamente para a formulação da norma” (Costa, 1999, p. 326-327), inclusive, para fins de estabelecimento das conseqüências jurídicas da sua violação, ou, em outras palavras, para dizer qual será a sanção mais adequada a ser imposta, quando menos a sua extensão ao caso concreto. Assim ocorre na análise do já mencionado art. 421 do CC, que, ao versar sobre a necessidade de as partes de guardarem o exercício da liberdade contratual em razão e nos limites da função social do contrato, absolutamente nada dispõe sobre qual será a conseqüência jurídica por força da não-verificação da função social em dada relação contratual. Na base da tradição civilística, tal conseqüência, a ser construída pelo julgador, passaria por uma das ineficácias jurídicas (inexistência, invalidade e ineficácia *ss*), ou pela conversão do negócio jurídico (art. 170 CC), talvez pelo cumprimento coativo da obrigação ou, por fim, pelas figuras da reparação civil.

Note-se, portanto, que, na hipótese específica do art. 421 CC, o desenho da cláusula geral está a impor ao magistrado que descreva, a par-

tir do caso concreto, o significado da função social do contrato, constate a sua observância ou não pelas partes e declare a consequência por força da sua inobservância. Todos os lances conceituais, enfim, estão a cargo do juiz, merecendo uma incomparável atenção deste, em contraste com o antigo código, no que tange à instrução do processo civil. Por isso, o processo civil contemporâneo está muito mais próximo da verdade real do que da verdade meramente formal.

Finalizo esta parte com as palavras do Gustavo Tepedino (2002, p. xx): “[...] as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”. Está-se de pleno acordo com o afirmado porque é a Constituição que poderá gerar a ampla operação do CC e a modificação no (insuportável) estado social das coisas. Sem a constitucionalização do direito civil, o CC poderá ser aplicado de qualquer maneira, contudo de forma neutra, destituída da propagada “ética da situação” (Reale, 2000, p. 42), grande justificativa para termos um novo texto civil.

### **3. Discricionariedade judicial, responsabilidade do magistrado e segurança jurídica**

A função do juiz, em vista do novo prisma que para ele se abre após o CC, tem um maior destaque em relação à sua condição anterior diante do caso civil. É curioso como poucas cláusulas gerais puderam acarretar tamanha modificação na atividade judiciária cível, sendo fundamental, por outro lado, observar a imensa dose de responsabilidade social que hoje, mais do que nunca, traz consigo a magistratura.

É claro que a atividade constitucional do juiz de direito sempre terá peso num Estado democrático de direito, respeitoso da tripartição do poder do Estado. “Hoje, e mais no futuro, o juiz está sendo argüido pela sociedade por seus atos e atitudes e são muito importantes, e decisivos no contexto social” (Rosas, 2003, p. 611). Mas não escapa ao olhar de todos a situação caótica social vivida pelo Brasil, a qual, com muita esperança, ainda levará um bom tempo para mudar. O fracasso do legislador ao editar “leis” de modo “inflacionário” também é o da magistratura, pois, em vista da inércia que “movimenta” as lides civis, ela nada pode fazer antes de ser provocada pelo interessado ou ofendido.



A sociedade, sedenta de justiça, entende a inércia como omissão, havendo, de outro lado, algum espaço para mudar essa má compreensão dos limites da atuação jurisdicional em vista do sistema de cláusulas gerais.

Assim, a figura legislativa das cláusulas gerais, que hoje norteia o CC, pode servir como instrumento de modificação social, ainda que sem ofensa a princípios fundamentais da processualística civil, tais como o da inércia e o da imparcialidade e, sobretudo, sem que isso se revele em abusiva discricionariedade do julgador.

Alinham-se às cláusulas gerais com o Estado social, uma vez que delas se pode extrair uma conseqüência premial ou positiva, na medida em que o quadro normativo onde estão inseridas não trata de sancionar (negativamente) as condutas, sendo, aliás, missão do magistrado não proceder de maneira estática diante de normas de tal envergadura, em vista da finalidade social da lei e dos programas que busca executar. (Pádua Ribeiro, 2003, p. 123).

Veja-se, para uma compreensão melhor, a operação da indisfarçável cláusula geral que é o art. 422 do CC ao tratar do princípio da boa-fé. Assim dispõe o artigo de lei: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Na leitura do artigo, mostra-se clara a necessidade de o magistrado (re)construir o processo contratual, a partir da conduta das partes (vertente objetiva da boa-fé), uma vez que a boa-fé, dentre outras várias funções, também é constitutiva de deveres contratuais, os quais podem ser violados. Compete ao juiz da causa, destarte, verificar, sobretudo, se as partes cumpriram o contrato *pelo modo devido*, investigando a qualidade e a quantidade da carga obrigacional executada, em comparação ao que previram na formação do contrato (vertente subjetiva da boa-fé)<sup>7</sup> e, mesmo antes, nas tratativas preliminares.<sup>8</sup>

---

7 É oportuno esclarecer que o princípio da boa-fé é dotado de duas cargas distintas, uma subjetiva e outra objetiva. Tem sido destacado pela doutrina mais recente, após a edição do CC, o aspecto objetivo da boa-fé, sem que se dê devida importância ao seu plano subjetivo. Não parece correto “esquecer” do plano subjetivo da boa-fé, pois ela encerra, sim, ainda hoje, destacado papel na contratação, notadamente nas tratativas preliminares e na formação do contrato. Ao abordar aspectos posteriores à vigência do CC, sustenta Miguel Reale que a boa-fé objetiva resulta da intencionalidade ou do “[...] propósito de guardar fidelidade ou lealdade ao passado” (*Op. Cit.*, p. 77).

8 A boa-fé acarreta para o contrato deveres laterais ou correlatos, os quais podem ser violados (violação positiva do contrato), implicando a quebra total ou parcial do contrato, gerando, por conta disso, ou exceções contratuais ou responsabilidade civil, como já tive a oportunidade de anotar (*Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extra-patrimonial*, Juruá: Curitiba, 1996).

A construção do conceito de boa-fé somente é possível à luz do caso concreto, servindo para uma exclusiva relação contratual, em vista das particulares condutas dos operadores da relação. Então, compete ao juiz construir tal desenho normativo, o que é “[...] um trabalho bem mais complexo do que o da simples subsunção”. (Aguiar Júnior, 1999, p. 10).

Para o desenvolvimento de tal atividade, relativamente nova, é necessário que o juiz (i) defina a norma, vale dizer, construa a norma, cujo conteúdo deverá ser específico e particular ao caso, para, depois disso, fazer a subsunção da conduta em relação ao preceito por ela edificado (Aguiar Junior, 1999). É bem verdade que a técnica positivista do silogismo de subsunção, por meio do qual se acentua o pensamento axiomático-dedutivo, não mais encontra ampla repercussão entre mentes oxigenadas, servindo, apenas, para convencer, não para demonstrar. A técnica mais empregada atualmente é a da lógica dialética ou a da argumentação, com a qual se faz o constante debate entre a norma aplicável e os valores do caso concreto (Amaral, 2003, p. 84), muito ao gosto do que se vem propagando para o uso das cláusulas gerais.

Mas a fundamentação do ato decisório, especificamente para a hipótese normativa do art. 422, não está nela em si. Em outras palavras, não haverá fundamentação válida do *decisum* se o juiz simplesmente se referir ao mencionado artigo de lei, concluindo pela inobservância da boa-fé por um dos contratantes para, então, declarar alguma consequência judicial. Será imprescindível que a fundamentação localize no sistema jurídico como um todo, dentro ou fora do CC, as matizes sociais que levam à conclusão de se estar diante de um comportamento desconforme com a boa-fé. A Constituição é o berço natural de tais fundamentos axiológicos, sendo adequado e oportuno a ela recorrer o magistrado para tratar de tais aspectos conceituais, não raramente revestidos de puros juízos éticos.

A discricionariedade será abusiva na falta de fundamentação ou na fundamentação que ocorre pelo sistema da subsunção clássica, sem prévia construção do conteúdo normativo para o caso concreto, quando se estiver diante de uma cláusula geral. Sem dúvida, o CC não é dotado somente de cláusulas gerais, mas de um misto destas, e, também, de regras de casuística, devendo estar atento o magistrado para o modelo normativo com o qual está lidando para não incorrer a decisão em posterior invalidade.

Não há razão para se desconfiar da atuação do juiz, ao gosto de uma mofada exegese positivista, a qual, em verdade, depositou toda a sua confiança no legislador e, por oposição, sua absoluta desconfiança na atividade do magistrado. A técnica de cláusula geral não renuncia ao garantismo da fundamentação dos atos decisórios previsto pela Carta (art. 93, IX). E, assim, não haverá conduta abusiva por parte do magistrado, desde que ele fundamente sua decisão, como de costume, seguindo os passos anteriormente sugeridos.

A postura contemporânea do magistrado não pode ser encarada com desconfiança e, muito menos, com espanto, até porque, tanto em sistemas estrangeiros como no brasileiro, observa-se uma acentuada evolução no papel do juiz diante da construção do sistema jurídico. Em apertada síntese, inicialmente, na Europa, havia a rígida divisão dos poderes do Estado, conforme apregoado por Charles Montesquieu, figurando o juiz como a “boca do legislador”, situação que perdurou até meados do séc. XIX. Na seqüência, a partir do início do séc. XX, e apesar da retrógrada posição codicista, o magistrado passou a ser o *intérprete da lei*. Ainda no início do século passado, surgiram duas escolas fundamentais na Alemanha, com base na teoria geral do direito e da metodologia jurídica geral. Da primeira emergiu a assim chamada Escola do Direito Livre (R. Stammler), postulando a existência de um “juiz régio”, o qual poderia, mesmo, ignorar a lei em alguns casos, quando esta correspondesse às novas idéias sociais. A segunda, encabeçada por Gustav Radbruch, pregava o “método de interpretação objetiva”: o “teor da literal, a gênese, a sistemática e sobretudo a *telos*, a *ratio*, a finalidade da lei, deveria (*sic*) ser os critérios por meio dos quais o sentido da lei precisava ser identificado” (Stern, 2003, p. 513).

Tal evolução do papel do juiz, ainda esclarece Klaus Stern, serviu de estofa para a construção de um sistema de direito constitucional na Alemanha fundado na participação do juiz, no qual ele cria o direito, assim chamado de “direito judicial” (Stern, 2003 p. 513). A forma de ver a atuação do juiz num plano de construção do sistema decorre da constatação de serem imperfeitas as leis, impondo uma interpretação inclinada ao aperfeiçoamento do direito, ainda que o sistema seja fundado no modelo codificado.

Na mesma linha do direito constitucional comparado, evidencia-se no Brasil o equilíbrio constitucional e harmônico entre os poderes do

Estado. A CR é expressa ao apresentar um quadro de harmonia e igualdade, quando aborda a divisão dos poderes do Estado nos termos do art. 2º, *caput*, o que destoava de outras constituições européias, nas quais o juiz aparece como sujeito “vinculado à lei” (Stern, 2003, p. 506). Em outros termos, *v.g.*, na Alemanha, o juiz não se encontra em linha de igualdade com o legislador, em que pese à Constituição daquele país se referir ao papel da jurisprudência e enunciados de princípios, tendo sido lento e gradual o engrandecimento da figura do juiz naquela sociedade. Portanto, é preciso desfrutar do ambiente constitucional brasileiro para confirmar que a segurança jurídica contemporânea (se é que existe algum conceito *uno* de segurança jurídica?<sup>9</sup>) transitou da figura *da segurança na lei, para a segurança no juiz*, o que se apresenta, em meu entendimento, mais honesto, no aspecto da aplicação ideológica da lei (não neutra), e mais coerente com os anseios de uma sociedade que não é geral e, muito menos, abstrata (características essenciais da lei), mas, sim, concreta e localizada, como de fato são concretos os sujeitos e localizados os problemas da vida.

Destarte, não pode ser encarada com sobressaltos e reprovações a construção do (novo) sistema de direito civil pelas mãos do juiz, pois, dentre outras, esta também é uma missão constitucional da magistratura.

#### 4. Conclusão

O direito civil vive uma fase muito rica, pois, se o CC em vigor não é fruto de uma unanimidade, o que surpreenderia se o fosse, e mesmo que extremamente combatido por vários segmentos do direito – em particular ao longo dos últimos momentos de sua tramitação pelo Senado e Congresso Nacional –, trouxe novos ventos, renovadores da reflexão sobre esse tão relevante ramo do direito.

Assim como ocorrido no séc. XX, viramos este novo século debatendo o direito civil, mas não com base liberal patrimonialista, uma vez que nem de longe é a atual configuração do Estado brasileiro. O direito civil contemporâneo sofre incontestável influxo da normativa consti-

---

<sup>9</sup> Assim como referir “um” conceito sobre a ética, encontrar “um” conceito sobre segurança jurídica mostra-se tão improvável quanto definir “justiça”. Todas são expressões vazias de contexto individual e dependentes de conceitos ou elementos conceituais externos a elas próprias. Sobre a flexibilidade do “conceito de justiça”, por exemplo, ver Karl English (1988, p. 218).

tucional, sendo inadmissível encará-lo nos moldes da codificação de 1916. Se existe um novo diploma civil, assim o é porque impera uma ética nas relações sociais, compatível com os valores brasileiros do atual século, e não com aqueles do final do séc. XIX e início do séc. XX.

Na construção do novo direito civil, mostra-se relevante a nova codificação, da qual surgem possibilidades concretas para efetivar os valores inseridos na Carta, pois o que faz o CC é exatamente servir de instrumento para tal fim.

A técnica de cláusula geral será decisiva para uma construção do sistema jurídico comprometido com a realidade social concreta e contemporânea. O juiz merece a confiança dos operadores do direito, devendo-se, por outro lado, melhor compreender o seu papel e a sua responsabilidade social, por não ser ele um mero “aplicador da lei”, mas, de outro viés, um construtor do sistema jurídico, gozando de *status* constitucional para tanto.

## Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Nápoles: Jovene, 1996.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*: transmodernidade, direito, utopia. Florianópolis: Boiteaux, 2001.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6 ed. Lisboa: Gulbenkian, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p 85-106.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madri: Civitas, 1991.
- GIULIANI, Alessandro; PALAZZO, Antonio; FERRANTI, Ione. *L'interpretazione della norma civile*. Torino: Giappichelli, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e realidade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1986.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *Pensare il diritto civile*. Torino: Giappichelli, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no sistema obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 95-113, 1999.

NALIN, Paulo. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Juruá: Curitiba, 1996.

\_\_\_\_\_. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001.

PÁDUA RIBEIRO, Antônio de. O judiciário como poder político do século XXI. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 111-128.

PERLINGIERI, Pietro. "Depatrimonializzazione" e diritto civile. In: *Scuole, tendenze e metodi: problemi del diritto civile*. Nápoles: ESI, 1983. p. 175-178.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil – situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Poder Judiciário e concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, 29.11.1999.

ROSAS, Roberto. Funções essenciais à justiça e conduta ética. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 609-615.

STERN, Klaus. O juiz e aplicação do direito. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 505-515.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15-33.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# Jurisdição constitucional: a concretização dos direitos de previdência e assistência sociais a partir do processo constituinte

*José Ricardo Caetano Costa\**

*1. Introdução; 2. O processo constituinte e a Constituição Federal de 1988: A vitória do grupo progressista e suas consequências; 3. A jurisdição constitucional e a efetivação dos direitos sociais e fundamentais na Constituição Federal de 1988; 4. A concretização dos direitos sociais de previdência e assistência sociais e o papel dos juízes e tribunais: um estudo de caso; 5. Algumas conclusões possíveis; Referências*

## 1. Introdução

Pretendemos, com este ensaio, focar a jurisdição constitucional dentro de uma perspectiva envolvendo os direitos sociais, especialmente os relacionados ao seguro (previdência) e assistência sociais, no contexto pré e pós-Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, faremos uma breve incursão nos debates que dominaram a Assembléia Constituinte, notadamente com relação ao tipo de constituição que dela exsurgiria, bem como da criação ou não de um tribunal constitucional. Após, faremos uma análise dos direitos sociais inscritos, como normas programáticas, na CF/88 para verificar como eles foram elaborados pelo legislador constituinte.

No tópico quarto, estudaremos o processo de interferência da política no sistema jurídico, bem como, vice-versa, tomando como ponto

---

\* Advogado; mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Católica de Pelotas - UCPel/RS; professor Adjunto da UCPel; doutorando em Direito na Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos.

de referência a excelente e esclarecedora pesquisa formulada por Luiz Werneck Vianna et al. (1999).

Por final, antes das conclusões retiradas com base neste ensaio, enfocaremos a contribuição dos juízes e dos tribunais nesse processo de concretização dos direitos sociais, quando analisaremos mais detidamente dois casos em concreto: a defasagem dos proventos dos benefícios previdenciários e o caso do amparo assistencial.

## **2. O processo constituinte e a Constituição Federal de 1988: a vitória do grupo progressista e suas conseqüências**

Antes de analisar mais detidamente o núcleo constitucional dos direitos sociais e fundamentais, no intuito de focar as questões de previdência e de assistência sociais aqui propostas, entendemos ser imprescindível resgatar um pouco da história de nossa Constituição Federal de 1988.

Insta anotar, primeiramente, que a sociedade brasileira vivenciou, após o movimento golpista de março de 1964, uma experiência longa e significativa de repressão militar. Até a abertura democrática, em meados da década de 80, todo pensamento dissonante dos ditames oficiais era considerado subversivo e atentador da ordem estabelecida.

O constitucionalismo, pós-golpe de 64, sofreu conseqüências diretas, notadamente através de duas leis promulgadas pela ditadura militar: o ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e a emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Esta última, decretada pela junta militar em exercício do poder, aproveitando o recesso do Congresso Nacional, “e os demais atos institucionais que foram posteriormente baixados passaram a integrar a Constituição por imposição dos ministros militares aludidos, em nome do denominado poder revolucionário” (Faraco, 1989, p. 41). E não faltaram juristas, na época, concordando com as imposições das novas “normas constitucionais” em nome da defesa da ordem estabelecida. É o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1969, p. 202-203), que admitia a recepção na ordem constitucional do AI nº 5, em razão de conjuntura de nosso país, aduzindo que “existe apenas uma ordem constitucional, aquela editada pela constituição, hoje a Emenda nº 1, de 1969, e presa a esta, aquela traçada pelos atos institucionais que o artigo ora comentado mantém em vigor”.



A coexistência dos atos institucionais com a Constituição de 1967, como aponta Faraco (1989, p. 44), parece ser inconciliável. Citando Pontes de Miranda, o autor assim se posiciona:

De toda sorte, resultava impossível compatibilizar a existência simultânea da Constituição e dos Atos institucionais, ainda que com assento naquela, como ressalta do comentário de Pontes de Miranda ao art. 182 da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 17/10/69, indo ao fundo da questão, sem preocupação em azeitar as engrenagens do regime para que não atrasassem ou ranguessem ao peso de suas contribuições. Com acuidade jurídica permeada de indispensável sensibilidade crítica, afirma: “Em verdade, houve um jogo de aparência e de realidade: volveu-se à constitucionalidade, à democracia liberal, porém sem se volver. Enquanto o Presidente da República não apaga regras jurídicas ditatoriais, a ditadura prossegue, encoberta por uma Constituição emendada, que em verdade em parte não existe: 1968-1969 foi golpe mais profundo do que o de 1964... Enquanto o Presidente da República não decreta a cessação da incidência, dita vigência, nada feito, com o ‘jogo da verdade’. Não há democracia, nem regime de liberdade. Por isso, é pelos atos que se esperam praticados é que se há de responder: há ou não há, Constituição democrático-liberal no Brasil.”

É, pois, nesse contexto, pós-golpe militar de 1964, que amplos setores da sociedade brasileira começam a reagir contra o despotismo e a tirania dos usurpadores do poder, ditadura essa que somente foi possível mediante um pacto de alguns setores da sociedade.<sup>1</sup>

Essa reação, por sua vez, tornou-se mais transparente quando da abertura democrática, tomando conta dos debates constituintes a partir de 1986. A despeito da convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, como ensejava significativa parcela de juristas, que fosse dissolvida tão-logo houvesse a promulgação da Constituição da República, foi vencedora a tese de que os mesmos congressistas eleitos em 1986 deveriam ser os legisladores constituintes, continuando no Congresso Nacional após a promulgação da Carta.

---

<sup>1</sup> Como percebe Leal (2001, p. 164), “com o significativo avanço das forças populares ocorrido no início da década de 1970, a burguesia nacional, aliada às empresas multinacionais, corre o risco de perder, em eleição, o controle da estrutura do Estado. Tal fato leva as forças políticas tradicionais, como empresários nacionais e estrangeiros, setores da indústria pesada, instituições financeiras etc., comprometidas com o golpe militar de 1964, a apoiarem, durante este período e até meados da década de 1980, um regime de força e restrições de Direitos Fundamentais”.

Ocorreu, entretanto, que a sociedade civil organizada, o que vale dizer, os sindicatos, centrais sindicais, a própria Igreja Católica através das CEBs (Comunidades Eclesiais de Base), movimentos de donas-de-casa, mulheres, negros etc., passou a exercer uma forte pressão junto aos congressistas constituintes. Esse movimento reivindicava, igualmente, a criação de um tribunal constitucional, a exemplo do ocorrido na Alemanha e na Itália, como sendo o verdadeiro “guardião” da Constituição. Infelizmente, a história reservou outra saída para nosso constitucionalismo, sendo criado o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), cuja competência restou consignada no artigo 105 da CF/88, restando mantido o Supremo Tribunal Federal (STF), cujas prerrogativas encontram-se arroladas no art. 102 da CF/88.<sup>2</sup> Cittadino aponta:

A Comissão Afonso Arinos se encaminhava no sentido de incorporar a sugestão de criação do Tribunal Constitucional, como apresentada no anteprojeto José Afonso da Silva. No entanto, o lobby do Poder Judiciário, especialmente a posição do Supremo Tribunal Federal, que foi formalmente convidado a apresentar propostas à Comissão, impediu a criação da Corte Constitucional (2000, p. 40).

A Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, carinhosamente intitulada de “Constituição Cidadã”, é fruto de um processo de lutas e embates ocorridos no seio da sociedade civil brasileira, saída, como se disse, de um longo período de ditadura militar. Nessa ótica, conflitual e paradoxal, é que podemos compreender como constaram no título I, que versa sobre os “Princípios Fundamentais” da República, princípios como o da livre iniciativa privada (típico do Estado liberal de direito), com os objetivos do artigo 3º, próprios do *Welfare State* e do Estado social.

---

<sup>2</sup> Frise-se, por oportuno, o caráter antidemocrático na escolha dos componentes destes dois tribunais: em ambos, é o presidente da República quem escolhe os seus membros, o que é solidificado após o referendo do Senado Federal. Nesse talvegue é que vários dos integrantes do chamado grupo dos “comunitaristas” (Cf. CITTADINO, 2000:37-39) propugnavam pela criação de um Tribunal Constitucional. O anteprojeto do eminente José Afonso da Silva, previa que “na falta de leis, decretos ou atos necessários à aplicação dessas normas, o juiz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos que o País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, para o Tribunal Constitucional”. Previa, ainda, a seguinte composição: 15 juizes, sendo cinco eleitos pelo Conselho Nacional da Magistratura, cinco pelo Congresso Nacional e outros cinco eleitos pelo Conselho de Ministros (supondo-se o regime parlamentarista de governo).

Percebe-se, contudo, que, no primeiro artigo da Carta de 1988, restou consignada a constituição de um Estado democrático de direito, cujo núcleo fundamental, como veremos alhures, são os direitos sociais, notadamente os de previdência e assistência, aliado ao direito do trabalho.<sup>3</sup>

Valendo-nos do trabalho de pesquisa de Gisele Cittadino (2000, p. 11 et seq.), destacamos algumas das principais características do nosso constitucionalismo “comunitarista”, apontando seus reflexos na Constituição que desse processo nasceu.

- Adoção de *princípios nucleares*, sendo estes não meras regras de aconselhamento, mas, sim, ordenamentos que expressam valores constitucionais. Observa a autora que “pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais” (2000, p. 13).

- Eleição de um *fundamento ético*, ou seja, um conjunto de valores extraídos da ordem social e assumidos pela ordem jurídica, resultando numa “Constituição-compromisso” com esta realidade. Nas palavras de José Afonso da Silva, um dos principais articuladores desta idéia, participe dos debates constituintes,

o constituinte fez uma opção muito clara por uma Constituição abrangente. Rejeitou a chamada constituição sintética, que é *constituição negativa*, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de *constituição-garantia* (ou constituição-quadro). A *função garantia* não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdade-limite. Assumiu ela a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social democrática, imperfeita, reconheça-se (2000, p. 6).

---

<sup>3</sup> Aliás, nossa Constituição de 1988 seguiu os passos de duas constituições cujos países, similarmemente ao Brasil, atravessaram um longo período de ditadura militar: a Constituição portuguesa (1976) e a Constituição espanhola (1978). Igualmente nesses dois países vislumbrou-se a vitória, no processo de elaboração de suas respectivas constituições, da predominância das idéias dos grupos denominados “comunitários”, ou seja, a valorização e inter-relação da realidade concreta de suas sociedades e a própria Constituição resultante desse processo. Resgate, sobremaneira, dos compromissos éticos, sendo os seus intérpretes não apenas alguns juristas “iluminados”, mas, sim, toda a sociedade.

• Instituição da idéia de *Constituição aberta*,<sup>4</sup> onde aqueles valores éticos colhidos do ambiente social passam a integrar o núcleo da própria Constituição, cujo rol de seus intérpretes amplia-se sensivelmente. Percebe Cittadino que “é exatamente esta concepção de *constituição-dirigente* que entra em conflito com nossa cultura jurídica positivista e privatista, segundo a qual a constituição tem por objetivo preservar a esfera da ação individual, através do estabelecimento de um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, do governo, o modo de exercício e aquisição do poder e, especialmente, os seus limites. Em outras palavras, apenas uma concepção de *constituição-quadro* ou *constituição-garantista* se coaduna com nossa cultura jurídica” (2000, p. 15). Peter Häberle refere magistralmente a problemática trazida por essa interpretação constitucional ampliada quando aduz que “o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*zwischenräger*). (...) O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. (...) A sociedade torna-se aberta porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional” (1997, p. 42-43).

A vitória do grupo progressista nos debates constituintes, como aponta Cittadino (2000), foi fundamental no estabelecimento no âmago da Constituição Federal de 1988 de uma concepção de Estado democrático de direito, conforme preceituado no primeiro artigo do título I da Carta.

Foi inserida no corpo da Constituição de 1988 uma série de direitos fundamentais e sociais, como veremos detalhadamente no tópico seguinte, visando solidificar o Estado democrático de direito, este que, sem sombra de dúvidas, deverá ultrapassar o Estado do bem-estar social.<sup>5</sup>

---

4 Referindo-se ao pensamento de Peter Häberle, García afirma que, “rompiendo com los criterios clásicos de la interpretación establecidos por Savigny, la interpretación constitucional dejará de ser para Häberle, por ejemplo, el mecanismo intelectual que permite averiguar y comprender la voluntad de la ley (*voluntas legis*), o descubrir el sentido de la voluntad del poder constituyente (*voluntas legislatoris*), para pasar a convertirse en el proceso público en el que se expresan y realizan los deseos y exigencias ‘de la sociedad pluralista’. Por eso, intérpretes de la Constitución, en cuanto partícipes posibles de ese proceso público, pueden y deben serlo todos, desde el Tribunal Constitucional hasta el último ciudadano del Estado” (1998, p. 51).

5 Por mais paradoxal que possa parecer, nossa Carta elegeu o Estado democrático de direito, que supera, de longe, o Estado social não vivenciado em nosso país. E o mais trágico é que o governo e os governantes, a partir do norte lançado na Constituição, ao invés de envidarem esforços visando à materialização/realização dos direitos nela consagrados, preferiram fugir desse desafio/compromisso. As infundáveis medidas provisórias são uma amostragem de como o governo, que assume um viés de legislador, passa a organizar seus interesses, sob o argumento pífio da mudança da Constituição

O descumprimento das normas programáticas, no que respeita aos direitos sociais e fundamentais, é tamanho que alguns juristas estão denominando este momento como de “Golpe Institucional”, com a derrubada do próprio Estado democrático de direito. É na esteira dessa perspectiva que Paulo Bonavides (2001, p. 41) afirma que “nem a ditadura de Vargas durante a época do Estado Novo (1937-1945), nem o governo dos generais, que impuseram à Nação a partir de 1964 vinte anos de ditadura militar, baixaram tantos decretos-leis ou governaram com recurso a tamanha via de exceção, quanto os autocratas constitucionais do Palácio do Planalto, em Brasília”.

Alerta Bonavides (2001) que a proliferação indiscriminada das medidas provisórias, assim como as emendas constitucionais que pretendem instaurar reformas profundas no país, sem um processo de plebiscito ou *referendum*, podem efetivar essa crise constitucional e levar a cabo a derrocada do Estado democrático pinçado pela Constituição de 1988.<sup>6</sup>

Nesse passo, entendemos que a solidificação ou instituição do Estado democrático de direito passa pela jurisdição constitucional, eis que é por esta que são conhecidas e decididas as questões de constitucionalidades, seja na forma difusa, seja concentrada (Lobato, 1999, p. 13 et seq.). É o que examinaremos no tópico seguinte.

### 3. A jurisdição constitucional e a efetivação dos direitos sociais e fundamentais na Constituição Federal de 1988

Analizamos, no tópico antecedente, a luta travada durante o processo constituinte entre os que defendiam a criação de um tribunal constitucional e aqueles que esposavam a tese da manutenção do Supremo Tribunal Superior (STF), com a diminuição de suas atribuições, tese esta vencedora. Anota Anderson Cavalcante Lobato que, “deste

---

sob pena da ingovernabilidade do país. Aliás, o apelo pelas reformas na esteira do argumento da ingovernabilidade ou do caos total, caso não ocorram, parece estar por detrás, quando não assumido explicitamente, dos discursos governamentais. Analisa Veronese (1999:143) que “a falácia é flagrante, pois mais de uma década após o advento da Constituição, apesar de entregarmos a gerência a governantes desastrosos, mercedores até de *impeachment* (...) a Constituição não maneou a atuação de qualquer governo”.

<sup>6</sup> É digno de anotação o fato de que “cerca de 350 dispositivos constitucionais que exigem legislação complementar, pouco mais de 80 foram até o presente devidamente regulamentados”, afirma o deputado Pedro Tonelli, em estudo metucioso realizado junto ao texto constitucional. Aponta, ao revés, que, quando os interesses não são coincidentes com o dos grandes grupos, como no caso do juro de 12% ao ano ou dos impostos sobre as grandes fortunas, não se efetivou a regularização dos mesmos (Quadro Atual da Regulamentação da Constituição Federal de 1988. *Teoria e Prática*, n. 10, jul. 1993.

modo permitia-se, sem comprometer a tradição do Supremo Tribunal, diminuir a sobrecarga de atribuições, tornando-a mais ágil em suas decisões. A manutenção do modelo norte-americano de jurisdição constitucional não possibilitou a superação de antigas dificuldades, persistindo ainda a necessidade de uma concentração das decisões judiciais em matéria constitucional” (1999, p. 16).

Esse controle da constitucionalidade<sup>7</sup> continuou em sua forma difusa, podendo os juízes e os tribunais apreciar questão de inconstitucionalidade quando da análise de um caso concreto, na “busca de conjugação do modelo norte-americano com o modelo europeu de justiça constitucional, permitindo-se, de um lado, a competência difusa dos juízes e tribunais, concentrando-se perante o Supremo Tribunal Federal, a decisão definitiva em matéria constitucional (...)” (Lobato, 1999, p. 17).

Insta anotar que a Carta de 1988 consagrou uma série de remédios jurídicos quando da violação de preceito fundamental, tais como o *habeas data*, o mandado de segurança individual ou coletivo, o mandado de injunção e a ação popular. E isso representou um avanço significativo no campo da efetivação dos direitos sociais, visto que o cidadão poderá saber sobre as informações constantes dos registros nos órgãos públicos, bem como solicitar a retificação desses registros (como no caso do *habeas data*), ou reivindicar a regulamentação de preceito constitucional visando ao exercício de um direito constitucional (caso típico do mandado de injunção).

Por outro lado, o controle da constitucionalidade das normas está imbricado com a interpretação das normas constitucionais de modo a criar uma teoria da constituição, como aponta Llorente, uma vez que “el juicio de constitucionalidade de las leyes es monopolio de un solo Tribunal; más correcto es, por eso, entender, como tantas veces se há dicho, que el juicio sobre laconstitucionalidade de las normas es competencia de todos los jueces y Tribunales, aunque solo el Tribunal Constitucional la tiene para declarar la inconstitucionalidad de las leyes” (1997, p. 556).

O movimento histórico de nosso constitucionalismo, na contra-mão da história, parece não estar muito preocupado com a efetivação dos direitos sociais e fundamentais, inseridos dentro da Carta de 1988.

---

7 Segundo o professor José Alfredo de Oliveira Baracho, “o controle de constitucionalidade tem numerosos aspectos específicos, alguns de caráter processual, que não estão desvinculados dos sistemas políticos que propiciaram o seu desenvolvimento. O controle da constitucionalidade provém da relação entre a constituição e uma norma ou ato, que são entre si compatíveis ou não, gerando as figuras da constitucionalidade ou inconstitucionalidade” (1984, p. 160).

Isso porque as infundáveis medidas provisórias, muitas das quais atentatórias a esses direitos sociais e fundamentais de que falamos, aliadas às emendas constitucionais,<sup>8</sup> são em sentido oposto ao da concretização ou efetivação desses.

Fazemos uma análise mais detida desse processo histórico, ainda em curso, de dismantelamento das políticas públicas de previdência e assistência sociais,<sup>9</sup> para, no último tópico, vislumbrar a importância dos juízes e tribunais nesse processo de concretização dos direitos sociais. Primeiramente, acreditamos ser importante focar a questão da “reforma” e da “revisão” não somente do ponto de vista da semântica dos termos, mas do sentido político que cada um ostenta.

No primeiro aspecto – o semântico – veremos que “reformular” significa dar nova forma, refazer, mudar, alterar, ao passo que “revisar” significa rever, procurar erros.<sup>10</sup> Não indicam, como visto, a mesma realidade: com a reforma, pretende-se uma mudança no núcleo do objeto, quicá tornando-o algo distinto do que era, ao passo que na revisão se mantém a forma dada, alterando alguns caracteres que não chegam a desfigurar o ente, conservando as características e os atributos de antes.

Ora, o que foi – e é – pretendido com o texto constitucional é uma vasta reforma em seu âmago, dando à Carta de 1988 outra forma, outro sentido. Não é a esmo que os três núcleos da reforma ( e não revisão) da Constituição, consagrados através das trinta e uma emendas constitucionais deflagradas, referem-se à ordem econômica, abrindo nosso “mercado” para a internacionalização do capital, à ordem administrativa, reduzindo o “tamanho” e o poder do Estado, e à ordem previdenciária, objetivando a privatização de nosso sistema de seguro social.<sup>11</sup>

Percebe-se que essa confusão teórica, mas com implicações práticas, como demonstrei, não foi disseminada no texto constitucional, tendo em vista que nele encontramos a expressão “revisão constitucional” (art. 3º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT).

---

<sup>8</sup> Contando com trinta e cinco emendas até o momento em que escrevemos este texto.

<sup>9</sup> Cf., nesse sentido, nosso trabalho intitulado *Previdência e neoliberalismo*, Livraria do Advogado, 2001, onde buscamos demonstrar como, no caso brasileiro, o discurso e a prática privatizantes, típicas do momento neoliberalista vivenciado por nosso país, afetaram e afetam as políticas de seguridade social.

<sup>10</sup> Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Século XXI: o minidicionário da língua portuguesa*. 2000, p. 591/607.

<sup>11</sup> Pretendo, neste tópico, analisar estes três núcleos, notadamente o representado pela reforma da previdência, eis que este contém parte dos direitos sociais, objeto precípuo desta incursão.

A Carta de 1988 instituiu dois momentos para a revisão/reforma do texto constitucional:<sup>12</sup> o primeiro ciclo foi inaugurado pelo artigo 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88; o segundo é fruto do processo via emenda à Constituição, conforme permitido em seu artigo 60.

No que respeita ao primeiro ciclo, cuja transitoriedade revisional perdurou de outubro de 1993 até 31 de maio de 1994,<sup>13</sup> resultou na promulgação de quatro emendas constitucionais de revisão, começando imediatamente o processo de revisão do texto constitucional fundado no artigo 60 da CF/88.<sup>14</sup>

Começando o ciclo pós-revisão, constata-se que as reformas da Constituição visam, essencialmente, à adequação de nossa legislação à política econômica neoconservadora, como exposto no tópico 3. Não é sem razão que as emendas constitucionais editadas nesse ciclo mexem justamente no título VII da Carta, que versa sobre a ordem econômica e financeira.<sup>15</sup>

É nesse diapasão que a emenda constitucional nº 5, de 15.8.95, permitiu a exploração do serviço de gás canalizado às empresas estrangeiras, quebrando o monopólio até então existente. No mesmo sen-

---

<sup>12</sup> Para uma melhor exposição didática, tomei a liberdade de utilizar a expressão “reforma” como sinônimo de “revisão”, embora seja importante, ao meu ver, guardar as distinções existentes entre os sentidos expressos entre ambas, como analisado no preâmbulo do presente tópico.

<sup>13</sup> Alguns importantes juristas, dentre os quais se destacou a figura ímpar de Paulo BONAVIDES, entendiam que a revisão prevista no artigo 3º da CF\88 somente seria possível com a mudança da forma e do sistema de governo, prevista no artigo 2º do texto constitucional. Por óbvio, se alterasse a forma ou o sistema de governo no plebiscito do dia 7 de setembro de 1993, ter-se-ia de reformar radicalmente a própria Constituição, de modo que albergasse as novas exigências trazidas pelo novo sistema ou governo escolhidos. Havendo o plebiscito, mantido o sistema republicano, sob a forma de governo presidencial, não há de se falar, segundo esses autores, na revisão prevista no artigo 3º, eis que condicionado ao que lhe precedia. Esta, porém, não foi a concepção hegemônica, restando aprovadas cinco emendas constitucionais, muito embora tenham sido apresentadas 17.246 propostas. (cf. BONAVIDES, 1998: 601; cf., também, VERONESE, 21999: 110, no mesmo sentido).

<sup>14</sup> Não é de meu interesse analisar, detidamente, o teor dessas emendas constitucionais, mas, sim, de focalizar tão-somente aquelas que alteraram substancialmente os direitos sociais. Por isso, farei algumas incursões pelas emendas constitucionais que alteraram a ordem econômica, apontando para a liberalização e internacionalização de nossa economia e, mais detalhadamente, nas emendas nº 19, que tratou da reforma administrativa, e 20, que alterou significativamente nosso sistema previdenciário. Pretendo, com esta análise, demonstrar que não houve um processo de adequação do contido na CF\88 ao contexto atual, o que seria aceitável num processo revisional, mas, sim, uma brusca ruptura com o texto constitucional primitivo.

<sup>15</sup> Percebe-se, claramente, que a Constituição de 1988 foi elaborada tendo como premissa e fundamento a construção de um Estado do bem-estar social; por isso a sua dimensão protecionista, tão combatida por seus aguerridos adversários. Logo, tendo em vista a mudança de referencial, razão assiste aos combatentes neoconservadores quando alegam que a Constituição causa a ingovernabilidade, tendo em vista a concepção de Estado que se impõe para os países que desejam aderir cegamente aos “apelos” da mundialização do capital e às políticas neoconservadoras.



tido, a emenda constitucional nº 6 fulminou a distinção entre os conceitos de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, reduzindo “a distinção entre capital nacional e capital estrangeiro, obstando o tratamento diferenciado, o que representou uma nítida vitória das forças ‘liberalizantes’ e ‘internacionalistas’.”<sup>16</sup>

O processo de “liberalização” da economia não ficou somente com a concessão dos serviços de gás canalizado, eis que a emenda constitucional nº 7, de 15.8.95, deu nova redação ao artigo 178 da CF/88, admitindo a “contribuição” internacional no transporte de mercadorias de cabotagem e na navegação interior. Mas não ficou por aí, abrindo o nosso sistema de telecomunicações para a exploração da iniciativa privada, o que foi feito através da emenda constitucional nº 8, bem como pela privatização indireta da Petrobras, tendo em vista a possibilidade, a partir da emenda constitucional nº 9, da participação da iniciativa privada desde a pesquisa até o transporte de nosso petróleo.<sup>17</sup>

Esse conjunto de emendas constitucionais, como aludido de maneira rápida no presente tópico, está em consonância com os reclamos de grande parte da intelectualidade brasileira, que, a partir da promulgação da Carta, em 5.10.88, passou a exigir, de imediato, a reforma de seu texto pelas razões já levantadas neste trabalho.

Aliás, criou-se um contexto ou “fabricou-se” um contexto a partir dos meios de comunicação social, no qual todos os defeitos do Estado assumiram uma grande proporção; os funcionários públicos passaram a ser o grande vilão, responsáveis pela inflação e por tudo o que não dá certo neste país, do ponto de vista das políticas salvacionistas trazidas pelos sucessivos plenos econômicos; a máquina administrativa aparece como incompetente, sem conserto, não restando nada mais a não ser transferir a prestação do serviço público para a eficiente iniciativa privada.<sup>18</sup>

Transcrevo, por pertinente, dois posicionamentos/intervenções de um senador e um abalizado intelectual, cujo conteúdo ideológico de seus discursos nos permite vislumbrar o pano de fundo aludido:

---

<sup>16</sup> Cf. VERONESE, Osmar. Op. cit., p. 113.

<sup>17</sup> Diga-se, por oportuno, que o recente desastre ecológico provocado pela submersão da base de petróleo da Petrobrás, denominada P-36, com a morte de nove operários, teve como uma de suas principais causas a terceirização dos serviços, anteriormente feitos pelos técnicos da empresa, altamente especializados e competentes. Com esse processo, fruto da privatização desse serviço, passaram a atuar em sua consecução trabalhadores despreparados, contratados pelas prestadoras privadas, sem a capacidade técnica dos trabalhadores de outrora, que foram despedidos ou “incentivados” a ingressar nos programas de despedida (in)voluntária.

<sup>18</sup> Resulta dessa premissa o respaldo de nossa legislação que cria o espaço suficiente para a realização desses propósitos, alterando o protecionismo até então existente.

O liberalismo é a tônica. Esperemos que a liberalização do mercado, a privatização e a desregulamentação em marcha acelerada em tantos países, se reflitam em nossa busca das perdidas taxas de crescimento dos decênios anteriores a 1980.<sup>19</sup>

A revisão constitucional oferta a possibilidade do Brasil readequar o seu projeto nacional até o fim do século à instrumentalização jurídica necessária para que se realize. Na dimensão atual, a Federação é maior do que o PIB e a sociedade não tem forças para sustentar o tamanho do Estado.<sup>20</sup>

Retornando ao processo de reforma, encontraremos as duas maiores alterações de nossa Carta política de 1988, advindas com a promulgação das emendas constitucionais n<sup>o</sup> 19 e 20, a primeira introduzindo a polemizada reforma administrativa e a segunda alterando significativamente nosso sistema previdenciário público.

A emenda constitucional n<sup>o</sup> 19, de 4.6.98, operacionalizou vários dos propósitos apregoados pelos neófitos do neoconservadorismo: quebrou a estabilidade dos servidores públicos, abriu o caminho para a substituição do regime público dos servidores pelo regime privado, proibiu a vinculação ou a equiparação de salários entre os servidores, somente para citar as medidas mais importantes.

Com a emenda constitucional n<sup>o</sup> 20, de 16.12.98, os direitos sociais, na exata acepção em que utilizei a sua extensão conceitual,<sup>21</sup> tiveram um dismantelamento significativo, tendo-se como parâmetro os direitos emanados do texto constitucional. Em nosso entendimento, houve

---

<sup>19</sup> MIRANDA, Gilberto. *Anais do Senado Federal*, v. 17, n. 14, p. 16-31 ago./93, p. 7606.

<sup>20</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Revisão constitucional e a previdência social, *Revista de Previdência Social*, LTr., 1993, p. 961-962. Neste inflamado artigo, o conhecido jurista defende arduamente a reforma administrativa, bem como a revisão de nosso sistema previdenciário, apontando por "um misto" entre o público e o privado. O misto proposto pelo insigne jurista é o rateio dos aportes maiores para a iniciativa privada, deixando para o Estado os benefícios menores, que são a maioria e não despertam nenhum interesse por parte das administradoras privadas, por razões óbvias.

<sup>21</sup> Como leciona o mestre José Afonso da Silva, os direitos sociais "são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade". Este autor agrupa os direitos sociais em seis espécies, a saber: "a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente." (*Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 2000, p. 289-290. Neste meu estudo, importar-me-ei somente com as duas primeiras classes, quais sejam, os direitos sociais relativos aos trabalhadores e à seguridade social.

uma mudança radical de referencial no que respeita ao critério norteador dos benefícios de prestação continuada em geral, representado pela mudança paradigmática com a substituição do critério do tempo de serviço para a contribuição pecuniária.<sup>22</sup>

Essa alteração, muito embora tenha passado despercebida na análise dos operadores e juristas que lidam com a questão previdenciária, é de extremo significado na vida prática dos segurados, visto que a prova do vínculo empregatício, que albergava o direito aos benefícios previdenciários, cedeu lugar à prova da efetiva contribuição pecuniária.

Ora, numa país onde a informalidade toma uma amplitude cada vez maior; onde grande parcela dos cidadãos possui sua carteira de trabalho sem ser assinada, enfim, onde a exclusão do mercado formal é cada vez maior,<sup>23</sup> encarregar o trabalhador de provar que trabalhou, mediante a correlata contribuição, é aumentar ainda mais o número dos excluídos do seguro social e, conseqüentemente, aumentar a marginalização daqueles trabalhadores que, certamente, em não tendo mais como trabalhar, engrossarão as fileiras dos assassinos, dos contraventores etc.

Aliás, incorporar essa gama imensa de trabalhadores que compõem o mercado informal, a nosso ver, é o grande desafio atual da previdência social.<sup>24</sup> Parece, ao que tudo indica, que a política atual prima pelo caminho mais fácil, qual seja, o da exclusão dos segurados.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Cf., neste sentido, COSTA, José Ricardo Caetano. *A reforma da previdência social e outros estudos*, Educat, 2000, especialmente o primeiro artigo, denominado "O que mudou com a reforma da previdência", onde são analisadas estas mudança de referencial e a dificuldade de os segurados preencherem as condições estabelecidas pela EC nº 20\98.

<sup>23</sup> Segundo Singer, Paul, "em 1990, a população Economicamente Ativa somava 62,1 milhões, dos quais 26,2 milhões tinham empregos formais. Os 35,9 milhões (57,8%) restantes foram classificados como empregadores, autônomos, empregados informais e mão-de-obra familiar (da família do proprietário). Do total pertencente a esses grupos, 18,4 milhões (29,64% de todos os ocupados) declararam que queriam um emprego com carteira assinada. Portanto, três em cada dez brasileiros ocupados estão involuntariamente excluídos do emprego formal" (*Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*, Contexto, p. 105).

<sup>24</sup> No mês de janeiro e fevereiro de 2000, realizei, em parceria com mais quatro estudantes da Escola de Serviço Social da Universidade Católica de Pelotas (UCPel), uma pesquisa de campo com a qual buscamos verificar o índice de contribuintes para a Previdência Social de uma parcela significativa de trabalhadores que compunham um setor do mercado informal, conhecidos como "camelôs", na cidade de Pelotas, RS. Chamou-nos a atenção que majoritária parcela desses trabalhadores igualaram seguro com assistência social, demonstrando a confusão existente entre ambas, ou seja, os trabalhadores alegaram não contribuir para a Previdência Social porque não tinham um atendimento médico-hospitalar quando necessário. No que respeita à contribuição e vínculo com a Previdência Social, o índice é avassalador: 73% dos entrevistados não contribuem para o INSS, enquanto somente 27% pagam regularmente a alíquota previdenciária, como autônomos. Esses dados foram publicados na *Sociedade em Debate*, Escola de Serviço Social/UCPel, v. 6, n. 2, Ago. 2000, p. 31 et. seq.

<sup>25</sup> Não somente os trabalhadores sem carteira de trabalho assinada terão dificuldades de conquistar o direito aos benefícios previdenciários, mas todos os segurados que não detêm a

Por outro lado, a nova redação dada ao artigo 202 pela EC n° 20/98 retirou da Constituição Federal a garantia da correção dos últimos trinta e seis salários de contribuição, ficando à mercê de lei complementar a regulação da matéria. Nada garante, portanto, que a Previdência Social não irá manipular os dados e os índices, de modo a frustrar a expectativa dos segurados quando da montagem da renda mensal inicial dos benefícios.<sup>26</sup>

O critério que passa a vigorar a partir da promulgação da EC n° 20 leva em consideração os seguintes fatores visando à montagem da renda inicial dos benefícios: a) idade dos segurados quando do pedido do benefício; b) expectativa de sobrevida (taxa retirada do IBGE); c) tempo de contribuição quando do pedido. Esse cálculo, conhecido como “fator previdenciário”, possui o mérito, do ponto de vista atuarial, de equilibrar os benefícios, tendo em vista que os segurados passarão a solicitar seus benefícios com idade mais avançada, permanecendo por um maior período no sistema, contribuindo, portanto, e utilizando-o, conseqüentemente, durante um menor tempo.

A análise, a meu ver, não pode ser somente do prisma econômico, sob pena de se perderem outros elementos fundamentais, a exemplo da taxa de sobrevida das pessoas mais pobres, tendo em vista as agruras que passaram, que lhes causou uma redução brusca em suas expectativas de vida.<sup>27</sup>

De outro giro, a emenda constitucional n° 24, de 9.12.99, terminou com a representação classista na Justiça do Trabalho, que passou a ser formada somente pelo juiz togado, criando a figura da Vara do Trabalho (art. 116). Isso parece ter uma explicação razoável do prisma econômico, tendo em vista a economia feita pelos cofres públicos pelo

---

prova da contribuição, como é o caso dos trabalhadores rurais. Por outro lado, ninguém duvida de que os benefícios pagos pela Previdência Social atenuam a má distribuição de renda de nosso país. Com a reforma previdenciária teme-se que aumentem a marginalidade e a exclusão social, tendo em vista a dificuldade de os segurados preencherem os requisitos trazidos pela EC n. 20/98.

<sup>26</sup> Cf., nesse sentido, a obra de CUNHA, Lásaro Cândido da. *Reforma da Previdência*, Del Rey, 1999, p. 66.

<sup>27</sup> Penso que a taxa de sobrevida, da forma como é feita, assemelha-se à montagem de nossa renda *per capita*, ou seja, os cidadãos mais abastados tendem a viver por bem mais tempo do que a população mais pobre, fazendo, com isso, subir a taxa média da expectativa de vida. O mesmo acontece com a renda *per capita*, onde a média brasileira é extremamente alta, parecendo, num primeiro momento, totalmente contraditório esse índice, tendo em vista a miséria de grande parte dos cidadãos. O mais curioso, quiçá merecedor de pesquisas para uma análise mais detida, é que os cidadãos que vivem mais, e melhor, diga-se, não dependem do minguido salário pago pelos cofres da Previdência Social.

não-pagamento desses juízes, mas apresenta-se como temerário em tempos de neoconservadorismo e globalização. Digo isso porque, após a extinção dos classistas, pode muito bem vir a extinção da própria justiça especializada, sob a alegação dos discursos, comumente ouvidos, de que o processo é muito dispendioso, como se houvesse uma relação entre justiça e lucro. Aliás, já tramita no Congresso Nacional projeto de lei visando à quebra do poder normativo da Justiça do Trabalho, além de torná-la um setor especializado dentro da Justiça Federal.<sup>28</sup>

#### 4. A concretização dos direitos sociais de previdência e assistência sociais e o papel dos juízes e tribunais: um estudo de caso

Parece que chegamos, finalmente, ao cerne da questão aqui levantada, qual seja, a da efetivação dos direitos sociais inscritos na CF/88, podendo assim ser colocada: diante da inércia dos poderes constituídos no sentido de dar vida às normas programáticas constitucionais, poderá o julgador sanar essa lacuna como se legislador fosse?

Primeiramente, devemos considerar o fato de que, “com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário *passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*. O Poder Judiciário não deve assumir uma postura passiva diante da sociedade”.<sup>29</sup> Muito pelo contrário, deverá auxi-

---

<sup>28</sup> A derrocada do poder normativo é o maior objetivo dos empresários e elites dominantes, tendo em vista o empecilho criado pelo Judiciário trabalhista, que fixa os percentuais de reajustamento das mais diversas categorias de trabalhadores. No mundo globalizado, nada pode servir de estorvo para a expansão da exploração capitalista. Certamente, o sacrossanto “mercado” irá impedir a não-exploração dos trabalhadores. Aliás, o enfraquecimento dos sindicatos também obedece a essa lógica perversa, eis que se apresenta como um obstáculo à exploração total e sem limites (Cf. COSTA, José Ricardo Caetano. As relações de trabalho e de seguridade social no reinado neoliberal, *Revista da Escola de Direito*, v. 1, n. 1, 2000, p. 239 et seq.)

<sup>29</sup> Cf., neste sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 43. Este autor defende a tese substancialista, versus o procedimentalismo do tipo habermasiano, eis que entende ser mais aplicável à nossa realidade brasileira, levando a que os juristas passem a conceber a Constituição como algo novo, estranho. Analisa, na nota nº 492, o fato de que “passados onze anos desde a promulgação, os juristas brasileiros ainda não se fizeram a pergunta: *o que é isto, a Constituição?* Mais ainda, há que se perguntar: o que foi feito do mandado de injunção, o mais importante instrumento constitucional já elaborado pelo legislador apto a tornar efetivos direitos individuais, sociais e coletivos, em face de inércia do Legislativo e do Executivo? Qual o destino da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cuja Lei 9.882/99 que 11 anos depois a regulamentou, nega ao cidadão o acesso direto ao Poder Judiciário? E o que dizer da escandalosa inconsti-

liar na concretização dos direitos sociais e fundamentais inseridos na Carta de 1988. Por óbvio, isso representa uma ruptura com os padrões positivistas vigentes, passando juízes de tribunais a ter um papel determinante na efetivação dos direitos sociais ora analisados.

No intuito de verificar esse processo vislumbrando a sua efetivação, tomaremos um exemplo para estudo de caso, qual seja, o reajustamento dos benefícios de prestação continuada a cargo do Regime Geral de Previdência Social. Neste caso, como poderemos constatar no final desta análise, encontraremos a presença da norma constitucional<sup>30</sup> ordenando a revisão dos valores dos proventos em geral, de modo a preservar-lhes o seu valor – leia-se, “poder de compra”.

Antes, porém, de adentrar na discussão do reajustamento dos benefícios previdenciários, tendo sempre como norte o disposto na Constituição Federal de 1988, cremos seja pertinente desenharmos o contexto histórico e social precedente à CF/88, assim como o trabalho dos constituintes. É mister anotarmos que a intervenção do governo federal, em matéria de revisão e recomposição dos valores dos benefícios pagos pela Previdência Social, sempre o foi no sentido de aviltá-los os referidos. E não foi diferente com a promulgação da lei n° 6.708, de 30/10/79, que estabelecia a correção automática dos salários, cujo valor passou a ser corrigido semestralmente pelo INPC, sendo divididos os assalariados e, corolariamente, os beneficiários da Previdência Social (pagos pelo extinto – Instituto Nacional de Previdência Social) em faixas salariais.<sup>31</sup>

---

tucionalidade representada pela Emenda Constitucional que cria a DRU (Desvinculação dos Recursos da União), que, somente no ano de 2000, vai proporcionar a retirada de mais de R\$ 13 bilhões da seguridade social, setor que reúne as ações de Previdência, Saúde e Assistência Social, em franca violação dos dispositivos constitucionais que apontam para a implementação dos objetivos da República e da realização dos direitos sociais?” (Op cit., p. 278).

<sup>30</sup> Nas análises que seguem, utilizaremos a Constituição Federal de 1988 sem as 35 emendas constitucionais já promulgadas até a presente data (abril de 2002), uma vez que o texto constitucional foi “retalhado” por essas EC. Quando nos referirmos a alguma alteração trazida à Constituição de 1988, citaremos expressamente qual foi a emenda constitucional que alterou seu sentido.

<sup>31</sup> Com essa política salarial, o INPS passou a cometer duas práticas que corroíam o valor dos benefícios: a uma o referido instituto passou a aplicar, no primeiro reajustamento do benefício, o critério da proporcionalidade, o que vale dizer que, dependendo da data de início do benefício, os segurados passavam a ter um índice de reajustamento totalmente diferenciado, quebrando, destarte, o sagrado princípio da isonomia contributiva; a duas, ao dividir os segurados em grupos mediante os valores percebidos em seus benefícios (o que equivale às faixas salariais dos trabalhadores ativos), o INPS quebrou, mais uma vez, a isonomia nos benefícios, eis que, quanto mais alta era a faixa salarial, menos percentual de reajustamento percebiam os segurados. Isso conduzia a uma situação no mínimo curiosa: quem mais contribuiu para os cofres da autarquia, no decorrer do tempo, passava a perceber menos, ao passo que quem menos contribuiu, ao inverso, passava a receber mais.

Como não bastasse, o INPS adotou uma prática totalmente arbitrária, eis que utilizava no critério de reajustamento dos índices do salário mínimo revogado, não do novo valor. As conseqüências dessa política atuarial é de todos nós conhecida: queda drástica do poder aquisitivo dos benefícios, ou seja, do poder de compra dos segurados detentores desses benefícios e, por óbvio, marginalização e aumento da discriminação dos segurados, o que é agravado se considerarmos o perfil dos segurados: em sua majoritária parcela, pessoas idosas, cujos gastos em saúde, medicamentos etc. são cada vez mais elevados.

O clamor dos aposentados e pensionistas, que, não fugindo à regra geral, em nada sensibilizou o Poder Executivo, teve ressonância no Poder Judiciário,<sup>32</sup> vindo o extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) a emitir a súmula n<sup>o</sup> 260, que assim resolveu a problemática: “No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerando, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado”. Muito embora essa súmula não tenha garantido, ao contrário do que pensam alguns juristas,<sup>33</sup> a equivalência salarial, o que somente foi garantido pelo art. 58 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, como veremos alhures, significou um avanço na busca da manutenção e preservação do valor dos benefícios previdenciários.

O legislador constituinte, por sua vez, sensível aos apelos dos segurados, que sentiam (mais do que viam), diuturnamente, corroídos os valores de seus benefícios, inscreveu na Constituição de 1988 uma regra, transitória, diga-se, visando à recuperação da renda mensal inicial (RMI) dos benefícios pagos pela Previdência Social. Transcrevemos, por sua importância, a referida regra, inscrita no art. 58, dos ADCT.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Compreendemos, porém, que não houve nenhum voluntarismo na atitude do Judiciário, que, em face da inércia total do Poder Executivo (que poderia alterar a política atuarial e não o fez) e do Poder Legislativo (que poderia, por sua vez, ter resolvido a questão por meio de legislação ordinária). O Poder Judiciário foi “conduzido” a resolver essa problemática tendo em vista os milhares de pedidos revisionais interpostos pelos segurados que buscaram Judiciário, o que não encontrariam em outro poder constituído.

<sup>33</sup> Observa o juiz Marcelo Leonardo Tavares que “o mais comum hoje, nas demandas judiciais ainda é pretender vincular o valor da renda a número de salários mínimos, frustrada pelo entendimento majoritário do Judiciário da impossibilidade desse atrelamento” (A manutenção do valor real dos benefícios previdenciários. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr., n. 249, ago./01, p. 573).

<sup>34</sup> “Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte”.

Podemos extrair algumas lições do artigo 58 dos ADCT da CF/88. Primeiro, que a referida regra possui um lapso temporal determinado, o que vale dizer que deverá ter sua validade a contar de 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Carta, indo seus critérios até a edição das Leis de Custeio e de Benefícios da Previdência Social, promulgadas em 24 de julho de 1991.<sup>35</sup> Foi nesse talvegue o uniforme entendimento jurisprudencial.<sup>36</sup> Segundo, este artigo deverá ser compreendido dentro de uma interpretação mais sistemática e teleológica, eis que não está solto dentro da Carta de 1988; pelo contrário, o legislador constituinte quis assegurar uma regra de transição, na esperança de que, com as leis nº 8.212/91 (Custeio) e 8.213/91 (Benefício), fosse resolvida de vez a problemática envolvendo o valor real dos benefícios. Ledo engano, como veremos a seguir.

Antes de adentrar nos critérios assegurados pelas duas leis supra, vejamos, com mais detidão, os preceitos constitucionais que versam sobre a preservação dos valores dos benefícios.

Encontramos no artigo 194 da CF/88 a vedação legal da diminuição dos valores dos benefícios previdenciários.<sup>37</sup> Na seção terceira da CF/88, que trata da Previdência Social propriamente dita, tivemos assegurado que o plano de previdência social, mediante aportes contributivos, garantirá que ninguém recebeu menos que o salário mínimo legal (par. 5º), restando “assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei” (par. 2º).

A doutrina, por seu turno, está sendo construída no sentido de que a expressão “irredutibilidade” representa não somente os descon-

---

<sup>35</sup> Este prazo, aliás, foi ampliado até dezembro de 1991, por força do mandado de segurança proposto em face do Ministério do Trabalho e da Previdência Social). (Ms n. 1233-DF, Rel. Min. Garcia Vieira, RSTJ 30/260-277).

<sup>36</sup> Cf. julgado que reproduz o entendimento adotado pelos juízes e pelos tribunais: “EMBARGOS INFRINGENTES – PREVIDENCIÁRIO – REVISÃO DE BENEFÍCIOS – AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 58 DO ‘ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS’. 1. A decisão embargada não viola os princípios constitucionais apontados, vez que o art. 58 do ADCT tem aplicação imediata e não depende de regulamentação para sua aplicabilidade. Precedentes do egrégio STJ. 2. Ademais, é defeso à autarquia ré trazer matéria não discutida nos autos, vez que, por ocasião do julgamento da apelação cível em questão (26.3.91) não havia entrado em vigor a Lei 8.213, de 24/7/91, que instituiu o Novo Plano de Benefícios da Previdência Social” (EAC 90.03.40026-1, TRF – 3ª R., 1.ª S., v. u., Rel. Juiz Pedro Rotta, DOE 1.6.92, p. 101).

<sup>37</sup> Vejamos o dispositivo na íntegra: Art. 194. “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (...) IV – irredutibilidade do valor dos benefícios”.



tos do benefício, como também a não-manutenção do mesmo em seu poder de compra originário. Isso porque

a irredutibilidade do valor dos benefícios é norma de nítida natureza de princípio, com elevado grau de abstração e pouca carga normativa, um verdadeiro mandado de omitização de regras constitucionais, legislativas e de atos de administração, na medida do possível, fática e juridicamente. Já a disposição não permite análise de possibilidade: é uma ordem clara ao legislador para manter seu valor real; não há campo para ponderações ou dimensão de peso; é tudo-ou-nada, ou se edita regra ordinária integrativa mantendo o poder de compra das prestações ou a norma constitucional estará sendo desrespeitada.<sup>38</sup>

A norma constitucional, como vimos, está realmente sendo desrespeitada, uma vez que os índices de reajustamento oficialmente utilizados, por força do disposto no artigo 41 da lei nº 8.213/91,<sup>39</sup> não reajustam os benefícios de modo a preservar seus valores reais.

Transcrevemos, por oportuno e esclarecedor, o posicionamento da desembargadora juíza Luiza Dias Cassales, do TRF da 4ª Região, sobre o “valor real” e a perda do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários a partir dos critérios estabelecidos na lei nº 8.213/91, *in verbis*:

(...) a preservação do valor real dos benefícios está constitucionalmente garantida aos assegurados da Previdência Social, não podendo tal garantia ser violada ou reduzida, de forma direta ou indireta, pela legislação infra-constitucional. Para melhor atendimento da questão, é necessário que se conceitue o que vem a ser valor real do benefício, que, de acordo com os ditames da Carta Política,

---

<sup>38</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. Op cit., p. 575.

<sup>39</sup> O INPC, calculado pelo IBGE, foi o índice eleito pela lei nº 8.213/91 para corrigir os valores dos benefícios, sendo substituído pelo IRSM a partir da lei nº 8.542/92. Menos de dois anos após o IRSM, a lei nº 8.880/94 elegeu o IPC-V como índice oficial, vindo a MP nº 1.033/95 adotar um retorno ao INPC, que perdurou até a MP nº 1.415/96, quando, através da portaria MPAS nº 3.253, o IGP-DI passou a substituir o INPC. O problema que envolve os índices consiste no fato de não terem uma abrangência maior, no que respeita ao cálculo do aumento do custo de vida. Somente para termos uma idéia do problema, o Índice de Preços ao Consumidor, por exemplo, apura, mensalmente, o movimento dos preços de alguns bens específicos, bem como serviços no mercado varejista na cidade do Rio de Janeiro e em São Paulo. Já o IPC, por seu turno, verifica mensalmente a evolução dos preços em todo o território nacional, cuja composição é dada pela média ponderada do IPA, IPC e INCC. Na verdade dos fatos, o índice que melhor espelha os índices inflacionários é o INPC, do IBGE, uma vez que apura, mensalmente, a média dos Índices de Preços ao Consumidor nas principais cidades brasileiras, considerando o aumento da média dos produtos adquiridos por famílias com renda entre um a oito salários mínimos. Infelizmente, o INPC foi, como vimos, substituído pelo IGP-DI.

deverá ser preservado. O termo utilizado pela Constituição valor real não pode ser tomado por uma expressão abstrata, cujo conceito possa ser manobrado livremente pela Administração. Refere-se à situação concreta, perfeitamente definível. Em meu entender, o valor real, a ser preservado, conforme posto Constituição, só pode ser considerado como o valor de compra, ou valor da moeda, ou seja, sua aptidão para a aquisição de mercadorias. De acordo com a garantia constitucional, o segurado deverá poder adquirir com os seus proventos, transcorridos, cinco, dez ou mais anos, os mesmos, por exemplo, dez sacos de farinha, que lhe eram possível comprar por ocasião da concessão de seu benefício.<sup>40</sup>

A questão da intervenção do Poder Judiciário no sentido de reestabelecer a lacuna deixada pelos outros poderes constituídos não é nada pacífica; ao contrário, ainda a majoritária parcela dos julgadores entende que, ao instituírem índices de reajustamento ou outros mecanismos de reajuste dos valores dos benefícios, estarão fazendo as funções de legisladores ou de administradores.<sup>41</sup>

Encontramos, embora timidamente, alguns juízes esposando a tese de que o Poder Judiciário deve outorgar aos demandantes, em face de seus pedidos judiciais, em decorrência da inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo, o direito de terem seus benefícios devidamente revisados, de modo que readquiram o poder aquisitivo – de compra, como vimos. Não são poucos os julgados que já apontam para uma maior efetividade do preceito no artigo 194, IV e 201, par. 2º, da Constituição Federal de 1998.<sup>42</sup>

A jurisdição constitucional, como pudemos constatar, pode contribuir, significativa e definitivamente, para a resolução dessa contro-

---

<sup>40</sup> Conferir o fundamento da relatora, que julgou procedente o pedido de revisão de benefício, no AC nº 94.04.40607, TRF 4ª R.

<sup>41</sup> Vejamos, nesse sentido, o julgado que segue: “PREVIDENCIÁRIO – REVISÃO DE BENEFÍCIO – INAPLICABILIDADE DOS ARTIGOS 201 E 202 DA CF E 58 (ADCT)/CF. 1. Para os benefícios concedidos antes da promulgação da atual Carta Magna, descabe a correção dos doze últimos salários-de-contribuição. 2. O artigo 41 da Lei nº 8.213/91, que não está eivado de inconstitucionalidade, instituiu novo critério de correção do benefício da Previdência Social, definindo o índice (INPC) a ser utilizado para seu cálculo e reajustes. 3. Os artigos 194, inciso IV, e 201, § 2º, da CF tiveram sua aplicação condicionada, expressamente à edição de lei infraconstitucional. 4. A Lei nº 8.213/91 veio complementar os artigos 194, inciso IV, e 201, § 2º da CF determinando o reajustamento dos benefícios pelos índices oficiais de inflação, de modo a assegurar a irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários, em caráter permanente. (...) 7. A norma prevista no artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.213/91, diz respeito a procedimento administrativo de competência do conselho nacional de seguridade social, não estando o judiciário autorizado a exercer tal mister. 8. Apelo do INSS provido. Sentença reformada. (AC nº 94.03.078275-7/SP (00041355), 5ª T., TRF da 3ª R., Rel. Juíza Tânia Marangoni, j. em 08.09.1997, DJ 14.10.1997, p. 85196).

<sup>42</sup> Cf. (AC nº 94.02.06696-9/RJ (60745), 3ª T., TRF da 2ª R., Rel. Juiz Arnaldo Lima, j. em 26.05.1998, DJU 6.03.2000).

vérsia, eis que ninguém duvida que a majoritária parcela dos processos que tramitam nas varas federais é, direta ou indiretamente, no intuito da busca de recomposição do valor dos benefícios.<sup>43</sup> Não duvidamos de que o Poder Judiciário tem um papel importante nesse processo, que “não o transforma em legislador positivo, ou em usurpador de funções legislativas e agressor do princípio da separação dos poderes”,<sup>44</sup> mas o impele a julgar conforme os direitos sociais e fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988.

## 5. Algumas conclusões possíveis

Diante dessas breves reflexões que aqui se pretendeu conduzir, parece que alguns pontos de referência são fundamentais: primeiro, a sociedade brasileira emergiu, com a abertura político-democrática no final de década de 80, de um longo período de ditadura militar, o que dificultou, em muito, o exercício da cidadania e a solidificação de nossas instituições; segundo, a Constituição Federal de 1988 foi um marco decisivo dentro desse processo histórico, sendo um limitador de águas de nosso constitucionalismo. Nesse sentido, a vitória do grupo denominado “progressista”, como vimos no tópico primeiro, consagrou uma Constituição “aberta”, onde nada está pronto, acabado; pelo contrário, as normas programáticas apontam um caminho a ser seguido, cabendo aos demais poderes constituídos (Legislativo e Executivo) políticas que viabilizem sua efetividade. Por outro lado, em face da inércia desses poderes, concordamos que o Poder Judiciário deverá interferir, não como se fosse um legislador positivo, mas no sentido de provocar a tomada de atitude dos outros poderes constituídos, de modo que assumam as funções que lhes são próprias.

---

<sup>43</sup> Como bem percebe a juíza Maria Lúcia Luz Leiria, “em que pese às específicas determinações que garantem tais direitos sociais, continua-se frente à multidão de processos em relação aos quais, sob o prisma do objetivo último perseguido pelos segurados, chega-se à conclusão de que se identificam na essência, visto que, de um lado, o segurado procurando maiores valores monetários nos seus benefícios e, de outro lado, a Previdência Social busca, por meio de regras de cálculo, indexadores e fórmulas, manter os valores de maneira a superar o grande déficit tão falado e cuja origem, longe da insuficiência das contribuições dos segurados, está mais na sonegação, na falta de fiscalização e no desvio de finalidade das contribuições arrecadadas” (*Direito previdenciário e Estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 175).

<sup>44</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. Op cit., p. 580. Cf., igualmente, o entendimento adotado pela juíza Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, desembargadora do TRF da 2ª Região, para quem, “o Juiz não pode ser tímido no exercício de seu mister, nem eximir-se de exercê-lo. Para suplantiar eventuais barreiras, criadas no mais das vezes por qualquer dos Poderes Constituídos, deve ele agir com as armas que o sistema jurídico garantir aos indivíduos o exercício dos direitos previstos na própria Lei Fundamental, armas essas que hoje são inúmeras.” (A efetividade do princípio da manutenção do valor real dos benefícios previdenciários. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr., n. 231, fev./00, p. 128).

Nesse passo, questionamos a legitimidade do próprio Supremo Tribunal Federal, mormente quando seus componentes são indicados pelo representante maior do Poder Executivo. Parece-nos pertinente o retorno da discussão sobre a criação de uma corte ou tribunal constitucional,<sup>45</sup> com a extinção do Supremo Tribunal Federal ou a redefinição de suas atribuições, de modo que caiba a este novo tribunal a guarda da Constituição e dos princípios que a informam.<sup>46</sup>

Tentamos demonstrar no decorrer do presente ensaio, especialmente neste último tópico, que grande parcela dos direitos sociais constantes na Constituição Federal de 1988 encontra-se em três encruzilhadas: ou foram simplesmente “esquecidos” pela tradição jurídica,<sup>47</sup> ou foram desconstitucionalizados por emendas constitucionais que se seguiram,<sup>48</sup> ou, conforme apontamos nos dois estudos de caso analisados, sua eficácia está sendo garantida pelos inúmeros julgados singulares que começam a emergir dos juízos de primeiro grau. Quiçá reste uma esperança, se não vingar o entendimento da súmula vinculante, tão aclamado no meio jurídico. Aliás, pelo julgamento da Adin nº 1.2232, como vimos, restou incontroverso qual seria o norte dos julgamentos em matéria de direitos sociais, caso tenhamos o perigoso e nocivo efeito vinculante das súmulas em nosso sistema jurídico.<sup>49</sup>

Por fim, a jurisdição constitucional possui um assento determinante neste contexto pós-constituente, uma vez que o manancial de ações colocadas nas mãos dos cidadãos e de suas instituições é por demais significativo. Estamos falando de remédios jurídicos como o *habeas data*, por exemplo, pelo qual o cidadão/segurado da Previdência Social poderá requisitar ao

---

<sup>45</sup> Nada mais legítimo, portanto, que a sociedade como um todo participe, diretamente, da escolha de seus membros, quebrando a tradição autoritária brasileira quando da indicação dos ocupantes dos cargos máximos no Poder Judiciário.

<sup>46</sup> Neste mesmo sentido apontam o trabalho de BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis et al. (2002, p. 344).

<sup>47</sup> A exemplo do conceito de “trabalho penoso”, até hoje não regulamentado.

<sup>48</sup> Exemplo concreto da garantia do constitucional da correção dos últimos salários de contribuição para fins de montagem da RMI dos benefícios previdenciários, contante no art. 202 da CF/88. Com a nova redação dada pela emenda constitucional nº 20/98, foi retirado este critério. Vejamos: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)”.

<sup>49</sup> Cf., nesse sentido, o valioso trabalho do prof. Dr. Lenio Luiz Streck, que alerta sobre os riscos da utilização, de forma indiscriminada, do efeito vinculante pretendido, eis que se torna “desnecessário referir que a tentativa do *establishment* de, via emenda constitucional, atribuir efeito vinculante às Súmulas e à jurisprudência do STF e à do STJ, faz parte de um amplo projeto centralizador de poder político, inserido no contexto da revisão constitucional (fracassada) de 1993 e das múltiplas mudanças que o governo pretende realizar através da reforma constitucional em andamento no Congresso Nacional. Destarte, através das decisões centralizadas/centralizadoras emanadas dos Tribunais Superiores, será possível controlar, com maior eficácia ainda, as instâncias inferiores da justiça brasileira.” (*Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 252).

INSS qualquer documento que lhe diga respeito e, inclusive, solicitar a retificação de algum registro que lhe diga respeito; o *mandado de segurança, individual ou coletivo*, para proteger direitos líquidos e certos diante de atos ilegais ou abusos de poder cometidos por autoridade pública; as *ações diretas de inconstitucionalidade* (Adin), amplamente analisadas neste ensaio, visando ao questionamento de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, "a", CF/88); as *ações diretas de inconstitucionalidade por omissão*, que visavam, em sua origem, à garantia da normatividade, juridicidade e faticidade das regras constitucionais e foram totalmente esvaziadas pela ação do STF, seja porque entendeu não comportar liminar esse tipo de ação, seja pelo receio deste tribunal de interferir nos outros poderes constituídos, o que tornou este importante instrumento um mero remédio simbólico.

Juntamente com esses instrumentos, parece-nos que não podemos perder de vista a importância do exercício do direito de ação a que cada cidadão possui, em reivindicar seus direitos, obrigando o Judiciário à entrega da prestação jurisdicional e, os demais poderes, à outorga dos direitos pretendidos.

Não foi diferente quando da defasagem dos proventos dos benefícios de prestação continuada, como vimos, obrigando o Poder Judiciário a definir a controvérsia através da súmula nº 260 do extinto TFR, bem como ao legislador constituinte a inserir na Carta de 1988 o art. 58 dos ADCT, visando restabelecer o poder aquisitivo de seus benefícios. Não foi diferente o caso de milhares de trabalhadores brasileiros que ingressaram, individualmente e por meio de seus sindicatos, federações etc., pleiteando o pagamento dos expurgos inflacionários dos planos Bresser e Collor, o que resultou num acordo nacional entre o governo federal, a Caixa Econômica Federal e as centrais sindicais no sentido de pagá-las, ainda que parceladamente.

Por ironia da história, quiçá que se repete como "farsa", novamente os proventos estão sendo corroídos diuturnamente por uma política atuarial que não repassa para os segurados que percebem mais que o salário mínimo vigente os mesmos índices dados ao salário mínimo. Não cremos que será possível o cumprimento do preceito constitucional (de manter os valores reais dos benefícios), se não for por meio de uma grande mobilização popular, conduzindo ao ajuizamento da milhares de ações, de modo que, a duas uma, ou o Poder Judiciário, novamente, emite uma súmula similar à do extinto TFR, ou os poderes executivos deflagram uma política atuarial que regularize essa perda de valor nos benefícios.

Não podemos deixar de citar nessa aposta das vias de decisão monocrática, especialmente porque é o juiz singular que conhece o caso concreto, sabendo, diante de cada situação real, fática, se se trata de pessoa pobre ou não, a criação dos juizados especiais cíveis e criminais, junto à Justiça Federal. Esse juizado foi criado pela lei nº 10.259, de 12/07/01 (DOU 13.07.2001), importando em um significativo avanço na entrega da prestação jurisdicional dos segurados da Previdência Social, os quais deverão receber os valores devidos pelo INSS em ações que não ultrapassam a sessenta salários mínimos num prazo máximo de sessenta dias a contar da intimação do INSS para o pagamento, independentemente de precatório (art. 17 da referida lei). Além disso, não haverá reexame necessário (art. 13), vindo o recurso, se interposto, a ser julgado por uma turma recursal formada por juízes federais, que poderão, inclusive, reunir-se via rede eletrônica (art. 14, par. 3º). Lamenta-se, contudo, que a lei em comento tenha facultado a utilização de procurador para as partes, ou, melhor dizendo, para a parte mais precária na relação processual, eis que o INSS sempre é representado por seus procuradores concursados ou contratados. A ausência de procurador para o assessoramento e acompanhamento dos segurados poderá, certamente, fragilizar seus pedidos, o que vai na contramão do disposto no artigo 133 da Carta de 1988.<sup>50</sup> Esses sessenta salários mínimos colocados como limite de valor para o ajuizamento dessas demandas resolvem, certamente, algo em torno de 90% das ações previdenciárias atualmente ajuizadas. Mais um incentivo para que os segurados questionem a recuperação dos valores de suas rendas mensais, assim como o pedido do amparo assistencial, notadamente quando temos uma parcela de percipientes em potencial que encontram seus pedidos frustrados diante do critério econômico imposto pela lei nº 8.742/93.

## Referências

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: RT., 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis Bolzan de. Revisitando o Estado: da crise conceitual à crise institucional (constitucional). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 69-104.

---

<sup>50</sup> Que asseverou que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e anifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

\_\_\_\_\_. et al. A jurisprudencialização da Constituição. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 297-349.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Maria Amélia Almeida Senos de. A efetividade do princípio da manutenção do valor real dos benefícios previdenciários. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, n. 231, p. 119-129, fev. 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

COSTA, José Ricardo Caetano. *A reforma da previdência social e outros estudos*. Pelotas: Educat, 2000.

\_\_\_\_\_. As relações de trabalho e de seguridade social no reinado neoliberal. *Revista da Escola de Direito UCPel*. Pelotas: Educat, v. 1, n. 1, p. 229-245, jan./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. *A previdência social no ideário neoliberal: os caminhos que conduzem à privatização do modelo brasileiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social) – UCPel, Pelotas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Previdência e neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CUNHA, Lásaro Cândido da. *Reforma da previdência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FALEIROS, Vicente de Paula. *A política social do Estado capitalista: as funções da previdência e assistência sociais*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

FERREIRA FILHO, Manuel Mauri. *Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Espanha, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 1000, p. 13-99, abr./jun.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

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

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Direito Previdenciário e Estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder: estúdios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LOBATO, Anderson C. A Contribuição da Jurisdição Constitucional para a Consolidação do Estado Democrático de Direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito* – Centro de Ciência Jurídicas da Unisinos. São Leopoldo, 1999, p. 13-35.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Revisão constitucional e a previdência social. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, n. 157, p. 961-962, dez. 1993.

MIRANDA, Gilberto. *Trabalhos de revisão constitucional*. Brasília: Senado Federal, v. 17, n. 14, ago. 1993. p. 7606.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnósticos e alternativas*. São Paulo: Contexto, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, Marcelo Leonardo. A manutenção do valor real dos benefícios previdenciário. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, n. 249, p. 573-580, ago. 2001.

TONELLI, Pedro. *Quadro atual da regulamentação da Constituição Federal de 1988*. [S. l.: s. n.], 1993. (Série Teoria e Prática, n. 10).

VERONESE, Osmar. *Constituição: reformar para que(m)?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



# Os caminhos da justiça agrária no Brasil: um caso de engenharia político-constitucional<sup>1</sup>

Marcelio Toscano Franca Filho\*

*1. Introdução; 2. Elementos para uma teoria geral da justiça agrária; 3. A justiça agrária do Brasil; 4. À guisa de conclusão; Referências.*

## 1. Introdução

A importância que assume a agricultura como uma das principais fontes de renda, emprego e, obviamente, segurança alimentar nas economias contemporâneas, sobretudo nos países da periferia do sistema produtivo internacional, é reveladora da causa do prestígio que se empresta ao direito agrário na doutrina jurídica dos dias atuais. Nessa direção, a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) tem sublinhado em diversos documentos que o desenvolvimento agrícola é a chave para a redução da pobreza no mundo e garantia da segurança alimentar nos países em desenvolvimento.

Objeto de freqüentes e profundas reflexões, a disciplina jurídica da realidade agrária vem tendo um lugar de destaque na seara acadêmica internacional, dado o interesse do mundo globalizado em questões como a biotecnologia, a agricultura sustentável, as enfermidades

---

\* Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba; mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba; doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra; ex-professor do Departamento de Direito Público da UFPB; ex-estagiário do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (Luxemburgo); ex-aluno da Universidade Livre de Berlim (Alemanha).

<sup>1</sup> Para a realização deste *paper* o autor contou com a valiosa assistência e competente colaboração de Luciana Lima Simeão da Silva, acadêmica de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

transfronteiriças e os investimentos em comodites. Nesse aspecto, a efetividade e a rapidez na solução dos conflitos agrários são muito menos do que uma velha consequência de dicotomias ideológicas – basilares para a própria organização e o desenvolvimento das relações econômicas e sociais no campo. Afinal, “a economia vive da segurança, cuja base é a justiça”.

A institucionalização de uma Justiça Agrária como meio de se garantir rapidez e eficiência na solução dos conflitos agrários constitui o objeto das reflexões que ora iniciamos. Essas digressões, partindo da formulação de um conceito de “justiça agrária” e passando pelo relato da experiência brasileira e estrangeira, objetivam, fundamentalmente, captar em que medida é eficiente a edificação de uma jurisdição agrária autônoma no Brasil atualmente.

## 2. Elementos para uma teoria geral da justiça agrária

Inúmeros postulados metafísicos, éticos, estéticos e epistemológicos que ampararam as formas de pensar e agir da nossa sociedade durante séculos hoje não mais conseguem responder a muitas das questões que o processo histórico nos impõe. Aos nossos modelos culturais – paradigmáticos desde a Revolução Francesa – a contemporaneidade impõe desafios crescentes que permanecem sem resposta. Conceitos como justiça legitimidade, ordem, soberania e cidadania não podem ser mais definidos apenas com base na da tríade “liberdade-igualdade-fraternidade” sem que ignorem importantes demandas sociais. Tal fato é marca da crise do pensamento contemporâneo, baseado num modelo de racionalidade técnico, formal, dogmático e opressor, caro à tradição moderno-iluminista.

Essa crise geral do pensamento contemporâneo provoca, inevitavelmente, reflexos sobre os nossos modos de organização e conhecimento jurídicos. A concepção tradicional do direito, fundada no tripé da racionalidade, estatalidade e unicidade, é posta em xeque e começa a dar provas de ineficiência. Os sintomas dessa crise no âmbito do direito citam-se à farta: é o aumento da litigiosidade social; a radical dicotomia entre o direito e a justiça, o legal e o legítimo; a crescente incapacidade da experiência jurídica em captar as necessidades da sociedade civil; a busca revalorizada por formas não estatais de resolução de disputas e a hiperinflação da produção legislativa na tentativa de se conter a complexidade e o risco.

No meio rural, particularmente, há muito o direito perdeu o monopólio da força e da coerção, sendo a violência decorrente do acirramento daqueles conflitos um fenômeno social que vem se banalizando. A crescente complexidade da sociedade contemporânea – com a sua maior diversidade de atores e papéis sociais – tem provocado um significativo aumento dos conflitos no campo e na cidade. O direito, entretanto, não tem conseguido acompanhar essas mudanças sociais e não tem desenvolvido instrumentos capazes de suprimir tais conflitos.

Já viraram rotina na crônica jornalística quotidiana os relatos sobre espancamentos de trabalhadores rurais, cárceres privados, casas queimadas e reintegrações de posse violentas. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra, órgão da Igreja Católica vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), foram 680 os conflitos no campo apenas em 1988 (dados citados por Rocha, 1990, p. 19). Tais conflitos resultaram em 110 trabalhadores mortos, 153 ameaças de morte e 68 tentativas de assassinato. Em 2001, a mesma Pastoral da Terra contabilizou um total de 880 conflitos no campo, dentre eles ocupações, acampamentos, questões relativas à seca, desrespeito à legislação trabalhista, política agrícola e garimpo. Desse total, 45 ocorrências reportam a trabalho escravo, envolvendo o número de 2.416 pessoas. Até agosto de 2002, o número de assassinatos chegava a 16.<sup>2</sup>

Como meio de se superar e evitar tais conflitos, há algum tempo, vem tomando força entre os estudiosos das questões agrárias de diversas áreas do conhecimento a idéia de constituição de uma jurisdição agrária no Brasil. Nesse aspecto, vale observar a lição de Alvarenga (1985, p. 109):

Regendo a funcionalidade do que se entenda por propriedade, posse e utilização dos recursos naturais renováveis, balizado pelos princípios da produtividade e da justiça social, o Direito Agrário do Brasil reclama que a sua aplicação se faça por meio de especialistas, desde a promulgação do Estatuto da Terra, decorrente da memorável exposição de motivos com que se encaminhou ao Congresso Nacional - tendo por base a Emenda Constitucional nº 10, de 10.11.64 - o anteprojeto do que se viria a consubstanciar-se na Lei 4.504, promulgada a 30 de novembro de 1964. Que a Justiça Agrária seja decorrência natural do Estatuto da Terra, não é tese apenas dos jus-agraristas.

---

2 No *website* da Comissão da Pastoral da Terra ([www.cptnac.com.br/conflitos/index.htm](http://www.cptnac.com.br/conflitos/index.htm)), encontra-se uma tabela com o resumo de todas as ocorrências, ano a ano, desde 1990.

O jurista baiano Raimundo Laranjeira (1983, p. 15-16), ardoroso defensor da criação da Justiça Agrária, chega mesmo a ser radical ao afirmar:

Não há o que discutir sobre a necessidade e a excelência da instituição da Justiça Agrária no Brasil. Tanto do ponto de vista científico, de enriquecimento da matéria agrojurídica, como do ponto de vista da realidade fática, na qual milhares de pessoas precisam dela. (...) Há que se admitir duas ordens de coisas, como pressuposto da necessidade dela: uma, referente ao fato de que os países civilizados e os que vão deixando as amarras do subdesenvolvimento estão acolhendo esse órgão, conforme prova-o, sobejamente, J. Masrevery; de outra, relativa à constatação de que, no Brasil, o seu estágio econômico-social já reclama um “foro adequado, como instrumento regulador das relações decorrentes da reforma das estruturas arcaicas e injustas” - segundo a justeza de expressão de um notável agrarista patricio.

Mais recentemente, mas na mesma direção, Valéria Ferreira (1997, p. 343) ressaltou: “A questão agrária no Brasil tem importância relevante. É interesse nacional a sua resolução. Complexa e envolvendo poderosos, deveria ser apreciada por um judiciário de expressividade também federal.”

Por “jurisdição” entende-se o poder-dever de que dispõe o Estado para, nos limites de sua soberania, solucionar os conflitos entre as pessoas, aplicando o direito e, assim, garantindo a paz social. Assim, a mencionada jurisdição agrária seria um ramo especializado da função judiciária estatal,<sup>3</sup> que se dedicaria com exclusividade aos problemas inerentes ao meio rural. Tais problemas cobririam, entre outros aspectos:

- questões sobre a propriedade, o domínio e a posse da terra rural;
- a desapropriação por interesse social, questões relativas à distribuição da terra, colonização e acesso à terra;
- as questões fiscais, como o imposto de renda sobre a produção agropecuária e o imposto territorial rural;
- os contratos agrários: arrendamento, parceria, empreitada rural, crédito rural e depósito de produtos rurais;

---

<sup>3</sup> A rigor, sendo a jurisdição um reflexo do poder soberano – uno e indivisível – do Estado, não comporta divisões ou especializações (princípio da unidade da jurisdição). Por razões didático-metodológicas, entretanto, a doutrina jurídica admite algumas classificações, dentre as quais aquela que toma como critério distintivo o objeto tutelado. Daí ser autorizado falar-se em jurisdição civil, agrária ou penal.

- as relações individuais e coletivas de trabalho rural, previdência social e acidentes de trabalho no campo;
- a economia rural: preços mínimos, armazenagem, produção, subsídios, distribuição e consumo;
- a inseminação artificial, reprodutores, registro genealógico, mecanização, engenharia rural, aviação agrícola;
- cooperativismo e sindicalismo rurais;
- agricultura sustentável: conservação e defesa dos recursos naturais renováveis;
- proteção penal da propriedade e dos bens rurais bem como da sua fauna e flora;
- poder de polícia sobre as atividades agropecuárias;
- puestões relativas a convênios, tratados e acordos internacionais sobre defesa sanitária, vegetal e animal, padronização e classificação.

Essa ampla competência de uma jurisdição agrária encontra um princípio unificador muito claro e bem definido, conforme resume García Ramírez (1996, p. 44), presidente-fundador do Tribunal Superior Agrário do México:

La justicia agraria – que es una expresión de la política general del Estado, proyectada hacia una de sus secciones más relevantes – debiera abarcar la suma de asuntos que aparecen en las relaciones jurídicas cuyo origen es precisamente la materia agraria, y cuyas consecuencias se vuelcan hacia ésta. Por ende, vale plantearse lo que pudiéramos denominar la identidad de “lo agrario”. Esto tiene, en mi concepto tres datos característicos, a saber: a) cierta forma jurídica de tenencia de la tierra: dominio pleno o propiedad ejidal o comunal; b) determinado empleo natural de la tierra: aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, y c) relaciones jurídicas que se suscitan a propósito de esas formas de tenencia en relación con ese aprovechamiento específico. Si esto es “lo agrario”, los litigios que en ese amplio ámbito se produzcan debieran ser propuestos ante la justicia agraria, con el propósito de garantizar consecuencia en el tratamiento y las soluciones de este sector de la vida del país.

O argumento-mestre que fundamenta e legitima a proposta de uma jurisdição agrária é o de que uma especialização jurisdicional muito contribuiria para densificar o direito fundamental à efetividade do processo e para a agilização da prestação jurisdicional num setor básico da vida nacional – o campo. No ponto particular da agilização da prestação jurisdicional, é de se ressaltar que a morosidade é o principal

problema que afeta o Judiciário atualmente, além de se constituir numa fonte primária de seu descrédito e sua ilegitimidade. É uma verdade acaciana<sup>4</sup> que uma justiça que tarda é, de fato, uma justiça que falha. Entre as causas mais frequentes dessa demora para a prolação das decisões judiciais estariam a falta de recursos materiais das comarcas, o excesso de formalidades procedimentais, o número insuficiente de juizes e varas, a inflação legislativa, a extensão das comarcas e a falta de especialização dos operadores jurídicos.

Assim, alega-se que uma Justiça especializada na apreciação das questões que dissessem respeito às relações do homem com a terra seria a chave para a resolução rápida e eficaz dos variados aspectos das lides agrária. Nesse sentido, veja-se:

(...) A idéia é de que a instalação de um órgão especial de apreciação e julgamento das lides agrárias conferiria ao Direito Agrário a sua autonomia jurisdicional, que ainda não conseguiu ter entre nós. De outro modo, o enfoque é o de que tal entidade [a Justiça Agrária] viria carrear para as populações rurícolas uma Justiça mais prestimosa, desafogando a Justiça Comum e alguns órgãos administrativos dos milhões de processos que equacionam, deficientemente, os problemas agrários da Nação. (Laranjeira, 1983, p. 15).

No mesmo sentido é a opinião de Guillermo Figallo Andriazen, ex-presidente do Tribunal Agrário do Peru:

Es indudable que el conocimiento especializado de la materia permite una mayor apreciación de las cuestiones planteadas, mayor seguridad en las decisiones y la creacion de una jurisprudencia uniforme, que impulse en desarrollo doctrinario del Derecho Agrario; y en el aspecto procesal significa la substitucion de perniciosos habitos procedimentales derivados de una indiosincrasia individualista, por una actitud inspirada en los valores sociales, de acuerdo com el modo de ser del processo agrario. (apud Laranjeira, 1983, p. 15).

---

<sup>4</sup> No imaginário queirociano de *O primo Basílio*, o conselheiro Acácio veio a transformar-se numa das personagens que retornaram ao mundo real. Pensando decerto neste burocrata, para quem as “curiosidades” do Alentejo eram “de primeira ordem”, Eça de Queirós referiu-se várias vezes a ele, quando quis aludir à solenidade oca e às obviedades que marcavam a sociedade portuguesa de então. Era o lugar-comum em pessoa. Longe estava Eça de saber que a língua portuguesa havia de cunhar o adjetivo “acaciano”, precisamente derivado do nome da criatura que por ele nos foi legada.

Duas são as correntes encontradas no jus-agrarismo brasileiro quanto à institucionalização de uma Justiça Agrária: a primeira é aquela que opta apenas pela criação de varas especializadas junto à Justiça Federal e à Justiça comum; a segunda, a que propugna pelo estabelecimento de toda uma estrutura judicante, com juízes agrários ou juntas de conciliação e julgamento agrárias divididos em seções judiciárias, tribunais regionais agrários e um tribunal superior agrário, à semelhança da bela Itália, a pátria do direito agrário.

Para qualquer dessas correntes, a fim de se garantir a instrumentalidade do processo e a rapidez da prestação jurisdicional, a Justiça Agrária seria caracterizada por certos princípios. A noção de “princípio” é uma noção cara a toda a teoria geral do direito. Sob seu pálio se guardam as verdades fundantes de qualquer sistema jurídico; enunciações normativas que norteiam a atuação de juristas e operadores jurídicos, colmatando lacunas e orientando a atividade hermenêutica. Na definição de Reale (1993, p. 299), princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo de saber”. Por serem elementos de base, sobre os *princípios* se assenta todo o edifício da experiência jurídica de um Estado. Isso explica por que ferir um princípio é mais grave do que ferir uma norma. Observa Josef Esser, citado por Reale (1993, p. 301), que os princípios se revestem de uma tamanha importância que são válidos independentemente de serem ou não positivados num texto legal.

Seriam princípios ordenadores da jurisdição agrária, segundo anota J. Paulo Bittencourt (apud Alvarenga, 1985, p. 109) com competência: 1) a gratuidade judiciária, a fim de garantir o acesso à Justiça sem a necessidade de pagamento de custas; 2) mínimo de formalidades; 3) maiores poderes instrutórios para o juiz, objetivando decisões céleres e seguras; 4) maior uso do princípio da equidade, pelo qual é concedida ao juiz certa discricionariedade para avaliar as *circunstâncias* de que nos falava Ortega Y Gasset; 5) possibilidade de o juiz obter assistência técnica de agrônomo, veterinário, agrimensor e economista rural; 6) alçada para apelação, evitando-se recursos procrastinatórios; 7) fase prévia de conciliação; 8) processo de execução simplificado; 9) oralidade e concentração.

Em completa oposição, Medeiros & Guimarães (1986, *passim*) refutam a necessidade de constituição de uma Justiça Agrária especializada. Entre seus muitos argumentos ressaltam-se, sobretudo, dois: a

dificuldade de delimitação da competência da Justiça Agrária e os prejuízos ao direito de ação, como resultado da diversidade jurisdicional, a provocar dúvidas nos cidadãos acerca de onde propor a ação. Nesse sentido, concluem:

Inexistem razões de ordem científica ou prática que justifiquem a criação de uma Justiça Agrária especializada, quer porque seria difícil estabelecer-se os limites de sua competência, quer porque essa competência, sem dúvida, conflitaria com a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum, quer porque a especialização de ramos da Justiça não tem obtido resultados satisfatórios; devem as questões agrárias permanecer na competência da Justiça Comum, devendo esta ser aperfeiçoada e dotada dos meios materiais e humanos necessários ao seu bom desempenho, com o que se agilizará o julgamento de todas as questões submetidas ao Poder Judiciário, com evidente melhora da qualidade das decisões.

Não se pode esquecer que o direito comparado se constitui em importante fonte para a direito agrário, afinal, através de um exame crítico de institutos jurídicos e legislações estrangeiras podem ser extraídos valiosos exemplos. Assim, não poderíamos deixar de comentar nesta parte – em que tratamos dos aspectos mais gerais da jurisdição agrária – como as demandas rurais são solucionadas nas legislações alienígenas.

De quatro maneiras diferentes os ordenamentos jurídicos estrangeiros prevêem a solução das lides rurais: 1) através de vias administrativas comuns, em que se submetem os litígios agrários a um órgão público administrativo, normalmente colegiado, com funções não exclusivamente agrárias, ex.: Argentina e Espanha; 2) por vias administrativas especiais, como os órgãos específicos para a reforma agrária; ex.: Bolívia, China, Albânia e Venezuela; 3) pela via da jurisdição ordinária, ou seja, através de órgão não especializados do Poder Judiciário, ex.: Brasil, Paraguai e Uruguai; 4) através da jurisdição especial, com a instituição de uma Justiça Agrária, ex.: Cuba, Chile e França (Laranjeira, 1983, p. 16).

O caso da França é interessante. Lá, a jurisdição agrária remonta ao regime de Vichy, no auge da Segunda Grande Guerra. Em 1943, foram criadas as Comissões Paritárias de Arbitragem, embriões do que viria, posteriormente, a tornar-se a jurisdição agrária, em fins da década de 50, quando, então, os tribunais agrários tomaram sua forma atual. A estrutura muito lembra a da Justiça laboral brasileira até o advento da EC n.º 24/99. O tribunal agrário francês é presidido por um juiz togado e



composto por quatro representantes classistas. O procedimento é simples e flexível: o tribunal deve ser provocado por escrito e as partes são convocadas para comparecimento em audiência de conciliação (podem se fazer representar por membro do sindicato, advogado ou familiar); não ocorrendo o acordo, uma audiência de instrução é marcada.<sup>5</sup>

De maneira similar, no Reino Unido, com jurisdição sobre a Inglaterra e o País de Gales, a Justiça Agrária é especializada e conferida ao Tribunal de Terras (*Lands Tribunal*), criado em 1950. O Código de Processo Civil inglês (*Civil Procedure Rules*), o qual é aplicado para os tribunais civis comuns, não tem aplicação no âmbito do *Lands Tribunal*, em razão mesmo de sua especificidade e particularidades. Os procedimentos são tais que devem assegurar a plena igualdade entre as partes e o mínimo de formalismos e despesas.<sup>6</sup> As apelações são dirigidas ao Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*).

### 3. A justiça agrária no Brasil

Viu-se que, tradicionalmente, o Estado brasileiro, ao lado de Paraguai e Uruguai, integra aquele grupo de países que adotam a via da jurisdição ordinária para a solução dos conflitos rurais. No Brasil atual, a maior parte dos diversos tipos de litígios agrários, começando pelas ações possessórias, passando pelas desapropriações até chegar às ações de natureza tributária, não se concentra em juízos agrários especializados, mas fica difusamente distribuída nas variadas competências originárias de juízes de direito, juízes federais e juízes do trabalho. Todas essas ações – de conhecimento, de execução, cautelares, mandamentais, entre outras – quando no segundo grau de jurisdição, são apreciadas pelos tribunais de justiça dos estados, tribunais regionais federais e tribunais regionais do trabalho.

Sabe-se que a competência é a exata medida da jurisdição, ou seja, é a delimitação estabelecida pela norma jurídica ao poder de aplicar o

---

<sup>5</sup> Os tribunais agrários franceses (*Tribunaux paritaires des baux ruraux*) têm sua estrutura, competência e questões procedimentais regulamentadas num Código Rural. Para maiores detalhes, veja-se GONY, Philippe. *À quoi sert la juridiction des baux ruraux?* em [www.vitisphere.com/dossier.php?eco=&id=49133](http://www.vitisphere.com/dossier.php?eco=&id=49133).

<sup>6</sup> No sistema judicial britânico, há diferença no emprego dos termos *court* e *tribunal*. Este último consiste num grupo de profissionais (no caso do *Lands Tribunal*, um juiz e advogados e/ou procuradores especialistas na área) que exercem atividades judicantes em matérias específicas. Há, por exemplo, o *VAT Tribunal*, especializado em lides concernentes ao imposto sobre valor agregado (*value added tax*). Mais informações sobre o sistema jurisdicional anglo-saxão podem ser obtidas em [www.courtservice.gov.uk/index.htm](http://www.courtservice.gov.uk/index.htm).

direito. Nesse sentido, é a Constituição Federal de 1988 que dita as normas de competência do Poder Judiciário. Estabelece a Carta, em seu art. 114, que aos juízes do trabalho cabe a conciliação e julgamento dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores rurais, bem como outras controvérsias decorrentes daquelas relações de trabalho.

Aos juízes federais cabe julgar, conforme o art. 109 da Constituição Federal, entre outras, as causas em que houver interesse da União (como a cobrança de ITR, p. ex.), autarquias (como o Incra) e empresas públicas federais, as causas entre município ou pessoa residente no país e Estado estrangeiro ou organismo internacional, as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Aos juízes estaduais, por exclusão, cabem todas as demandas restantes, como as ações possessórias, as fundadas em contratos agrários, a discriminação de terras, o direito de vizinhança etc. A inexistência de um lugar privilegiado para a jurisdição agrária dentro do ordenamento jurídico nacional provoca o inconveniente de, ocasionalmente, a matéria ser levada à apreciação de um magistrado não especializado, sem a basilar formação agrarista e sem a familiaridade e sensibilidade necessárias para com as coisas do campo.

Todas essas razões explicam por que, desde há muito, a instituição da jurisdição agrária é reivindicação que ecoa entre as mais renomadas vozes do direito nacional. Com efeito, a criação de uma jurisdição específica, com ação e processos próprios, já fora apregoada por Rui Barbosa, o “Águia de Haia”, em discurso proferido durante a campanha presidencial de 1910.

Comentando duas leis que cuidavam da imigração de colonos europeus e transformava em crédito privilegiado o referente a salário dos trabalhadores rurais, assegurando-lhes preferência sobre os produtos por eles plantados, colhidos ou de alguma forma beneficiados por eles, o grande jurista baiano asseverou que, nas pendências entre patrões e colonos, dever-se-ia abandonar o formalismo, causador da demora, da incerteza e do prejuízo dos litigantes, autorizando-se que o julgador recebesse a reclamação e procedesse de ofício, quase que administrativamente, mediante instrução sumária e com a simples audiência da outra parte. Veja-se:

Num país onde empresas opulentas, associações de capitais poderosos têm a sorte do seu direito à mercê, por essa maneira, do capricho de vontades arbitrárias ou interesses irresponsáveis, em que é que se há de fiar o pobre, o desvalido imigrante? Nem a todos afugenta a carestia da vida. A sobriedade habilita certas raças a arrostarem esses inconvenientes, reduzindo-se a privações, que lhes não custam. Com pouco mais de duas parcas rações de arroz por dia se nutre o colono japonês. Mas de um país sem justiça fogem os mais temperantes, os mais ambiciosos e os mais audazes. Porque a audácia, a ambição e a temperança trabalham para a economia, e a economia vive da segurança, cuja base é a justiça.

À compreensão desta necessidade se devem as medidas tentadas para garantir ao trabalhador rural a certeza do seu salário. A lei nº 1.150, de 1904, graduou entre os créditos privilegiados, abaixo da hipoteca e do penhor agrícola, os salários dos colonos. A lei nº 1.607, de 1906, sujeitou ao pagamento deles, com primazia a quaisquer outros créditos, as colheitas pendentes. Praticamente, porém, essas reformas, bem assim quantas do mesmo gênero se queiram multiplicar, ainda não acertam no ponto vital. Consiste ele na efetividade rigorosa dessas garantias, isto é, na criação de uma justiça chã e quase gratuita, à mão de cada colono, com um regímen imbuível, improtelável, inchicanável.

Toda a formalística, em pendências entre o colono e o patrão, importa em delonga, em incerteza, em prejuízo, em desalento. Nesta categoria de débitos, não sendo fácil, o mesmo é que não ser exequível a cobrança. Sugeriu-se que o juiz mais acessível, o de direito, ou o de paz, receba a queixa, e proceda ex officio, de plano, quase administrativamente, como nos casos policiais as autoridades respectivas, mediante sumariíssima inquirição, com simples audiência de outra parte. Seja como for, ou se abrace este alvitre, ou algum outro equivalente, o essencial está em cometer este gênero de pleitos a uma judicatura, que inspire confiança ao estrangeiro desprotegido, e liquidá-los mediante um processo ligeiro, correntio, rudimentar, mas claro, justo e seguro.<sup>7</sup>

Essa manifestação já nonagenária de um dos maiores juristas brasileiros, Rui Barbosa, teve grande repercussão na formação do nosso Código Civil de 1916.

---

7 "Plataforma [Eleitoral] lida no Teatro Politeama Baiano, em 15 de janeiro de 1910". In: BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação* (Seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa). Brasília: Senado Federal, 1999, p. 295-365. É de se registrar que, nas eleições presidenciais de 1º de março de 1910, Rui Barbosa saiu derrotado, desta feita pelo marechal Hermes da Fonseca.

Ao que tudo indica, a primeira tentativa concreta de se implantar uma Justiça Agrária no país ocorreu em outubro de 1922, com a criação dos “tribunais rurais” pelo então presidente do estado de São Paulo, Washington Luís, através da lei estadual 1.869, de 10 de outubro de 1922. De âmbito estadual apenas, aqueles tribunais eram presididos por um juiz de direito e destinados a solucionar conflitos entre proprietários e assalariados rurais. A essa tentativa inicial seguiram-se inúmeros projetos de codificação rural e de regulamentação da reforma agrária.

Em 1968, ainda sob influência da criação do Estatuto da Terra (1964), uma comissão de juristas foi instituída pelo Ministério da Agricultura (portaria MA-322/68) para apresentar um projeto de emenda constitucional (através de ato institucional) para a instituição de uma Justiça Agrária no país. A comissão era integrada, entre outros, por Otávio Alvarenga, Carlos Alberto Chiarelli e Motta Maia. Segundo aquele projeto, a Justiça Agrária seria composta por juntas de conciliação e julgamento, tribunais regionais agrários e um tribunal superior agrário. Esse anteprojeto, ao ser apresentado ao Congresso, encontrou o Poder Legislativo em recesso. Em seguida, houve a substituição do presidente Costa e Silva e do ministro Ivo Arzúa. Com a emenda constitucional 01/69 a iniciativa restou paralisada.

Em 1974, Motta Maia conduziu um novo estudo, agora patrocinado pela Sociedade Nacional de Agricultura, que, aproveitando o estudo anterior, foi apresentado ao STF. Nesse projeto havia uma redução de competências da Justiça Agrária para garantir a sua viabilização, mas foi abandonado sem maiores repercussões. Em 1976, no bojo das reformas do Judiciário do governo militar do presidente Geisel, surgiram as propostas de emenda constitucional (não aprovadas) dos senadores José Lindoso (81/76) e Franco Montoro (59/76) para a criação de uma Justiça Agrária. No início da década de 80, ainda surgiram os projetos de emenda constitucional dos deputados Jorge Arbage (PA), Rogério Rego (BA) e José Sarney Filho (MA), que, em suma, eram assemelhados já que criavam, no âmbito da própria Justiça Federal, varas agrárias com competência para cuidar de relações de trabalho rural e ITR.

Em outubro de 1986, o então ministro da Justiça do presidente Sarney, Paulo Brossard, em visita ao antigo Tribunal Federal de Recursos, propugnou pela criação de varas federais agrárias nas seções judiciárias dos estados. Desse pedido resultou o provimento 316/87 do Con-

selho da Justiça Federal, que implantou a 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, com sede em Araguaiana (hoje localizada no estado do Tocantins), especializada em questões agrárias, mas sem prejuízo da distribuição normal.

Em sede administrativa, algumas tentativas também foram iniciadas, sem, entretanto, obter sucesso. São exemplos a Comissão de Conciliação e Julgamento do extinto Instituto de Açúcar e do Alcool, que se prestava a dirimir as questões entre fornecedores de cana e usinas, e a Comissão Agrária prevista no Estatuto da Terra, composta de um representante do governo federal, um dos proprietários rurais, um dos trabalhadores rurais e um dos estabelecimentos de ensino rurais. Serviria como meio de implementação da reforma agrária, acompanhando os programas de desapropriação e concessão dos lotes.

Rompendo o paradigma urbano das constituições anteriores, o legislador constituinte de 1988 inovou atendendo aos antigos e constantes anseios de institucionalização de uma Justiça Agrária no Brasil. A novel Constituição Federal trouxe no seu art. 126 o seguinte comando:

Art. 126 - Para dirimir conflitos fundiários,<sup>8</sup> o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial,<sup>9</sup> com competência exclusiva para questões agrárias.<sup>10</sup>  
Parágrafo único - Sempre que necessária à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

Embora evitando a construção de uma Justiça Agrária ao estilo italiano, com juízes, tribunais regionais e um tribunal superior próprio, com aquele dispositivo o texto constitucional deu um importante passo no sentido de solucionar com eficácia as lides agrárias, não só porque obriga o magistrado à especialização, mas também por aproximar o juiz do conflito, evitando uma conduta alheia à realidade do campo.

Entretanto, o supracitado art. 126 da Constituição Federal de 1988 recebeu lúcida crítica de Antônio Jurandir Pinotti (1993, p. 48-49), que vê na “designação” de magistrado (“...o Tribunal de Justiça designará juízes

---

<sup>8</sup> “O termo conflito na linguagem jurídica, presta-se para indicar embate, oposição, encontro, demanda (...). Conflito agrário é o entrechoque de interesses em torno da propriedade rural” (Couto, 1991, p. 87).

<sup>9</sup> Entrância especial, ou entrância da capital, é um sinônimo para comarca de terceira entrância.

<sup>10</sup> “Todo e qualquer ato ou negócio jurídico, onde se ressaltasse direito e obrigações agrárias. As relações típicas e diversificadas, entre um ou mais sujeitos e as coisas, fatos, serviços ou bens agrários; e entre os sujeitos e/ou coisas e o poder público” (Couto, 1991, p. 83).

de entrância especial...”) uma sujeição desnecessária das partes a critérios subjetivos da cúpula dos tribunais de Justiça dos estados, que podem macular a imparcialidade requerida na atividade jurisdicional. *In verbis*:

O texto constitucional em análise fere de morte o princípio do juiz natural. Ele não resiste a esta simples pergunta: Como é possível, em tese, o conflito de interesses (a lide agrária) preexistir ao juiz competente, ao juiz certo, para dirimi-la? Sim, porque o texto constitucional não dá a garantia de que a designação do juiz agrário deva ser anterior ao nascimento do conflito. É certo que o dispositivo legal em debate possibilita ao Tribunal de Justiça designação prévia dos Juízes. Isto, porém, é insuficiente. Primeiro, porque possibilidade não é obrigatoriedade; segundo porque pelo menos no Estado de São Paulo não houve a designação desses juízes (...); por último, porque o Tribunal que designa juízes, é obvio, pode fazer cessar a designação.

À luz dessa argumentação, Pinotti propõe a alteração do texto constitucional para os seguintes termos: “Art. 126 - Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, classificadas em entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.”

Convidado pelo então ministro da Justiça Saulo Ramos a presidir uma comissão oficial para criação de uma Justiça Agrária no país, Raimundo Laranjeira, no início da década de noventa, apresentou um anteprojeto de lei, conhecido como “Projeto Laranjeira”, que, ao caracterizar as questões agrárias, delimitava a competência das varas agrárias previstas no art. 126 da Constituição Federal e possibilitava a sua concreta institucionalização pelos tribunais de Justiça dos estados e tribunais regionais federais.

Sem invadir a competência dos presidentes dos tribunais de Justiça estaduais e dos juízes dos tribunais regionais federais para criar as respectivas varas agrárias, o professor Laranjeira apresentou um estudo dividido em duas partes: na primeira, fez um anteprojeto de lei que definiu o que seria de competência daquelas varas estaduais e federais, conforme autorização do próprio texto constitucional (art. 22, I, XVI e XXV; 24, V, VI, VIII, XI e XIII da CF/88); na segunda, constituída de um anexo ao referido anteprojeto, enumerou algumas sugestões aos desembargadores e desembargadores federais para a organização do foro agrário em território nacional. O “Projeto Laranjeira” em breves linhas, apresentava as seguintes linhas mestras:

- conceituou o que seriam as questões agrárias de competência daquelas varas especializadas previstas no art. 126 da CF/88;
- incluiu entre as atividades agrárias todas aquelas referentes à conservação e preservação do solo;
- elencou entre as competências agrárias competências gerais, previdenciárias, trabalhistas, penais, tributárias;
- excluiu da competência do foro agrário estadual as causas de interesse da União, suas autarquias e empresas públicas, que estariam sob jurisdição das varas agrárias federais;
- delineou os princípios gerais do procedimento agrário, dentre os quais a brevidade, a gratuidade e a presença do juiz no local do conflito;
- proibiu a designação de juízes e promotores proprietários de terras para funcionarem nessas varas a fim de se assegurar a necessária imparcialidade;

Entre as sugestões elencadas pelo professor Laranjeira no anexo ao anteprojeto de lei estavam:

- a criação de câmaras ou turmas especializadas nos tribunais de justiça;
- a presença de perito judicial especializado em ciências agrárias;
- a exigência para os juízes de varas agrárias, como requisito mínimo de formação, a especialização em direito agrário;
- o fomento aos cursos de direito agrário nas faculdades de direito, pós-graduações, escolas da magistratura e Ministério Público;

Em que pese à competência do professor Raimundo Laranjeira e a qualidade do projeto proposto, ele não chegou sequer a ser apresentado ao Congresso Nacional pelo governo federal. Contudo, a falta de uma caracterização mais plausível do que fossem as questões agrárias não impediu que muitos tribunais estaduais já constituíssem diretamente as suas varas agrárias, aproveitando-se da permissão constitucional referida acima (art. 126 da Constituição).

No Brasil, a primeira corte estadual a instalar uma vara dedicada a questões agrárias foi o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que, em meados de 1996, instalou a sua “Vara de Conflitos Agrários e Meio Ambiente”. A Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba<sup>11</sup> pre-

---

<sup>11</sup> Lei complementar nº 25, de 27 de junho de 1996, com as alterações dadas pelas leis complementares nº 33, de 12 de junho de 1998; 35, de 19 de outubro de 1999, 37, de 16 de janeiro de 2001, e 38, de 14 de março de 2002.

viu em seu art. 26, Inc. I, letra L, que um juiz de direito serviria numa “Vara de Conflitos Agrários e do Meio Ambiente”, localizada na capital do estado (a cidade de João Pessoa). A competência e o preenchimento desta vara são estabelecidos pelo art. 53 da mesma lei de organização judiciária, *in verbis*:

Art. 53. Compete ao Juiz designado para responder pela Vara de Conflitos Agrários e do Meio Ambiente, cumulativamente com as atribuições da Unidade Judiciária de que é titular, processar e julgar:

I - privativamente, com jurisdição em todo o Estado, os conflitos fundiários, com competência exclusiva para questões agrárias (CF. art. 126);

II - na Comarca da Capital, as ações referentes a assuntos ambientais, manifestados ou não interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que tenham como fim o resguardo e o controle do meio ambiente ou apuração de agressões ao mesmo.

§ 1º. A Vara de que trata o caput deste artigo será provida por designação do Tribunal.

§ 2º. Excepcionalmente, o Juiz designado na forma do parágrafo anterior poderá recusar a designação.

Em que pese à valiosa e pioneira iniciativa do Tribunal de Justiça, não se pode deixar de notar que a expressão “cumulativamente com as atribuições da Unidade Judiciária de que é titular”, contida no *caput* do mencionado art. 53, parece não encontrar guarida na Constituição Federal brasileira, cujo art. 126 fala em juízes “com competência exclusiva para questões agrárias”. À primeira vista, esse mesmo raciocínio também poderia servir de base para uma crítica à reunião, na mesma vara agrária paraibana, de competências agrárias e ambientais (cuja lei de criação fala em “vara de conflitos agrários e meio ambiente”). Neste ponto, porém, foi sábia e irreparável a decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba, já que, com muita perspicácia, anteviu uma tendência que hoje caminha para um consenso no jus-agrarismo internacional: a integração entre a dimensão agrária e a dimensão ambiental, como instâncias complementares da relação homem x natureza.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Quanto a esse ponto, o artigo de Ulate Chacón (2001) é bastante enfático e esclarecedor.



Tabela 1. Movimentação processual na vara agrária da Paraíba

Tipo de Ações	Em andamento	Distribuídos	Sentenças	Audiências
Ações civis públicas	33	01	17	07
Outras Ações	23	12	06	01
Possessórias	35	09	40	02
Total	91	22	63	10

Fonte: Anuário Estatístico Judiciário - Paraíba 2001, p. 107

Merece destaque o fato de que, conforme o *Anuário Estatístico Judiciário da Paraíba* (2001), a vara agrária paraibana, no ano em referência, deteve a menor movimentação processual entre as varas judiciais da comarca de João Pessoa. Vejam-se alguns dos seus indicadores.

No âmbito da Justiça Federal brasileira, as seções judiciárias dos estados de Goiás, Paraná e Pernambuco têm em sua organização jurisdicional varas especializadas no julgamento de questões agrárias. Os feitos mais frequentes que tramitam nessas varas são as ações de desapropriação movidas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e as cautelares de antecipação de prova (vistoria preventiva). Em razão do baixo movimento na distribuição daquelas causas, essas varas também recebem outros feitos (comuns) mediante compensação: recebem com exclusividade os feitos agrários e, ainda, por distribuição normal, todos os outros tipos de feitos.

Uma forma alternativa de prestação da jurisdição agrária adveio da dissertação de mestrado do professor Vítor Barbosa Lenza, magistrado goiano e mestre em direito agrário pela Universidade Federal de Goiás, que sugeriu a proposta de constituição dos “juizados agrários”, onde seriam resolvidas as questões agrárias limitadas a uma alçada de quarenta salários mínimos e as questões penais agrárias a que a lei comine pena máxima de até dois anos de detenção e um ano de reclusão. Esses “juizados agrários”, inspirados nas *small claims* americanas, seriam orientados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, gratuidade e celeridade, visando à conciliação entre as partes, à semelhança do que ocorre nos “juizados especiais” urbanos (ou “tribunais de pequenas causas”). Do ponto de vista concreto, o magistrado chega a incentivar, até mesmo, a formação de um “magistrado de calças-jeans”, aquele que troca a formalida-

de da toga e dos gabinetes pela possibilidade de contato freqüente, informal e direto com as partes, através de incursões rotineiras ao campo em caminhonetes equipadas com máquinas de escrever.

Segundo o professor Lenza, apenas o rurícola, o pequeno empreiteiro rural, o pequeno possuidor e o pequeno proprietário seriam sujeitos ativos nos juizados agrários, a fim de se privilegiar o acesso dos hipossuficientes à Justiça e evitar uma sobrecarga de demandas a se decidir. Também objetivando celeridade das decisões dos juizados agrários, caberia recurso inominado para o Colegiado Recursal Agrário, integrado por três juízes de direito. Embora a formulação de Lenza seja bastante exequível, mesmo porque a proposta de constituição dos juizados agrários é feita com riqueza de detalhes técnico-jurídicos, a sua efetivação ainda não foi levada a efeito.

A busca pela implantação de uma Justiça Agrária no Brasil continuou com a apresentação do projeto de emenda à Constituição n.º 47, de 11 de agosto de 1995, de autoria do então Senador Romero Jucá. O projeto foi arquivado em fevereiro de 1999, nos termos do art. 332 e 333 do Regimento Interno do Senado Federal, que estabelecem que toda proposição que se encontrar em tramitação há duas legislaturas deverá ser arquivada. O projeto propunha a criação de tribunais e juízes agrários, bem como o Ministério Público Especial Agrário. O capítulo III do título IV da Constituição ficaria acrescido de uma nova seção, que disciplinaria a jurisdição agrária, nos mesmos moldes do que ocorre com as demais jurisdições especiais. Segundo a proposta, junto ao Tribunal Superior Agrário funcionaria um Conselho da Justiça Agrária, órgão administrativo responsável pela supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Agrária de primeiro e segundo graus, além do recebimento e processamento de reclamações contra tribunais e juízes agrários.

#### 4. À guisa de conclusão

Ao tecer algumas críticas à lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), o civilista Caio Mário da Silva Pereira (apud Alvarenga, 1985, p. 109) considerou imperativa a necessidade de constituição da jurisdição agrária especializada no país:

Não descurando os planos assistenciais, técnicos e financeiros, omitiu, entretanto, o Estatuto um aspecto importante: a instituição de um aparelho judiciário adequado. Com efeito,

não basta lançar as bases de uma nova política agrária, nem formular conceitos novos de relações humanas. Entregue à justiça ordinária o desate de controvérsias, faltará o dinamismo indispensável a que se lhe imprima rapidez e objetividade. De nada valeria toda uma legislação social avançada, se não houvesse o Brasil criado uma Justiça do Trabalho, que a aplicasse. Não é questão pessoal, pois que da mesmas faculdades saem os que vão integrar a justiça trabalhista. É uma decorrência da criação de critérios que modelam as mentalidades. A Comissão Agrária instituída no Estatuto da Terra (art. 42) ficou provida de atribuições simplesmente administrativas. É insuficiente. Cumpre dar nascimento a órgãos jurisdicionais especializados para que haja eficiência na aplicação do Estatuto, e particularmente, para que este se imponha sob a inspiração de sua própria filosofia.

Concordando com Caio Mário, há que se ressaltar, porém, que o problema agrário é complexo, por se inter-relacionar com fatores sociológicos, econômicos e políticos, e não será resolvido com a simples instituição de uma jurisdição agrária especializada. Entretanto, é certo que a criação de foros privilegiados para a discussão da questão agrária, como as varas especializadas ou mesmo de uma Justiça Agrária propriamente dita, concretizará algumas diretrizes, indispensáveis ao desenvolvimento das relações no campo. Entre os objetivos que podem ser alcançados destacam-se (Alvarenga, 1985, p. 117): 1) estabelecer procedimentos judiciais rápidos e seguros, que afastem a descrença do trabalhador rural na Justiça, aproximando-o dos fóruns; 2) criar um profícuo corpo de doutrina e jurisprudência acerca das lides agrárias; 3) promover e divulgar o interesse e o estudo pelo direito agrário; 4) ampliar a capacitação dos magistrados, membros do *parquet* e advogados em assuntos agrários; 5) salientar o conteúdo jurídico da reforma agrária, afastando-a de ideologismos contraproducentes; 6) auxiliar o Estado na tarefa de transformação das estruturas agrárias; 7) proteger os recursos naturais, favorecendo uma agricultura sustentável.

Improdutivas maiores argumentações acerca da necessidade da especialização jurisdicional, resta ainda uma questão: qual seria a via que melhor atenderia aos reclamos distributivos de Justiça – a que propugna tão-só pelas varas agrárias ou a que opta pelos juízes e tribunais agrários? Numa época em que os conceitos da administração gerencial procuram a eficiência estatal com o simultâneo *downsizing* da máquina pública, a melhor opção a seguir é a constituição de varas agrárias

(na Justiça Federal e comum) e juizados especiais de pequenas causas agrárias, em lugar de juízes e tribunais agrários, devido à onerosidade do procedimento e ao baixo número de feitos atualmente propostos. Em tempos de Estado mínimo, em que se busca o enxugamento dos custos estatais, seria um retrocesso a construção de um todo um novo edifício judiciário para a Justiça Agrária brasileira. A simples instituição das varas agrárias, com amplas competências agroambientais, como já propugna o texto constitucional brasileiro, com a ressalva quanto à designação do magistrado, é suficiente para iniciar-se com efetividade o atendimento às demandas de justiça no setor rural.

## Referências

ALVARENGA, Octávio Mello. Justiça Agrária no Brasil. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 39, n. 166, p. 108-118, out. 1985.

BOLLA, Giangastone. *Aspectos e problemas científicos e didáticos do direito agrário*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Col. Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 1)

BORGES, Marcos Afonso. *Princípios de direito processual: civil e agrário*. Belém: Cejup, 1991.

\_\_\_\_\_. A reforma processual agrária brasileira. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Temas de derecho procesal* - Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COUTO, José Pedro do. Estruturação do juízo agrário estadual, segundo exegese do art. 126 da Carta política. In: *Julgados da Justiça de Rondônia* - Período 1990. Porto Velho, Tribunal de Justiça de Rondônia, 1991.

FERREIRA, Valéria Aroeira B. D.; JESUS, A. Marcos da S. de. A justiça agrária na Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Fundamentos y características del proceso agrario. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Temas de derecho procesal* - Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

FRASSOLDATI, Carlo. *Perspectivas do novo direito agrário*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Col. Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 6).

KROESCHELL, Karl. *Ordenamento fundiário na sociedade moderna*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Col. Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 4).

- \_\_\_\_\_. *O direito agrário na sociedade industrial*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Col. Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 5).
- LARANJEIRA, Raimundo. A instituição da justiça agrária no Brasil. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, v. 17, p. 15-30, 1983.
- LENZA, Vítor Barbosa. *Juizados agrários*. Goiânia: AB Editora, 1995.
- LEVI, Augusto J. *A nova fase do direito agrário*. Brasília: CNPq e Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1983. (Col. Leituras Escolhidas em Direito Agrário, n. 7).
- MEDEIROS, Josué Deininger Duarte; GUIMARÃES, Celso Araújo. Da desnecessidade de criação de uma justiça agrária especializada. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, ano 11, n. 44, p. 57-66, out./dez. 1986.
- MORAES, Sônia Helena Novaes G. O “Projeto Laranjeira” para criação de uma justiça agrária. *Reforma Agrária*, ano 19, n. 3, p. 86-94, dez./89 a mar./90.
- PINOTTI, Antônio Jurandir. Proposta de alteração do art. 126 da Constituição Federal. *Decisão (APAMAGIS)*, ano 8, n. 9, p. 47-50, ago./1993.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1993
- ROCHA, Osvaldo de Alencar. O direito encontrado na luta. *Direito insurgente: o direito dos oprimidos*. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular/Fase, 1990. (Coleção Seminários).
- ULATE CHACÓN, Enrique. La nueva competencia agroambiental de los tribunales agrarios – A propósito de la función ambiental de los institutos del derecho agrario. *Rivista di Diritto Agrario*, ano 80, fasc. I, p. 101-122, jan./mar. 2001.



# A pós-modernidade e o constitucionalismo

Eduardo Capellari\*

*1. Introdução; 2. Elementos da história do constitucionalismo ocidental; 3. A Modernidade jurídica e as opções fundamentais do constitucionalismo: democracia ou liberalismo; 4. A crise da Modernidade e o constitucionalismo: leituras aproximativas; 5. Considerações finais; Referências*

## 1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo contribuir para o debate contemporâneo a respeito da teoria da Constituição, ou melhor, para a reflexão sobre a tradição constitucional ocidental, marco político-jurídico em que, em última análise, se estrutura a experiência brasileira. Nesse sentido, sua temática parte da questão fundamental, debatida nos últimos anos, sobre as transformações teóricas produzidas no seio do constitucionalismo, fundamentalmente pela recepção dos postulados pós-modernos, ou seja, a questão central que o motivou reside em torno da indagação sobre quais seriam as possibilidades normativas da Constituição, como a conhecemos no século XX, após os aportes pós-modernos. Tal pergunta refere-se à questão substantiva do constitucionalismo moderno, traduzida no debate operado desde o século XIX acerca da natureza jurídica da Constituição.

---

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina, coordenador geral do Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos no Rio Grande do Sul e coordenador do curso de especialização em Direitos Humanos oferecido pelo Ipejur/Cesusc.

Portanto, partindo de tais considerações iniciais, o texto estruturou-se da seguinte forma: inicialmente, intenta-se reconstituir na história da formação jurídico-política do Ocidente os elementos que anteciparam as transformações históricas que iriam marcar a Modernidade. Foram buscadas, portanto, as experiências políticas e as construções teóricas que, mesmo não operando como fatores determinantes causais sobre os acontecimentos posteriores ao século XVII, serviram como arquétipos, molduras, capazes de emprestar racionalidade à nova experiência. Assim, os limites e a riqueza da experiência da *polis* grega, a concepção jurídica do Estado protagonizada pelos romanos, a concepção de direito natural dos estóicos, a *lex fundamentalis* e o papel da Igreja na consolidação do princípio da igualdade entre os indivíduos, os acordos entre senhores feudais e monarcas, com concessões mútuas de prerrogativas, a síntese jurídica que levou à formação da Europa romano-germânica, são todos elementos que, a seu modo, contribuíram para a lenta e gradativa transformação do continente europeu, preparando as bases culturais para o surgimento do Estado moderno, para o constitucionalismo e para a concepção jurídica do Estado.

Posteriormente, busca demonstrar que, em meio ao relato construído pelo positivismo e disseminado no senso comum dos juristas, poderão ser apontados elementos configuradores de um projeto jurídico da Modernidade, a expressão emancipatória do projeto iluminista. Porém, procura reconstruir os caminhos que expõem que a Modernidade ocidental, longe de ser um projeto uno e sem contradições, apresenta-se, do ponto de vista jurídico, como a expressão de opções valorativas distintas, cujas tensões acabaram por ser negadas e ocultas no relato que serve de base à ciência jurídica. Com isso, intenta delimitar as características jusfilosóficas da Modernidade, em meio às opções elaboradas pelo constitucionalismo republicano-democrático e pelo constitucionalismo liberal, e a incorporação de tais opções através do processo de estruturação científico-positiva do direito. E, ao final, objetiva resgatar, após a crise do positivismo e a profunda ruptura metafísica e epistemológica operada pelas formulações pós-modernas, os aspectos que apontam para a superação do paradigma constitucional moderno, bem como os elementos que permitem compreender o constitucionalismo contemporâneo.



## 2. Elementos da história do constitucionalismo ocidental

A Modernidade jurídica é tributária dos materiais históricos produzidos no processo de constituição cultural do mundo ocidental. Nessa jornada, as experiências grega e romana serviram como ponto de partida para a marcha contínua de secularização e de racionalização da compreensão do mundo, com significativa influência sobre a posterior autonomia das esferas de saber. Constituíram-se de fundamental importância as reflexões iniciadas por Platão, na medida em que este autor buscava, muito mais que a superação de uma visão de mundo que se articula a partir de contingências ou, mesmo, de opiniões, critérios superiores capazes de estabelecer a verdade. Portanto, desde as primeiras manifestações filosóficas, haveria uma nítida relação entre as possibilidades e as formas de acesso ao conhecimento do mundo e o poder que seria exercido em nome desse saber. A concepção de Estado como uma associação ética para a busca da virtude implicaria uma relação estreita entre a *ephisteme* e a legitimidade das decisões relativas à comunidade.<sup>1</sup>

Em Roma, entretanto, encontra-se uma experiência distinta, visto que os romanos fundaram a autoridade de seus líderes nas leis, preconizando a concepção jurídica do Estado em oposição à concepção política da esfera jurídica aceita pelos gregos. Desde então, durante séculos, pôde-se vislumbrar a busca de fundações racionais com o intuito de construir critérios de legitimidade ao exercício do poder, mesmo que nas circunstâncias históricas que se seguiriam tal origem se encontrasse em alguma esfera transcendente.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Em que pese ao fato de não haver correspondência histórica direta entre o fenômeno que compreendemos como constitucionalismo a partir do século XVI na Europa e as experiências grega e romana, Nelson Saldanha chama a atenção para a contribuição indireta de gregos e romanos para a articulação de uma teoria constitucional que começou a ser esboçada a partir dos fins da Idade Média, prevenindo para as diferenças conceituais em relação à forma de organização social entre as diferentes épocas: "É possível, evidentemente, afirmar que só o Estado contemporâneo condicionou uma teoria constitucional propriamente dita; mas é também viável declarar que as categorias essenciais de toda teoria constitucional radicam em arquétipos que provêm do mundo grego e das formas políticas que os gregos usaram e definiram". Cf. SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 10

<sup>2</sup> ARISTÓTELES. *A constituição de Atenas*. Tradução de F.M. Pires. São Paulo: Hucitec, 1995; LOBRANO, Giovanni. *Modelo romano y constitucionalismos modernos*. Traducción de José Fuquen Corredor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990; McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

### 3. A Modernidade jurídica e as opções fundamentais do constitucionalismo: democracia ou liberalismo

O constitucionalismo moderno configura-se, portanto, no movimento de juridicização das relações de poder que emergiu no século XVI como produto dessa tradição cultural, somada às experiências históricas concretas – de forma especial, à experiência inglesa dos séculos XIII a XV. A síntese entre o processo de racionalização, vitalizado sobremaneira pelo direito natural herdado dos estóicos, rearticulado pelos padres da Igreja e, posteriormente, secularizado, e a experiência da outorga de direitos e prerrogativas por parte das monarquias do Antigo Regime a estamentos sociais cada vez menos dispostos a suportar arbitrariedades será a jornada de revoluções dos séculos XVII e XVIII.

Por um lado, a Revolução Americana – claramente inspirada nos ingleses e em sua Revolução Gloriosa –, consolidou numa Constituição escrita a tradição dos direitos naturais, de inspiração liberal-burguesa, formulando mecanismos e instituições que legariam ao Ocidente a preocupação de conter o poder a partir de uma lógica de pesos e contrapesos (*checks and balances*), ou seja, conter o poder através do próprio poder, tendo como critério último para a legitimidade do exercício da soberania a garantia à esfera de direitos naturais, anteriores ao contrato social que daria origem ao Estado; por outro, a Revolução Francesa e sua concepção democrático-republicana, de inspiração rousсенiana, não reconheceria direitos existentes fora da dimensão estatal. Os direitos seriam criados a partir do momento em que, hipoteticamente, dar-se-ia o ato de criação do Estado a partir do contrato social, pressupondo-se, portanto, uma dimensão de direitos civis e não naturais.<sup>3</sup>

---

3 GARCIA-PELAYO, Manuel. *Frederico da Suábia e o nascimento do Estado moderno*. Tradução de Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961; HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Leôncio Gontijo de Gontijo de Carvalho et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979; LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978; MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*: historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*: princípios de direito político. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989; SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996; TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia/São Paulo: Edusp, 1987.

Os fundamentos ideológicos mediatos da experiência liberal que se instauraria são, fundamentalmente, lockeanos: (a) a possibilidade de conhecer os direitos naturais por meio da razão a partir da experiência sensível (a lei natural é clara e inteligível para todas as criaturas racionais); (b) uma visão antropocêntrica, na qual se encontra uma concepção da natureza humana desvinculada da ordem divina, que configura um tratamento secularizado do tema dos direitos humanos; (c) uma compreensão do contrato social que serve de instrumento de constituição do poder e caracterizador de sua legitimidade na mesma medida em que limita suas ações em relação aos indivíduos; (d) a percepção de que os homens nascem livres e iguais em direitos e a defesa da propriedade como direito natural, entendida como apropriação da natureza através do trabalho.

Os americanos, lockeanos em essência, estariam preocupados em proteger a autonomia da esfera privada contra as intervenções do Estado, na medida em que a autoridade política, nessa acepção, teria como tarefa apenas garantir uma ordem que é substancialmente pré-estatal e fundada na propriedade privada; já os franceses não reconheceriam a existência, para a sociedade, de uma base natural independente do Estado. Seu ideário inspira-se na doutrina rousseauista da soberania, que é de essência hobbesiana, o que faria com que eles vissem o fundamento do direito na vontade, não no funcionamento autônomo de uma ordem pré-social, seja de um estado de natureza, seja de uma sociedade regida por leis naturais, ou seja, a autoridade política no liberalismo lockeano constata direitos, ao passo que a autoridade soberana de Rousseau os constitui.<sup>4</sup>

As diferentes opções políticas herdadas dos séculos XIV a XVIII, que estruturaram o direito político e, posteriormente, o direito constitucional, passariam por um processo lento e gradativo de cristalização

---

<sup>4</sup> Coutinho afirma que existe uma nítida oposição entre a concepção rousseauiana das relações entre indivíduo e sociedade, por um lado, e, por outro, aquela defendida pelos demais contratualistas, em particular por Hobbes e Locke: Jean-Jacques não só define o ser do seu indivíduo natural mediante características bastante diversas daquelas usadas pelos dois pensadores ingleses, mas atribui ao homem um dinamismo histórico e uma potencialidade de transformação que estão inteiramente ausentes nesses últimos. Portanto, longe de poderem ser subsumidas na corrente individualista da época, as reflexões filosóficas de Rousseau antecipam em muitos pontos a ontologia do ser social de Hegel e, sobretudo, de Marx: o homem enquanto tal (enquanto ser que raciocina, dispõe de linguagem e age moralmente) é produto de seu próprio trabalho, de sua história, de sua práxis social. COUTINHO, Carlos Nelson. Crítica e utopia em Rousseau. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, n. 38, p. 5-30, 1996.

e purificação operado pelo positivismo, em direção a uma concepção estritamente normativa da Constituição. O positivismo, doutrina que encontra suas origens no início do século XIX e que influencia, desde seu nascedouro até os dias atuais, de forma sistemática, o estudo e a aplicação do direito, seria o elemento teórico impulsionador do processo de racionalização jurídica do Ocidente.

O positivismo jurídico considera o direito como um fato, não como um valor, pois nasce do esforço de transformar o estudo do direito em uma verdadeira ciência, com as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais; sistematiza a concepção estatal do direito segundo a qual o Estado, como ente político soberano, detém o monopólio da coerção, isto é, o direito de uso da força na resolução dos conflitos; consolida a crença na lei como fonte preeminente do direito; a teoria da norma jurídica como um comando, consolidando a teoria imperativa do direito; defende a unidade, a coerência e a completude do sistema jurídico; formula um método específico da ciência jurídica no qual sustenta a interpretação mecanicista, fazendo prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito, já que o momento criativo do direito exaure-se na tarefa do legislador; cabendo, pois, aos juízes e demais operadores interpretar o texto de forma a compreenderem a intenção registrada na lei; e, por fim, a defesa da obediência absoluta à lei como tal, pois, apesar dos propósitos dos positivistas em compreender o direito como ciência, portanto isenta da análise de valores, tal assertiva se constituiu num aspecto ideológico na medida em que enseja uma atitude não científica diante da lei (Bobbio, 1995).

A consumação do processo de racionalização jurídica da Modernidade, portanto, opera-se com o positivismo. Após um longo processo de elaboração teórica, a concepção positivista afirma seus postulados em oposição ao rico manancial valorativo estabelecido pelo direito natural. Somente no Ocidente ocorreu um desenvolvimento da racionalidade jurídica, que se estrutura em torno do conceito de ordem jurídico-legal formalmente legítima e legitimamente revisável. A lógica do processo passa pela ênfase na sistematização interna dos enunciados normativos, na estruturação coerente da prática jurídica, na crescente racionalização formal do corpo de normas, até se atingir o estágio caracteristicamente moderno da constituição de uma esfera de valor autônoma. Essa esfera cultural é dotada de um dinamismo próprio, de uma lógica própria, sendo caracterizada por um direito formulado e exerci-

do por juristas profissionais, por especialistas em direito, e capaz de fundamentar-se a si mesma de modo reflexivo, sem ter de recorrer a forças supra-sensíveis ou a normas já dadas de qualquer natureza.<sup>5</sup>

A racionalização jurídica processa-se, acima de tudo, como crescente racionalidade formal. Esta, na verdade, é a resultante vetorial de um jogo dialético entre racionalidade formal e racionalidade substantiva, que se verifica na oposição entre uma necessidade de calculabilidade e segurança, preconizadas pela ordem capitalista que avança, e demandas de justiça material de que são portadores no capitalismo avançado os movimentos democráticos das classes negativamente favorecidas, tendencialmente interessadas na (re)substantivação da lei e do direito, descontentes com a burguesa equivalência das noções de justiça e de igualdade jurídica formal. Porém, nesse processo de contínua racionalização do direito natural, este cede terreno ao positivismo jurídico. Fruto e elemento impulsionador do progresso técnico e econômico do capitalismo que avança, o direito, mais e mais, torna-se técnico, estruturando-se em torno de um aparato lógico-racional desprovido de toda sacralidade do conteúdo e, portanto, transformável, a qualquer momento, segundo fins racionais.<sup>6</sup>

O positivismo jurídico, porém, na ânsia de fechar-se aos “problemas” criados pelos projetos disputados na arena política, bem como aos princípios reclamados por alguma instância moral, oblitera as opções jurídico-políticas legadas pela Modernidade em suas duas matrizes hegemônicas. De um lado, temos o liberalismo político que sustentaria o capitalismo *laissez faire* do século XIX – tendo a experiência america-

---

5 O século XIX é, de alguma forma, a época da segurança, estruturada no mundo dos códigos que consubstanciam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo. A base fundamental das codificações civilistas reside na formulação kantiana segundo a qual as esferas pública e privada se distinguem, na essência, pela diversidade de fontes: a fonte do direito privado reside em princípios racionais, apriorísticos; a fonte do direito público, na vontade do legislador. Tal entendimento parte do valor originário e fundamental do indivíduo, da primazia da autonomia individual perante a sociedade e o Estado, escolha que faz com que o direito seja estruturado em dois postulados fundamentais: o da exclusividade do domínio privado sobre todos os bens e o da generalização do contrato como única fonte de relações jurídicas. Construiu-se um sistema dito “científico”, cujo alto grau de abstração fazia crê-lo liberto de injunções econômicas ou políticas, neutro, categorizado e ordenado logicamente, estruturado sob os fundamentos da razão generalista. As aspirações de neutralidade científica, estabilidade e unidade visaram sistematizar todo o conteúdo privado num corpo único, o Código Civil, técnica que permitiu a sua fácil exportação (e assimilação) para o resto do mundo colonizado na tradição romano-germânica. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

6 WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echavarría et al. 2.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

na como uma espécie de tipo-ideal do Estado burguês, que avoca critérios morais positivados nas constituições escritas como referenciais últimos de legitimidade e comando da sociedade; o individualismo do *homo economicus* protegido por critérios (agora jurídicos) cuja autoridade garantidora reside na Suprema Corte. De outro, há a matriz comunitarista, cuja preeminência dos direitos coletivos sobre os individuais faz sentir-se na própria matriz rousseauiana – atente-se para o conceito de vontade geral –, que postula a legitimidade da decisão popular sobre qualquer espécie de “estado de natureza”.

Entretanto, a crise dos projetos políticos originários da Modernidade acaba por provocar o esgotamento de seus sucedâneos jurídicos: de um lado, a crise do liberalismo percebida na dura crítica empreendida por Karl Marx ao caráter ideológico de que se reveste a concepção do Estado como a encarnação formal da razão universal, escamoteando a lógica de domínio econômico exercido pelas classes proprietárias dos meios de produção (capitalistas) sobre os trabalhadores, acabaria por iluminar durante grande parte do século XIX os movimentos sindicais europeus, que reivindicavam o atendimento às demandas concretas de melhoria das condições de trabalho e assistência à vida, denunciando a farsa do estatuto da igualdade formal perante a lei, provocando as revoluções socialistas e a reforma dos Estados europeus no pós-guerra, em direção a políticas de bem-estar social; de outro, a profunda crítica à experiência totalitária que se instaura sob a égide dos regimes socialistas, já no século XX, com sua profunda influência cultural sobre as experiências jurídicas nacionais ocidentais, até o desenvolvimento dos modelos constitucionais dirigentes.

A Modernidade encerraria, inicialmente, portanto, um conjunto de possibilidades cujo elenco pode ser sintetizado em dois grandes eixos: a lógica da regulação e a lógica da emancipação.<sup>7</sup> A razão moderna, guardando em si duas dimensões ligadas aos eixos mencionados – por um lado, a razão crítica, como condição para a eman-

---

<sup>7</sup> Cf. SANTOS, Boaventura Souza de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 120. Leia-se, também: “Precisamos, pois, de um pensamento alternativo de alternativas. Tenho vindo a propor uma epistemologia que, ao contrário da epistemologia moderna – cuja trajetória é de um ponto de ignorância, que designo por caos, para um ponto de saber, que designo por ordem (conhecimento-como-regulação) – aponta para uma outra epistemologia para a qual o ponto de ignorância é o colonialismo e o ponto de saber é a solidariedade (conhecimento-como-emancipação)”. Cf. SANTOS, Boaventura Souza de. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In: HELLER, Agnes et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.p 58.

cipação; por outro, a razão instrumental, indissoluvelmente reconhecida como razão técnica, ligada irremediavelmente à regulação –, acaba por perecer na sua face instrumental. O direito, então, como fruto da razão moderna, acaba por se revestir das características da ciência moderna, da racionalidade hegemônica, perdendo seu caráter emancipatório, promessa originalmente inscrita no paradigma da modernidade. De fato, de forma acelerada, o constitucionalismo, na segunda metade do século XIX, minimizaria os ideais éticos e as promessas políticas, de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal ou, mesmo, das experiências totalitárias.<sup>8</sup>

#### **4. A crise da Modernidade e o constitucionalismo: leituras aproximativas**

Nesse contexto, tornam-se cruciais as críticas dirigidas à Modernidade em suas duas modalidades: a crítica progressista e a crítica conservadora, uma em direção a uma racionalidade factível e a outra em direção a uma racionalidade falível. A primeira crítica acentua as chances da razão; a outra tem em mira as falhas da razão; uma crítica é epistemológica e a outra, metafísica. A crítica metafísica, formulada por aqueles autores que devem seu lugar filosófico a Nietzsche e Heidegger, é carregada de pessimismo na medida em que vislumbra na pretensão iluminista do esclarecimento progressivo, que se desenvolve com base na apropriação e reapropriação cada vez mais plena dos fundamentos, uma tentativa de legitimação da vontade de poder. Portanto, é precisa-

---

<sup>8</sup> “A partir de los inicios del siglo pasado (XIX), el Derecho fundamental se normativizará y formalizará desprendiéndose poco a poco de su relación con la realidad social. Es decir, los textos constitucionales aparecerán como productos de la imaginación de una elite de juristas y en cuanto voluntad expresada por Asambleas constituyentes. De este modo, el concepto de Constitución, su función y finalidad se concebirán según criterios estrictamente formales, o sea, como prescripciones articuladas, codificadas, difícilmente reformables, redactadas, proclamadas y promulgadas solemnemente. (...) Lo que me interesa subrayar es que el iusnaturalismo revolucionario en Francia comenzó a desustancializarse, esto es, a olvidar sus orígenes cristianos y a esgrimirse como una ideología legitimadora de las reivindicaciones burguesas. Dicha desustancialización, acentuada por la secularización, condujo a la formalización de los conceptos y a la tecnificación, no menos formalizada, de las estructuras constitucionales: las Constituciones ya no versarán directamente sobre contenidos sustanciales y reales, sino sobre las formas, engranajes y funcionamiento de la maquinaria estatal. Por otro lado, esa desustancialización-formalización-funcionalización de los textos fundamentales terminará por abandonar las justificaciones y fundamentaciones iusnaturalistas o por interpretarlas como un relicto con arreglo a criterios exegéticos desvalorizados.” Cf. LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 255-256.

mente a noção de fundamento e de pensamento como fundação e acesso ao fundamento que é radicalmente posta em discussão em tal acepção. Procedem, numa segunda perspectiva, aquelas formulações que procuram delimitar na experiência moderna as ilusões e falhas de uma razão que, na sua pretensão de totalidade, tornou-se instrumental, encobrendo todo seu potencial emancipatório. Porém, essas duas vertentes confluem para a aceitação de que o fim da Modernidade é o momento em que não foi mais possível sustentar que é factível, por meio de um único sistema filosófico, dar explicações que tenham eficácia em todos os domínios do saber humano: em nível cognitivo, em nível de conhecimento, em nível prático, em nível moral e também em nível subjetivo, em nível artístico (Stein, 1997).

Nesse sentido, o debate filosófico estruturado em torno do projeto da Modernidade repercute sobre o constitucionalismo na medida em que se torna aguda a denúncia de que o direito moderno acabou, após uma longa jornada articulada em torno de uma expectativa de normatividade emancipatória, por tornar-se refém de uma concepção positivista que o restringe ao papel de regulação social e manutenção do *status quo*. Após um longo processo de luta pela liberdade política e edificação de uma sociedade moralmente justa, acaba por servir de técnica de organização social, em que o cidadão se torna refém, agora não mais somente do soberano político, mas da economia.

Tal crítica encontra seus interlocutores, da mesma forma que no debate filosófico, em duas perspectivas. Uma se coloca frontalmente em oposição a qualquer pretensão de superação das aporias colocadas pela Modernidade, na medida em que, como vimos, negam a própria possibilidade da razão. Nesse sentido, a corrente de pensamento que se inspira em Nietzsche e em Heidegger discerne no aparelho jurídico da política moderna os sintomas de uma crise que, diametralmente oposta às promessas de emancipação do humanismo racionalista, encontra sua origem nas tecnologias da dominação – crise tão profunda em que o direito, onerado de pesados entraves, teria atingido seu ponto de esgotamento. Assim, os grandes conceitos do direito político da Modernidade – a soberania e cidadania, contrato social, Constituição, legalidade, representação, parlamentarismo, magistraturas – são esvaziados de sua substância. Totalmente esgotados, não passam de vacuidade. Então, o direito cai na logomaquia dos “direitos do homem” e da “democracia”, sem se perguntar sobre seus princípios e sobre seus limites. Portanto, não apenas o Estado constitu-



cional edificado para responder aos ideais da burguesia do século XVIII é um fracasso, mas o direito político, insuscetível, em seu movimento de autofundação, de chegar à sua fixação conceitual, extraviou-se – como toda cultura moderna – no impasse margeado pelas pretensões de subjetividade.<sup>9</sup>

Outra perspectiva é aberta por aqueles autores que identificam na racionalidade formal do direito e, por conseguinte, do direito constitucional (enquanto expressão da razão instrumental), a característica fundamental da Modernidade, postulando sua superação através de uma outra racionalidade, capaz de superar o paradigma da subjetividade e a concepção de ciência construída pelo positivismo, como fator de recuperação do potencial emancipatório do direito. Tal tarefa se estrutura em torno, então, dessas duas dimensões: a necessidade de superação do paradigma da subjetividade, na busca de uma racionalidade emancipatória, para depois retomar as relações entre direito e moral, na perspectiva de uma concepção do direito como um sistema de juridicização de valores, atribuindo-se um papel essencial à Constituição na medida em que será o receptáculo dos mais abstratos valores: os princípios constitucionais. Portanto, a superação do paradigma jurídico da Modernidade passa pela fundamentação das possibilidades da razão (questão epistemológica); pela estruturação de uma nova teoria geral do direito, capaz de superar o positivismo jurídico, principalmente a partir da matriz redutora de Kelsen, e, finalmente, recolocar o tema da interpretação da Constituição (hermenêutica) a partir da assunção de uma nova metodologia, que possa dar conta dos conflitos de valores inerentes à posituação de pretensões normativas contraditórias através dos princípios constitucionais.

## 5. Considerações finais

Assim, poderíamos afirmar que os elementos centrais para a compreensão do constitucionalismo pós-moderno, e até mesmo pós-positivista, seriam os seguintes:

a) A Constituição democrática como norma fundamental do sistema jurídico constitui a própria *reserva de justiça*<sup>10</sup> da comunidade

---

<sup>9</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>10</sup> Tal conceito de constituição como reserva de justiça está alicerçado em John Rawls. Para o autor, sociedade justa é uma sociedade bem ordenada, não apenas para promover o bem de seus membros, mas, também, quando é efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. É aquela em que todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos

política, por atuar como mecanismo de autolimitação, ou pré-comprometimento, adotado pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas. Ao estabelecer que certos direitos e instituições encontram-se acima do alcance dos órgãos ordinários de decisão política, ou mesmo fora de sua competência por força das limitações materiais ao poder de reforma da Constituição, as constituições também funcionariam como proteção contra aquelas inconsistências temporais, protegendo as metas de longo prazo que são constantemente subavaliadas por maiorias ávidas por maximizar os seus interesses imediatos. A supremacia da Constituição e sua compreensão como reserva de justiça está adequada à idéia de que determinadas condições devam ser observadas para a legitimação do direito. Tanto Rawls quanto Habermas argumentam sobre a necessidade de direitos fundamentais de liberdade e igualdade como fatores intrínsecos à participação popular no processo de elaboração do direito válido. Portanto, há um núcleo básico de direitos, protegidos constitucionalmente, que funcionam como pré-condição à formação da soberania popular.

b) A superação da dicotomia, criada pela filosofia política clássica, entre soberania popular (vontade geral) e direitos humanos, como fatores de legitimação da ordem jurídica, na medida em que os direitos humanos fundam as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade do legislador político, institucionalizando-as juridicamente;

c) A superação da dicotomia direito natural e direito positivo, através da percepção de que a Constituição positiva preceitos morais e, portanto, carrega em seu bojo elementos valorativos capazes de servir de parâmetros materiais para a aferição da legitimidade do direito infraconstitucional.<sup>11</sup>

---

princípios de justiça. Dessa forma, Rawls formula seu conceito de justiça: “Justiça é o ideal social. Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é dos sistemas de pensamentos”. Rawls elabora dois princípios formadores da justiça social, cuja formulação final é a seguinte: “Primeiro princípio – cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos”; “Segundo princípio – as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que ap mesmo tempo tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 333.

<sup>11</sup> “En síntesis la alternativa propuesta puede resumirse en una sola frase: ‘retornar a Kelsen arruinando Kelsen’. Retornar a Kelsen significa subrayar el gran descubrimiento que está en la base de su trabajo de conjunto, la idea de democracia pluralista y presupone, a la vez, reconocer la primacía del momento normativo sobre cualquier otro momento constitutivo

d) A compreensão de que os conteúdos materiais dos princípios constitucionais que positivam normas éticas não poderão ser deduzidos ou pressupostos com base numa racionalidade centrada no paradigma da consciência, portanto numa racionalidade subjetiva e proponente de verdades absolutas, mas, sim, construídos através de uma racionalidade comunicativa, capaz de produzir consensos intersubjetivos em torno de proposições cuja validade é criticável.

e) Em função da necessidade de legitimação e fundamentação do direito por meio de procedimentos democráticos, a percepção da pertinência da abertura constitucional, como fator de alargamento do consenso produzido pelo debate constitucional. Peter Häberle afirma que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Em função da importância da decisão constitucional como elemento vinculante a toda comunidade política, Häberle enfatiza que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no referente às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de interpretação no processo constitucional (notadamente nas audiências e nas “intervenções”).<sup>12</sup>

f) A percepção do valor da suplantação da hermenêutica tradicional (os quatro critérios interpretativos de Savigny)<sup>13</sup> para uma técnica de interpretação capaz de dar conta da necessidade de fundamenta-

---

del ordenamiento jurídico. Pero para Kelsen la Democracia es ante todo – como se ha venido recordando – método y apertura a todo valor posible y por consiguiente, representa indiferencia y relatividad respecto de cualquier valor material. De aquí deriva la exigencia de concebir el derecho como mera forma y la necesidad de fundar una Teoría pura del Derecho. Aun así, la particular concepción kelseniana de la democracia y sus consecuencias en el plano de la teoría jurídica, son fruto de la falta de percepción de los elementos más significativos que propician el tránsito del Estado Legislativo-Parlamentario de la época liberal al Estado Constitucional de la Democracia pluralista y, en particular, de la consciente creencia en que este tipo de Estado comporta un orden de valores materiales jurídicamente configurado como ‘superior’. De tan incompleta percepción, que la historia constitucional sucesiva ha evidenciado de manera inequívoca, nace la exigencia de arruinar, de poner patas arriba a Kelsen.” Cf. BALDASSARE, Antonio. Constitución y teoría de los valores. *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, v. 1, n. 32, p. 27-28, 1994.

<sup>12</sup> 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: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>13</sup> “A velha hermenêutica de Savigny – fundada nos métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático, aos quais se juntou depois o teleológico de Jhering - de inspiração romanista e jusprivatista, partia da legalidade dos Códigos e se afeiçoava ao Direito Privado, enquanto a ‘nova hermenêutica’ parte da legitimidade das Constituições e se afeiçoava ao Direito Público”. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 350, 368.

ção racional das decisões constitucionais, bem como de adequada resolução sistemática dos conflitos de valores oferecidos pela positividade de pretensões normativas díspares de uma sociedade complexa pós-tradicional, oferecida pelos novos caminhos abertos pelos princípios instrumentais da razoabilidade e da proporcionalidade.

## Referências

ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: ACKERMAN, Bruce et al. *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 13-31.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antigüidade ao feudalismo*. 5. ed. Trad. de Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ARISTÓTELES. *A constituição de Atenas*. Trad. F. M. Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Lições de filosofia do direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillamme. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ATIENZA, Manuel. *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Editorial Mezquita, 1983.

BALDASSARE, Antonio. Constitucion y teoria de los valores. *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, v. 1, n. 32, p. 27-28, 1994.

BARKER, Ernest. *Teoria política grega*. 2. ed. Trad. Sérgio Fernando Guareschi. Brasília: UnB, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. São Paulo: [s. n.], 1998. v. 1. p. 65-78. (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COUTINHO, Carlos Nelson. Crítica e utopia em Rousseau. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, n. 38, p. 5-30, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1993.

\_\_\_\_\_. Frederico da Suábia e o nascimento do Estado moderno. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Trad. Amílcar de Castro, 1961.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Leôncio Gontijo de Gontijo de Carvalho et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

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

\_\_\_\_\_. *Escritos de derecho constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 1999.

LOBRANO, Giovanni. *Modelo romano y constitucionalismos modernos*. Trad. José Fuquen Corredor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1983.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Barcelona: Dickinson, 1997.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.
- McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, n. 779, p. 47-63, set. 2000.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1976.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1992.
- SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Trad. Norma Azeredo. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 1997.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia/São Paulo: Edusp, 1987.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría et al. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

# O princípio da subsidiariedade: fundamentos e perspectivas de seu uso na integração regional

William Smith Kaku\*

*1. Introdução; 2. Origem do conceito; 3. Usos e desdobramentos: sentidos negativo e positivo do princípio; 4. recepção contemporânea do princípio; 5. subsidiariedade e União Européia; 6. Princípio da subsidiariedade: perspectivas de uso na integração regional; 7. Considerações finais; Referências*

## 1. Introdução

O princípio da subsidiariedade é um princípio ainda a ser explorado na literatura jurídica e política brasileira. No âmbito da literatura do direito administrativo é onde se encontra algo derivado do mesmo, ou seja, questões de desconcentração e descentralização de competências, entretanto focadas na esfera da administração pública. Mas é na teoria do Estado, especificamente na literatura sobre federalismo, onde se verificam os maiores estudos brasileiros sobre esse princípio.

Tal princípio pode ter uma aplicação larga, visto que diversos campos do conhecimento podem recepcioná-lo, quando se trata de refletir sobre a repartição de competências entre instâncias de atuação interdependentes ou inter-relacionadas, principalmente de estabelecer sob quais critérios se pode efetuar tal ação repartidora. Assim, a análise aprofundada – monográfica – de seu conteúdo e sua aplicação na esfera político-institucional ou político-organizacional de uma sociedade e, mais ainda,

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutorando em Direito do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do CNPq.

na esfera da integração internacional, é ainda praticamente ausente na literatura especializada brasileira.

O presente trabalho propõe-se fazer um levantamento histórico de usos contemporâneos do princípio da subsidiariedade, considerando a escassez de fontes que tratam dessa matéria, hoje presente como um dos princípios estruturais que informam a integração européia. Ao final, estabelece algumas ponderações sobre seu uso e em que sentido permitiria favorecer os demais processos de integração regional, para dar-lhes um conteúdo conforme estágios histórico-culturais significativos para os povos e sociedades envolvidos no processo integrativo.

## 2. Origem do conceito

Não diretamente vinculado ao federalismo em si, o princípio da subsidiariedade tem encontrado interpretações diversas e tem sido utilizado para finalidades identificadas especialmente com o campo político-organizacional, seja em nível estatal, regional, ou, mesmo, comunitário, como atualmente se processa a integração européia.<sup>1</sup> Etimologicamente, possui dois significados principais: pelo primeiro, significa a idéia de algo que é designado como secundário; pelo segundo, cuja significação é mais expressiva, relaciona-se com a idéia de algo que é supletivo ou complementar; um terceiro significado ligaria o termo com ajuda, estímulo, encorajamento.<sup>2</sup> A idéia de subsidiariedade é antiquíssima, sendo as primeiras manifestações de Aristóteles, São Tomás de Aquino e Dante Alighieri; nos séculos XVII e XIX foi invocado por pensadores como John Locke, Pierre-Joseph Proudhon, Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill, Immanuel Kant, Ketteler, von Mohl e Georg Jellinek.<sup>3</sup>

A sua origem sistêmico-dogmática remonta ao surgimento do pensamento cristão e seu fundamento é alcançar a garantia da dignidade da pessoa humana, sendo princípio de definição e caracterização dos inter-

---

<sup>1</sup> "O princípio da subsidiariedade é examinado com referência a vários temas que lhe são correlatos. (...) Suas relações com a autonomia política e administrativa levam às investigações em torno do federalismo, bem como ao nível de governo a que ele se refere, seja superior ou inferior", conforme BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, p. 1. Mais adiante o autor assevera que diversas incursões são necessárias para compreender amplamente o referido princípio, aplicável de múltiplas forma e com diversas conseqüências em diversos momentos da vida institucional e constitucional de um país. "O princípio de subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunidade internacional". BARACHO, *O princípio...*, p. 19.

<sup>2</sup> BARACHO, 1996, p. 24; QUADROS, 1995, p. 14.

<sup>3</sup> QUADROS, 1995, p. 12-13.



relacionamentos entre indivíduos e diversos grupos sociais originados e constituídos até instâncias máximas. Pela boa utilização do princípio, identifica-se a competência real ou natural do indivíduo e dos grupos sociais numa escala ascendente e hierárquica até o Estado, a fim de distribuir as competências adequadas e necessárias para que cada um deles cumpra sua natureza ontológica, sem que uma esfera de atuação superior acabe neutralizando, diminuindo ou extinguindo as esferas de atuação e capacidade de cada instância inferior. Entretanto, foi somente a partir de São Tomás de Aquino que a subsidiariedade se fixou em seu significado teórico-estrutural.<sup>4</sup>

## 2.1 São Tomás de Aquino: a natural condição social e política humana, o sentido de poder e a instância familiar

Partindo da concepção aristotélica de que o homem é um animal social e político e que, por meio de suas faculdades da razão e linguagem, ele se associa com os seus semelhantes para com o convívio e cooperação construir em liberdade as condições que lhe permitam alcançar as finalidades de uma vida ética onde nada lhe falte e, assim, tenha o alcance de sua felicidade, São Tomás cria uma filosofia política buscando atingir a correta organização da convivência social do ser humano. Assim, a condição social e política é o modo de ser natural do homem, pois, como ninguém é auto-suficiente, a busca da convivência social é decorrência imediata da natureza humana e, nessa inter-relação, é suprido aquilo que individualmente lhe falta e alcança desenvolver, exprimir e viver, todas as suas virtualidades de ser humano. Daí também se origina o político como decorrência natural, pois essa convivência acaba por reclamar o político como *locus* de poder que a organizará e estabelecerá uma hierarquia que fornecerá uma estrutura e uma “distribuição de poder capaz de guiar essa mesma sociedade e de a conduzir para o fim que a caracteriza”.<sup>5</sup>

Poder não significa apenas domínio, mas também organização e orientação e, nesse contexto, é próprio da natureza do homem. O primeiro é poder de servidão, mas o segundo é poder político, este com a missão de governar e dirigir os seres humanos livres, como condutor da comuni-

---

4 AMARAL, Carlos Eduardo Pacheco. 1998, p. 266-267. Observe-se que há quem entenda que foi Aristóteles quem primeiro escreveu sobre o tema e que São Tomás de Aquino apenas complementou os ensinamentos daquele. BARACHO, 1996, p. 53

5 AMARAL, 1998, p. 267-8.

dade e instância de ordem no corpo social. Tendo em vista que o ser humano necessita do convívio e da cooperação com outros semelhantes para se realizar e que dessa convivência social o político se impõe naturalmente, tanto um quanto outro são co-naturais, longe de serem criações artificiais do homem. Assim, a família é a primeira sociedade humana e já desempenha uma função subsidiária frente às pessoas que a integram, vinculada à razão e à linguagem – *logos* – como capacidade do ser humano para se associar e buscar em comum, sob direção e orientação política, as condições adequadas para desfrute da plenitude de sua vida. Sendo exigência da livre natureza do homem, pois, ao mesmo tempo em que é necessariamente vital, é também fruto da liberdade de dois seres, ela nasce subsidiária porque está a serviço e é complemento natural da vida do ser humano; ali o homem começa a se construir racionalmente como ser, partindo da satisfação de suas necessidades cotidianas. A família, assim, é a primeira entidade social natural, a célula social da humanidade, o fornecimento e garantia das condições de desenvolvimento humano, devendo ser, diante disso, autônoma, como núcleo de privacidade e inviolabilidade, para que cumpra sem interferências os desafios que são colocados para a construção de uma vida ética humana, respondendo por seus próprios meios às exigências que lhe são impostas.<sup>6</sup>

Somente a partir do momento em que a unidade familiar não é auto-suficiente para suprir as necessidades que o homem demanda, é cessada a sua autonomia, e outra instância acima da família deve assumir tal encargo e proporcionar e suprir a falta que esta não pode mais atender; um nível social mais abrangente é criado pela própria natureza de as exigências humanas, desta vez através de união de famílias em unidades superiores mais abrangentes, surgindo diversas comunidades, que, em nível político e civil, correspondem às cidades, províncias, reinos, e assim por diante. Mas tais comunidades superiores, como a família, surgem subsidiariamente, respeitando-se para cada instância inferior a plenitude das suas condições existenciais na busca da concretização do que lhe cabe por natural inclinação e finalidades. A existência dessas comunidades intermédias deve concretizar-se em paz, ou seja, naquela situação onde cada entidade social criada cumpra o papel que teleologicamente lhe cabe, enfim, onde “as condições e os bens materiais e espirituais que propicia possam ser gozados sem

---

<sup>6</sup> AMARAL, 1998, p. 269-272.

receios nem ameaças, com tranqüilidade e estabilidade (...) na qual todas as unidades, desde a pessoa, na base, até à comunidade global, no topo, convivem em harmonia e concórdia, gozando, cada uma, de autonomia no desempenho de suas funções para as quais a natureza as vocacionou”<sup>7</sup>.

Para São Tomás, a família existe para o fornecimento de condições e bens suficientes para nutrição, geração dos filhos e assemelhados; a cidade, o necessário para a vida; o reino, a defesa contra o inimigo; chegando a conceber o desenvolvimento de uma comunidade política mundial, com todas as comunidades políticas, como prolongamento da natureza social e política do homem. O político, nessa perspectiva tomista, não é arbitrário nem artificial, nem se impõe sobre o social e sobre as pessoas; ao contrário, tem a finalidade de garantir condições que lhes permitam cumprir seus objetivos individuais, sendo subsidiário frente ao pessoal e ao social; não é um valor em si e por si mesmo, é um meio para a autoconstrução e aperfeiçoamento do ser humano, não criando a pessoa ou sociedade, mas servindo a ambos. Diante disso, todas as sociedades políticas, desde a família até à comunidade universal, são identificadas com a própria natureza humana.<sup>8</sup>

## 2.2 São Tomás de Aquino: essência da subsidiariedade e a transcendência das coletividades

A marca da subsidiariedade, na perspectiva tomista, implica que a integralidade do ser humano não pode sofrer interferência do político, a não ser quando o político servir ao social e ambos servirem às pessoas humanas, pois o social não cria a pessoa, nem o político cria o social, a não ser quando ambos servem à pessoa; onde a personalidade do homem não necessita nem do social – das diversas instâncias sociais que são criadas por ele – nem do político, aí ambos não podem legitimamente penetrar, pois é de se observar que

cada homem possui um âmbito de espiritualidade, centelha de divino, que não necessita de qualquer auxílio exterior para auto-realizar e para cumprir a finalidade que imprime ao homem. Através dele, cada homem constitui-se como um todo, naturalmente completo em si mesmo e, por isso, capaz de alcançar a perfeição da finalidade que lhe foi incutida pelo Criador. (...)

---

<sup>7</sup> AMARAL, 1998, p. 273-274.

<sup>8</sup> AMARAL, 1998, p. 275-277.

Não é na condição social e política que se encontra a identidade mais profunda do homem, mas na sua personalidade. E, por outro lado, são estas características humanas da personalidade, de individualidade e de vocação para a perfeição que fundamentam e legitimam a sua condição social e política. Para o gênero humano, o social é natural precisamente porque é só através dele que a personalidade de cada homem se pode cumprir.<sup>9</sup>

Da mesma forma,

as comunidades apresentam mais que somatórios abstratos dos indivíduos que as integram. São entidades que possuem uma dignidade ontológica privativa que lhes foi atribuída pela própria natureza e, portanto, superam os indivíduos que nelas se integram situando-se para além da vontade artificial de cada um, até mesmo de todos coletivamente. Tudo isto sem alguma vez se encontrar em causa a dignidade e a autonomia das pessoas e das comunidades menores naquilo que se reportar à sua finalidade e aos seus valores específicos (...) [pois] cada comunidade política encontra-se incumbida do dever de respeitar, fazer respeitar e potenciar, integralmente, a identidade decorrente da personalidade e das finalidades privativas de cada um dos elementos que aglutina – indivíduos, famílias, municípios, províncias, regiões, Estados...<sup>10</sup>

Cada instância é um todo em si mesma, mas que significa e se desenvolve integrado numa pluralidade de todos superiores, dentro de uma normatividade que os liga e garante satisfação de seus interesses e necessidades. O poder político é distribuído eqüitativamente entre as partes ou instâncias sociais no sentido de que cada ser humano e cada comunidade possam bem viver a sua condição peculiar e finalidades específicas. Se o poder político acaba obrigando nessas circunstâncias, é para, na justa medida, ser o meio de o homem cumprir a sua felicidade, conforme sua natureza e finalidades; ele funciona como aglutinador, guia, auxílio, a partir de um quadro social de base, o qual deve servi-lo; ainda mais, deve decifrar capacidades e limitações de pessoas e comunidades para determinar os parâmetros de sua atuação, que é sempre suplementar as deficiências e carências das instâncias sociais inferiores, assim como reconhecedor do potencial e das capacidades das mesmas e de seu direito de serem autônomas. O poder, assim, tem função subsidiária, porque

---

<sup>9</sup> AMARAL, 1998, p. 277-278.

<sup>10</sup> AMARAL, 1998, p. 279.

obriga na medida em que serve, respeitando a autonomia e atuando onde se mostra necessário, a fim de contribuir para a realização da condição humana, sendo legítimo somente nesta medida.<sup>11</sup>

Para São Tomás, uma comunidade é o conjunto daqueles que se reuniram associativamente no quadro de um mesmo ordenamento jurídico-político para assegurar as condições do bem viver e, dessa forma, o poder pertence àquelas pessoas que formaram as comunidades de base, e são elas que devem definir, participativamente, junto com os demais corpos sociais envolvidos e interessados, a delegação de competências para instâncias sociais superiores. O poder político exige a participação de todos no governo e seu exercício se dá conforme o direito, que vincula a todos, negando-se o seu exercício como arbitrariedade de um governante.<sup>12</sup>

### 3. Usos e desdobramentos: sentidos negativo e positivo do princípio

A doutrina social da Igreja procurou seguir as lições de São Tomás e concebeu a sociedade como fruto do impulso natural do ser humano. Todas as coletividades existem para a realização da personalidade e o bem comum de todas as pessoas, e suas autonomias e competências derivam não como concessão do Estado, mas da adequação para a realização de suas finalidades intrínsecas.

Síntese e superação de capitalismo e de socialismo, de individualismo e totalitarismo, de liberalismo e de lutas de classes, e antítese exacta da idéia de *razão de Estado*, os princípios fundamentais da autonomia e da subsidiariedade emergem a partir de uma concepção pluralística da sociedade, como conjugação de liberdade com a sociabilidade natural que caracteriza o ser humano”.<sup>13</sup> Quadros ressalta que essa iniciativa da Igreja visava, “por um lado, contrapor a autonomia do indivíduo e o pluralismo da vida social às ideologias colectivistas dos finais do século passado e do início deste século, e, por outro lado, combater os excessos dos liberalismo, que pretendiam a supressão do papel do Estado na vida social e económica.”<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> AMARAL, 1998, p. 279-283.

<sup>12</sup> AMARAL, 1998, p. 284-9. Vide também em BARACHO, 1996, p. 47-52, um resumo do sentido e significado de subsidiariedade a partir de estudos diversos que partem da doutrina social da Igreja como base de pré-compreensão do fenómeno e instituto.

<sup>13</sup> AMARAL, 1998, p. 289-90; BARACHO, 1995, p. 63 e 68.

<sup>14</sup> QUADROS, 1995, p. 14.

A sociedade, assim, não é um agregado de indivíduos, mas uma multiplicidade de entidades, cada uma com natureza, identidade e finalidades próprias, e a ação política legítima está voltada para realizar a dignidade do ser humano. Nesse contexto, dentre os princípios políticos mais fundamentais, sobressaem-se a autonomia e a subsidiariedade, numa sociedade que tem no Estado um ator tão importante quanto todas as demais comunidades existentes na sociedade, um dos momentos de direção e atuação do corpo social, um instrumento para serviço do social e da personalidade, originado do próprio pluralismo das formas sociais que integra, formando uma comunidade de comunidades. Sua finalidade, assim, é subsidiária das sociedades e das pessoas, garantidor de uma vivência mínima ordenada. A subsidiariedade reflete a autonomia do social frente ao político e de cada uma das entidades políticas onde o ser humano se insere, inclusive do sistema internacional, pois até mesmo neste a autonomia e subsidiariedade definem os poderes de uma autoridade universal e seu relacionamento com as demais entidades do sistema internacional.<sup>15</sup>

No seu sentido negativo, a subsidiariedade implica limitar a ação de entidades políticas superiores em certas circunstâncias; em seu sentido positivo, implica, contrariamente, tornar a atuação obrigatória em outras circunstâncias. A intervenção de uma entidade superior encontra-se delimitada pela autonomia da entidade inferior, havendo uma afirmação positiva dos direitos das pessoas e dos grupos frente ao Estado, por sua própria formação, ou seja, de comunidades sobre comunidades, do mais simples ao mais complexo, preservando-se a autonomia de cada qual. A entidade social superior, ao mesmo tempo em que não interfere nas liberdades e competências da entidade social inferior, deve fornecer os recursos necessários para que esta cumpra suas finalidades, como solidariedade e auxílio necessário para que seja efetivamente realizada a sua autonomia. Nesse sentido é que se efetivam as suas qualidades de orientação, estímulo, coordenação, suprimento e integração.<sup>16</sup>

“Os princípios da autonomia e da subsidiariedade sugerem a interpenetração das várias entidades que no seu conjunto compõe o Estado, pelas vias da colaboração efectiva entre todas elas, e da participação das entidades de nível inferior nos mecanismos e nos processos de tomada de

---

<sup>15</sup> AMARAL, 1998, p. 291-5; QUADROS, 1995, p. 18.

<sup>16</sup> AMARAL, 1998, p. 295-7; BARACHO, 1995, p. 59-60.

decisão das entidades de nível superior que integram. São estes os únicos meios de garantir, quer a autonomia de cada uma destas unidades componentes, quer a unidade efectiva e solidário de todo o compósito".<sup>17</sup> Assim, a liberdade política se dá na participação, mas é a solidariedade entre os cidadãos e a pluralidade de entidades políticas que constituem o efetivo elemento aglutinador e mecanismo de integração social na concretização do bem comum geral. Dessa forma, a doutrina social da Igreja tem a solidariedade e a participação como conceitos fundamentais, ao lado da autonomia e da subsidiariedade como princípios estruturais social. Em nível europeu, atualmente, o princípio da subsidiariedade passa a integrar o direito comunitário como princípio de distribuição do exercício de competências entre a União Européia e os Estados-membros.<sup>18</sup>

#### 4. Recepção contemporânea do princípio

Hodiernamente, reconhece-se que a origem do princípio da subsidiariedade se assenta na doutrina católica,<sup>19</sup> que fundamentalmente procura defender a não-ingerência de uma ordem social superior sobre a inferior, naquilo em que esta tenha plena capacidade e competência de cuidar por si própria. No entanto, a subsidiariedade passou a ser aplicada concretamente em outros domínios, como adiante será mais bem explicitado. Assim, por exemplo, no direito administrativo foi recepcionado com um dos seus princípios informadores,<sup>20</sup> procurando, juntamente com outros princípios administrativos, dar uma significação melhor a esse subsistema jurídico. É uma garantia contra a arbitrariedade em sua utilização para justificação de atos praticados; procura explicar ou justificar políticas de descentralização praticada, sendo, assim, aplicável nas relações entre órgãos administrativos centrais e locais, cuidando da distribuição de competências e poderes numa organização complexa.<sup>21</sup>

Os maiores estudos sobre o tema incidem no exame das relações entre o Estado e os agrupamentos ou instâncias menores, em especial ao processo federativo e aos corpos intermediários que são criados,<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> AMARAL, 1998, p. 299; QUADROS, 1995, p. 18.

<sup>18</sup> AMARAL, 1998, p. 300-1; BARACHO, 1995, p. 63-64.

<sup>19</sup> Neste sentido também QUADROS, 1995, p. 14.

<sup>20</sup> Dentro da ciência do direito público o princípio da subsidiariedade teve aplicação mais intensa no direito administrativo. QUADROS, 1995, p. 16.

<sup>21</sup> BARACHO, 1995, p. 26-32.

<sup>22</sup> No estudo do federalismo vide: ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

mas aparecem estudos que procuram pesquisar o fenômeno no âmbito das relações internacionais. Neste último caso, conceber-se-ia a existência de uma federação internacional e de uma comunidade internacional funcionando conforme o princípio da subsidiariedade, reconhecendo que, além de governos e nações, surgem os grupos intermediários dentro das sociedades que não podem ser reduzidos ao Estado e que devem atuar influentemente na comunidade internacional. Verifica-se que somente através da subsidiariedade seria possível a convivência de estruturas nacionais e supranacionais, baseado no respeito da diferença.<sup>23</sup>

No âmbito econômico, foi traduzido como a ação da autoridade para o bem comum somente naquilo que os particulares não podem por si – ou não querem – fazê-lo; seria uma intervenção eventual que cessaria imediatamente quando os particulares assumissem a capacidade de resolver problemas sem ajuda alheia. Diferentemente do liberalismo do século XIX, a atuação estatal é justificada quando o mercado falha, sendo que se a autoridade se inibe quando o bem comum exige sua intervenção, reproduzir-se-ia aquele liberalismo destrutivo ou, mesmo, a indiferença do governo para com o povo ou com parcelas dele que necessitam de ajuda. Mas o controle do Estado sobre as comunidades e organismos privados e particulares não pode ser base de um poder discricionário; deve ser colaborativo, numa compreensão das inter-relações e particularidades específicas das comunidades maiores, comunidades menores e particulares.<sup>24</sup>

No plano do federalismo é na Alemanha que ocorreram mais recentemente diversas revisões em sua ordem política e econômica para permitir uma maior liberdade e participação das pessoas, diversas comunidades e entidades particulares. Ao lado da separação de poderes e da sua distribuição horizontal em diversos níveis, o federalismo é justificado racionalmente da seguinte forma: a) preserva a diversidade histórica e a individualidade; b) facilita a proteção das minorias; c) funciona aplicando-se o princípio da subsidiariedade; d) é um meio de proteção das liberdades; e) reforça a democracia, encorajando-a através da facilitação da participação democrática; f) produz mais eficiência social. A subsidiariedade, com base na doutrina da Igreja, “nas diversas formas de atividade social, não pode ter como meta destruir ou absorver os membros do corpo político, mas

---

<sup>23</sup> BARACHO, 1995, p. 33-36.

<sup>24</sup> BARACHO, 1995, p. 37-40.



desenvolvê-los e propiciar que possam agir em clima de liberdade criativa. (...) [Assim, o] dinamismo do federalismo, relacionado com o princípio de subsidiariedade, leva à correlação entre integração e autonomia, criando uma espécie de subsidiariedade de base federativa, capaz de assegurar paz e liberdade dos diversos Estados que fazem parte do processo aproximativo geral, com preservação das potencialidades individuais".<sup>25</sup>

Tendo em vista que o federalismo é fundado na harmonização da diversidade e do pluralismo de interesses, a subsidiariedade acaba sendo o instrumento adequado para estabilizar e compatibilizar os interesses diversos que se apresentam numa comunidade federal. Mas é de se notar que o federalismo alemão não é marcado pela subsidiariedade, segundo a generalidade da doutrina, assim como também é de se observar que, nos "Estados regionais, é velha a querela sobre a aplicação ou não do princípio da subsidiariedade nas relações entre o Estado e as regiões. Não estão estruturadas segundo o princípio da subsidiariedade, em Portugal, as relações entre o Estado e as regiões autónomas dos Açores e da Madeira, e o mesmo se passa no que toca às relações, na Espanha, entre o Estado e as Comunidades Autónomas ou às relações, na Itália, entre o Estado e as suas regiões políticas".<sup>26</sup>

O processo em curso na Europa, que passa a ser a construção de uma Europa com entidade política, o surgimento de diversas nações no Leste europeu, entre outros, são causas que reforçam a idéia de subsidiariedade naquele continente e debates sobre a natureza e aplicação do princípio.<sup>27</sup> No plano da aplicação, defende-se que ele extrapola o domínio político, admitindo-se seu emprego em qualquer forma de exercício de autoridade, seja ele qual for; também em qualquer forma de agrupamento humano, no federalismo como sua mais expressiva significação política, na cultura, na política ou domínio social, na educação, nas empresas, na Igreja. Contra a globalização em vigor, defende decisões políticas mais gerais, originadas de fontes sociais e cívicas autênticas; contra o socialismo e o liberalismo defende também a solidariedade, a participação e a autonomia, na busca de uma nova forma de existência política, social, econômica e jurídica, voltada para o destino comum de todos os seres humanos.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> BARACHO, 1995, p. 43-46.

<sup>26</sup> QUADROS, 1995, p. 19-24.

<sup>27</sup> PIÉRE-CAPS, Stéphane. *A multinação: o futuro das minorias na Europa central e oriental*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

<sup>28</sup> BARACHO, 1995, p. 58-63.

## 5. Subsidiariedade e União Européia

Com o Tratado de Maastricht, também conhecido com Tratado da União Européia (TUE), a idéia de subsidiariedade toma novo fôlego, pois veio regular a repartição do exercício de atribuições entre os Estados-membros e a União Européia. Entretanto, antes desse tratado, a primeira tentativa de introduzir o princípio manifestou-se através do Relatório Tindemans, como projeto de Tratado da União Européia, em 1984; depois, ele foi integrado no Tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE), através do Tratado do Ato Único Europeu. Em 1989, nos trabalhos preparatórios da TUE, o então presidente da Comissão, Jacques Delors, pronunciou-se num discurso público a favor do princípio da subsidiariedade no âmbito da integração européia em curso, defendendo-o como um princípio fundamental para a integração, conciliando o nascimento de uma União Européia com a fidelidade à pátria de cada um dos seus componentes. Observou-se que, para a concretização da inserção do princípio nos tratados institutivos, a Alemanha, juntamente com a Inglaterra, atuou firmemente, por exigência expressa de suas unidades políticas internas, denominadas *Länder*, que tinham receio de que o progresso da integração européia acabasse por diminuir seu poder local legislativo.<sup>29</sup>

O TUE incluiu uma cláusula geral sobre subsidiariedade no seguinte sentido: a) primeiro enuncia o princípio da competência por atribuição, onde a CEE só pode atuar nos limites das atribuições que, explícita ou implicitamente, são conferidos pelo tratado e para atuar segundo os objetivos nele fixados; b) em seguida, através do princípio da subsidiariedade, são reforçadas as restrições das atribuições da CEE, pois determina que, mesmo atuando dentro de suas atribuições, a CEE deve respeitar o referido princípio; c) finalmente, através do princípio da proporcionalidade, é reiterada novamente a restrição às atribuições da CEE, pois seu exercício deve ser permitido por este princípio.<sup>30</sup>

## 6. Princípio da subsidiariedade: perspectivas de uso na integração regional

O princípio da subsidiariedade foi afirmado na União Européia muito depois de iniciado seu processo de integração. Mesmo no federalismo alemão, não foi afirmado na organização político-institucional

<sup>29</sup> QUADROS, 1995, p. 11 e 24-32; BARACHO, 1995, p. 72.

<sup>30</sup> QUADROS, 1995, p. 33-34.

do povo alemão. Trata-se, assim, de princípio difícil de aplicação num processo mais amplo de integração, nacional ou internacional, considerando-se os desdobramentos – reivindicações e questionamentos de fundo – que pode provocar no plano político de estruturação social.

Entretanto, mesmo não sendo afirmado categoricamente numa organização social como seu princípio de estruturação, ou sempre reafirmado pela doutrina para assim ser, observa-se que as demandas sociais – lutas contínuas presentes na sociedade – impelem, pragmaticamente, ao reconhecimento de suas necessidades, em diversos planos, das minorias às majorias, resultando no reconhecimento de direitos, da preservação da diversidade, da proteção de minorias, da inserção da participação democrática, entre outros. São lutas isoladas, mas que são decorrência do sentido de participação e reconhecimento de valores em níveis diversos presentes no meio social.

A coragem de implementar um princípio como esse, junto com outros, para guiar uma integração regional nascente ou já em curso, legitimaria todas as lutas que se estabelecem nas sociedades envolvidas, rumo ao reconhecimento de que uma integração é também um ato – ou ação – processual de comunhão de pessoas e seus grupos históricos culturalmente os mais diversos – no plano intra-nacional e/ou internacional –, frente ao novo e desconhecido desafio histórico, um ideário de integração além-fronteiras que precisa ser fixado quanto ao seu conteúdo.

Para aceder a essa possibilidade, torna-se necessário pensar a integração de forma original, criativa e inédita, no sentido de que o que se pretende alcançar é particular e singularmente único para os Estados-partes envolvidos, porque o que está em questão é uma história e cultura próprias e irredutíveis a qualquer outra, de forma que somente em aparência poderia estar reproduzindo atos outros anteriormente praticados, uma vez que história e cultura próprias são vivências e significação de cada um diferentemente.

Original, criativo e inédito é possível traduzir aqui por tudo que se faz, conforme sua história e cultura própria, ou seja, suas próprias significações contidas nos princípios de visão e divisão de mundo, onde, mesmo que um problema tenha sido solucionado de forma semelhante a outro processo cultural paralelo, nada se repetiu, porque a história e cultura próprias significaram exatamente isso, ou seja, propriamente em cada um dos processos e nos respectivos aprendizados.

Assim, às potencialidades econômicas de um processo de integração regional somam-se às potencialidades sociais, históricas, políti-

cas, culturais dos diversos agentes sociais envolvidos, que revelarão rumos insólitos para um processo de integração, o qual, uma vez iniciado, viverá da incerteza quanto ao futuro pelos diversos percalços a serem enfrentados, mas terá certeza quanto à integração final almejada e aos aprofundamentos que os momentos – circunstâncias – históricos e culturais permitirão aos povos envolvidos.

Se se admite, por vários motivos técnicos no âmbito econômico e político internacional, que a integração é necessária e deverá se dar especialmente por um motivos teóricos e pragmáticos de ordem econômico-comercial entre os Estados-partes, não é possível olvidar que tal ação repercutirá em esferas além da econômica nas sociedade envolvidas. Isso significa que sua história estará sendo revolvida concretamente; portanto, significa que haverá estruturas sócio-histórico-culturais que serão (ex)postas implicitamente em ação para favorecer ou não o processo.

Trazer o princípio da subsidiariedade a uma integração econômica regional é ampliar o econômico, o político, o jurídico com o aporte das esferas social, histórico, cultural; nesse sentido, mais que ampliação, está-se reconhecendo o que não pode ser desconhecido como fator que é determinante para os rumos que marcarão praticamente e concretamente uma integração de tal porte. É na envergadura dessas diferentes esferas que cada processo regional de integração marcará ideal e indelevelmente o que se quer e verificará o que se atingirá e, especialmente, por que se alcançaram – ou se alcançarão – ou não os desideratos maiores.

## 7. Considerações finais

O princípio da subsidiariedade, nascido do pensamento cristão, procura favorecer – e, mesmo, estimular – que instâncias sociais participem da ordem social e tragam seu contributo para a solução dos diferentes problemas que nela se estabelecem em diversas instâncias. Não se trata de reafirmar o liberalismo individualista, mas de reconhecer que, ao mesmo tempo em que iniciativas próprias – de indivíduos ou grupos específicos – são perfeitamente adequadas para resolver certa ordem de problemas, há necessidade de atuação de instâncias maiores a eles para solucionar outros tipos de questões.

Note-se que a participação estimulada é de todas as instâncias presentes na sociedade, inclusive do indivíduo, resgatando um sentido democrático do político a serviço do social e da pessoa humana. Por esse

princípio o poder político é distribuído equilibradamente na sociedade, sendo o aglutinador e auxiliar do corpo social, mas possibilitando manifestações de fundo originado de sua concepção plural de sociedade. Sua apropriação moderna se dá no campo do direito administrativo, no processo federativo, no âmbito econômico e nos processos integrativos das relações internacionais, tendo sido adotado na União Européia.

O uso desse município na cultura européia tem sido cauteloso, mas a prática sociopolítica daqueles povos tem revelado que está em atuação constante na busca de afirmações de direitos, de reconhecimento de minorias, de extensão da participação democrática etc., a ponto de ter sido reconhecido como um dos princípios estruturais da integração européia em curso, evidentemente do estágio que já encontrou a integração e daí por diante, respeitando-se o que já foi feito, construído ou estabelecido no passado.

Entretanto, para os emergentes processos de integração regional, poderia funcionar, juntamente com outros princípios, como afirmação histórico-cultural de um conteúdo significativo de integração próprio, justamente pela história e cultura dos povos envolvidos e pelo alcance possível a ser dado em dado contexto histórico presente.

## Referências

AMARAL, Carlos Eduardo Pacheco. *Do Estado soberano ao Estado das autonomias: regionalismo, subsidiariedade e autonomia para uma nova idéia de Estado*. Porto: Afrontamento, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PIÉRRE-CAPS, Stéphane. *A multinação: o futuro das minorias na Europa central e oriental*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.



# O direito sob o olhar socioeconômico: estratégias para uma ação conjunta

Everton das Neves Gonçalves\*  
Joana Stelzer\*\*

*1. Introdução; 2. A ciência jurídica envolvida pela teia socioeconômica: Uma complexa trama; 3. Alternativas para uma ciência jurídica construtora do bem-estar social e econômico; 4. Considerações finais; Referências.*

## 1. Introdução

O presente artigo objetiva evidenciar a necessidade de o direito interagir com outros ramos do saber, especialmente com as questões sociológicas e econômicas. É inevitável constatar que o direito, como fenômeno social que é, está intimamente relacionado com diversas áreas do conhecimento. De fato, relaciona-se com a política, a sociologia, a educação, a cultura, a antropologia, a economia, entre outros. Questão crucial, no entanto, é delimitar até que ponto o fato social interfere na norma e, de outra forma, até que ponto a própria norma interfere

---

\* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá / SP; graduado em Ciências Econômicas Fundação pela Universidade Federal do Rio Grande; mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais; professor de Direito Constitucional na Fundação Universidade Federal do Rio Grande; professor de Direito Econômico na Fundação Universidade Federal do Rio Grande; chefe do Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal do Rio Grande.

\*\* Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas; graduado em Administração com Habilitação em Comércio Exterior pela Universidade Paulista; mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; professora de Direito Internacional Público na Universidade do Vale do Itajaí; professora de Relações Sociais Internacionais na Universidade do Vale do Itajaí; professora pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Sócio-Econômicas - Nupese / Ceciesa / Univali; coordenadora do curso de Comércio Exterior na Universidade do Vale do Itajaí.

no fato social. Nesse sentido, deseja-se analisar alguns aspectos inerentes às matizes da Escola Sociológica e da doutrina de seus pensadores, bem como a relação fato-norma, procurando evidenciar a importância do social e do econômico nesse contexto.

Não se almeja relacionar a norma simplesmente subordinando-a ao fato social ou econômico, mas destacar a influência decisiva do meio social na consecução do legal, como que o legitimando, através de uma razão comunicativa à moda *habermasiana*. Como pressuposto metodológico para a presente análise, cumpre ter em mente que o cientificismo e a apreciação cartesiana de compartimentação do todo escondem uma especialização do conhecimento global que lhe serve de mero instrumental didático-pedagógico. Portanto, no espírito de amplitude e de visão holística é que se deve apreciar o presente estudo, pois está visto que a adoção de uma tendência de simplificação e de compartimentação pode deixar a desejar quanto ao estudo das complexas relações sociais. Não se condene de todo a possibilidade de o filósofo alcançar a totalidade a partir das pluralidades de objetos parciais, mas condene-se o pedantismo científico de tomar-se pelo todo o que é encontrado como sugerido pela fração.

No intuito de verificar como se entrelaça o direito com outras áreas do saber, duas formas de apreciação podem ser esboçadas. Analisando-se o direito segundo a sua concepção ontológica, tem-se que a existência do fenômeno ocorre por si, independentemente da consciência e, portanto, da norma. Trata-se de uma ordem prévia delineadora dos fatos e relações, independentemente da normatividade. Pressupõe-se, por consequência, a onticidade do direito como eterna e onipresente. De outro lado, uma percepção subjetivo-empírica dos fatos leva à apreciação, por parte do sujeito pensante, de métodos científicos e racionais que o levem a explicar o ser a partir da tomada de consciência, como que desprezando o que não pode cientificamente ser comprovado.

Ambas as posturas têm algo de radical e a pós-modernidade lança a discussão da volta ao “não necessariamente racional” (no sentido de ser plenamente explicável pela lógica), afastando-se do purismo científico que o relega a um plano inferior.<sup>1</sup> Estruturado em duas partes, o presente estudo busca evidenciar os difusos contornos socioeconômicos nos

---

<sup>1</sup> Na modernidade, o positivismo científico-jurídico prevalece em suas variantes do positivismo lógico-normativo de Kant e de Hans Kelsen, bem como na do positivismo jurídico-empirista, que aprecia o real, o existente, através da psicologia jurídica de, por exemplo, Bierling e da sociologia jurídica de Rudolf V. Jhering e Max Weber.



quais está envolvida a ciência jurídica para, na seqüência, fazer emergir alternativas capazes de viabilizar o bem-estar individual e coletivo. Por fim, são esboçadas idéias que almejam trilhar caminhos concretos às proposições sugeridas.

## 2. A ciência jurídica envolvida pela teia socioeconômica: uma complexa trama

Ao referir-se à ciência jurídica em meio às demais ciências sociais, é preciso referir-se, preliminarmente, à Escola Sociológica do Direito, que procura entender o fenômeno jurídico por meio de análises empíricas da realidade, do direito comparado e do entendimento teórico-social.<sup>2</sup> Embora não se possa reduzir o direito ao simples fenômeno social, este é também determinante daquele na medida em que, pela observação empírica e dentro de um curso histórico-evolutivo, podem ser acompanhadas as transformações da ciência jurídica conforme se verifique uma relação dialética fato-norma em que um determina e modifica o outro. A sociedade, à medida que toma consciência de si através da maturação político-ideológica, do implemento de uma cidadania ativa e, ainda, da evolução econômico-material, gera uma ansiedade em relação à norma, que, por sua vez, deve acompanhar esse evoluir; do contrário, pode se tornar ineficaz e obsoleta, levando ainda ao mal-estar característico do direito desvirtuado do fato social.

É verificável que o direito, hoje, no Brasil, não corresponde às expectativas sociais, pois, como criação imposta pelo Estado e conforme o modelo econômico vigente, afasta-se da sociedade civil, procurando, insatisfatoriamente, legitimar-se em um procedimento sistêmico tecnoburocrata. O resultado derradeiro é o descumprimento da norma, inclusive porque a sanção não intimida na relação custo-benefício. Dessa forma, opta-se pelo ônus referente ao sofrer da sanção legal, em função da obtenção de vantagem no proceder à ação normatizada proibida.

O manancial sociológico pode viabilizar a análise de diversas categorias jurídicas, como o conceito sociológico de direito, a eficácia das normas jurídicas, o perfil dos operadores jurídicos, a implementação de no-

---

<sup>2</sup> Na qualidade de grandes pensadores, citem-se Franz Von Liszt, Ernest Fuchs, Eugen Erlich, Durkheim, Duguit, Maihofer, Ziegert e outros. No Brasil, destacam-se pensadores como Tobias Barreto (*Introdução ao estudo do direito*), Sílvio Romero (*Ensaio de filosofia do direito*), Pedro Lessa (*Estudos de filosofia do direito*), Clóvis Beviláqua (*Juristas filósofos*) e João Arruda (*Filosofia do direito*).

vas técnicas no processo judicial, entre outros. Com isso, abre-se a possibilidade de alcançar um estágio teórico suficientemente hábil para abandonar a simples subsunção rígida e gélida do caso à norma em virtude da aplicação de um direito racionalizado. Nesse sentido, é possível fazer interagir o direito, o fato e a norma. Naturalmente, isso não significa que o operador jurídico ou o jus-filósofo deva, obrigatoriamente, imiscuir-se nos diversos meios sociais, tendo de vivenciar amargas experiências sofridas pelo povo,<sup>3</sup> mas afirmar a necessidade de a realidade social ser acompanhada com interesse e atenção.

As ciências sociais, destarte, permitem introduzir a realidade na formação dos juristas, fazendo-os perceber o cotidiano e as repercussões fáticas do direito, alcançando uma prática jurídica legitimada pelo social. Aqui, então, lembre-se o entendimento do sociólogo Habermas e sua razão comunicativa como forma de legitimação da norma. Nesse processo de contato entre o social e o jurídico, algumas etapas são identificáveis desde o processo legiferante, perpassando-se a aplicação coativa das normas e o Judiciário, relevando-se o perfil do operador jurídico e das instituições, analisando-se o desvio de conduta e, finalmente, relacionando-se a norma jurídica com o social. Em síntese, é possível delimitar uma interdisciplinaridade rumo a uma nova concepção científica não hermética de interpretação das manifestações jurídicas em meio aos fatos sociais.

Cabe, ademais, lembrar o enfoque funcional do direito, pois não se deve apenas garantir a ordem e a paz, mas materializar a organização e a legitimação do poder social. O direito, então, passa a ser apreciado segundo métodos empírico-sociais, que, inevitavelmente, detectam a disfunção entre o poder e a norma estatal.

Na visão extrospectiva judicial nitidamente se observa hoje, mesmo em nosso país, comportamentos alinháveis com conceitos de Direito bem diferenciados. O primeiro deles reside na redução de que o juiz é o aplicador da lei qualquer que seja o seu conteúdo. Essa é uma conclusão decorrente da Escola Positivista do Direito em que a Ciência Jurídica se exaure na lei e que além dela não importa interpretação. O justo é o que a lei diz que é. No campo diametralmente oposto, surge a idéia de que o juiz é o instrumento finalista de justiça e que nessa busca pode desconhecer inclusive a lei quando a concebe

---

<sup>3</sup> O filósofo português Boaventura de Souza Santos realizou trabalho de campo interessante em uma favela da cidade do Rio de Janeiro, verificando pessoalmente as dificuldades e as soluções quotidianas de um povo marginalizado e desprovido do acesso eficiente ao Judiciário.

injusta, porque, como tal, Direito não é. O justo dessa forma é um conceito subjetivo. Uma terceira posição judicial entende que deve haver uma nítida consonância entre a interpretação do juiz e a sociedade e, portanto, a decisão a ser proferida deve ser a resposta à aspiração social. (Barros, 1995, p. 106)

Nesse contexto interpretativo interdisciplinar do direito, também se encontra outra importante ciência social, capaz de interferir significativamente nesse processo: a ciência econômica. Ora, se Hans Kelsen em sua norma pura determinou, a seu tempo, o espaço próprio de cientificidade pura para o direito, atualmente se verifica a chamada “crise” desse paradigma jurídico positivista-legalista, evidenciando a necessidade de novos rumos. Um deles pode ser o da escola americana *Law and Economics*. A referência diz respeito à Escola de Chicago (EUA), por meio da qual se almeja uma interpretação econômica do direito, procurando apreciar a crise de governabilidade existente no Estado de duplo enfoque: órgão promotor da racionalidade jurídica voltada à justiça (como bem maior) e órgão técnico-administrativo que busca a eficácia econômica.

Extraí-se desse raciocínio a idéia de utilização da sociologia jurídica e de outras ciências sociais para investigar a eficácia do direito. Destarte, sugere-se a seguinte idéia para conjectura: se existe a teoria “pura da norma”, por que não se pode falar de uma “eficiência marginal da norma”? Parece possível uma análise jurídica que não leve em consideração um ângulo ético voltado apenas aos ideais de justiça, mas, também, voltado a uma ótica racional embasada na eficiência e na racionalidade técnica. Afinal, se o paradigma normativo-dogmático hodiernamente criticado é fruto histórico da ascensão hegemônica da burguesia e, conforme Marx afirma, trata-se de produto (superestrutura) oriundo da estrutura econômica, emerge necessário assumir esse caráter do direito. Com isso, seria possível, igualmente, verificar qual o papel do Estado e, em especial, do Estado brasileiro em relação à ordem econômica, dentro de uma ótica interpretativo-jurídica de atuação conforme os ditames da doutrina *Law and Economics*. Considerando a existência de uma teoria econômica que, simultaneamente, exerce um papel normativo e positivo no estudo dos institutos do direito, emerge possível uma interpretação capaz de compreender o universo jurídico partindo de pressupostos econômicos.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Na prática, os diversos rumos do governo brasileiro têm submetido a economia e a ordem econômica nacional a uma política evidenciadora de matizes inerentes à Escola de Chicago denominada *Law and Economics*. Por outro lado, contudo, o enfoque teórico ainda é incipiente.

O direito, como norma oriunda do monismo estatal hegemônico, deveria fundamentar-se na nova ordem econômica global, capaz de apresentar traços indelévels de sistemas econômicos basilares, bem como princípios plenamente vinculados à ordem econômica internacional. Entende-se, pelo exposto, que a prática jurídico-econômica deve fazer refletir, como fenômeno jurídico-social, realidade inevitável e inarredável da previsão legal em meio aos critérios jurídicos embasados na racionalidade normativa que busque a eficiência.

A referência diz respeito ao surgimento de um sistema econômico híbrido caracterizado pela diversidade de práticas econômicas líbero-socializantes, qual seja, o sistema líbero-social. Não há mais espaço para a unitarização do pensar e do proceder. Igualmente, não há sentido no isolacionismo seja no âmbito individual, seja de coletividades inteiras, na medida em que os agentes econômicos inter-reagem em busca da satisfação de suas necessidades e dentro da perspectiva máxima de otimização de ganhos e de minimização de prejuízos. Verifica-se, em verdade, como condição *sine qua non* dessa fase do desenvolvimento, a defesa dos interesses econômicos pessoais e coletivos. Não por outro motivo, é preciso encontrar alternativas que levem em consideração aspectos jurídicos, sociológicos e econômicos, sob pena de o homem sucumbir em meio à desordem física e espiritual que desarticula sua própria existência e a dos demais.

### **3. Alternativas para uma ciência jurídica construtora do bem-estar social e econômico**

De maneira genérica, e sob o enfoque cartesiano, todos os diversos ramos do direito estão capitulados no texto constitucional, no qual também são balizados princípios organizativos do poder político e econômico, além de estar estabelecida uma ordem social. Diversas são as proposições teórico-positivadas nas leis magnas, normalmente oriundas dos processos legislativos que vivenciam a especificidade de cada povo e a situação político-social-institucional historicamente trilhada. Ainda assim, é possível ocorrer a elaboração normativo-jurídica sem considerar os aspectos econômico-científicos necessários para a delineação de uma norma fundamental correspondente à realidade político-econômico-institucional.

O ordenamento legislado, contudo, deve refletir as possibilidades e necessidades inerentes ao processo econômico, de tal modo que seja alcançado o desenvolvimento nacional, excluindo-se soluções

casuísticas particularizadas em benefício de poucos e relevando-se os critérios de eficiência e valor econômico abrangentes de todo o contexto social. Dessa maneira, podem ser detectadas (inclusive) algumas soluções para a questão econômica.

Uma delas é a aplicação de uma interpretação econômica do direito (como método). Existe um consenso sobre a concepção de que não se acaba com inflação por meio de decretos ou de medidas provisórias; os diplomas não mudam a realidade, embora a influenciem. Em consequência, as leis (modo geral) devem guardar um mínimo de harmonia com o sistema normativo existente e as máximas econômicas, de forma a possibilitar a fluidez das relações econômicas de produção, circulação, repartição e consumo, facilitando a maximização dos lucros e a otimização da riqueza, capaz de gerar um sistema econômico que satisfaça aos indivíduos de forma isolada e coletiva.

Não se pode olvidar que toda essa forma de pensar econômico está inserida num contexto de globalização. O que passa, em verdade, é que uma nova ordem econômica mundial estrutura-se em função do esgotamento dos sistemas tradicionais de acumulação de capital. Verifica-se a procura de economias de escala através da institucionalização de grandes mercados (a exemplo da União Européia, do Mercosul e dos Tigres Asiáticos), em meio ao não menos presente rompimento de instituições e práticas tradicionais de unificação social-econômica, como no caso da desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Hodiernamente, almeja-se um modelo de superação das crises cíclicas do hegemônico sistema capitalista na busca de resultados de prosperidade que, até o presente momento, o imperialismo econômico – caracterizado pelo capitalismo ou pelo socialismo real do Leste europeu – não conseguiu. Afinal, a economia já não pode mais ser analisada como um sistema fechado dentro de fronteiras de um Estado. Não há como permanecer indiferente à realidade do outro, pois a alteridade é essencial e traz como necessidade um *amplo aberto de mãos* na tentativa de escapar dos maléficos efeitos acarretados pela globalização. As constantes mudanças sociopolítico-econômicas demonstram que existe uma significativa instabilidade institucional que ronda o mundo, fazendo oscilar os diversos paradigmas até então existentes entre pólos de liberalidade total até à completa ação diretivo-centralizadora em todas as áreas, perpassando, é verdade, por posições intermediárias que mal se caracterizam em meio às ideologias extremistas.

Não por outro motivo, muitas vezes emerge uma falsa questão quando se rotula um sistema econômico de capitalista ou socialista. Da mesma forma, no âmbito da juridicidade, apresenta-se equivocada a exposição dicotômica de um direito eminentemente burguês comparado com outro chamado “direito social” ou “proletário”. Na verdade, é possível perseguir uma terceira via, que foge à idiosincrasia parcial e tendenciosa em relação a um ou outro sistema, devendo-se observar o assunto com olhos de isenção para uma compreensão científica da realidade existente. Por um lado, diz-se que nunca existiu o socialismo real, justificando-se o ocorrido na URSS (a não ser como um capitalismo de Estado); por outro, após a crise econômica mundial de 1929, o colapso do sistema capitalista-liberal, em virtude do esgotamento dos sistemas tradicionais de acumulação de capitais, fez surgir a idéia do intervencionismo estatal nos moldes keynesianos. À luz singela dessas instabilidades econômicas básicas, acredita-se numa proposição jurídica conciliatória.

O padrão jurídico-normativo, numa perspectiva interdisciplinar, deve refletir um consenso econômico-social que respeite a decisão individual não segundo a hegemonia majoritária, mas segundo a interação dialógica dos diversos centros de decisão; dito de outro modo, que, mediante a aplicação de critérios econômico-rationais e jurídico-sociais, seja possibilitada à pessoa humana uma tomada de decisão no âmbito do mercado respaldada pela responsabilidade social. Além disso, que essa tomada de decisão seja compatível para implementar, pessoal e coletivamente, um processo desenvolvimentista suporte da realidade socioeconômica traçada, segundo perspectivas de eficiência econômico-social.

Diversas são as análises que procuram recriar o direito, reinterpretando-o para, então, reconstruí-lo. Acredita-se, portanto, que o método calcado na doutrina *Law and Economics* (método jurídico-persuasivo) é uma dessas possibilidades frente ao esgotado paradigma jurídico-coercitivo. Em tal contexto inovador, a ordem normativa brasileira precisa estar adaptada e receptiva às progressistas opções de desenvolvimento e estruturação do processo econômico nacional. O anacronismo normativo-econômico, indubitavelmente, leva à estagnação e ao retrocesso no processo desenvolvimentista, num contrapasso com a realidade dinâmica mundial. Repensar a realidade legal e econômica brasileira segundo uma ótica despreconceituosa, aberta para a razão e refratária aos extremismos é uma necessidade que bate à porta.

A temática econômica nacional pode e deve ser analisada em sua justa perspectiva jurídica. Conforme a tendência doutrinária *Law and Economics*, não se trata de atribuir exclusiva hegemonia à eficiência de mercado em detrimento do direito; ao contrário, trata-se determinar a necessária interação entre a fenomenologia desenvolvida no espaço econômico e sua regulação normativa, de forma a evitar o descompasso entre a realidade econômica dinâmica e o moroso e político processo legislativo (não raras vezes questionado, posteriormente, no Judiciário). A realidade brasileira deve estar amparada por um sistema interpretativo-normativo que, antes de entravar os diversos processos sociais, estruture-os e dinamize-os rumo à superação conjunta dos problemas que assolam a sociedade menos favorecida.

Parece desnecessário exemplificar que, com o passar dos anos, o próprio direito econômico internacional e o direito comunitário desenvolvido na União Européia ultrapassaram os institutos inerentes ao direito interno. O fenômeno da integração econômica ampliou a discussão a respeito dos ordenamentos constitucionais pátrios, que flutuam ao sabor das necessidades econômicas integracionistas, na medida em que os países não podem manter-se isolados e, portanto, percebem-se absolutamente inseridos naquele contexto. O direito não pode ficar alheio à discussão sobre organização produtiva, participação social no processo produtivo e repartitivo da renda, liberdade de iniciativa, organização cooperativo-social, atuação estatal no domínio econômico, investimentos e problemas dessa ordem, pois são inerentes ao bem-estar do país inserido no contexto mundial.

Em evidência também está a real necessidade de análise (e opções de saída) para a chamada “crise de governabilidade”, evidente em diversos países, especialmente no Brasil, cujo sistema econômico estrutura um pseudocapitalismo, muito aquém, obviamente, do real socialismo, mas que apresenta um forte intervencionismo estatal, envolto em política neoliberalizante. O *Welfare-State*, característico do capitalismo monopolista, reorganiza-se também no Brasil sob a égide da flexibilização global do capital internacional. Justifica, nesse caso, destacar-se quais são os ditames ideológicos de um sistema interpretativo jurídico-econômico alternativo.

No plano do Direito, o poder na economia deve ser atribuído ao povo, entendido este não como uma entidade transcendente, mas como gente, de carne e osso. Está aí a

mais simples das caracterizações da “democracia” econômica. No modelo perfeito, que apenas existe na lição dos economistas, a economia de mercado é o reflexo não distorcido desta soberania popular no mundo econômico. Entretanto, na realidade, a prática da economia descentralizada revela grandes distorções que muito afastam a vivência do ideal. (Ferreira Filho, 1990, p. 20)

Ocorre que a decisão da vida econômica é tomada por um grande número de agentes que nem sempre detêm poder econômico de forma isolada e socialmente justa. A formação de cartéis, os trustes, as *holdings* e o intervencionismo do próprio Estado levam à complexa situação de desigualdade e de abuso do poder econômico em meio às práticas autoritárias. Vejam-se os diversos planos econômicos instalados no país, que, arbitrariamente, atingiram os particulares, surpreendendo-os com medidas confiscatórias e atentatórias aos princípios e garantias constitucionais fundamentais (como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a garantia do desenvolvimento nacional, a propriedade privada, a garantia da igualdade – jurídica, política e econômica). Mesmo de uma ótica liberal, reconhece-se que o abuso do poder econômico deve ser evitado sob pena de ver-se cumprida a idéia marxiana de que o capitalismo é autofágico. Portanto, emerge também inarredável a necessidade de se cristalizarem princípios jurídicos capazes de evitar o abuso do poder econômico.

Ainda num outro aspecto, deve ser lembrado que, ao se legislar sobre a realidade econômica, muitas vezes se olvidam diversos aspectos histórico-sociais. E mais grave se torna o problema quando da constitucionalização e da ideologização de princípios econômicos traçados com base numa visão não crítica do direito, meramente representativa dos interesses hegemônicos.<sup>5</sup>

Urge, pois, em tempos neoliberais, examinar de uma perspectiva crítico-racional as possibilidades de influência da doutrina americana *Law and Economics* sobre a ordem econômica nacional

---

<sup>5</sup> Sendo o direito ciência social que analisa fenômenos multidisciplinares, cumpre considerar, em seu estudo e formação, o instrumental teórico carreado do conhecimento filosófico, econômico, sociológico, sem esquecer da própria ciência do direito (inclusive de seus ramos, como o direito constitucional, a teoria geral do estado, o direito econômico, a teoria geral do direito, entre outros). Nessa tentativa de reforma do direito à luz das considerações de cunho econômico, de especial utilidade se revestem os ramos da ciência econômica, como a teoria macroeconômica, a teoria microeconômica, a economia internacional, a história do pensamento econômico, a econometria, a política econômica, entre outros.



constitucionalizada. Em especial, deve ser apreciada, uma inovadora ótica, a legislação atinente à planificação econômica considerando-se o fato de o país estar inserido numa ordem econômica mundial dinâmica e interativa (além da inserção brasileira no processo de integração do Mercosul). Dessa análise decorre a possibilidade de adequação do novo sistema interpretativo-jurídico-econômico, mediante a formulação de novas premissas ou da adaptação das existentes à ordem jurídica interna dentro de um contexto internacional, relevando-se e sugerindo-se aplicativos para a doutrina do *Law and Economics* no direito pátrio.

#### 4. Considerações finais

Partindo do pressuposto de que o Estado participa num processo interativo no mercado, entende-se a necessidade de desenvolver conceitos socioeconômicos mais ecléticos e aspectos legais dinâmicos, por meio dos quais se possa começar a reconstrução normativo-econômico-sociológica da realidade nacional. Por essa razão, inclusive, alguns autores vislumbram uma espécie de convergência entre o capitalismo e o socialismo planificador em suas fases de evolução mais avançadas.

Destarte, é preciso repensar a ordem econômica nacional, que, por um lado, possui um vetor para um Estado líbero-social, mas, por outro, prega a liberdade dos agentes econômicos em geral. No caso específico do direito, deve ser aventada a possibilidade de se sugerirem modificações no âmbito da realidade social exposta a partir de uma pragmática interpretação normativo-econômica. Necessário se faz um dinâmico direito, interpretado à luz da eficiência e da racionalidade econômica, mas não se desprezando uma visão social dos fenômenos.

Com base em tais considerações, sugerem-se as seguintes estratégias no intuito de habilitar uma sociedade mais justa, dos pontos de vista jurídico, econômico e social:

- a) delimitar o papel do Estado, enquanto sujeito inserido dentro do contexto da atividade econômica;
- b) estabelecer as premissas da doutrina do *Law and Economics* aplicáveis ao caso brasileiro;
- c) demonstrar que, no binômio *fato econômico vs. norma*, as ciências sociais gerais interagem com o direito num processo dialético;

- d) apontar procedimentos e máximas interpretativo-jurisdicionais que, constitucionalizadas, legitimam uma prática econômica global *latu sensu* desburocratizada e livre dos resquícios fundamentalistas extremados;
- e) levantar estratégias que viabilizem um sistema econômico líbero-social dentro de uma perspectiva de interação do individual e do coletivo;
- f) avaliar a crise jurídico-normativa em função de uma crise econômico-social;
- g) evidenciar que os padrões jurídico-normativos expressam-se como oriundos do poder político e econômico, mas, indubitavelmente, apresentam-se eficazes desde que observada e considerada a articulação de valores e anseios sociais;
- h) avaliar o controle jurídico interpretativo-normativo da atividade econômica (grau de intensidade e necessidade);
- i) a partir da premissa de atuação do Estado, habilitar a intervenção no domínio econômico e a sistematização desses limites e especificidades, segundo critérios de eficiência e utilidade;
- j) constatar a crise existente entre a racionalidade legal e a busca da eficiência econômica, caracterizando o paradoxo da governabilidade;
- k) constatar a mudança de um paradigma mecanicista-procedimental para um modelo holístico-interativo nos diversos campos do conhecimento, em especial das ciências sociais, do direito e da economia.

Abre-se, pois, uma perspectiva que busca amenizar as angústias que rondam a ciência jurídica. Naturalmente, não se desconhecem as extremas dificuldades que deverão ser vencidas frente a um histórico desequilíbrio entre o individual e o coletivo, entre o atraso e o desenvolvimento, entre os métodos jurídico-coercitivos e jurídico-persuasivos. De qualquer maneira, o debruçar sobre novas soluções precisa ser exercitado para que se lancem alternativas capazes de fomentar a discussão e de viabilizar estratégias na busca do bem-estar social, econômico e jurídico.

## Referências

BARROS, Wellington Pacheco. *A interpretação sociológica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 76).

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 2. ed. Madrid: Cátedra Teorema, 1994.

\_\_\_\_\_. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980. (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 60).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. Trad. Edgard Malagoli. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

PREZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e social-democracia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. *Democracia e mercado no Leste europeu e na América Latina*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

\_\_\_\_\_. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Angelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

WEBER, Max. *O político e o cientista*. Lisboa: Editorial Presença, 1979.



# *D*umping social

Roberto Di Sena Júnior\*

*1. Introdução; 2. Conceito de dumping; 3. Dumping: instrumento de defesa comercial ou medida protecionista?; 4. Dumping social: um tema em debate; 5. Conseqüências do debate; 6. Considerações finais; Referências*

## 1. Introdução

Inúmeras empresas de países desenvolvidos afirmam serem prejudicadas em virtude da não-observância de padrões trabalhistas mínimos em nações em desenvolvimento, ou seja, afirmam que há uma prática de políticas de subemprego (trabalho infantil e escravo, por exemplo) por parte dos empresários desses países. A vantagem decorrente dessa prática, traduzida em salários mais baixos e menos encargos sociais, proporcionaria lucros mais elevados a essas empresas, se comparados aos obtidos em países desenvolvidos. O presente trabalho pretende fornecer alguns esclarecimentos sobre o *dumping* social, cuja regulamentação é defendida pelos Estados Unidos e por alguns membros da União Européia, que tentam vincular a idéia de *dumping* à parte social da produção.

Primeiramente, procura-se explicar o que é *dumping* e como é atualmente regulamentado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Ver-se-á como a utilização de medidas anti-*dumping* vem crescendo nos últimos anos, especialmente nos países em desen-

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor de Direito e Relações Internacionais na Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: disena@sj.univali.br.

volvimento, que passaram a proteger mais seus mercados. Será discutida ainda a importância do *dumping* no contexto da OMC e como seu uso como instrumento protecionista vem se tornando cada dia mais evidente.

Em seguida, trabalhar-se-á o conceito de *dumping* social privilegiando ambos os lados da questão: os argumentos tanto dos países desenvolvidos quanto daqueles em desenvolvimento. No decurso dessa discussão, o presente artigo propõe-se responder a inúmeras perguntas, tais como: o debate dessa questão é pertinente atualmente? A regulamentação do *dumping* social aumentará o bem-estar dos trabalhadores dos países com baixos padrões trabalhistas? Qual é a relação do tema com a regulamentação multilateral do comércio?

## 2. Conceito de *dumping*

A abordagem do *dumping* é bastante antiga, sendo extremamente difícil estabelecer quando o problema surgiu inicialmente, havendo relatos de sua prática por produtores norte-americanos já nas últimas décadas do século XIX (Rodrigues, 1999, p. 167). Essa situação levou o Canadá a adotar, em 1904, o *Act to Amend the Customs Tariffs* com o objetivo de mitigar a ação das grandes companhias dos Estados Unidos, cuja atuação se revelava ruínosa às indústrias daquele país (p. 32). Esse exemplo foi prontamente seguido por vários outros países, tais como Nova Zelândia (1905), Austrália (1906), Japão (1910), África do Sul (1914), EUA (1916) e Reino Unido (1921) (Barral, 2000 a, p. 74).

O art. VI. 1 do Gatt 1947 define a prática do *dumping* da seguinte forma: "As partes contratantes reconhecem que o *dumping* que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, é condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou se retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional."

Apesar de conceituar o *dumping*, o art. VI do Gatt não disciplinou todos os seus aspectos, fato que suscitou a elaboração do "Acordo de Implementação do Artigo VI do Gatt", também conhecido como "Código Anti-dumping". Existiram três versões do Código Anti-dumping: a primeira, ao qual o Brasil não aderiu, decorreu dos esforços encetados por ocasião da Rodada Kennedy; a segunda foi fruto da Rodada Tóquio e a terceira, e última versão, ainda em vigor, foi elabo-

rada durante a Rodada Uruguai, razão pela qual ficou conhecida como “Acordo Antidumping da Rodada Uruguai,” ou simplesmente “Aaru”.

Segundo Barral, a prática do *dumping* pode ser definida como a discriminação de preços entre dois mercados, isto é, quando o preço relativo de determinado bem, produzido pelo mesmo produtor, difere em dois países, desconsiderando-se os fatores relacionados a transporte, tarifas, taxas aduaneiras e demais encargos (Barral, 2000 b, p. 391). Boltuck concebe o *dumping* como a venda de um produto importado abaixo de seu valor normal<sup>1</sup> e, em virtude de essa prática ser considerada desleal pelos acordos do Gatt/OMC, autoriza-se a imposição de medidas anti-*dumping* não superiores à margem total do *dumping* praticado (1987, p. 45).

Em síntese, o *dumping* ocorre quando o preço de exportação do produto é inferior ao preço de venda no mercado interno do país exportador. Para ser condenável, essa diferença de preços (margem de *dumping*) deve acarretar dano relevante à indústria do país importador.

### 3. Dumping: instrumento de defesa comercial ou medida protecionista?

O principal argumento utilizado para coibir o *dumping* é seu pretense intuito predatório, ou seja, a empresa exportadora, pretensamente, venderia seus produtos no mercado externo por preço inferior ao praticado internamente para, após eliminar os concorrentes e conquistar o mercado, elevar unilateralmente os preços e auferir lucros monopolistas. A justificativa econômica do intuito predatório é bastante questionável e, muito embora seja teoricamente possível, sua existência real reclama a ocorrência simultânea de fatores extremamente complexos.

De fato, a preocupação que move os países na regulamentação dessa prática tem adquirido novas dimensões, porquanto, longe de favorecer o livre comércio e mitigar suas distorções, as medidas anti-*dumping* têm servido muito mais como mecanismo protecionista (barreira não-

---

<sup>1</sup> Valor normal é definido pelo do dec. nº 1.602/95, art. 5º, da seguinte forma: “Considera-se valor normal o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador”.

tarifária) do qual se valem, na maioria das vezes, os países desenvolvidos para restringir o livre comércio.

Esse é um fato preocupante porque, se as tarifas são reduzidas, mas, ao mesmo tempo, medidas anti-*dumping* continuam a ser utilizadas como mecanismos de proteção, os possíveis ganhos provenientes do acesso a mercados são anulados. Nesse sentido, Evenett afirma que “o crescente uso de ações antidumping contra empresas estrangeiras ameaça enfraquecer um dos benefícios-chave das regras comerciais globais: acesso estável e previsível aos mercados externos” (1999, p.3).

O crescimento dessa prática no âmbito do comércio internacional tem sido motivo de preocupações constantes e de inúmeros atritos entre os membros da OMC. Contudo, longe de sinalizar com a redução de seu uso, o que se observa é seu aumento contínuo. A Tabela 1 demonstra em números essa situação.

	Investigações Iniciadas	Medidas Provisórias	Medidas Definitivas	Garantias de Preço	Medidas em vigor em 30 de junho de 2000
África do Sul	20	9	12	0	109
Argentina	44	8	13	1	45
Austrália	20	6	3	4	56
Brasil	10	0	11	3	52
Canadá	41	38	12	1	89
Chile	4	0	0	0	0
Cingapura	0	0	0	0	2
Coréia do Sul	5	0	1	2	29
Colômbia	0	0	0	2	Não disponível
Egito	1	0	0	0	10
Estados Unidos	77	35	20	0	241
Filipinas	2	2	5	0	Não disponível
Índia	37	52	41	0	121
Indonésia	1	7	3	0	Não disponível
Israel	2	1	1	0	4
Japão	2	0	0	0	Não disponível

*continua...*



	Investigações Iniciadas	Medidas Provisórias	Medidas Definitivas	Garantias de Preço	Medidas em vigor em 30 de junho de 2000
Malásia	0	0	0	0	8
México	4	4	6	0	66
Nova Zelândia	5	2	3	0	11
Peru	0	1	1	1	15
Polônia	0	0	5	1	Não disponível
República Checa	0	0	1	0	1
Tailândia	1	0	0	0	6
Trinidad e Tobago	1	1	2	0	5
Turquia	2	0	2	0	15
União Européia	29	16	36	1	219
Uruguai	3	0	0	0	Não disponível
Venezuela	2	1	0	0	1
Total	313	183	178	16	1105

Tabela 1. Sumário de medidas antidumping (de 1º de julho de 2000 a 30 de junho de 2001)\*

\*Fonte: WTO, WTO annual report 2002, p. 72.

Os países desenvolvidos (a única exceção digna de nota é o Japão) sempre foram freqüentes usuários da legislação anti-*dumping* e sempre a utilizaram para proteger segmentos deficitários de sua indústria. Na última década, contudo, a geografia do *dumping* sofreu alterações importantes e os países em desenvolvimento, antes vítimas freqüentes desse instrumento protecionista, passaram a utilizar as mesmas medidas para atingir as empresas estrangeiras (Miranda, Torres e Ruiz, 1998, p. 63-64).<sup>2</sup>

Por exemplo, entre 1985 e 1989, EUA, Canadá, UE e Austrália respondiam por 90% das ações de investigação anti-*dumping* iniciadas nesse período; entre 1990 e 1994, essa porcentagem caiu para 70%.

<sup>2</sup> No mesmo sentido: JACKSON, *The world trading system*, p. 258; EVENETT, *The world trading system*, p. 3.

Entre 1995 e 1997, os mesmos países respondiam por 42% das investigações iniciadas, ao passo que no ano seguinte (1998) a porcentagem era de apenas 34% (Kempton, 2001, p. 8).

Esses números não indicam que os países desenvolvidos reduziram o uso de medidas anti-*dumping*, mas que os países em desenvolvimento, especialmente África do Sul, Índia e México, Brasil e Argentina, também passaram a lançar mão dos mesmos mecanismos com a finalidade de proteger seus mercados e restringir a liberalização comercial (The Economist, 2002).

Já não é mais novidade o fato de medidas anti-*dumping* serem utilizadas como barreiras protecionistas não tarifárias, tornando-se premente a necessidade de se conhecer suas reais limitações jurídicas e econômicas. As medidas anti-*dumping* consistem em exceções autorizadas aos princípios do Gatt/OMC que têm por finalidade proteger, temporariamente, o mercado interno do país que as impõe.

As medidas de defesa comercial (*v.g.* salvaguardas, medidas compensatórias e medidas anti-*dumping*) devem ser entendidas, consoante o espírito do vigente sistema comercial multilateral, como restrições autorizadas e excepcionais ao livre comércio, utilizadas segundo critérios previamente delimitados. Contudo, seu uso abusivo (em especial de medidas anti-*dumping*) tem funcionado não mais como instrumento de proteção excepcional, mas, sim, como efetiva barreira não tarifária utilizada para resguardar interesses de setores econômicos com alto grau de influência política.

O *dumping* é um fenômeno bastante complexo, com matizes jurídicos, políticos e econômicos ainda pouco estudados. Juridicamente, a definição de *dumping* contida no Aaru é bastante simplista e não se coaduna com a realidade da prática internacional, caracterizada pela produção globalizada e por indústrias altamente sofisticadas. No plano econômico, inclusive, há autores que descartam por completo a nocividade dessa prática (Krugman e Obstfeld, 2001, p. 150) e outros que defendem sua exclusão das regras da OMC (Srinivasan, 2001, p.17). A atual concepção de *dumping* caracteriza-se pela grande abrangência na aplicação do termo e pela fragilidade dos critérios técnicos para sua caracterização. Restringir ao máximo a utilização desse mecanismo é medida de salutar favorecimento ao livre comércio.

Apesar de terem sido concebidas como instrumentos excepcionais no âmbito do Gatt/OMC, as medidas de defesa comercial vêm sendo

empregadas, especialmente na última década, com o intuito de limitar a concorrência externa e proteger as indústrias nacionais. Esse quadro precisa ser revertido o quanto antes, porém as forças interessadas em sua manutenção têm demonstrado enorme tenacidade e persistência. Apenas quando o bem-estar da coletividade prevalecer sobre os interesses de grupos privados é que essa situação poderá ser revertida. Infelizmente, não há qualquer sinal indicando que isso ocorrerá em curto prazo.

#### 4. Dumping social: um tema em debate

Nesse contexto, surge a discussão relativa aos padrões trabalhistas. Os países desenvolvidos afirmam que o assunto precisa ser regulamentado na OMC, pois baixos padrões trabalhistas constituem vantagens comparativas desleais. Já os países em desenvolvimento argumentam que a introdução de uma cláusula social no acordo constitutivo da OMC prejudicaria não apenas seus interesses, mas também o próprio comércio internacional.

O *dumping* caracteriza-se pela discriminação de preços no comércio internacional, ou seja, pela venda de mercadorias no exterior por preço inferior àquele praticado no mercado exportador. Os primeiros registros dessa prática remontam ao final do século XIX, mas apenas em 1947, com o acordo do Gatt, a matéria foi disciplinada internacionalmente.

Segundo o Gatt/OMC, a prática de *dumping* é incompatível com a idéia de concorrência perfeita<sup>3</sup> e nociva tanto às relações comerciais internas quanto às externas. Entretanto, economistas advertem que não há razões suficientes para considerar a prática de *dumping* prejudicial ou injusta, haja vista sua existência ser atribuída às economias de escala decorrentes do próprio comércio internacional. Krugman e Obstfeld condenam a disciplina normativa recebida pelo *dumping* no sistema multilateral de comércio nos seguintes termos:

Os economistas nunca estiveram satisfeitos com a idéia de considerar o dumping uma prática proibida. A discriminação dos preços entre os mercados pode ser uma estratégia de

---

<sup>3</sup> Por "concorrência perfeita" entende-se a situação na qual há muitos compradores (demanda) e vendedores (oferta) disputando um mesmo mercado, porém nenhum deles é suficientemente grande para influenciar os preços praticados pelos demais, ou seja, os vendedores dos produtos acreditam que podem vender o quanto quiserem ao preço de mercado, sem que sua conduta influencie o preço que se paga pelo produto.

negócios perfeitamente legítima – assim como os descontos que as linhas aéreas oferecem aos estudantes, pessoas idosas ou turistas que pretendem viajar o final de semana. Além disso, a definição legal de dumping desvia-se substancialmente da definição econômica (Krugman e Obstfeld, 2001, p. 150).

Entretanto, dentro da realidade normativa que será estudada, o *dumping* é, em regra, considerado uma prática danosa e, por essa razão, sua ocorrência sujeita-se à imposição de medidas anti-*dumping*. O Aaru exige três elementos para a caracterização do *dumping*: 1) venda de produtos abaixo do preço praticado no mercado do país exportador;<sup>4</sup> 2) comprovação do dano ou da ameaça de dano à indústria doméstica ou do retardamento no estabelecimento de indústrias que venham a produzir o mesmo produto objeto de *dumping*;<sup>5</sup> 3) nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.<sup>6</sup>

Ao discorrer sobre o tema, Pires informa que a doutrina especializada, via de regra, identifica ou refere-se a onze modalidades diferentes de *dumping*, a saber: *dumping* permanente ou ocasional, predatório, direto ou indireto, aberto e encoberto, defensivo, inverso, cambiário, social (Pires, 2001, p. 181). Já Johannpeter, ao mencionar as razões que levam à prática do *dumping*, faz menção a apenas quatro modalidades: 1) *dumping* estratégico; 2) *dumping* estrutural; 3) *dumping* social; 4) *dumping* ecológico (1996, p. 84-87).

Apesar da grande variedade de classificações, a literatura recente refuta a validade econômica de toda essa complexa categorização. De fato, a classificação doutrinária do *dumping* é irrelevante em face dos preceitos normativos contidos no Aaru, os quais determinam o que é *dumping* e quando sua ocorrência enseja retaliação do país importador através da adoção de medidas anti-*dumping*. Apesar de haver diferenças entre o *dumping* como atividade econômica e o *dumping* como prática internacional condenável, o presente trabalho restringe-se à análise da última situação, ignorando, destarte, elucubrações doutrinárias que não se consubstanciaram no Aaru.

O Acordo Antidumping negociado por ocasião da Rodada Uruguai não faz referência a nenhuma das modalidades de *dumping* citadas, motivo que leva a se questionar tanto a existência efetiva quanto a

4 Cf. art. VI do Gatt e art. 2, II.1, do Aaru.

5 Cf. art. VI do Gatt e art. 3, nota de rodapé nº 9, do Aaru.

6 Cf. art. 5, V. 2 do Aaru.

validade das categorias mencionadas pela doutrina. Sem adentrar no mérito dos elementos que caracterizam cada uma das modalidades de *dumping*, pode-se até admitir sua existência, muito embora nenhuma delas tenha sido contemplada pelo Aaru.

Conforme mencionado anteriormente, o *dumping* exige a ocorrência simultânea de três condições: fato, dano e nexa causal. Demonstrando-se a existência desses requisitos, o elemento subjetivo que determina sua prática, seja ele qual for, fica eclipsado na medida em que não condiciona (positiva ou negativamente) a aplicação das medidas anti-*dumping*. Portanto, quer seja o *dumping* praticado em virtude do excesso de oferta ou dos elevados estoques mundiais (*dumping* estratégico), da depreciação da moeda de troca no país exportador em relação ao padrão monetário internacional (*dumping* cambiário), ou da intenção de eliminar a concorrência no país importador (*dumping* predatório), esses fatores subjetivos são irrelevantes à apreciação da matéria, ao menos no âmbito da OMC.

Por que então falar em *dumping* social? Em verdade, a expressão “*dumping* social” não se presta para qualificar a situação que busca descrever. É, de fato, absolutamente inadequada e imprópria. A discussão em torno do tema surgiu quando alguns países, notadamente EUA e UE, tentaram regulamentar a matéria durante a Rodada Uruguai. A idéia parte do princípio de que alguns produtos são baratos em virtude da utilização de mão-de-obra escrava ou infantil, aos salários irrisórios, por negarem direitos essenciais aos trabalhadores (como o direito de greve, de organização e de negociação coletiva), ou por submeterem-nos a situações precárias de trabalho. Nesse sentido, Pires caracteriza o *dumping* social da seguinte forma: “O *dumping* social tem como característica a venda incentivada pelo baixo nível salarial vigente, bem como pela escassa assistência social colocada à disposição do trabalhador no país de exportação. Referidos fatores impulsionam o comércio internacional, na medida em que contribuem para diminuir os custos de produção” (2001, p. 188).

A vantagem obtida pelas empresas que operam nessas condições – em termos de preço final do produto – deve, nessa visão, ser considerada injusta e, portanto, ser alvo de regulamentação multilateral. Como a venda de produtos abaixo do “valor normal” é identificada como *dumping*, imediatamente as duas matérias foram relacionadas, o que resultou na criação da expressão “*dumping* social”. Para Gonçalves, emprega-se o termo “*dumping* social” para caracterizar “preços inter-

nacionais de produtos distorcidos pelo fato de os custos de produção basearem-se em normas e condições trabalhistas inferiores ao que seria considerado razoável ou adequado em nível internacionalmente” (2000, p. 50).

Entretanto, os argumentos subjacentes à idéia de *dumping* condenável e *dumping* social são sensivelmente diferentes. O Aaru regulamentou o *dumping* para evitar a discriminação internacional de preços e estabeleceu o conceito de “valor normal” como o parâmetro a ser considerado. Entende-se por valor normal o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis que o destinem para consumo interno no país exportador. Dessa forma, só há *dumping* quando o preço do produto exportado é inferior ao praticado no mercado interno.

No caso do *dumping* social, o preço praticado no mercado do país exportador não necessariamente é inferior ao praticado externamente, uma vez que a mesma mão-de-obra oprimida e sub-remunerada pode ser contratada para produzir ambos. Portanto, se um produto é exportado por valor que corresponde ao custo social interno, isso não pode ser considerado *dumping*.

No caso em pauta, as acusações de que os países em desenvolvimento praticam *dumping* social só seriam válidas se os salários reais pagos pelas indústrias exportadoras fossem inferiores à média nacional, o que não é o caso. Em verdade, o *dumping* social não preenche os requisitos formais do art. VI do Gatt ou do AARU (Pires, 2001, p. 190) e as propostas que defendem sua regulamentação apenas disfarçam tentativas ainda frustradas de erigir novas barreiras ao livre comércio, privilegiando os países desenvolvidos e favorecendo a exportação de produtos de alta tecnologia.

Decerto, na atual conjuntura internacional, a tentativa de regulamentação do *dumping* social é vista pelos países em desenvolvimento como mais uma tentativa de se criarem barreiras protecionistas à exportação de seus produtos intensivos em trabalho, razão pela qual sua materialização no seio da OMC tem sido combatida pela ampla maioria dos membros.

Ademais, o conceito de *dumping* social está impregnado da idéia de “preço justo”, conhecida como um dos “fundamentos inconfessados” geralmente invocados para a legislação anti-*dumping*. A idéia de preço justo está impregnada nas origens do *dumping* e, apesar de pos-

suir grande apelo popular, não reflete a norma consagrada no âmbito da OMC. Para a caracterização do *dumping*, faz-se mister que o produto seja exportado por preço inferior ao praticado no mercado interno e não inferior ao um preço considerado justo. Corroborando essa idéia, Barral afirma que “a ideologia do preço justo e da proteção do mercado nacional não podem ser aceitas como fundamento da legislação antidumping, justamente porque escapam à realidade em tese subjacente a seu enunciado, *i.e.*, são irrealizáveis diante do fato econômico” (2000 a, p. 38).

A noção de preço justo é resquício da cultura medieval e reflexo da ética paternalista cristã, que condenava severamente a cobiça e a acumulação de riquezas. O preço justo, na época feudal, fundamentava-se na idéia de que o comerciante deveria vender sua mercadoria por um preço que apenas compensasse os esforços feitos no transporte do produto e na busca de um comprador e que fosse suficiente para reproduzir sua “condição tradicional e costumeira de vida” (Hunt e Sherman, 2000, p. 19). Vender a mercadoria a um preço superior ao justo redundaria na obtenção de lucros e na acumulação de riquezas materiais, o que era terminantemente condenado pela ideologia religiosa então vigente.

A ideologia do preço justo apenas confunde a idéia de *dumping* e afasta-a de seu real objetivo. Sua difusão, todavia, ajudou na assimilação das regras anti-*dumping* e garantiu-lhes a legitimidade necessária a sua consolidação no início do século XX. Afinal, sempre foi bem mais fácil dizer que as regras anti-*dumping* combatem a competição injusta de empresas que vendem abaixo do preço de custo com a intenção de eliminar as indústrias locais e monopolizar o mercado, do que afirmar sua natureza de restrição autorizada e excepcional ao livre comércio.

O *dumping* social traz em seu bojo a idéia de que os trabalhadores, especialmente de países em desenvolvimento, são prejudicados para garantir a competitividade de determinadas indústrias. Isso porque algumas empresas, com o intuito de exportar seus produtos por preço inferior ao de seus concorrentes, utilizariam artifícios “desleais”, tais como a contratação de mão-de-obra infantil ou, até mesmo, escrava.

Essa discussão também é alimentada pela idéia de que os diferentes níveis de proteção social (traduzidos em termos de salários, previdência social e exigências contidas em leis trabalhistas) asseguram vantagens comparativas àqueles países que não os garantem eficazmente. Essa vantagem comparativa, haja vista resultar da ausência de garan-

tias trabalhistas universalmente reconhecidas, deveria ser considerada “desleal” e sujeitar-se a medidas anti-*dumping*, como forma de eliminar o dano efetivo ou potencial.

Em tese, a regulamentação do *dumping* social serviria para resguardar tanto os padrões trabalhistas mais elevados praticados nos países desenvolvidos (cujos trabalhadores estariam sendo ameaçados pela concorrência dos trabalhadores explorados e sub-remunerados nos países em desenvolvimento), quanto os direitos dos trabalhadores dos países em desenvolvimento. Isso porque impediria que empresas exportadoras se utilizem de artifícios desumanos para fabricar produtos mais competitivos (leia-se, mais baratos).

Os países em desenvolvimento resistem vigorosamente à discussão sobre *dumping* social e outros assuntos semelhantes (tais como o estabelecimento de padrões internacionais de proteção ambiental) com o receio de que essa regulamentação possa servir para restringir o comércio de seus produtos, uma vez que os padrões a serem seguidos serão aqueles já atingidos pelos países desenvolvidos.

Certamente, os países em desenvolvimento seriam os principais alvos dessas medidas, pois são justamente eles que padecem de baixos padrões trabalhistas e sociais. Em verdade, instrumentos coercitivos, tais como medidas anti-*dumping* ou sanções de outra natureza, longe de favorecerem os trabalhadores e de contribuir para a eliminação das condições “injustas” a que eles são submetidos, possuem exatamente o efeito oposto, isto é, apenas deterioram ainda mais as já precárias condições dos trabalhadores de países em desenvolvimento. Ademais, o cálculo da margem do *dumping* social, em virtude das complexas circunstâncias que envolvem, é praticamente impossível.

## 5. Conseqüências do debate

A discussão relativa ao *dumping* social deu origem a dois outros conceitos, quais sejam: cláusula social e padrões trabalhistas. A expressão “cláusula social” serve para designar a inclusão em tratados internacionais de comércio de normas de proteção ao trabalhador. Essas normas, ao disciplinarem as condições de trabalho e as relações capital-trabalho, estabelecem padrões laborais mínimos a serem observados pelas empresas exportadoras. Em síntese, a cláusula social busca garantir “padrões trabalhistas” internacionalmente aceitos e assegurar



que os trabalhadores não sejam prejudicados pela ânsia empresarial de tornar seus produtos mais baratos e, por conseguinte, mais competitivos.

A pelo menos três indagações devem ser dadas respostas quando se discute a adequação da OMC para lidar com questões relativas a padrões trabalhistas: 1) esse assunto é suficientemente próximo à agenda comercial? Isto é, os países determinam suas políticas trabalhistas em virtude de questões comerciais ou o fazem para atingir outros objetivos?; 2) a inclusão dessa matéria na agenda comercial internacional melhora o bem-estar do mundo?; 3) a inclusão dessa matéria irá melhorar o bem-estar dos membros da OMC?

Observa-se, de imediato, que a política comercial, cuja condução em nível multilateral foi legada à OMC, responde positivamente a todos os questionamentos feitos. Explique-se: o principal objetivo das barreiras comerciais (tarifárias e não tarifárias) é restringir a importação de produtos que concorram com produtores domésticos. Por outro lado, a liberalização comercial é benéfica ao mundo e aos países individualmente considerados que se engajam em barganhas comerciais sob os auspícios da OMC, visto que ela é uma atividade em que todos ganham (*win-win activity*) (Panagariya, 2001, p. 4).

Contrariamente, a relação entre comércio e padrões trabalhistas falha em preencher qualquer um dos critérios supramencionados, pois raramente os países determinam seus padrões trabalhistas para influenciar fluxos comerciais. Geralmente, os governos elaboram e implementam políticas trabalhistas com o objetivo de gerar empregos, qualificar a mão-de-obra, favorecer a distribuição de renda e reduzir a pobreza. Por sua vez, as políticas comerciais perseguem outros objetivos, quais sejam: estimular a produção interna, aumentar as exportações, reduzir o déficit em balança comercial, dentre outros.

Padrões trabalhistas e comércio internacional possuem relação pouco clara. Ademais, os países não definem suas regras trabalhistas, sociais e previdenciárias para influenciar fluxos comerciais. Os países escolhem seus padrões trabalhistas baseados em condições sociopolítico-econômicas predominantes em determinados momentos históricos.

Em países em desenvolvimento como o Brasil, os trabalhos infantil e escravo existiam bem antes do comércio internacional adquirir qualquer importância. A maior parte da legislação trabalhista foi elaborada para preencher as necessidades de trabalho, muito mais do que para

estimular a competitividade industrial interna ou externa. Mas, ao contrário do que se imagina, essas leis são tão protetivas que muitas empresas só conseguem sobreviver graças às barreiras protecionistas existentes em seu país (por exemplo, os trabalhadores do setor formal ganham melhor do que em qualquer outro setor da economia e, geralmente, não podem ser despedidos facilmente).

Portanto, observa-se que, como regra geral, as políticas trabalhistas condicionam a política comercial, não o contrário. Em alguns casos, o nível dos padrões trabalhistas praticados em determinado país pode influenciar os fluxos comerciais, mas apenas isso não é razão suficiente para legitimar sua inclusão na pauta de discussões da OMC.

## 6. Considerações finais

O *dumping*, apesar de ter sido originalmente concebido como mecanismo de defesa comercial pelos acordos negociados no âmbito do sistema Gatt/OMC, atualmente deixa bastante claro seu viés protecionista. De fato, ele representa um instrumento que deveria ser utilizado para promover a concorrência perfeita, mas cujo emprego vem sendo distorcido em detrimento do comércio internacional. Deve-se procurar restringir seu uso, pois inibe o livre comércio, que é a razão de ser da OMC.

*Dumping* social é uma expressão antiga, não mais utilizada atualmente. De fato, as discussões sobre o tema já mostram que o acordo que disciplina o *dumping*, qual seja o Aaru, não busca proteger a produção, mas, sim, a exportação e a importação de bens. Em virtude disso, pode-se afirmar que o *dumping* social inexistente, pois ainda não se chegou a um consenso internacional sobre a melhor forma de se regulamentá-lo. Discute-se, assim, a inclusão de padrões trabalhistas nas negociações da OMC, mas sem consistência, pois a imposição de sanções comerciais a países com baixos padrões trabalhistas não traria benefícios aos países em desenvolvimento nem aos desenvolvidos.

## Referências

BARRAL, Welber (a). *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. b. Medidas antidumping. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 391-410.

BOLTUCK, Richard D. An economic analysis of dumping. *Journal of World Trade Law*, Twickenham, v. 21, n. 5, p. 45-54, Oct. 1987.

BRASIL. Decreto nº 93.941, de 16 de janeiro de 1987. Promulga o acordo relativo à implementação do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT). *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*. Brasília, 19 jan. 1987.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.019, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*. Brasília, 30 mar. 1995.

EVENETT, Simon J. The world trading system: the road ahead. *Finance and Development: a quarterly magazine of the IMF*, v. 36, n. 4, dec. 1999.

GONÇALVES, Reinaldo. *O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas*. São Paulo: Contexto, 2000.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. Petrópolis: Vozes, 2000.

JACKSON, Jonh H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 1997.

JOHANNPETER, Guilherme. *Antidumping: prática desleal no comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

KEMPTON, Jeremy; HOLMES, Peter; STEVENSON, Cliff. *Globalisation of anti-dumping and the EU*. Disponível em: <[www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/safeguardspaper](http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/safeguardspaper)>. Acesso em: 20 out. 2001.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*. Trad. Celina Martins Ramalho Laranjeira. 5 ed. São Paulo: Makron Books, 2001.

MIRANDA, Jorge; TORRES, Raul A.; RUIZ, Mario. The international use of antidumping: 1987-1997. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*. Genebra, v. 32, n. 5, p. 5-71, Oct. 1998.

PANAGARIYA, Arvind. *Trade-labor link: a post-Seattle analyses*. Disponível em: <[www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/laborpaper](http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/laborpaper)>. Acesso em: 20 out. 2001.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, 1999, 284 p.

SRINIVASAN, T. N. *Trade and development: developing countries in the world trading system: 1947-1999*. Disponível em: <[www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/developmentpaper](http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/developmentpaper)>. Acesso em: 18 out. 2001.

THE ECONOMIST. *The dumping dilemma*. Londres. 30 maio 2002. Disponível em: <[www.economist.com](http://www.economist.com)>. Acesso em: 2 jun. 2002.

WORLD TRADE ORGANISATION. *WTO annual report 2002*. Disponível em: <[www.wto.org](http://www.wto.org)>. Acesso em: 4 jul. 2002.



# Verdade, processo penal e garantismo<sup>1</sup>

Leandro Porto da Silveira Neto\*

*1. Introdução; 2. Verdade e conhecimento; 3. Verdade e processo; 4. O fenômeno Jurídico processual; 5. Garantismo e sentença penal; 6. Considerações finais; Referências.*

## 1. Introdução

O processo penal brasileiro ainda vivencia o paradigma da *verdade*, desdobrando-se, através do *senso comum teórico* dos pensadores (?) da dogmática brasileira, em verdade real e verdade formal.

A concepção de processo penal será fundamental para a determinação dos modelos de sistemas processuais (inquisitório/acusatório), tendo reflexos diretos na busca/produção da “verdade” (real/formal). Aceitar uma ou outra concepção implicará a assunção de um ou outro compromisso ideológico.

Ainda, o presente estudo propõe-se analisar a posição defendida por Luigi Ferrajoli dentro da perspectiva de sua *teoria do garantismo penal*.

## 2. Verdade e conhecimento

A suposta instrumentalidade processual penal foi concebida (e mantida) como o meio de realização do direito penal. Daí por que se falar em maior ou menor grau de efetividade do direito (penal).

---

\* Mestrando em Direito na Universidade do Vale dos Sinos; advogado.

<sup>1</sup> Trabalho originalmente desenvolvido e apresentado na disciplina Teoria Crítica dos Sistemas Penais: Direito Penal e Processo Penal Contemporâneo, sob orientação do prof. Dr. Salo de Carvalho, no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Nesse sentido, a finalidade do processo, pode-se dizer, seria a efetivação da lei penal, ou, em outras palavras, o desvelamento do sentido deste estatuto repressivo. Em assim o sendo, tendo o direito penal o caráter incriminador de condutas *humanas*, deixar-se-ão de lado neste trabalho as discussões sobre a *i-responsabilidade* penal da pessoa jurídica – o processo penderia a um modelo de sistema processual *inquisitivo*, eis que, sendo um desdobramento do direito material (penal), sua finalidade seria a efetividade do direito material, representada pela *verdade*.

A concepção de instrumentalidade pode levar à divisão do mundo em dois: o “mundo dos fatos” e o “mundo do direito”, partindo-se de uma idéia já tradicional no *sensu comum teórico dos juristas* (Warat), qual seja a de *subsunção dos fatos à norma*. Tal propósito acarreta uma necessária tentativa de reprodução dos fatos de forma a verificar no plano processual sua adequação à norma jurídica.

A busca do processo, portanto, passa a ser a busca da *verdade*. Para tanto, criou-se (*literalmente*) a divisão conceitual entre *verdade real* e *verdade formal*, a primeira consistindo nos fatos da vida e a segunda, nos fatos (reproduzidos) no processo.

Partindo de estudos de Carnelutti,<sup>2</sup> houve uma ruptura com o paradigma da verdade enquanto objeto do processo, muito embora a “nova posição” sustentada pelo mestre italiano não deixasse ainda de se afastar desse paradigma, pois, sendo a verdade algo divino e intangível ao ser humano, *verdade* não poderia ser aquela investigada no processo.

O modelo garantista proposto por Luigi Ferrajoli baseia-se em “un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad” (Ferrajoli, 1989, p. 33).

No processo penal, esses pressupostos se manifestam através do “*cognoscitivismo procesal* en la determinación concreta de la desviación punible” (p. 36). De acordo com Ferrajoli, esse requisito afetaria a estrutura motivacional (razões de fato e de direito), sendo asse-

---

<sup>2</sup> “Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a *Prova Civile*, falei de *verdade*, assinalando, como escopo do processo, a investigação da *verdade substancial* e, como resultado, a obtenção de uma *verdade formal*. (...) Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da *verdade*, pela da *certeza*.” COUTINHO, 2002, p. 174-175.

gurado por aquilo que ele chama de “princípio de estrita jurisdicionalidade”, o qual exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias em virtude de seu caráter assertivo e sua prova empírica em virtude de procedimentos que permitam tanto a verificação como a refutação. Explicando ainda mais sua perspectiva, Ferrajoli diz:

De ahí se deriva un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones –de hecho o de derecho– de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal (1989, p. 37).

Essa concepção ferrajoliana, portanto, está baseada numa idéia “cognoscitivista de la jurisdicción”. Tendo em vista a diversidade com que o direito da academia e o direito do foro tratam a questão do objeto do processo penal e, especificamente, a verdade, passa-se a uma breve análise desse paradigma dentro do sistema processual penal brasileiro.

### 3. Verdade e processo

O paradigma da verdade no processo penal está presente em nosso sistema processual penal vigente.<sup>3</sup> Na própria exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro é possível verificar a (forte) ideologia presente em seu texto.<sup>4</sup>

Com efeito, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (EMCPPB), decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, podemos constatar, através da análise do item II da EMCPPB, que o propósito dessa legislação foi o de “ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”. Contra aquilo que foi definido como um “extenso catálogo de garantias e favores”, tornando a repressão “defeituosa e retardatária”, procurou-se, naquele momento, a abolição da “injustificável primazia do interesse do indivíduo

3 O destaque dado nesta expressão deve-se à diferenciação entre vigência e validade, cuja compreensão será fundamental na terceira parte do presente ensaio.

4 Evita-se a expressão “espírito da lei” como um sinal de adoção do entendimento de Lenio Streck, pelos exatos termos e argumentos expostos no tópico “5.3.1. *Voluntas legis versus voluntas legislatoris*: uma discussão ultrapassada” STRECK, 2001, p. 94-98.

sobre o da tutela social". Em outras palavras, reafirmou-se que, "no seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos", pois o que se pretendia era, exatamente, a "necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal".

O CPPB, cujo modelo de inspiração foi o fascista Código italiano do ministro Rocco, adotou tantas outras coisas mais (restrição da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, ampliação da noção de flagrante delito), porém uma delas possui imensa relevância com o objeto do presente ensaio. Mais uma vez, a ideologia contida naquele momento se expressa com total força quando, neste mesmo item II da EMCPPB, é referido que "*por outro lado, o juiz deixa de ser um expectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade*" (grifado).

Tal circunstância, além da mudança da postura ideológica, acarreta uma mudança procedimental, eis que, agora, nos termos do item VII da EMCPPB, "*é facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio não importará em confissão, poderá, entretanto, servir em face de outros indícios, à formação do convencimento do juiz*" (grifado).

A ideologia (*inquisitiva*) norteadora do sistema processual penal brasileiro *vigente* acaba resultando num *paradigma*: a *busca da verdade* no processo penal, como forma de efetividade da aplicação da norma penal. Esse comprometimento ideológico vai determinar toda uma atitude (comissiva/omissiva) e defesa do sistema, pois, na lição de Miguel Reale Jr.,

a aplicação do Direito Penal e a execução das sanções decorrentes de sua aplicação concreta constituem, portanto, mais que um direito, um poder do Estado, poder do qual não lhes cabe deixar de atuar, para assegurar a harmonia social, não deixando ao talante dos particulares a sua efetividade, pois do contrário haveria, de um lado, uma *capitis diminutio*, com fragilização da soberania e, de outro, instalar-se-ia uma profunda insegurança jurídica para a sociedade, pois dependeria a eficácia da norma do interesse da vítima ou de sua família, e



insegurança para o infrator, pois o Estado se autolimita a aplicar o ditame da lei, enquanto o ofendido entregar-se-ia a todos os excessos (2002, p. 15).

O resultado desse paradigma possui implicação direta com a produção/gestão da prova. Essa afirmação parte do pressuposto de que as partes se confrontam com o intuito de comprovar a verdade dos fatos controversos. Essa atividade de “busca da verdade” envolve o conceito de prova (Nucci, 1999, p. 44).

### 3.1 Verdade real (substancial)?

Desde as doutrinas de cunho mais manualístico-dogmático (Julio Fabbrini Mirabete, p. ex.) até às de perspectiva crítica (Paulo Rangel, p. ex.), há um acolhimento quase que integral da concepção de verdade real e verdade formal. Guilherme de Souza Nucci refere que a verdade real “é a que mais se aproxima da realidade” (1999, p. 65). Paulo Rangel afirma que “descobrir a verdade real (ou material) é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez.” (2001, p. 5). Para Ferrajoli,

la verdad a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida “verdad sustancial”, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitívismo ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal (1989, p. 44-45).

Segundo Geraldo Prado, partindo das premissas de Ferrajoli “o que vai caracterizar a legitimação da atividade jurisdicional, um dos pilares do tríptico dos poderes do Estado, é a atuação dos juízes em razão da busca do caráter representativo, nas suas sentenças, da verdade substancial, conforme sua independente atuação e sujeição somente à lei válida, porquanto constitucional” (2001, p. 42).

Desse modo, ao mesmo tempo em que se fala numa busca da “verdade” (real), paradoxalmente se reconhece sua dificuldade em obtê-la (Rangel), sua intangibilidade (Nucci; Coutinho; Prado). Quanto a essa última posição, Geraldo Prado sustenta que

não há verdade real, pelo menos se a aceitarmos como expressão absoluta dos fatos que devem ser demonstrados no processo. Trata-se de um ideal não alcançável, que cede espaço a uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneos e que, ao certo, corresponde provavelmente ao que a parte quis demonstrar pelo poder de explicação das evidências ajuizadas (2001, p. 43).

Assim, a solução inicial para tentar “salvar” a “verdade” no processo penal vai resultar na denominada *verdade formal*.

### 3.2 Verdade formal (processual)?

Ante a impossibilidade de se des-cobrir a “verdade” através do processo penal, passou-se a convencionar a existência de uma *verdade formal*, a qual seria o resultado de uma construção dentro do processo.

Essa “verdade”, de certo modo, corresponde à “verdade real” levando-se em conta as limitações do ser humano e as limitações jurídico-processuais<sup>5</sup> (p. ex., vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos – CF, art.5º, LVI). Para Guilherme Nucci, “mesmo sendo perceptível que o processo não lava à verdade absoluta, a busca da verdade, ainda que relativa, continua a ser a meta ideal para a segurança da ordem jurídico-social, cuja proteção é o monopólio estatal.” (1999, p. 50). Ferrajoli, por sua vez, entende que

la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está

---

5 Paulo Rangel afirma que “o juiz não pode afastar-se das provas carreadas para os autos, mesmo que condigam com a *verdade primária*, pois a satisfação da pretensão, objetivo do processo, deve ser alcançada através da *verdade judiciária* com os limites impostos pela ordem jurídica” RANGEL, 2001, p. 05, grifado.

condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo de cualquier hipotética “verdad substancial”: en el cuádruple sentido de que se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, de que debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, de que es siempre una verdad solamente probable y opinable y de que en la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la fidedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias. Éste, por lo demás, es el valor y, a la vez, el precio del “formalismo”: que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo, cuando no es inútil ni vacuo, la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables (1989, p. 45).

A “verdade formal”, enquanto aquela produzida no processo através das teses contrapostas e das provas existentes nos autos, passa a ser questionada (senão rechaçada) com maior intensidade após Carnelutti publicar seu *Verdade, dúvida e certeza*. A partir dele, fundam-se as bases para que se sustente que os julgamentos são realizados sobre aquilo que, *a priori*, sabe-se não ser verdadeiro, possibilitando, assim, questionar a *segurança jurídica*.

O discurso de Carnelutti, ao final de sua vida, foi fortemente influenciado pela filosofia, o que acabou por lhe trazer uma maior riqueza discursiva, agora comprometida com a interdisciplinariedade, a multidisciplinariedade e a transdisciplinariedade.

Coutinho refere que Carnelutti, já em 1925, demonstrava a “esterilidade” da discussão sobre a vigência da verdade material e a verdade formal, bem como na insistente diferenciação no processo penal e civil. Para aquele autor, “não havia como confrontar escopos e resultados, embora fosse – e continue sendo – visível a diferença que se manifesta quanto à busca, dada a origem sistêmica inequivocamente distinta entre ambos os ramos do direito processual: o penal continua sendo essencialmente inquisitório e o civil segue em sua essência acusatória-dispositiva; sistemas diferentes (veja-se, por evidente, o conceito de sistema, antes de tudo), princípios reitores diferentes: naquele inquisitivo; neste dispositivo” (Coutinho, 2002, p. 178).

Coutinho sustenta a afirmação de Carnelutti, que ele tenta reproduzir na forma como “busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal (...) acaba sendo o grande ponto de partida pela negação da última (verdade formal), porque a primeira jamais pode ser alcançada pelo homem”. A *verdade*, diz Coutinho, é uma só, e aquela dita “formal”, sendo um mero reflexo no espelho, não é a verdade. Nesse sentido, vale a lembrança à análoga situação presente no “mito da caverna”, cujos habitantes pensavam ser as sombras os *verdadeiros seres* (a verdade era, para eles, as sombras), enquanto que desconheciam – e depois desprezaram – a existência de um *mundo real* (verdadeiro). A diferença existente consiste que os primevos da caverna des-acreditavam na existência de um mundo que não o das sombras, ao passo que os juristas *crêem que as sombras possibilitam o des-cobrimento do mundo* (real/verdadeiro)...

A realidade jurídica brasileira ainda carece de um “despertar” de seu (profundo) “sono dogmático”. Nas exatas palavras de Jacinto Coutinho, traz-se sua lição:

Apesar do exposto, a grande maioria da doutrina brasileira insiste em dizer que o processo penal é regido pelo princípio da verdade material. Contudo, não se dá conta que esta idéia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida em que tem o processo como meio capaz de dar conta “da verdade”; e não de “uma verdade”, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali se estaria a buscar. Assim, é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito (2001, p. 49).

Assim, uma vez superada a questão relativa à “verdade”, é importante analisar, então, como se manifesta o fenômeno processual penal.

#### 4. O fenômeno jurídico processual

O processo penal, como já visto anteriormente, não tem por finalidade a “busca da verdade”. Mas o que se propõe *ao* e *no* sistema? Iniciando-se por essa nova premissa de Carnelutti, constata-se que, ao romper com o paradigma da verdade processual, o processualista italiano propõe que no processo se passe a buscar e investigar a certeza. Coutinho refere que, no fundo, não muda muito, porém ressalta que a

mudança “vai, definitivamente, colocar o espelho diante daqueles que nele devem enxergar-se”.

Carnelutti abandona, então, o conceito de verdade e passa a trabalhar com a idéia de certeza. *Cernere* (lembrar, discernir) é mesmo distinguir, escolher, optar e, segundo Jacinto Coutinho, “o resultado da decisão que tem como precedente a avaliação. A certeza, de acordo com Carnelutti, ‘implica em uma escolha; e de resto escancara ‘o drama do processo’.” (2002, p. 183). A certeza, enquanto escolha, vai gerar uma aflição ao julgador: este terá que *escolher* uma dentre as opções contidas no processo (p. ex., acolher a tese de legítima defesa e absolver o acusado ou condená-lo por homicídio qualificado).

#### 4.1. A (insistente) divisão entre o “mundo dos fatos” e o “mundo do direito”

A grande dificuldade enfrentada aqui reside no fato de que nosso modo de pensar o direito é um modo (*ou método?*) segmentário, onde, de um lado, há o mundo dos fatos e, de outro, o mundo do direito, estabelecendo, assim, o perfeito processo de subsunção das normas jurídicas. A mínima experiência forense já nos demonstra que inexistente essa redução de complexidade tal como é transmi(n)tida na academia. Nilo Bairros de Brum defende que é também tradição arraigada no direito processual conceber-se a sentença estruturalmente como um silogismo em que a norma jurídica constitui a premissa maior, o fato *sub judice*, a premissa menor e a aplicação da norma ao fato, a conclusão (Brum, 1980). Tal concepção, como o autor se propõe demonstrar, não corresponde à realidade prática e encerra postura ideologicamente comprometida.

Sem dúvida, esse é um dos fatores que, dentro de uma perspectiva dogmática de se pensar/produzir direito, leva à crise do modelo processual. Enquanto for mantida a resistência entre senso comum teórico dos juristas, ainda se haverá de enfrentar dificuldades para o rompimento com o paradigma da *busca da verdade* e seu compromisso ideológico subjacente (sistema inquisitivo).

#### 4.2 Processo: instrumento de tutela ou tutela de instrumento?

Dependendo da compreensão sobre processo, a visão do sistema será absolutamente diversa de outras visões (como a da dogmática, por exemplo). Utilizando-se, por exemplo, o processo cautelar cível,

poder-se-ia dizer, na lição de Ovídio A. Baptista da Silva, que “o processo cautelar é o instrumento, e não a substância (matérias/substâncias que compõe o processo). Uma coisa é a tutela cautelar, outra bem diversa é a instrumentalidade (processo) cautelar”. (2000, p. 15-16).

Fixada essa primeira premissa, retoma-se a indagação constante no subtítulo deste tópico – o que se pretende com o processo: um instrumento de tutela ou a tutela de um instrumento?

Adotar uma caráter *instrumental* do processo, nesses termos, representa o apego ao formalismo e ao formulismo, em outras palavras, é a vinculação com o sistema (inquisitivo). Se o processo é uma finalidade em si, qual seria, então, essa finalidade? Nesse caso, adotando-se uma visão *instrumental* do processo, ou seja, sua finalidade é instrumentalizar o direito penal, sua razão de ser, pode-se dizer, seria a *efetividade* deste direito material.

No entanto, se reconhecermos alguma finalidade de *instrumento de tutela*, será necessário reconhecer uma visão de *processo* enquanto *tutela de garantias*. Essa seria a *função garantista* do processo. Se, através do processo cautelar cível, obtém-se uma tutela de urgência – que pode ter um caráter *satisfativo*, então é possível, sim, pretender-se, mesmo de um sistema absolutamente comprometido com a ideologia inquisitiva como o nosso, obter resultados garantistas do processo. O processo penal, portanto, pode ser um instrumento de tutela garantista do acusado.

### 4.3 A viragem lingüística: da filosofia da consciência à filosofia da linguagem

Em sendo o sistema eminentemente inquisitorial, como se pode chegar ao propósito de uma tutela garantista? Evidentemente, aqui, também, somente através de nossa *compreensão* sobre direito é que poderemos encontrar algumas *possibilidades*.

Para Miguel Reale, o direito é uma *ciência cultural*, que não se assemelha às ciências matemáticas (1995, p. 27-32). A *razão*, forte nessas ciências exatas, leciona Marilena Chauí (1995, p. 70-75), pode-se dividir em duas categorias: o inatismo cartesiano e o empirismo. No primeiro caso, as idéias e princípios da razão são inatos, sendo, com isso, verdades intemporais que não podem ser modificadas por novas experiências. Já o empirismo parte da concepção de que a razão, a verdade e as idéias racionais são adquiridas por nós pela experiência.

Através das modernas concepções filosóficas (p. ex. os novos rumos dados à hermenêutica através de Gadamer em *Verdade e método*), ressalta-se a insuficiência do modelo cartesiano proposto pela dogmática jurídica.

Nesse sentido, é imprescindível deixar de referir sobre o fenômeno da viragem lingüística, passando-se da filosofia da consciência (aristotélico-tomista<sup>6</sup>) à filosofia da linguagem (Streck, 2001, 18-19). O desafio de superação da crise do direito passa por uma (re)visão sobre o direito e o modo pelo qual se o compreende. Não se trata de valorizar a dimensão hermenêutica do direito, mas, sim, de darmos um passo adiante no afastamento da dogmática jurídica, rompendo com os dogmas dos sentidos *unívocos*, das “verdades”, dos sentidos-fundantes e da reprodução de sentido das normas jurídicas.

Através de uma dimensão hermenêutica, por exemplo, é possível valer-se de institutos como a interpretação conforme a constituição, “a declaração parcial de texto ou a declaração de inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto” (Streck, 2001, p. 52-72). Esses três institutos não são nada além de técnicas de controle da constitucionalidade, os quais, porém, parecem absolutamente incompatíveis, ao menos, com os compromissos ideológicos da dogmática jurídica.

Assim, partindo-se da concepção de direito como uma ciência cultural, não fruto do *racionalismo* das ciências matemáticas – voltadas essencialmente para o conhecimento empírico/cartesiano, onde o conhecimento é utilizado para *pesar, medir* –, é possível compreender o processo penal como um instrumento (meio) capaz de realizar a função garantista de tutela do acusado. Através da técnica de interpretação conforme a Constituição, por exemplo, é possível uma releitura da carta à luz de um propósito garantista.

Não há, portanto, o sentido-primevo ou sentido-fundante: os sentidos não estão numa condição aistórica, mas, sim, contingencial. Não faz muito tempo em que o adultério praticado por mulher se pagava com sangue e nossos tribunais interpretavam aquela “verdade” como “legítima defesa da honra” (!).

---

<sup>6</sup> Para Tomás de Aquino, o “intelecto” seria responsável por conhecer o íntimo das coisas, sua essência; o sentido e a imaginação conhecem apenas os acidentes exteriores. (p. 279). Por isso chega, em determinado ponto, a afirmar que “o verdadeiro é posterior ao ente porque a noção de verdadeiro difere da noção de ente” (p. 155) quando se propõe a analisar a identidade do ente (p. 139). AQUINO, 1999.

## 5. Garantismo e sentença penal

Neste ponto será analisado o pensamento de Luigi Ferrajoli através de sua teoria do garantismo penal.

Ferrajoli concebe o processo como garantia de liberdade do inocente frente ao terror e ao arbítrio e de uma verdade controlada pelas partes. Superando o período histórico dos horrores da pena e dos erros do processo, esses ocasionados, principalmente, pelas medidas instrutórias da tortura à prisão preventiva, passou-se a uma concepção de justiça penal como garantia para os cidadãos.

Sendo o processo uma técnica de minimização da reação social frente ao delito, o processo penal teria uma dupla tutela: o castigo dos culpados e a tutela dos inocentes. Na análise dos dois modelos de sistemas processuais que regem o processo penal, é possível identificar duas diferenças de concepções tanto em relação ao poder jurisdicional como em relação à verdade. No sistema inquisitório, há uma confiança tendencialmente ilimitada do poder e em sua capacidade de alcançar a verdade; no sistema acusatório, inversamente, há uma desconfiança ilimitada no poder como fonte autônoma da verdade (Ferrajoli, 1989, p. 604). O sistema inquisitório confia a verdade e a tutela do inocente às presumíveis virtudes do poder que julga, ao passo que no sistema acusatório a verdade surge como o resultado de uma controvérsia entre as partes contrapostas (interesses jurídicos divergentes).

Ferrajoli sustenta que “em ambos os casos el proceso penal tiene como fin el ‘descubrimiento de la verdad, síntesis y compendio de los supremos intereses procesales’” (1989, p. 605), sendo diversos os modos de entender a verdade e alcançá-la.

O método inquisitivo funda-se sobre uma epistemologia *substancialista* e *decisionista*; por sua vez, o método acusatório pode ser considerado como a transposição jurídica da epistemologia *falsacionista* e as três garantias (a pena, quando e como castigar; o delito, quando e como proibir; e o juízo, quando e como julgar) que o compõem podem ser consideradas, simultaneamente, como garantia de uma verdade controlada pelas partes e da liberdade do inocente frente ao arbítrio. A verdade desejada e perseguida no modelo inquisitório (absoluta e substancial) não pode ser obtida através da parte, razão pela qual deriva a importância da figura do juiz-inquisidor. Pelo contrário, a verdade perseguida pelo modelo acusatório é conce-



bida como relativa ou formal, sendo adquirível, como em qualquer investigação empírica, através do procedimento de ensaio e erro.

A concepção cognoscitiva do processo penal está relacionada ao princípio da legalidade penal estrita e ao correspondente processo de formalização e tipificação dos delitos e das penas. Desse modo, Ferrajoli conclui que “sólo la rígida determinación semántica de los presupuestos legales de la pena permite concebir el proceso como juicio basado no en decisiones potestativas, sino en la prueba empírica de hechos predeterminados”.

A importância da motivação da decisão judicial<sup>7</sup> reside no fato de que é a explicitação da “naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la *stricta legalidad* y de hecho a la *prueba* de la hipótesis acusatoria” (Ferrajoli, 1989, p. 623).

Ferrajoli rechaça – ou pelo menos não vê com bons olhos – o que ele define como “decisionismo”, onde o juiz decide não de acordo com a “verdade” (processual), baseando-se num livre convencimento e na garantia da motivação das decisões judiciais.<sup>8</sup>

A crítica que se pode reservar a essa concepção do mestre italiano pode ser dividida em dois momentos para fins de melhor exposição da idéia ora sustentada. Primeiramente, verifica-se que Ferrajoli buscou afastar a (importância da) retórica em relação à sentença penal. Há nítida valorização ao paradigma racionalista, o qual permite que a sentença seja refutada<sup>9</sup> e controlada.<sup>10</sup> Ao mesmo tempo, vê-se que, no entanto,

7 Em nossa Constituição, prevista no artigo 93, inciso IX.

8 Outro importante jurista italiano, Piero Calamandrei, apresentava uma idéia muito semelhante. Relatando que possuía um amigo químico que buscava formular hipóteses e depois verificá-las laboratorialmente, realiza uma comparação com o direito, negando-lhe seu caráter de cientificidade. Nesse sentido, “a sentença é o resultado dialético dessa sucessão de reações individuais” (p. 18). Calamandrei fala numa impotência da previsão científica, razão pela qual o advogado jamais poderá garantir o resultado vitorioso da causa ao seu cliente. CALAMANDREI, 2000, p. 16-19.

9 Um exemplo freqüente na rotina forense: uma pessoa acusada da prática do delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (“Conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”) realiza exame clínico e pericial (mostras de urina e sangue). O resultado do exame clínico aponta que a pessoa não se encontrava em estado de embriaguez; por sua vez, os exames dão como positivo o resultado para substância etílica. Imagine-se o inverso, ou seja, exame clínico positivo e pericial negativo. Pergunta-se: qual deles representa a *verdade*? Qual pode ser refutado nessa perspectiva de Ferrajoli, já que o sistema de provas se rege pelo livre convencimento? Esse é apenas um exemplo da verdade produzida pelas partes e empiricamente demonstrável, porém em igual valor para cada uma das versões contrapostas.

10 “Como en todas las inferencias inductivas, también en la inferencia historiográfica y en la judicial la conclusión tiene, por tanto, el valor de una hipótesis *probabilística* en orden a la conexión causal entre el hecho aceptado como probado y el conjunto de los hechos adoptados como probatorios. Y su verdad no está *demonstrada* como lógicamente deducida de las premisas, sino sólo *probada* como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción.” FERRAJOLI, p. 53.

tal premissa ideológica trabalha com um paradigma intangível (*a verdade*) e, assim sendo, com maior arbítrio na decisão judicial e irresponsabilidade do juiz, o qual passa à condição de mero aplicador da lei no sentido exegético da expressão.<sup>11</sup>

A retórica combatida por Ferrajoli é a *retórica decisionista*, na qual o juiz primeiro decide, vindo a fundamentar o *decisum* em momento posterior. Assim, é possível definir que a principal diferença existente entre a visão de Ferrajoli e a posição defendida neste ensaio reside no livre convencimento. Para o mestre italiano, o processo de conhecimento consiste no instrumento de *convicção do juiz* para o desvelamento da verdade (verdade atingida), ao passo que a idéia ora sustentada, pode-se assim dizer, sustenta-se numa perspectiva de *processo dialético*, objetivando a *verossimilhança do processo* (retórica). Na visão de Ferrajoli, o processo penal tem por objetivo o “descobrimiento da *verdade real*” (formando, assim, a chamada “verdade formal”); já, na perspectiva do presente estudo, as partes contrapostas na relação processual (acusação e defesa) é que buscam a construção de suas versões no processo através de uma *dialeiticidade*. Não há, portanto, nesse entendimento, o compromisso com o paradigma da verdade: cada parte apresenta e defende sua tese, sendo que, na maioria das vezes, se encontram tantos argumentos em favor de uma e de outra, não sendo possível, assim, definir uma delas como correta ou incorreta.

O leitor ingênuo ou de leitura apressada poderá conceber tal posicionamento como um retrocesso ou, até mesmo, uma visão antigarantista. Uma reação natural resultante do paradigma racionalista é a desconfiança e a tendência ao refutamento da função da retórica no processo penal, privilegiando a “busca da verdade real”.

A retórica é compreendida como puro *subjetivismo*, permitindo arbítrio nas decisões judiciais. Não por outra razão Ferrajoli afirma: “El segundo elemento de la epistemología antigarantista es el decisionismo procesal, es decir, el carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio e de la irrogación de la pena. El decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social” (1989, p. 42-43).

---

<sup>11</sup> Nesse sentido CAPPELLETTI, 1989, p. 86.

O problema, nessa perspectiva de Ferrajoli e daqueles comprometidos ideologicamente com o racionalismo, reside na idéia de que a retórica possui identificação com o sistema inquisitivo e com a ideologia da defesa social. O maior problema causado pelo paradigma é que ele causa uma “cegueira ideológica” (Kuhn, 1982). A estrutura ideológica que sustenta a instrumentalidade, definida como *processo de conhecimento* – voltado ao descobrimento da “verdade” e evitando o subjetivismo judicial, acaba por desvelar os compromissos ideológicos pelos quais se vincula.

Quando no processo de conhecimento, por exemplo, se decreta uma prisão preventiva com base em alguma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, vindo ao final do processo o acusado a ser absolvido, haveria, então, errado o julgador em decretar tal medida? Ou o contrário: uma pessoa foi presa em flagrante, sendo relaxada sua prisão pela autoridade judiciária; ao final do processo, restou condenada. Pergunta-se: o juiz errou?

As hipóteses anteriormente referidas são apenas dois exemplos que pretendem, de alguma forma, demonstrar a conseqüência acarretada pelo paradigma. Entretanto, não há nada mais evidente a expor a fragilidade do sistema do que o paradoxo gerado por tal ideologia: partindo-se do pressuposto de um normal desenvolvimento da relação processual, finda a instrução, na oportunidade em que é prolatada a *sentença* – que, segundo os “seguidores” desta posição, é o ato pelo qual se chega à “verdade” – inexplicavelmente, na maioria – senão na totalidade – dos casos, em ato contínuo ocorre *recurso de apelação*, ou seja, após o processo de conhecimento levar à “verdade” (e não, portanto, mero decisionismo judicial e antigarantista), ignora-se todo esse momento processual, dando início à chamada “fase recursal”. Nessa, a apelação possui *efeito devolutivo amplo*, com o que a superior instância poderá (re)examinar toda a matéria (*fática e de direito*) do processo. Essa aporia representada pelo recurso de apelação (na forma ampla) da sentença proferida no processo de conhecimento talvez seja a maior representação daquilo que vem sendo sustentado ao longo da exposição. Aqui, obviamente, por uma questão de tempo e espaço, obviamente, não se irá dedicar à questão dos recursos propriamente. Mais uma vez, adverte-se, em relação ao açodamento da leitura, que não se está aqui pretendendo defender a abolição dos recursos – até mesmo porque tal idéia implicaria a violação do direito funda-

mental da *garantia ao duplo grau de jurisdição* –, mas, sim, explicar o comprometimento ideológico com o sistema.

## 6. Considerações finais

Em ambos os sistemas processuais (inquisitório/acusatório), a “verdade” é intangível – e, tampouco, é objeto do processo penal o seu desvelamento.

Talvez uma das razões que justifiquem esse compromisso ideológico com a verdade consista no paradigma racionalista do sistema. Com efeito, se o sistema processual penal é estruturado em cima do chamado “processo de conhecimento”, não há que se estranhar o apego ao paradigma da *verdade*. Sua busca nada representa além da própria exploração ideológica presente no sistema: a tentativa de cientificar o direito, através de uma *racionalidade cartesiana*. Nessa perspectiva, portanto, o direito adquire previsibilidade, sendo empiricamente demonstráveis seus resultados.

Valorizar a *retórica* não consiste em nada além do que compreender o direito como uma *ciência cultural* (Miguel Reale). Desse modo, verifica-se a total incompatibilidade do direito em relação ao paradigma racionalista e ao conseqüente dogmatismo. A retórica, portanto, privilegia o direito provável em prejuízo do direito improvável. Em outras palavras, é dizer que essa posição privilegia o direito provável em detrimento da “verdade real” – aqui tida como o improvável, ou, como sustenta Jacinto Coutinho, o “impossível” (ao ser humano). Não se quer, portanto, a valorização de um “direito formal” em detrimento de um “direito substancial”; o propósito da idéia defendida consiste apenas em reconhecer a *limitação* do ser humano em relação à verdade<sup>12</sup> e compreender o direito como ciência cultural, não como uma ciência matemática, da qual muito se banham ideologicamente os racionalistas.

A moderna concepção de processo – em consonância, inclusive, com a concepção de sistema acusatório – remete à utilização da retórica para o debate entre as partes. Desse modo, aqui sim, através do debate, das provas produzidas e do direito posto em causa, é, então,

---

<sup>12</sup> Contrário a essa visão, sustenta Paulo Rangel que “a descoberta da verdade do fato praticado, através da instrução probatória, passa a ser, assim, uma espécie de *reconstituição simulada deste fato*, permitindo ao juiz, no momento da sentença, aplicar a lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria. É como se o fato fosse praticado naquele momento perante o juiz aplicador da norma.” (RANGEL, op. cit., p. 5). (grifado)

que o juiz poderá se decidir, dentre as decisões possíveis, por aquela que lhe parece ter maior verossimilhança, respeitadas as garantias da motivação das decisões judiciais e da presunção de inocência.

## Referências

AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento*. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 3, 3. ed., 2000.

BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1980.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito In: CARVALHO, Salo; SANCHEZ RUBIO, Davie; HERRERA FLORES, Joaquín. *Anuário Iberoamericano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 173-198.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 1, p. 26-51, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Settima edizione, Bari, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2.ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. O 'Crime de Porte de Arma' à Luz da Principiologia Constitucional e do Controle da Constitucionalidade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 1, p. 52-63, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. I, interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

# A internet e o direito do autor: uma análise sobre a possibilidade de proteção dos direitos autorais no ambiente da rede

Salete Oro Boff\*

*1. Direito do autor: considerações gerais; 2. Internet e o direito do autor; 3. Responsabilidade civil por danos causados ao autor na internet; 4. Forma de resguardar os direitos autorais na internet; 5. Considerações finais; Referências.*

## 1. Direito do autor: considerações gerais

O surgimento do direito de autor não é recente, entretanto sua aplicação só ocorreu na atualidade. Existem notícias de sua existência no Império Romano. Naquela época, os criadores mereciam destaque por suas obras e eram “admirados e homenageados”, porém não tinham um direito sobre sua criação e, não raro, surgiam plagiadores, utilizando obras alheias como se fossem suas (Hammes, 2000, p. 19 e 75).

Na Idade Média, há marcas da proteção do direito de autor, porém o seu desenvolvimento foi acelerado pela Revolução Industrial, dado o domínio da técnica de impressão (por meio de caracteres) e o domínio da energia elétrica. O impulso da concorrência desleal tornou necessária a codificação das regras para aplicação nas relações entre criadores de obras literárias, artísticas e a sociedade.

Durante o século XIX, ocorreu a consolidação das normas em matéria de direito autoral através da Convenção de Berna, cujo objetivo foi

---

\* Mestra e doutoranda em Direito na Unisinos, professora dos cursos de graduação e pós-graduação da URI Santo Ângelo.

proteger os autores das obras literárias e artísticas, aprovada em 1886 mediante a adesão de vários países. À Convenção de Berna seguiram-se algumas revisões com o fim de aprovar novos instrumentos internacionais de proteção e reconhecer uma nova categoria de beneficiários: os titulares de direitos conexos.<sup>1</sup> Já no século XX, o direito do autor deixou de ser uma área reservada às criações das letras e das artes, alargando sua fronteira e passando a abranger obras que cumprem função prática e utilitária.

Particularmente no Brasil, iniciou-se a falar sobre o direito da propriedade intelectual após a independência do país. A Constituição de 1824 registra a proteção ao inventor sem mencionar, contudo, o direito do autor (Hammes, 2000, p. 21). Como direito do autor é contemplado na Carta constitucional de 1891. Em 1898, a lei n° 496 foi a primeira norma infraconstitucional a tratar sobre o assunto de forma clara,<sup>2</sup> seguida por outras leis e pelo Código Civil.<sup>3</sup> As constituições posteriores, com exceção da Constituição brasileira de 1937, mantiveram o conteúdo integral no que se refere ao direito de reprodução, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico, das obras literárias, artísticas e científicas a seus autores.

Na atual Constituição brasileira, a matéria do direito autoral teve seu registro ampliado. A garantia aos cidadãos do direito à liberdade de expressão, quanto ao exercício de atividades intelectuais, artísticas e de comunicação, independentemente de prévia censura ou licença, está inscrita dentre os direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, inciso IX. Complementa a idéia desse preceito o inciso XXVII, que assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros, pelo tempo que a lei fixar. E mais o inciso XXVIII assegura a proteção às participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas.

Acresce-se aos incisos relacionados acima o artigo 220 da Carta constitucional, que contém expressa a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem qualquer restrição. Além disso, existe legislação ordinária específica em matéria de direito autoral: a lei 9.610/98.

As criações dos autores possuem espírito universal, razão que leva à necessidade de proteção internacional, com reconhecimento e vigên-

---

1 Convenção de Roma em 1961. Por "direitos conexos" devem-se entender os direitos afins, relacionados, vinculados a um autor (compositor/cantor). São os direitos dos intérpretes, produtores de fonogramas e empresas radiodifusoras.

2 Lei Medeiros de Albuquerque.

3 A matéria está prevista nos artigos 649 a 673 do Código Civil brasileiro.



cia em todos os lugares. Os países exportadores de obras são os mais preocupados em buscar amparo. Para que a proteção da obra nacional dentro do próprio país se torne eficaz, é necessário que a obra estrangeira também se encontre protegida (Lipszyc, 1993, p. 590 e ss). Como direito internacional, o direito autoral ultrapassa fronteiras. Essas características impulsionaram os países a procurar conciliar suas legislações por meio de convênios bilaterais de reciprocidade, evoluindo para convenções. A Convenção de Berna exige que os países signatários reconheçam o direito aos autores, visando a sua proteção.<sup>4</sup> As obras protegidas pelo direito de autor são as que resultam da criação humana.<sup>5</sup> A partir da criação da obra, o direito do autor passa a existir. Assim, para ser autor e gozar das prerrogativas inerentes ao direito, é necessário produzir a obra. A obra é uma forma de exteriorização da inteligência humana, expressão por qualquer meio ou fixada por qualquer suporte.<sup>6</sup>

No Brasil, não há necessidade de registro da obra para que o autor tenha o seu direito reconhecido. Basta, por exemplo, que tenha sido escrita, em meio gráfico ou eletrônico. É importante considerar que, mesmo não sendo obrigatório, o registro facilita a prova em caso de dúvida quanto à autoria. A sua falta não acarreta a perda do direito, talvez o retardamento de seu reconhecimento. Para provar a autoria, o titular poderá utilizar todos os meios de prova permitidos no direito.

O autor possui direito moral e patrimonial sobre sua criação. O direito moral, segundo Hammes,<sup>7</sup> “é o que protege o autor nas suas relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra.” O direito moral está ligado ao respeito que merece a pessoa do autor, como criador da obra.<sup>8</sup>

---

4 Assim também prevê a lei 9.610/98, no seu artigo 2º, a garantia aos estrangeiros dos direitos assegurados nas convenções que os Estados façam parte.

5 O artigo 7º da lei 9.601/98 relaciona, de maneira exemplificativa, obras protegidas pelo direito de autor.

6 Se não houver nenhum tipo de exteriorização, não há proteção.

7 Vale acrescentar que o direito moral do autor nada diz sobre a moralidade (ética) do autor, se merece respeito como pessoa.

8 O artigo 24 da lei 9.610/98 enumera as prerrogativas do direito moral do autor:

- o direito de reivindicar, a qualquer tempo, autoria da obra;
- o direito de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
- o direito de conservar a obra inédita;
- o direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
- o direito de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
- o direito de arrependimento;
- o direito de acesso.

Mesmo que o autor autorize a terceiro utilizar sua obra, este não passa a assumir a condição de “novo autor” (Hammes, 2000, p. 60).

Os direitos morais incluem a possibilidade de opção pelo autor pela publicação ou não de sua obra, pela alteração ou modificação em razão de novas publicações, assim como possibilita o arrependimento do autor de ter publicado e divulgado a obra, retirando-a do mercado. Pelo reconhecimento do direito moral, o autor pode, ainda, sem delimitação de tempo, reivindicar a paternidade da obra, do mesmo modo que permite evitar a deformação, a mutilação ou qualquer modificação.<sup>9</sup> Agregam-se ao direito de autor as qualidades de inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Relativamente ao direito patrimonial, apresenta-se vinculado aos direitos econômicos (vantagens econômicas). Relaciona-se com a propriedade e, sendo o autor o detentor, pode utilizá-la exclusivamente, permitindo ou não que outros a utilizem. A permissão para utilização deve ser expressa e prévia.<sup>10</sup> Nessa linha, o autor pode autorizar a utilização de sua obra a outras pessoas,<sup>11</sup> através da edição, da tradução, da adaptação e da comunicação ao público. A par disso, existem limitações que o autor deve suportar, como o tempo determinado de duração desse direito,<sup>12</sup> a possibilidade de reprodução da obra para o próprio uso e o direito à citação. Essas limitações não representam ofensa ao direito do autor.

Um ponto distintivo do direito patrimonial do autor é a sua temporalidade. A Convenção de Berna estabelece que cada país poderá estabelecer o prazo de duração, utilizando como critério para contagem do tempo a morte do autor. A legislação brasileira em vigor prevê a proteção do direito patrimonial pelo prazo de setenta anos após a morte do autor, contados a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte. Passado o período previsto em lei, a obra passa a pertencer ao domínio público e qualquer pessoa possui permissão para utilizá-la, sem o consentimento dos sucessores do autor.

---

<sup>9</sup> Alguns direitos morais transmitem-se aos sucessores do autor: o direito de reivindicar a autoria da obra, de ver seu nome indicado, de manter a obra inédita e de não permitir modificações a obra original.

<sup>10</sup> O artigo 28 da lei 9.610/98 enumera, exemplificativamente, os casos que dependem de autorização prévia e expressa do autor: I – a reprodução parcial ou integral; - a edição; - a adaptação; - a tradução; - a inclusão em fonogramas ou produção audiovisual; - a distribuição; entre outros.

<sup>11</sup> Veja-se a indicação do artigo 28 da lei 9.610/98.

<sup>12</sup> O artigo 41 da lei 9.610/98 dispõe que os direitos patrimoniais duram por toda a vida do autor mais setenta anos após a sua morte, contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento.

Vale registrar que, quando se adquire um exemplar de uma obra original protegida, adquire-se apenas um substrato material que exterioriza a obra. A qualidade de autor não se transfere; o autor é quem gerou a obra (Hammes, 2000, p. 109) e tem, geralmente, interesse que sua obra seja conhecida. Entretanto, quando seu direito for violado o autor pode exigir a cessação da violação, o ressarcimento de danos, a remoção dos objetos contrafeitos), entre outros (p. 147). A obrigação de indenizar deve compensar tanto os danos materiais como os danos morais.<sup>13</sup>

Entre as violações ao direito do autor estão o plágio e a pirataria. Valerio De Sanctis, citado por Hammes (1995, p. 81-96), conceitua o plágio como o processo que “consiste na reprodução parcial e levemente disfarçada dos elementos criativos de uma obra alheia, acompanhada de usurpação da paternidade.” Já a pirataria, de acordo com a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, é entendida “como a reprodução de obras publicadas ou fonografadas por qualquer meio adequado visando à distribuição ao público, sem a correspondente autorização” e com intuito de lucro.<sup>14</sup>

Representa violação ao direito autoral a cópia de parte de uma obra, a tradução de uma obra ou a sua adaptação para outro meio (livro/cinema). Perante a legislação, não há distinção entre a forma como as cópias são obtidas; se as cópias resultam através de meios mecânicos ou eletrônicos, ambos produzem a mesma responsabilidade a quem copia, devendo responder pela violação.

## 2. Internet e o direito do autor

O progresso da humanidade tem como base a capacidade de transmitir informações. As questões “tempo” e “distância”, na área da informação, têm sua amplitude reduzida. O direito à informação expandiu-se, facilitando o acesso ao conhecimento nos mais diversos pontos do planeta. Nesse prisma destaca-se a internet.

Internet significa rede internacional de computadores. O espaço virtual (ciberespaço) é um espaço social, formado pelo fluxo de infor-

---

<sup>13</sup> As sanções penais estão previstas no Código Penal brasileiro.

<sup>14</sup> Um dos problemas atuais é a tendência à tolerância da pirataria, dada à falta de trabalho. Porém, sabe-se que isso agrava cada vez mais a situação social. Cai-se num círculo vicioso, uma vez que essa aparente vantagem fomenta o ganho ilegal de alguns em detrimento dos criadores e do Estado, que deixa de arrecadar tributos e, por sua vez, deixa de fornecer serviços públicos por falta de recursos. HAMMES, 2000, p. 172 e ss.

mações e mensagens transmitidas entre computadores; é uma rede aberta, à qual qualquer pessoa pode ter acesso; possui caráter interativo, possibilitando ao usuário gerar dados, navegar e estabelecer relações. Através de provedores de acesso, realizam-se várias atividades, como o correio eletrônico, a computação de longa distância, o comércio eletrônico, o lazer, a pesquisa e os estudos. A World Wide Web é uma “teia de alcance mundial”, tecnologia utilizada para acessar a internet. Segundo as explicações de Paesani:

O WWW nasceu no ano de 1989 no Laboratório Europeu de Física de altas energias, com sede em Genebra, sob o comando de T. Berners – Lee e R. Cailliau. É composto por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagem e sons são evidenciados de forma particular e podem ser relacionados com outros documentos. Com um clique no mouse o usuário pode ter acesso aos mais variados serviços, sem necessidade de conhecer os inúmeros protocolos de acesso. (2000, p. 26)

As *homepages* possuem grande quantidade de informações e dados; são construídas a partir dos interesses de seus autores, disponibilizando aos internautas uma gama de informações muito grande, sobre os mais diversos assuntos, genéricos ou específicos. Seu surgimento ocorreu na década de 60, nos EUA, através do projeto Arpanet (Advanced Research Projects Agency) para interligar computadores por meio de pequenas redes locais posicionadas em pontos estratégicos, garantindo, mesmo em caso de ataques nucleares, a comunicação entre as cidades remanescentes.

Atualmente, pela internet todos podem se comunicar com todos; basta possuir um computador, um *modem* e uma linha telefônica. Ampliou-se a facilidade de acesso à informação armazenada em computadores, quer se trate de informações livremente disponíveis, quer se trate de obras protegidas pelo direito de autor. Em razão de sua dimensão, por não possuir uma sede nem um responsável direto, a fiscalização fica muito difícil sobre a reprodução de material por terceiros sem autorização na internet. Dada essa dificuldade, ocorre frequentemente o desrespeito aos direitos autorais, chegando alguns a atribuir, de forma imprecisa, o caráter de domínio público ao material presente na rede. A partir dessas incertezas, surgem algumas dúvidas, como: o proprietário de uma página na internet adquire os direitos autorais sobre todos os elementos que a constituem e a integram? Os conteúdos veiculados estariam totalmente protegidos, na medida em que sua veiculação e disponibili-

zação podem ser utilizadas por terceiros, sem que exista um controle mais rigoroso por parte de seu titular?

Primeiramente, devem-se considerar os preceitos da Carta constitucional brasileira, a qual assegura a liberdade de informação e de imprensa como um direito fundamental do homem, assim como a liberdade de criação de obras intelectuais. Além disso, existe legislação ordinária específica em matéria de direito autoral. Nessa percebem-se as pretensões claras de proteger os materiais veiculados no “www” (world wide web), especificamente no artigo 7º da lei 9.610/98, o qual relaciona como obras protegidas as criações de espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Ressalte-se que a lei não delimita o meio em que poderão aparecer expressas as obras, deixando aberta a possibilidade de fixação em meios até desconhecidos no presente. Esse ponto leva à abrangência dos direitos autorais às obras virtuais divulgadas na rede mundial de computadores.<sup>15</sup> Nesse sentido argumenta Galdeman:

(...) quando digitalizadas continuam a ser protegidas. E isso, apesar de passarem a ser lidas por computadores, já que o importante é saber se estas obras são originais (não são cópias de outras obras); se estão fixadas (um suporte físico de qualquer meio de expressão); e se apresentam características de criatividade (não sejam apenas descrições de fatos comuns ou de domínio público). (1997, p. 153)

Percebe-se que o ponto de maior relevo para o direito autoral é a originalidade da criação, independentemente de sua divulgação/fixação se dar no mundo real ou virtual. Nesse sentido, toda criação que for publicada na rede virtual deve ter a mesma proteção aplicada aos demais meios de divulgação. Os direitos autorais não se extinguem se uma obra for disponibilizada na internet, assim como os direitos conexos. A mudança de ambiente em que a obra é fixada e explorada e as condições de exercício dos direitos não mudam a natureza destes ou da obra que geram. Se não houver controle do autor sobre sua obra, a publicação é ilegítima.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Para os internautas é considerada obra fixada em meio tangível a expressão do trabalho colocada no computador, numa forma que possa ser lida na tela, ou, mesmo, enviada para impressora, mesmo que nunca seja colocada em disquete.

<sup>16</sup> A lei 9.610/98, no entanto, apresenta no artigo 46 algumas exceções, com possibilidade de cópia de determinados trechos da obra para uso privado de quem copiou, entre outros (art. 46).

Daí se afirmar que a legislação autoral é válida tanto para as obras que se apresentam no mundo real quanto no mundo virtual (eletrônico), embora muitos defendam que as obras inseridas na rede não deveriam seguir nenhuma regulamentação. Os materiais publicados eletronicamente estão protegido da mesma forma que os publicados em papel e, por conseqüência, a cópia eletrônica não autorizada viola o direito autoral à semelhança da fotocópia de livros (observadas as previsões legais). Como em outro meio de divulgação, as obras presentes no “www” não necessitam de registro prévio para garantir os direitos de seus autores. Em alguns países, como os EUA, o registro representa um forma de controle do direito autoral. O United States Copyright Office (Escritório de Registros Autorais) é o sistema de registro utilizado. As obras publicadas na internet também seguem o mesmo caminho, porém esse registro garante os direitos dentro do território americano; já, quando a transgressão se der fora do território americano, surge o problema das fronteiras eletrônicas.

Paesani considera que o direito de autor pode ter sua concepção tradicional alterada com a internet uma vez que:

- deixa de ser relevante a figura de quem exerce a atividade de intermediação da troca de informações entre o autor e o público, o que resulta na inadequação de toda a normativa centrada na cópia e na distribuição das cópias;
- a obra não é oferecida a pessoas indeterminadas, mas é depositada (stored) para poder ser divulgada; e a divulgação só ocorre em relação ao usuário que a demanda;
- não existe um exemplar material, logo, falta uma das características da obra protegida pelo direito de autor ligado à materialidade da exteriorização: *a fixação*. Em conseqüência desses fatores, torna-se necessária uma nova interpretação dos institutos fundamentais do direito de autor, como, por exemplo, *o esgotamento da obra*;
- o próprio conceito de obra entra em crise hoje, pois, com a nova tecnologia, a obra pode ser decomposta em partes infinitesimais (como uma fotografia). Indaga-se até que ponto pode ser aplicada a tutela do direito de autor para a utilização por terceiros e qual é o limite além do qual se torna necessário o consentimento do autor;
- a desmaterialização da obra diminui os limites entre a reprodução, difusão e sua circulação. A presença do suporte material é que tem determinado o direito à multiplicação e comercialização da mesma, diversamente do direito de utilização

(como por exemplo, o direito de execução, de representação e de radiodifusão); nas estradas eletrônicas, ao contrário, reprodução, circulação e difusão parecem coincidentes. (Paesani, 2000, p. 64)

Apesar das controvérsias entre a aplicação ou não do direito autoral, parece claro que a internet é o “meio” onde as obras estão dispostas, em nada alterando ou reduzindo o conteúdo primordial, que dá surgimento à proteção do direito do autor: a “criação intelectual”. Merecem destaque as considerações de Lorenzetti sobre os bens protegidos em *sites*. Segundo o autor, um *site* pode ser considerado uma obra nova, composto a partir de obras preexistentes, de *links* e outros *sites*. Nos *sites* surgem dúvidas sobre quais os bens que o integram e o limite de proteção que esses devem receber. A questão torna-se ainda mais complexa mediante a utilização do usuário, que não se limita ao uso passivo, interagindo com o *site*, modificando os bens existentes ou utilizando-os para terceiros (Lorenzetti, 2000, p. 436).

Nessa esteira, Rodríguez apresenta as seguintes considerações:

La mayoría de los autores (...) coy la programación de un sitio web tiene una doble protección de acuerdo con la legislación de propiedad. Por una lado, y como representación gráfica, es una creación artística (fotografía o un cuadro) y, por outro, en tanto consta expresado en un lenguaje (html, JavaScript Basic...) el código fuente puede ser considerado com un programa de ordenador, y obtener la ley como tal. Añaden que, incluso, podría ser considerado dibujo industrial, si bien en mi opinión éste está pensado para formas tangibles (en tres dimensiones), no se puede aplicar a las páginas.

La titularidad de estas criaciones plantea problemas entre las partes implicadas. Desde el punto los diseñadores/programadores, es comprensible que quieran proteger su trabajo en la medida e cualquiera puede acceder al código fuente de una página, copiarlo y reutilizarlo en su beneficio. O que técnicamente se pueda hacer no quiere que legalmente esté permitido. De acuerdo com pactarse en los contratos que la titularidad de estas creaciones pertenece a sua creadores com dere ho de uso a favor del cliente.. (Rodríguez, 2002).

Toda e qualquer cessão de obra a terceiros necessita da autorização expressa do titular. Dessa forma, os *sites* que disponibilizam aos usuário textos, filmes, bancos de dados devem obter a licença através de

contrato de autorização de uso comercial, “mediante venda ou qualquer outra forma”. Entre as alternativas apontadas pelo autor estão a celebração de contratos entre os proprietários dos *sites* e os usuários da rede, “mediante cobrança de tarifa por cada utilização” e o estabelecimento de controle de “acesso, identificação e prevenção de cópias” (Lorenzetti, 2000, p. 438).

Outra observação relevante é a referente às citações de obras e à utilização de *links*. A legislação autoral exige que a citação se limite a um “fragmento da obra”, de forma ilustrativa, identificando o título e o autor da obra. A abstenção desses dados configura o plágio. A indicação de *links* serve como indicação de consulta, sem autorização para reproduzi-la.

A legislação brasileira em vigor, relativamente à matéria, prevê sanções à publicação e/ou reprodução de obra sem o consentimento expresso dos autores. Essa norma aplica-se à internet. Aos autores é assegurado o direito de ação contra os transgressores, pleiteando pela cessação da veiculação indevida, juntamente com a ação indenizatória por danos morais e patrimoniais.<sup>17</sup> Nesse ponto, é necessário considerar que a violação do direito de autor pode envolver realidades diferentes. Existem situações em que o agente inicia o ato ilícito em determinado território, mas ele produz efeitos também em outro (delito complexo). Distinguem-se, nesse caso, o local do delito e o local do dano (local da recepção), que poderá ser singular ou plural, estendendo-se a outros países.

Problemas como esses têm levado juristas a sugerir a adoção de sistemas alternativos de resolução dos conflitos, de acordo com cada situação, ora utilizando-se a lei do país do servidor, ora a lei do país do provedor de serviços, ou, ainda, a lei do país de emissão (*site*). Há também os que sugerem seja adotada a lei do local do dano(domicílio da parte lesada).

---

<sup>17</sup> São permitidas as cópias de obras fixadas na rede em determinadas situações. Uma delas é quando o autor se manifesta de forma expressa nesse sentido, como no caso de encontrar-se o seguinte aviso: “Copie livremente, desde que citada a fonte”. Outra situação é a que se pode entender como autorização implícita. Essa situação pode se configurar quando o autor manda uma mensagem para um grupo de discussão; então, necessariamente, serão tiradas cópias e ocorre a publicação do texto. Na mesma linha é considerada prática comum a utilização de material com vistas a noticiar, criticar ou parodiar.



### 3. Responsabilidade civil por danos causados ao autor na *internet*

Inicialmente, convém destacar o significado de “responsabilidade civil”. A palavra “responsabilidade”, de origem latina – *respondere* –, é empregada com o sentido de responsabilizar, garantir, assegurar, assumir o pagamento que se obrigou ou do ato que se praticou. O termo “civil” refere-se a cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos e obrigações. Daí conceituar-se a responsabilidade civil como “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (Rodrigues, 1998, p. 6).

Pelo conceito, verifica-se a presença de alguns traços básicos da responsabilidade civil que conduzem ao mesmo significado, entre os quais: a responsabilidade civil é uma obrigação que uma pessoa tem de reparar/ressarcir os prejuízos causados a outrem, pressupõe a ação ou omissão, culpa ou dolo do agente; nexos de causalidade e o dano experimentado pela vítima.<sup>18</sup>

A responsabilidade civil pode estar fundamentada na culpa (subjetiva) ou na teoria do risco (objetiva). Como exemplo de responsabilidade subjetiva, pode-se tomar a análise de Martins, citado por Paesani, sobre a ocorrência da responsabilização na internet. Pelas observações do autor, a culpa *in eligendo* tem papel destacado na área, “tomando-se o banco como exemplo, pode-se dizer que o banco prestador de serviço em rede eletrônica terá culpa se houver adquirido recursos informáticos inadequados”. Porém, “se o banco efetivamente recorreu a consultorias especializadas, e contratou recursos que se afiguravam mais apropriados, em princípio não terá incorrido em culpa *in eligendo*”. No que se refere à culpa *in vigilando*, seguindo o mesmo exemplo, o banco “teria algumas limitações no que tange a seu dever de vigilância, que, em tese, o isentaria de responsabilidade”. A isenção de responsabilidade justifica-se pela inviabilidade de “rastreamento simultâneo de todas as operações realizadas na rede pelos usuários respectivos – ou por invasores não

---

<sup>18</sup> Diversamente, a responsabilidade penal é colocada em prática quando certos comportamentos do ser humano são de tamanha gravidade e de hediondas consequências para o restante da população que são conhecidos como delitos, sendo necessária a punição pela máquina pública, para punir o indivíduo, autor do ato infracional, recuperá-lo, para colocá-lo novamente perante o convívio social e servir de exemplo para que outros cidadãos não cometam tal ato. MATIELO, 1995, p. 20.

autorizados” e pelo “respeito à privacidade e à intimidade alheias”. (Paesani, 2000, p. 83-84).

Ainda segundo a autora, a culpa *in omitendo* configurar-se-ia se o banco “omitisse informações relevantes”. A delimitação da ocorrência desse tipo de culpa é “muito delicada” em virtude da inexistência de um grau correto de informações que o prestador de serviços deve garantir aos seus clientes. Daí que os casos de culpa devem ser analisados com cautela. A culpa *in custodiendo* “pode-se configurar, no caso em questão, em relação à guarda de dados (recursos financeiros) que os clientes do banco fazem trafegar pela rede no âmbito da prestação de serviço”. E, por fim, a culpa *in contraendo*, “tema ver especialmente com as condições em que o banco se encontra no momento da oferta de seus serviços, no sentido de poder cumprir as promessas com que acena”. (Paesani, 2000, p. 83-84).

Outro ponto da responsabilidade civil na internet é o relacionado à teoria do risco, na qual é necessário destacar a “responsabilidade de cada parte”. Enquanto, por exemplo, o banco é responsável pela rede, “os clientes são responsáveis pelos equipamentos e programas que utilizam para acessar a rede”. Para caracterizar essa modalidade, é necessário o resultado de um dano certo e atual. (Paesani, 2000, p. 83-84).

Merece destaque a extraterritorialidade, característica intrínseca da internet, além de sua desmaterialização, uma vez que o seu suporte é eletrônico. Diante dessas peculiaridades da rede mundial de computadores, ao operador do direito cabe a difícil tarefa de identificar qual lei se aplica ao caso particular. Complementando, Carvalho apresenta a tendência da doutrina “em estabelecer uma diferenciação entre país de localização e país de acesso, propondo que o país de localização seja competente para dirimir as controvérsias decorrentes” (2001, p. 82).

Na rede são identificados três atores: o cliente do provedor; o provedor de acesso e o usuário, a quem se destinam as informações colocadas na rede. Diante disso, cabe questionar: quem responsabilizar? Relativamente ao cliente, a sua identificação é precisa, porque este mantém contrato com o provedor, assim como o provedor, que é quem aluga seu espaço na rede junto à empresa de telecomunicações. Entretanto, a dificuldade surge em relação a identificação do usuário, que pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, em qualquer lugar do mundo. Sobre essa questão ainda não existe uma solução uniforme. Alguns mecanismos, como a exigência de cadastro e utilização de senhas de acesso aos *sites*,

facilitam a identificação dos usuários, inclusive quando da violação dos direitos autorais. O provedor de internet responde pelos danos causados pelos produtos oferecidos aos seus usuários, pelos vícios ou defeitos no fornecimento dos serviços, no gerenciamento da caixa postal, no fornecimento de programas, pela lentidão nos acessos e pela venda direta de *software*. A responsabilidade dos provedores, nesse sentido, “é vista como alternativa ou concorrente do sujeito que cometeu o ilícito” (Paesani, 2000, p. 79).

Além desse caso, poderá haver responsabilização do provedor para com os atos de terceiros que se utilizam dos serviços do provedor, locando espaço em seu servidor, anunciando sua página, vendendo produtos e serviços e remunerando o servidor para tanto. Neste caso, figura a responsabilidade objetiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual pela simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de serviço ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado, ou a prestação do serviço.

Pelo exposto, constata-se que a responsabilidade do provedor de internet é muito ampla sobre todos os produtos e serviços negociados, ainda que sem a sua participação direta. Verifica-se, pois, a sujeição dos provedores à responsabilização, mesmo que figurando na condição de mero veículo, sem intervenção nas relações existentes na rede. Naturalmente, o provedor poderá eximir-se de sua responsabilidade se provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, par. 3º, III e art. 14, par. 3º, II, do CDC). Nesse sentido, estaria isento o fornecedor quando controlasse o conteúdo das informações no momento de sua divulgação; quando as informações são fornecidas por outros fornecedores; quando as informações estão instaladas em outros fornecedores ou quando o fornecedor adotou as precauções indicadas no código de auto-regulação, inclusive da identificação do usuário (Paesani, 2000, p. 89).

Nessa linha, o “fornecedor de acesso é um intermediário e não um editor das páginas que hospeda, por isso não se pode culpá-lo por ato de seus clientes.” Porém, caso o fornecedor tenha conhecimento, via denúncia, de *sites* ilegais criados por clientes, poderá ser responsabilizado. É ilustrativa a comparação realizada por Dehon entre a figura do provedor da internet e um hotel e seus quartos aos *sites*. Os ilícitos

praticados no interior do hotel pelos hóspedes, se do conhecimento do proprietário, podem obrigá-lo solidariamente (Deon, 2001, p. 201).

#### 4. Formas de resguardar os direitos autorais na internet

As formas de resguardar os direitos dos criadores de obras originais presentes na rede mundial de computadores são as que apresentam, no momento da sua fixação na rede, as condições de uso possíveis, assim como as restrições a essas possibilidades. Outra forma é a utilização da técnica da “criptografia”, que significa a conversão de dados de modo a impedir sua interceptação por pessoas não autorizadas, necessitando de uma senha. (Greco, 2000, p. 41-42).

Acrescente-se a essas formas a limitação de acesso às páginas virtuais, como adotado por alguns *sites*, permitindo o acesso somente aos usuários assinantes/cadastrados. A identificação do usuário inibe a prática de violações, uma vez que poderá ser identificado e responsabilizado pelos seus atos. Ainda, apresenta-se a equiparação das transmissões via internet como uma transmissão eletrônica, geradora de *royalties*, os quais seriam recolhidos pelas arrecadadoras de música (Cabral, 1988, p. 49).

Questão fundamental, junto às já relacionadas, é a harmonização das leis nacionais nas áreas de propriedade intelectual e de telecomunicações. A lei de proteção dos direitos autorais não é a única que deve ser observada no momento do envio de material para a internet. Destacam-se outros pontos, como a invasão de privacidade, a possibilidade de ofensas, calúnias ou difamações a terceiros. Reafirma-se, também, o papel de destaque da jurisprudência na tutela dos direitos do autor na internet, uma vez que as decisões referendadas podem orientar a estruturação legal da matéria.

#### 5. Considerações finais

Do exposto infere-se que os criadores possuem proteção dos seus direitos autorais de forma a garantir que as criações artísticas, literárias e científicas, quando fixadas em qualquer suporte (exteriorização da obra), recebam o respeito e a remuneração adequada (direito moral e patrimonial). A internet, como meio de comunicação, é uma forma de divulgação das obras da criação humana.

Assim, é imperioso aos operadores do direito considerar que a rede nada mais é do que um “meio de fixação” das criações humanas. Dada a abrangência da internet, caberá aos legisladores buscar soluções criativas ajustadas às necessidades da convivência social harmônica, complementando os dispositivos legais e prevendo alternativas de controle sobre o uso das informações, bem como sobre formas de punição aos infratores.

## Referências

- CABRAL, Plinio. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação, liberdade de expressão e internet. In: *Internet e direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 82.
- DEHON, Miguel. A responsabilidade civil do provedor da internet. In: *Internet e direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GALDEMAN, Henrique. *De Gutemberg à Internet: direito autorais na era digital*. São Paulo: Record, 1997.
- GRECO, Marco Aurelio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- \_\_\_\_\_. Pirataria de obras intelectuais. *Revista de Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 28, n. 72, p. 81-96, jan./abr. 1995.
- LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor Y derecho conexo*. Buenos Aires: Edições Unesco, 1993.
- LORENZETTI, Ricardo Luis Lorenzetti. Informática, Cyberlaw, E-commerce. In: *Direito & internet*. Bauru: Edipro, 2000.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano moral, dano material e reparação*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000.
- RODRÍGUEZ, Javier Prenafeta. España: Titularidad y protección jurídica de los sitios web. P. 1. Disponível em <[http://v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina](http://v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina)>. Acesso em:
- RODRIGES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.



# A prevenção de riscos laborais e a defesa do meio ambiente no direito espanhol

*Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira\**

*1. Introdução; 2. O conceito jurídico de meio ambiente e seus elementos materiais; 3. gestão ambiental e meio ambiente de trabalho; 4. A prevenção de riscos laborais e a defesa do meio ambiente; 5. Considerações finais; Referências*

## 1. Introdução

A Constituição espanhola de 1978 trata da defesa ambiental como um dos princípios reitores da política social e econômica, não reconhecendo um verdadeiro direito subjetivo ao meio ambiente. Limita-se a determinar que todos têm o direito de desfrutá-lo, sem, contudo, estabelecer as ações que devem ser realizadas para concretizar esse direito. Isso se verifica porque a Constituição espanhola parte de uma concepção formal de direitos fundamentais que não contempla o meio ambiente. Porém, como princípio reitor da ordem econômica, o meio ambiente funciona como um limite à livre iniciativa empresarial. O questionamento que se deve fazer é: como deve ser feita essa limitação à livre iniciativa?

Através da utilização da defesa ambiental como instrumento de valorização do trabalho, o que se consegue quando se garante o pleno emprego, no qual se incluem a garantia à saúde e à segurança do trabalhador e a defesa direta do meio ambiente pela via da negociação coletiva, o que significa falar em desenvolvimento sustentável, visto

---

\* Advogada; mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará; doutoranda em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Valencia – Espanha; professora do Centro Universitário de João Pessoa, da Universidade Estadual da Paraíba e da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas.

que se impõe às empresas uma sistema de gestão no qual o desenvolvimento da produção não pode ser feito colocando em risco a capacidade produtiva do planeta Terra e a saúde do homem

Nesse contexto, tanto o direito ao meio ambiente quanto o direito ao trabalho, no qual se inclui a prevenção de riscos laborais, devem ser encarados como duas faces de uma mesma moeda, a dignificação do homem, que somente se realiza quando ele tem acesso a um trabalho que lhe permite auferir os meios indispensáveis à sua subsistência e desfrutá-los num ambiente adequado.

A consecução de um desenvolvimento sustentável somente pode ser alcançada através da coordenação, respectivamente, entre a política ambiental e a política econômica, na qual se inserem a política de emprego e o direito ao trabalho, cuja finalidade é promover a valorização do trabalho dentro de uma perspectiva ampla, que é a de existência digna do ser humano.

A finalidade do presente artigo é estabelecer a relação entre a prevenção de riscos laborais e a defesa do meio ambiente no direito espanhol, isto é, em que medida uma influencia a outra com a garanta à saúde do ser humano.

## **2. O conceito jurídico de meio ambiente e seus elementos materiais**

A Constituição espanhola reconhece o direito ao meio ambiente no art. 45, situado no título I, capítulo III, intitulado “Os princípios reitores da política social e econômica”. Essa localização constitucional do direito ao meio ambiente no capítulo que trata dos princípios que regem a política econômica e social acarreta um problema relativo à natureza jurídica desse direito, que se reflete na determinação dos elementos materiais que o compõem. Trata-se de um direito fundamental do ser humano?

A norma fundamental espanhola parte de uma concepção formal de direitos fundamentais, que encontra previsão no art. 53.2, segundo o qual somente os direitos reconhecidos no art. 14 e na seção primeira do capítulo II da Constituição, isto é, somente os direitos previstos nos art. 14 *usque* 29, podem ser objeto do recurso de amparo constitucional e do procedimento preferente e sumário ante os tribunais ordinários.

Em outras palavras, a Constituição espanhola atribui a determinados direitos reconhecidos constitucionalmente uma via de tutela con-



sistente em um procedimento preferente e sumário, tanto em nível constitucional, por meio do recurso de amparo, quanto em nível infraconstitucional, sem que se encontre entre esses direitos superprotegidos o direito ao meio ambiente, o qual, na perspectiva do direito espanhol, assume a forma de princípio.

Da análise do art. 53 da Carta espanhola deduz-se claramente a perspectiva formal adotada para caracterizar a fundamentabilidade ou não de um direito, já que o preceito estabelece diferentes graus de proteção para os direitos previstos no texto constitucional, embora o Tribunal Constitucional espanhol tenha reconhecido que todos os dispositivos constitucionais possuem valor normativo.<sup>1</sup> No entanto, atribuir valor normativo aos preceitos constitucionais não é o mesmo que reconhecer a fundamentabilidade de um determinado direito.

Quando o Tribunal Constitucional afirma que todos os preceitos constitucionais têm valor normativo, está querendo dizer que os poderes públicos devem conformar sua atuação de acordo com o disposto na Constituição, ao passo que, na perspectiva formal, caracterizar um direito como fundamental significa dotá-lo de mais meios de tutela, tanto no aspecto qualitativo quanto no aspecto quantitativo, manifestando a essencialidade do valor superprotegido para a concretização da fórmula política adotada por determinado Estado.

É incoerente dizer que todos os direitos previstos no texto constitucional têm um valor normativo e, portanto, conformam a atuação dos poderes públicos, sem que, contudo, eles possam ser objeto do recurso de amparo e da ação de inconstitucionalidade, que o legislador constituinte espanhol reservou apenas para os direitos previstos no capítulo II do título primeiro da Constituição, entre os quais não se encontra o direito ao meio ambiente.

Em outros termos, quando o legislador constitucional espanhol trata o direito ao meio ambiente como um princípio, não como um direito fundamental em sentido formal, está dizendo que o meio ambiente não é um valor primordial na construção do Estado social e democrático de direito, que foi a fórmula política adotada pela Constituição espanhola, o que implica que a democracia almejada pelo Estado espanhol não é uma democracia ambiental.

---

<sup>1</sup> Sentença do Tribunal Constitucional 1/1981, publicada no *Boletim Oficial do Estado* de 24 de fevereiro de 1981.

Além disso, os princípios são normas jurídicas gerais e abstratas por excelência, o que, por sua vez, acarreta outro problema, que é o relativo ao fato de não ser possível falar em direito subjetivo (*facultas agendi*) ao meio ambiente, já que o art. 45 não prescreve ações práticas que devem ser realizadas pelos particulares e pelos poderes públicos para concretizar esse direito. O legislador constituinte limitou-se a encarregar os poderes públicos de velar pela utilização racional dos recursos naturais, sem, contudo, determinar as ações que devem ser realizadas para materializar essa utilização. Por essa razão, a tutela desse direito é incompleta porque a caracterização de um determinado direito como subjetivo atribui ao seu titular direitos e obrigações que, quando não cumpridos voluntariamente, outorgam-lhe a faculdade de exigí-los judicialmente.

Claro está que se pode exigir o direito ao meio ambiente, mas também não se pode negar que as possibilidades de exigência desse direito são limitadas tanto na ótica constitucional quanto do prisma infraconstitucional, já que não conta com o benefício de um procedimento preferente e sumário, tampouco pode ser objeto da ação de inconstitucionalidade prevista no art. 161, da Constituição. Assim sendo, na perspectiva constitucional, o direito ao meio ambiente não se caracteriza como um verdadeiro direito, senão como um princípio que deve conformar a atuação dos poderes públicos.

O art. 45 menciona como elementos do conceito jurídico de meio ambiente: a) o desenvolvimento da pessoa; b) os recursos naturais; c) a qualidade da vida; d) o próprio meio ambiente (Álvarez, 1998, p. 59). Não obstante, a doutrina espanhola não é unânime no que concerne à inserção no conceito jurídico de meio ambiente do aspecto social e cultural, de modo que alguns doutrinadores (Mateo, 1991, p. 30) limitam o conceito aos recursos naturais.

Ainda que a doutrina não seja unânime com relação à inclusão do aspecto social e cultural entre os elementos materiais que compõem o conceito jurídico de meio ambiente, a perspectiva complexa desse conceito é algo que decorre da noção de digna qualidade de vida, esboçada no preâmbulo da Constituição. Por isso, entendo que, quando a norma constitucional faz menção ao desenvolvimento da pessoa como elemento do conceito de meio ambiente, é porque tem a finalidade de incluir no referido conceito todos os elementos que influenciam direta ou indiretamente a vida humana.

No conceito constitucional de meio ambiente, é importante destacar duas coisas, que devem ser levadas em conta na resolução dessa polêmica doutrinária: a primeira relativa à posição que o homem assume; a segunda referente ao fato de que se adotou a técnica legislativa de fazer menção ora aos recursos naturais, ora ao meio ambiente. O que isso significa?

O papel do homem no conceito jurídico de meio ambiente fica claro na primeira parte do art. 45, segundo o qual se deve conservar o meio ambiente com a finalidade de garantir um adequado desenvolvimento do ser humano. Em outras palavras, adota-se a postura de que o homem é o centro do sistema ambiental. Embora compartilhe da opinião dos que afirmam que o homem é o gestor do recursos naturais, quando o preceito constitucional faz referência a meio ambiente adequado e ao desenvolvimento da pessoa, está admitindo que uma vida digna não se consegue apenas com a preservação dos recursos naturais, mas demanda também a conservação dos demais ambientes nos quais se desenvolve a personalidade humana.

Quando se utilizam de forma alternada as expressões “meio ambiente” e “recursos naturais”, é porque se opta por uma concepção ampla de meio ambiente, que vai além dos recursos naturais e das interações que entre eles se estabelecem e engloba as perspectivas social e cultural, uma vez que o próprio legislador distingue entre o microambiente e o macroambiente. Noutros termos, o conceito jurídico de meio ambiente delineado no art. 45 deve ser visto de um ângulo mais amplo, que é o relativo ao conceito de qualidade de vida a que se refere o preâmbulo da Constituição espanhola.

A opção do legislador constituinte espanhol com relação à posição que o homem assume no conceito jurídico de meio ambiente revela também que se trata de um direito de solidariedade cuja concretização pressupõe a participação de todos os interlocutores sociais. Isso fica manifesto também no art. 10 da norma fundamental espanhola, que confere à dignidade humana e aos demais direitos necessários ao desenvolvimento da pessoa o caráter de fundamento da ordem política e da paz social.

É indubitável que um meio ambiente hígido constitui um dos pressupostos necessários para a realização pessoal digna, razão pela qual é possível caracterizá-lo como um dos fundamentos da ordem política e da paz social espanhola e, portanto, como direito fundamental na acepção material.

### 3. Gestão ambiental e meio ambiente de trabalho

Como dito, a caracterização do meio ambiente como um direito de solidariedade impõe uma gestão ambiental coletiva, da qual obrigatoriamente deve participar toda a sociedade. A empresa, unidade de organização produtiva, na qual interagem importantes forças sociais, não pode ficar de fora dessa manifesta necessidade de tutela coletiva do meio ambiente, que, no âmbito empresarial, é realizada através da defesa do meio ambiente de trabalho.

A expressão “meio ambiente do trabalho” evoca a noção de gestão ambiental, que apresenta um caráter holístico, uma vez que enfoca o meio ambiente em seu conjunto, ou seja, na dimensão física, biológica, cultural, estética, econômica e social, englobando todos os elementos que influem e permitem a vida. Por meio de uma adequada gestão do meio ambiente, procura-se garantir um desenvolvimento sustentável, de acordo com o qual se satisfazem as necessidades do presente sem colocar em perigo a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades. Dito de outra maneira, a noção de desenvolvimento sustentável impõe uma utilização racional e prudente dos recursos naturais, tendo em consideração não apenas as necessidades das gerações presentes, mas, também, as necessidades ambientais e econômicas das gerações futuras (Krämer, 1999, p. 81).

Essa íntima relação que a expressão “meio ambiente do trabalho” mantém com a noção de gestão ambiental e com a idéia de desenvolvimento sustentável deriva do fato de que tanto o direito a um meio ambiente saudável quanto o direito ao trabalho aparecem como instrumentos de realização da dignidade humana, porque o ser humano que tem um meio ambiente adequado, mas que não tem trabalho, é levado a destruí-lo para garantir o seu sustento e o de sua família, do mesmo modo que a má utilização dos recursos ambientais pode levar ao desaparecimento de postos de trabalho e gerar desemprego.

Destarte, a questão ambiental não pode ser tratada sem que se tenha em consideração o aspecto de promoção social e econômica do ser humano, isto é, o aspecto relativo a sua dignificação, o que somente pode ser conseguido através de uma adequada coordenação entre tutela ambiental e direito ao trabalho. Nesse sentido, o Tratado da União Européia, no art. 174, estabelece que um dos objetivos a alcançar através da política ambiental comunitária é a prudente e racional utilização

dos recursos naturais, assim como a proteção da saúde, na qual se devem incluir o aspecto físico e o aspecto moral do ser humano, cuja consecução se atinge garantindo um trabalho digno e realizado em condições dignas.

A noção de meio ambiente do trabalho como um elemento do desenvolvimento sustentável também foi reconhecida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) por meio do Programa Internacional para a Melhora das Condições e Meio Ambiente do trabalho (PIACT), que tem por objetivo garantir a saúde e a segurança no trabalho com relação à produtividade e ao bem-estar, tanto no que se refere ao trabalho como no que concerne ao meio ambiente vital (Evan, 1986, p. 55).

É também nesse cenário de fomento do desenvolvimento sustentável e de tutela do meio ambiente de trabalho que se situa a preocupação de criar um sistema de responsabilidade social das empresas, segundo o qual as unidades produtivas devem adotar comportamentos destinados a alcançar uma boa gestão econômica, social e ambiental,<sup>2</sup> mediante a integração voluntária por parte das empresas das preocupações sociais e ambientais em suas relações comerciais e com os interlocutores sociais.

A adoção de um sistema de responsabilidade social das empresas é feita considerando a repercussão externa e interna das atividades empresariais.<sup>3</sup> No âmbito externo, situa-se a tutela do meio ambiente e dos consumidores, por meio da qual se almeja evitar os danos àquelas pessoas que não se encontram implicadas no processo produtivo, ao passo que, no âmbito da repercussão interna, encontra-se a tutela dos aspectos relativos à saúde e segurança no trabalho, assim como a gestão dos recursos humanos. Isso porque a falta de comportamentos responsáveis pelas empresas acarreta grave riscos à exploração do meio ambiente e das matérias-primas, à intervenção das empresas na política, ao respeito das normas trabalhistas, aos direitos sindicais, à prática do trabalho infantil e do trabalho forçado e à discriminação das mulheres e das minorias. Trata-se de um sistema destinado a evitar esses riscos através de iniciativas voluntárias que independem da normativa social em vigor, mas que devem ser fomentadas pelos Estados-membros da União Européia.

---

2 Recentemente, a questão da responsabilidade social das empresa foi objeto de uma resolução do Conselho da Comunidade Européia de 6 de fevereiro de 2003, publicada no *Diário Oficial da União Européia* de 18 de fevereiro de 2003.

3 A menção à responsabilidade social das empresas foi feita pela primeira vez no *Libro Verde-Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, publicado no *Diário Oficial da Comunidad Européia* de 27 de mayo de 2002.

É nesse marco de responsabilidade social das empresas que se inclui a “etiqueta ecológica”, concebida como um sistema voluntário cujo objetivo é promover os produtos que apresentam um efeito ambiental reduzido durante todo o seu ciclo de vida, proporcionando aos consumidores informação exata, não enganosa, e que tenha base científica sobre a repercussão ambiental dos produtos.<sup>4</sup> Seu objetivo, portanto, é fomentar a melhoria das normas impositivas já existentes.

Atualmente, está sendo objeto de debate pela sociedade espanhola a Estratégia Espanhola para o Desenvolvimento Sustentável (EEDS),<sup>5</sup> articulada sobre seis eixos fundamentais: a) a água; b) as modificações climáticas; c) a biodiversidade; d) a costa; e) os bosques; f) a qualidade ambiental.

Com relação à qualidade ambiental, a EEDS destaca como um dos seus principais instrumentos a política de prevenção, por meio da qual se pretende avançar rumo a uma gestão segura dos resíduos, o que se deve se fazer no âmbito empresarial.

A qualidade ambiental, segundo a EEDS, contempla também o dinamismo da pequena e mediana empresa, que permite estabelecer uma compatibilidade entre crescimento econômico, emprego e competitividade, por meio da qual se objetiva combater a pobreza e a exclusão social, pressupostos necessários para a construção de um modelo de desenvolvimento sustentável.

Portanto, o objetivo do desenvolvimento sustentável, de acordo com a EEDS, é compatibilizar meio ambiente, crescimento econômico e desenvolvimento social, o que, em última análise, impõe uma articulação entre a necessidade de garantir o direito ao trabalho e o direito ao meio ambiente.

#### **4. A prevenção de riscos laborais e a defesa do meio ambiente**

A tutela do meio ambiente do trabalho na empresa é feita através da prevenção de riscos laborais, cuja finalidade é proteger a saúde do trabalhador. A Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo da ata

---

<sup>4</sup> No âmbito comunitário, a questão da etiqueta ecológica foi tratada pelo considerando nº 1 do regulamento (CE) nº 1980/2000, publicado no *Diário Oficial da Comunidade Europeia* de 21 de setembro de 2000.

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.esp-sostenible.net/presentacion.asp>. Acesso em: 3 jul. 2003.

de sua constituição, oferece um conceito amplo de saúde, que permite entendê-la como o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social do ser humano.

O aspecto físico equivale ao tradicional conceito de saúde na perspectiva somática ou fisiológica, ou seja, ao bom funcionamento do corpo e do organismo. A perspectiva psíquica diz respeito ao bem-estar mental, traduzido no sentir-se bem consigo mesmo, na qual intervêm os aspectos externos ao organismo humano, isto é, os riscos sociais, ao passo que o aspecto social compreende o bem-estar do indivíduo com seu entorno e com o resto das pessoas, o que permite o desenvolvimento da personalidade como âmbito existencial do indivíduo (Alquézar, 2001, p. 572).

A Lei de Prevenção de Riscos Laborais espanhola (LPRL) deixa claro no art. 2.1 que a sua finalidade é promover a segurança e saúde<sup>6</sup> dos trabalhadores, do que resulta que tutela o aspecto físico da saúde de um grupo determinado de indivíduos, constituído pelos trabalhadores de uma empresa.

Essa tutela é feita através de uma série de obrigações legais impostas ao empresário e que podem ser resumidas da seguinte maneira: a) obrigação de avaliar os riscos derivados da atividade empresarial; b) obrigação de proporcionar equipamentos de trabalho adequados à prevenção do risco laboral; c) obrigação de vigiar a utilização dos equipamentos fornecidos; d) obrigação de informar ao trabalhador sobre a utilização dos equipamentos de proteção e sua importância para a prevenção de riscos laborais; e) obrigação de consultar os trabalhadores e permitir sua participação nos assuntos relacionados à prevenção de risco laboral; f) obrigação de dar formação aos trabalhadores; g) obrigação de adotar medidas de emergência com relação aos riscos que não puderem ser evitados; h) obrigação de proteger os trabalhadores sensíveis a determinados riscos, como é o caso das mulheres grávidas e dos menores (Beltrán, 2000, p. 50-128).

Uma pergunta importante, neste ponto, é: o que a prevenção de riscos laborais e a tutela do meio ambiente têm em comum?

Os juslaboralistas espanhóis, partindo do disposto no art. 15.1.a) e c) da LPRL, de acordo com os quais a ação preventiva tem como

---

<sup>6</sup> Em alguns dispositivos a lei faz menção à segurança e à higiene, razão pela qual se deve entender que o termo "saúde", empregado pela LPRL, é amplo e compreende a segurança e a higiene como partes integrantes do conceito de saúde laboral.

princípios gerais o de evitar os riscos e combatê-los em sua origem, entendem que o empresário, ao firmar um contrato de trabalho com o empregado, assume contratualmente a obrigação previamente imposta por lei de prevenir qualquer risco à saúde do trabalhador. Trata-se de uma obrigação de resultado, razão pela qual o empregador, além de prevenir o dano, obriga-se também a evitar a produção de qualquer resultado nocivo à saúde do trabalhador (Ortega e Tovar, 1996, p. 107). Em outras palavras, a prevenção de riscos laborais tem como um dos seus princípios fundamentais o de prevenir o dano.

A necessidade de uma ação preventiva com relação ao meio ambiente encontra-se prevista no art. 174.2 do Tratado da União Europeia, consoante o qual a política da CEE no âmbito do meio ambiente terá como objetivo alcançar um nível de proteção elevado, baseando-se nos princípios de cautela e de ação preventiva, o que quer dizer que as atividades que apresentam riscos ao meio ambiente deverão se submeter a rigorosos critérios de controle, tanto prévios quanto de funcionamento, tendo em vista que os danos ambientais têm um alto grau irreparabilidade (Álvarez, 1998, p. 54). Noutros termos, a proteção ambiental e a prevenção de riscos laborais partem do mesmo princípio básico: do princípio da ação preventiva.

É possível dizer também que a finalidade de ambas as políticas preventivas é a mesma, já que a defesa do meio ambiente tutela o aspecto social da saúde do ser humano, ou seja, o bem-estar do indivíduo com o seu entorno e com o resto das pessoas, o que remete à necessidade de garantir uma adequada utilização dos recursos ambientais, ao passo que, através da prevenção de riscos laborais, tutelam-se os aspectos físicos e psíquicos da saúde do trabalhador. A prevenção de riscos laborais e a tutela ambiental, por se embasarem no mesmo princípio básico, a ação preventiva, objetivam alcançar uma mesma finalidade, que é a de tutelar da saúde do ser humano.

Outro questionamento relevante é: a prevenção de riscos laborais serve como instrumento de prevenção do dano ambiental?

A forma mais comum de dano ao meio ambiente é a contaminação ambiental, que deve ser entendida como a degradação da qualidade do entorno, proveniente da manutenção no meio ambiente de substâncias que modificam a composição do meio natural (Evan, 1986, p. 30), ou, como estabelece a diretiva comunitária 96/61/CE,<sup>7</sup> consiste

---

<sup>7</sup> Essa diretiva comunitária trata da prevenção e controle da contaminação e foi publicada no *Diário Oficial da Comunidade Européia* de 10 de outubro de 1996, p. 26-40.



na atividade humana de introdução direta ou indireta de substâncias, vibrações, calor ou ruído na atmosfera, na água e no solo, capazes de causar efeitos prejudiciais à saúde humana ou à qualidade do meio ambiente.

A LPRL, por sua vez, tem por finalidade eliminar os riscos para a saúde do trabalhador derivados das atividades desempenhadas, como é o caso dos riscos que decorrem da manipulação de matérias e substâncias perigosas. Para eliminar esse risco, o empresário tem de adotar um adequado sistema de produção, a fim de evitar que a manipulação inadequada dessas substâncias cause dano à saúde do trabalhador.

Dessa maneira, pode-se afirmar que a adoção de um adequado sistema de produção, por meio do qual se pretende eliminar riscos para a saúde do trabalhador, serve como instrumento prévio de defesa ambiental na medida em que impõe a utilização de um sistema produtivo que contemple a eliminação adequada das substâncias tóxicas e perigosas utilizadas durante o processo produtivo. Isso porque a LPRL, no art. 4, parágrafo 4º, considera risco grave e iminente para a saúde do trabalhador aquele cuja materialização é provável num futuro próximo e que deriva da exposição do trabalhador a substâncias capazes de causar dano à saúde, isto é, da exposição do trabalhador a substâncias tóxicas e perigosas.

Disso se deduz que, se o empresário não adota um adequado sistema de eliminação das substâncias tóxicas e perigosas utilizadas no processo produtivo, estará expondo o trabalhador a essas substâncias e, em consequência, causando-lhe um risco grave e iminente, podendo-se afirmar que a prevenção do dano ambiental, nesta hipótese, é feita por via reflexa. A prevenção de riscos laborais e a tutela ambiental remetem ao conceito de qualidade de vida, previsto no preâmbulo da Constituição espanhola, que tem como elemento indispensável a saúde, a qual exige uma tutela dinâmica, dirigida a melhorar continuamente as condições mínimas que permitem ao ser humano um estado de normalidade física, psíquica e social (Ortega, 1979, p. 202).

Por isso, não se pode falar em qualidade de vida sem trabalho e sem condições adequadas de disfrute dos recursos ambientais. A prevenção de riscos laborais impede que o processo produtivo desmedido lesione a integridade física do trabalhador, ao passo que a defesa ambiental impede que o processo produtivo coloque em risco os recursos necessários à manutenção da vida humana, o que leva à conclusão de que

ambas, por meio da ação preventiva, impõem limites à livre iniciativa empresarial, reconhecida constitucionalmente no art. 38, com a finalidade de garantir a qualidade de vida do ser humano frente ao desenvolvimento econômico, através da tutela do direito à saúde, tanto no aspecto físico como no social.

Até agora, a questão da defesa ambiental no âmbito empresarial foi abordada como uma conseqüência indireta da prevenção de riscos laborais, razão pela qual cabe indagar se é possível falar em defesa direta do meio ambiente através da LPRL.

A Constituição espanhola reconhece o direito à livre iniciativa empresarial no art. 38, assim como, no art. 37, garante o direito à negociação coletiva entre trabalhadores e empresários, atribuindo força vinculante aos convênios coletivos. Essa disposição constitucional, aliada à contida no art. 3.b) do Estatuto dos Trabalhadores (ET), confere aos convênios coletivos o caráter de fonte do direito do trabalho, por meio da qual empresários e empregados podem pactuar direitos e obrigações laborais, desde que sejam respeitadas as normas trabalhistas estatais, que têm a natureza jurídica de normas de direito mínimo necessário, podendo ser melhoradas pela autonomia individual ou coletiva, sem, no entanto, poderem ser suprimidas ou afastadas.

O informe realizado pela União Geral dos Trabalhadores (UGT), um dos sindicatos mais representativos da Espanha, propõe, partindo do Acordo Interconfederal de Negociação Coletiva, firmado em 1997, que a atuação conjunta de empresários e trabalhadores na gestão ambiental deve ser feita levando em consideração a adequada gestão dos resíduos produzidos pelas atividades próprias da empresa.<sup>8</sup> Trata-se de uma gestão ambiental em nível trabalhista, realizada pela negociação coletiva, ou seja, por meio dos convênios coletivos, que possuem força vinculante.

A LPRL dispõe, no art. 2.2, que seus preceitos normativos em matéria de saúde laboral constituem normas de direito mínimo necessário. Em outras palavras, a lei estabelece um conjunto mínimo de normas que devem ser adotadas para garantir a saúde do trabalhador e que podem ser melhoradas pelos demais preceitos normativos que a regulamentam, assim como pelos convênios coletivos.

Partindo desse pressuposto, bem como levando em conta que a adequada gestão dos resíduos produzidos pela empresa impede a ex-

---

<sup>8</sup> *El medio ambiente y los comités de empresa: posición de UGT*. Disponível em: <http://www.ugt.es/medioambiente/mambiente.htm>. Acesso em: 1º jul. 2003.

posição do trabalhador a um risco laboral grave e iminente e considerando que, por meio da defesa direta do meio ambiente se tutela a perspectiva social da saúde do trabalhador, é possível incluir no âmbito da prevenção de riscos laborais, pela via dos convênios coletivos, a obrigação de gerir adequadamente os resíduos produzidos pelas atividades próprias da empresa como uma obrigação contratual do empresário em matéria de saúde laboral.

Como dito anteriormente, a caracterização da defesa ambiental como obrigação empresarial em matéria de saúde laboral confere-lhe uma natureza jurídica contratual, uma vez que, de acordo com o disposto no art. 4.2.d) do ET, considera-se direito do trabalhador na relação de emprego o respeito a sua integridade física e a adequada política de segurança e higiene no âmbito laboral. Destarte, como se trata de um direito do trabalhador na relação de emprego, a doutrina espanhola (García, 2003, p. 18) atribui a esse direito reconhecido no art. 4 do ET uma natureza contratual, já que é o contrato de trabalho que delimita o âmbito subjetivo dos direitos básicos do trabalhador.

Qual é a finalidade prática que essa inclusão traz?

Em primeiro lugar, confere aos trabalhadores encarregados da prevenção de riscos laborais a atribuição de velar não só pelo microambiente de trabalho como também pelo macroambiente laboral. Além disso, permite à Inspeção do Trabalho sancionar o empresário que não tenha adotado as medidas preventivas pertinentes para a adequada gestão dos resíduos produzidos pela empresa. É necessário lembrar que a atuação da Inspeção do Trabalho não exclui a atuação da Inspeção Ambiental, porque a responsabilidade do empresário, nesse caso, nasce de distintas fontes. No primeiro caso, trata-se de uma responsabilidade assumida contratualmente frente aos trabalhadores e cuja finalidade é evitar sua exposição a um risco grave e iminente, ao passo que, no segundo caso, há uma responsabilidade extracontratual derivada da inobservância do dever geral de respeitar o meio ambiente como bem indisponível e necessário para a manutenção de uma vida digna tanto das presentes quanto das futuras gerações. A dupla sanção imposta ao empresário confere ao meio ambiente uma ampla tutela, perfeitamente compatível com a irreparabilidade do dano ambiental.

A citada inclusão acarreta ainda o benefício de permitir que o Tribunal Constitucional, pela via do amparo, manifeste-se sobre a gestão dos resíduos produzidos pela empresa, porque a caracterização por con-

vênio coletivo dessa obrigação como uma obrigação empresarial em matéria de saúde laboral leva a que o seu incumprimento viole o direito à integridade física do trabalhador, reconhecido constitucionalmente no art. 15 e considerado como direito fundamental.

É necessário ter em consideração também que, na medida em que se configura o incumprimento da obrigação de gerir adequadamente os resíduos da empresa como uma lesão à integridade física do trabalhador, abre-se caminho para a tutela pela via do procedimento preferente e sumário estabelecido na Lei de Procedimento Laboral (LPL) para a defesa dos direitos fundamentais do trabalhador (art. 175-183).

A atuação sindical em matéria de gestão ambiental atribui ao sindicalismo uma dimensão social mais ampla, que vai além da simplesmente laboral, incluindo-se na dimensão da democracia participativa, que se realiza, em nível empresarial, através do fomento do pluralismo político, um dos fundamentos do Estado social e democrático de direito espanhol.

Trata-se, em última análise, de fomentar o pluralismo político e o diálogo em nível empresarial entre os interlocutores sociais que participam diretamente do processo produtivo, isto é, empregado e trabalhador, com a finalidade de garantir que a adequada gestão ambiental tenha como ponto de partida a própria empresa, o que significa que a livre iniciativa, reconhecida constitucionalmente como um dos princípios reitores da política social e econômica espanhola, será limitada pela vontade daquelas pessoas que estão implicadas na atuação produtiva, conferindo-lhe uma maior legitimidade social, já que o limite dimana da própria vontades das partes, manifestada na autonomia coletiva.

## 5. Considerações finais

Como afirmado, a Constituição espanhola de 1978 não trata do meio ambiente como um verdadeiro direito fundamental na acepção formal, sequer reconhece um verdadeiro direito subjetivo, privando a defesa ambiental de importantes mecanismos de tutela, como é o caso do recurso de amparo constitucional e da ação de inconstitucionalidade.

Entretanto, partindo de uma interpretação harmônica da norma fundamental espanhola, resulta inquestionável a caracterização material do meio ambiente como direito fundamental, o que conduz à necessidade de uma tutela coletiva desse bem indispensável à vida humana e realizada através da participação efetiva de toda a sociedade.

Além disso, a própria localização constitucional do direito ao meio ambiente no capítulo referente aos princípios reitores da política social e econômica acarreta que funcione como um limite à livre iniciativa empresarial.

Na perspectiva prática, essa limitação se materializa através da valorização do trabalho, por meio do qual se busca garantir uma adequada e eficaz política de prevenção de riscos laborais.

É imprescindível, ainda, destacar que a imperiosa necessidade de tutela da saúde laboral leva a que a prevenção de riscos laborais se converta num importante mecanismo de defesa ambiental, que se concretiza de maneira direta com a negociação coletiva, na qual intervêm trabalhadores e empresários com a finalidade de limitar a liberdade empresarial por meio da inclusão, pela via dos convenios coletivos, da necessidade de tutelar não só o microambiente, mas também o macroambiente, o que implica, em última análise, uma tutela ampla da saúde humana. De fato, no ano de 2003, três importantes convênios coletivos<sup>9</sup> abordaram a questão do meio ambiente no mesmo capítulo em que trataram da saúde laboral, o que revela uma conscientização social sobre o problema ambiental, que não pode ser resolvido com medidas isoladas.

Portanto, é necessário criar as bases para a concretização de um meio ambiente hígido, o que requer uma maciça atuação social, inclusive com a mobilização prática de setores sociais importantes, como é o caso dos empresários e trabalhadores, que, pela via da negociação coletiva, reconhecem a necessidade de limitar seus direitos, bem como de coligir forças para a efetivação de uma verdadeira democracia ambiental.

## Referências

ALQUÉZAR, Isabel Pedrosa. El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud. *Aranzadi Social*, n. 5, p. 572-586, 31 dez. de 2001.

ÁLVAREZ, Luis Ortega. *Lecciones de derecho del medio ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 1998.

BELTRÁN, Maria Carmen Salcedo. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

---

<sup>9</sup> Esses convênios coletivos são: Convênio Coletivo da empresa União Espanhola de Explosivos e outras empresas de seu grupo, publicado no *Boletín Oficial do Estado* de 6 de março de 2003; III Acordo Marco do Grupo de Empresas Repsol YPF, publicado no *Boletín Oficial do Estado* de 1º de maio de 2003; II Convênio Coletivo da empresa ELCOGAS, S.A, publicado no *Boletín Oficial do Estado* de 11 de junho de 2003.

EVAN, Harry Z. *Los empleadores y el reto del medio ambiente*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

GARCÍA, María José Herrero. Responsabilidad civil en el ámbito de los riesgos laborales. *Relaciones Laborales*, n. 3, p. 15-29, 1º maio 2003.

KRÄMER, Lidwig. *Derecho ambiental y tratado de la Comunida Europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1999.

MATEO, Ramón Martin. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1991.

ORTEGA, Santiago González; TOVAR, Joaquín Aparicio. *Comentarios a la Ley 31 / 1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid: Trotta, 1996.

ORTEGA, Santiago González. La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución. *Revista de Política Social*, n. 12, p.199-226, 31 mar. 1979.

Artigo de internet:

*El medio y los comités de empresa: posición de UGT*. Disponível em: <<http://www.ugt.es/medioambiente/mambiente.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2003.



# Revista Brasileira de Direito

- ▶ **Diferenciação y desdiferenciação política en la modernidad y periferia de la sociedad moderna**  
*Raúl Zamorano Fariás*
- ▶ **Benjamin N. Cardozo: contexto e críticas à ortodoxia jurídica norte-americana**  
*Denis de Castro Halis*
- ▶ **Homoafetividade e o direito à diferença**  
*Maria Berenice Dias*
- ▶ **Cláusula geral e segurança jurídica no código civil**  
*Paulo Nalin*
- ▶ **Jurisdição constitucional: a concretização dos direitos de previdência e assistência sociais a partir do processo constituinte**  
*José Ricardo Caetano Costa*
- ▶ **Os caminhos da justiça agrária no Brasil: um caso de engenharia político-constitucional**  
*Marcílio Toscano Franca Filho*
- ▶ **A pós-modernidade e o constitucionalismo**  
*Eduardo Capellari*
- ▶ **O princípio da subsidiariedade: fundamentos e perspectivas de seu uso na integração regional**  
*William Smith Kaku*
- ▶ **O Direito sob olhar socio-econômico: estratégias para uma ação conjunta**  
*Everton das Neves Gonçalves, Joana Stelzer*
- ▶ **Dumping social**  
*Roberto Di Sena Júnior*
- ▶ **Verdade, processo penal e garantismo**  
*Leandro Porto da Silveira Neto*
- ▶ **A internet e o direito do autor: uma análise sobre a possibilidade de proteção dos direitos autorais no ambiente da rede**  
*Salete Oro Boff*
- ▶ **A prevenção de riscos laborais e a defesa do meio ambiente no direito espanhol**  
*Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira*

ISSN 1807-1228



9 771807 122004

*méritos*  
editora

  
IMED