

ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano V - n. 9
2007

Revista Opinião Jurídica



Ficha Catalográfica

Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
- n. 09, ano 05, 2007

© Faculdade Christus, 2007

Opinião Jurídica
- [n. 9] –
Fortaleza: – Faculdade Christus.
[2007]-
v.
I. Direito

CDD : 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

FACULDADE CHRISTUS

REVISTA
OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2007

Opinião Jurídica

Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
n. 09, ano 05, 2007

Diretor

Prof. M. Sc. Roberto de Carvalho Rocha

Vice-Diretor Acadêmico

Prof. M. Sc. José Carlos Gomes de Freitas Teixeira

Supervisora de Campus - Dom Luís

Profa. M. Sc. Marbenia Gonçalves Almeida Bastos

Coordenadora-Geral do Curso de Direito

Profa. Dra. Cláudia Sousa Leitão

Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito

Profa. M. Sc. Roberta Laena Costa Jucá

Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica

Profa. M. Sc. Fayga Silveira Bedê

Comissão Editorial

Prof. M. Sc. Roberto de Carvalho Rocha

Profa. Dra. Cláudia Sousa Leitão

Profa. M. Sc. Fayga Silveira Bedê

Profa. M. Sc. Gabrielle Bezerra Sales

Profa. M. Sc. Roberta Laena Costa Jucá

Prof. Dr. Etienne Picard (Paris I - Sorbonne)

Prof. Dr. João Maurício Adeodato (UFPE)

Prof. Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg - Alemanha)

Prof. Dr. Paulo Bonavides (UFC)

Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UNIRIO)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC)

Prof. Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF)

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias (UFC)

Bibliotecária

Tusnelda Maria Barbosa

Capa

Ivina Lima Verde

Programação Visual / Diagramação

Sérgio Linhares

Correspondência

Faculdade Christus

Coordenação-Geral do Curso de Direito

Avenida Dom Luís, 911 – 5º andar

Aldeota – CEP 60.160-230

Fortaleza – Ceará

Telefone: (0**85) 3461.2020

e-mail: fc@fchristus.br

Impressão

Gráfica e Editora LCR Ltda.

Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres

CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará

Telefone: (0**85) 3272.7844 - Fax: (0**85) 3272.6069

Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento@graficalcr.com.br

Tiragem mínima

600 exemplares

APRESENTAÇÃO

Após um período de reestruturações, a Revista *Opinião Jurídica* chega ao seu nono número, chamando para si a tarefa precípua de aliar teoria e prática. A partir da concepção moriniana de que o real é hipercomplexificado, e, portanto, refoge a toda tentativa de redução simplificadora, compreendemos que a velha dicotomia entre prática e teórica constitui, na verdade, um falso dilema.

Com esteio nas teorias de Edgar Morin, compreendemos que a linha editorial de nossa Revista deve assumir um compromisso com o pensamento complexo, a fim de conceber o mundo por meio de conjunções aditivas (e..., e...), em vez de pensá-lo por meio de conjunções alternativas (ou..., ou...).

Entendemos que, para dar conta dos desafios que a pós-modernidade nos impõe, com suas inúmeras variáveis relevantes em contínua interação, na tessitura de um mundo “líquido” (Baumann), em “arranjos” voláteis, de múltiplas combinações que se fazem e desfazem numa rapidez vertiginosa, é necessário romper com alguns vícios típicos da modernidade, tais como o padrão dicotômico de pensamento que nos leva, por exemplo, a divisar o nosso objeto de estudo por exclusão: *ou* prática; *ou* teoria.

Para a *Opinião Jurídica* é necessário oferecer uma ferramenta de trabalho em que a teoria se construa a partir da observação da prática, e que esta venha a nascer de um solo teórico rico e vicejante, numa relação de mútua colaboração e interdependência.

Para nós, que fazemos a *Opinião Jurídica*, a boa teoria não se encastela em si mesma, não se subtrai ao contato com a realidade prática, mas, ao contrário, vivifica e ilumina a práxis humana, seja porque se abre à apreensão do real, seja porque se coloca em razão de transformá-lo.

Nesse viés, além das secções que já se tornaram tradicionais entre nós, procuramos ofertar a nossos leitores um leque de secções mais compatíveis com o grau de complexidade que desafia a formação dos juristas do século XXI.

Assim, aliando teoria e prática, oferecemos um cuidadoso cardápio, que busca contemplar, de um lado a necessidade de verticalização dos estudos jurídicos em um mundo cada vez mais especializado; de outro, a horizon-

talização dos estudos transdisciplinares, necessários à ampliação de nosso horizonte hermenêutico. Desse modo, somam-se às tradicionais secções de doutrina, nacional e estrangeira, novas secções de resenhas, pareceres e jurisprudência comentada.

Por fim, entre autores de expressão nacional e internacional, que muito nos prestigiam com suas honrosas colaborações, figura nas próximas páginas o melhor de nossa produção docente e discente. Desejosas de que todos façam bom proveito de suas leituras, agradecemos, desde logo, a todos aqueles que, de um modo ou de outro, estiveram conosco ao longo da elaboração desse exemplar, nos trabalhos de revisão (Prof. Ivo César Barreto de Carvalho, Prof. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Profa. Raquel Gondim), de tradução (Prof. Paulo Henrique Portela, Profa. Valeschka e Silva Braga, Prof. Ruy Lima) e de diagramação (Sérgio Linhares). Um último agradecimento a todos que fazem a equipe da Gráfica LCR, em especial a Juscelino Guilherme de Sousa, com cuja amizade e colaboração sempre podemos contar.

Boa leitura e até o próximo número!

CLÁUDIA SOUSA LEITÃO

Coordenadora-Geral do Curso de Direito da Faculdade Christus

FAYGA SILVEIRA BEDÊ

Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

Salários: aspectos econômicos considerados para a sua determinação 11

Wages: economic aspects relevant to the determination of their value

Salaires: aspects économiques pris en compte pour sa détermination

Alexandre Antonio Bruno da Silva

Anna Luisa Barbosa Dias de Carvalho

Hermenêutica constitucional concretista: implicações para a
efetividade do direito à educação 28

*Concretist constitutional hermeneutics: Consequences for the effectiveness of the right
to education*

*Herméneutique constitutionnelle concrétisante: des implications pour l'effectivité du
droit à l'éducation*

Ana Elisabeth Bastos de Miranda

Elementos para a construção de um pensamento jurídico crítico na
América Latina 51

Elements for shaping a critical juridical thought in Latin America

*Des éléments pour la construction d'une pensée juridique critique en
Amérique Latine*

Antonio Carlos Wolkmer

A criminalização dos movimentos sociais e sua possível institucionalização
normativa: a luta por terras do MST no interior do Paraná
– o caso de Quedas do Iguaçu 84

*The process of criminalization of social movements: the landless movement (MST) and
the struggle for land in Paraná state: the Iguaçu falls case*

*La criminalisation des mouvements sociaux et sa possible institutionnalisation normatives:
la lutte pour des terres du MST dans l'état du Paraná – le cas de Quedas do Iguaçu*

Daniele Comin Martins

O estagiário e o risco do vínculo de emprego 105

The intern and the risk of establishing na employment relationship

Le stagiaire et le risque du contrat de travail

Fernando Basto Ferraz

O direito e a caverna	119
<i>Law and the cave</i>	
<i>Le droit et la caverne</i>	
Gretha Leite Maia	
Zaneir Gonçalves Teixeira	
Apresentação formal de trabalhos acadêmicos	127
<i>Formal presentation of academic works</i>	
<i>Présentation formelle des travaux académiques</i>	
Horácio Wanderlei Rodrigues	
Decadência e prescrição	165
<i>Laches and limitation</i>	
<i>Décadence et prescription</i>	
Ives Gandra da Silva Martins	
Direito natural e temas preliminares no estudo do Direito. Concepção ética do Direito	182
<i>Natural law and preliminary issues in the study of law. An ethical notion of law</i>	
<i>Droit naturel et sujets préliminaires dans l'étude du Droit. Conception éthique du Droit</i>	
João Batista Herkenhoff	
Breves reflexões sobre multas de trânsito em Fortaleza	194
<i>Brief thoughts on fines in Fortaleza</i>	
<i>Brèves réflexions sur les amendes de circulation dans la ville de Fortaleza</i>	
Mônica Barroso	
A perspectiva atual da liberdade de imprensa no Brasil	213
<i>The present prospects of freedom of the press in Brazil</i>	
<i>Perspective de la liberté de presse au Brésil</i>	
Paulo Eduardo Magnani Fabrício	
Bruno Queiroz Oliveira	
Do testamento em geral	229
<i>Will in general</i>	
<i>Sur le testament</i>	
Sílvio de Salvo Venosa	
A nova jurisdição constitucional e a efetivação dos direitos sociais	241
<i>The new constitutional jurisdiction: turning social rights effective</i>	
<i>La nouvelle juridiction constitutionnelle et la mise en oeuvre des droits sociaux</i>	
Tânia Montenegro Teixeira	

SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

Paradigmas e desafios pós-modernos	265
<i>Paradigms and post-modern challenges</i>	
<i>Paradigmes et enjeux post-modernes</i>	
<i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	

TERCEIRA PARTE – RESENHAS

A questão da individualidade moderna na sociologia menor de G. Simmel	300
<i>The issue of modern individuality in the minor sociology of G. Simmel</i>	
<i>La question de l'individualité moderne dans la sociologie mineure de G. Simmel</i>	
<i>Antonio Cristian Saraiva Paiva</i>	

QUARTA PARTE – PARECERES

Sanções políticas como meio coercitivo na cobrança de tributo. Incompatibilidade com as garantias constitucionais do contribuinte. Efeito suspensivo a Recurso Extraordinário. Requisitos da medida cautelar.	308
<i>Political sanctions as coercitive means for charging taxes. Lack of compatibility with fundamental rights of taxpayers. Supersedeas in extraordinary appeals. Requirements for writs of prevention.</i>	
<i>Des sanctions politiques comme moyen coercitif dans la perception fiscal. Incompatibilité vis-à-vis des garanties constitutionnelles du contribuable. Effet suspensif au recours extraordinaire. Exigences de la “medida cautelar”</i>	
<i>Hugo de Brito Machado</i>	
<i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	

QUINTA PARTE – JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Direito de greve do servidor público civil estatutário: uma análise dos mandados de injunção 708/DF, 712/PA e 670/ES do STF, à luz da teoria dos direitos fundamentais	337
<i>The right to strike for civil servants regulated under the act for civil servants of Brazil: an assessment based upon fundamental rights and case law from the Federal Supreme Court</i>	
<i>Droit de grève du fonctionnaire public: une analyse des mandados de injunção n. 708/DF, 712/PA et 670/ES de la Cour Supreme Bresilienne en conforme avec la theorie des droits fondamentaux</i>	
<i>Germana Parente Neiva Belchior</i>	



SALÁRIOS: ASPECTOS ECONÔMICOS CONSIDERADOS PARA A SUA DETERMINAÇÃO

*Alexandre Antonio Bruno da Silva**
*Anna Luisa Barbosa Dias de Carvalho***

1 Introdução. 2 Trabalho, Salário e Remuneração. 3 Teorias Econômicas sobre a fixação do Salário. 3.1 Os Clássicos. 3.2 John Stuart Mill. 3.3 Os Socialistas. 3.4 A Escola Neoclássica. 3.5 O Pensamento Keynesiano. 3.6 O Pensamento Econômico no período recente. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

RESUMO

Trata-se de um estudo acerca dos aspectos econômicos considerados na fixação dos salários nas diversas escolas econômicas.

PALAVRAS-CHAVE: Salário. Remuneração. Teorias Econômicas. Direito do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, talvez por sua juventude, ressen-te-se de uma formulação mais rígida. Não é raro ver em livros que tratam, especificamente da matéria, capítulos inteiros destinados, ainda, a defender sua autonomia. Exemplo dessa realidade, é o estudo da relação empregatícia. Categoria central do ramo justralhista, que somente passou a ser objeto de teorização, a partir da moderna sociedade industrial capitalista.¹

Autonomia exige a capacidade de demonstrar a existência de enfoques, princípios, regras, teorias e condutas metodológicas próprias de estruturação. Nesse trabalho, seguindo as lições de Wittgenstein, que afirmava que “o que se pode em geral dizer, pode-se dizer claramente”², apresentaremos aspectos relevantes, sob o ponto de vista econômico, da fixação dos salários.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Computação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Graduado em Computação pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Faculdade Christus. Professor da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho.

** Mestre em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Economia pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

2 TRABALHO, SALÁRIO E REMUNERAÇÃO

A palavra “trabalho”, segundo alguns autores, vem do baixo latim *tripalium*, derivado de “três” + “palium” (três paus), aparelho destinado a sujeitar cavalos que não queriam se deixar ferrar. Assim, *tripaliare*, trabalhar, significa torturar com o *tripalium*. Para outros, o termo “trabalho” vem do baixo latim *trabaculum*, por sua vez derivado do latim *trabs*: traves usadas para ferrar animais.³

“Salário” deriva do latim *salarium*, e este, por sua vez, de sal, *salis*, *hals* (em grego). Era verdadeiro costume entre os romanos pagar aos servidores domésticos com uma quantidade fixa de sal. Era também, com sal, que os soldados romanos eram pagos para que adquirissem sua alimentação.⁴

O vocábulo “remuneração” também possui origem latina. Ele deriva da palavra *remuneratio*, do verbo *remuneror* composto do “re” que dá idéia de reciprocidade, e de “muneror”: recompensar. Ihering sustentava que a palavra *remuneratio* foi aplicada pelos romanos para contrapor-se a *merced*, que era utilizada para a retribuição dada aos escravos gregos, pelo trabalho exclusivamente material.⁵

O antigo Código Civil italiano utilizava o termo de origem grega *merced*. É bastante elucidativo o estudo do termo. A palavra salário, em grego, traduz-se por *merced*, prêmio ao trabalho, “míodos”. Composto de “mísos”, ódio e “íodos”, afastar, afugentar. Mediante a *merced* recebida, os escravos dedicados ao trabalho, reconciliavam-se com os seus senhores. A contraprestação surge, portanto, para afugentar o ódio ao trabalho.

Um longo caminho foi percorrido até que o trabalho passasse de algo penoso a um verdadeiro direito humano.⁶ A própria noção do que o trabalhador recebe como contraprestação sofreu várias modificações ao longo do tempo. Apesar da imprecisão conceitual, determinada por essas transformações, existe a preferência pelo termo “salário” para designar o principal elemento dessa contraprestação.

Ao longo da história, a concepção de salário sofreu influência de diversos fatores. Notadamente os de natureza econômica, religiosa e política. Passaremos a estudar, nos próximos itens, os aspectos avaliados na determinação do salário, segundo as principais correntes do pensamento econômico.

3 TEORIAS ECONÔMICAS SOBRE A FIXAÇÃO DO SALÁRIO

3.1 Os Clássicos

As teorias de Adam Smith encontraram campo fértil na fase que sucedeu à Revolução Francesa.⁷ O Estado limitava-se a defender a propriedade e a liberdade individual, deixando que as condições de trabalho fossem pactuadas entre o empregado e o empregador. O capitalismo, filosoficamente, impõe o seu arbítrio.⁸

Como seus contemporâneos, pensadores da era moderna, especialmente os iluministas, Smith herda a concepção newtoniana de universo. Para eles, uma máquina de movimentos harmônicos e regulares. Capaz de produzir efeitos agradáveis, concedendo a maior felicidade possível, para o maior número de pessoas possível. Essa concepção de universo, em equilíbrio harmônico, se reproduziria entre as ciências e as nações.

Segundo ele, visando ao bem-estar, o melhor caminho seria o estímulo à busca individual do próprio interesse e à concorrência. Os indivíduos deveriam ser deixados livres. Uma “mão invisível” orientaria todas as decisões da economia, sem a necessidade de atuação do Estado. Através da livre concorrência, a sociedade chegaria à harmonia e à maximização do bem-estar de todos.

O mercado seria o regulador das ações econômicas, trazendo benefícios para a coletividade. Adam Smith postulava que os governos são ineficazes e têm a tendência de favorecer alguns em detrimento da maioria da sociedade. A interferência do Estado no mercado provoca distorções e amplia desigualdades. Sem sua interferência nos assuntos econômicos, a ordem natural pode ser alcançada através do uso da razão. Seus argumentos baseavam-se na livre iniciativa e no *laissez-faire*.

Adam Smith se perguntava: quais são os salários comuns ou normais do trabalho? A resposta para essa questão surge a partir do acordo que é feito entre as duas partes, que apresentam interesses conflitantes. Os trabalhadores querem ganhar o máximo possível, os patrões, pagar o mínimo possível. Os trabalhadores associam-se para levantar os salários do trabalho, os patrões, para baixá-los.

Segundo Adam Smith, o menor número de patrões facilitava a sua associação, permitida pela legislação da época. Enquanto isso, a associação dos trabalhadores, para luta em prol dos seus interesses, era proibida. Na época de Smith, como ele mesmo cita, não havia leis do parlamento que proibissem os patrões de combinar uma redução de salários, mas muitas que proibiam associações para aumentar os salários.

Além disso, em disputas dessa natureza, os patrões conseguiriam viver um ano ou dois com o patrimônio já acumulado. Já os trabalhadores não poderiam subsistir por mais de uma semana sem salário. Para Adam Smith, muito embora o trabalhador possa ser tão necessário ao patrão, quanto este o é para o trabalhador, sua necessidade não é tão imediata quanto a do trabalhador.

Em disputa com os operários, os patrões geralmente levam vantagem. No entanto, existe uma determinada taxa abaixo da qual parece impossível reduzir, por longo tempo, os salários normais. Essa regra parece válida, inclusive, em se tratando de um trabalho menos qualificado. Trata-se do salário de subsistência ou o salário natural. O homem precisa viver de seu salário, que deve ser suficiente, no mínimo, para a sua manutenção. Esses salários devem até constituir-se em algo mais, na maioria das vezes, pois de outra forma não seria possível para ele sustentar a sua família.⁹

Abstraídas as peculiaridades de cada emprego, o salário natural ou normal é o salário de subsistência. O valor da cesta de bens necessários à manutenção do trabalhador e de sua família. Esta é proposição teórica que não necessariamente corresponde ou correspondia, na época de Smith, à realidade dos fatos.

O salário de subsistência ou salário natural resulta de duas forças opostas. A primeira, se refere à ação dos proprietários de capital, os quais tentam pagar o mínimo possível. A segunda, resulta do fato de que o salário não pode permanecer, por muito tempo, abaixo do mínimo necessário à sobrevivência do trabalhador e de sua família. A partir desse estudo, Adam Smith conclui que o salário de mercado deve flutuar ao redor do nível de subsistência, ao redor do salário natural.

No mercado de mão de obra, assim como nos demais mercados capitalistas, funcionam os princípios de ajustes automáticos de oferta e demanda. Deixando-se o mercado funcionar livremente, o equilíbrio de forças entre oferta e demanda de mão-de-obra se dará a determinados níveis de salários e de quantidade de empregos.

O preço da mão-de-obra é forçado a se posicionar na taxa adequada exigida pelas circunstâncias da sociedade. O ajuste é automático, sem qualquer interferência governamental ou de qualquer instância. É o livre jogo de mercado que ajusta os salários. É essa demanda, segundo Smith, que regula e determina o estado de propagação da espécie em todos os países do mundo.

As teorias econômicas tradicionais procuraram explicar a fixação e a manutenção dos níveis de salários em função da oferta e procura da força de trabalho. Segundo David Ricardo, a mão-de-obra é qual artigo de comércio, que se compra e se vende, possuindo um preço natural e um preço de mercado.¹⁰

Preço natural do trabalho é aquele que permite ao operário viver e procriar sua espécie. O seu valor não é constante, variando de acordo com o caso específico dos países, das épocas. Depende do ambiente em que se esteja inserido, correspondendo ao preço dos insumos necessários para o sustento do operário e de sua família. Uma alta ou baixa no preço destes insumos aumenta ou diminui o preço natural do salário.

Preço de mercado é o que efetivamente se paga pelo trabalho, segundo a proporção entre a oferta e a procura. Torna-se mais alto quando não houver braços disponíveis e mais baixo quando os houver sobrando.

Adverte-se, entretanto, que mesmo que exista uma grande diferença entre o preço de mercado e o preço natural do trabalho, os dois tendem à aproximação. Assim, duas situações podem ocorrer:

- a) Se o preço do mercado for maior que o preço natural, existirá a tendência a viver em melhores condições de vida. Esse fato levará a uma tendência para uma maior reprodução, o que ocasionará um aumento da população. Esse aumento, levará a uma ampliação na oferta de

trabalhadores, que ocasionará, conseqüentemente, uma redução nos salários praticados, aproximando-os do preço natural.

- b) Quando o preço natural for superior ao preço de mercado, a qualidade de vida das populações será menor, levando a uma menor reprodução, baixando a procura por trabalho. Essa diminuição da procura por trabalho, levará a uma subida do preço do mercado, aproximando-os, novamente.

Dessa teoria, deduziu Ferdinand Lassalle a conhecida Lei de Bronze do salário.¹¹ Segundo ela, são os salários mais baixos, os que estabelecem o nível normal do preço do trabalho. Os salários não devem ser superiores nem inferiores ao estritamente indispensável para sustentar o trabalhador em suas necessidades diárias e permitir-lhe sua reprodução.

Um nível salarial inferior ocasionaria uma alimentação indevida, problemas de saúde, sofrimentos que afetariam a paz no trabalho e a da sociedade. Um salário acima das necessidades econômicas desequilibraria a correlação harmônica que deveria existir, prudentemente, entre a oferta e a procura.

Aumentar demasiadamente a qualidade de vida dos trabalhadores, através de altos ingressos econômicos, traria como conseqüência um elevado índice de natalidade. Gerando-se um incremento desproporcional da oferta sobre a demanda de trabalho, que levaria, inexoravelmente, a uma grande diminuição dos salários dos trabalhadores.

3.2 John Stuart Mill

Stuart Mill percebe que o instrumental teórico deixado pelos clássicos, baseado nos pressupostos de harmonia de interesses, de ordem natural e de um mercado regulado para atender o bem-estar de todos não se confirmava na prática.¹² O crescimento industrial havia propiciado, de fato, aumento da produção, do volume de comércio internacional e crescimento da acumulação de capital. Entretanto, via-se uma clara deterioração do padrão de vida da classe trabalhadora.

Tornava-se evidente que a economia capitalista, em expansão, não apresentava um sistema de distribuição de renda. O crescimento não era capaz de gerar o bem-estar geral da coletividade, como preconizavam os pensadores clássicos. Para Stuart Mill, era necessária a implantação de políticas de promoção do bem-estar geral, voltadas para a classe trabalhadora.

No entanto, apesar de sua preocupação com a justiça social, Mill acreditava que os salários na sociedade capitalista tinham como principal regulador a concorrência. Segundo ele, os salários dependiam da procura e da oferta de mão-de-obra, havendo uma proporção entre o número de trabalhadores assalariados (população) e o capital (considerando-se apenas a parte gasta no

pagamento direto de trabalho, assalariado ou não). O valor dos salários dificilmente era afetado pelos costumes.¹³

Tratava-se da teoria do *fundo dos salários*, para a qual o salário médio corresponde ao quociente da divisão do capital circulante do país pelo número de trabalhadores existentes. Assim, a taxa geral de salários só poderia aumentar em decorrência de dois fatores: a) através de um aumento do conjunto de fundos empregados para contratar trabalhadores; b) em virtude de uma redução do número de indivíduos em busca de emprego.

Stuart Mill destaca o fato de que tanto a demanda de mão-de-obra quanto o nível de salários irão ser influenciados pelo desempenho econômico do setor a ser analisado.¹⁴ A demanda de uma mercadoria é determinante para a demanda de mão-de-obra e para a determinação dos salários. Quanto maior a procura por um determinado produto, mais elevada a necessidade de mão-de-obra naquele setor e mais elevados também os salários. Trata-se de um processo dinâmico, ajustado pelas forças da concorrência capitalista.

As condições de vida da classe trabalhadora, portanto, seu nível de salário, encontra-se vinculada à proporção existente entre o capital e o número de trabalhadores.¹⁵ Salvo em alguns casos particulares, é impossível a população aumentar a sua taxa máxima sem que se baixem os salários.¹⁶ A descida dos salários cessará em algum ponto abaixo daquele que, pelos seus efeitos físicos ou pelos seus efeitos morais, impede o crescimento da população.¹⁷

Esteado na lei malthusiana da população, Mill considerava importante a limitação preventiva da população. O objetivo da chamada “limitação preventiva” seria evitar a ocorrência da limitação positiva provocada por eventos como a fome, as guerras e as epidemias. A redução da população surge como elemento fundamental para garantir a elevação dos salários.¹⁸

Stuart Mill transforma-se num veemente crítico do liberalismo econômico. Afirma que se a produção é regida por leis naturais inalteráveis, que participam do caráter das leis físicas, o mesmo não sucede com a distribuição das riquezas. Afinal, trata-se de assunto das instituições humanas, que somente podem ser submetidas às regras que os legisladores reputeem como as melhores.

Em seu pensamento econômico, existe uma grande preocupação com o problema dos baixos salários. Vale registrar que surge a idéia de que os salários não são apenas governados por preços-procura, nem tampouco por preços-oferta, senão por um conjunto de causas que governam a procura e a oferta.

Stuart Mill é um dos primeiros economistas a se posicionar de forma claramente contrária à fixação de um salário mínimo por lei, como forma de solução para os baixos salários. Ele argumenta que a concorrência deve ser a solução para este problema. A fixação em lei de um mínimo salarial poderia inibir o desenvolvimento econômico, a acumulação do capital e incentivar o crescimento desordenado da população. Fatores que provocariam uma pressão ainda maior sobre os salários.

3.3 Os Socialistas

O pensamento socialista surge em meio à Revolução Industrial. Os trabalhadores encontravam-se submetidos a condições precárias de trabalho e de vida. Salários de subsistência, condições de miséria e abandono. Nesse contexto histórico surge o despertar da consciência da sociedade para a situação econômica das classes menos favorecidas.

Os socialistas rejeitam a idéia de livre mercado e de harmonia de interesses entre as diferentes classes sociais. Não acreditam que a busca egoísta e desenfreada dos indivíduos pelos seus próprios interesses poderia levar a sociedade à maximização de seu bem-estar.

O grande teórico desta corrente de pensamento econômico é Karl Marx. Tal como Stuart Mill, Marx se preocupa com as conseqüências sociais da industrialização e do desenvolvimento capitalista. O objetivo de Marx era descobrir a estrutura e o funcionamento da economia capitalista e suas leis de movimento. O capitalismo explorava a classe trabalhadora, e essa exploração conduziria necessariamente à destruição desse sistema econômico.

Assim como Smith e Ricardo, Marx também acreditava no trabalho como determinante do valor. A origem da riqueza estava no trabalho humano produtivo. A apropriação do excedente econômico produtivo era a origem da acumulação de capital e riqueza.

O excedente econômico no capitalismo surge do fato do capitalista pagar ao trabalhador uma quantidade igual ao valor de sua força de trabalho. O valor dos insumos necessários à sua subsistência e reprodução. Entretanto, esse pagamento, geralmente, equivale somente a uma parte daquilo que o trabalhador produz para o capitalista em sua jornada de trabalho.

Em geral, o valor das mercadorias produzidas pelos trabalhadores em um dado período de tempo é superior ao valor da força de trabalho vendida aos capitalistas que a contratam. A diferença desses valores é a chamada *mais-valia*, valor que excede o valor da força de trabalho, apropriado pelos capitalistas. Essa seria a origem dos lucros, juros e aluguéis neste sistema econômico.

Segundo *Karl Marx*, dois elementos constituem o valor do trabalho: um meramente físico e, outro, histórico-social. O limite físico determina seu valor mínimo. É o valor que a classe trabalhadora deve receber para adquirir as coisas absolutamente indispensáveis para viver, manter-se e perpetuar-se.

Entretanto, além desse elemento, os salários são determinados, em qualquer país, pelo padrão de vida tradicional. Esse fato explica a diversidade de salários entre diferentes países, entre épocas diversas e, ainda, entre distintos distritos do mesmo país.

Por esse motivo, a subida do nível dos salários não representa uma batalha frontal contra a lei da oferta e da procura pelo trabalho. Os indicadores sociais

passam a ser relevantes, auxiliando que vantagens obtidas ajudem a modelar o *padrão de vida tradicional* para o futuro.

Proudhon, em 1846, publica “Miséria da Filosofia”, nele o programa político centra a luta contra a sociedade capitalista no controle sobre o lucro e os juros. Para Marx, a análise de Proudhon atingia apenas os fenômenos superficiais da produção burguesa, que não poderia ser atingida sem um verdadeiro controle dos mecanismos de exploração postos em ação pelo capital.¹⁹

Segundo Marx, os trabalhadores só possuem sua força de trabalho para vender, não possuindo outra fonte de renda alternativa. Encontram-se, portanto, obrigados a aceitar as condições impostas pelos capitalistas, detentores não apenas dos meios de produção, mas também dos meios de subsistência. A propriedade privada dos meios de produção seria então a chave para compreender a exploração no capitalismo.

3.4 A Escola Neoclássica

No final do século XIX, faz-se necessária uma reavaliação da teoria econômica, dadas as transformações estruturais das economias das nações industrializadas. No lugar de um capitalismo concorrencial, surge um sistema econômico com forte tendência monopolista. Há uma intensa concentração de capitais, implicando uma concentração de renda e um intenso êxodo rural. A atividade econômica apresenta-se cada vez menos competitiva.

É o período do surgimento e consolidação dos movimentos operários e dos sindicatos, que buscam defender os interesses dos trabalhadores frente à exploração capitalista. O Estado passa a intervir significativamente no campo econômico, especialmente após a crise das bolsas de valores na década de 1930.

Evidencia-se, nesse período, que a idéia clássica de uma economia em constante equilíbrio, onde ofertas e procuras reagem automaticamente diante das alterações de preços não necessariamente se verifica na prática.

Os neoclássicos avançam significativamente na elaboração dos princípios teóricos fundamentais da Ciência Econômica. Apesar disso e das evidências em contrário, continuavam a reproduzir a crença cega nos mecanismos reguladores do mercado, reafirmando a tendência do sistema ao equilíbrio pela ação das forças do mercado. Qualquer interferência nessas forças gera custos e reduz o bem-estar social.

Os pensadores da escola neoclássica propugnam suas idéias como uma reação aos movimentos socialistas, reafirmando a crença na economia de mercado e na sua capacidade auto-reguladora. Acredita-se no postulado de Jean-Baptiste Say onde a oferta gera sua própria demanda. Não existe desequilíbrio entre oferta e demanda quando o mercado é submetido ao ajuste automático da concorrência. Os economistas neoclássicos estão preocupados com a alocação

eficiente de recursos no nível das unidades microeconômicas, contrapondo-se, entretanto, à idéia clássica de que a fonte geradora de riqueza é o trabalho (teoria do valor-trabalho).

Desloca-se a análise econômica da determinação das causas do desenvolvimento da riqueza. Busca-se a determinação da alocação dos recursos escassos entre usos alternativos, objetivando-se maximizar a satisfação de consumidores e produtores. A economia passa então a trabalhar na análise das necessidades dos indivíduos, sua satisfação e a atribuição subjetiva de valor aos bens.

Passa-se a privilegiar os aspectos microeconômicos, em que o indivíduo e a empresa estão no centro da análise. Ao invés de considerar globalmente a economia, suas análises estão centradas nas decisões dos agentes econômicos individuais e nas condições e preços do mercado.

Para os neoclássicos, o homem procura o máximo de prazer, com um mínimo de esforço. Sendo assim, a base para a elaboração de seu arcabouço teórico é o desejo dos indivíduos de maximizarem sua satisfação. Consumidores estariam em busca de maximizar sua utilidade, satisfação no consumo; produtores estariam em busca de maximizar seus lucros.

Partem do pressuposto de que a economia é “atomizada”, formada por um grande número de produtores e consumidores. Todos, isoladamente incapazes de influenciar os preços dos produtos e as quantidades no mercado. Admitem a existência dos monopólios, mas este seria uma exceção à regra de um mercado onde predomina a concorrência pura. A demanda passa a ser o elemento crucial para a determinação dos preços.

Introduz-se a análise marginal, em que a decisão de produzir ou consumir depende do custo ou benefício proporcionado pela unidade adicional de fator de produção ou do bem a ser consumido. Assim, o valor de um bem não é determinado pela quantidade de trabalho nele incorporado. O valor de um bem depende da sua utilidade marginal, utilidade gerada pela última unidade consumida.

A demanda dependeria, então, da utilidade marginal. Assim, um produto será mais demandado, terá um preço maior, quanto mais raro e útil ele for. Os custos incluem o sacrifício e a fadiga, que supõem a criação e a administração de uma empresa e a acumulação do dinheiro para constituir o capital. Os indivíduos atuam racionalmente, calculando as utilidades marginais dos diferentes bens, medindo prazer e dor, estabelecendo um equilíbrio entre as necessidades presentes e futuras.

A redução do salário nominal provoca, no estado inicial da produção, a baixa dos custos marginais. Todavia, o nível geral de preços inicialmente não se altera, porque a demanda global é considerada constante. Desse modo, os preços ficam mais altos que os custos marginais, o que causa o crescimento da produção.

Com isso, os custos se elevam, ao mesmo tempo em que os preços caem. A demanda passará a corresponder a uma quantidade maior de mercadorias. O equilíbrio é alcançado quando os custos marginais se igualam aos preços, o que acontece em um nível de produto maior e de salário menor. Em consequência, há um aumento do número de empregos ofertados.

Os dois principais postulados neoclássicos²⁰ acerca do emprego e dos salários são os seguintes:

1. O salário seria igual ao produto marginal do trabalho: o salário seria igual ao valor da produção efetuada pelo último trabalhador empregado. Haveria sempre um incentivo a empregar todos os trabalhadores disponíveis no mercado, desde que o custo da unidade adicional de trabalho não supere o valor do seu produto.
2. A utilidade do salário é igual à desutilidade²¹ marginal desse mesmo volume de emprego²²: o salário real de um indivíduo empregado seria exatamente suficiente para produzir o volume de mão-de-obra efetivamente ocupado.

Sendo assim, os neoclássicos admitem apenas a existência do desemprego “friccional” (decorrentes de mudanças sazonais na demanda e oferta de mão-de-obra) e do desemprego voluntário (quando os trabalhadores se recusam deliberadamente a aceitar o salário vigente, que corresponde à sua produtividade marginal).

Neste sentido, os salários seriam plenamente flexíveis e se ajustariam perfeitamente à lei da oferta e da demanda de trabalhadores, gerando-se o chamado equilíbrio de pleno emprego, em que todos os fatores de produção estariam empregados. O salário real de equilíbrio significa aqui pleno emprego. A flexibilidade dos salários seria o fator que permitiria que todos encontrassem emprego através dos ajustes automáticos do mercado concorrencial.

Qualquer elemento que provoque um movimento de rigidez nos salários é visto por tais pensadores como fatores nocivos ao pleno funcionamento dos mecanismos de mercado e ao equilíbrio ótimo de pleno emprego. Refutam, portanto, eventos como a intervenção governamental, a ação de sindicatos e de associações de trabalhadores.

3.5 O Pensamento Keynesiano

A Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão da década de 1930 abalaram seriamente as economias dos países industrializados. Os níveis de investimento e de produção caíram vertiginosamente, ocasionando uma queda nos níveis de emprego, sem precedentes na história.

A teoria econômica prevalecente na época propugnava que distorções seriam corrigidas pelos mecanismos automáticos de regulação do mercado. Os

economistas acreditavam que a crise econômica era passageira. No entanto, o desemprego já atingia níveis elevadíssimos, a economia não dava indicações de que a situação estaria se autocorrigindo. Tornava-se necessário identificar as causas do desemprego. A explicação estava no mau funcionamento das instituições do mercado capitalista, o que justificaria a ampliação da intervenção do Estado na economia.

Neste contexto, John Maynard Keynes publica sua *Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda* (1936), rompendo com a tradição neoclássica. Keynes procura entender os problemas de instabilidade de curto prazo e determinar as causas das flutuações econômicas. Preocupa-se com a determinação dos níveis de emprego e de renda das economias industriais, identificando uma importante inter-relação entre ambos.

Segundo esse pensador, um dos principais fatores responsáveis pelo nível de emprego é explicado pelo nível de produção nacional de uma economia, determinado pela demanda agregada. Keynes, assim, refuta a teoria de Jean Baptiste Say, um dos consagrados pensadores clássicos.

Como já dissemos, Jean Baptiste Say acreditava que a oferta cria sua própria procura. O aumento da produção se transformaria em renda de trabalhadores e empresários. Renda que seria utilizada na compra de outras mercadorias e serviços. Para Keynes, a oferta é determinada pela demanda e não o contrário.

Os principais determinantes da renda e do emprego são os gastos com consumo e investimento. O gasto público surge como uma importante variável componente do gasto total. Para cada nível de renda, o gasto em consumo é uma proporção dada da renda, proporção que cai quando a renda aumenta. O nível de consumo varia, então, com a renda. A renda varia porque o investimento ou o gasto público varia. O gasto com investimento seria, por sua vez, determinado pela taxa de juros e pela taxa de retorno esperada sobre o custo dos novos investimentos, tratando-se da chamada eficiência marginal do capital.

Keynes mostra que não existem forças de auto-ajustamento da economia, tornando-se, necessária, a intervenção governamental através de uma política de gastos públicos, a fim de garantir-se melhores níveis de emprego. Coloca-se em xeque o princípio do *laissez-faire*, consagrado pelo pensamento econômico clássico e neoclássico. Quando os gastos com consumo e investimento são insuficientes para manter o pleno emprego, o Estado deve estar disposto a aumentar o fluxo de renda por meio de gastos financeiros.

No que diz respeito aos salários, Keynes segue o postulado neoclássico de que a remuneração da mão-de-obra é dada pela produtividade marginal do trabalho. No entanto, ao contrário dos neoclássicos, não acredita que o salário real de equilíbrio signifique pleno emprego.

Segundo Keynes, os salários possuem uma tendência de rigidez em relação aos limites inferiores. Deve-se essa tendência à resistência de trabalhadores e

sindicatos em aceitar reduções nos salários nominais. Há um salário mínimo abaixo do qual não seria possível nenhuma redução do salário nominal. Neste sentido, quando há alguma necessidade de diminuição dos custos, os empresários são levados a demitir os empregados. A redução da demanda, resultante das demissões, age como um elemento que estanca a expansão de preços e evita o pleno emprego.

É possível, portanto, haver equilíbrio e salário real de equilíbrio sem necessariamente existir o pleno emprego dos fatores de produção, muito menos do trabalho. Então, além do desemprego friccional e do desemprego voluntário, Keynes introduz o conceito de desemprego involuntário, em que os trabalhadores querem trabalhar ao salário vigente (igual à sua produtividade marginal), mas não há oferta de trabalho disponível.

O desemprego involuntário seria um indicativo claro de que há rigidez de salários e preços. É possível, portanto, haver equilíbrio com desemprego. A existência do desemprego involuntário refuta a lei de Say. A produção cresce de forma independentemente dos salários dos trabalhadores.

A teoria de Keynes influenciou, sobremaneira, a política econômica dos países capitalistas no período pós-guerra. Políticas que se mostraram eficientes, a ponto de se considerar este período os “anos dourados” do capitalismo. Período este que se encerra com a crise do sistema monetário no início da década de 1970.

3.6 O pensamento econômico no período recente

Após a publicação da Teoria Geral de Keynes, a teoria econômica apresentou um desenvolvimento significativo. Instituiu-se um amplo debate sobre aspectos do trabalho de Keynes, incorporando modelos matemáticos e estatísticos, que contribuíram para formalizar a ciência econômica.

Várias correntes de pensamento surgiram então. Os monetaristas, cujo principal expoente é Milton Friedman, defendem uma mínima intervenção do Estado na economia e um amplo controle da moeda. Os fiscalistas recomendam o uso de políticas fiscais ativas e uma elevada intervenção do Estado nas atividades econômicas. Os mais destacados dessa corrente são James Tobin e Paul Samuelson.

Os pós-keynesianos fazem uma releitura da obra de Keynes, destacando o papel da especulação financeira no sistema capitalista e defendendo também uma maciça participação do Estado na condução da atividade econômica. Seus principais economistas são Hyman Minsky, Paul Davidson e Alessandro Vercelli.

Na década de 1970, o mundo assistiu a duas graves crises no abastecimento de petróleo, além de uma crise no sistema financeiro internacional e na economia dos Estados Unidos. Assim, a teoria econômica acaba por apresentar

algumas transformações importantes. Amplia-se a consciência das limitações e possibilidades de aplicação da teoria. Consolidam-se as contribuições dos períodos anteriores e aprofundam-se as análises empíricas, o que permite uma aplicação prática maior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto ciência, a economia nasceu em meio às idéias iluministas. Tal como o universo natural, acreditava-se que a dimensão econômica seria um sistema regido por leis naturais. Deixadas livres para atuar, levariam a economia ao equilíbrio e à auto-regulação.

Se o sistema é capaz de auto-regulação, a interação entre as diversas forças econômicas deve levá-lo a uma situação ideal e à harmonia entre as classes. Para isso, seria necessário que não houvessem interferências estranhas, de acordo com a política do *laissez-faire*: o princípio da não-intervenção do Estado nas leis de mercado.

A ciência econômica tradicional reproduz esta noção de economia como um sistema auto-regulado. Defende-se essa noção até os dias de hoje, existindo uma corrente econômica predominante que entende que os salários devem ser fixados livremente pelo mercado.

Os pensadores liberais defendiam, com base na visão naturalista, que o mercado seria responsável pela fixação de um nível justo de salários. Para isso, bastaria a livre concorrência e que as forças de oferta e demanda atuassem livremente. O mercado encontraria seu equilíbrio “natural”. A base de cálculo desses salários seria a subsistência dos trabalhadores e de suas famílias.

Pensadores clássicos, como Adam Smith, mesmo defendendo a harmonia do mercado, perceberam que o mercado não era capaz de garantir o mínimo necessário para a subsistência dos trabalhadores. Afinal, havia uma correlação de forças desigual no mercado de trabalho. A “mão invisível” do mercado não se mostrava capaz de garantir harmonia das relações de trabalho.

A deterioração das condições de vida dos trabalhadores evidenciava que o mercado não era capaz de garantir um equilíbrio justo no mercado de trabalho. Estava afastada a idéia de uma fixação justa dos níveis salariais pelas leis da economia.

Com os pensadores socialistas, aprofunda-se a preocupação com a justiça social. Percebe-se que as necessidades dos trabalhadores assalariados vão muito além da mera subsistência material. Não apenas os aspectos econômicos, mas os aspectos sociais, psicológicos, emocionais passam a ser considerados no pensamento econômico socialista. Na verdade, passa-se a questionar o próprio sistema econômico e o próprio trabalho no sistema capitalista, dado que ele é impedimento para a plena realização das potencialidades e da dignidade humana.

A economia tradicional reage ao pensamento socialista com os neo-clássicos. Reafirma-se a crença cega nos mecanismos auto-reguladores do mercado como elementos garantidores do equilíbrio do sistema econômico, não apenas dos níveis salariais “ótimos”, mas também do pleno emprego do fator trabalho.

A interferência do Estado ou de instituições, como sindicatos, é vista como algo absolutamente nocivo ao equilíbrio ótimo do mercado. Este pensamento subsiste de maneira majoritária entre os economistas. No entanto, a história econômica mostrou que o mercado efetivamente não é capaz de garantir os níveis de salário e de emprego de equilíbrio.

A intervenção governamental, a atuação das instituições, por vezes, é fundamental para a garantia dos direitos dos trabalhadores. Neste sentido surge o pensamento de Keynes, mostrando a rigidez dos salários e a necessidade de políticas públicas para regular as disparidades de forças no mercado de trabalho. Até hoje a ciência econômica encerra debates acirrados sobre qual a melhor maneira de se regularem salários e mercado de trabalho.

5 REFERÊNCIAS

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. Reedição facsimilada, LTr, 1994.

CASSI, Vincenzo. *Rapporto di lavoro in prova*. Milão: Giuffrè, 1950.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do Direito: uma introdução política do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARX, Karl. *Karl Marx: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- MILL, John Stuart. *Princípios de economia política*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. I.
- NAPOLEONI, Cláudio. *O pensamento econômico em perspectiva*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1979.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1972.
- PASSARELI, Francisco Santoro. *Noções de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- PRUNES, Jose Luiz Ferreira. *As gorjetas do Direito brasileiro do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.
- RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Gíglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *A gorjeta*. São Paulo: EDUSP, 1994.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999, v. VI.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: EDUSP, 2001.

¹ No mesmo sentido, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 67.

² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. São Paulo: EDUSP, 2001, p. 130-131.

³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do Direito: uma introdução política do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 48.

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1972, p. 470.

⁵ Nesse sentido encontramos referências nas obras NASCIMENTO, op. cit., e CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. Reedição facsimilada, LTr, 1994.

⁶ “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXIII, 1)

⁷ Adam Smith (1723-1790) é o grande precursor do pensamento econômico, sendo considerado o “pai da economia”. Na sua obra *A riqueza das nações*, de 1776, ele desenvolve a teoria econômica com um corpo teórico próprio, como um conjunto científico sistematizado.

⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. Vol I. São Paulo: LTr, 1999, p. 334.

⁹ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 119.

¹⁰ RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 67-78.

¹¹ Político alemão contemporâneo de Karl Marx, com quem participou de alguns dos levantes operários ocorridos durante o século XIX. Disponível em: <<http://www.dec.ufeg.edu.br/biografias/FerdLasa.html>> Acesso em: 30 jan. 2007.

¹² John Stuart Mill (1806-1873) sistematiza e divulga o corpo teórico do pensamento econômico de sua época. Avança na teoria ao incorporar em sua obra elementos institucionais, definindo de forma mais precisa as restrições, vantagens e o funcionamento de uma economia de mercado. Introduce nas suas análises a preocupação com a justiça social e as consequências sociais da industrialização em sua época. Sua principal obra é o livro “Princípios de Economia Política”.

¹³ MILL, John Stuart. *Princípios de Economia Política*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. I, p.395.

¹⁴ Ibid., p. 396.

¹⁵ Ibid., p. 401.

¹⁶ Ibid., p. 401-402

¹⁷ Ibid., p. 402.

¹⁸ Ibid., p. 403-409.

¹⁹ MARX, Karl. *Karl Marx: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 13.

²⁰ Leon Walras, Stanley Jevons, Alfred Marshall são os principais expoentes desta corrente de pensamento econômico que nasce no século XIX e torna-se a corrente dominante da Ciência Econômica até os dias de hoje.

²¹ “O que se entende por desutilidade é qualquer motivo que induza um homem ou grupo de homens a recusar trabalho, em vez de aceitar um salário que para eles representa uma utilidade inferior a certo limite”. Cf. KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p.46.

²² Ibid., p.46.

WAGES: ECONOMIC ASPECTS RELEVANT TO THE DETERMINATION OF THEIR VALUE

ABSTRACT

This paper examines the economic aspects to be taken into account in order to determine the value of wages according to different schools of economic thought.

KEYWORDS: Salary. Remuneration. Economic Theories. Labour Law.

SALAIRES: ASPECTS ECONOMIQUES PRIS EN COMPTE POUR SA DÉTERMINATION

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une étude sur les aspects économiques pris en compte dans la fixation des salaires vue par les diverses écoles économiques.

MOTS-CLÉS: Salaires. Revenus. Théories économiques. Droit du travail.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA: IMPLICAÇÕES PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

*Ana Elisabeth Bastos de Miranda**

1 Introdução. 2 Hermenêutica constitucional concretista. 3 Hermenêutica constitucional concretista e os direitos fundamentais sociais. 4 Hermenêutica constitucional concretista e o direito à educação. 5 Referências.

RESUMO

Este artigo analisa a hermenêutica constitucional concretista, considerando sua contribuição para a superação da “crise de efetividade” do Direito constitucional em relação aos direitos fundamentais sociais, bem como suas implicações para a efetividade do direito à educação.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Constitucional. Concretização. Direitos fundamentais sociais. Direito à Educação.

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, a partir da primeira metade do século XX, não produziu a necessária efetividade ou eficácia social desses direitos. É no contexto histórico e teórico da luta contra essa falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, que se desenvolve a hermenêutica constitucional concretista, a partir da segunda metade do século XX. Historicamente, situa-se a hermenêutica concretista no horizonte da modernidade tardia, ou pós-modernidade, sendo elaborada no contexto de formação do neoconstitucionalismo e da organização dos Estados Democráticos de Direito, no período pós-2ª guerra mundial. O Direito Constitucional, visando superar sua “crise de efetividade” na concretização dos direitos fundamentais sociais, desenvolve-se então em três frentes: o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, a ampliação da jurisdição constitucional e a elaboração de uma nova hermenêutica constitucional segundo o modelo concretista.¹ Teoricamente, situa-se a hermenêutica concretista em oposição ao modelo subsuntivo da hermenêutica jurídica clássica, em razão das insuficiências desse modelo para a interpretação do texto constitucional. Insere-se, nesse sentido, no contexto

* Doutora em Educação (Harvard University). Professora da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito (Faculdade Christus).

da virada lingüística,² produzida pelo desenvolvimento da pragmática discursiva e da hermenêutica ontológica,³ e da consequente consolidação da filosofia da linguagem como o novo paradigma interpretativo nas ciências humanas, em oposição ao paradigma da filosofia da consciência.

2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA

Por hermenêutica constitucional concretista entende-se não uma metódica de interpretação unificada, mas o conjunto formado pelas contribuições teóricas de autores diversos, que compartilham as seguintes premissas sobre o processo de compreensão/aplicação da norma constitucional: (i) a centralidade da mediação lingüística; (ii) a abertura textual; e (iii) a pluralidade axiológica. Dentre esses autores, destacam-se os que serão apresentados a seguir: Theodor Viehweg, Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. Para todos esses autores, a interpretação/concretização da norma constitucional: (a) representa um momento de interação e/ou fusão entre sujeito-intérprete e objeto-norma, necessariamente mediado pela linguagem; (b) constitui uma operação prática/construtiva (e não apenas subsuntiva) que, partindo da pluralidade de sentidos da norma, completa o seu conteúdo somente na aplicação ao caso concreto, rompendo assim com o dogma positivista da identidade norma-texto; e (c) deve, reconhecendo o pluralismo axiológico intrínseco à ordem constitucional, fundamentar-se na moral coletiva, ou seja, nos valores sociais que legitimam o Direito para uma dada sociedade.⁴

A hermenêutica tópico-problemática de Theodor Viehweg caracteriza-se como uma “técnica de pensamento problemático” – uma técnica de investigação/resolução prática de problemas concretos a partir da articulação de pontos de vista argumentativos (*topoi*), que abrangem premissas ou verdades consensuais do senso comum (*doxa*). Essa técnica remonta à retórica aristotélica e renasce na modernidade em oposição ao pensamento sistemático cartesiano. No Direito, a hermenêutica tópica propõe uma abordagem de resolução de problemas concretos diversa daquela proposta pela hermenêutica sistemático-dedutiva; enquanto o pensamento sistemático prioriza o fator cognitivo. Instrumental para o processo lógico-dedutivo, o pensamento tópico inclui todos os fatores, inclusive os volitivos, implicados no problema, possibilitando uma contextualização histórica do problema que favorece a sua resolução prática.⁵ Essa resolução é construída a partir da convergência dos diversos pontos de vista argumentativos sobre o que seria considerado justo no dado problema, numa perspectiva de justiça social material.⁶

A ascensão da hermenêutica tópica, em oposição à hermenêutica sistemático-dedutiva e ao modelo subsuntivo de interpretação constitucional, por este não promover uma adequada concretização constitucional, não significa um rompimento do pensamento tópico com o Direito positivo, nem representa um retorno ao Direito natural. Representa apenas uma forma nova e aberta de pensar o Direito, centrada no problema e na sua resolução. Não obstante, a hermenêu-

tica tópica tem sido criticada por partidários do pensamento sistemático, como Claus Canaris, por seu caráter anti-sistêmico e instrumentalizador da legitimação e jurisdicização do senso comum (*doxa*). Contra essas críticas, argumenta-se, em primeiro lugar, que o pensamento tópico não é realmente anti-sistêmico, apenas inverte a ótica sistêmica: inicia-se com o momento problemático (indutivo), mas não exclui o momento sistemático (dedutivo) da totalidade do processo de resolução do problema. Essa crítica seria relevante somente se eventualmente a hermenêutica tópica privilegiasse o momento indutivo em total detrimento do momento sistemático do processo, acarretando um casuísmo excessivo e a absolutização da contingência fática em detrimento da positivação do Direito.⁷ Em segundo lugar, argumenta-se que a legitimação e jurisdicização do senso comum pela hermenêutica tópica não a tornam necessariamente antijurídica ou anticientífica. Pelo contrário, o afastamento do Direito positivo do senso comum e da realidade social, tende a transformá-lo em mero formalismo, sendo um dos méritos da tópica justamente reconectá-lo a essa realidade. Embora a hermenêutica tópica não diferencie claramente entre atividade jurisdicional e atividade legislativa, isto não a torna necessariamente anticientífica, já que a separação das funções estatais não é pressuposto nem consequência da cientificidade dessa hermenêutica. O pensamento tópico é uma reação à presunção de completude e ao imobilismo do sistema, caracterizando-se, portanto, não como uma negação do sistema, mas como um canal de transformação do sistema por meio da sua articulação com a vida social concreta.⁸

No âmbito da hermenêutica constitucional, a prevalência do método tópico-problemático justifica-se pela especificidade da interpretação constitucional, que se radica, segundo Canotilho⁹, nos seguintes pressupostos: (1) o “caráter prático” da interpretação constitucional, orientada para a resolução de problemas concretos; (2) o “caráter aberto, fragmentário ou indeterminado” da norma constitucional, marcado pela polissemia; e (3) o caráter “problemático” ou “aporético” da interpretação constitucional, que não pode ser resolvido por procedimentos exclusivamente sistêmicos, dedutivos-substantivos. Dadas essas premissas, o método tópico-problemático pode ser caracterizado como um “processo aberto de argumentação”, ou seja, um processo de articulação dos pontos de vista argumentativos (*topoi*) da pluralidade dos intérpretes/aplicadores da Constituição, que possibilita alcançar a interpretação mais adequada ao caso concreto. Esse método é necessariamente dialógico, aceitando todos os pontos de vista argumentativos, trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica, como igualmente válidos, até serem vencidos racionalmente por meio da argumentação.¹⁰

A hermenêutica tópica de Viehweg, baseada na indução, e a hermenêutica ontológica de Gadamer, baseada na compreensão, convergem no ponto de partida: ambas centram a interpretação no momento da existência do problema ou no momento de aplicação, recriando o sistema a partir do problema e não apenas inserindo o problema em um sistema preconcebido. Entretanto, essas hermenêuticas divergem profundamente no nível dos pressupostos: (i) a herme-

nêutica tópica problematiza, mas ainda pressupõe a necessidade de articulação entre indução e dedução, como momentos distintos do processo de resolução do problema concreto; a hermenêutica ontológica procura uma superação de ambos (dedução e indução); (ii) a hermenêutica tópica permanece assim ainda limitada à dimensão epistemológica/metodológica, sem conseguir a superação da oposição sujeito-objeto, enquanto a hermenêutica ontológica procura transcender a dimensão epistemológica/metodológica e se radicar numa dimensão ontológica que supere a oposição sujeito-objeto.¹¹

A hermenêutica tópica teve uma profunda influência no desenvolvimento da hermenêutica constitucional concretista. As teorias de Hesse, Müller e Häberle, baseadas em uma visão de “Constituição aberta”, são todas de inclinação tópica. A hermenêutica constitucional é o *locus* privilegiado para a tópica, pois o seu uso possibilita interpretar a abertura constitucional a partir da dinamicidade da realidade social, econômica e política.¹² Entretanto, Canotilho adverte que a concretização da norma constitucional por meio da articulação de *topoi* pode conduzir a um casuismo nefasto, se partir do problema para a norma e não da norma para o problema. Sendo a interpretação constitucional uma “atividade normativamente vinculada”, está circunscrita ao “limite ineliminável” do texto constitucional, conforme Hesse, e não pode sacrificar a primazia da norma constitucional, conforme Müller.¹³

A hermenêutica concretizante de Konrad Hesse baseia-se na concepção de interpretação como um processo criativo resultante da fusão entre sujeito-intérprete e objeto-norma, a partir de e voltado para uma determinada situação histórica, nos moldes de Gadamer. Essa hermenêutica tem, segundo Canotilho, os seguintes pressupostos: (1) a “pré-compreensão” do intérprete; (2) o “contexto” ou situação histórica da interpretação; e (3) a relação entre “texto” e “contexto”, mediada criativamente nos moldes do círculo hermenêutico (“movimento de ir e vir” interpretativo).¹⁴ O processo de concretização comporta assim os seguintes contornos: o seu ponto de partida é a pré-compreensão (pré-juízos) que o intérprete/aplicador tem do conteúdo da norma a concretizar e do problema concreto a solucionar, sendo essa pré-compreensão condicionada pelo contexto da situação histórica concreta em que se situam intérprete, problema e norma, uma vez que inexistente um ponto de vista arquimédico de compreensão fora da existência histórica;¹⁵ e o “limite ineliminável” desse processo é o texto constitucional, devendo a relação texto-contexto ser trabalhada por meio de uma contínua confirmação e/ou correção da pré-compreensão pela prática do caso concreto.¹⁶

O método hermenêutico-concretizador tem orientação tópico-problemática e não sistemática. Difere, entretanto, do método tópico-problemático de Vieweg: enquanto o método tópico-problemático privilegia ou pode privilegiar o problema em detrimento da norma, o método hermenêutico-concretizador privilegia o texto constitucional em face ao problema. A centralidade do texto constitucional estabelece o limite para a construção do conteúdo da norma a

concretizar: a contextualização histórica do problema possibilita a construção da “dimensão fática” do conteúdo da norma, mas essa “dimensão fática” deve estar necessariamente articulada com a “dimensão normativa” da Constituição.¹⁷ Na articulação do equilíbrio entre a “realidade fática” e a “dimensão normativa” da Constituição, devem ser observados os seguintes princípios de interpretação constitucional: a) “unidade da Constituição”: conexão entre os vários elementos da Constituição, evitando-se contradições internas; b) “concordância prática”: ponderação dos princípios constitucionais colidentes no caso concreto; c) “correção funcional”: compatibilização entre a interpretação pelos órgãos públicos interpretadores e a sua competência constitucional, evitando-se usurpação de competências; d) “efeito integrador”: preservação da “unidade política” da Constituição; e) “força normativa da Constituição”: atribuição de efeito determinante às normas constitucionais; e f) “interpretação conforme”: irradiação dos princípios constitucionais para todo o ordenamento jurídico.¹⁸

A hermenêutica normativo-estruturante de Friedrich Müller visa à vinculação entre normatividade constitucional e realidade social, de modo a evitar a dissolução da normatividade constitucional. Elaboro essa vinculação na perspectiva de uma teoria estruturante do Direito, enquanto “teoria da prática”, na qual a normatividade constitucional é produzida/concretizada no processo da construção da norma jurídica no caso concreto.¹⁹ Seus principais pressupostos são: (1) a normatividade constitucional não se identifica com o texto constitucional; (2) a normatividade constitucional é produzida/concretizada na integração dialética entre dados lingüísticos (“programa normativo”) e a “situação normada”²⁰ (“âmbito normativo”); e (3) a concretização da normatividade constitucional resulta de um processo estruturante complexo que envolve fatores lingüísticos e extralingüísticos de natureza estatal-social, como o funcionamento efetivo do ordenamento constitucional a partir da atuação das várias funções estatais (legislação, administração, jurisdição).

Em termos metafóricos, a normatividade constitucional corresponde a um “iceberg normativo”: o “programa normativo” (dados lingüísticos) refere-se à parte descoberta e o “âmbito normativo” (dados fáticos) à parte encoberta desse iceberg. A concretização da normatividade constitucional implica na realização de ambas as partes, devendo a concretização da parte descoberta (“programa normativo”) ser feita em função da concretização da parte encoberta (“âmbito normativo”), num processo de estruturação dialética recíproca, de forma a garantir a efetividade da normatividade constitucional.

As decisões jurídico-práticas proferidas por órgãos estatais (legislativos, executivos e jurídicos), visando à concretização da normatividade constitucional, são determinadas por fatores lingüísticos e extralingüísticos. Em relação aos fatores lingüísticos, essas decisões são determinadas pela articulação de uma pluralidade de textos, marcados por graus variados de polissemia ou abertura semântica: a constituição do “programa normativo”, relativo a um dado “âmbito fático”, extrapola assim a apreensão literal do texto constitucional, regulador

do caso em abstrato, e fundamenta-se numa análise semântico-pragmática não só do texto constitucional, mas também de vários outros textos (precedentes jurisprudenciais, materiais legais, manuais doutrinários, estudos monográficos, etc.). Em relação aos fatores extralinguísticos, as decisões jurídico-práticas são também determinadas por motivações empíricas próprias da atuação dos órgãos estatais no processo de enunciação, fundamentação e publicação dessas decisões.²¹

As hermenêuticas de Müller e de Hesse convergem em vários aspectos: (1) a concepção de interpretação constitucional numa perspectiva hermenêutico-concretista, nos moldes de Gadamer, e numa perspectiva tópico-problemática, em moldes diversos de Viehweg, evitando-se a jurisdicização do senso comum (*doxa*) que contribua para a dissolução da primazia da normatividade constitucional; (2) a identificação da norma constitucional com a sua concretização, afastando-se da identificação positivista entre norma e texto; (3) a concretização da norma constitucional a partir da incorporação da realidade social normada, que não aparece claramente, mas que é parte integrante do conteúdo da norma, sendo essa incorporação condição de possibilidade para a efetividade da norma constitucional; e (4) a preocupação com a elaboração de mecanismos de controle do processo de concretização da norma constitucional, que preservem a primazia da normatividade constitucional e se contraponham a eventuais mutações constitucionais motivadas por “fatores reais de poder” e tendentes a dissolver a legitimidade da Constituição.

A hermenêutica pluralista-procedimental de Peter Häberle está centrada na seguinte virada hermenêutica: “de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta.”²² Häberle critica a hermenêutica constitucional clássica por estruturar a interpretação constitucional no âmbito restrito de uma “sociedade fechada de intérpretes”, composta por juízes engajados em procedimentos formalizados. Uma teoria da interpretação constitucional, que leve a sério o tema “Constituição e realidade constitucional”, deve necessariamente se perguntar por todos os participantes da interpretação constitucional, ou seja, deve se perguntar pela “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, ampla, plural e indeterminada, abrangendo todos os órgãos estatais, todas as potências públicas e todos os cidadãos.²³ Deve igualmente se perguntar pelos procedimentos argumentativos que possibilitam o envolvimento dessa pluralidade de intérpretes na interpretação constitucional.²⁴

Esse conceito de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” reflete uma concepção ampliada de hermenêutica constitucional e de intérprete constitucional. Com base no pensamento de Gadamer, Häberle focaliza a relação entre “pré-compreensão” e atuação: propõe que todos que atuam sob a regulação de uma Constituição são pelo menos “pré-intérpretes” dessa Constituição, porque sua atuação pressupõe uma “pré-compreensão” dessa Constituição: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-

interpretá-la. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.”²⁵ Isto significa que todos que vivem no contexto regulado por uma Constituição devem ser considerados intérpretes dessa Constituição, ou seja, “agentes conformadores da realidade constitucional”, porque, ao conformar o seu viver de acordo com as normas constitucionais, estão também participando da sua interpretação. Como os intérpretes jurídicos não são os únicos que vivem no contexto constitucional, não se justifica que tenham o monopólio da interpretação constitucional. Esse conceito ampliado de hermenêutica constitucional não visa a descaracterizar, entretanto, a especificidade da jurisdição constitucional, que tem sempre a responsabilidade por dizer a Constituição em última instância.

O objetivo da ampliação da sociedade de intérpretes constitucionais é promover a “democratização da interpretação constitucional,”²⁶ considerando-se presentes os pressupostos dessa democratização: uma organização política democrática e uma cultura de cidadania ativa mediada pelo engajamento em procedimentos argumentativos que possibilitem a articulação de consensos.²⁷ Para efetivar essa democratização da interpretação constitucional, Häberle inclui no rol dos “intérpretes constitucionais” não só “todos os órgãos estatais”, mas “todas as potências públicas” e “todos os cidadãos e grupos”, numa clara tentativa de incluir toda a sociedade civil organizada no processo de interpretação constitucional. Embora não seja um rol exaustivo, Häberle relaciona os seguintes cidadãos e grupos como legítimos intérpretes da Constituição: partes nos processos judiciais ou administrativos, órgãos e entidades estatais, funcionários públicos e agentes políticos, peritos, partidos políticos e grupos de pressão organizados, a *media*, escolas e associações, igrejas e organizações religiosas, intelectuais.²⁸ Destaca os atores da cena política e do debate judicial, que influenciam, direta ou indiretamente, a jurisdição constitucional, atuando como “intérpretes adjuntos” tão importantes quanto os “intérpretes titulares” da Constituição, e constituindo verdadeiras “forças produtoras de interpretação”. Essas forças podem compelir as Cortes constitucionais a um “diálogo jurídico”, e podem, na medida de sua organização, converter-se em forças de transformação ou estabilização social.²⁹ Os procedimentos argumentativos, mobilizados nesse “diálogo jurídico”, “além de legitimarem o dissenso hermenêutico e racionalizarem as divergências de interpretação no marco do Estado de Direito, ainda colaboram para o desarmamento dos contendores políticos e o aprimoramento da convivência democrática.”³⁰

Coelho³¹ interpreta as idéias de Häberle como “descendentes hermenêuticas” das reflexões de Ferdinand Lassale, no século XIX, sobre os “fatores reais de poder”, denominados por Häberle como as “forças vitais do país”. Como Lassale, Häberle defende uma correspondência entre “Constituição jurídica” (escrita) e “Constituição real” (social), reflexo da composição dos “fatores reais de poder” (sociais, econômicos, políticos, intelectuais), a fim de que a “Constituição jurídica” não se converta em mero formalismo. Porém, enquanto o sociologismo

jurídico determinista de Lassale não lhe permite vislumbrar saídas institucionais para os inevitáveis choques entre a “Constituição jurídica” e a “Constituição real”, Häberle, no contexto de uma sociedade aberta e pluralista, é capaz de propor procedimentos argumentativos para a resolução desses impasses, aptos a promover “a assimilação das *forças vitais do país* no processo de tradução/formulação da vontade constitucional.”³²

Na sua avaliação da hermenêutica pluralista-procedimental de Häberle, Diniz levanta como críticas: (1) a transformação da hermenêutica constitucional em atividade política, sob a dependência do jogo do poder (“fatores reais de poder”), assim como a conversão do Tribunal Constitucional em mera instância de legitimação das mutações constitucionais consensuais, podem acarretar a dissolução da normatividade da Constituição e a desestabilização das instituições; (2) a aplicabilidade dessa hermenêutica pressupõe um elevado grau de desenvolvimento/estabilidade institucional política, jurídica e social, de caráter democrático consensual, que limita a sua viabilidade em países de modernização periférica, como o Brasil.³³ Entretanto, destaca o inegável mérito dessa hermenêutica por defender a “democratização da interpretação constitucional”, a partir de uma integração das dimensões normativa e política da Constituição, que leve em consideração as consequências políticas das decisões jurídicas, assegurando assim a legitimidade não só jurídica, mas social dessas decisões.³⁴

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A hermenêutica constitucional concretista visa a superar os limites da hermenêutica jurídica clássica na interpretação constitucional, contemplando as especificidades das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais, decorrentes da sua supremacia, da sua estrutura principiológica e da sua particular eficácia e efetividade. Embora a hermenêutica jurídica clássica tenha aplicabilidade adequada no campo das normas do Direito Privado, revela-se insuficiente para captar o alcance pluridimensional, polissêmico, das normas de direitos fundamentais sociais, decorrente da sua abertura, fragmentação ou indeterminação, cujo conteúdo só se completa no processo de aplicação no caso concreto.³⁵

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, iniciada no contexto de surgimento do Estado Social prestacionista/protecionista (primeira metade do século XX), não garantiu a concretização desses direitos. Surge, nesse contexto, a hermenêutica concretista visando a contribuir para o processo de concretização do texto constitucional. Contrariamente às críticas de que essa hermenêutica produz o esvaziamento da normatividade, observa-se nos modelos de Vieweg, Hesse, Müller e Häberle, uma reconstrução teórica da normatividade constitucional em função da concretização, constituindo essa reconstrução o fundamento teórico do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de

Direito (segunda metade do século XX). Diferentemente do Estado Social prestacionista/protetor, este novo Estado, ao consagrar o “Princípio do Estado Social” como princípio constitucional, passa a se caracterizar como um Estado Constitucional prestacionista/garantista dos direitos fundamentais sociais.³⁶

A concretização da normatividade constitucional é fundamental para que a constitucionalização não represente meramente uma “constitucionalização simbólica”, conforme o conceito de Neves: “hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização-jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais.”³⁷ No seu sentido negativo, de falta, esse conceito expressa justamente a insuficiente concretização do texto constitucional, ou seja, da falta de normatividade do texto constitucional – “nas palavras da metódica normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados lingüísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais)”³⁸. Suas implicações tornam-se particularmente evidentes, quando esse conceito é relacionado ao modelo classificatório de Loewenstein, concebido em termos de tipos-ideais: (i) “Constituições semânticas” (“instrumentalistas”) (com predomínio dos aspectos jurídico-instrumentais sobre os aspectos simbólicos): contêm dispositivos, não de limitação e de controle da dominação política, mas de instrumentalização unilateral dos “donos do poder”, sendo caracteristicamente autoritárias; (ii) “Constituições nominalistas” (“simbólicas”) (com predomínio dos aspectos simbólicos sobre os aspectos jurídico-instrumentais): contêm dispositivos de limitação e controle da dominação política, mas não determinam realmente o processo do poder, por falta de concretização, tendo primariamente uma função ideológica-educativa, ao prestar reverência retórica a determinados valores (igualdade, liberdade, democracia); e (iii) “Constituições normativas” (“concretistas”) (com implicação recíproca dos aspectos simbólicos e jurídico-instrumentais): contêm dispositivos de limitação e controle da dominação política e determinam realmente o processo do poder.³⁹

As Constituições concretas contêm graus diversos de “semantismo” (“instrumentalismo”), “nominalismo” e “normativismo”, sendo sua caracterização determinada pelo aspecto predominante. As “Constituições nominalistas” são as representantes, por excelência, do processo de “constitucionalização simbólica” revelando “uma discrepância radical entre práxis do poder e disposições constitucionais, um bloqueio político da concretização constitucional, obstaculizador da autonomia operativa do sistema jurídico.”⁴⁰

Contrariamente à perspectiva evolutiva linear de Loewenstein, para quem as “Constituições nominalistas” tendem a se tornar “Constituições normativas”, a experiência tem demonstrado que não há uma evolução necessária nesses tipos constitucionais; as transformações dependem do jogo político e os “donos do poder” tendem a bloquear a concretização constitucional. É a partir do contexto das “Constituições nominalistas” (“simbólicas”) que devem ser compreendidas as contribuições teóricas da hermenêutica constitucional concretista; essas contri-

buições visam a pensar as possibilidades de superação do bloqueio concretizador da normatividade constitucional presente nessas Constituições.

Para a hermenêutica tópico-problemática de Theodor Vieweg, a concretização da normatividade constitucional depende da incorporação da pluralidade de pontos de vista argumentativos (*topoi*) da sociedade na interpretação constitucional, por meio do procedimento racional da argumentação tópico-dialética. Conforme Marrafon,⁴¹ nos Estados Democráticos de Direito, essa argumentação desempenha papel fundamental na formação e na legitimação da ordem jurídica dos direitos fundamentais. A argumentação tópico-dialética deve estar presente, em primeiro lugar, no debate legislativo, o *locus* ideal para a consideração das opiniões consensuais (*doxa*), na forma de *topoi* argumentativos, que aproximam o “senso comum” da sociedade (ser) da norma a ser elaborada (dever-ser) e favorecem a superação da distância entre “faticidade” e “validade”: “o debate tópico-dialético é instrumento para a passagem da sabedoria prática no âmbito individual para a filosofia prática que atue intersubjetivamente, regendo e amenizando a tensão legitimidade-legalidade, Ética-Política ou ainda particular-universal.”⁴²

A argumentação tópico-dialética deve estar presente, em segundo lugar, na prática jurisdicional, em geral, e na prática jurisdicional constitucional, em particular, o *locus* ideal de implementação de uma concepção dialética do Direito, articulada com a realidade social. É na construção da norma constitucional, a partir da realidade social do caso concreto, levando em consideração as opiniões consensuais que expressam os valores da sociedade, que se dá a sua efetiva concretização no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. A argumentação tópico-dialética, conforme o pensamento aristotélico, está orientada pelo seguinte objetivo: “o *telos* da tópica aristotélica não é simplesmente a imposição (por persuasão ou convencimento) de uma verdade, como na retórica, mas sim desocultar particularidades em busca de uma norma consensualmente definida a partir de situações reais de argumentação.”⁴³ Essa argumentação está associada ao movimento de legitimação dos direitos fundamentais sociais, com base nas seguintes idéias: “revalorização da racionalidade prática (em especial na forma de racionalidade comunicativa), entrelaçamento entre moral, política e direito em espaços históricos e existencialmente delimitados e tentativa de redução da tensão entre faticidade e validade em tempos de complexidade e pluralismo de valores [...]”⁴⁴

Para a hermenêutica concretizante de Konrad Hesse, a concretização da normatividade constitucional depende da preservação da “força normativa da Constituição” – conceito elaborado em contraposição ao conceito de “essência da Constituição”, de Ferdinand Lassalle, no século XIX. Para Lassalle, representante do sociologismo jurídico determinista, a “essência da Constituição” reside na articulação das relações fáticas ou “fatores reais de poder” (sociais, econômicos, políticos, intelectuais) que a compõem: “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas.”⁴⁵ Nos conflitos, incom-

patibilidades entre a “Constituição real” (social) e a “Constituição jurídica” (escrita) prevalecem sempre as forças fáticas, sucumbindo a “Constituição jurídica” inevitavelmente aos “fatores reais de poder” dominantes.⁴⁶ Hesse critica Lassale por sua separação radical entre realidade (ser) e norma constitucional (dever-ser) e por seu determinismo sociológico unilateral que atribui autonomia absoluta e força determinante somente às relações fáticas. Propõe uma relação mais dialética, de implicação recíproca entre realidade e norma constitucional, atribuindo à norma constitucional autonomia relativa e força determinante sobre a realidade, denominada de “força normativa”.⁴⁷

A intensidade da “força normativa” depende da sua correspondência com a realidade histórica, ou seja, com os “fatores reais do poder” e com a “ordem de valores” representativa do “justo” na consciência coletiva. Mas depende, sobretudo, da “vontade de Constituição”, da “convicção sobre a inviolabilidade da Constituição”, que consiste numa construção social dinâmica e permanente, originada de três vertentes diversas: (1) o reconhecimento da necessidade e do valor da ordem constitucional, como limite ao arbítrio estatal; (2) a compreensão de que a ordem constitucional deve estar em constante processo de legitimação social, sendo insuficiente a legitimação meramente fática; e (3) a consciência de que a preservação da ordem constitucional decorre de atos da vontade humana, que, ao se subordinarem às suas disposições, mantêm assim a vigência dessa ordem.⁴⁸

Se os pressupostos da “força normativa da Constituição” – correspondência histórica (entre Constituição e realidade) e “vontade de Constituição” (por parte de todos os “fatores reais do poder”) – estiverem presentes, a Constituição poderá preservar a sua força normativa e não sucumbir, em tempos de crise, em face de forças (sociais, econômicas, políticas e intelectuais) que intentem violá-la ou alterá-la, protegendo assim o Estado contra o arbítrio. A “força normativa da Constituição” é posta à prova não nos momentos de tranquilidade, mas justamente nos tempos de necessidade ou crise institucional.⁴⁹ Fundamental na preservação da “força normativa da Constituição” é a interpretação hermenêutico-concretizadora, que deve integrar pré-compreensão, texto e contexto, conforme o princípio da ótima concretização da norma: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”⁵⁰

Para a hermenêutica normativo-estruturante de Friedrich Müller, a concretização da normatividade constitucional se realiza por meio da integração entre “programa normativo” (dados lingüísticos) e “âmbito normativo” (dados reais). Trata-se de uma teoria prática da concretização, mediada por uma concepção pragmática de linguagem, que leva a sério o papel da ação concreta na construção da normatividade. Todo o trabalho jurídico de concretização é visto como ocorrendo dentro e por meio de um conjunto específico de jogos de linguagem.⁵¹ Dessa teoria emerge uma concepção pragmática, pós-positivista, de

norma jurídica: “A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes, encontram-se apenas formas primárias, os *textos normativos*. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial.”⁵² A dicotomia entre ser e dever-ser é superada pragmaticamente pela integração entre “âmbito normativo” e “programa normativo”.⁵³ A concretização da norma pressupõe ainda uma compreensão de “normatividade” como interação dialética (transformação recíproca) entre norma e realidade, entre “programa normativo” e “âmbito normativo”, conforme se observa na sua definição: “Normatividade’ significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade materialmente determinada*).”⁵⁴

A partir dessa perspectiva estruturante da normatividade, desenvolvida no contexto do Estado Democrático de Direito, é possível superar as concepções do Estado Social relativas às normas constitucionais de direitos fundamentais sociais. Enquanto para o Estado Social essas normas são concebidas, principalmente, como direitos a prestações estatais, exigíveis somente quando resultam claramente da Constituição, para a teoria estruturante do Direito, essas normas são “*garantias* materiais, determinadas de maneira *positiva* mediante seu conteúdo e sua eficácia.”⁵⁵ Dessa positivação resulta que os direitos sociais não são apenas valores, mas normas, o que constitui uma garantia diante das controvérsias sobre valores nas sociedades pluralistas atuais. Na determinação do seu âmbito normativo (âmbito fático), as normas constitucionais de direitos fundamentais sociais devem ser compreendidas, segundo a teoria interna dos direitos fundamentais sociais, como direitos livres de toda restrição estatal, só admitindo restrição a partir de sua própria divisão interna, uma vez que são a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos livres em uma sociedade democrática.⁵⁶

A concretização das normas de direitos fundamentais sociais fundamenta-se na integração entre “programa normativo” e “âmbito normativo” para chegar a uma “norma de decisão” no caso concreto. Essa concretização segue o seguinte procedimento metodologicamente estruturado, com quatro fases de formulação: a) “programa normativo”: interpretação/elaboração provisória dos sentidos semanticamente possíveis resultantes da abertura semântica em todos os dados lingüísticos jurídicos relevantes (constitucionais e outros); b) “âmbito normativo”: constituição da “porção da realidade social tomada em sua estrutura fundamental e que o programa normativo autoriza a recortar no domínio geral de regulamentação”,⁵⁷ que se realiza por meio de um duplo exame: “primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em seguida, podem ser *justificadamente* incorporados na decisão”;⁵⁸ c) “norma jurídica”: incorporação do conjunto estruturado pelo “programa normativo” e “âmbito normativo”, numa formulação genérica e abstrata, segundo a fórmula “Em um caso como esse, vale tal norma jurídica...”;⁵⁹ e d) “norma de decisão”:

individualização da norma jurídica geral para decidir o caso concreto.⁶⁰ Esse procedimento estruturante deve ser passível de controle no Estado Democrático de Direito por meio da argumentação. Ressalte-se que essa descrição do procedimento de concretização, realizada pela teoria estruturante do Direito, representa a formalização teórica de um procedimento que já vem sendo utilizado, na prática, pelos operadores do Direito para decidir casos complexos.

Para a hermenêutica pluralista-procedimental de Peter Häberle, a concretização da normatividade constitucional depende da “democratização da interpretação constitucional”, por meio da participação da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Essa participação é pressuposta na nova hermenêutica concretista, que concebe a interpretação como um processo aberto e construtivo (não subsuntivo) e preconiza a integração entre interpretação e realidade. Sendo a realidade pluralista, a interpretação também deve ser pluralista: “Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)”.⁶¹

A interpretação constitucional regula a esfera pública e a sociedade. Esse contexto impõe sobre o juiz exigências que não devem ser interpretadas como ameaças à sua independência funcional, mas como determinantes da própria legitimidade da interpretação constitucional, prevenindo o livre arbítrio judicial. A tese da pluralidade de intérpretes constitucionais baseia-se numa concepção de “Constituição enquanto processo público”.⁶² A legitimidade das forças pluralistas da sociedade para a interpretação constitucional decorre da sua participação na esfera pública e na esfera privada reguladas pela Constituição, o que lhes acarreta o direito de serem consideradas sujeitos e não apenas objetos dessa regulação.⁶³

A abertura da interpretação constitucional a uma pluralidade de intérpretes amplia a legitimidade dessa interpretação, mas pode acarretar também uma relativização dessa interpretação em razão: (1) da pluralidade de participantes do processo de interpretação, bem como da ampliação das formas de participação; (2) do desenvolvimento de força normatizadora pela esfera pública pluralista, compelindo a Corte Constitucional a interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização na esfera pública pluralista; e (3) da subsistência e do desenvolvimento autônomo de uma Constituição material sem relação com o processo constitucional formal.⁶⁴ Para evitar que essa relativização, própria da interpretação pluralista, se converta em instrumento de dissolução da normatividade constitucional, Häberle pressupõe uma teoria da democracia, não apenas na forma representativa, mas na forma de um processo participativo público e pluralista, como condição de possibilidade para a construção de consensos por meio de procedimentos comunicativos-argumentativos. Nesse processo, a Corte Constitucional desempenha papel fundamental de garantia e atualização da Constituição enquanto “contrato social” assegurador dos direitos fundamentais.

A Corte deve desempenhar papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação na interpretação constitucional.

A concretização da normatividade constitucional, numa perspectiva pluralista, pressupõe assim a concretização do princípio democrático, condição de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais: “Numa sociedade aberta, [a democracia] se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (...).”⁶⁵ Mais ainda, a concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais pressupõe, mas também deve contribuir, para consolidar o próprio direito de participação na interpretação constitucional como um direito fundamental: “Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (...).”⁶⁶

A hermenêutica pluralista-procedimental projeta-se também no plano do Direito internacional comparado. Numa perspectiva hermenêutica constitucional comparativa, a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” é referida ao pluralismo constitucional existente no plano internacional. A comparação constitucional assume uma dimensão valorativa – por meio da “comunicação” entre várias Constituições, procura-se encontrar as melhores resoluções para determinados problemas concretos, que possam servir como “padrões regulativos médios”, “modelos culturais”, a serem generalizados para outras culturas. Assim, a comparação constitucional converte o Direito constitucional comparado em “cultura comparada”. Esse método tem se mostrado útil no plano internacional, em relação à efetivação dos direitos fundamentais. O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia tem feito uso da comparação jurídica em julgamentos concernentes aos direitos fundamentais. E diversas Constituições têm positivado procedimentos para a incorporação de textos de tratados e convenções internacionais referentes à proteção de direitos fundamentais.⁶⁷

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A recepção da hermenêutica constitucional concretista no Brasil está associada à implementação do neoconstitucionalismo no país, no contexto histórico da reconstitucionalização e da redemocratização ensejado pela Constituição de 1988. Esta nasce com o objetivo de implementar no país um sistema efetivo de garantias de direitos fundamentais. Entretanto, contrariamente ao pretendido no plano formal, essa efetividade não se concretiza de pronto, particularmente para os direitos fundamentais sociais, que requerem prestações positivas por parte do Estado. É no contexto da “crise de efetividade” dessas garantias constitucionais, que se desenvolve o movimento de constitucionalização crescente do Direito no Brasil, caracterizado pela “irradiação dos valores constitucionais para todo

o sistema jurídico”.⁶⁸ Essa constitucionalização visa a dar efetividade ao sistema de garantias constitucionais dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, merece destaque a baixa efetividade das normas constitucionais que disciplinam o direito à educação, compreendido como o acesso a uma formação ampla que possibilite o desenvolvimento pleno da pessoa, a capacitação para a cidadania e a competência para o trabalho. Não obstante esse direito estar positivado predominantemente em normas programáticas, consideradas como de eficácia limitada, dependente de regulamentação adicional para produzir todos os seus efeitos, a doutrina majoritária reconhece que essas normas estão aptas a produzir efeitos imediatos vinculantes, como, por exemplo: (i) a revogação de atos normativos anteriores, colidentes com o conteúdo das normas de direito à educação, independentemente da declaração de sua inconstitucionalidade; (ii) a vinculação do legislador à concretização do direito à educação; (iii) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores à Constituição contrários ao conteúdo das normas de direito à educação; (iv) a utilização do direito à educação programático como parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (v) a produção pelas normas de direito à educação de posições subjetivas; e (vi) a proibição do retrocesso social (proibição da abolição pelo legislador das posições jurídicas concretizadas), em relação ao direito à educação, de modo que o direito à educação concretizado torna-se um direito de defesa.⁶⁹ Em relação às posições subjetivas negativas (direitos a prestações negativas do Estado), produzidas pelas normas de direito à educação, estas decorrem diretamente desses efeitos imediatos vinculantes, podendo os titulares do direito à educação, diante de qualquer inobservância desses efeitos pelo Estado, deduzir a sua pretensão perante o Estado em juízo. Em relação às posições subjetivas positivas (direitos a prestações positivas do Estado), produzidas por essas normas, a Constituição diferencia entre normas de direito à educação fundamental e as demais normas de direito à educação. As normas de direito à educação fundamental produzem posições subjetivas positivas caracterizadas como “direitos públicos subjetivos” (art. 208, § 1º, CF/88: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”). São direitos diretos e imediatamente exigíveis, que vinculam a Administração Pública ao dever de oferta regular do ensino fundamental obrigatório, sob pena de responsabilização pelo descumprimento desse dever estatal (art. 208, § 2º, CF/88: “O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”) Diferentemente dessa proteção diferenciada dada à educação fundamental, as demais normas de direito à educação produzem posições subjetivas positivas, mas somente no sentido de promover a maximização possível na sua efetivação ou, no caso eventual da sua não-efetivação, requerer do Estado que sua recusa seja necessariamente fundamentada.⁷⁰

Importante articular a discussão sobre a exigibilidade do direito à educação a dois conceitos relacionados – “mínimo existencial” e “núcleo essencial” – que delimitam padrões mínimos de efetividade das normas constitucionais dos

direitos sociais e que constituem limites para a “reserva do possível”, a limitação fática-orçamentária frequentemente alegada pelo Estado para não se responsabilizar pelo cumprimento das políticas públicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais sociais.⁷¹ Constitui o “mínimo existencial” um subconjunto do “núcleo essencial” contendo um conteúdo menor, mais preciso, intangível, de direitos sociais básicos (alimentação básica, atendimento eficiente de saúde, educação fundamental, garantia de moradia e renda mínima), radicado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição de retrocesso social,⁷² sendo imediatamente exigível do Estado.⁷³ A identificação total desses conceitos é desaconselhável, pois conduz a uma interpretação reducionista dos direitos fundamentais sociais, não autorizada pela própria Constituição de 1988.⁷⁴ Já a sua identificação parcial é positiva, uma vez que a exigibilidade imediata do “mínimo existencial” transmite-se ao “núcleo essencial”, resultando numa ampliação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais.⁷⁵

Em relação ao tratamento constitucional dado ao direito à educação, pode-se observar que o “mínimo existencial” refere-se ao acesso à educação fundamental (art. 208, I, CF/88). Já o “núcleo essencial” consiste num conceito ampliado do direito à educação que abrange: (i) o desenvolvimento pleno da pessoa, a capacitação para a cidadania e a competência para o trabalho (art. 205, CF/88); (ii) conteúdos mínimos de ensino (base comum e cultural plural) visando à promoção do desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico do país (arts. 210 e 214, CF/88); e (iii) a orientação por princípios de igualdade, de liberdade, de pluralismo, de gratuidade do ensino público, de valorização dos profissionais do ensino, de gestão democrática, de qualidade e de remuneração adequada (art. 206, CF/88). A proteção diferenciada do “mínimo existencial” representa um avanço, mas ainda insuficiente para garantir a efetividade desse direito social. É necessário, a partir de uma perspectiva relativa, dinâmica, do “mínimo existencial”, defender a incorporação progressiva neste mínimo dos conteúdos do “núcleo essencial”.

Para ilustrar a recepção da hermenêutica constitucional concretista na jurisprudência dos Tribunais Superiores do país, visando à ampliação da efetividade do direito à educação, por meio da ampliação do conteúdo do “mínimo existencial”, apresenta-se a seguir uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal assegurando o direito à educação infantil:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível” . Doutrina.⁷⁶

Essa decisão procura densificar o tratamento constitucional concedido à educação infantil. A norma constitucional referente à educação fundamental

é uma “norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral”, que caracteriza o ensino fundamental como “direito público subjetivo”, apto a produzir posições subjetivas positivas (direitos a prestações positivas do Estado), direta e imediatamente exigíveis. Já a norma constitucional referente à educação infantil é uma “norma de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida”, ou seja, uma “norma programática”. Enquanto norma programática está apta a produzir, direta e imediatamente posições subjetivas negativas (direitos a prestações negativas do Estado) para garantir que os poderes estatais se abstenham de atuar no sentido de inviabilizar esse direito. Entretanto, embora seja questão doutrinária controversa, não está apta a produzir posições subjetivas positivas, ou a produzir essas posições somente no sentido da sua maximização possível em relação às possibilidades materiais de sua efetivação.

Essa decisão ilustra a utilização dos processos de fundamentação substancialista, principiológica, por meio da argumentação tópica, a fim de promover a densificação normativa do comando constitucional referente ao dever do Estado de ofertar a educação infantil. A argumentação visa a tornar o referido comando apto a produzir não apenas posições subjetivas negativas, mas também positivas, e obter do Estado a sua concretização imediata. Visa a também fundamentar a concepção de que a educação infantil integra o núcleo do “mínimo existencial”, dada a sua importância social para promover o real aproveitamento do ensino fundamental, particularmente para as classes mais desfavorecidas. Dentre os argumentos levantados, destacam-se: (1) o direito à educação infantil, como condição para o efetivo aproveitamento do ensino fundamental, deve ser considerado como integrando o “mínimo existencial” dos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente, radicado no valor maior da dignidade da pessoa humana; (2) a implementação dos valores sociais, particularmente do “mínimo existencial”, é imprescindível para promover o bem-estar e a justiça social, fins constitucionalmente estabelecidos; (3) o direito à educação infantil, sendo concebido como parte do “mínimo existencial”, deve ser considerado também como direito público subjetivo, direta e imediatamente exigível; (4) o Estado tem o dever inafastável de assegurar a efetividade desse direito; (5) o mandamento constitucional de realização das políticas públicas sociais, constitucionalmente estabelecidas, vincula juridicamente o Estado e limita a sua discricionariedade político-administrativa ao mínimo, não incluindo o não fazer, sob pena de responsabilização; (6) diante da omissão estatal, é legítima a intervenção do Judiciário para assegurar o cumprimento da Constituição, não configurando essa intervenção ingerência indevida na competência dos outros poderes; e (7) o Estado não se exime da sua obrigação em relação ao direito à educação, alegando a “reserva do possível”, pois esta não procede em relação ao “mínimo existencial”.

5 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, EMAGIS, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998, 185-191.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. *Prêmio AJURIS Direitos Humanos 2005*. Menção Honrosa, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 208.

² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65.

³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

⁴ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162-165.

⁵ Idem, *ibidem.*, p. 136-144.

⁶ Idem, *ibidem.*

⁷ Idem, *ibidem.*

⁸ Idem, *ibidem.*

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1211.

¹⁰ *Ibid.*, p. 85.

¹¹ BELLO FILHO, *op. cit.*, p. 136-144.

¹² *Ibid.*, p. 136-144.

¹³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1212.

¹⁴ *Ibid.*, p. 1212.

¹⁵ STRECK, *op. cit.*, p. 217.

¹⁶ *Ibid.*, p. 218.

¹⁷ *Ibid.*, p. 1212.

¹⁸ HESSE, 1959, apud DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 264.

¹⁹ MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈMERSON, Merlin Clève; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47.

²⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 594.

²¹ COELHO, 2007, op. cit., p. 92-93.

²² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 12-13.

²³ Ibid., p. 13

²⁴ Ibid., p. 11-12.

²⁵ Ibid., p. 13-14.

²⁶ Ibid., p. 14.

²⁷ Ibid., p. 14.

²⁸ Ibid., p. 21-22.

²⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 35, n. 138, abr./jun. 1998, 185-191, p. 190.

³⁰ Ibid., p. 190.

³¹ Ibid., p. 190.

³² Ibid., p. 190.

³³ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 258-259.

³⁴ Ibid., p. 259-260.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 556-557.

³⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 175.

³⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 96.

³⁸ Ibid., p. 92.

³⁹ NEVES, op. cit., p. 105-106.

⁴⁰ Ibid., p. 107.

⁴¹ MARRAFON, Marco Aurélio. Tópica aristotélica, validade e legitimidade dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 568-572.

⁴² Ibid. p. 570.

⁴³ Ibid., p. 572.

⁴⁴ Ibid., p. 572.

⁴⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

⁴⁶ Ibid., p. 9.

⁴⁷ Ibid., p. 24.

⁴⁸ Ibid., p. 19-20.

⁴⁹ Ibid., p. 25.

- ⁵⁰ Ibid., p. 22-23.
- ⁵¹ MULLER, 2007, p. 47.
- ⁵² Ibid., p. 45.
- ⁵³ Ibid., p. 45-46.
- ⁵⁴ NEVES, op. cit., p. 84.
- ⁵⁵ MÜLLER, 2007, op. cit., p. 46.
- ⁵⁶ Ibid., p. 45-46.
- ⁵⁷ MÜLLER, 1996 apud PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 166.
- ⁵⁸ MÜLLER, 2007, op. cit., p. 47.
- ⁵⁹ MÜLLER, 1996 apud PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 166.
- ⁶⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 166-167.
- ⁶¹ HÄBERLE, op. cit., p. 30.
- ⁶² Ibid., p. 32.
- ⁶³ Ibid., p. 33.
- ⁶⁴ Ibid., p. 41-42.
- ⁶⁵ Ibid., p. 36.
- ⁶⁶ Ibid., p. 37.
- ⁶⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1214.
- ⁶⁸ Ibid., p. 217.
- ⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 290-293.
- ⁷⁰ Ibid., p. 264.
- ⁷¹ BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, EMAGIS, 2004, p. 10.
- ⁷² MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. *Prêmio AJURIS Direitos Humanos 2005*, 1ª Edição, Menção Honrosa, 2005, p. 3.
- ⁷³ BARCELLOS, 2002 apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 346.
- ⁷⁴ OLSEN, ibidem., p. 351.
- ⁷⁵ Ibid., p. 353.
- ⁷⁶ STF, RE-AgR 410715/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, 2. T., julgado em 22.11.2005, DJU de 03.02.2006.

CONCRETIST CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: CONSEQUENCES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION

ABSTRACT

This paper examines concretist constitutional hermeneutics, taking into account its contribution for overcoming the effectiveness crisis of Constitutional Law as regards fundamental rights in the social sphere, as well as its implications for guaranteeing the right to education.

KEYWORDS: Constitutional hermeneutics. Concretization. Social fundamental rights. Right to education.

HERMÉNEUTIQUE CONSTITUTIONNELLE CONCRÉTISANTE: DES IMPLICATIONS POUR L'EFFECTIVITÉ DU DROIT À L'ÉDUCATION

RÉSUMÉ

Cet article analyse l'herméneutique constitutionnelle concrétisante, considérant sa contribution pour surmonter la "crise de l'effectivité" du Droit constitutionnel par rapport aux droits fondamentaux sociaux, ainsi que ses implications pour l'effectivité du droit à l'éducation.

MOTS-CLÉS: Herméneutique Constitutionnelle. Concrétisation. Droits fondamentaux sociaux. Droit à l'Éducation.

ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM PENSAMENTO JURIDICO CRÍTICO NA AMERICA LATINA

Antonio Carlos Wolkmer*

1 Introdução. 2 Historicidade e crise da cultura de dominação. 3 Pressupostos para uma crítica libertadora na América Latina. 3.1 Natureza e Conceito de Libertação. 3.2 Tendências e Teoria da Libertação Latino-Americana. 3.2.1 Uma teoria econômica para a libertação. 3.2.2 Uma teoria teológica para a libertação. 3.2.3 Uma teoria filosófica para a libertação. 3.2.4 Uma teoria pedagógica para a libertação. 3.2.5 Uma teoria geográfica, sociológica e antropológica para a libertação. 3.2.6 Uma teoria política para a libertação. 4 Um pensamento crítico a partir da libertação latino-americana. 5 Para uma filosofia crítica da política e do Direito na América Latina. 6 Considerações finais. 7 Referências.

RESUMO

A história dos países da América Latina tem em comum uma mescla de estruturas culturais assimiladas por seus colonizadores – europeus e norte-americanos - o que leva a interrogar sobre uma cultura autenticamente latino-americana. Há também em comum o sentimento de injustiça, exclusão e exploração de direitos que caracterizam a dominação interna e a submissão externa. Por outro lado, é também uma história escrita por homens e mulheres que resistiram, chegando até a darem suas vidas no combate aos usurpadores de suas riquezas, o que ajudou a fortalecer sua autonomia cultural. Dessa forma, o objetivo desse trabalho é fazer reflexões acerca dos elementos fundantes da cultura da América Latina e a partir da própria realidade histórico-social latino-americana, considerando ainda os princípios da “vida humana” negada, da “crítica” e

* Professor Titular de “História das Instituições Jurídicas” dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador integrante do CNPq, CONPEDI. Professor visitante de cursos NO PAÍS E NO EXTERIOR (México, Colômbia, Argentina, Peru e principalmente no Doutorado em Derechos Humanos y Desarrollo na Universidad Pablo de Olavide em Sevilha – Espanha). Autor e organizador de inúmeros livros, dentre os quais: *Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998; *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2003; *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; *História do Direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; *Fundamentos de história do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

da “libertação”, pensar em uma nova Filosofia da Política e do Direito construída na perspectiva de uma legalidade libertadora como a legitimação da exterioridade do Outro, da Justiça e dos direitos à vida com dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura latino-americana. Libertação. Exterioridade do Outro. Filosofia da Política e do Direito na América Latina.

1 INTRODUÇÃO

O processo de historicidade na América Latina tem sido caracterizado por uma trajetória construída pela dominação interna e pela submissão externa. Trata-se de uma cultura montada a partir da lógica da colonização, exploração e exclusão dos múltiplos segmentos étnicos, religiosos e comunitários. Uma história de contradições marcada pelo autoritarismo e violência de minorias, e pela marginalidade e resistência das majorias “ausentes da história”¹, como os movimentos indígenas, negros, camponeses e populares.

Desse modo, é apropriado e oportuno indagar em que direção a América Latina deverá se encaminhar para descobrir sua identidade nacional e sua independência cultural. Importa edificar um projeto de libertação que permita erradicar as práticas históricas de dominação interna e externa, secularmente sustentada por modelos econômicos e sociopolítico colonizadores e dependentes. Daí a necessidade e imperiosidade histórica de se trabalhar na materialização de elementos iniciais fundantes para uma proposta cultural teórico-prática que permita a desmistificação das velhas estruturas alienantes e viabilize o avanço de alternativas democráticas e emancipadoras. Defende-se, assim, introduzir, discutir e constituir um pensamento crítico-libertador, síntese real de nossa própria experiência histórica, sociopolítica e jurídica e que seja capaz de revelar, pela primeira vez, a originalidade e autenticidade do “ser” latino-americano.

É com esse propósito que se situa a presente reflexão, ou seja, apontar, brevemente, algumas matrizes críticas produzidas na América Latina para se fundamentar uma nova Filosofia da Política e do Direito comprometida com os processos de libertação e com o pleno reconhecimento da exterioridade do Outro, da Justiça e dos direitos à vida com dignidade.

2 HISTORICIDADE E CRISE DA CULTURA DE DOMINAÇÃO

Tendo em conta que toda criação humana reproduz determinada espécie de relações sociais, expressando necessidades, produção e distribuição, torna-se natural compreender a cultura político-jurídica latino-americana como reflexo

das diferenças histórico-estruturais e contradições em diversos momentos sócio-econômicos vivenciados.

Certamente, os ecos das contradições dos países da América Latina não de ser encontrados

[...] na conjugação dos fatores internos e externos, pois a dependência é produto tanto das condições criadas pelo sistema de dominação político-econômico mundial quanto das relações de classes e da ação ético-cultural dos agentes e dos grupos na esfera de cada Nação e cada Estado.²

A importação de estruturas culturais assimiladas pelas elites locais (eurocêntrica e norte-americana) tem favorecido e alimentado formas de dominação econômica, política e cultural, inviabilizando o desenvolvimento de uma cultura autenticamente latino-americana. Entretanto, não se pode afirmar que inexistente uma cultura na América Latina, pois, mesmo tendo presente a dominação interna e externa e as peculiaridades regionais e nacionais, é admissível postular uma cultura latino-americana.³ Obviamente, essa cultura latino-americana não foi engendrada espontaneamente, mas surgiu no percurso de quatro séculos pela confluência das culturas européias (portuguesa e espanhola), ameríndias e africanas. Expressando a mescla de culturas e a inter-relação de padrões diferenciados e impositivos, a América Latina carece de uma maior identidade e autonomia. Certamente há de se reconhecer que

[...] o grau e a natureza dessa autonomia têm [...] variado em diferentes níveis da sociedade latino-americana, tornando-se, em alguns casos, quase inexistentes à medida que a cultura européia perde o seu caráter 'secundário e marginal' e se torna mais dominante.⁴

Trata-se de se pensar a América Latina não como o passado de dominação e de exclusão, mas como o presente e o futuro de resistência e de construção de sua utopia. A alternativa para a América Latina, como lembra Gabriel Santiago, não está no passado, como representação, de um lado construída, por “modelos que tiveram influência e fascínio [...], como os movimentos revolucionários (onde se incluíam União Soviética, China, Cuba, Nicarágua), mas que perderam um pouco sua mística e operacionalidade”; de outro, pelo “capitalismo neoliberal aplicado ao Terceiro Mundo (que) não deixa saudade; pelo contrário, marca um rastro de pobreza e miséria sem precedentes”.⁵

Mas, qual é o caminho para que a América Latina venha a encontrar sua identidade cultural e sua autonomia existencial? É a reconstrução de um projeto latino-americano pautado pela destruição da dominação interna e

externa, bem como pelo fortalecimento de sua verdadeira autonomia cultural, prescindindo de modelos alienígenos, ideais e colonizadores. Trata-se de buscar concepções e estratégias que, rompendo com a cultura opressora, partam da resistência e dos valores dos oprimidos; dos excluídos que, agora libertos de toda servidão, tornam-se agentes que assumam “seu próprio objetivo na história”.⁶ As matrizes críticas de edificação de um pensamento libertador autenticamente latino-americano há de ser encontrado na experiência histórica e no imaginário utópico do sincretismo cultural proveniente dos mundos indígena e negro, e do povo oprimido. Não se trata de negar as formas teóricas de conhecimento da tradição ocidental, tampouco as conquistas inerentes às práticas emancipadoras da modernidade, mas buscar construir um modo de vida assentado em novos paradigmas de legitimidade e de racionalização. Daí o compromisso por uma cultura libertadora, fundada em novos critérios e em outra lógica de constituição, que revele, mais clara e radicalmente, nossa própria identidade histórica, sociocultural e política.⁷

3 PRESSUPOSTOS PARA UMA CRÍTICA LIBERTADORA NA AMÉRICA LATINA

Parece claro que, ao constituir um novo paradigma de cultura, sociedade e Estado, em que as variáveis privilegiadas da política e da juridicidade são redefinidas, tornam-se essencial buscar e estabelecer princípios e critérios teórico-práticos de sustentação. No projeto de ruptura à cultura de dominação e de exclusão, e na reconstrução da Política e do Direito, tendo em vista o projeto de emancipação humana e de efetivação do pluralismo democrático comunitário-participativo,⁸ cabe assinalar os procedimentos de tomada de consciência e de instrumentalização das modalidades de crítica que irão permitir a libertação. Trata-se de operacionalizar uma formulação de alcance teórico-prático que permita o profundo questionamento e a desmontagem das formas hegemônicas de saber e de representação social que têm mantido a cultura de dominação. Impõe-se, assim, explicitar a natureza da libertação que se propõe e, posteriormente, fazer a opção, apontar e trazer subsídios para articular uma “teoria crítica” capaz de contribuir para se repensar uma cultura político-jurídica na perspectiva latino-americana.

3.1 Natureza e Conceito de Libertação

Primeiramente, importa precisar que o conceito de libertação não só se refere a múltiplos sentidos, como tem sido utilizado para interpretações nem sempre similares. Diante de tal extensão e ambigüidade da terminologia, convém demarcar qual a opção e direção objetivada. Nesse aspecto, a noção de libertação aqui exposta como manifestação da emancipação, autonomia e liberdade deve levar em consideração critérios como o espaço físico que gera as condições de emergência (“desde onde”) e os destinatários a quem se destina a

práxis transformadora (“para quem”). Isso explica porque o processo situa-se, no dizer de David Sanchez Rubio, no espaço da América Latina, onde “com mais sistematicidade e com mais consciência se fez uma teoria sobre a idéia de libertação [...]”.⁹ Igual, justifica-se o significado de libertação, tendo como protagonistas as “maiorias populares marginalizadas e oprimidas”, ou seja, aqueles que se encontram “em uma situação social de pobreza ou indigência, na qual as condições fundamentais para sobreviver não são reconhecidas, nem são satisfeitas”.¹⁰

Nas últimas décadas do século XX, o conceito complexo de libertação passou a ser problematizado com ênfase no âmbito da teologia, da filosofia e da ética. Essa tematização ganhou tamanha relevância que acabou propiciando o surgimento de filosofias de libertação. Tais correntes filosóficas, centradas na noção de libertação, como assinala Euclides A. Mance:

[...] não apenas consideram a libertação em seu aspecto negativo, isto é, a libertação de procedimentos ou cerceamentos ao exercício satisfatório da liberdade, quanto positivamente, isto é, a libertação para a realização das valiosas singularidades humanas em sua criativa diversidade.¹¹

Ainda que se possa buscar os primórdios da luta contra a escravidão humana e a procura da plena liberdade entre alguns sofistas da Grécia Antiga, foi na modernidade européia que conceitos como liberdade, autonomia e emancipação acabaram por serem destacados e aprofundados em diferentes tendências filosóficas.¹² Por outro lado, a noção de libertação, como substrato de uma filosofia emancipadora, é formulação relativamente recente que tem seu nascedouro no mundo periférico da América Latina. Certamente, “no final dos anos 60 e início dos anos 70”, no contexto de uma cultura de dominação, de dependência econômica, de “[...] negação dos direitos humanos e da democracia econômica, a violência e marginalização à que estavam submetidas as populações latino-americanas ensejam a reflexão sobre a temática de libertação a partir de diversas disciplinas e quadros teóricos”.¹³

Tendo presente essas problematizações caracterizadoras, por fim, há de se categorizar melhor a noção de libertação. Parece claro, portanto, que não se está diante de uma reflexão sobre a liberdade, mas de um questionamento “[...] sobre a realidade concreta, em que vivem as pessoas submetidas a diversas formas de dominação, bem como sobre os processos voltados à transformação dessa situação. Trata-se de compreender a realidade da dominação e o processo de libertação”.¹⁴ Assim, a *práxis* da libertação tem como fundamento o Outro oprimido, a reconstrução da alteridade do excluído. Na história da humanidade, o intento de libertação tem sido buscado permanentemente, “libertação de tudo que limita ou impede ao homem a realização de si mesmo, de tudo que trava o acesso a sua liberdade ou exercício dela”.¹⁵ A libertação representa a “passagem

da alienação à liberdade. Liberdade como afirmação da exterioridade radical do Outro”.¹⁶ A libertação como *práxis* que subverte e destrói a ordem presente “[...] é a crítica total ao estabelecido, fixo, normalizado, cristalizado, morto”.¹⁷ Trata-se do processo dialético que se contrapõe à opressão como limitação da condição humana.¹⁸ É a libertação como ação de transgressão, como passagem de ruptura, como movimento histórico, de “[...] sujeitos que estão dominados e oprimidos para a condição de pessoas que realizam a sua própria liberdade”.¹⁹ Enfim, é a libertação como desafio, como transposição do instituído, como utopia real, como redefinição da solidariedade e afirmação da alteridade.

3.2 Tendências e Teoria da Libertação Latino-Americana

Uma vez introduzida e explicitada a noção de libertação, passa-se, agora, à breve descrição de algumas importantes correntes e quadros teóricos sobre a libertação latino-americana, as quais permitirão avançar na constituição de um pensamento crítico periférico. A riqueza do conceito de libertação e o cenário histórico da América Latina favoreceram a emergência de uma série de teorias críticas emancipadoras. Tais teorias de libertação engendradas pelas ciências sociais e humanas, no hemisfério sul, são marcadas, metodologicamente, por uma perspectiva crítica, dialética e interdisciplinar. Essas proposições libertadoras não incidem em discursos tecno-científicos e abstrações formais, mas, operando a partir da própria experiência social concreta, buscam examinar a conjuntura presente, levam à conscientização emancipadora dos sujeitos e à transformação da realidade institucionalizada.

Assim, surgem diversas proposições epistemológicas que, tendo em comum a libertação, direcionam essa luta teórico-prática latino-americana para a especificidade da economia, da teologia, da filosofia, da educação, da sociologia, da política, da geografia, da antropologia e do direito.

3.2.1 *Uma teoria econômica para a libertação*

No esforço para edificar um pensamento libertador latino-americano, a variável econômica busca subsídios na chamada teoria da dependência. Antes de mais nada, faz-se necessário explicar não só a existência de múltiplos enfoques e autores (estruturalistas, reformistas, marxistas, ortodoxos), como ainda os diferentes momentos vivenciados pelo paradigma da dependência (nascimento, crise, ausência e retomada).

Ainda que seus primórdios sejam encontrados nos países do Terceiro Mundo, ao longo dos anos 50 e 60 do século XX, ganhou força na América Latina, entre os cientistas sociais, como proposta econômica que respondia aos paradigmas externos que tentavam solucionar os problemas das sociedades e regiões dependentes. Trata-se de apresentar uma formulação analítico-interpretativa da especificidade dos processos e estruturas que marcavam a periferia latino-

americana.²⁰ A real compreensão e as alternativas apontadas para erradicar o subdesenvolvimento levaram o dependentismo a obter êxito, na década de 70, passando, depois, por crise e quase desaparecimento. Na década de 90, a teoria da dependência reaparece redefinida e com mais força para se contrapor aos modelos econômicos convencionais que não conseguem dar saídas aos novos rumos do capitalismo globalizado, à concentração da riqueza no Primeiro Mundo e à hegemonia do neoliberalismo como pensamento único.²¹

Naturalmente que a concepção de dependência como referencial teórico busca demonstrar a relação entre o subdesenvolvimento econômico e a organização sociopolítica das sociedades ditas periféricas com os processos de dominação dos países centrais desenvolvidos.²²

Além de contemplar a dependência econômica externa e estrutural, o paradigma em questão destaca os diferentes níveis de dependência interna (social, político e cultural). A noção de dependência envolve dominação, subordinação e subdesenvolvimento.²³

Assinala Theotônio dos Santos que o modelo da dependência tanto representou um esforço crítico de cunho nacionalista para compreender e transpor as limitações da teoria do desenvolvimento de matriz eurocêntrica quanto projetou, internacionalmente, um “debate latino-americano sobre o subdesenvolvimento”.²⁴

Alguns historiadores da dependência apontam, no dizer de Theotônio dos Santos, quatro proposições centrais que a escola advoga, ou seja:

- I) o subdesenvolvimento está conectado de maneira estreita com a expansão dos países industrializados;
- II) o desenvolvimento e o subdesenvolvimento são aspectos diferentes do mesmo processo universal;
- III) o subdesenvolvimento não pode ser considerado como a condição primeira para um processo evolucionista;
- IV) a dependência não é só um fenômeno externo, mas ela se manifesta também sob diferentes formas na estrutura interna (social, ideológica e política).²⁵

Não obstante as críticas que o cenário possa vir a receber – exclusão e desigualdade social crescente revelado pela nova ordem mundial globalizada e pelas políticas neoliberais – favorece, mais do que nunca, a retomada da teoria da dependência como instrumental metodológico capaz de contribuir, como adverte Odete M. de Oliveira, para a superação econômica

[...] entre o centro (econômico, tecnológico, informatizado e dominante) e periferia (subordinada e dependente) e a nova forma dramática de semiperiferia do chamado Quarto Mundo.

[...]. Nesse sentido, o dependentismo constitui um passo à frente, aprofundando seu campo de influência e importância paradigmática à interpretação da complexidade das relações internacionais [...].²⁶

3.2.2 Uma teoria teológica para a libertação

A indignação e revolta, contra a histórica situação de dominação, exclusão e violação institucionalizada a grandes parcelas da população (índios, camponeses, negros, operários e minorias), motivaram o discurso e a ação prática de teólogos, padres e pastores para uma religiosidade voltada à libertação. Na verdade, uma nova forma de efetivar teologia surgiu a partir do Terceiro Mundo, e especificamente da América Latina. Tal orientação ganhou força com a renovação e com a orientação mais social da Igreja Católica, desencadeada pelo Concílio Vaticano II (1962-1965) e pelas conferências do Episcopado Latino-americano: Medellín (1968) e Puebla (1979). Tratava-se de uma postura não só voltada para os pobres, mas de uma Igreja capaz de lutar e se sacrificar pelos injustiçados como nos exemplos de Camilo Torres (Colômbia)²⁷ e Oscar Romero (San Salvador).

Os principais defensores da teologia da libertação, como Gustavo Gutierrez, Hugo Assmann, Juan Luis Segundo, Clodovis e Leonardo Boff criticam a teologia tradicional por exercer uma função de orientação moral para os cidadãos e para os governantes, tendo como referência tão-somente as Escrituras Sagradas e estando por “demais comprometida com a ortodoxia e com os componentes ideológicas do sistema filosófico em que se apóia, o que redundaria numa aprovação do *status quo*, com uma interpretação estática da realidade e [...] com uma interpretação ahistórica da Palavra de Deus, e mais compromissada com uma superestrutura de caráter ideológico [...] do que com aquilo que se passa na realidade real”.²⁸

Eis, portanto, que a nova teologia como “sinais dos tempos” implica uma tomada de consciência motivada pelo engajamento na *práxis* histórica, uma teologia, não para a contemplação, mas para a ação transformadora da sociedade.²⁹ Uma teologia, tendo em vista a realidade de negação da vida, a experiência de fé dos cristãos e a libertação dos povos latino-americanos. Trata-se de uma teologia compromissada com a luta contra as diversas formas de exploração da vida humana e os abusos dos poderes institucionalizados. Não se trata, como lembra Olírio Colombo, de uma teologia elaborada na academia ou numa biblioteca, mas engendrada na experiência reflexiva com operadores e grupos comunitários engajados no processo de libertação.³⁰ Isso explica suas **funções** hermenêuticas de buscar as exigências da fé a partir da *práxis*, operando na direção da denúncia, da crítica e das mudanças. Além disso, utiliza-se do **método** dialético, enquanto aporte apropriado das ciências sociais, para examinar os processos históricos marcados pelas contradições, estruturas e conflituosidades sociais. Portanto, concilia-se o conhecimento científico da realidade com a reflexão teológica fundada na *práxis* socio-política libertadora.³¹

Trata-se do novo modo de fazer teologia a partir da adesão social e do comprometimento pela libertação dos povos latino-americanos. Assim, como assinala Gustavo Gutierrez, essa verdadeira teologia que interliga a fé com a *práxis*, talvez não seja um tema tão novo

[...] para a reflexão quanto o novo modo de fazer teologia. A teologia como reflexão crítica da *práxis* histórica é assim uma teologia libertadora, teologia da transformação libertadora da história da humanidade [...]. Teologia que não se limita a pensar o mundo, mas procura situar-se como um momento do processo através do qual o mundo é transformado [...], na luta contra a espoliação da imensa maioria dos homens, no amor que liberta, na construção de nova sociedade, justa e fraterna [...].³²

3.2.3 Uma teoria filosófica para a libertação

Antes de levantar a discussão sobre uma proposta filosófica para a libertação no contexto da América Latina, cabe recuperar que os primórdios da reflexão sobre a história das idéias filosóficas adquiriram impulso com os trabalhos de Leopoldo Zea, nas décadas de 1950 e 1960. Tratava-se de elaborar um pensamento autêntico, capaz de esclarecer e transformar a realidade concreta latino-americana. Essa proposta que começa como uma “filosofia do americano” e que avança em duas direções complementares, representadas ora para uma filosofia do Terceiro Mundo, ora para uma filosofia da libertação, prioriza o ser humano na figura do latino-americano.³³

O debate sobre as possibilidades de uma filosofia a partir, da América Latina, engendrou posições que polemizaram o universalismo e o regionalismo de um filosofar particular e específico sobre dada realidade histórica e sociopolítica. Os adeptos do universalismo consideravam que a principal dificuldade da filosofia latino-americana estava na impossibilidade de tal reflexão ser autônoma. Toda filosofia reproduziria o pensar construído na Europa. Não haveria, assim, uma formulação própria, independente e conseqüentemente original.³⁴ Já, os teóricos que reconheciam um filosofar original da historicidade latino-americana contrapunham que qualquer reflexão, com pretensão de universalidade, só poderia ser feita “[...] a partir de um dado contexto circunstancial que de algum modo o [...]condicionaria”.³⁵

De qualquer modo, as contribuições pioneiras sobre um pensamento filosófico latino-americano, capaz de conciliar a historicidade nacional com a tradição universalista, de superar as formas de alienação e afirmar-se como concepção reflexiva autêntica, permitiu que autores, como Leopoldo Zea, Augusto Salazar Bondy, Arturo A. Roig e Rodolfo Kusch, preparassem e desencadeassem o advento de filosofias de cunho libertário.

Segundo as sistematizações já feitas por pensadores, como Enrique Dussel, Horacio Cerutti, Pablo Guattarrama e Euclides Mance,³⁶ pode-se periodizar a trajetória das filosofias da libertação nas fases de: emergência, expansão e reordenação. A etapa de emergência da filosofia da libertação compreende o período dos anos 60 aos 70, destacando a polêmica entre o mexicano Leopoldo Zea e o peruano Augusto Salazar Bondy,³⁷ bem como, o surgimento de um pequeno grupo de filósofos da libertação que se opuseram às condições sociopolíticas vividas pela Argentina (1971-1972). Seguem-se, no segundo período (anos 70 e 80), o exílio dos teóricos argentinos, a controvérsia entre Enrique Dussel e Horacio Cerutti, e a sistematização e difusão internacional do movimento.³⁸ Por fim, o momento atual (final dos anos 1980 e década de 1990), caracterizado pelo Diálogo Norte-Sul e pela busca de uma filosofia intercultural.³⁹

A interpretação da filosofia da libertação que acabou se tornando mais conhecida em diversos países da América Latina foi a versão atribuída a Enrique Dussel. Em sua obra *Filosofia da Libertação* escrita no exílio, Dussel propõe não só uma crítica à sociedade presente que nega as condições de vida digna ao homem como ser-no-mundo, mas uma ruptura radical com toda a metafísica tradicional vinculada ao pensamento europeu. A edificação de uma nova ontologia e de uma filosofia centrada não mais na cultura da dominação são inspiradas, como lembra Constança M. Cesar, na realidade cotidiana da América Latina. Assim,

[...] existe uma compreensão prática do mundo, que serve de ponto de partida para o filosofar. Ser é ser-com o outro, é ser nós. [...]. O mundo humano é o mundo do face-a-face, o mundo do tu, que se revela através da palavra, da vida dialógica. Mas o ser-com é sempre ameaçado: o Outro pode ser negado como exterioridade e barbárie. [...]. Ao negar o outro, ao recusar reconhecê-lo como distinto e amável, reconheço meu mundo como o único possível [...]. É preciso, por isso, pensar a questão do outro como problema metafísico, fazer a metafísica do oprimido, a metafísica do amor e do serviço: o serviço da libertação.⁴⁰

Com efeito, a filosofia que deverá ser projetada em seu sentido libertador, não pode ser, como adverte Salazar Bondy,

[...] uma variante de nenhuma das confecções do mundo que correspondam ao centro de poder atual [...] é preciso, pois, forjar um pensamento que, por estar arranjado na realidade histórico-social de nossas comunidades, traduza suas necessidades e objetivos, sirva como meio para cancelar o subdesenvolvimento e a dominação que tipificam nossa condição histórica.⁴¹

3.2.4 *Uma teoria pedagógica para a libertação*

A proposta da pedagogia voltada para a libertação está vinculada, também, à nova epistemologia que rompe com a educação tradicional, elitista e formalista. Trata-se de pensar a educação sob a perspectiva comunitária, popular e anti-positivista; um paradigma educacional identificado com as necessidades reais da vida humana, com a conscientização capaz de enfrentar os problemas dos agentes sociais e com o compromisso pelas mudanças e pela emancipação cultural de um mundo carente.

Na verdade, trata-se de uma educação popular produzida e em função dos diferentes setores marginalizados pela cultura de dominação. É a educação libertadora que rompe com a estrutura escolar autoritária, ineficiente e domesticadora, responsável pela reprodução da injustiça da sociedade e pela formação de padrões alienantes.⁴²

Tendo em conta a educação popular que projeta a concepção conscientizadora e reconstrutora da realidade social, é que se alcança uma pedagogia da libertação.⁴³

Nessa caminhada de edificar a proposta de educação libertadora, tendo em vista as sociedades periféricas da América Latina, buscar-se-á subsídios nas formulações de Paulo Freire.⁴⁴ Suas proposições se assentam na estratégia por uma “pedagogia do oprimido”, ou seja, a educação autêntica como processo de conscientização, *práxis* de libertação e problematização crítico-dialógica.⁴⁵

Para Paulo Freire, o reconhecimento da opressão, da injustiça e da desumanização das sociedades latino-americanas constitui o primeiro momento concreto de compreensão e de ruptura com esta realidade histórico-cultural. Criam-se as condições para uma opção radical de luta e transformação das sociedades mediante uma prática de educação.⁴⁶

A mudança da realidade presente e a restauração da dignidade histórica dos homens serão instrumentalizadas por uma “pedagogia do oprimido”, forjada “com ele e não para ele”. Na visão de Paulo Freire, o oprimido “é um ser que não existe por si mesmo, ele somente existe no seu opressor. Contudo, nada pode ser feito se o oprimido não percebe a realidade da opressão”.⁴⁷ Torna-se imperiosa, para Paulo Freire, uma pedagogia que, partindo da opressão, torne esta situação “objeto de reflexão dos oprimidos, de que resultará o seu engajamento necessário na luta por sua libertação [...]”.⁴⁸ Diante do problema da “consciência oprimida e da consciência opressora”, surge o homem novo que não será opressor, nem “mais oprimido, mas homem libertando-se”.⁴⁹

Sobre o sentido da *práxis* libertadora na obra de Paulo Freire, Peluso assinala que “é condição o ser humano ser livre para dar à realidade uma dimensão histórica e de valor. [...] No processo de conscientização o ser humano se torna livre, humaniza o mundo”.⁵⁰ Parece claro, desse modo, que a concepção de liberdade em Paulo Freire está distanciada de formulações formais e abstratas

do liberalismo individualista burguês,⁵¹ bem como sua noção de libertação é encarada como uma luta permanente contra as diversas formas de dominação.

Uma das principais qualidades de Freire, no dizer de Ilda Danke,

[...] consiste em reconhecer o povo, o trabalhador, o oprimido como sujeito do conhecimento. Um conhecimento que traz, por isso mesmo, a marca da historicidade. A iniciativa na construção desse novo conhecimento e dessa nova educação cabe ao oprimido, constituindo-se, conseqüentemente, numa 'pedagogia do oprimido'.⁵²

Em suma, a proposta pedagógica de Paulo Freire revela-se como um forte instrumental de cunho revolucionário que age íntima e permanentemente no sentido das mudanças e das transformações da sociedade. Trata-se de uma proposta metodológica que privilegia o diálogo, a participação, a formação de uma consciência crítica⁵³ do mundo e uma nova relação entre os homens. Desse modo, a educação é um processo permanentemente "refiro pela *práxis*", revelando-se conscientizante, crítica e criativa.⁵⁴

3.2.5 Uma teoria geográfica, sociológica e antropológica para a libertação

A luta na América Latina contra as diversas modalidades de dependência e pela libertação do homem, vem-se dando, também, no interior das ciências humanas, representado pelo esforço, dentre tantos, de investigadores da geografia (Milton Santos), sociologia (Ignacio Sotello, Florestan Fernandes, Orlando Fals Borda) e antropologia (Darcy Ribeiro, Alberto Vivar Flores).

Importa recordar, primeiramente, que a geografia crítica vem advogar a humanização do espaço e a transformação da realidade territorial. Trata-se de usar politicamente o procedimento científico a serviço de "[...] uma geografia militante, que lute por uma sociedade mais justa. [...] uma análise geográfica como instrumento de libertação do homem".⁵⁵ É nessa perspectiva de privilegiar o lugar geográfico que se pode registrar a contribuição de Milton Santos. Reconhecendo a necessária obrigatoriedade da relação entre tempo e espaço, Santos propõe "[...] uma geografia crítica que apreenda esse espaço como categoria e como análise concreta. A ausência do espaço nos estudos de Geografia foi o foco da crítica do autor".⁵⁶ E como assinala Rosa S. Alba, Milton Santos soube examinar com profundidade a crise da geografia tradicional e defender os condicionantes de sua transposição. Certamente, foi o cientista social que pensou profundamente "a epistemologia da Geografia, elaborando e reelaborando novos conceitos e categorias capazes de dar conta da compreensão do mundo atual, contribuindo, assim, com a renovação da Geografia".⁵⁷ Portanto, a obra de Milton Santos, ao introduzir novos recortes para a reconstrução dialética do espaço e do território, dos diferentes níveis dos circuitos nas verticalidades

e horizontalidades e das produções globais e locais, possibilita os novos lugares da resistência, da solidariedade e da emancipação para a espacialidade de uma nova cidadania.⁵⁸

O atraso econômico, a instabilidade política e a incapacidade de encontrar soluções para os problemas sociais impulsionam pensar uma “ciência social crítica”. Não se trata de pensar uma sociologia científica, fundada em pressupostos importados, que inviabiliza tratar realisticamente as necessidades dos países subdesenvolvidos. Assim, cabe pautar por uma teoria sociológica das mudanças estruturais, uma proposição crítica que venha a alterar, radicalmente, a “situação que se repudia [...]”, tendo que ser, antes de tudo, “uma sociologia do desenvolvimento da América Latina”.⁵⁹ É a opção por uma produção nascida das próprias realidades específicas nacionais, sem tomar como fonte primeira e exclusiva as matrizes ou critérios da teoria social estrangeira. A proposta central é a defesa de uma teoria sociológica autêntica e militante a serviço da emancipação da própria realidade nacional.⁶⁰ Essas referências supõem ainda, como quer Orlando Fals Borda, uma “teoria da subversão” moral e política que, rompendo com a metodologia positivista e com as técnicas “objetivistas” de investigação (defesa da integração e do equilíbrio social), e empregando uma “investigação-ação-participativa”, é capaz de vincular o conhecimento com a ação e a teoria com a prática, bem como reconhecer e operacionalizar a “sabedoria popular” e a “cultura do povo”, quer se tratem de comunidades indígenas, negras, obreiras e campesinas.⁶¹

Também, nessa perspectiva de opção pelo povo, fundamentalmente na fé e na confiança pela capacidade dos setores populares da América Latina, representada pelo índio, mestiço e negro, é que se enquadra a contribuição da antropologia latino-americana. Com efeito, pode-se pensar numa antropologia a partir do homem americano tendo em conta as reflexões de Rodolfo Kusch (antropologia da sabedoria popular), de Darcy Ribeiro (antropologia dialética) e de Alberto Vivar Flores (antropologia da libertação). Em seus escritos filosóficos e antropológicos, Rodolfo Kusch “volta sua atenção para a busca de um pensamento próprio do homem americano, tomando como ponto de partida o pensamento indígena e popular”.⁶² A preocupação de Kusch é revelar um sujeito popular proveniente da cultura americana e não européia, portanto “[...] ir às entranhas da América indígena para desentranhar a luz de sua visão do mundo e iluminar, com ela, o americano, em sua totalidade. Em outras palavras, a cultura do mero estar da América primitiva leva em si uma profunda sabedoria que, como saber vital, pode nos facilitar o sentido íntimo da América, justamente como um caminho de redenção e salvação”.⁶³ Das considerações sobre a sabedoria popular de Rodolfo Kusch passa-se à antropologia dialética de Darcy Ribeiro que, também, tem “[...] em comum uma atitude de franca participação na vida social. Neste sentido, procura ser uma ciência comprometida com o destino humano [...]”, colocando-se “a serviço dos povos que focalize”.⁶⁴ Não mais uma antropologia marcada por um cientificismo que perpetua a ordem social vigente, mas revelada como o próprio instrumental crítico, capaz de examinar

o processo de formação civilizatório e os problemas de subdesenvolvimento dos povos latino-americanos, bem como o mecanismo adequado para analisar as estruturas de poder condicionantes e as possibilidades de desenvolvimento autônomo das sociedades presentes na América Latina.⁶⁵ Fica, portanto, o esforço por uma antropologia compromissada com “a práxis pela libertação do homem latino-americano, até agora considerado como ‘não-homem’ pelos centros de poder”, uma ciência que contribua para sair da opressão e para erradicar o sofrimento humano.⁶⁶

3.2.6 *Uma teoria política para a libertação*

O intento humano multidimensional (social, econômico, filosófico, cultural) não seria completo sem as reflexões acerca de um pensamento político que, opondo-se às diversas formas históricas de colonização e servilismo, seja capaz de contribuir para a afirmação da identidade e da solidariedade latino-americana. Esse mister de revelar a consciência de nossa especificidade, e apontar a direção política rumo a nossa unidade autêntica, ocupou a trajetória de inúmeros e destacados intelectuais ativistas como, dentre tantos, o cubano José Martí, no século XIX, e o peruano José Carlos Mariátegui, no século XX.

Patrono da independência das Antilhas e, particularmente, de Cuba, José Martí (1853-1895) defende a unidade da família americana na luta contra a dominação e a favor da libertação. Em seu célebre estudo **Nuestra América** conclama que os povos da América devem superar as divisões internas e superar o colonialismo cultural que tem engendrado sempre a imitação servil aos modelos culturais europeus e norte-americanos.⁶⁷ Martí não ignora, como lembra Roberto Fernandez Retamar, as grandes realizações dos países metropolitanos, tampouco suas limitações e explorações; por isso a urgência de criar um país novo, pensado a partir de sua própria realidade, ou seja, de uma América mestiça, “onde se misturam descendentes europeus, índios e africanos”.⁶⁸ Ao enfatizar o genuíno e o autóctone da “nossa América”, José Martí no seu fervor americanista e no seu protesto contra as práticas políticas exportadas da Europa assinala que o

[...] bom governante na América não é o que sabe como se governam o alemão e o francês, mas sim aquele que sabe de quais elementos está constituído seu país, e como pode guiá-los [as práticas políticas] conjuntamente para chegar, por métodos e instituições nascidas do próprio país. [...]. O governo deve nascer do país. O espírito do governo deve ser o do país. [...]. O governo não é mais que o equilíbrio dos elementos naturais do país. É por isso que o livro importado foi vencido, na América, pelo homem natural. Os homens naturais venceram os letrados artificiais. O mestiço autóctone venceu o crioulo exótico.⁶⁹

As assertivas políticas dessa personalidade que, sem deixar de ser um revolucionário democrático, mesclou originalidade, romantismo, idealismo e nacionalismo pautou sempre por descobrir, defender e trilhar o lugar próprio de uma América Latina crioula, confluência solidária de todas as raças.⁷⁰ A proposição de uma civilização mestiça latino-americana, constituída pela identidade e originalidade do povo nativo emancipado, está proclamada, portanto, no dizer de Delgado González, nas teses martinianas presentes em seu conhecido ensaio “Nossa América”:

- a) “As velhas leis européias não têm validez para os novos povos de América”.
- b) “O novo homem americano amarrado a suas raízes naturais não rechaça a autêntica civilização, sempre que esta seja respeitosa”⁷¹ com a cultura autóctone periférica.
- c) Assim, brota uma nova cultura no interior da alma do próprio povo latino-americano e no orgulho de integrar “nossas repúblicas dolorosas da América, levantadas entre as massas mudas de índios [...] e os braços ensangüentados de uma centena de apóstolos”.⁷² Trata-se de uma das mais fortes contribuições do ideário martiniano, o reconhecimento e a confiança da originalidade das terras de “nossa América”, dessas nações que, distintamente da contraposição de Domingos Sarmiento,

[...] não há batalha entre a civilização e a barbárie, mas sim entre a falsa erudição e a natureza. [...]conhecer o país, e governá-lo conforme o conhecimento, é o único modo de livrá-lo de tiranias. A universidade européia deve dar lugar à universidade americana. A história da América, dos incas para cá, deve ser ensinada minuciosamente, mesmo que não se ensine a dos arcontes da Grécia. A nossa Grécia é preferível à Grécia que não é nossa.⁷³

Em suma, essa nova América de José Martí afirma-se na unidade, na independência e na autonomia cultural, marcada profundamente por um pensamento particular e autêntico, resultante da síntese do primitivo e das civilizações purificadas.

Além de José Martí, outro vulto de destaque no âmbito das idéias políticas e, possivelmente, um dos maiores intelectuais latino-americanos do século XX, o peruano José Carlos Mariátegui (1895-1930) foi, também, o primeiro e o mais importante pensador marxista produzido na América Latina. Em seus diversos escritos filosóficos e sociopolíticos, dentre os quais seus “Sete ensaios de interpretação da realidade peruana”, Mariátegui desenvolveu um modelo de pensamento latino-americano original, fundado em parâmetros delineados pelo socialismo e com suas raízes nas antigas civilizações pré-colombianas.⁷⁴ Sua crítica

elucidativa à realidade sociopolítica da América Latina e os problemas da estrutura agrária do Peru levaram-no a trabalhar num projeto de transformação radical da sociedade de sua época, viabilizando, como alternativa histórica, um socialismo indo-americano atinente às relações de produção nacionais e à recuperação da tradição de cooperação e solidariedade das comunidades incaicas.⁷⁵

O problema e a defesa indígenas constituíram uma das preocupações políticas centrais de Mariátegui. Nesse contexto, sua admiração pelo passado andino fica clara quando reconhece que:

[...] não é a civilização, não é o alfabeto do branco, o que enobrece a alma do índio. É o mito, é a idéia da revolução socialista. A esperança indígena é totalmente revolucionária. O mito, a idéia em si mesma, são agentes decisivos do despertar de outros velhos povos, [...], há de ser o povo incaico, que construiu o mais desenvolvido e harmônico sistema comunista, [...]. O socialismo ensinou-os a colocar o problema indígena em novos termos. Deixamos de considerá-lo abstratamente como problema social, econômico e político”.⁷⁶

Certamente, Mariátegui retoma o “comunismo agrário” incaico para compor um programa de desenvolvimento socialista em que o “índio se pode expressar e realizar como índio”.⁷⁷ Trata-se da especificidade de um socialismo capaz de tornar-se símbolo da autonomia indígena. É a passagem histórica da Indo-América para um modelo político como exigência de autonomia própria e concreta. Isso explica a idéia-mestra de Mariátegui: “A solução do problema do índio tem de ser uma solução social. Os índios é que devem realizá-la”.⁷⁸

Além de integrar o indigenismo no socialismo, Mariátegui proclama, na implementação da revolução socialista, a solução concreta da questão nacional, pois a constituição da nação latino-americana passa pela libertação social e econômica.⁷⁹ Assim, a natureza desse socialismo, construído a partir do coletivismo autóctone, é expressa de maneira incisiva por Mariátegui:

[...] o pensamento revolucionário, e mesmo o reformista, não pode mais ser liberal, mas socialista. O socialismo não apareceu por acaso, imitação ou moda em nossa história, como imaginavam alguns espíritos superficiais, mas como uma fatalidade histórica. [...] não é possível ser realmente nacionalista e revolucionário sem ser socialista.⁸⁰

Em outra passagem, na comemoração ao aniversário da **Revista Cultural Amauta**, a qual dirigiu e utilizou como instrumento de sua ação política, Mariátegui renova seu ideário ao proclamar que “o socialismo não é, certamente, uma doutrina indo-americana. Mas nenhuma doutrina, nenhum sistema

contemporâneo o é nem o pode ser. O socialismo, ainda que tenha nascido na Europa, como o capitalismo, não é, tampouco, específico nem particularmente europeu. É um movimento mundial, do qual não se subtrai nenhum dos países que se movem dentro da órbita da civilização ocidental. [...]. O socialismo está na tradição americana. A mais avançada organização comunista, primitiva, que registra a história, é a incaica. Não queremos, certamente, que o socialismo seja na América decalque e cópia. Deve ser criação heróica. Temos que dar vida, com nossa própria realidade, em nossa própria linguagem, ao socialismo indo-americano”.⁸¹

Por derradeiro, cabe observar que esses dois grandes gigantes políticos da América Latina, José Martí e José Carlos Mariátegui, ainda que, vivendo em momentos distintos, mas ligados pelo ano de 1895 (morte de Martí e nascimento de Mariátegui), influenciaram as gerações posteriores em prol da luta por uma sociedade latino-americana mais autêntica, justa e independente. Tanto Martí como Mariátegui opuseram-se à política excludente do elitismo local, à histórica espoliação colonialista (Europa e E.U.A.) e às diversas práticas tradicionais de dependência cultural. Ambos foram intelectuais revolucionários e militantes que souberam responder aos “imperativos de autenticidade e de compromisso radical”⁸² com a causa das necessidades históricas de libertação dos povos latino-americanos.

4 UM PENSAMENTO CRÍTICO A PARTIR DA LIBERTAÇÃO LATINO-AMERICANA

Uma vez delineado a natureza e os múltiplos subsídios teóricos de modelos de libertação, avança-se para discutir as possibilidades de um pensamento crítico, capaz de expressar e sustentar a prática política e jurídica na perspectiva da América Latina.

Antes de mais nada, explicitam-se as noções do que seja “crítica” e do que seja “pensamento latino-americano”, suas especificidades, aproximações e interações.

Inicialmente, faz-se necessário assinalar os diversos sentidos despreendidos da “crítica”, formulação que não deixa de ser ambígua e abrangente, pois representa inúmeros significados, sendo interpretada e utilizada de formas diversas no espaço e no tempo. Outrossim, a “crítica” emerge como elaboração instrumental dinâmica que transpõe os limites naturais das teorias tradicionais, não se atendo apenas a descrever o que está estabelecido ou a contemplar, eqüidistantemente, os fenômenos sociais e reais.⁸³ Reconhece-se, ainda, que a “crítica” pode revelar

[...] aquele conhecimento que não é dogmático, nem permanente, *mas* que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento

sem práxis, o conhecimento 'crítico' seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria 'crítica' pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano.⁸⁴

Como processo histórico identificado ao utópico, ao radical e ao desmitificador, a 'crítica' assume a "função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas".⁸⁵ Uma posição 'crítica' há que ser vista, portanto, não só como uma avaliação crítica "de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção a uma nova existência [...]"⁸⁶

Tendo em vista a crítica como instrumental de ruptura e de libertação, a questão que se coloca a seguir é como viabilizá-la na inserção de um pensamento marcado pela identidade latino-americana. Ainda que engendrado historicamente por descontinuidades e fluxos deterministas alienígenas, pode-se acreditar na existência de um pensamento latino-americano. Certamente, como assinala Gabriel L. Santiago, "tomar como ponto de partida a necessidade de um pensamento próprio" latino-americano,

[...] é afirmar uma ideologia regionalista que se constrói sobre uma visão particular, necessidade primária para tornar-se universalista. É a dependência latino-americana que impede que esse pensamento não consiga libertar-se de seus dois aspectos marcantes: sua subserviência em relação aos grandes centros mundiais ou sua oposição militante ao que se produz lá fora, na ilusão de construir por oposição algo de originalidade.⁸⁷

Na verdade, o pensamento latino-americano contido, explícita ou implicitamente, na produção cultural de seus autores reforça a premissa do que o importante "[...] não é tentar afirmar tal pensamento como verdade ou como aquele mais adequado à região, mas ao contrário [...]",⁸⁸ é aquela manifestação apta a instrumentalizar a força de sua crítica no sentido de contribuir na desconstrução das velhas práticas de saber e de poder dominantes.

Com efeito, a edificação de um pensamento crítico latino-americano não implica a total negação ou a ruptura radical com outras formas de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade européia, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção. Trata-se de ir efetivando, como diz Salazar Bondy, uma prática cultural crítica em que a realidade histórica irá se fazendo, é o trabalho de recriação na direção emergente para o novo projeto de emancipação, sintoma genuíno e autêntico de um pensamento crítico orientado politicamente para a desalienação e para a libertação.⁸⁹

Como já se alertou em outro momento,⁹⁰ uma teoria ou pensamento de perspectiva crítica opera na busca de libertar o homem de sua condição de

alie-nado, de sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado. A ‘crítica’ como saber e prática da libertação tem que demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos históricos, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas, das dissimulações opressoras e das falácias ilusórias do mundo objetivo/real. O pensamento crítico tem a função de provocar a autoconsciência dos sujei-tos sociais oprimidos que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes dos grupos privilegiados e das formas institucionalizadas de poder (local ou global). Nesse sentido, a ‘crítica’ como dimensão epistemológica e ideológica tem um papel pedagógico altamente positivo na medida em que se torna instrumental operante adequado ao esclarecimento, resistência e emancipação, indo ao encontro dos anseios, interesses e necessidades de todos aqueles que sofrem qualquer forma de discriminação, exploração e exclusão.

De igual modo, para se constituir a cultura ético-filosófica da alteridade, através de certas categorias emergentes (totalidade, exterioridade, autonomia, emancipação, solidariedade e justiça),⁹¹ um pensamento crítico na perspectiva latino-americana, seja como forma de destruição da dominação, seja como instrumento pedagógico da libertação, envolve duas condições essenciais:

- a) inspira-se na “práxis concreta” e na situação histórica das estruturas socioeconômicas da América Latina, até secularmente espoliadas, dependentes, marginalizadas e colonizadas;
- b) as categorias teóricas e os processos de conhecimento são encontrados nas próprias culturas teológica, filosófica e sociopolítica latino-americana.⁹² Nesse aspecto, cabe apreender os substratos fomentadores de um pensamento periférico autóctone de vanguarda, advindos tanto da **Teologia** (Gustavo Gutierrez, Hugo Assmann, Clodovis e Leonardo Boff) e da **Filosofia** (Enrique D. Dussel, Augusto Salazar Bondy, Leopoldo Zea, Alejandro Serrano Cadeira, Raul Fonet-Betancourt) quanto da **Economia** (Rui Marini, Theotônio dos Santos, Celso Furtado, Franz J. Hinkelammert), da **Geografia** (Milton Santos), da **Pedagogia** (Paulo Freire), da **Sociologia** (Fals Borda), da **Antropologia** (Darcy Ribeiro), da **Política** (Jose Martí, José Carlos Mariátegui) e do **Direito** (Jesus A. de la Torre Rangel, David Sanchez Rubio).

5 PARA UMA FILOSOFIA CRÍTICA DA POLÍTICA E DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA

Tendo esboçado a natureza, os intentos e as condições determinantes de um pensamento crítico na perspectiva latino-americana, há que examinar, por último, de que forma essa formulação poderá sustentar uma nova cultura na política e no direito.

Tendo-se em conta os conceitos de “crítica”, como expressão do conhecimento radical desmistificador, e “libertação”, como transposição do instituído opressor e como afirmação da exterioridade autêntica do outro, passa-se, agora, à clara conexão com o que seja política e direito como instrumentais de saber epistemológico e prática operacional. De concreto, o ‘critério’ fundante de toda e qualquer filosofia crítica da política e do direito será expressar a defesa dos princípios básicos da vida humana digna, e da liberdade e da justiça.⁹³ Certamente, o saber crítico da libertação não deverá ser mais apenas uma “teoria da liberdade” como discurso de denúncia da opressão e da dependência, mas deverá contribuir para desenvolver mecanismos concretos de atuação e operacionalizar práticas efetivas de transformação das estruturas vigentes.

É nessa perspectiva que uma filosofia política crítica, tendo em vista a libertação, assume a responsabilidade por instrumentalizar a razão de ser e a justificativa de se lutar contra o que Enrique Dussel designa de “a não-verdade, a não-validez (deslegitimação), a não-eficácia da decisão, norma, lei, ação, instituição ou ordem política vigente e injusta desde a perspectiva específica da vítima”.⁹⁴ Assim, a política crítica revela-se um diagnóstico científico e uma práxis transformadora das patologias do instituído e das diversas formas da “negatividade material” (miséria, marginalização, exclusão, negação da cidadania). O ponto de partida da política crítica é a “negatividade material”, fator determinante para que a ordem política vigente inviabilize a “reprodução da vida” e a “participação” legítima e democrática dos “oprimidos do processo de globalização, das classes exploradas, das populações autóctones excluídas, dos marginalizados, dos imigrantes pobres e tantos outros grupos sociais vitimados [...]”.⁹⁵ A política crítica deve, além de comprometer-se com os “atores sociais diferenciados e excluídos”, buscar “organizar os movimentos sociais necessários” e contribuir para edificar “positivamente alternativas aos sistemas político, jurídico, econômico, eco-lógico e educativo vigentes [...]”.⁹⁶ A verdadeira filosofia política crítica, que ultrapassa o particularismo crítico pós-modernista, pauta no dizer de Dussel, por estratégias crítico-emancipadoras, desencadeando lutas em diferentes

[...] ‘frentes de libertação’ (dos excluídos, pobres, raças discriminadas, sexos oprimidos, velhos descartados, crianças exploradas, povos ignorados, culturas aniquiladas, etnias depreciadas)” e afirmando o desenvolvimento da vida e da liberdade humanas em sua dimensão universal. Em suma, filosofia crítica da política deve atuar assumindo a responsabilidade pelo outro e contribuindo para implementar estruturas políticas justas e legítimas, mediante “novas normas, leis, ações, instituições [...]” políticas.⁹⁷

De igual modo, ao se discutir e ao se projetar uma nova filosofia política, não menos relevante é estender a problematização à questão de uma juridicidade crítica, sob o viés latino-americano.

É, também, imprescindível ter como ponto de partida para qualquer reflexão sobre direito e justiça a inclusão do paradigma da “vida humana”. Na óptica das premissas norteadoras da ética da libertação, Enrique Dussel adverte a imperatividade da vida humana para o desenvolvimento e a instauração de uma realidade social, justa, que venha a restaurar “[...] a dignidade negada da vida da vítima, do oprimido ou excluído”.⁹⁸ Esta perspectiva da alteridade que prioriza o ser humano concreto, manifesta-se na fundamentação crítica de uma outra juridicidade e na condição real de emergência de novos direitos essenciais. Desse modo, diante dos grandes paradigmas da tradição ocidental (ser, conhecer e comunicação)⁹⁹ Dussel apresenta, na transposição da totalidade excludente e na dimensão, agora, da exterioridade libertadora, elementos críticos de uma ética centrada no ‘Outro’, base para repensar a questão da justiça e dos direitos humanos.

Assim, o conceito de libertação, extraído da ética da alteridade de Dussel, tem favorecido o surgimento de uma análise crítica da juridicidade formalista e opressora por parte de jusfilósofos como Jesus Antonio de la Torre Rangel (México), David Sanchez Rubio (Espanha) e Celso Ludwig (Brasil).

Há que se considerar, como assevera Jesus A. de la Torre Rangel que o direito tem sua raiz no ser humano. Sem dúvida, “é o Outro, desde a exterioridade, o que dará sempre a pauta de uma busca histórica da vigência real dos direitos humanos, da Justiça e do bem-comum”.¹⁰⁰ Mais particularmente, no dizer de Torre Rangel, a juridicidade moderna, por ser alienante, será transposta por um pensamento crítico-filosófico que leve em conta a

[...] luta do povo por justiça, quando o outro seja reconhecido como outro. O primeiro momento será reconhecer a desigualdade dos desiguais, e a partir daí virá o reconhecimento pleno não já do desigual, mas do distinto portador da justiça enquanto outro. O Direito perderá sua generalidade, sua abstração e sua impersonalidade. É o rastro do outro como classe alienada que provoca a Justiça [...]. Por essa razão, [...] a busca da Justiça concreta rompe com todo um aparato jurídico que só existe para manter o lucro e o poder.¹⁰¹

Em outra juridicidade crítica que parte dos aportes de Dussel e Hinkelammert mostra igualmente Sanchez Rubio que a libertação legitima-se como expressão da luta dos excluídos por seus direitos. De fato, ao relacionar libertação com justiça e direitos humanos, o professor da Universidade de Sevilha, deixa claro que, “[...] falar de libertação é apostar por uma determinada concepção de Justiça cuja opção são os pobres e que, no contexto atual, se manifesta [...] com as vítimas do sistema social capitalista”.¹⁰² Isso explica a razão de o conceito de Justiça tornar-se tão importante na América Latina. Precisando ainda mais, pontualiza Sanchez Rubio que a Justiça reclamada pelos coletivos marginalizados e pelos pobres excluídos de seus direitos revela-se a fonte mais autêntica

[...] de toda luta contra situações de exploração. O Direito à vida e o Direito à liberdade entendida em um sentido tanto individual como coletivo, moldam o espaço mínimo a partir do qual a dignidade humana é desenvolvida nos contextos de adversidade, miséria e dominação.¹⁰³

Por sua vez, o jusfilósofo de Curitiba, Celso L. Ludwig, agregando-se à reflexão sobre uma juridicidade crítica como filosofia jurídica da alteridade, corrobora na proposição dusseliana de que é a partir do conceito epistemológico de exterioridade

[...] que se pode romper o sentido do justo na totalidade. A Justiça, portanto, não é um ato de concessão dentro da totalidade, mas uma exigência que parte da exterioridade e que deverá ser avaliada, buscada e construída com base na realidade histórica concreta, protagonizada pelo pobre/oprimido. Assim, a exterioridade é fonte axiológica de exigência de Justiça.¹⁰⁴

Com efeito, o pensamento crítico, forjado na denúncia e na luta dos próprios oprimidos contra as falsas legitimidades e as falácias opressoras do formalismo legalista da modernidade, serve de substrato para uma autêntica e genuína filosofia jurídica da alteridade. Reconhece Dean F. B. de Almeida que, ao contribuir para superar o formalismo juspositivista, a proposta da alteridade jurídica latino-americana “[...] representa uma nova postura prático-reflexiva [...] rompendo com a hegemonia do pilar regulação e com o mito da modernidade norte-americana”.¹⁰⁵

Em suma, nessas condições norteadas por uma filosofia jurídica crítico-libertária, as práticas de juridicidade evadem-se do individualismo sistêmico de dominação para transformarem-se em instrumento democrático-pedagógico de mudança social. Essa filosofia jurídica da alteridade, incorporando as necessidades fundamentais (liberdade, justiça, vida digna e direitos humanos) dos novos sujeitos, possibilita a verdadeira descoberta do Outro, um direito que revela acima de tudo a dignidade do Outro, que o respeita e o protege. O direito voltado para a libertação deixa de legitimar e assegurar o interesse dos setores sociais dominantes “[...] para transformar-se no instrumento vivo de humanização da sociedade latino-americana [...]”.¹⁰⁶

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As proposições aqui apresentadas ressaltaram a necessidade de se buscarem e reconhecerem as fontes de um pensamento gestado a partir da própria realidade histórico-social latino-americana e que, tomando em conta os princípios da “vida humana” negada, da “crítica” e da “libertação”, seja capaz de

motivar a reinvenção da teoria e da prática, no âmbito da política e do direito. Constatou-se que, de um lado, a filosofia política deve contribuir na produção de um conhecimento que sirva a uma práxis transformadora das patologias do instituído e das diversas formas de “negatividade material” e, de outro, que a juridicidade, marcada pela alteridade deve comprometer-se com a superação do velho formalismo juspositivista, e engendrar uma legalidade libertadora como legitimação da exterioridade do Outro, expressão mais autêntica da vida humana justa e emancipadora.

Trata-se, portanto, do esforço de libertação e humanização na redefinição de um novo homem e de um novo quadro societário para a América Latina. Nesse intento de forjar-se uma dimensão nova e universal da vida humana com dignidade é que se justifica a construção teórica de um genuíno pensamento fundado em raízes autóctones, pois, como lembra Alejandro Serrano Caldeira,¹⁰⁷ as possibilidades e o significado do pensar latino-americano não só têm em vista a “reabsorção crítica do pensamento ocidental” como, sobretudo, ao representar a práxis das sociedades emergentes, explicita conceitos e categorias de um pensamento novo e libertador com identidade própria.

7 REFERÊNCIAS

- ALBA, Rosa Salette. O pensamento de Milton Santos: o filósofo da geografia. In: *Revista Grifos*. Chapecó: Argos, 2001.
- ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *América Latina: filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba: Mineo, 2002.
- AMES, José Luiz. *Liberdade e libertação na ética de Dussel*. Campo Grande: CEFIL, 1992.
- AZEVEDO, Mônica Lonise de. Direito humanos e filosofia da libertação. *Revista Argumenta*. Jacarezinho: Fundinopi, 2001.
- BELLOTTO, Manoel L.; CORRÊA, Anna Maria M. (Orgs.). *José Carlos Mariátegui: política*. São Paulo: Ática, 1982.
- BOFF, Leonardo; BOFF, Clodovis. *Da libertação*. O sentido teológico das libertações sócio-históricas. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1982.
- _____. REGIDOR, José Ramos; BOFF, Clodovis (Orgs.). *A teologia da libertação: balanço e perspectivas*. São Paulo: Ática, 1996.
- BORDIN, Luigi. *O marxismo e a teologia da libertação*. Rio de Janeiro: Dois Pontos, 1987.
- CARDOSO, Fernando; FALETTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

CERUTTI GULDBERG, Horacio. *Filosofía de la liberación latinoamericana*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

CESAR, Constança Marcondes. Filosofia na América Latina: polêmicas. In: *Reflexão*. PUCAMP, n. 30, set./dez. 1984.

COLOMBO, Olírio Plínio. Notas introdutórias à teologia da libertação. In: *Libertação/liberación*. Porto Alegre: CEFLA, 1989.

DANKE, Ilda Righi. *O processo de conhecimento na pedagogia da libertação*. As idéias de Freire, Fiori e Dussel. Petrópolis: Vozes, s/d.

DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, s/d.

_____. Desafios atuais da filosofia da libertação. In: ZIMMERMANN, Roque. *América Latina o não-ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)*. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. Cultura latinoamericana y filosofía de la liberación. *Reflexão*. Campinas: PUCCAMP, n. 30, set./dez. 1984.

_____. *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

FALS BORDA, Orlando. *El problema de como investigar la realidad para transformarla por la praxis*. 7. ed. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1989.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Problemas atuais da filosofia na hispano-américa*. São Leopoldo: Unisinos, 1993.

_____. *Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da Ibero-América*. São Leopoldo: Unisinos, 1994.

_____. *O marxismo na América Latina*. São Leopoldo: Unisinos, 1995.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

_____. *Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. 3 ed. São Paulo: Moraes, 1980.

_____. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GADOTTI, Moacir. *Pensamento pedagógico brasileiro*. São Paulo: Ática, 1987.

GIRARDI, Giulio. *Os excluídos construirão a nova história?* São Paulo: Ática, 1996.

GOIZUETA, Roberto S. *Metodologia para refletir a partir do povo*. São Paulo: Paulinas, 1993.

- GONZÁLEZ, Ignacio Delgado. La realidad americana en el pensamiento de José Martí: nuestra américa. In: SORIANO, Antonio Heredia (Coord.). *Mundo hispánico*: Nuevo mundo. Visión Filosófica. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, s/d.
- GUADARRAMA, Pablo. (Org.). La filosofía Latinoamericana de la liberación. In: *La filosofía en América Latina*. Bogotá: Editorial El Buho, 1993.
- GUTIERREZ, Gustavo. *Teologia da libertação*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- _____. _____. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- _____. *A força histórica dos pobres*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.
- JAGUARIBE, Hélio et al. *A dependência político-econômica da América Latina*. São Paulo: Loyola, 1976.
- LÖWY, Michael. *O marxismo na América Latina*. Uma antologia de 1909 aos dias atuais. São Paulo: Perseu Abramo, 1999.
- LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma Leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. (Dissertação de Mestrado - UFPR, 1993).
- MALDONADO-DENIS, Manuel. Martí y Fanon. In: ZEA, Leopoldo (Comp.). *Fuentes de la cultura latinoamericana*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, v. 1, 1993.
- MANCINI, Euclides A. Desafios que a filosofia da libertação enfrenta. In: *Cadernos da FAFIMC*. Viamão: FAFIMC, n. 15, 1996.
- _____. Uma introdução conceitual às filosofias de libertação. In: *Revista Libertação/Liberación*. Curitiba: IFiL, n. 1, 2000.
- MAREQUE, Enrique. Lineas fundamentales del pensamiento de Rodolfo Kusch (1922-1979). In: SCANNONE, Juan Carlos (Ed.). *Sabidura popular, símbolo y filosofía*. Buenos Aires: Editorial Guadalupe, s/d.
- MARIÁTEGUI, Jose Carlos. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.
- MARINI, Rui Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Vozes/Clacso, 2000.
- OLIVEIRA, Odete Matia de et al. Paradigma da dependência. In: *Paradigmas das relações internacionais*. Ijuí: UNIJUÍ, 2000.
- PELUSO, Luis A. *O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papirus, 1984.
- QUESADA, Francisco Miró. La filosofía de la americano: treinta años después. In: ZEA, Leopoldo (Comp.). *Fuentes de la cultura latino americana*. México: Fondo de Cultura Económica, v. III, 1993.

RAMOS, Guerreiro. *Introdução crítica e sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Andes, 1957.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *El derecho que nace del pueblo*. Águascalientes: CIRA, 1986.

_____. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. Mexico: Porrúa/UAA, 2001.

RETAMAR, Roberto Fernández. "Introdução a José Martí". In: MARTÍ, José. *Nossa América*. Antologia. São Paulo: Hucitec/Associação Cultural José Martí, 1983.

RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros: 1. Teoria do Brasil*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1981.

_____. *América Latina: a pátria grande*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ROBERT MORAES, A. C. In: VIVAR FLORES, Alberto. *Antropologia da libertação latino-americana*. São Paulo: Paulinas, 1991.

SALAZAR BONDY, Augusto. *Existe una filosofía de nuestra América?* 8. ed. Mexico: Siglo Veintiuno, 1982.

SÁNCHEZ RÚBIO, David. Reflexiones sobre la filosofía latinoamericana y el concepto liberación. In: THEOTONIO, Vicente; PIETRO, Fernando (Dir.). *Neo-liberalismo, libertad y liberación*. Córdoba: ETEA, 1998.

SÁNCHEZ RÚBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.

SANTIAGO, Gabriel Lomba. *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*. Campinas: Alínea, 1998.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 1987.

SANTOS, Milton. O retorno do território. In: SANTOS, M.; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.). *Território, globalização e fragmentação*. São Paulo: Hucitec, 1994.

_____. *Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SANTOS, Theotônio dos. *A teoria da dependência*. Balanço e perspectivas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

SCHUTTE, Ofelia. Orígenes y tendencias de la filosofía de la liberación en el pensamiento Latino-americano. *Prometeo*. Fac. de Fil. y Letras de la Univ. de Guadalajara/CCYDEL, n. 8, Enero/abril 1987.

SERRANO CALDEIRA, Alejandro. *Filosofia e crise*. Pela filosofia latino-americana. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 92-93.

SILVA FILHO, Jose Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba: Juruá, 1998.

SOTELO, Ignácio. *Sociologia da América Latina*. Rio de Janeiro: Pallas, 1975.

STEIN, Suzana Albornoz. *Por uma educação libertadora*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1977.

TORRES, Camilo. *Cristianismo e revolução*. São Paulo: Global, 1981.

VIVAR FLORES, Alberto. *Antropologia da libertação latino-americana*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991

WEFFORT, Francisco C. In: FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1966.

WOLKMER, Antonio Carlos. *O terceiro mundo e a nova ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

_____. Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. ITE/Faculdade de Direito de Baurú-SP, n. 25, abr./jul. 1999.

_____. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. *Conocimiento y poder popular*. Lecciones con campesinos de Nicaragua, Mexico e Colombia. Mexico: Siglo Veintiuno, s/d.

ZEA, Leopoldo. *La filosofía americana como filosofía sin más*. México: Siglo Veintiuno, 1975.

¹ Cf. GUTIERREZ, Gustavo. *A força histórica dos pobres*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 270; GIRARDI, Giulio. *Os excluídos construirão a nova história?* São Paulo: Ática, 1996, p. 28 e ss.

² WOLKMER, Antonio Carlos. *O terceiro mundo e a nova ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 25.

³ Sobre uma cultura latino-americana como “cultura popular revolucionária” observar: DUSSEL, Enrique. *Cultura latinoamericana y filosofía de la liberación*. *Reflexão*. Campinas, PUCCAMP, n. 30, set./dez. 1984, p. 05-50.

⁴ GOIZUETA, Roberto S. *Metodologia para refletir a partir do povo*. São Paulo: Paulinas, 1993, p. 51-52.

⁵ SANTIAGO, Gabriel Lomba. *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*. Campinas: Alínea, 1998, p. 28.

⁶ GUTIÉRREZ, Gustavo, op. cit., p. 281-282.

⁷ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 187 e ss.

⁸ Consultar: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

⁹ SÁNCHEZ RÚBIO, David. Reflexiones sobre la filosofía latinoamericana y el concepto liberación. In: THEOTONIO, Vicente; PIETRO, Fernando (Dir.). *Neo-liberalismo, libertad y liberación*. Córdoba: ETEA, 1998, p. 98.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ MANCE, Euclides André. Uma introdução conceitual às filosofias da libertação. In: *Revista Libertação/Liberación*. Curitiba: IFIL, n. 1, 2000, p. 26.

¹² Cf. MANCE, Euclides A., *op. cit.*, p. 27.

¹³ Idem, *ibidem*.

¹⁴ MANCE, Euclides A. Desafios que a filosofia da libertação enfrenta. In: *Cadernos da FAFIMC*. Viamão: FAFIMC, n. 15, 1996, p. 98-99.

¹⁵ GUTIERREZ, Gustavo. *Teologia da libertação*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 34.

¹⁶ Cf. AMES, José Luiz. *Liberdade e libertação na ética de Dussel*. Campo Grande: CEFIL, 1992, p. 64 e 79.

¹⁷ DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, s/d. p. 64.

¹⁸ SÁNCHEZ RÚBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999, p. 165.

¹⁹ MANCE, Euclides A. Desafios que a filosofia da libertação enfrenta. In: *Cadernos da FAFIMC*. Viamão: FAFIMC, n. 15, 1996, p. 165.

²⁰ Cf. OLIVEIRA, Odete Matia de *et al.* Paradigma da dependência. In: *Paradigmas das relações internacionais*. Ijuí: UNIJUÍ, 2000, p. 164. Consultar também: SANTOS, Theotônio dos. *A teoria da dependência*. Balanço e perspectivas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 25 e ss.; MARINI, Rui Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Vozes/Claeso, 2000.

²¹ Cf. OLIVEIRA, Odete M. de *et al.*, *op. cit.*, p. 223.

²² Cf. SANTIAGO, Gabriel Lombra, *op. cit.*, p. 86. Para o confronto observar: CARDOSO, Fernando; FALETTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1993; JAGUARIBE, Hélio *et al.* *A dependência político-econômica da América Latina*. São Paulo: Loyola, 1976.

²³ Cf. GOIZUELA, Roberto S., *op. cit.*, p. 34-36.

²⁴ SANTOS, Theotônio dos, *op. cit.*, p. 26.

²⁵ Idem, *ibidem*, p. 27.

²⁶ OLIVEIRA, Odete M. de *et al.*, *op. cit.*, p. 224-225.

²⁷ Vide: TORRES, Camilo. *Cristianismo e revolução*. São Paulo: Global, 1981. Constatar igualmente: BOFF, Leonardo; REGIDOR, José Ramos; BOFF, Clodovis (Orgs.). *A teologia da libertação: balanço e perspectivas*. São Paulo: Ática, 1996, p. 17-22 e 37-40; BOFF, Leonardo; BOFF, Clodovis. *Da libertação*. O sentido teológico das libertações sócio-históricas. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 22-49.

²⁸ COLOMBO, Olírio Plínio. Notas introdutórias à teologia da libertação. In: *Libertação/liberación*. Porto Alegre: CEFLA, 1989, p. 98.

²⁹ Cf. BORDIN, Luigi. *O marxismo e a teologia da libertação*. Rio de Janeiro: Dois Pontos, 1987, p. 65-66.

³⁰ Cf. COLOMBO, Olírio, *op. cit.*, p. 99.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 102.

³² GUTIERREZ, Gustavo. *Teologia da libertação*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 27.

³³ Cf. QUESADA, Francisco Miró. La filosofía de lo americano: treinta años después. In: ZEA, Leopoldo (Comp.). *Fuentes de la cultura latino americana*. México: Fondo de Cultura Económica, v. III, 1993, p. 31-40.

- ³⁴ Cf. CESAR, Constança Marcondes. “Filosofia na América Latina: polêmicas”. *Reflexão*, PUCAMP, n. 30, set./dez. 1984, p. 51.
- ³⁵ MANCE, Euclides A. Uma introdução conceitual às filosofias de libertação. *Revista Libertação/Liberación*, Curitiba, IFIL, n. 1, 2000, p. 34.
- ³⁶ Cf. DUSSEL, Enrique. Desafios atuais da filosofia da libertação. In: ZIMMERMANN, Roque. *América Latina o não-ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 218-220; CERUTTI GULDBERG, Horacio. *Filosofía de la liberación Latinoamericana*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983; GUADARRAMA, Pablo. (Org.). *La filosofía Latinoamericana de la liberación*. In: *La filosofía en América Latina*. Bogotá: Editorial El Buho, 1993, p. 314-315; MANCE, Euclides. Uma introdução conceitual às filosofias de libertação. *Revista Libertação/Liberación*, Curitiba, IFIL, n. 1, 2000, p. 38-39.
- ³⁷ Dessa polêmica resultaram os trabalhos: SALAZAR BONDY, Augusto. *Existe una filosofía de nuestra América?* 8. ed. Mexico: Siglo Veintiuno, 1982; ZEA, Leopoldo. *La filosofía americana como filosofía sin más*. México: Siglo Veintiuno, 1975.
- ³⁸ SCHUTTE, Ofelia. Orígenes y tendencias de la filosofía de la liberación en el pensamiento Latino-americano. *Prometeo*. Fac. De Fil. Y Letras de la Univ. de Guadalajara/CCYDEL, n. 8, enero/abril 1987, p. 21.
- ³⁹ Ver: FOrNET-BETANCOURT, Raúl. Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da Ibero-América. São Leopoldo: Unisinos, 1994; _____. Problemas atuais da filosofia na Hispano-América. São Leopoldo: Unisinos, 1993.
- ⁴⁰ CESAR, Constança Marcondes. Filosofia na América Latina: polêmicas. *Reflexão*, PUCAMP, n. 30, set./dez. 1984, p. 57-58.
- ⁴¹ SALAZAR BONDY, Augusto. *Existe una filosofía de nuestra América?* 8. ed. Mexico: Siglo Veintiuno, 1982, p. 121. Observar, também: WOLKMER, Antonio C. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 197.
- ⁴² Cf. STEIN, Suzana Albornoz. Por uma educação libertadora. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 25-33.
- ⁴³ SANTIAGO, Gabriel L., op. cit., p. 67-75.
- ⁴⁴ Ver: GADOTTI, Moacir. *Pensamento pedagógico brasileiro*. São Paulo: Ática, 1987, p. 26-38.; DANKE, Ilda Righi. *O processo de conhecimento na pedagogia da libertação*. As idéias de Freire, Fiori e Dussel. Petrópolis: Vozes, s/d.
- ⁴⁵ Parte dessas reflexões sobre Paulo Freire foram extraídas do artigo: WOLKMER, Antonio C. Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, ITE/ Faculdade de Direito de Bauru-SP*, n. 25, abr./jul. 1999, p. 95-104.
- ⁴⁶ *Ibidem*, p. 97. Verificar, igualmente: FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 29-30; _____. *Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980, p. 52.
- ⁴⁷ PELUSO, Luis A. *O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papirus, 1984, p. 46-47.
- ⁴⁸ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 35 e 39.
- ⁴⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 46.
- ⁵⁰ PELUSO, Luis A. *O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papirus, 1984, p. 39.
- ⁵¹ Cf. WEFFORT, Francisco C. In: FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1966, p. 14-15.
- ⁵² DANKE, Ilda R., op. cit., p. 14.
- ⁵³ PELUSO, Luis A. *O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papirus, 1984, p. 44.
- ⁵⁴ *Ibidem*, p. 59-60; FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação; uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980, p. 81; _____. *Pedagogia do oprimido*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 211-217.
- ⁵⁵ ROBERT MORAES, A. C. apud VIVAR FLORES, Alberto. *Antropologia da libertação latino americana*. São Paulo: Paulinas, 1991, p. 45.

- ⁵⁶ ALBA, Rosa Salet. O pensamento de Milton Santos: o filósofo da geografia. *Revista Grifos*, Chapecó: Argos, 2001, p. 160.
- ⁵⁷ Idem, *ibidem*.
- ⁵⁸ Sob esse aspecto, consultar: SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 1987, p. 111 e ss; _____. *Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 105-113; _____. O retorno do território. In: SANTOS, M.; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.). *Território, globalização e fragmentação*. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 15-20.
- ⁵⁹ SOTELO, Ignácio. *Sociologia da América Latina*. Rio de Janeiro: Pallas, 1975, p. 16, 19-20.
- ⁶⁰ RAMOS, Guerreiro. *Introdução crítica e sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Andes, 1957, p. 26, 210-211.
- ⁶¹ FALS BORDA, Orlando. *El problema de como investigar la realidad para transformarla por la praxis*. 7. ed. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1989, p. 9, 13, 27, 33 e 87. Consultar também: _____. *Conocimiento y poder popular*. Lecciones con campesinos de Nicaragua, Mexico e Colombia. Mexico: Siglo Veintiuno, s/d.
- ⁶² GUADARRAMA, Pablo. La filosofía latinoamericana de la liberación. *La filosofía en América Latina*, Bogotá: Editorial El Buho, 1993, p. 318-319.
- ⁶³ FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Problemas atuais da filosofia na hispano-américa*. São Leopoldo: Unisinos, 1993, p. 88-89. Observar ainda: MAREQUE, Enrique. Lineas fundamentales del pensamiento de Rodolfo Kusch (1922-1979). In: SCANNONE, Juan Carlos (Ed.). *Sabidura popular, símbolo y filosofía*. Buenos Aires: Editorial Guadalupe, s/d, p. 91-110.
- ⁶⁴ RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros*: 1. Teoria do Brasil. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1981, p. 20-21.
- ⁶⁵ RIBEIRO, Darcy. *América Latina: a pátria grande*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 107 e ss.
- ⁶⁶ VIVAR FLORES, Alberto. *Antropologia da libertação latino-americana*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 7-9 e 146.
- ⁶⁷ Cf. GONZÁLEZ, Ignacio Delgado. La realidad americana en el pensamiento de José Martí: nuestra américa. In: SORIANO, Antonio Heredia (Coord.). *Mundo hispánico*: Nuevo mundo. Visión Filosófica. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, s/d, p. 257-263.
- ⁶⁸ RETAMAR, Roberto Fernández. Introdução a José Martí. In: MARTÍ, José. *Nossa América. Antologia*. São Paulo: Hucitec/Associação Cultural José Martí, 1983, p. 39.
- ⁶⁹ MARTÍ, José. *Nossa América. Antologia*. São Paulo: Hucitec/Associação Cultural José Martí, 1983, p. 195-197.
- ⁷⁰ Ver: MALDONADO-DENIS, Manuel. Martí y Fanon. In: ZEA, Leopoldo (Comp.). *Fuentes de la cultura latinoamericana*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, v. 1, 1993, p. 415-426.
- ⁷¹ GONZÁLEZ, Ignacio Delgado, op. cit., p. 265-267.
- ⁷² MARTÍ, José. *Nostra América. Antologia*, op. cit., p. 195.
- ⁷³ Idem, *ibidem*, p. 197.
- ⁷⁴ Cf. SANTIAGO, Gabriel L., op. cit., p. 118; BELLOTTO, Manoel L.; CORRÊA, Anna Maria M. (Orgs.). *Jose Carlos Mariátegui: política*. São Paulo: Ática, 1982, p. 30-31.
- ⁷⁵ Cf. FORNET-BETANCOURT, Raul. *O marxismo na América Latina*. São Leopoldo: Unisinos, 1995, p. 120-135; MELIS, Antonio. *Mariátegui, primer marxista de América*. In: ZEA, Leopoldo (Comp.), op. cit., v. 3, p. 457-483.
- ⁷⁶ MARIÁTEGUI, Jose Carlos. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. São Paulo: Alfa-Omega, 1975, p. 21-22. Verificar, igualmente, textos escolhidos de Mariátegui em: LÖWY, Michael. *O marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais*. São Paulo: Perseu Abramo, 1999, p. 102-119.
- ⁷⁷ FORNET-BETANCOURT, Raul. *O marxismo na América Latina*. São Leopoldo: Unisinos, 1995, p. 126.
- ⁷⁸ MARIÁTEGUI, Jose Carlos, op. cit., p. 31.
- ⁷⁹ Cf. FORNET-BETANCOURT, Raul, op. cit., 131.

- ⁸⁰ MARIÁTEGUI, José Carlos. Prólogo a tempestade nos Andes. In: LÖWY, Michael, op. cit., p. 106.
- ⁸¹ MARIÁTEGUI, José Carlos. Aniversário e balanço. In: BELLOTTO, Manoel L.; CORRÊA, Anna, op. cit., p. 93.
- ⁸² MALDONADO-DENIS, Manuel, op. cit., p. 425.
- ⁸³ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no Direito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, ITE, n. 25, abr./jul. 1999, p. 102.
- ⁸⁴ FREIRE, Paulo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3-4.
- ⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. In: SANTIAGO, Gabriel L., op. cit., p. 44.
- ⁸⁶ QUINNEY, Richard. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*, op. cit, p. 5.
- ⁸⁷ SANTIAGO, Gabriel L., op. cit., p. 27.
- ⁸⁸ Idem, ibidem.
- ⁸⁹ SALAZAR BONDY, A. In: ZEA, Leopoldo, op. cit., p. 526.
- ⁹⁰ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito, op. cit., p. 102-103. Igualmente constatar: *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, op. cit., p. 9-11.
- ⁹¹ Tais valores emergentes são discutidos na obra: *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 261-273 e 337-344.
- ⁹² Extratos de idéias escolhidos de: *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, ibidem, p. 268-269.
- ⁹³ Cf. SANCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, op. cit., p. 180-183.
- ⁹⁴ DUSSEL, Enrique. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001, p. 54.
- ⁹⁵ Idem, ibidem, p. 58-59.
- ⁹⁶ Idem, ibidem, p. 60.
- ⁹⁷ Idem, ibidem, p. 64.
- ⁹⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 93.
- ⁹⁹ Ver: AZEVEDO, Mônica Lonise de. Direito humanos e filosofia da libertação. *Revista Argumenta*, Jacareizinho, Fundinopi, 2001, p. 184-185.
- ¹⁰⁰ RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. Mexico: Porrúa/UAA, 2001, p. 100.
- ¹⁰¹ RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *El derecho que nace del pueblo*. Aguascalientes: CIRA, 1986, p. 56.
- ¹⁰² SANCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación em América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999, p. 178.
- ¹⁰³ Idem, ibidem, p. 157 e 180.
- ¹⁰⁴ LUDWIG, Celso L. In: SILVA FILHO, Jose Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 242. Sobre as conexões entre a filosofia da libertação de Enrique Dussel e a filosofia jurídica sob o viés crítico, consultar: LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma Leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. (Dissertação de Mestrado - UFPR, 1993).
- ¹⁰⁵ ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *América Latina: filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba: Mimeo, 2002, p. 24.
- ¹⁰⁶ ALMEIDA, Dean Fabio B. de, op. cit., p. 25.
- ¹⁰⁷ SERRANO CALDEIRA, Alejandro. *Filosofia e crise*. Pela filosofia latino-americana. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 92-93.

ELEMENTS FOR SHAPING A CRITICAL JURIDICAL THOUGHT IN LATIN AMERICA

ABSTRACT

The history of Latin American countries reveals that their societies were shaped by a blend of cultural structures, in a process in which values brought by European and North American settlers played a very important role. In this sense, the existence of a genuine Latin American culture may be object of serious doubts. Another common feature found throughout Latin America is a feeling of unfairness, exclusion and exploitation, which generates a perception of internal domination and external submission. On the other hand, Latin American history has also been built by women and men who resisted and who even gave their lives fighting against the ones who tried to seize their wealth, thus helping to strengthen Latin American cultural autonomy. Taking into account all the aforementioned elements, the purpose of this paper is to examine the founding elements of Latin American culture, starting from the historical and social reality of Latin America and taking into consideration the principles of “denied human life”, “criticism” and freedom”, as well as including the need to consider a new philosophy of politics and of Law, built upon the prospect of a juridical order aimed at legitimating alterity and at promoting freedom, justice and the right of living with dignity.

KEYWORDS: Latin American culture. Liberation. Alterity. Politics and Law Philosophy in Latin America.

DES ÉLÉMENTS POUR LA CONSTRUCTION D'UNE PENSÉE JURIDIQUE CRITIQUE EN AMÉRIQUE LATINE

RÉSUMÉ

L'histoire des pays de l'Amérique Latine a en commun un mélange de structures culturelles assimilées par leurs colonisateurs – européens et nord-américains – ce qui nous mène à nous interroger à propos d'une culture authentiquement latino-américaine. Il y a aussi

en commun le sentiment d'injustice, d'exclusion et d'exploration de droits qui caractérisent la domination interne et la soumission extérieure. D'une part, c'est aussi une histoire écrite par des hommes et des femmes qui ont résisté, arrivant même à donner leurs vies au combat des usurpateurs de leurs richesses, ce qui a aidé à fortifier son autonomie culturelle. De cette façon, le but de ce travail est de faire des réflexions à propos des éléments fondateurs de la culture de l'Amérique Latine et à partir de la propre réalité historico-sociale latino-américaine, considérant encore les principes de la "vie humaine" niés, de la "critique" et de la "libération", de penser à une nouvelle Philosophie de la Politique et du Droit construite sur la perspective d'une légalité libératrice comme la légitimation de l'extériorisation d'Autrui, de la Justice et des droits à une vie digne.

MOTS-CLÉS: Culture latino-américaine. Libération. Extériorisation d'Autrui. Philosophie de la Politique et du Droit en Amérique Latine.

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E SUA POSSÍVEL INSTITUCIONALIZAÇÃO NORMATIVA: A LUTA POR TERRAS DO MST NO INTERIOR DO PARANÁ - O CASO DE QUEDAS DO IGUAÇU

*Daniele Comin Martins**

1 Introdução. 2 Os novos movimentos sociais: luta por novos direitos. 3 O processo de criminalização do MST: dados empíricos dos Assentamentos de Quedas do Iguaçu-PR. 4 A institucionalização normativa da criminalização do MST. 5 Conclusão. 6 Referências.

RESUMO

Este trabalho pretende descrever o processo de criminalização do MST, observando este fenômeno na esfera microssocial, através de estudo de caso da Comarca de Quedas do Iguaçu, interior do Paraná, compreendida como aquela que está envolvida imediatamente no conflito de terras que se estabelece com o acampamento dos integrantes do movimento em determinadas propriedades rurais. A hipótese é de que quanto mais próximo do conflito, maior a tendência da esfera de controle social formal punitivo (o Sistema Penal) criminalizar as condutas, face ao seu possível envolvimento com a (negação da) causa. No mapeamento da construção do processo de criminalização percebeu-se a influência que as instâncias de controle social difuso e institucionalizado constroem cotidianamente no meio ambiente comunicativo das relações sociais, gerando uma intensa estigmatização dos sujeitos envolvidos no MST, o que faz desembocar no sistema jurídico como criminalização da conduta participativa do movimento social dos sem-terra. O método adotado foi o indutivo e os procedimentos forma o bibliográfico e a pesquisa empírica.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, área de concentração: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. Bacharela em Ciências Sociais/UNESP. Professora Efetiva do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE) e da Faculdade Assis Gurgacz. Coordenadora do Centro de Assessoria Jurídica Popular (CAJUP), em Cascavel-PR. Advogada Popular. Contato: grandecao@yahoo.com

PALAVRAS CHAVES: Movimentos sociais. MST. Processo de criminalização. Teorias criminológicas. Teoria sistêmica.

1 INTRODUÇÃO

Os movimentos sociais representam um papel de contestação do poder dominante e de construção social de direitos e, como tal, o MST, principal movimento social do Brasil, é alvejado ininterruptamente pela imprensa escrita e falada de nosso país. Esta repercussão, no entanto, está atrelada ao processo de criminalização de seus integrantes, principalmente de seus dirigentes.

É justamente para mapear este processo de criminalização que este trabalho se propõe à observação deste fenômeno na esfera microsocial, compreendida como aquela que está envolvida imediatamente no conflito de terras. Percebe-se, no entanto, que a criminalização se torna fenômeno de caráter macrosocial pela influência tanto do Sistema Penal quanto da mídia.

Decorrente de toda este mapeamento da construção social da criminalidade de um movimento social, evidenciou-se o papel da comunicação entre os sujeitos para a criação de “verdades” capazes de criar expectativas normativas contrárias ao MST, que podem desembocar no sistema jurídico como criminalização da conduta participativa no movimento social dos sem terra.

2 OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS: LUTA POR NOVOS DIREITOS

O tema “movimentos sociais” na sua especificidade de “novos” tem sido recorrente nos estudos das Ciências Sociais face à sua localização central na expressão das diversas formas atuais do agir comunitário, caracterizando a emergência de novos sujeitos históricos¹ na luta por novos direitos. Estes novos movimentos sociais, iniciados na década de 70/80 no Brasil, a partir da crise estrutural e conjuntural vivida, se caracterizaram por sua busca por melhorias nas condições de vida da população oprimida, colocando-se como personagem nuclear de uma nova ordem democrática e pluralista e fundando um novo modelo político-jurídico que não o oficial. Sua luta se dá por novos direitos, que ora se apresenta como a busca da eficácia dos direitos já alcançados constitucionalmente, embora não detentores de eficácia social, ora como reivindicação de reconhecimento dos direitos não atendidos pelos canais legais que surgem das necessidades da população que os cria e lhes auto-atribui.

Existem várias teorias acerca da natureza desses novos movimentos sociais², sendo possível encontrar em todas um traço comum, que lhes confere a responsabilidade por iniciar uma nova forma organizativa que rompeu com as formas de organização clientelísticas, assistenciais e autoritárias, que estavam presentes nos movimentos sociais tradicionais³ existentes até a década de 60 e

vistos sob os enfoques clássicos de movimentos “classistas”⁴. Somente a partir da década de 70 é detonado um momento de alteração de suas bases, que deixam de ter preocupação exclusivamente econômica e passam a traduzir interesses de mulheres, negros, ecologistas, entre outros, e a questionar o paradigma cultural e político dominante.

Nesse sentido, tanto é possível compreender-se a eclosão destes NMS como expressão da crise societal pela qual o Ocidente passa, em que há a busca da redimensionalização dos sujeitos sociais na luta por espaços de sobrevivência, quanto identificar seu surgimento a partir da crise de racionalidade com concomitante processo de redemocratização, como ocorreu na América Latina.

Por esse motivo, opta-se aqui por um conceito dos NMS que seja condizente com a nossa estrutura social, que demonstre o papel destes agentes coletivos enquanto sujeitos que reivindicam direitos básicos a partir de necessidades elementares que não foram supridas, diferentemente dos países desenvolvidos, em que a identidade destes movimentos encontra-se entre pacifistas, homossexuais, etc. Pode-se dizer, portanto, que os mesmos surgiram como representantes de um novo momento histórico de “revalorização de práticas sociais presentes no cotidiano popular”, desenvolvendo a “autonomia e a independência dos movimentos populares”, e ajudando a construir, “uma imagem na qual estes apareciam como reivindicantes, combativos e sobretudo, capazes de autodeterminação”⁵.

No Brasil, a década de 80 representou uma fase importantíssima na constituição destes movimentos, com o processo de abertura política, a rearticulação partidária e o início de um período de intensa participação política autônoma das classes dominadas. Em princípio, estes movimentos apresentaram-se como detentores de uma simples necessidade de satisfação de interesses imediatos, referentes às condições de vida. Contudo, sua formação autônoma, independente e permanentemente reivindicante demonstrou que, na verdade, emergia no contexto social um novo sujeito coletivo, capaz de construir novas formas de atuação e participação, instituindo um novo paradigma democrático e igualitário.

É neste contexto que o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra) consolidou-se como o NMS de maior importância no Brasil, desde sua fundação, no início dos anos 80, por sua luta contra a miséria e a fome, buscando consolidar o direito à terra garantido constitucionalmente e detonar a necessária Reforma Agrária em nosso país.

A questão agrária já era elemento de conflito no Brasil desde a Lei de Terras de 1840, quando em 1984, “80 representantes de organizações camponesas reunidos num galpão de uma igreja em Cascavel-PR, fundaram um movimento nacional de luta pela terra”⁶: o MST. Desde então, o movimento luta pelo direito à terra, à dignidade humana e à vida, inviabilizados até aqui pelo grande latifúndio e pelas oligarquias agrárias. Essa luta se dá através da busca

da Reforma Agrária, mas envolve muito mais do que a questão econômica da distribuição injusta de terra e de renda. Valores sociais, políticos e jurídicos, a partir do ponto de vista coletivo, vão sendo questionados e redimensionados. Nesse sentido, o MST exerce papel central no âmbito das mudanças sociais no Brasil contemporâneo e, portanto, só pode incomodar aqueles que não são nada favoráveis às transformações necessárias no Brasil por se situarem em lugares sociais privilegiados.

Embora a imagem do MST no Brasil não corresponda ao seu papel de luta por direitos básicos, sua relevância captou olhares do mundo inteiro, havendo recebido prêmios internacionais⁷ por sua atuação e sendo objeto de estudos, relatos e, inclusive, mobilizações internacionais em sua defesa, como a realizada por Noam Chomsky em 2000, em carta ao então presidente FHC⁸.

Aqui, no entanto, não só há desconhecimento da causa que ele representa, como há grande repressão, feita não só por proprietários de terras, mas também pelo próprio governo, em suas instâncias de controle social. Essa repressão vem traduzir-se, na esfera formal institucionalizada do controle social, ou seja, no sistema penal, o que se tornou elemento de debate criminológico contemporâneo: a criminalização dos conflitos sociais através da repressão aos seus representantes, pontual para desvirtuar a compreensão da sociedade brasileira sobre o MST, gerando a despolitização dos conflitos no campo:

É possível identificar a despolitização do conflito agrário, convertendo as ações eminentemente políticas do MST em 'casos de polícia' a serem respondidas com excessiva violência e repressão por parte das agências penais, que acabam atuando fora dos limites da legalidade. (...) Nesse processo de criminalização, duas agências de controle são ressaltadas: o sistema penal, como ença atuante do Estado, e a mídia⁹.

Desse modo, passa-se a analisar o processo de criminalização do movimento e dados do Estado do Paraná, especificamente, da comarca de Quedas do Iguaçu, confrontando-os com algumas teorias criminológicas.

3 O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DO MST: DADOS EMPÍRICOS DOS ASSENTAMENTOS DE QUEDAS DO IGUAÇU-PR

No mapeamento deste processo de criminalização, mister observar os dados levantados pela Comissão Pastoral da Terra (CPT): só no ano 2000, **365 trabalhadores rurais foram para prisões**¹⁰. Já, segundo dados de amplo Relatório sobre os crimes no campo:

Entre 1985 e 2002, **6.330 trabalhadores rurais foram presos em função de suas atividades políticas ligadas à luta pela**

reforma agrária. Em 2001, ocorreram **254 prisões arbitrárias de trabalhadores rurais e, em 2002, 158 camponeses foram presos.**¹¹ (grifos nossos).

Deve-se atentar, ainda, para o fato de que tem havido um avanço no número de conflitos de terra, que saltou de 379, no ano de 1994, para 1335, em 2003. O número de prisões permaneceu inalterado entre 1997 e 2003 (cerca de 380 por ano), com certa acentuação nos anos de 1998 e 1999, respectivamente 449 e 611¹². Mas em 2004, o número de pessoas que lutam pelo direito à terra que foram presas aumentou, chegando a 421, com certo recuo em 2005, que registrou 261 prisões. Em 2006 novamente o número de prisões cresceu exageradamente e segundo o Relatório da Rede Nacional dos Direitos Humanos, em agosto de 2006 elas já totalizavam 749:

Já com relação aos trabalhadores presos, deu-se um salto significativo. De janeiro a agosto de 2006, foram 749 pessoas, 351,20% a mais do que em igual período de 2005, 166 a mais que o total dos anos anteriores. O salto deve-se, sobretudo, pela prisão dos militantes do MLST (Movimento de Libertação dos sem-terra), quando da ocupação do prédio da Câmara dos Deputados¹³

Obviamente que os conflitos de terra ocorrem em todos os Estados brasileiros, mas eles têm se apresentado mais alarmantes no Pará, Paraíba, Pernambuco, São Paulo e Paraná¹⁴. O Estado do Paraná é o que mais realizou prisões ao longo dos últimos anos (de 1997 a 2003), estando à frente de todos os outros nesta estatística, com cerca de 430 presos¹⁵.

Segundo dados colhidos com a advogada do MST na região central do Paraná, Andréia Rochi – única formalmente ligada à defesa dos trabalhadores rurais nessa região desde o ano 2000 – somente nos últimos quatro anos, houve “35 prisões”, sendo que “a sua grande maioria são arbitrárias (pelo menos 25 prisões), inclusive em inquéritos em que não houveram(sic!) denúncias”. A advogada aduziu que há “três mandados de prisão que não foram cumpridos e revogados por decisão do STJ e 6 mandados de prisões que encontram-se(sic!) em aborto, de pessoas que estão sendo acusadas apenas por serem consideradas lideranças do movimento”¹⁶. Segundo ela, ainda, existem oito processos penais em andamento sobre casos ligados ao MST, na cidade de Quedas do Iguaçu.

Percebe-se com estes dados que em apenas uma cidade, com cerca de 27 mil habitantes, que tem dois assentamentos (Ireno Alves, com 1500 famílias e Rio Perdido, com 58 famílias) e mais quatro acampamentos, dois deles em processo de desapropriação avançados, os integrantes do MST são alvo permanente do controle social que busca criminalizar sua luta pela terra e, portanto, trazendo opacidade ao caráter político-social do movimento.

É recorrente a existência de prisões, ainda que ilegais, e de processos contra os trabalhadores envolvidos com a causa da terra. Há cerca de 30 pessoas, só no “Acampamento 10 de Maio”, envolvidas nestas prisões e processos penais. Na grande maioria das vezes o inquérito policial e os processos ocorrem contra as lideranças do movimento, sempre contra homens, mesmo quando não se consegue identificar a autoria de certos crimes, como em casos de crimes de furto (art. 155, CP). A *notitia criminis* é sempre oriunda de “populares” ou da mídia local, que divulga através da imprensa escrita alguns crimes e imediatamente os relaciona com o MST. Não é incomum a “fabricação” de depoimentos de populares¹⁷.

Via de regra, os principais crimes imputados aos integrantes do movimento são os contra o patrimônio: Dano (art. 163, CP); Esbulho Possessório (art. 161, *caput* e inciso II, CP); Furto (art. 155, CP) e Roubo (art. 157, CP). As lideranças sempre são enquadradas no tipo penal contra a paz pública: Crime de Quadrilha ou Bando (art. 288; CP), havendo casos em que se alega porte de armas (art. 14, Lei 10826/03) ou Corrupção de Menores (art. 1º, Lei 2252/54).

Houve caso em Quedas do Iguaçu, em que o então delegado local, Ítalo Biancardi Neto, “ressuscitou” a antiga Lei da Segurança Nacional e instaurou inquérito policial com base nela, juntando todo tipo de matéria divulgada na imprensa que criminalizava o MST¹⁸. Esse inquérito foi arquivado por evidente ilegalidade. Na época, maio de 2000, o então Ministro da Justiça, José Gregori, declarou considerar “uma aberração jurídica o indiciamento de nove sem-terra paranaenses com base na Lei de Segurança Nacional”¹⁹.

Ao lado do papel criminalizante do Sistema Penal, a mídia local exerce uma contribuição inestimável para este processo. O jornal mais importante da cidade de Quedas do Iguaçu, o “Expoente do Iguaçu, de propriedade do sr. Marcos Pina, publicado com periodicidade e com notória venda de espaços para divulgação de notícias foi pesquisado minuciosamente no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2004 para demonstrar tal influência. Neste período, constatou-se vinte e cinco notícias envolvendo o Movimento, algumas relacionadas diretamente ao MST e outras que, de alguma forma, se referiam ao mesmo, ainda que indiretamente, como visitas de representantes do INCRA à cidade.

Da totalidade de notícias, **onze eram diretamente criminalizadoras dos integrantes do movimento, imputando-lhes crimes**; seis tiveram caráter tendencioso, no sentido de estigmatização do movimento, em uma “quase” criminalização, alegando, por exemplo, que os sem-terra destruíram a lavoura com tratores no lugar que invadiram²⁰; e oito delas referiam-se apenas à vinda na cidade de agentes do INCRA ou até de órgãos internacionais, como a notícia sobre a visita de membros do “The Memorial Robert Kennedy”.

Diante disso tudo, evidencia-se que o processo de repressão, criminalização e estigmatização dos sem-terra ocorre intensamente na cidade de Quedas do Iguaçu, tanto por parte da mídia, como por parte do Sistema Penal.

Mas esta não é uma realidade isolada, ao contrário, em todo o estado do Paraná adotou-se uma política criminal altamente repressiva ao MST, principalmente durante o período do governo estadual de Jaime Lerner, com prisões arbitrárias, despejos contínuos e fora das normas legais (até mesmo de madrugada, às 3 horas da manhã), como o ocorrido no Município de Querência do Norte, região central do Paraná, em que isolaram toda a cidade, para realizar a operação e após o despejo violento muitas prisões foram realizadas²¹.

Desse modo, fica explícita a forma de atuação criminalizante do Poder Judiciário, nas Varas de Primeira Instância, e do Poder Executivo que atua repressivamente (polícia), enquanto agências de controle social. A partir disso, como se viu nos dados coletados em Quedas, a mídia passa a atuar como ente ratificador deste processo de criminalização, exercendo seu poder sobre a opinião pública e sobre a formação do ambiente comunicativo entre os sujeitos. Todavia, a posição de repressão e criminalização feita pelo Judiciário não se dá em todas as suas instâncias, havendo nitidamente a intensificação deste processo naquelas diretamente envolvidas nos conflitos, ou seja, na esfera local, possivelmente pelo seu envolvimento, pelo menos ideológico, na questão do conflito agrário. Na cidade de Quedas do Iguaçu, o envolvimento do então representante do Judiciário é notório. Em nota pública divulgada no jornal local, o Juiz de Direito, Leonardo Ribas Tavares, após longa explanação criticando o MST, declarou:

Sempre procuro analisar as questões como um todo (porque só se concebe justiça no contexto) e nem assim consigo ver qualquer legitimidade em invasões de terras produtivas ou de reserva legal, inclusive com o saque da produção e dos bens. Isso, com complacência, infelizmente, tem acontecido no Estado do Paraná.²²

No entanto, há juízes de primeira instância²³ e tribunais de segundo grau, como o TJ/SP e até mesmo o TJ/PR (ainda que costumeiramente conservador)²⁴, que têm decisões em sentido contrário, declarando a legitimidade do MST

HC - EXCESSO DE PRAZO - INQUÉRITO POLICIAL - CRIME GRAVE NÃO CONFIGURADO Não ocorre a justa causa para o decreto da prisão preventiva. Os crimes imputados aos réus são de menor potencial ofensivo e brandamente apenado. A classificação da ação do MST, no caso, como atividade quadrilheira, é falácia da polícia, que sequer merece consideração. O excesso de prazo também resulta evidente, pois o inquérito foi restituído para a delegacia a fim de se proceder diligências, que dizem respeito à própria materialidade dos delitos imputados aos pacientes. Ordem deferida. (TA/PR, Seg. Câmara Criminal, HC 0139911-5/Loanda-PR, Rel. Eli de Souza, DJ: 5446).

Também o STJ tem negado o processo de criminalização e reconhecido o papel social, político e jurídico da ação do MST, como por exemplo, quando em acórdão proferido em sede de *Habeas Corpus*, constou que a luta deste movimento não pode submetê-lo, na pessoa de seus participantes, à ação criminalizante:

Movimento popular visando a implantar a reforma agrária. Não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura Direito Coletivo, expressão de cidadania, visando implantar o programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado Democrático de Direito. (STJ. HC 5574/SP; HC 1997/0010236-0. STJ. T6 - SEXTA TURMA. Rel. Ministro William Patterson. Jul. 08/04/1997).

Em outro *Habeas Corpus*, conseguiu-se uma vitória do Movimento junto ao STJ, que em decisão unânime, trancou a ação penal e concedeu a liberdade a nove integrantes do MST presos por suposto furto e formação de quadrilha cometidos na Fazenda Araupel, local em que estão acampados:

[...] a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para trancar a ação penal de que aqui se cuida, por falta de justa causa, quanto aos crimes de formação de quadrilha e corrupção de menores, estendendo a ordem de ofício, aos demais acusados; para trancar a ação penal em relação aos pacientes, no que se refere à acusação de roubo qualificado, por inépcia da denúncia, sem prejuízo, se for o caso, da instauração de nova persecução, estendendo-se a ordem de ofício ao co-réu Adeldo Schwalenberg e, ainda, pra revogar a prisão preventiva dos pacientes, sem prejuízo de nova decretação, se demonstrada a necessidade da custódia cautelar, estendendo-se, de ofício, ao co-réu Adeldo Schwalenberg, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (HC 333204/PR. 6ª Turma. Rel. Paulo Gallotti. Jul. 25/05/04. DJ 12/12/2006).

Todo este evento citado foi veiculado na mídia local em três oportunidades (19 de junho de 2003, 29 de setembro de 2003 e 15 de maio de 2004), quando se divulgou notícias sobre a prisão dos integrantes do movimento, relatando, obviamente, os crimes que supostamente teriam cometido. No entanto, apesar da decisão do STJ citada supra, o mesmo jornal não noticiou que os sem-terra indiciados e presos não têm nenhum envolvimento com o evento.

Como se vê, quando há decisões dos Tribunais revogando aquelas de caráter criminalizantes, trancando as ações penais ou relaxando as prisões de integrantes do MST, a divulgação não ocorre na mesma proporção, não só na pequena cidade de Quedas, mas sem dúvida, em toda a mídia do país.

Portanto, quanto maior a proximidade do conflito, maior a tendência da esfera de controle social formal (o Sistema Penal) criminalizar as condutas, provavelmente por seu possível envolvimento, no mínimo ideológico, com a (negação da) causa do MST, realizando-se procedimentos pouco técnicos e parciais, com caráter de perseguição política e ideológica. Quanto mais distante do conflito, mais isenta e objetiva é a decisão dos Tribunais, que, inclusive, em várias decisões, declaram explicitamente o caráter parcial das prisões e processos contra o movimento.

Curioso notar o papel que a mídia desempenha. Considerando-se o fato de que o MST recusa-se cortejar a imprensa por sua parcialidade, há uma grande ignorância entre os brasileiros sobre o movimento. Valendo-se também deste fato, fica mais fácil a manipulação ideológica feita pelos meios de comunicação de massa, que ao se basearem nos dados do Sistema Penal local, ainda que ilegais, os divulga para (re)produzirem a aversão ao movimento e manter a lógica da criminalização.

Vários jornais, revistas e outros meios de comunicação, enquanto mídia independente, contrárias à abordagem tradicionalmente dada ao MST, têm declarado, inclusive, que “a tentativa de criminalização midiática do MST vai se sofisticando e ganhando em ousadia, manipulando meias-verdades, ou na falta destas fragmentos micrométricos de meias-verdades”²⁵, citando como exemplo a notícia divulgada pela Revista Veja sobre o acampamento do MST em terras de empresa transnacional em Porto Seguro²⁶. Dessa forma, percebe-se que a instância de controle social informal mídia/imprensa, cujo papel é central na formação da ideologia, do imaginário social e do ambiente comunicativo, em muitos casos, tem expressado o interesse desta classe dominante elitista, latifundiária e reacionária, (re)produzindo e ampliando o processo de criminalização.

E como explicar este processo de criminalização? Se observado do ponto de vista da “Teoria Estrutural-Funcionalista do Desvio” de Durkheim pode-se considerar que o comportamento inovador dos novos movimentos sociais e, especificamente, do MST, surge a partir da sua não-conformidade com o que está (im)posto enquanto realidade sócio-econômica do país. O grupo de não conformidade, desviante, portanto, passa a ser preocupação para aqueles que determinam ou influenciam as normas sociais, ou seja, aqueles que detêm o controle social e, portanto, querem regular o desvio. Quanto mais o desvio se acentua, mais ele incomoda o controle social e, desse modo, as agências de controle institucionalizado ou difuso atuam intensamente. Para delimitar “o inimigo”, tornam o desvio uma conduta criminoso.

Enquanto crime, a conduta de não-conformidade fica mais facilmente alvejável pelo controle social, passando a exercer funções sociais mais bem delimitadas, ativando a “reação social” e dando “coesão” à sociedade, que vê no criminoso alguém potencialmente capaz de desestruturar o grupo social; definindo claramente o que não pode passar de fato social normal para norma social, sob o argumento de termos uma situação “anômica” e, por fim, como

função indireta, antecipando conceitos futuros e detonando o processo de mudança social. Desta feita, criminalizar a conduta desviante do MST é sustar o andamento do “caos social da anomia” e, indubitavelmente, os sujeitos que exercem este controle são aqueles que entendem o questionamento do caráter absoluto da propriedade privada como o “caos social”, ou seja, os latifundiários e a elite conservadora a ele vinculado²⁷.

Por outro lado, a Teoria do *labeling approach* torna possível a interpretação do fenômeno e se soma, de certa forma a um dos aspectos da Teoria de Emile Durkheim. Segundo os teóricos desta vertente, há um duplo processo de criminalização engendrado pelas instâncias de controle social formal e informal e dele decorre o “etiquetamento”, criando-se para os indivíduos o *status* de criminosos sempre que submetidos a este duplo processo.

A primeira etapa decorre da distribuição do poder e, portanto, se dá na esfera do exercício do controle social para definição do objeto tutelado pelo Sistema Penal, ou seja, a agência criminalizadora legislativa. Nesta etapa praticamente todos se enquadram, pois segundo estimativas de pesquisadores, a maioria dos crimes praticados (cerca de 80 a 90%) não são descobertos, compondo a chamada “Cifra Oculta da Criminalidade”. Como exemplo, o uso de atestado médico falso para não realizar uma avaliação na faculdade é crime tipificado no Código Penal, tanto para o médico, quanto para aquele que se vale do atestado (art. 302 e 304, CP), mas a maior parte dos casos nunca foi punida ou sequer indiciada pelo Sistema Penal. Já o segundo momento do processo de criminalização é o da seleção pelo perfil social dos transgressores, sempre pobres, negros, loucos, vadios, violentos e irracionais, ou todos aqueles definidos como “anormais” pelas agências oficiais do sistema penal e, principalmente, pelo controle social informal.

Tendo como base esta teoria para compreender a criminalização do MST, a conduta de reivindicação pelo direito à terra é interpretada valorativamente pela reação social como contrária ao comportamento normal, ou seja, aquele predeterminado pelas estruturas sociais e contrário à posição social (papel) que os sujeitos ocupam na sociedade, passando a ser considerada criminosa se os indivíduos que as praticarem preencherem o “perfil” social transgressor.

Ora, o controle social feito pela polícia e Justiça de primeira instância atua exatamente assim, principalmente por reagirem ao suposto “desvio moral” e à “ousadia” de um grupo com perfil transgressor, que questiona sua “etiqueta”, seu *status* social adequado à segunda etapa do processo de criminalização. Esclareça-se que o fato dos sujeitos serem pobres já cria toda a carga estigmatizadora para o processo de criminalização secundária. Assim, é imediata a sua adequação ao duplo processo, já que na primeira etapa a maioria das pessoas se enquadra.

Porém, essas duas teorias, embora expliquem o fenômeno da criminalização do MST, o fazem de maneira parcial, porque não demonstram que o processo de criminalização gera a despolitização do conflito, sem evidenciar seu lugar epistemológico sob o viés materialista do fenômeno criminoso.

Por isso, a Criminologia Crítica, ao adotar o ponto de vista das classes oprimidas, busca compreender o fenômeno sob o enfoque econômico-político dos comportamentos socialmente negativos, fechando esta tríade explicativa do processo de criminalização, cujo contexto capitalista e ideologicamente definido como “sociedade de comunicação de massa” irá respaldar a compreensão da ampliação deste processo das esferas microssociais para as macrossociais.

A criminalidade (que pressupõe a anterior criminalização), no enfoque da Criminologia Crítica, é entendida como um *status* atribuído a indivíduos através daquela mesma dupla seleção da Teoria do *labeling approach*, mas aqui se desvenda o seu pressuposto, ou seja, define-se o elemento norteador e fundante do duplo processo de criminalização da sociedade capitalista: a propriedade privada.

Assim sendo, a criminalização primária ocorre por meio da seleção de determinado bem jurídico protegido como o de maior relevância e da repercussão que sua ofensa gera à propriedade, pilar fundamental do capitalismo. Isso evidencia que o comportamento socialmente negativo do MST traz à tona as contradições das relações sócio-econômicas e que as esferas de controle social no Brasil não pretendem romper com a lógica liberal-individualista, elitista, conservadora e latifundiária que as mantém na condição de dominantes. Já a criminalização secundária se dá com a estigmatização daqueles indivíduos que, por pertencerem a determinada classe social, aquela “subalterna”, tendem a ser “clientes” do sistema penal, principalmente se eles não se adequaram aos vários mecanismos de disciplina, como escola, família, igreja, finalmente, a fábrica, o emprego, que se falham na função de moldar o indivíduo para a sociedade, levam o mesmo à última instância de segregação dos não adaptados: o sistema penal.

Portanto, o controle social acionará o processo de criminalização tanto pelo ato do questionamento do modelo de dominação, ou seja, a investida contra a propriedade privada (latifúndio), quanto pelo *status* social dos questionadores.

Assim, entende-se que há uma multiplicidade teórica que se completa para a explicação da criminalização dos integrantes do MST. No entanto, enquanto processo histórico dotado de contradições, sabe-se que as garantias do Estado de Direito têm impedido esta criminalização nas mais altas esferas jurisdicionais deste país. Entender este fenômeno paradoxal é o que se propõe no próximo item.

4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO NORMATIVA DA CRIMINALIZAÇÃO DO MST: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN

Conforme discutido no item 1, a realidade sócio-econômica criada pelo capitalismo periférico brasileiro gerou um quadro de extrema desigualdade social em nosso país, em que a grande maioria da população não produz, nem consome, mas que, de qualquer forma, participa do subsistema social econômico. Isso porque, em sua função, este subsistema se reproduz a partir do código binário ter/não ter propriedade e, portanto, a ausência de bens, dinheiro ou a definição do indivíduo enquanto um “sem terra” integra a lógica do sistema social, para o qual a função “ter” só existe em razão do “não ter”. Portanto, faz parte do equilíbrio do sistema econômico, sendo o que lhe permite se reproduzir, a existência de pessoas “despossuídas” de propriedade. Inclusive, este é o fundamento do capitalismo, sem o qual a alienação da mão de obra não seria necessária nem possível.

No entanto, a extrema pobreza e o funcionamento perverso do capital, que acresce cada vez mais indivíduos ao grupo do “não-ter”, têm gerado no sistema social²⁸ nacionais práticas contestadoras e inovadoras dos NMS em relação à propriedade privada, o que decorre de sua relação conflituosa com o subsistema social econômico. Esta relação conflituosa ocorre pois o sistema econômico, ao não aceitar a inovação transgressora feita pelo MST da ordem liberal-burguesa conservadora e elitista do capitalismo brasileiro, não admite a mensagem subliminar que permeia a atividade comunicativa do movimento dos sem terra, que é o questionamento do “ter” capitalista em detrimento dos direitos humanos fundamentais, ou seja, o caráter absoluto da propriedade privada e a função social da latifúndio improdutivo.

Nessa medida, ao mesmo tempo em que o capitalismo é o elemento engendrador do processo de criminalização, ele fomenta expectativas sociais do “ter”, para aqueles que querem ocupar outro *statu* no sistema econômico, pois os integrantes do MST são expressão do próprio código binário – o “não-ter” – e, portanto, deixar de representar este lado do código binário ter/não-ter desequilibraria o funcionamento do próprio sistema econômico e gera outras expectativas sociais.

Ocorre, ainda, que tais expectativas sociais de seus integrantes traduzem valores de concepção muito abstrata, como “dignidade humana”, incapazes de gerar no sistema econômico indicações comportamentais objetivas, já que a realização da reforma agrária alteraria, de certa forma, os conteúdos tradicionalmente implícitos no código binário ter/não ter e, por mais que os sujeitos comunicativos compreendam a existência do critério “lícito” do sistema jurídico no que se refere aos direitos humanos e à função social da propriedade, estes dois sistemas são fechados e não se relacionam entre si. Cada qual funciona a partir de seu código binário e somente há abertura no que se refere à cognição seletiva ao meio ambiente comunicativo.

Contudo, os sujeitos comunicativos interpretam as expectativas do MST e passam, a partir delas, a possuir outras expectativas. Aqui está o ponto central para compreender o processo de criminalização do MST e a possível tradução do mesmo em um tipo penal: na medida em que os integrantes do MST adotam determinado comportamento face às suas expectativas sobre a reforma agrária, **todos** os sujeitos sociais passam a ter expectativas sobre o comportamento dos mesmos, ou seja, surgem as “expectativas das expectativas”, que são construídas comunicativamente através da linguagem e das interações entre os indivíduos no meio ambiente social, submerso nos meios de comunicação de massa e alienado na ideologia dominante.

Mas o processo de criminalização dos integrantes do MST feito pela mídia e pelo Sistema Penal na microesfera social dissemina no senso comum que tais sujeitos são pessoas criminosas, embora existam contradições nas percepções sociais da população, pois sujeitos envolvidos no micro-espço social do conflito de terras, como em Quedas do Iguaçu, embora constatem que integrantes do MST não praticam crimes, surpreendem-se com isto, pois para eles, a “verdade” é aquela (im)posta pela mídia e pelo Sistema Penal local:

Há um assentamento localizado próximo ao sítio de um parente meu. O que faz divisa entre as terras é só um pequeno riacho. Meu tio planta hortaliças e frutas e cria gado. **Mas é impressionante, nunca os integrantes do movimento dos sem terra pegaram nenhum boi**, nem mexeram na plantação dele, ao contrário, eles vendem e compram produtos entre si. (grifos nossos)

Por isso, entende-se que o meio ambiente comunicativo, em nossa sociedade é muito mais definido pelo controle social difuso, do que pela própria capacidade cognitiva de apreensão do real pelos sujeitos comunicativos. Percebe-se, assim, como a população relaciona imediatamente os integrantes do MST com a prática de condutas ilícitas. Este processo, sem dúvida, foi desencadeado pelas esferas de controle social formal e principalmente informal.

Portanto, pode-se compreender este fenômeno como a existência de circulação no meio ambiente social de determinada concepção de linguagem relacionada ao MST, ou seja, a comunicação entre os sujeitos sociais sobre os sem-terra se desenvolve num mesmo sentido, o de desaprovação de sua conduta contestatória do grande latifúndio já que o significado de sua prática é compreendida pela maioria da população como ilegal, apolítica e deslegitimada. Assim se criam inúmeras expectativas das expectativas de comportamento dos integrantes do MST, por exemplo, expectativas de eliminação imediata das expectativas inovadoras de alteração do funcionamento do sistema econômico ou expectativas de que suas expectativas sejam definidas como tipos penais para coibir este tipo de comportamento. Essas expectativas sociais são as que, de fato, contêm

a busca da eliminação das instabilidades geradas pelas expectativas do MST e, portanto, como demonstrado, possuem alta complexidade e contingência²⁹ por atingirem a todos os sujeitos comunicativos. Elas, inevitavelmente, serão conduzidas para o subsistema jurídico, cuja função é estabilizar estas expectativas quando as mesmas assumem caráter normativo, pois o funcionamento deste sistema se dá através do código binário lícito/ilícito com a finalidade de trazer **segurança e imunização** das expectativas das expectativas sociais. Neste sentido, explica Luhmann:

A necessidade de segurança que caracteriza o direito se relaciona, em primeiro lugar, com a segurança das próprias expectativas, antes de tudo com as expectativas das expectativas e apenas secundariamente com a segurança do cumprimento destas expectativas, através do comportamento esperado³⁰.

Observe-se que não há necessariamente expectativas de eliminação das condutas de “invasão de terras”, com sua solução na redistribuição de terras ou do fomento fático de emprego no meio urbano. Portanto, inexistente uma perspectiva de alteração do funcionamento do sistema econômico para tal problema. E nem poderia ser diferente, pois as instabilidades das expectativas sociais necessariamente desembocam no subsistema jurídico. Há, sim, a expectativa de normação das expectativas “problemáticas” (comunicativamente compreendidas como tal) e, conseqüentemente, na medida em que for possível a generalização temporal, social e objetiva destas expectativas, o direito reverterá a mesma ao seu código binário, a partir de sua abertura cognitiva, realizando a congruência da generalização das expectativas normativas. Assim, o meio ambiente social comunicativo, a partir de todo o processo de criminalização, passa a demandar a imunização das expectativas das expectativas que se institucionalizam “apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros”³¹ (dimensão social), se normatizam (dimensão temporal) e adquirem sentido idêntico (dimensão prática/objetiva das expectativas).

Mas nem sempre as expectativas das expectativas desembocam no sistema jurídico, podendo tomar dimensões também alarmantes quando crescentes no sentido oposto, de generalização sem o recurso do sistema jurídico. Esse processo é exemplificado com um panfleto distribuído em junho de 2003 pelos fazendeiros de São Gabriel, uma cidadezinha do interior do Rio Grande do Sul, apresentando repúdio aos integrantes do movimento e fomentando a forma mais simplificada de acabar com o conflito: “eliminar” os mesmo sem se passar pelo Sistema Jurídico oficial (que se daria através do processo de criminalização):

Povo de São Gabriel, não permita que sua cidade tão bem conservada nesses anos seja agora maculada pelos pés deformados e sujos da escória humana. [...] Nós não merecemos

que essa massa podre, manipulada por meia dúzia de covardes que se escondem atrás de estrelinhas no peito, venham trazer o roubo, a violência, o estupro, a morte. Estes ratos precisam ser exterminados [...] É preciso correr sangue para mostrar a nossa bravura. [...] Se tu, grabiense amigo, possuis um avião agrícola, pulveriza à noite 100 litros de gasolina em vôo rasante sobre o acampamento de lona dos ratos. Sempre haverá uma vela acesa para terminar o serviço e liquidar com todos eles [...]. Se tu, grabiense amigo, possuis uma arma de caça de calibre 22, atira de dentro do carro contra o acampamento, o mais longe possível. A bala atinge o alvo mesmo há 1200 metros de distância.³²

Esse tipo de manifestação, segundo o Relatório sobre os Crimes do Latifúndio, é recorrente em todos os Estados. Mas há, ainda, inúmeras outras evidências deste amplo processo de eliminação do “inimigo” que desembocam sempre na violação do código binário lícito/ilícito, como mecanismo mais eficaz de se neutralizar a luta por terras, como a consolidação de Forças Militares de Inteligência, para “cadastrar” os integrantes do movimento³³.

Quando tais expectativas se voltam ao sistema jurídico, que deve preponderantemente harmonizar os demais, a congruência da generalização das expectativas normativas busca a imunização das expectativas sociais, ou seja, visa reduzir “consideravelmente o risco de expectativas contrafáticas”³⁴, evitando a permanência do desequilíbrio do sistema e que o conflito possa ser resolvido pelo sistema político, por exemplo, com a reforma agrária.

Cabe, ainda, esclarecer: qual o significado do processo de criminalização dos integrantes do movimento se, conforme visto, os recursos judiciais a instâncias superiores absolvem os indivíduos e, portanto, negam esta criminalização?

Ora, expectativas de eliminação imediata das expectativas inovadoras de alteração do funcionamento do sistema econômico não encontram respaldo no código binário lícito/ilícito presente no ordenamento jurídico pátrio. Por isso a recorrente busca de leis do período da Ditadura Militar ou a “criação” de situações criminalizantes pelo controle social inequivocamente, gerarão o posicionamento do Poder Judiciário de afastamento de imunização das expectativas de criminalização do MST. Desse modo, quando o sistema jurídico é acionado para responder a tais expectativas, deverá reproduzir-se através de seu código binário, absorvendo e neutralizando as expectativas das expectativas sociais.

Portanto, somente a normatização enquanto produção legislativa será o caminho para imunização das expectativas normativas congruentes e generalizadas do controle social. A perspectiva de se criminalizar os movimentos sociais, então, tende a se institucionalizar, através da adequação das expectativas generalizadas ao código binário lícito/ilícito e do processo de autopoiesis do sistema que, apesar do seu fechamento operacional, filtra, através de sua aber-

tura cognitiva, as muitas e várias expectativas sociais, comutando-as do meio ambiente comunicativo para seu subsistema social. Nessa operação, sem dúvida que o sistema jurídico se abre ao risco, que deve ser racionalmente calculado, mas isso é inerente ao sistema estabilizador da complexidade social.

Pensando a realidade social a partir desta teoria, tem-se que criminalizar as condutas dos integrantes do movimento dos sem-terra pode se tornar cognitivamente apreciável ao sistema jurídico e, na medida de sua adequação ao código binário, estas podem originar tipos penais, face à crescente generalização das expectativas de normação social para punir estes sujeitos fomentadores de direitos “subversivos”. Nesse sentido, algumas decisões judiciais vão acatando a tese de criminalização difundida pelas instâncias de controle social aqui elencadas quando viável a adequação ao código lícito/ilícito e, mais que isso, lança-se projetos de lei para tornar criminosa a conduta de participação em organizações como os movimentos sociais.

Como exemplo da última situação, inclusive a mais preocupante face ao seu caráter generalizante, tem-se o Projeto de Lei 6764/2000, pensado a outro projeto anterior, de conteúdo parecido, o PL 2462/1991, e apresentado ao Presidente da República para apreciação em 30 de setembro de 2004. Nestes Projetos legislativos, quem “por motivação política ou religiosa” empregar ou ameaçar “empregar força ou violência física, psicológica ou cibernética, para infundir terror, intimidando ou coagindo as instituições nacionais, as autoridades públicas, a população ou segmento da sociedade” será considerado criminoso. Também os tipos penais “Organização Paramilitar” e “Terrorismo”, de abrangência ampla, poderá enquadrar integrantes de movimentos sociais. Estes tipos penais, em nosso país, são aberrações jurídicas que só têm sentido existir se destinados a grupos que se valem da desobediência civil na busca pela efetivação de direitos fundamentais.

Com base em Luhmann, portanto, entende-se que a normatização de tipos penais como mecanismo de eliminar as reivindicações do MST representa o ápice do processo de criminalização, sendo, no entanto, conforme explica em sua teoria, a congruência da generalização de expectativas normativas fomentadas pelo controle social Sistema Penal e mídia, que da micro-esfera para o macro-cosmo social, induzem, seduzem e cooptam os cidadãos brasileiros para pensarem segundo seus valores conservadores, individualistas e elitistas.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto aqui, deve-se perceber que o perigoso processo de criminalização está instaurado. Ainda que o Judiciário, nas mais altas cortes (Tribunais de Segunda instância e principalmente STJ), possa apresentar elementos de racionalidade e de tentativa de ruptura com este fenômeno, as esferas de controle social imediatamente ligadas aos conflitos da terra apresentam-se contundentemente como produtoras de conceitos estigmatizantes e de

uma ideologia de repúdio ao MST, capaz de produzir um ambiente social em que passem a ser travadas relações comunicativas entre os sistemas sociais para acirrar a não aceitação da luta pelo direito à terra deste movimento social.

Portanto, há que se construir, no âmbito não só da produção do conhecimento, mas principalmente, na proliferação comunicativa deste, um edifício conscientizador sobre o verdadeiro significado e papel do movimento dos sem-terra, sob pena de termos, em alguns anos, a ratificação deste processo de criminalização, capaz de realizar o que Luhmann chamou de “congruência da generalização das expectativas normativas”, ou seja, normatização (no sentido de positivação ou de decisões judiciais) para imunizar simbolicamente as expectativas das expectativas dos integrantes do MST sobre o subsistema econômico. Conhecer esse processo é o principal mecanismo para evitar que integrantes de NMS venham a ser criminalizados em possíveis tipos penais em gestação no Congresso Nacional, pelo simples fato de exercerem seus direitos de reivindicação e de desobediência civil.

6 REFERÊNCIAS

ABRIL, Editora. O MST ataca o Brasil que dá certo. *Revista Veja*. São Paulo, Edição n. 1856, jun. 2004.

ARNAUD, André-Jean, DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CASA AMARELA, Editora. Terror no Paraná. *Caros Amigos*. São Paulo, n. 27, jun. 1999, p. 10-19.

_____. MST. *Especial Caros Amigos*. São Paulo, n. 6, out. 2000.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 1997.

JOFFILLT, B. Waldomiro-MST: a conexão nada oculta. Disponível em: <www.vermelho.org.br/diario>. Acesso em: 10 de jul. 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

PRANDO, Camila; PRANDO, Felipe. Criminalização da exclusão social: análise a partir da repressão dos trabalhadores rurais sem-terra no estado do Paraná. In: ANDRADE, Vera Regina (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. 2. p. 151-167.

QUEM somos. 1984-2004: MST 20 anos de lutas, conquistas e dignidade!

Disponível em: <<http://www.mst.org.br/historico/historia.htm>>. Acesso em: 15 out. 2004.

RELATÓRIO da Comissão Pastoral da Terra. Disponível em: <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1266&eid=6&SID=7cbaafad46f695ad1bb2aa9571fcdd1e>>. Acesso em: 20 set. 2004.

RELATÓRIO Sobre os Crimes do Latifúndio. Agosto de 2003. Elaboração: Centro de Direitos Humanos Evandro Lins e Silva, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://brasil.indymedia.org/pt/blue/2003/09/263634.shtml>>. Acesso em: 21 set. 2004.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 28, jun. 1994. p. 1-13.

SCHERER-WARREN, Ilse & KRISCHKE, P. (orgs.). *Uma revolução no cotidiano. Os novos movimentos sociais na América do Sul*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

STROZAKE, Juvelino José (org.). *Questões agrárias. Julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Editora Método, 2002.

¹ Trata-se da categoria marxiana. Desta forma, embora sendo uma “não classe”, eles podem ser considerados o novo sujeito histórico revolucionário. Uma argumentação semelhante é apresentada por Allain Touraine quando os define como “ator coletivo que pode ocupar, em uma sociedade programada, o lugar central que foi do movimento operário na sociedade industrial” (SCHERER-WARREN, Ilse & KRISCHKE, Paulo J. (orgs.). *Uma revolução no cotidiano*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 96.) Assim, importante constar que o uso da categoria “sujeito histórico” é recorrente em várias teorias explicativas dos movimentos sociais, embora as mesmas possam ter perspectivas diferenciadas e se utilizar de outros “termos”, como em Castells, que se vale da expressão “ação dos homens na história” (CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 11.).

² A partir de agora será adotada a sigra NMS para designar Novos Movimentos Sociais.

³ Cf. SCHERER-WARREN, Ilse. O caráter dos novos movimentos sociais. In: SCHERER-WARREN, Ilse & KRISCHKE, Paulo J. (Orgs.). *Uma revolução no cotidiano*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 41.

⁴ Cf. GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 328-330.

⁵ TELLES, Vera da Silva. Movimentos sociais: reflexões sobre a experiência dos anos 70. In: SCHERER-WARREN, Ilse & KRISCHKE, Paulo J (orgs), op. cit., p. 58.

⁶ QUEM somos. 1984-2004: MST 20 anos de lutas, conquistas e dignidade! Disponível em: <<http://www.mst.org.br/historico/historia.htm>>.

⁷ O MST já recebeu prêmios da UNICEF e de comissões internacionais de Direitos Humanos, além de vários assentamentos terem recebido prêmios de entidades brasileiras e estrangeiras. (AMARAL, Marina. Publicações e Prêmios. MST. *Especial Caros Amigos*. São Paulo, n. 6, out. 2000. p. 38).

⁸ Disponível: <<http://www.informes.org.br/notas/mst-noam.htm>>.

⁹ PRANDO, C.; PRANDO, F. Criminalização da exclusão social: análise a partir da repressão dos trabalhadores rurais sem-terra no estado do Paraná. In: ANDRADE, V. (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v.2. p.163.

¹⁰ Comissão Pastoral da Terra (CPT): *Conflitos no Campo, Brasil 2000*, p. 13.

¹¹ Relatório Sobre os Crimes do Latifúndio. Agosto de 2003. Elaboração: Centro de Direitos Humanos Evandro

Lins e Silva, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Rede Social de Justiça e Direitos Humanos Disponível em: <<http://brasil.indymedia.org/pt/blue/2003/09/263634.shtml>>.

¹² Disponível em: <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1266&cid=6&SID=7cbaafd46f695ad1bb2aa9571fcdd1e.>>

¹³ Idem, ibidem, p. 9-10.

¹⁴ Dados do Relatório Sobre os Crimes do Latifúndio.

¹⁵ Não foi possível mapear estatísticas dos anos de 2004 a 2006. Os dados são da CPT, disponíveis em <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1266&cid=6&SID=7cbaafd46f695ad1bb2aa9571fcdd1e.>>. Acesso em 20 de set. de 2004.

¹⁶ Entrevista com a Advogada do Movimento dos Sem Terra, na região central do Paraná (segundo critérios do MST), Andréia Indalêncio Rochi, de Laranjeiras do Sul-PR, em setembro de 2004.

¹⁷ Cf. PRANDO, C.; PRANDO, F, op. cit., p. 158-159.

¹⁸ Inclusive estrangeiras. Dentre as elencadas, houve uma que era de origem francesa, que, contraditoriamente, elogiava o MST, de acordo com a Advogada do Movimento, Andréia Rochi.

¹⁹ Divulgado pelo Jornal da Record, 19h10, no dia 18/05/2000. Disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/anteriores/2000/sinopses_1805.htm>.

²⁰ Notícia veiculada em 02 de fevereiro de 2002, com o título “Famílias de sem terra devem deixar a área da bacia em 30 dias”.

²¹ Terror no Paraná. *Caros Amigos*. São Paulo, n. 27, jun. 1999, p. 13-15; 17.

²² Exponente do Iguazu. Espaço do leitor. Quedas do Iguazu, 17 de julho de 2003.

²³ Ainda que em menor quantidade do que nos tribunais. Exemplos: Processo n. 72/96; Comarca de Andradina-SP; Processo n. 350/93; Comarca de Getulina-SP; Processo-crime n. 870/91, Comarca de Joinville-SC. STROZAKE, Juvélino J. (org). *Questões agrárias*. São Paulo: Método, 2002. p. 165-237.

²⁴ Ex: RT 547/351; Ementa 100896. TACrim/SP, 11.Câm., HC 334862/6, Rel. Ricardo Dipp. 8/02/99.

²⁵ JOFFILLT, B. Waldomiro-MST: a conexão nada oculta. Disponível em: < www.vermelho.org.br/diario >. Acesso em: 10 jul. 2004.

²⁶ Edição 1856, de junho de 2004, publicou matéria sobre o perigo que o MST representa para afastar o capital internacional.

²⁷ No entanto, importante observar que em que pese a validade da Teoria durkheimiana para explicar a tentativa de criminalização das condutas dos integrantes do MST, não se opera o mesmo se observado o fenômeno de criminalização do movimento social a partir das categorias de Robert Merton ou de outros autores. Isso porque estas teorias tem um caráter extremamente liberal e exacerbam a visão individualista da responsabilidade criminal e do processo de criminalização.

²⁸ Niklas Luhmann desenvolve a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, segundo a qual a sociedade, um sistema de interações e comunicações, tal qual os organismos vivos, se divide em subsistemas para viabilizar seu equilíbrio, tendo em vista o desenvolvimento que os agrupamento humanos vão adquirindo ao longo da história. Cada subsistema se define por sua função, mas esta, todavia, tem correspondência com os outros subsistemas, ou seja, cada subsistema tem como objetivo central a manutenção do equilíbrio do sistema social e o funcionamento de sua função, por exemplo, o sistema cultural visa estabelecer critérios valorativos, o bem e o mal, o feio e o belo etc, o subsistema econômico, que se define no modo de produção pelo ter/não ter propriedade. A função, portanto, decorre de um código binário exclusivo em cada subsistema. E todos eles têm como características: fechamento; autopoiésis (se reproduz a partir de seu código binário); auto-reflexão; auto-referência; e abertura cognitiva às expectativas sociais. Para compreensão do tema, ver: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; ARNAUD, A., DULCE, M.. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁹ Para Luhmann, complexidade é “a existência de mais possibilidades que as que podem ser atualizadas, isto é, um excesso de possibilidades em relação à capacidade receptiva dos sistemas” e contingência é “a imprevisibilidade das próprias possibilidades, o que implica a necessidade de se enfrentarem riscos”. (ARNAUD,

André-Jean, DULCE, Maria José Fariñas, op. cit., p. 166.)

³⁰ LUHMANN, Niklas, op. cit., v. 1, p. 104.

³¹ ROCHA, Leonel. Direito, complexidade e risco. Revista Seqüência, Florianópolis, n.28, jun.1994. p. 9.

³² Relatório Sobre os Crimes do Latifúndio. Agosto de 2003. Elaboração: Centro de Direitos Humanos Evandro Lins e Silva, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Rede Social de Justiça e Direitos Humanos Disponível em: <<http://brasil.indymedia.org/pt/blue/2003/09/263634.shtml>>.

³³ Na cidade de Quedas do Iguaçu-PR, no dia 25/11/03, em nota no jornal local, “Expoente do Iguaçu”, a 2ª Cia. Da PM anunciou a criação do “Núcleo de Inteligência Policial”, “com o objetivo de cadastrar dados, informações” dos integrantes do MST, segundo o Tenente Gerson Zochi.

³⁴ ROCHA, Leonel Severo, *ibidem*, p. 11.

THE PROCESS OF CRIMINALIZATION OF SOCIAL MOVEMENTS: THE LANDLESS MOVEMENT (MST) AND THE STRUGGLE FOR LAND IN PARANÁ STATE: THE IGUAÇU FALLS CASE

ABSTRACT

This essay intends to describe the criminalization process the Landless Movement (MST) is undergoing, which is to be examined having the so-called microsocial sphere as an initial reference. In this sense, the author resorts to the study of the Iguaçu Falls case, which took place in Paraná State, in an area where conflict for land arised after members of the aforementioned movement camped in local properties. The idea to be defended is that the closer from the conflict, the higher becomes the tendency of State criminal system to criminalize human behaviour. After the mapping of the criminalization process regarding the members of the Landless Movement, the author points to the influence of the instances of diffuse and institutionally-organized social control in the context of social relations, stigmatizing individuals involved with the Landless Movement, which ultimately may take to the criminalization of their behaviour. The author used inductive reasoning and an empirical and bibliographical research.

KEYWORDS: Social movements. MST. Criminalization process. Criminological theories. Systemic Theories.

LA CRIMINALISATION DES MOUVEMENTS SOCIAUX ET SA POSSIBLE INSTITUTIONNALISATION NORMATIVES: LA LUTTE POUR DES TERRES DU MST DANS L'ÉTAT DU PARANÁ – LE CAS DE QUEDAS DO IGUAÇU

RÉSUMÉ

Ce travail a pour but de décrire le processus de criminalisation du MST, observant ce phénomène dans la sphère micro-sociale, par le biais de l'étude de cas de la circonscription de Quedas do Iguaçu, État du Paraná, comprise comme celle qui est concernée dans le conflit de terres qui s'établit avec le campement des intégrants du mouvement dans quelques propriétés rurales en spécifique. L'hypothèse est celle de: plus proche est le conflit, plus grande est la tendance de la sphère de contrôle social formel punitif (le Système Pénal) criminaliser les conduites face à sa possible participation à la (négation de la) cause. Dans le mappage de la construction du procès de criminalisation nous nous sommes rendus compte de l'influence que les juridictions de contrôle social diffus et institutionnalisés construisent quotidiennement dans l'ambiance communicative des rapports sociaux, produisant une grande stigmatisation des sujets engagés dans le MST, ce qui fait aboutir dans le système juridique comme criminalisation de la conduite participative du mouvement social du MST. La méthode adoptée a été l'inductive et la procédure bibliographique et de recherche empirique.

MOTS-CLÉS: Mouvements sociaux. MST. Processus de criminalisation. Théories criminologiques. Théorie systémique.

O ESTAGIÁRIO E O RISCO DO VÍNCULO DE EMPREGO

Fernando Basto Ferraz*

RESUMO

Estágio é ato educativo escolar supervisionado. Não cria vínculo empregatício de qualquer natureza. Precisa, contudo, ter importância decisiva na complementação do ensino e na preparação profissional do estudante. Necessita de celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino. A lei nº 6.494, de 7/12/77, que dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º grau e supletivo, foi revogada pela lei nº 11.788, de 25/09/08, que dispõe sobre o estágio de estudantes. A manutenção de estagiários em desconformidade com esta lei nº 11.788/08 caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária (art. 15).

PALAVRAS CHAVE: Estágio. Falso Estagiário. Instituição de Ensino. Parte Concedente (do Estágio).

A precarização do trabalho, que se esconde sob o manto protetor da flexibilização do trabalho, tem buscado formas sutis de maximização do lucro, sob o pretexto de se manter a competitividade de serviços e de produtos no atual processo de globalização da economia.

Neste contexto, no Brasil, o estágio tem servido historicamente como um dos caminhos de exploração de mão-de-obra, camuflando verdadeira relação de emprego, visando à redução de custos. A lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, que dispõe sobre o estágio de estudantes, altera o art. 428 da CLT (que trata de contrato de aprendizagem), e revoga a lei nº 6.494/77.

A propósito, esta revogada lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, que dispunha sobre os estágios de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º grau e supletivo, deixava a desejar, uma vez que não definia o que, afinal, é o estágio. Limitava-se em afirmar que

* Fernando Basto Ferraz. Mestre em Direito do Trabalho e Doutor pela PUC/SP; Professor Associado II da Faculdade de Direito – UFC; Coordenador da Faculdade de Direito – UFC; Professor do Mestrado em Direito Constitucional – UFC; Professor dos Cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Faculdade Christus; Autor dos livros “Empregados Domésticos”, e “Terceirização e demais Formas de Flexibilização do Trabalho”, ambos publicados pela Editora LTr, de São Paulo.

estavam habilitados a aceitar, como estagiários, os assim considerados alunos regularmente matriculados em cursos vinculados ao ensino público e particular, as pessoas jurídicas de Direito Privado, os órgãos de Administração Pública e as Instituições de Ensino, conforme prevê seu art. 1º.

Embora afirmasse que “o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza” e que “o estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada (...) devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar segurado contra acidentes pessoais” (art. 4º), o fato é que esta lei era considerada “uma porta aberta para a fraude”¹. Quais fatores contribuíam para que isso ocorresse? Por que os auditores fiscais do Ministério do Trabalho, e o próprio Poder Judiciário Trabalhista não conseguiam inibir a prática do desvirtuamento dos estágios que não propiciavam, em muitos casos, a complementação do ensino e da aprendizagem? Acaso, ao serem executados, não eram acompanhados e avaliados em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares (§ 3º do art. 1º da lei nº 6.494/77)?

Não importava que tivessem sido observados os aspectos formais para a realização do estágio “mediante termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte cedente, com interveniência obrigatória da instituição de ensino” (art. 3º da lei nº 6.494/77), se a realidade apontava em outra direção, caracterizando uma verdadeira relação de emprego. No Direito do Trabalho existe o princípio da primazia da realidade, em que os fatos valem mais do que os documentos. Américo Plá Rodríguez, a propósito de tal princípio, afirma:

O significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências. Isto significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle.²

O princípio da primazia da realidade deve estar presente, por exemplo, quando do cumprimento dos §§ 2º e 3º da referida lei, segundos os quais “o estágio somente poderá verificar-se em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estagiário”, além de dever “propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem...”. Apesar da clareza destes dispositivos legais, a fraude que se tem verificado com relativa freqüência nos estágios ocorre, em virtude de falhas observáveis desde o seu planejamento, se estendendo durante sua vigência protegida sob o manto da impunidade, graças, em boa parte, à ausência de efetivo acompanhamento e avaliações “em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares”.

A propósito, tinha razão Dayse Coelho de Almeida quando afirmava que

o princípio da primazia da realidade afasta, inclusive, a presunção de veracidade absoluta do termo de compromisso, também chamado de contrato de estágio, formalidade exigida pela Lei de Estágio e muito utilizada com a finalidade obstativa da relação de emprego. A mera existência de contrato de estágio, em obediência às formalidades legais da Lei nº 6.494/1977, é presunção relativa, *juris tantum* da relação jurídica analisada.³

Para esta mesma autora

a fraude à legislação de estágio muitas vezes ocorre pela omissão das instituições de ensino, que não cumprem o dever jurídico de acompanhar e avaliar o estágio concedido e por elas intermediado. *Ipsa facto*, as instituições de ensino deveriam ser responsabilizadas juntamente com as empresas cedentes do estágio fraudulento no que pertine às verbas trabalhistas devidas pela configuração da relação de emprego.⁴

A lei nº 6.494/77, a propósito, não lhes previa, mesmo com a garantia de ampla defesa, punição por sua omissão diante da verificação de fraude à legislação de estágio.

Com a nova lei do estágio (lei nº 11.788/08), finalmente o princípio da primazia da realidade foi considerado, uma vez que em seu art. 15 afirma que “a manutenção de estagiários em desconformidade com esta lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária”.

O estágio é definido como

ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos” (lei nº 11.788/08, art. 1º).

Ressalte-se que o **estágio**, seja ele obrigatório ou não obrigatório (lei nº 11.788/08, §§ 1º e 2º do art. 2º), **não cria vínculo empregatício de qualquer natureza**. Para tanto, devem ser observados os seguintes requisitos⁵:

I – matrícula e freqüência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos

anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

O descumprimento de qualquer um destes requisitos, ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso, caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.⁶

Doravante, em relação aos estágios de seus educandos, as instituições de ensino⁷ são obrigadas a celebrar termo de compromisso com o educando e com a parte concedente, indicando as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar. São, ainda, obrigadas⁸ a:

II – avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando:

III – indicar professor orientador, da área a ser desenvolvida no estágio, como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estágio;

IV – exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório das atividades;

V – zelar pelo cumprimento do termo de compromisso, reorientando o estagiário para outro local em caso de descumprimento de suas normas;

VI – elaborar normas complementares e instrumentos de avaliação dos estágios de seus educandos;

VII – comunicar à parte concedente do estágio, no início do período letivo, as datas de realização de avaliações escolares ou acadêmicas.

Como se vê, houve preocupação do legislador em ampliar as obrigações das instituições de ensino em assegurar o cumprimento da compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso. Neste contexto, cresce em importância o papel do professor orientador por ela indicado, como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estágio. Não é, convenhamos, uma tarefa fácil, sobretudo para as instituições de ensino habituadas em acatar, sem questionar, as informações dadas por seus alunos em seus relatórios de atividades de estágio. Como, na prática não avaliavam as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando, muitas instituições de ensino involuntariamente permitiam a prática de abusos nos estágios, muitos destes

transformados em relação empregatícia. Muitos alunos se submetiam a estas práticas abusivas nos “estágios” remunerados que realizavam porque dependiam deste dinheiro como complementação de renda familiar.

A lei anterior, além de também afirmar que o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, expressava em seu art. 4º que o estagiário poderia receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que viesse a ser acordada, “ressalvando o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar segurado contra acidentes pessoais”.

Com a nova lei em vigor, “o estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório” (art. 12).

A nova lei assegura ao estagiário a proteção da saúde e segurança no trabalho, sendo responsabilidade da parte concedente do estágio a sua implementação (art. 14).

Há possibilidade de menores de idade serem estagiários? A Constituição Federal proíbe trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, inc. XXXIII). A Resolução nº 1/2004 do Conselho Nacional de Educação dispõe que “somente poderão realizar estágio supervisionado os alunos que tiverem, no mínimo, 16 anos completos na data de início do estágio” (art. 7º, § 5º).

Enquanto a lei anterior determinava que a jornada de atividade deveria “compatibilizar-se com o seu horário escolar e com o horário da parte em que venha a ocorrer o estágio” (art. 5º), percebia-se que a mesma não fixava um período máximo de atividades diárias, possibilitando que muitos entendessem que a jornada do estagiário não poderia ser superior à do empregado, ou seja, 8 horas diárias e 44 horas semanais (CF/88, inciso XIII do art. 7º).

A jornada de atividade do estágio, prevista no art. 10 da lei nº 11.788/08, prevê 4 horas diárias e 20 horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental; para os estudantes de ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular, prevê 6 horas diárias e 30 horas semanais. Há previsão de redução, pelo menos à metade, da carga horária do estágio, se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação (§ 2º do art. 10).

Outro aspecto a destacar: “é assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a 1 (um) ano, período de recesso de 30 (trinta) dias, a ser gozado preferencialmente durante suas férias escolares” (Lei nº 11.788/0, caput do art. 13). Encontrou-se, assim, a terminologia adequada – período de recesso – para substituir a palavra ‘férias’, previstas nos arts. 129

a 153 da CLT para os trabalhadores protegidos pelo vínculo de emprego, que, no caso do estágio, não se configura. Pode ser que tenha faltado esta inspiração nos responsáveis pela redação da lei anterior, de nº 6.494, de 7.12.77, que, sobre o tema em questão, assim se expressava: “Nos períodos de férias escolares, a jornada de estágio será estabelecida de comum acordo entre o estagiário e a parte concedente de estágio, sempre com a interveniência da instituição de ensino”. Quando, sobretudo, não havia interesse da parte concedente de estágio chegar a este “comum acordo” e contava com estagiário eficiente, que, em muitos casos acumulavam atribuições outras de competência de determinados funcionários do local onde exercia seu ‘estágio’, ficava o estudante cumprindo sua jornada sem interrupção.

Cabe à parte concedente do estágio “contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso” (lei nº 11.788/08, art. 9º, inciso IV).

A duração do estágio, na mesma parte concedente, não poderá exceder 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de **estagiário portador de deficiência**.⁹ Neste caso, para os deficientes, percebe-se não haver limite para a prática do estágio. Ou seja, bastando que esteja vinculado, como aluno, em uma instituição de ensino, poderá nunca deixar de ser estagiário. A lei nº 11.788/08, afinal, lhe acena com esta possibilidade.

Além de poder continuar sendo estagiário por tempo indeterminado, o portador de deficiência¹⁰, também, quando estiver na condição de aprendiz, está excluído do limite do prazo de 2 (dois) anos estipulado para o contrato de aprendizagem. Além disso, como aprendiz não se aplica a idade máxima de 24 (vinte e quatro) anos de idade.¹¹

O tempo dirá se esta discriminação legal feita em relação ao trabalhador portador de deficiência está em conformidade com a Constituição Federal de 1988, que proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, inciso XXXI), além de se constatar se a assistência social atingiu seu objetivo na habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e na promoção de sua integração à vida comunitária (CF/88, art. 203, e seu inciso IV).

Diz o § 1º do art. 201 da nossa Carta Magna que

é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Resta saber qual será a condição do trabalhador portador de deficiência que doravante, inclusive perante a previdência social, só presente em seu ‘*curriculum vitae*’ apenas a experiência como estagiário. Nesta condição, não é gerado vínculo empregatício. Poderá um dia se aposentar se ele nunca deixar de ser estagiário, desde que para tanto esteja regularmente matriculado, e frequentando as aulas?

Pelo menos, como o estágio é um ato educativo escolar supervisionado, resta a esperança de que, como estudante portador de deficiência, adquira condições de conseguir qualificação suficiente que lhe possibilite disputar vaga no mercado de trabalho formal.

Além da garantia de ficar assegurado às pessoas portadoras de deficiência o percentual de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio, percebe-se que a favor deles conta, e muito, a obrigação de empresa com 100 (cem) ou mais empregados, de preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (art. 93 da lei 8.213, de 24.7.1991). Através do trabalho, que lhe assegure condições dignas de sobrevivência, o portador de deficiência resgata e assegura condições dignas de sobrevivência, despertando em todos admiração, e não sentimento de discriminação.

Afinal, é dever da família, da sociedade e do Estado a “criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos” (CF/88, art. 227, caput, e seu inciso II).

A **parte concedente do estágio** deve observar as obrigações que lhe cabem cumprir, previstas no art. 9º da lei nº 11.788/08, sob pena de caracterização de vínculo de emprego do educando, uma vez que for observada a manutenção de estagiários em desconformidade com esta lei (arts. 15 e § 2º do art. 3º).

Quando não é inibida a prática do falso estágio, professores universitários mais atentos facilmente percebem cansaço em seus alunos que, em muitos casos, sentem dificuldades de desenvolver e abstrair os conteúdos. Isso ocorre devido a uma excessiva jornada de trabalho que se prolonga até 10 (dez) horas diárias que lhes é imposta pela empresa ou escritório que se beneficiam de seu trabalho, embora tenha com eles assinado o “Termo de Compromisso” formal em que se comprometem a conceder estágios com até 6 (seis) horas que lhes propiciem a complementação do ensino e da aprendizagem, além de lhes permitir frequentar as aulas¹² (era o que previa os §§ 2º e 3º do art. 1º da lei nº 6.494/77).

Por realizar um trabalho produtivo, o estagiário é um trabalhador que contribui para a obtenção de lucro pela empresa. O estágio, porém, não gera

vínculo empregatício. Se, como afirma João Teodoro Neto, “o estágio não é simples treinamento, pois o estagiário assume compromissos contratuais e é colocado em situação real de trabalho”¹³, por qual razão deixou de ser contemplado pelo art. 7º da Constituição Federal em vigor, que assegura direitos trabalhistas a trabalhadores urbanos e rurais? Esta exceção se justifica? O melhor argumento encontrado para tais indagações é o de que o estágio precisa ter “importância decisiva na complementação do ensino e na preparação profissional do estudante”.¹⁴

A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho constituem fundamentos da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, itens III e IV). Walber de Moura, com razão, salienta que “a dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, *res*. São direitos como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica”.¹⁵

Aparentemente o setor produtivo nacional aproveita o momento de grandes transformações sociais e econômicas pelas quais tem passado o Brasil para justificar práticas crescentes de precarização do trabalho. Para tanto, faz uso de diversos meios sempre com o claro propósito de redução de custos de tudo que faz e produz. Neste contexto,

a mão-de-obra barata e qualificada dos universitários tem sido utilizada para evitar a contratação de funcionário/empregado e burlar a incidência obrigatória da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, tudo isso contribuindo para a marginalização do cidadão e precariedade das condições de labor, já tão desfavoráveis num país pobre como o nosso.¹⁶

Vivemos tempos de mudanças. Sejam mudanças de conceitos, de idéias, de valores, da compreensão do mundo em que estamos inseridos, que não parece mais ter o espaço que até pouco tempo atrás os direitos sociais usufruíam. Muitas teses, teorias e princípios que explicavam o Direito, sobretudo o Direito do Trabalho, estão sendo revistos, ou estão sendo precocemente superados. Diante dos desafios atuais, não é rara a ocorrência de questionamentos doutrinários básicos, como, por exemplo, o que é mais importante: o Direito do Trabalho ou o Direito ao Trabalho?¹⁷

Ao se submeter ao estágio, que deverá estar regularmente matriculado em cursos vinculados ao ensino público e particular, o estudante irá trabalhar para aprender, complementando, assim, os conhecimentos teóricos assimilados em sala de aula. Ausentes estes aspectos, configura-se caso de relação de emprego. Na verdade, o estágio “é uma forma de dar ao estudante a experiência do coti-

diano, da profissão, que só é adquirida com a prática”.¹⁸ Uma empresa, porém, segundo expressão de João Teodoro Neto¹⁹, contrata estagiários ou porque “tem interesse em participar da complementação do ensino, por necessitar de mão-de-obra qualificada”, ou porque “deseja reduzir custos de produção, pela eliminação de encargos trabalhistas. O ideal seria que as empresas só contratassem estagiários quando tivessem interesse na qualificação de mão-de-obra”, podendo contratar o estudante “como empregado ao final do estágio.”

Há várias maneiras de se conseguir um estágio. Nas faculdades, por exemplo, os murais costumam trazer informativos com vagas disponíveis. “E nas rodas de conversa, quem diz que está procurando estágio pode conseguir mais facilmente do que quem esconde o jogo [...] Segundo os especialistas, um estágio bem feito é meio caminho andado para o profissional ser efetivado. 57% dos jovens que fizeram ou fazem o estágio são aproveitados na empresa onde terminaram a experiência do estágio, afirma o gerente regional do CIEE (Centro de Integração Empresa-Escola), Alessandro Salvatore.”²⁰

O risco é permanente de se fazer estágios de qualidade questionável, para não dizer sem coerência com as atividades que deveriam ser desempenhadas pelos estudantes, capaz de dar a estes condições de lhes proporcionar experiência prática na linha de suas respectivas formações. Isto em boa parte ocorre porque quase sempre inexistem encontros do professor orientador com o supervisor da empresa, que por sua vez não comprova a adequação dos procedimentos por esta adotada relativos ao estágio.

Cíntia Rodrigues de Oliveira questiona:

de que forma o estagiário pode alcançar os objetivos de complementação do processo ensino-aprendizagem se o professor-orientador não conhece a empresa na qual seu orientando ‘cumpre’ o estágio? A idéia de supervisão no estágio é vista com uma perspectiva de que ela apenas revisa o que o estagiário relata. É assim que se configura a supervisão do estágio na maioria dos cursos.²¹

Esta posição, aliás, contraria jurisprudência do TST quando afirma que:

Termo de compromisso firmado nos termos da legislação vigente, com cláusula expressa de não configuração de vínculo empregatício. A falta de supervisão do estágio, pelo estabelecimento escolar, não descaracteriza a natureza jurídica do mesmo (TST, RR 129.852/94.2, Almir Pazzianoto Pinto, Ac. 4ª T. 4.084/96)²².

O contrato de estágio é realizado entre a empresa e o estudante com a participação da escola onde este estuda. A omissão da escola no acompanha-

mento do estágio não descaracteriza este contrato (TST, RR 120.228/94.2, Vantuil Abdala, Ac. SBDI-1, 21.5.99)²³

Tem razão João Teodoro Neto quando afirma que “para justificar a não-concessão de direitos trabalhistas e previdenciários, não basta que o estágio tenha finalidade educacional: é preciso que ele tenha importância decisiva na complementação do ensino e na preparação profissional do estudante.”²⁴

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB²⁵ se refere vagamente ao estágio em seu art. 82.

O estágio no ensino médio restringe-se a duas hipóteses: participação do estudante em projetos ou empreendimentos de interesse social, caso em que ele prescinde de caráter profissionalizante específico, e realização de atividades atinentes à habilitação profissional (educação profissional de nível técnico), proporcionada pelo ensino médio concomitantemente com a formação geral²⁶.

Muito se espera dos auditores fiscais do Ministério do Trabalho, no exercício de sua ação fiscal, no combate da prática do falso estágio. Anteriormente quando se deparavam com a existência de “*estagiários*” nas empresas limitavam-se em averiguar se tais estudantes estavam, individualmente, segurados contra acidentes pessoais (art. 4º da lei nº 6.494/77). Após a vigência da lei nº 11.788/08, a fiscalização do trabalho poderá constatar a manutenção de estagiários em desconformidade com esta lei, caracterizando vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.²⁷

Por outro lado, consideramos tímido o avanço desta lei quando afirma que “a instituição privada ou pública que reincidir na irregularidade de que trata este artigo ficará impedida de receber estagiários por 2 (dois) anos, contados da data da decisão definitiva do processo administrativo correspondente”.²⁸ Esta pena limita-se à filial ou agência em que for cometida a irregularidade. Parece-nos, à primeira vista, ser um convite para instituições públicas ou privadas, na condição de cedentes do estágio, que possuem filial ou agência, fazerem uma espécie de rodízio desta irregularidade, apostando, em muitos casos na impunidade e na estatística de poucos auditores fiscais para atender a demanda brasileira, em fazê-las cumprir a legislação trabalhista.

Francisco Eudes Apoliano Gomes Junior observa que:

quando o estagio visava unicamente a complementar a habilitação profissional, essa fraude podia ser, de certo modo facilmente constatada, pois esse tipo de estagiário não pode desempenhar outras atividades, senão aquelas relacionadas

ao aprendizado de competências próprias de sua formação profissional. Agora, porém, com a permissão para o estágio de alunos do ensino médio, a realidade é outra. O rol de atividades que um estagiário pode, neste caso, executar é bem maior, pois, de acordo com a Lei nº 11.788/2008, as atividades por ele executadas devem ser adequadas à contextualização curricular e devem propiciar o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.²⁹

Para os estudantes “do ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos” (art. 1º, caput, da lei nº 11.788/08), na visão de Verônica Altes Barros, “sem ênfase profissionalizante, o melhor seria estimular o contrato de aprendizagem, pois esta forma de contratação proporciona a preparação para o trabalho, bem como o ensino metódico de ofício, ou seja, qualificação profissional, item cada vez mais exigido pelo mercado de trabalho”³⁰.

As modificações, porém, feitas na legislação que trata sobre o estágio ampliam direitos para os estudantes que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental. Há possibilidade real de que após a vigência da lei nº 11.788/08, o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino, em geral, não mais banalizem o cumprimento efetivo dos “Termos de Compromisso” que entre si celebram, e em torno do qual assumem obrigações, de forma a assegurar “compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso”.³¹

Almeja-se que estas inovações sofridas com a nova legislação – Lei nº 11.788/08, possam doravante inibir a prática contumaz do falso estágio, caracterizado como relação de emprego. Afinal, para tanto, basta a manutenção de estagiários em desconformidade com esta Lei.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. O Estágio e a Relação de Emprego. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, Ano XVIII, n. 217, jul. 2007.

BARROS, Verônica Altes. A Nova Lei de Estágio: Lei nº 11.88/08. *Revista LTr*, v. 72, n 11, nov. 2008.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FERRAZ, Fernando Basto. *Estagiário e o Falso Estagiário*. Anais do 48º Congresso

Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2008.

_____. *Terceirização e demais formas de Flexibilização do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.

GOMES JUNIOR, Francisco Eudes Apoliano. *O Estágio de Estudantes do Ensino Médio não Profissionalizante e a Colisão entre o Direito à Educação e os Direitos Sociais do Trabalhador*. 2008. Monografia (Curso de Direito). _ Faculdade Christus, Fortaleza, 2008.

Jornal Hoje. Disponível em: <http://jornalhoje.globo.com/TVGlobo/Jornalismo/Telejornais/jornalhoje/CDA/Pops/tvg_c>. Acesso em: 28 abr. 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Cíntia Rodrigues de. A Relação Teoria e Prática no Estágio Supervisionado do Curso de Administração, *Revista Brasileira de Administração*, RBA, Ano XII, n. 38, Setembro 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

TEODORO NETO, João. Limitação do estágio no ensino médio para a valorização do trabalho. *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, 1993.

¹ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.34.

² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 227.

³ ALMEIDA, Dayse Coelho de. O Estágio e a Relação de Emprego. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, Ano XVIII, n. 217, jul. 2007, p. 197.

⁴ Idem, p. 197.

⁵ Lei nº 11.788/08, art. 3º

⁶ Lei nº 11.788/08, § 2º do art. 3º.

⁷ Lei nº 11.788/08, inciso I do art. 7º.

⁸ Lei nº 11.788/08, art. 7º.

⁹ Lei nº 11.788/08, art.11.

¹⁰ CLT, § 3º do art. 428, com redação dada pela Lei nº 11.788, de 25.9.08, DOU 26.9.08

¹¹ § 5º do art. 428 da CLT, acrescentado pela Lei nº 11.180, de 23.9.05, DOU 26.9.05.

¹² FERRAZ, Fernando Basto. *Estagiário e o Falso Estagiário*. Anais do 48º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Ltr, 2008, p. 11.

¹³ TEODORO NETO, João. Limitação do estágio no ensino médio para a valorização do trabalho. *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, 1993, p. 77.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 78.

15 AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 104 – 105.

16 ALMEIDA, Dayse Coelho de, op. cit., p.197.

17 FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de Flexibilização do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2006, p. 49.

18 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.162.

19 TEODORO NETO, João, op. cit., p. 82.

20 Disponível em: <http://jornalhoje.globo.com/TVGlobo/Jornalismo/Telejornais/jornalhoje/CDA/Pops/tvg_c>. Acesso em: 28 abr. 2008.

21 OLIVEIRA, Cíntia Rodrigues de. A Relação Teoria e Prática no Estágio Supervisionado do Curso de Administração, *Revista Brasileira de Administração*, RBA, Ano XII, n. 38, Setembro 2002, p. 10.

22 Cf. CARRION, Valentin, op. cit. p. 35.

23 Idem, ibidem, p. 35

24 TEODORO NETO, João, op. cit., p. 78.

25 Lei n. 9.394/96.

26 Idem, ibidem, p. 87.

27 Lei n. 11.788/08, art. 15, caput.

28 Lei n. 11.788/08, art. 15, § 1º.

29 GOMES JUNIOR, Francisco Eudes Apoliano. *O Estágio de Estudantes do Ensino Médio não Profissionalizante e a Colisão entre o Direito à Educação e os Direitos Sociais do Trabalhador*. 2008. Monografia (Curso de Direito). _ Faculdade Christus, Fortaleza, 2008, p. 99 e 100.

30 BARROS, Verônica Altef. A Nova Lei de Estágio: Lei nº 11.88/08. *Revista LTr*, v. 72, n 11, nov. 2008, p. 342.

31 Lei nº 11.788/08, item III do art. 3º.

THE INTERN AND THE RISK OF ESTABLISHING NA EMPLOYMENT RELATIONSHIP

ABSTRACT

The internship is supposed to be only a supervised educational activity and, in this sense, it does not create any employment relationship. On the other hand, it does need to have a crucial relevance in completing teaching and in the professional training of students. It also requires the signing of an agreement involving the intern, the institution where the internship is to be held and the educational institution. The Law 6.494, from 12/07/1977, which regulated internship for students from higher education institutions and from high schools was revoked by Law 11.788, from 09/25//2008, that regulates internships for students in the present. Hiring

and maintaining interns against the rules of this new law creates an employment relationship between the intern and the institution offering the internship opportunity, in accordance with Brazilian Labour and Social Security Law.

KEYWORDS: Internship. False intern. Education institution. Institution offering the internship.

LE STAGIAIRE ET LE RISQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL

RÉSUMÉ

Le stage est un acte éducatif scolaire supervisé. Il n'établit pas un contrat de travail peut n'importe sa nature. Il faut, cependant, qu'il ait une importance décisive dans la complémentation de l'enseignement et de la préparation professionnelle de l'étudiant. Il lui faut une convention entre l'étudiant et l'institution dans laquelle il fait son stage et l'institution d'enseignement. La loi n° 6.494 du 07/12/1977, qui porte sur les stages d'étudiants d'établissements d'enseignement supérieur et lycées professionnels, a été infirmée par la loi n° 11.788, du 25/09/2008, qui porte sur le stage d'étudiants. Continuer avec des stagiaires en désaccord avec la loi n° 11.788/08 caractérise un contrat d'embauche entre l'étudiant et l'institution dans laquelle il fait son stage pour toutes les finalités de la législation du travail et la sécurité sociale (art. 15).

MOTS-CLÉS: Stage. Faux stagiaire. Institution d'enseignement. Institution dans laquelle se passe le stage.

O DIREITO E A CAVERNA

Gretha Leite Maia*
Zaneir Gonçalves Teixeira**

1 Introdução. 2 A realidade da vida cotidiana e o acordo primário. 3 O mundo institucional e o padrão específico de conduta. 4 Socialização e isolamento – a caverna e a conservação da realidade. 5 O mundo ético. 6 Conclusões. 7 Referências.

RESUMO

Análise da construção de veredictos em sessões de júris simulados realizados por alunos de 1º semestre de curso de graduação em Direito, baseados no Caso dos Exploradores de Cavernas, de Lon L. Fuller. A constatação de que havia uma regularidade na absolvição dos 04 acusados de homicídio, fundada no estado de necessidade como excludente de ilicitude, demonstra que o atendimento a um preceito normativo, mesmo aquele que veicule valores fundamentais como o direito à vida, pode legitimamente deixar de ser observado. Objetivamos demonstrar que esta excludente de ilicitude e conseqüente exclusão de sancionamento para tal conduta – matar alguém – expressa num veredicto de júri popular encontra justificativa na teorização da construção social da realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Realidade social. Institucionalização. Tipificação. Socialização.

1 INTRODUÇÃO

Compartilhamos da noção de que o impulso de pesquisar e escrever algo sobre determinado tema deva vir da perplexidade que certos fenômenos nos causam, pelo estranhamento ante uma constatação à qual até então não atribuíamos relevância especial. O problema que nos conduziu a este breve estudo pode ser definido nos seguintes termos: há mais de oito semestres verificamos uma constante no veredicto de absolvição de quatro homens que mataram um amigo a pedradas. Espanta-nos especificamente o fato de que nas quatro últimas simulações assistidas os quatro exploradores tenham sido absolvidos, fundando o veredicto no estado de necessidade. A proposta do presente artigo é entender

* Advogada, Mestre em Direito - UFC, professora universitária. E-mail: grethaleite@hotmail.com

** Advogada, Mestre em Direito - UFC, professora universitária. E-mail: zaneir@hotmail.com

a relação existente entre os fatos ocorridos na caverna e a legítima supressão da aplicação de norma geral das mais primárias: o preceito *não matarás* contido no interdito expresso no art. 121 do Código Penal Brasileiro – matar alguém: pena 12 a 30 anos.

Sendo uma tarefa proposta a alunos iniciantes no estudo do Direito, o júri simulado objetiva tão somente o exercício da argumentação, sem qualquer sofisticação normativa no tocante ao procedimento do júri e ao conhecimento das normas processuais penais. O livro inicia com a apresentação da sentença condenatória – visto que se trata de julgamento de recurso – enunciando o caso dos exploradores presos numa caverna por um desmoronamento de terra que bloqueou completamente a única saída. Inúmeras tentativas de resgate foram empreendidas sem sucesso, resultando mesmo em novos deslizamentos. Tendo consigo um rádio, após 20 dias de isolamento os exploradores fizeram contato com a equipe de salvamento. Informados de que havia pouca possibilidade de sobrevivência à morte por inanição, silenciaram por 08 horas, após o que voltaram a comunicar-se para indagar se seriam capazes de sobreviver por mais dez dias se se alimentassem da carne de um deles. Tiveram resposta em sentido afirmativo. Um dos exploradores solicita a presença de uma *autoridade governamental ou sacerdote* para inquirir sobre a razoabilidade da alternativa de solução do problema elaborada pelo grupo. Ninguém exterior à caverna pronunciou-se. Encerrada a comunicação, 33 dias após sua entrada na caverna, 04 exploradores dela saíram para serem denunciados por homicídio. Note-se que há uma decisão, então recorrida, fundada estritamente nos dispositivos legais. É na simulação de julgamento do recurso à sentença condenatória que constatamos a já apontada regularidade na absolvição dos acusados.

2 A REALIDADE DA VIDA COTIDIANA E O ACORDO PRIMÁRIO

Um corpo de conhecimentos dirige a conduta da vida diária de cada indivíduo pertencente a um grupo social. A apreensão deste corpo de conhecimentos identifica-se no conceito de socialização, de que trataremos no item 4. Este corpo de conhecimentos que dirige nossas ações dentro de nossos vários grupos sociais, ao mesmo tempo em que condiciona nossa conduta, formando uma estrutura social, transforma nosso comportamento e estrutura nossa personalidade. Tal fenômeno viabiliza nossa convivência. Partilhamos aqui do conceito de realidade predominante tal como exposto por Peter Berger e Thomas Luckmann, ou seja, a realidade de vida *cotidiana* como uma realidade ordenada e predominante.¹

Assim, sabemos que não devemos matar alguém assim como não devemos nos apropriar de coisa pertencente ao patrimônio de outrem. Especificamente sabemos que não podemos matar alguém, por acordos primários dos quais não participamos como autores originais, mas que ratificamos coletivamente a cada geração, não só pela sua observação voluntária e acatamento, mas também pela inserção em um ordenamento jurídico de preceito normativo de observação cogente, e pela cominação de uma sanção para seu descumprimento.

A realidade da vida cotidiana se nos apresenta através das objetivações, transmitidas pela experiência ou pela linguagem. Deste modo, eu e os outros compreendemos as objetivações graças às quais este mundo é ordenado e não caótico do ponto de vista das relações interpessoais. Os problemas estão, por assim dizer, rotinizados, até o aparecimento de um problema que coloca toda esta ordenação em xeque, como veremos a seguir. Esta realidade da vida cotidiana impõe seus esquemas tipificadores, que também viabilizam a interação social, ao mesmo tempo que é apreendida no contínuo de suas tipificações. A estrutura social que nos abriga é, portanto, a soma das tipificações e dos padrões recorrentes de interações estabelecidos por meio delas.²

Sendo a vida cotidiana dominada por motivos pragmáticos (temos que resolver problemas dos mais simples, como alimentação e abrigo, aos mais complexos, como o controle de pulsões) o conhecimento para atender a estes problemas de rotina ocupa lugar de destaque. Entretanto, a validade deste conhecimento para resolver problemas é continuamente testada, mais especificamente quando surge um problema novo, que não se enquadra na rotina, não podendo ser resolvido pelos termos até então adequados. A validade das nossas máximas de conduta começa então a ser questionada a partir do não enquadramento da resposta à nova pergunta proposta. É exatamente esta a situação dos 05 exploradores presos na caverna. A máxima *não matarás* provavelmente estava plenamente introjetada na socialização de cada um deles, tendo sido provavelmente a orientação que sempre lhes pareceu adequada em todas as outras situações em que essa possibilidade de comportamento se lhes apresentou. Verifica-se a plausibilidade desta afirmação pelo contato que os exploradores procuram além da caverna, quando solicitam a interferência institucionalizada, identificada no apelo sucessivo ao médico, ao juiz e ao pastor.

3 O MUNDO INSTITUCIONAL E O PADRÃO ESPECÍFICO DE CONDUTA

Todo grupo social tende a manter-se em equilíbrio, isto é, alternando-se em um movimento dialético de estabilização e progresso. Nas relações interpessoais qualquer ação frequentemente repetida torna-se moldada em um padrão específico de conduta. E tal fenômeno tem por objetivo o alcance de um mínimo de estabilização social. Dentre outras razões, pelo fato de a formação do hábito acarretar o importante ganho psicológico de fazer estreitarem-se as opções de conduta dos indivíduos daquele grupo, suprimindo as surpresas e o estado de permanente tensão. Certamente não passava pela cabeça de nenhum dos exploradores que um deles seria morto pelos outros. Somente por este alívio psicológico podemos manter uma série de relações interpessoais, porque temos um guia de rotinas supostamente certas a seguir na construção e manutenção de nossas relações e expectamos que o outro também adote o mesmo modelo de comportamento. A institucionalização, por sua vez, ocorre sempre que há uma tipificação recíproca de ações habituais. Ressalte-se que a reciprocidade é

fundamental para o conceito, pois garante o – e é garantida pelo - partilhamento, o acesso de todos do grupo social.

Outro aspecto relevante da reciprocidade é que ela é verificada num tempo histórico. As tipificações recíprocas são construídas no curso de uma história compartilhada, não sendo – na sua grande maioria – instantâneas, mas produzidas dentro de um processo histórico. São estas instituições que controlam o comportamento dos membros de um grupo, por estabelecerem padrões previamente definidos de conduta, direcionando a conduta em oposição a muitas outras teoricamente possíveis.

Como os padrões específicos de conduta só vicejam no terreno da rotina, a excepcionalidade demanda ajustes de conduta. A institucionalização suspende-se fora destas condições. E aqui podemos trabalhar a caverna como um signo, um símbolo alegórico no caso que estamos examinando. A caverna não é um mundo social definido e controlado por um corpo de conhecimentos ou mantém qualquer relação de comunicabilidade com um corpo de conhecimentos produzidos fora dela. Os exploradores experimentaram ineditamente a necessidade da construção de uma nova realidade social, estabelecendo regras e tipificando condutas ideais num brevíssimo espaço de tempo. E o mais espantoso de tudo isso é o reconhecimento pelo júri desta situação, pois é isto que é reconhecido no julgamento, na absolvição. O que os exploradores fizeram foi protagonizar a construção de uma realidade na qual a conduta oposta a então cristalizada foi escolhida como a ideal.

Observe-se por fim que as tipificações de conduta se cristalizam, espessando o mundo institucionalizado, com um alto grau de firmeza na consciência dos membros do grupo, ao ponto de o mundo social se apresentar de maneira análoga à realidade do mundo natural. Tal constatação encontra matriz no pensamento de Émile Durkheim e nas afirmações pioneiras, expostas em sua obra seminal “*As Regras do Método Sociológico*”, que estabelece como regra fundamental o tratamento dos fatos sociais como coisas.

4 SOCIALIZAÇÃO E ISOLAMENTO – A CAVERNA E A CONSERVAÇÃO DA REALIDADE

Considerando com Durkheim que os fatos sociais têm existência própria, independente das suas manifestações individuais, podemos asseverar que a realidade pode ser considerada como dado objetivo e projetada na institucionalização das condutas, tipificando e cristalizando as condutas ideais.

Antes de iniciarmos uma abordagem sobre a realidade subjetiva, gostaríamos de referir brevemente os estudos de Marcelo Lima Guerra, especialmente aqueles expostos no artigo “Fatos e instituições: um mundo feito de normas”. Vamos nos apropriar da idéia de que o conceito de realidade se sujeita a ser ampliado para que nele se possa incluir não apenas entidades extensionais, isto é, dotadas de extensão espacial e temporal, diretamente observáveis pelos senti-

dos, mas também as denominadas entidades abstratas ou intencionais. Elucida o professor que, da nossa experiência comum extrai-se o conceito de que o que é real é o que existe – aquilo que podemos perceber com os nossos sentidos: existe aquilo que tem uma extensão espacial, aquilo que ocupa um lugar no espaço. Mas, *esses entes, quando se lhes acrescenta uma dimensão temporal, assinalando-lhes uma marcação no contínuo que é (?) o Tempo, são os fatos, os acontecimentos que compõem, em seu conjunto, o “mobiliário do mundo”, a Realidade.* Tendendo a alcançar o conceito de fatos institucionais, informa-nos Marcelo Guerra das formulações feitas pelo filósofo americano John Searle, no sentido de dicotomizar fatos brutos dos fatos institucionais, sendo estes últimos fenômenos que só podem ocorrer, só podem existir, por causa de um sistema de regras, sistema que normalmente reconhecemos pelo nome “instituição”. A terceira e última parte do referido estudo formula um conceito amplo de realidade e afirma a existência de entidades abstratas, viabilizadora dos seus esforços na busca de conhecer o direito:

Por isso mesmo, adota-se um conceito de realidade mais amplo, de modo a incluir não apenas entidades extensionais (dotadas de extensão espacial e temporal) diretamente observáveis pelos sentidos, mas também entidades abstratas (intencionais), às quais existem apenas em nossas mentes, podendo atribuir-lhes, no máximo, uma extensão temporal, mas não espacial, isto é, quando muito elas existem “no tempo”, mas jamais “no espaço”.³ (aspeados pelo autor)

A realidade subjetiva, como conceito que faz contraponto àquele de realidade objetiva já exposto, inicia-se por sua vez com um processo de interiorização da realidade objetiva que se denomina *socialização*. Socialização é o processo de tornar-se membro de uma sociedade, pois todo indivíduo nasce em uma estrutura social objetiva, que precisa ser subjetivada. Tal processo implica mesmo um conjunto de modelos que impõem frustrações biológicas, tornando os membros de uma sociedade dependentes e limitados, identificado no processo civilizador de que nos fala Norbert Elias. Mas, uma vez socializado o indivíduo, qualquer conduta que transforme a realidade subjetiva plenamente estruturada acarreta uma inversão e gera um desequilíbrio na relação de correspondência entre a realidade objetiva institucionalizada e esta nova realidade. Ameaçadora de todo o processo já cristalizado, a nova “realidade” nos deixa aterrorizados, pois demonstra que a realidade social subjetivada não era algo inevitável, como nos fizeram crer no processo de socialização, interferindo drasticamente assim na segurança das relações interpessoais daquele grupo. As coisas *saem* do seu lugar, ameaçando a conservação da realidade subjetivada.

Podemos agora avaliar o dano psicológico que individualmente se imprimiu nos quatro exploradores pela desestabilização da realidade subjetiva de cada um. Até porque a apropriação da nova realidade (a realidade da caverna – do

isolamento) exigiu o repúdio à realidade até então adquirida e conservada. Ou seja, a realidade, que era algo inevitável, aparece agora como algo que somente se conserva mediante a manutenção de certas condições, e em especial, a opção do grupo.

Ressaltamos que o grupo social também fica em situação de risco pela ameaça de banalização da nova possibilidade de condução do comportamento, no caso específico dos exploradores, da prática de um homicídio. Por isso a primeira decisão condenatória, nos limites das disposições legais (dentro do referencial de condutas tipificadas) representando a manutenção da ordem acima de qualquer outro valor de justiça.

5 O MUNDO ÉTICO

A possibilidade da inversão da ordem social está obviamente presente como possibilidade e também como condição de permanência da própria ordem e tal fato caracteriza a sujeição da realidade social e dos fatos que a constituem às leis que se diferenciam das chamadas leis da natureza física. Estamos falando da identificação do Mundo Físico e do Mundo Ético, que compreende todas as leis que se referem ao agir humano. Ressaltamos que a possibilidade de inversão da ordem não inviabiliza a sua existência e permanência, isto pela sujeição das normas de comportamento humano ao princípio da imputação.

Enquanto a ordem da natureza está sujeita pelo princípio da causalidade, estabelecendo uma relação de causa e conseqüência absolutamente necessária (se for verificada a mesma condição, ocorrerá a mesma conseqüência, não podendo haver qualquer interferência que altere a correlação), a ordem social tem como possível que uma determinada condição gere uma também determinada causa, mas não numa relação de absoluta necessidade, pois a conseqüência pode não se gerar. É essa irreduzível dimensão de possibilidade de adoção de uma conduta contrária à tipificada que caracteriza o princípio da imputação. Jamais se poderá excluir a vontade e a liberdade dos indivíduos, uma vez que todos os membros da sociedade participam da escolha das normas de comportamento social, restando sempre a possibilidade de optar entre o cumprimento de uma norma ou o recebimento da punição que foi prevista para o descumprimento.

6 CONCLUSÕES

O ponto de partida deste trabalho, que se situa no estranhamento frente às decisões reiteradas de absolvição dos exploradores sobreviventes, foi capaz de conduzir-nos ao mundo das teorizações acerca do papel das objetivações sociais relacionadas às estruturas subjetivas na construção social da realidade.

Tratou-se de buscar aportes de outras ciências do humano na tentativa de compreender fenômenos relativamente simples que ocorrem no mundo da

realidade e recebem significados jurídicos, tais como o processo decisório, os acordos sociais expressos normativamente e a justificação das condutas.

No caso específico dos exploradores, tomamos a caverna como um símbolo do espaço sempre possível da redefinição normativa, a partir de situações contrastantes com a realidade socialmente introjetada. O isolamento da caverna nos permite acompanhar as situações-limite que levam à redefinição dos acordos sociais necessários, com o conseqüente repúdio à realidade já apreendida, bem como os reflexos no espaço social ampliado, representado pelos dois julgamentos a que se submeteram os exploradores. É precisamente porque o restante do corpo social apreende e se reconhece nestas situações-limite que é possível uma superação da ordem social estabelecida, não sem dificuldades. Assim, podemos reconhecer no processo decisório de revisão das condutas assumidas por cada um dos exploradores uma possibilidade de ampliação social da realidade, a partir do contato com a “nova” realidade mediado por certos filtros sociais que não põem em risco a ordem estabelecida, mas que viabilizam uma inversão da mesma ordem garantindo sua permanência.

7 REFERÊNCIAS

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, v. 1.

FULLER, Lon L.. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.

GUERRA, Marcelo Lima. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. *Diálogo Jurídico*, Fortaleza, ano IV, n. 4, p. 43-52, 2005.

¹ BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 38.

² Idem, *Ibidem*, p. 46-53.

³ GUERRA, Marcelo Lima. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. *Diálogo Jurídico*, Fortaleza, ano IV, n. 4, p. 49-50.

LAW AND THE CAVE

ABSTRACT

The authors present an analysis of the construction of verdicts in simulated jury sessions held by first year Law students based on Lon L. Fuller's work "The Case of the Speluncean Explorers". The evidence that there was a regular aspect at the acquittal of the four individuals accused of committing a homicide, founded on the notion that they were in a state of flagrant necessity, demonstrates that the respect to certain legal rules may be legitimately avoided, even if the norm protects essential values, such as the right to life. The paper intends to demonstrate that the exclusion of the possibility of imposing sanctions to the act of killing someone, as proclaimed by a jury verdict, may be justified by the theorization of the social construction of reality.

KEYWORDS: Social reality. Institutionalization. Void for vagueness. Socialization.

LE DROIT ET LA CAVERNE

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une analyse des verdicts des jurys simulés soutenus par des élèves en premier semestre du cours de droit, basé dans le cas des « Explorateurs de Cavernes », écrit par Lon L. Fuller. On constate qu'il y a une régularité dans l'acquittement des quatre accusés d'homicide fondé sur l'état de nécessité, conçu comme excuse légale, démontrant que l'accomplissement d'un précepte normatif, même celui qui détermine des valeurs fondamentales tels le droit à vie, peut légitimement ne pas être observé. Il s'agit de démontrer que l'excuse légale, et sa conséquente exclusion de sanction, à une telle conduite - tuer quelqu'un - exprimée lors d'un verdict d'un jury populaire trouve sa justification dans une théorisation de la construction sociale de la réalité.

MOTS-CLÉS: Réalité sociale. Institutionnalisation. Tipificação. Socialisation.

APRESENTAÇÃO FORMAL DE TRABALHOS ACADÊMICOS

*Horácio Wanderlei Rodrigues**

1 Introdução. 2 Normas da ABNT. 3 Regras gerais para formatação e apresentação. 3.1 Papel e impressão. 3.2 Fonte. 3.3 Margens. 3.4 Digitação do texto e espaçamentos. 3.5 Paginação. 3.6 Numeração progressiva das seções. 3.7 Títulos. 3.8 Siglas. 3.9 Ilustrações e tabelas. 4 Orientações específicas para referências, citações e notas. 4.1 Referências. 4.1.1 Elementos que compõem as referências. 4.1.1.1 Autoria. 4.1.1.1.1 Autor pessoal. 4.1.1.1.2 Autor entidade. 4.1.1.1.3 Autoria desconhecida. 4.1.1.2 Título e subtítulo. 4.1.1.3 Edição. 4.1.1.4 Local. 4.1.1.5 Editora. 4.1.1.6 Data. 4.1.1.7 Descrição física. 4.1.1.8 Situações especiais. 4.1.1.8.1 Séries e coleções. 4.1.1.8.2 Trabalhos acadêmicos. 4.1.1.8.3 Trabalhos divulgados em meio eletrônico. 4.1.1.8.4 Notas. 4.1.2 Exemplos de referência. 4.1.2.1 Exemplos de referências por espécie de fonte. 4.1.2.2 Exemplos de referências sem indicação de local, editora e/ou data. 4.2 Citações. 4.2.1 Sistemas de chamada para referências das citações. 4.2.1.1 Sistema autor-data. 4.2.1.2 Sistema numérico. 4.3 Notas. 5 Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

O texto tem por objeto as normas técnicas da ABNT exigíveis para a apresentação de trabalhos acadêmicos. Seus objetivos

* Mestre e Doutor em Direito pela UFSC, instituição da qual é Professor Titular, lecionando no Curso de Graduação (Metodologia da Pesquisa em Direito e orientação de Prática Jurídica) e no Curso de Pós-graduação, nos Programas de Mestrado e Doutorado (Fundamentos e Metodologia do Ensino e da Pesquisa em Direito). É também professor convidado para cursos de Pós-Graduação em diversas IES brasileiras. Escreveu os livros “Ensino jurídico: saber e poder”, “Ensino jurídico e direito alternativo”, “Acesso à justiça no direito processual brasileiro”, “Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos”, “Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino” (este último em conjunto com Eliane Botelho Junqueira) e “Pensando o Ensino do Direito no Século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes”; organizou as coletâneas “Lições alternativas de direito processual”, “Solução de controvérsias no Mercosul”, “O Direito no terceiro milênio” e “Ensino Jurídico para que(m)?”. Publicou também dezenas de artigos em coletâneas e revistas especializadas. Integrou, de 1996 a 1998, a Comissão do Exame Nacional de Cursos (“provão”) para a área de Direito. É avaliador do INEP/MEC.

principais são sistematizar e analisar essas normas, indicando também, em notas de rodapé, como formatar os textos utilizando o programa Word da Microsoft.

PALAVRAS-CHAVE: ABNT. Pesquisa. Metodologia da pesquisa. Trabalhos acadêmicos. Trabalho de Conclusão de Curso. Monografia. Artigo. Referências. Notas. Citações.

1 INTRODUÇÃO

Este texto destina-se a sistematizar e analisar as normas da ABNT aplicáveis na elaboração dos trabalhos acadêmicos e relatórios e artigos técnicos e científicos. Essas normas podem ser adquiridas diretamente na ABNT (www.abnt.org.br) ou serem consultadas em qualquer biblioteca universitária.

O texto está dividido em seis diferentes seções, que se iniciam nesta introdução e se encerram na conclusão. A segunda seção apenas enumera as normas da ABNT relativas ao tema; a terceira trata dos elementos que integram as diversas formas de trabalhos; a quarta apresenta as regras gerais para formatação e apresentação; e a quinta destina-se a sistematizar, da forma mais clara possível, as orientações sobre notas, citações e referências.

A sistematização aqui realizada visa facilitar ao pesquisador o acesso a essas informações, de cunho formal, considerando a forma diluída como elas são apresentadas pela ABNT, em diferentes documentos, exigindo na sua utilização uma constante consulta a diferentes textos, nem sempre suficientemente claros. Espera-se ter conseguido atingir os objetivos propostos.

2 NORMAS DA ABNT

As normas da ABNT mais importantes para as finalidades deste trabalho são:

- a) NBR 6023, que trata das definições, elementos (e sua transcrição), localização, regras gerais de apresentação e ordenação de referências;
- b) NBR 10520, que trata das definições, localização, regras gerais de apresentação e sistema de chamada de citações;
- c) NBR 6028, que trata das definições e regras gerais de apresentação de resumos (deve ressaltar objetivo, método e conclusões da pesquisa numa extensão de 50 a 500 palavras, variando de acordo com a espécie de trabalho);
- d) NBR 6024, que trata das definições e da regras gerais de apresentação da numeração progressiva das seções (deve ser utilizada para a numeração dos capítulos e itens dos trabalhos acadêmicos, adotando números arábicos);

- e) NBR 6027, que trata das definições, da localização e das regras gerais de apresentação de sumários (é a enumeração de suas partes);
- f) NBR 6034, que trata das definições, das espécies, da localização e das regras gerais de apresentação de índices;
- g) NBR 15287, que trata das definições, da estrutura (elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais) e das regras gerais de apresentação de projetos de pesquisa;
- h) NBR 14724, que trata das definições, da estrutura (elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais) e das regras gerais de apresentação de trabalhos acadêmicos (teses, dissertações e trabalhos de conclusão de cursos);
- i) NBR 6022, que trata das definições, da estrutura (elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais) e das regras gerais de apresentação de artigos científicos;
- j) NBR 10719, que trata das definições, da estrutura (elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais) e das regras gerais de apresentação de relatórios científicos.

Neste capítulo serão elas sistematizadas quando e naquilo que interessarem aos objetivos deste trabalho.

Especificamente a análise dos elementos que compõem a estrutura dos projetos de pesquisa e dos trabalhos acadêmicos será realizada nos capítulos específicos.

3 REGRAS GERAIS PARA FORMATAÇÃO E APRESENTAÇÃO

A ABNT, em especial na seção 5 da NBR 14724:2005, estabelece um conjunto de regras gerais de apresentação, algumas de forma taxativa e outras de forma mais flexível. Far-se-á aqui, relativamente aquelas que possuem parâmetros parcialmente abertos, sugestões, que poderão ou não ser adotadas.

3.1 Papel e impressão

São regras básicas relativamente ao papel a ser utilizado e à forma de sua impressão:

- a) o papel, de acordo com a ABNT, deve ser branco, tamanho A4;
- b) a impressão deve ser na cor preta (com exceção de eventuais ilustrações), no anverso das folhas (com exceção da ficha catalográfica, na folha de rosto, quando se tratar de trabalhos de curso, monografias, dissertações e teses).

Considerando-se a questão ecológica e a necessidade de preservar os recursos naturais, recomenda-se a utilização de papel reciclado, mesmo que

não seja totalmente branco, bem como a impressão utilizando o anverso e averso, sempre que possível, adotando uma interpretação *pró meio ambiente* das normas da ABNT.

3.2 Fonte

A fonte deve ser de tamanho 12 para o texto regular e tamanho menor¹ para as citações longas, notas de rodapé, paginação e legendas.

É importante destacar que quando se indica fonte 12 se tem em mente a utilização de tipos de letras que sigam o padrão normal, tendo por base as já desativadas máquinas de escrever, tendo em vista que as normas existentes, em sua grande maioria, são ainda da época de sua utilização, apenas com pequenas alterações de conteúdo e também adaptações à atual utilização dos redatores de texto. Nesse sentido, as fontes mais indicadas são a *arial*, a *times new roman* e a *courier new*.

3.3 Margens

Devem ser adotadas as seguintes margens²:

- a) superior, de 3 cm;
- b) inferior, de 2 cm;
- c) esquerda, de 3 cm;
- d) direita, de 2 cm.

A utilização de margens maiores em um centímetro na margem esquerda e na superior tem por motivo, no primeiro caso, deixar espaço suficiente para a utilização de encadernação (seja capa dura ou espiral), e, no segundo, fornecer espaço adequado para a colocação do número da página, que fica a dois centímetros da margem superior (não fosse assim, o número da página ficaria sobreposto ao texto da primeira linha).

3.4 Digitação do texto e espaçamentos

Os principais critérios a serem adotados no espaçamento entre linhas na digitação do trabalho são:

- a) para o texto, espaço 1,5 (um e meio)³;
- b) para os títulos das seções primárias adota-se como regra digitá-lo junto à margem superior (na primeira linha da mancha⁴) e separado por 2 espaços 1,5 do texto que o segue (o espaço normal, dado sempre que se concluí um parágrafo, mais um espaço adicional⁵);

- c) os títulos, a partir da seção secundária, devem ser separados do texto anterior e do posterior por dois espaços 1,5 (o espaço normal, dado sempre que se concluí um parágrafo, mais um espaço adicional⁶);
- d) para as referências, utilizar espaço simples entre as linhas de uma mesma referência e espaço 1,5 entre uma referência e outra⁷;
- e) nas citações longas (em destaque), utiliza-se espaço simples;
- f) nas notas, utiliza-se também espaço simples;
- g) nas ficha catalográficas, da mesma forma, espaço simples;
- h) para as legendas de ilustrações e tabelas, utiliza-se espaço simples;
- i) as informações sobre a natureza e o objetivo do trabalho e sobre a IES a que é submetido e a área de concentração do curso, nas folhas de rosto e de aprovação, devem ser digitadas em espaço simples, sendo o texto alinhado do meio da mancha⁸ para a margem direita.

Relativamente ao projeto gráfico ABNT (seção 5.1 da NBR 14724:2005, em seu segundo parágrafo), é o mesmo de responsabilidade do autor do trabalho.

Não há na norma qualquer referência à justificação ou não dos parágrafos normais do texto, bem como sobre a entrada desses parágrafos (iniciar a primeira linha alinhada à margem ou com um espaço regular de entrada em todos os parágrafos).

Nessas situações, como em outras não tratadas pela ABNT, havendo regra definida na língua portuguesa, deve a mesma ser utilizada; não havendo, vale a regra referida acima, que atribui liberdade ao autor do trabalho.

3.5. Paginação

Relativamente à paginação, devem ser observadas as seguintes regras:

- a) são contadas todas as folhas, mas a numeração só é colocada a partir da primeira folha da parte textual⁹; nos artigos, digitados sem folha de rosto e sumário, a numeração é colocada a partir da folha 2;
- b) a numeração é colocada em números arábicos, no canto superior direito, a 2 cm da borda superior e a 2 cm da borda direita da folha (dentro da cabeçalho)¹⁰;
- c) havendo mais de um volume, a numeração das folhas permanece única; e
- d) havendo apêndices ou anexos, a numeração deve ser contínua e única, dando sua paginação seqüência a do texto que os precede.

A utilização da numeração das páginas é essencial para que as informações buscadas possam ser facilmente localizadas, quer pelo sumário, quer pelos índices, quando existentes.

3.6 Numeração progressiva das seções

Segundo a NBR 6024:2003, que trata especificamente desse objeto, emprega-se, para a numeração progressiva das seções, algarismos arábicos. As regras básicas a serem seguidas são:

- a) alinha-se o indicativo de seção na margem esquerda, precedendo o título e dele separado por um espaço de caractere;
- b) limita-se a numeração progressiva até a seção quinária;
- c) empregam-se para as seções primárias, indicativos grafados em número inteiros, a partir de 1;
- d) empregam-se para as seções secundárias, indicativos formados pelo indicativo da seção primária a que pertence, seguidos dos números que lhes forem atribuídos na ordem do texto, separando-os por um ponto. E assim sucessivamente, até as seções quinárias;
- e) não se utiliza ponto ou qualquer outro sinal (hífen, travessão ou outros) após o indicativo de seção ou seu título;
- f) desejando-se destacar gradativamente os títulos das seções, utiliza-se recursos gráficos (caixa alta, negrito, itálico ou outros).

Segundo a NBR 6024:2003, “todas as seções devem conter um texto relacionado com elas”.

É importante destacar o cuidado necessário na divisão das seções, de forma decrescente do conteúdo, do geral para o particular, partindo das seções primárias até chegar às seções quinárias.

Para enumerar assuntos que não possuam título, utilizam-se alíneas, dispostas graficamente conforme as seguintes regras:

- a) são ordenadas alfabeticamente, sendo cada letra indicativa de uma alínea seguida de “)”;
- b) a última frase do texto anterior às alíneas termina em dois pontos;
- c) cada alínea ocupa uma nova linha;
- d) o texto de cada alínea começa com letra minúscula e, com exceção da última, termina em ponto e vírgula (sendo cumulativas ou alternativas, pode ser acrescentado, após a penúltima, “e” ou “ou”, conforme o caso);

- e) o texto das demais linhas de cada alínea, que não a primeira, iniciam sob a primeira letra do texto da própria alínea¹¹.

É recomendável que nenhuma seção seja encerrada com alíneas, devendo após a sua listagem apresentar-se um texto de fechamento relativamente ao conteúdo nelas expresso.

3.7 Títulos

Relativamente aos títulos, devem ser observadas as seguintes regras:

- a) são elementos sem título e sem indicativo numérico a capa, a folha de rosto, a folha de aprovação, a dedicatória e a epígrafe;
- b) são títulos que não possuem indicativo numérico e devem ser centralizados, a errata, os agradecimentos, as listas, os resumos, o sumário, as referências, o glossário, os apêndices, os anexos e os índices;
- c) são títulos que possuem indicativo numérico e devem ser alinhados à esquerda, precedidos de seus indicativos numéricos, deles separados por um espaço de caractere (não se utiliza ponto, hífen, travessão ou qualquer outro sinal), a introdução, as seções do desenvolvimento e a conclusão;
- d) adota-se para os títulos com indicativos numéricos, a sua numeração progressiva¹² com algarismos arábicos;
- e) os títulos das seções primárias devem iniciar em folha distinta, alinhados na margem esquerda e na parte superior da mancha, separados dos textos que os sucedem por dois espaços 1,5 (o espaço normal se concluí um parágrafo, mais um espaço adicional¹³), quando se tratar de trabalho acadêmico (TCC, monografia, dissertação ou tese)¹⁴;
- f) os títulos das demais seções devem ser alinhados na margem esquerda e separados dos textos que os precedem e que os sucedem por dois espaços 1,5 (o espaço normal, dado sempre que se concluí um parágrafo, mais um espaço adicional¹⁵);
- g) destacam-se gradativamente os títulos das seções utilizando-se recursos gráficos (caixa alta, negrito, itálico ou outros).

Relativamente aos títulos das seções da parte textual, é necessário que indiquem de forma precisa o conteúdo que os segue, de forma a permitir a adequada localização das informações por parte do leitor.

Destaque-se também a necessidade de que cada título seja seguido de texto, não podendo seguirem-se dois títulos sem texto entre eles, mesmo que o segundo seja uma subseção do primeiro.

3.8 Siglas

Na primeira vez que aparecer no texto, coloca-se a forma completa do nome seguida da sigla entre parênteses; a partir de então é utilizada apenas a sigla. Também podem ser apresentadas em lista de abreviaturas e siglas, conforme seção 4.1.13 da NBR 14724:2005.

3.9 Ilustrações e tabelas

Qualquer que seja o seu tipo, sua identificação deve aparecer na sua parte inferior, iniciada pela palavra designativa (esquema, fluxograma, gráfico, organograma, quadro, tabela e outros), seguida de seu número de ordem (com base na seqüência em que aparecem no texto), em algarismos arábicos, e do respectivo título ou legenda explicativa (breve e clara).

Respeitado o projeto gráfico, cada ilustração deve ser inserida o mais próxima possível do trecho do texto a que se refere ou que lhe faz referência.

4 ORIENTAÇÕES ESPECÍFICAS PARA REFERÊNCIAS, CITAÇÕES E NOTAS

As citações são tratadas pela ABNT, especificamente na NBR 10520:2002, norma técnica na qual também se encontra um conjunto de orientações relativamente às notas. As referências são tratadas na NBR 6023:2002.

4.1 Referências

Segundo a NBR 6023:2002, as referências são o conjunto padronizado de elementos descritivos retirados de um documento e que permitem a sua identificação. Sua localização pode ocorrer em:

- a) rodapé;
- b) fim de texto ou de capítulo;
- c) lista de referências;
- d) antecedendo resumos, resenhas e resenhas.

Quando as referências forem colocadas no rodapé ou ao final de um texto ou capítulo podem coincidir com as notas de referências das citações, quando para essas tenha adotado o sistema numérico, situação na qual uma única lista, em ordem numérica, atenderá às duas exigências formais.

Quanto à sua apresentação, estabelece essa mesma norma técnica que:

- a) devem ser apresentadas em seqüência padronizada, quer no que se refere à sua formatação, quer no que se refere aos elementos essenciais e complementares;

- b) devem ser alinhadas apenas na margem esquerda do texto;
- c) devem ser digitadas com espaço simples entre a linhas de uma mesma referência e espaço 1,5 entre uma referência e outra¹⁶ (não se trata aqui de incluir um espaço adicional, mas sim da adoção de dois critérios concomitantes, um para o espaçamento interno – dentro de cada referência –, que é o espaço simples, e outro para o espaçamento entre uma referência e outra – o *enter* dado ao final do parágrafo –, que é o espaço 1,5);
- d) o recurso utilizado para destacar o elemento título (negrito ou itálico) deve ser uniforme em todas as referências de um mesmo documento.

Ainda segundo a NBR 6023:2002, a pontuação segue padrões internacionais e deve ser uniforme para todas as referências e as abreviaturas devem ser utilizadas com base na NBR 6032:1989. É importante lembrar, nessa matéria, a obrigatoriedade de utilização da Língua Portuguesa com base nas regras oficiais.

Essa mesma norma, em sua seção 9, trata da ordenação das referências, estabelecendo que “as referências dos documentos citados em um trabalho devem ser ordenadas de acordo com o sistema utilizado para citação no texto”. Ainda nessa mesma seção está destacado que os sistemas mais utilizados são:

- a) alfabético: ordem alfabética de entrada; e
- b) numérico: ordem de citação no texto.

Considerando-se que os sistemas existentes para indicar as fontes das citações são o autor-data e o numérico, forçoso entender que o sistema de referência a ser adotado quando da utilização no texto do sistema-autor-data será o de ordem alfabética de entrada; quando for o numérico, as notas de citação coincidirão com a lista de referências.

Estabelece a NBR 6023:2002 que:

- a) “se for utilizado o sistema alfabético, as referências devem ser reunidas no final do trabalho, do artigo ou do capítulo, em uma única ordem alfabética.” (seção 9.1.);
- b) “se for utilizado o sistema numérico no texto, a lista de referências deve seguir a mesma ordem numérica crescente”. (seção 9.2);
- c) “o sistema numérico não pode ser usado concomitantemente para notas de referência e notas explicativas”. (seção 9.2). Nesse caso, como já referido anteriormente, o sistema de chamada para as referências das citações deverá ser o autor-data e a lista de referências deverá então adotar o sistema alfabético.

A seção 8 da NBR 6023:2002 trata especificamente da transcrição dos elementos, estabelecendo padrões que se aplicam a todas as espécies de objetos a serem referenciadas. Para os objetivos específicos desta apostila cabe destacar os elementos que são descritos nas próximas seções deste texto.

4.1.1 Elementos que compõem as referências

As referências são compostas por um conjunto de elementos, dependendo da fonte a ser referida. Nos itens que seguem descrever-se-á esses elementos e as regras básicas para a sua indicação.

4.1.1.1 Autoria

Para a indicação da autoria, em referências, devem ser seguidas as seguintes regras, específicas para autor pessoal ou autor entidade; há também a situação de autoria desconhecida.

4.1.1.1.1 Autor pessoal

Quando autor for pessoa física, as regras a serem seguidas são as seguintes:

- a) o(s) nome(s) do(s) autor(es) são indicados, como regra geral, “pelo último sobrenome, em maiúsculas, seguido do(s) prenome(s) e outros sobrenomes, abreviado(s) ou não. [...] Os nomes devem ser separados por ponto-e-vírgula, seguido de espaço.” Ocorrendo a abreviação de nomes ou sobrenomes, deve-se adotar o mesmo padrão para todas as referências de uma mesma lista. (NBR 6023:2002, seção 8.1.1);
- b) havendo mais de três autores, é indicado apenas o nome do primeiro, seguido da expressão et al. (NBR 6023:2002, seção 8.1.1.1);
- c) havendo indicação, em coletâneas de vários autores, da indicação do nome de um deles como responsável pelo conjunto da obra, a entrada é realizada pelo seu nome, seguido da abreviação do tipo de participação, entre parênteses, no singular (Org., Coord., etc.). (NBR 6023:2002, seção 8.1.1.2);
- d) pode-se acrescentar após o título outras espécies de responsabilidade (tradutor, revisor, etc.), na forma como constem no objeto referido. (NBR 6023:2002, seção 8.1.1.3);
- e) “o(s) nome(s) do(s) autor(es) de várias obras referenciadas sucessivamente, na mesma página, pode(m) ser substituído(s), nas referências seguintes à primeira, por um traço sublinear (equivalente a seis espaços) e ponto [_____].” (NBR 6023:2002, seção 9.1.1).

Embora não conste das normas da ABNT, sugere-se que quando um autor for conhecido por um sobrenome composto, seja o mesmo indicado de forma completa, visando facilitar o acesso à fonte indicada. Em muitos casos o autor com sobrenome composto é conhecido exclusivamente no meio acadêmico pelo conjunto de sobrenomes; a indicação, nas referências, apenas do último deles, poderá dificultar a sua identificação e, conseqüentemente, a localização da fonte buscada.

O cuidado da indicação do autor nas referências é de suma importância, visto ser ele o elemento pelo qual elas iniciam e o primeiro pelo qual regra geral se busca encontrar a fonte indicada.

4.1.1.1.2 Autor entidade

Quando autor for uma entidade, as regras a serem seguidas são:

- a) “obras de responsabilidade de entidade (órgãos governamentais, empresas, associações, congressos, seminários, etc.) têm entrada, de modo geral, pelo seu próprio nome, por extenso.” (NBR 6023:2002, seção 8.1.2);
- b) tendo a entidade uma denominação genérica, seu nome é precedido pelo do órgão superior ou pelo da sua jurisdição geográfica. (NBR 6023:2002, seção 8.1.2.1);
- c) tendo a entidade, vinculada a um órgão maior, uma denominação própria, que a identifica de forma inequívoca, a entrada é realizada diretamente pelo seu nome. Havendo duplicidade de órgãos com o mesmo nome, acrescenta-se após a sua indicação, entre parênteses, a unidade geográfica que identifica a sua jurisdição. (NBR 6023:2002, seção 8.1.2.2).

É necessário extremo cuidado na indicação do autor, nos casos de entidade, para que o leitor possa ter o acesso efetivamente à fonte indicada, em especial nas situações em que existem órgãos em todos os estados da federação com os mesmo nomes.

Na utilização do sistema autor-data como nota de referência (indicação da fonte dentro do texto, para posterior acesso à referência integral na lista de referências), será utilizada a entidade; sendo a entidade conhecida pela sigla, a mesma poderá ser utilizada na nota de referência.

4.1.1.1.3 Autoria desconhecida

Quando a autoria do objeto da referência for desconhecida, faz-se a entrada pelo título, grifando a sua primeira palavra em letras maiúsculas. Não devem ser utilizadas as expressões anônimo ou autor desconhecido. (NBR 6023:2002, seção 8.1.3).

Na utilização do sistema autor-data como nota de referência, será utilizada a palavra grifada para indicar a fonte.

4.1.1.2 Título e subtítulo

No que diz respeito aos títulos e subtítulos, são as seguintes as regras de apresentação fixadas pela ABNT:

- a) “o título e o subtítulo (se for usado) devem ser reproduzidos tal como figuram no documento, separados por dois-pontos.” (NBR 6023:2002, seção 8.2);
- b) “em títulos e subtítulos demasiadamente longos, pode-se suprimir as últimas palavras, desde que não seja alterado o sentido. A supressão deve ser indicada por reticências [...].” (NBR 6023:2002, seção 8.2.1);
- c) “quando o título aparecer em mais de uma língua, registra-se o primeiro. Opcionalmente, registra-se o segundo ou o que estiver em destaque, separando-o do primeiro pelo sinal de igualdade [=].” (NBR 6023:2002, seção 8.2.2);
- d) “quando se referenciam periódicos no todo (toda a coleção), ou quando se referencia integralmente um número ou fascículo, o título deve ser sempre o primeiro elemento da referência, devendo figurar em letras maiúsculas.” (NBR 6023:2002, seção 8.2.3);
- e) “no caso de periódico com título genérico, incorpora-se o nome da entidade autora ou editora, que se vincula ao título por uma preposição entre colchetes [[da] ou [do]].” (NBR 6023:2002, seção 8.2.4);
- f) os títulos dos periódicos podem ser abreviados, utilizando nesse caso as normas constantes da NBR 6032:1989. (NBR 6023:2002, seção 8.2.5);
- g) “quando não existir título, deve-se atribuir uma palavra ou frase que identifique o conteúdo do documento, entre colchetes. (NBR 6023:2002, seção 8.2.6).
- h) “o título de várias edições de um documento referenciado sucessivamente, na mesma página, também pode ser substituído por um traço sublinear [equivalente a seis espaços e ponto, da seguinte forma: _____.] nas referências seguintes à primeira”. (NBR 6023:2002, seção 9.1.2).

Embora não haja referência expressa a essa questão, havendo divergência entre o título constante da capa e o apresentado na parte interna do livro, inclusive na ficha catalográfica, deve-se sempre utilizar o título de capa, por ser aquele do qual se tem a visualização direta nas estantes e prateleiras das bibliotecas e livrarias.

4.1.1.3 Edição

Para a indicação da edição da obra referenciada utilizam-se as seguintes regras:

- a) “quando houver uma indicação de edição, esta deve ser transcrita, utilizando-se abreviaturas dos numerais ordinais e palavra edição, ambas na forma adotada na língua do documento.” (NBR 6023:2002, seção 8.3);
- b) “indicam-se emendas e acréscimos à edição, de forma abreviada.” (NBR 6023:2002, seção 8.3.1);
- c) considera-se a versão de documentos eletrônicos como equivalente à edição e se a transcreve como tal. (NBR 6023:2002, seção 8.3.2).

A importância da indicação da edição depende em especial da introdução ou não de novas informações ou da revisão de conceitos e posições de uma para outra. Tendo ocorrido uma dessas situações, sua indicação se torna essencial para que o leitor saiba a que versão do trabalho se está referindo.

4.1.1.4 Local

Para a indicação do local de publicação da obra referenciada utilizam-se as seguintes regras:

- a) “o nome do local (cidade) de publicação deve ser indicado tal como figura no documento.” (NBR 6023:2002, seção 8.4);
- b) “no caso de homônimos de cidades, acrescenta-se o nome do estado, do país, etc.” (NBR 6023:2002, seção 8.4.1);
- c) “quando houver mais de um local para uma só editora, indica-se o primeiro ou o mais destacado.” (NBR 6023:2002, seção 8.4.2);
- d) “quando a cidade não aparece no documento, mas pode ser identificada, indica-se entre colchetes.” (NBR 6023:2002, seção 8.4.3);
- e) “não sendo possível determinar o local, utiliza-se a expressão *sine loco*, abreviada, entre colchetes [S.l.]” (NBR 6023:2002, seção 8.4.4);
- f) “quando o local e o editor não puderem ser identificados na publicação, utilizam-se ambas as expressões, abreviadas e entre colchetes [S.l.: s.n.]” (NBR 6023:2002, seção 8.5.3).

A norma da ABNT indica a necessidade da indicação do estado ou do país apenas no caso de homônimos de cidades. Sugere-se, entretanto, que a adoção dessa indicação sempre que a cidade referida seja pouco conhecida ou de pouca expressão no cenário específico.

4.1.1.5 Editora

Para a indicação da editora responsável pela publicação da obra referenciada utilizam-se as seguintes regras:

- a) “o nome da editora deve ser indicado tal como figura no documento, abreviando-se os prenomes e suprimindo-se palavras que designam a natureza jurídica ou comercial, desde que sejam dispensáveis para identificação.” (NBR 6023:2002, seção 8.5);
- b) “quando houver duas editoras, indicam-se ambas, com seus respectivos locais (cidades). Se as editoras forem três ou mais, indica-se a primeira ou a que estiver em destaque.” (NBR 6023:2002, seção 8.5.1);
- c) “quando a editora não puder ser identificada, deve-se indicar a expressão *sine nomine*, abreviada, entre colchetes [s.n.]” (NBR 6023:2002, seção 8.5.2);
- d) “quando o local e o editor não puderem ser identificados na publicação, utilizam-se ambas as expressões, abreviadas e entre colchetes [S.l.: s.n.]” (NBR 6023:2002, seção 8.5.3);
- e) “quando a editora é a mesma instituição ou pessoa responsável pela autoria e já tiver sido mencionada, não é indicada.” (NBR 6023:2002, seção 8.5.4).

A indicação correta do nome da editora é de especial importância quando o leitor desejar adquirir a obra referida, devendo portanto cumprir-se adequadamente as regras acima indicadas.

4.1.1.6 Data

Para a indicação da data da publicação da obra referenciada utilizam-se as seguintes regras:

- a) “a data da publicação deve ser indicada em algarismos arábicos.” (NBR 6023:2002, seção 8.6);
- b) “por se tratar de elemento essencial para a referência, sempre deve ser indicada uma data, seja da publicação, [...], da impressão, da apresentação (depósito) de um trabalho acadêmico, ou outra.” (NBR 6023:2002, seção 8.6.1);
- c) conforme determina a seção 8.6.2 da NBR 6023:2002, se nenhuma data puder ser obtida, deve-se registrar uma data aproximada, entre colchetes, na forma que segue:

[2000 ou 2001]	um ano ou outro;
[2000?]	data provável;
[2000]	data certa, não indicada no item;

[entre 2000 e 2004]	para intervalos de tempo (- de 20 anos);
[ca. 2000]	data aproximada;
[199-]	década certa;
[199-?]	década provável;
[19--]	século certo;
[19--?]	século provável;

- d) “nas referências de vários volumes de um documento, produzidos em um período, indicam-se as datas mais antiga e mais recente da publicação, separada por hífen.” (NBR 6023:2002, seção 8.6.3);
- e) “para as coleções de periódicos em curso de publicação, indica-se apenas a data inicial seguida de hífen e um espaço.” (NBR 6023:2002, seção 8.6.4);
- f) “em caso de publicação periódica, indicam-se as datas inicial e final do período de edição, quando se tratar de publicação encerrada.” (NBR 6023:2002, seção 8.6.5);
- g) “os meses devem ser indicados de forma abreviada, no idioma original da publicação”. (NBR 6023:2002, seção 8.6.6). Na língua portuguesa a abreviação de todos os meses do ano é realizada com a utilização das três primeiras letras de seu nome, seguidas de ponto, com exceção do mês de maio que não deve ser abreviado;
- h) se a publicação indicar, em lugar dos meses, as estações do ano, faz-se a transcrição tal como figurar no objeto da referência. (NBR 6023:2002, seção 8.6.7);
- i) se a publicação indicar, em lugar dos meses, as divisões do ano em trimestres, semestres, etc., deve-se abreviar a informação. (NBR 6023:2002, seção 8.6.7);
- j) se houver mais de uma publicação do mesmo autor na mesma data, utilizam-se letras minúsculas (a, b, c ...) após a data de cada uma delas para identificá-las (esse procedimento deve ser utilizado tanto nas notas quanto na lista de referências).

A data de publicação das obras é um elemento em muitas situações de difícil localização. Algumas obras a indicam de forma precisa, outras simplesmente não a indicam. Outras ainda as indicam em algarismos romanos e não em arábicos. Há ainda a situação, em especial de obras estrangeiras, que a data é indicada ao final do livro e não nas páginas iniciais como é hábito no Brasil. Some-se a isso os diversos textos que chegam às mãos dos pesquisadores de forma impressa ou em arquivo de computador, sem qualquer referência à data. Deve-se, entretanto, buscar informá-la da forma mais completa possível, pois

a identificação do período histórico (seu contexto) em que um texto foi escrito é fundamental para a adequada compreensão do seu conteúdo.

4.1.1.7 Descrição física

As informações relativas à descrição física (número de volumes, de páginas, etc.) não são obrigatórias. Relativamente a esse elemento é importante destacar:

- a) quando a abreviatura (v. = volume, n. = número, p. = página, f. = folha, etc.) anteceder a indicação numérica, ela indica um elemento específico;
- b) quando a abreviatura (v. = volume, n. = número, p. = página, f. = folha, etc) estiver após a indicação numérica, ela indica o número total;
- c) a indicação deve ser realizada respeitando-se a forma expressa no objeto referenciado (letras, algarismo arábicos, algarismos romanos, etc.). (NBR 6023:2002, seção 8.7);
- d) quando se referenciam publicações de forma integral, menciona-se o número total de folhas ou páginas, seguido pela abreviatura f. ou p., quando se tratar de apenas uma unidade física, ou indica-se o número de volumes, seguido pela abreviatura v., se possuir mais de um volume. (NBR 6023:2002, seções 8.7.1 e 8.7.2);
- e) “quando se referenciam partes de publicações, mencionam-se os números das folhas ou páginas inicial e final, precedidos da abreviatura f. ou p. ou indica-se número do volume, precedido da abreviatura v., ou outra forma de individualizar a parte referenciada.” (NBR 6023:2002, seção 8.7.4).

As informações relativas à descrição física são de importância maior quando se tratar de referência à parte de uma obra do que nas situações em que a referência é da obra como um todo. Esse é o caso das referências de artigos de revistas, capítulos de livros e coletâneas, verbetes de dicionários, textos de enciclopédias e volumes de coleções.

4.1.1.8 Situações especiais

Algumas situações especiais merecem referência em separado neste trabalho. Delas tratar-se-á a seguir.

4.1.1.8.1 Séries e coleções

“Após todas as indicações sobre os aspectos físicos, podem ser incluídas

as notas relativas a séries e/ou coleções. Indicam-se, entre parênteses, os títulos das séries e coleções, separados, por vírgula, da numeração, em algarismos arábicos, se houver.” (NBR 6023:2002, seção 8.10).

4.1.1.8.2 Trabalhos acadêmicos

“Nas teses, dissertações ou outros trabalhos acadêmicos devem ser indicados em nota o tipo de documento (tese, dissertação, trabalho de conclusão de curso, etc.), o grau, a vinculação acadêmica, o local e a data da defesa, mencionada na folha de aprovação (se houver).” (NBR 6023:2002, seção 8.11).

4.1.1.8.3 Trabalhos divulgados em meio eletrônico

Para os trabalhos divulgados em meio eletrônico devem ser consideradas as seguintes regras:

- a) meio eletrônico físico (disquete, CD, etc.): a referência deve obedecer aos padrões indicados para o objeto específico, acrescentando-se a eles as informações relativas à descrição física do meio eletrônico. (NBR 6023:2002, seção 7.2.1);
- b) consulta *on line*: a referência deve obedecer aos padrões indicados para o objeto específico, acrescentando-se a eles “as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais < >, precedido da expressão Disponível em: e a data de acesso ao documento, precedida da expressão Acesso em:, opcionalmente acrescida dos dados referentes a hora, minutos e segundos”. (NBR 6023:2002, seção 7.2.2).

Deve se procurar indicar o maior número de informações possível sempre que a fonte for de informação obtida na internet. Nesse espaço as informações são substituídas, incluídas e excluídas com muita rapidez. Em razão disso, sempre que se utilizar essa espécie de fonte em um projeto de pesquisa, trabalho acadêmico, relatório de pesquisa ou artigo, deve-se guardar uma cópia do texto da fonte, quer seja em arquivo, quer seja de forma impressa, permitindo a comprovação posterior da correta indicação da fonte em caso de ser a mesma questionada.

4.1.1.8.4 Notas

“Sempre que necessário à identificação da obra, devem ser incluídas notas com informações complementares, ao final da referência, sem destaque tipográfico.” (NBR 6023:2002, seção 8.11).

4.1.2 Exemplos de referências

Para facilitar a compreensão das regras aplicáveis às referências, apresenta-se a seguir três quadros. Do primeiro constam, para as principais

espécies de informações que possam ser objeto de referência, os elementos que as compõem, a sua seqüência e exemplos. O segundo tem objeto listar a referências considerando as principais situações relativamente à autoria. Já o terceiro destina-se a apresentar a referência a fontes com ausência de local, editora e/ou data.

4.1.2.1 Exemplos de referências por espécie de fonte

Este primeiro quadro apresenta exemplos de referências considerando a espécie de fonte, com base na ABNT, incluindo, ao final, situações não previstas nas normas dessa Associação.

<p>Monografia no todo (livros)</p>	<p>Elementos essenciais: autor (es), título, edição, local, editora e data de publicação. (NBR 6023:2002, seção 7.1.1). Quando a editora é a mesma instituição ou pessoa responsável pela autoria, não é necessário repetir a informação. (NBR 6023:2002, seção 8.5.4).</p> <p>ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.</p> <p>DONA Benta: comer bem. 76. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2004.</p> <p>LÔBO, Paulo Luiz Neto et al. (Org.). OAB ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas. 2. ed. Brasília: OAB 1996.</p> <p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994.</p>
<p>Monografia no todo (trabalhos acadêmicos)</p>	<p>Elementos essenciais: autor (es), título, edição, local, editora e data de publicação. (NBR 6023:2002, seção 7.1.1). Em nota devem ser indicados: tipo de documento, grau, vinculação acadêmica, local e data da defesa (conforme mencionado na folha de aprovação). (NBR 6023:2002, seção 8.11.4).</p>

	FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Direito e ta- oísmo : elementos para compreensão do sistema jurídico à luz do princípio único universal. 2003. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, UFSC, Florianópolis, 2003.
Parte de monografia (seção ou fragmento de uma obra, com autor e/ ou título próprio)	Elementos essenciais: autor(es), título da parte, seguidos da expressão “In:”, e da referência com- pleta da obra no todo. (NBR 6023:2002, seção 7.3.1). RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico no Brasil. In: _____. Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos . São Paulo: Rev. Tribunais, 1995. p. 9-39. _____. Interpretação e aplicação das normas do Mercosul. In: DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Mar- celo de A.; LIMA, Marcos C. (Org.). Processos de integração regional . Curitiba: Juruá, 1999. p. 41-54. _____. A Lei n.º 9.099/95 e a Constituição Fe- deral: questões polêmicas. In: SPODE, Guinther (Org.). Juizados especiais cíveis e criminais . Caxias do Sul: [s.n.], 1999. 1 CD.
Parte de monografia (verbetes de dicionários e enciclopédias)	AR puro: combustível da vida. In: Medicina al- ternativa de A a Z . 6. ed. Uberlândia, MG: Ed. Natureza, 2003. p. 26. BOBBIO, Norberto. Direito. In: BOBBIO, Nor- berto; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gian- franco. Dicionário de política . Brasília: Ed. UnB, 1986. p. 349-353. DIREITO. In: Dicionário Universal Língua Portuguesa . Lisboa: Priberam Informática, 2007. Disponível em: < http://www.priberam.pt/dlpo/ definir_resultados.aspx >. Acesso: 10 jul. 2007. SALDANHA, Nelson. Filosofia do Direito. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito . São Paulo: Saraiva, 1977. v. 37, p. 358-62.

<p>Publicação periódica como um todo (revistas, boletins, etc.)</p>	<p>Elementos essenciais: título, local de publicação, editora, datas de início e de encerramento da publicação. (NBR 6023:2002, seção 7.5.1.1).</p>
	<p>ANUÁRIO DA ABEDi. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003- .</p>
<p>Parte de publicação periódica (revistas, boletins, etc.)</p>	<p>Elementos essenciais: título, local de publicação, editora, numeração do ano e/ou volume, numeração do fascículo, informações de períodos e datas de sua publicação. (NBR 6023:2002, seção 7.5.2.1).</p>
	<p>REVISTA Aprender. Marília: CM Editora, a. 4, n. 6, nov./dez. 2004.</p>
<p>Artigo e/ou matéria de revistas, boletins, etc.</p>	<p>Elementos essenciais: autor(es), título da parte, artigo ou matéria, título da publicação, local de publicação, editora, numeração correspondente ao volume e/ou ano, fascículo ou número, paginação inicial e final, data ou intervalo de publicação e, quando houver, particularidades que identifiquem a parte. (NBR 6023:2002, seção 7.5.3.1).</p>
	<p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Liberdade de ensinar no Direito Educacional brasileiro: limites legais à manifestação da OAB. Anuário da ABEDi, Florianópolis, Fundação Boiteux, a. 2, n. 2, p. 181-197, 2004.</p> <p>_____. A educação ambiental no âmbito do Direito Educacional brasileiro. Revista Aprender Virtual. Disponível em: <http://www.aprendervirtual.com>. Acesso em: 23 nov. 2004, 13:57.</p>

Artigo e/ou matéria de jornal	Elementos essenciais: autor(es), título, título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção, caderno ou parte do jornal e a paginação correspondente (não havendo seção, caderno ou parte, a paginação do artigo ou matéria precede a data). (NBR 6023:2002, seção 7.5.5.1).
	RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Leigo: o juiz ou o legislador? Folha de São Paulo , São Paulo, 20 jan. 1996. Caderno 3, p. 2. _____. Revisão constitucional com que direito? Jornal da APUFSC , Florianópolis, n. 23, p. 6, out. 1993.
Evento como um todo	Elementos essenciais: nome do evento, numeração do evento quando houver, ano e local de realização; título do documento (anais, atas, etc.), local de publicação, editora e data da publicação. (NBR 6023:2002, seção 7.6.1).
	ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, VII, 1998, Belém. Anais ... Belém: UFPA, 1999. Cadernos da Pós-Graduação em Direito.
Trabalho apresentado em evento	Elementos essenciais: autor(es), título do trabalho apresentado, seguido da expressão In:, nome do evento, numeração do evento quando houver, ano e local de realização, título do documento (anais, atas, etc.), local de publicação, editora, data da publicação e página inicial e final da parte referenciada. (NBR 6023:2002, seção 7.7.1).
	RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Advocacia com qual direito? In: XIV CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 1992, Vitória. Anais ... Brasília: OAB/CF, 1992. p. 397-403.

Legislação	<p>Elementos essenciais: jurisdição, título, numeração, data e dados da publicação. Para Constituições e suas emendas, acrescentar a palavra Constituição, seguida do ano de promulgação entre parênteses, entre o nome da jurisdição e o título. (NBR 6023:2002, seção 7.9.1.1).</p> <p>BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2003. In: Constituição da República Federativa do Brasil. 31. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 280-283.</p> <p>_____. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: Código de Processo Civil. 9. ed. atual. São Paulo: Rev. Tribunais, 2004. p. 667-680.</p> <p>_____. Conselho Nacional de Educação. Resolução n.º 9, de 29 de setembro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, n. 189, 1 out. 2004. Seção 1, p. 17-18.</p> <p>SANTA CATARINA. Constituição (1989). Disponível em: <http://www.sc.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2004, 18:54:05.</p>
-------------------	---

Decisões judiciais	<p>Elementos essenciais: jurisdição e órgão judiciário competente, título (natureza da decisão ou ementa) e número, partes envolvidas (quando identificadas), relator, local, data e dados da publicação. (NBR 6023:2002, seção 7.9.2.1).</p> <p>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 648. In: Código de Processo Civil. 9. ed. atual. São Paulo: Rev. Tribunais, 2004. p. 1.052.</p> <p>SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Súmula n.º 12. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, 2000-2003. CD 5, dez. 2003.</p> <p>_____. Agravo de Instrumento n.º 2002.008013-1. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 4 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2004.</p> <p>BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo de Instrumento n.º 2004.04.01.039834-4/SC. Agravante: União Federal. Agravado: Complexo de Ensino Superior Anita Garibaldi (CESAG). Relatora: Des. Federal Silvia Goraieb. Porto Alegre, 1 de setembro de 2004. Informação obtida nos autos do processo.</p>
<p>Imagem em movimento (filmes, vídeos, etc.)</p>	<p>Elementos essenciais: título, diretor, produtor, local, produtora, data e especificação do suporte em unidades físicas. (NBR 6023:2002, seção 7.10.1).</p> <p>SOCIEDADE dos poetas mortos. Dirigido por: Peter Weir. Produzido por: Steven Haft; Paul Junger Witt; Tony Thomas. EUA: Touchstone Pictures, [1989]. 1 DVD.</p>
<p>Documento sonoro no todo (CD, cassete, etc.)</p>	<p>Elementos essenciais: compositor(es) ou intérprete(s), título, local, gravadora (ou equivalente), data e especificação do suporte. (NBR 6023:2002, seção 7.13.1).</p> <p>ARATANHA Azul. De volta à terra. [Recife]: LG, [2004]. 1 CD.</p>

<p>Documento sonoro em parte (partes e faixas)</p>	<p>Elementos essenciais: compositor(es) ou intérprete(s) da parte (ou faixa de gravação), título, seguidos da expressão In:, e da referência do documento sonoro no todo. Informar ao final a faixa ou outra forma de individualizar a parte referenciada. (NBR 6023:2002, seção 7.14.1).</p> <p>RAMALHO, Zé. Para Raul. In: _____. Zé Ramalho canta Raul Seixas. Barueri: BMG, [200-]. Faixa 11.</p>
<p>Documento de acesso exclusivo em meio eletrônico (bases de dados, listas de discussão, sítios, arquivos, programas, mensagens eletrônicas, etc.)</p>	<p>Elementos essenciais: autor(es), título do serviço ou produto, versão e descrição física do meio eletrônico. Tratando-se de obras consultadas <i>on line</i>, incluir as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado-as entre os sinais < >, precedidas da expressão Disponível em: e a data de acesso ao documento, precedida da expressão Acesso em: (NBR 6023:2002, seções 7.14.1 e 7.2.2).</p> <p>DIREITOS Humanos. In: Dicionário Universal Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2007. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em: 10 jul. 2007.</p> <p>MICROSOFT Office2000 Professional. [S.l.]: Microsoft, 2000. 2 CD.</p> <p>UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Biblioteca Universitária. Orientação para pesquisa e normalização da informação. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/tutoriais.html>. Acesso em: 20 maio 2004.</p>

<p>Entrevista</p> <p>(indicação sugestiva, com base na AACR 2; a ABNT não possui norma específica sobre referência a entrevista).</p>	<p>Elementos essenciais:</p> <p><i>Entrevista publicada como parte de monografia:</i> entrevistado(s), título da entrevista (quando houver), seguidos da expressão “In:”, e da referência completa da obra no todo, entrevistador.</p> <p><i>Entrevista publicada em revista:</i> entrevistado(s), título da entrevista (quando houver), título da publicação, local de publicação, editora, numeração correspondente ao volume e/ou ano, fascículo ou número, paginação inicial e final, data ou intervalo de publicação e, quando houver, particularidades que identifiquem a parte, entrevistador.</p> <p><i>Entrevista publicada em jornal:</i> entrevistado(s), título da entrevista (quando houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção, caderno ou parte do jornal e a paginação correspondente (não havendo seção, caderno ou parte, a paginação do artigo ou matéria precede a data), entrevistador.</p> <p><i>Entrevista em imagem ou documento sonoro:</i> entrevistado(s), título da entrevista (quando houver), programa (quando houver), local, editora ou emissora e data de publicação ou de concessão, especificação do suporte (quando for o caso), entrevistador.</p> <hr/> <p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico e cidadania. In: ARGÜELO, Kátie. (Org.). Direito e democracia. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 197-200. Entrevista concedida a Kátie Argüelo.</p> <p>GIANOTTI, José Arthur. Contra a demagogia. Veja, São Paulo, n. 885, 21 ago. 1985. Páginas amarelas, p. 3-6. Entrevista concedida a Mário Sérgio Conti.</p> <p>FARIA, José Eduardo. Professor apresenta proposta para o ensino do Direito. Folha de São Paulo, São Paulo, p. 31, 29 abr. 1986. Entrevista concedida a Ricardo Bonalume Neto.</p> <p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça. Programa Justiça do Trabalho na TV. Florianópolis: TV Justiça, 2006. Entrevista concedida a Vanderlei Luiz Ricken.</p>
--	--

<p>Palestras, conferências, etc. (indicação sugestiva; a ABNT não possui norma específica).</p>	<p>Elementos essenciais: Palestrante, conferencista ou painelistas; título da..., evento, local, data, instituição promotora e especificação do suporte em unidades físicas.</p> <hr/> <p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Estudo de graduação e inovação pedagógica. In: Seminário Nacional: Curso de Direito. São Paulo: CM Consultoria, nov. 2006. 1 DVD.</p>
---	---

Exemplos de referências por autoria da fonte

Este segundo quadro apresenta exemplos de referências considerando a sua autoria, com base na ABNT.

<p>Autor pessoal (individual)</p>	<p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico: saber e poder. São Paulo: Acadêmica, 1988.</p> <hr/> <p>_____. Ensino jurídico e direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1993.</p>
<p>Autor pessoal (dois ou três autores)</p>	<p>FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. Tribunais, 2006.</p> <hr/> <p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.</p>
<p>Autor pessoal (mais de três autores)</p>	<p>WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (Coord.). Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Rev. Tribunais, 2005.</p>
<p>Organizador / compilador, coordenador</p>	<p>MILLER, David (Comp.). Popper: escritos selectos. México, D.F.: FCE, 1995.</p> <hr/> <p>RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). Ensino jurídico para que(m)? Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.</p>

Autor entidade	<p>BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Resolução n.º 9, de 29 de setembro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, n. 189, 1 out. 2004. Seção 1, p. 17-18.</p> <p>MICROSOFT Office2000 Professional. [S.l.]: Microsoft, 2000. 2 CD.</p> <p>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 648. In: Código de Processo Civil. 9. ed. atual. São Paulo: Rev. Tribunais, 2004. p. 1.052.</p> <p>UFSC. Biblioteca Universitária. Orientação para pesquisa e normalização da informação. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/tutoriais.html>. Acesso em: 20 maio 2004.</p>
Autoria desconhecida	<p>MEDICINA alternativa de A a Z. 6. ed. Uberlândia, MG: Ed. Natureza, 2003.</p>

4.1.2.2 Exemplos de referências sem indicação de local, editora e/ou data

Este segundo quadro apresenta exemplos de referências considerando a sua autoria, com base na ABNT.

Ausência de local	<p>NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. Cadernos Direito GV, n. 1, [S.l.], [2003?].</p>
Ausência de editora	<p>PASOLD, Cesar Luiz. Função social do estado contemporâneo. Florianópolis: [s.n.], 1984.</p>
Ausência de local e editora	<p>ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. [S.l.: s.n.], [199-].</p>

<p>Data indeterminada</p>	<p>ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Luciano. O estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil. [Brasília]: [Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários], [1996].</p> <p>[ALVAREZ, Gladis]. La reforma pedagógica de la Facultad de Derecho e Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. [S.l.: s.n.], [198-?].</p> <p>JARDIN, Torquato Lorena. Ensino jurídico. [S.l.: s.n.], [ca. 1984].</p> <p>NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. Cadernos Direito GV, n. 1, [S.l.], [2003?].</p>
<p>Diversos textos na mesma data</p>	<p>LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar Direito, hoje? Brasília: Nair, 1984a.</p> <p>_____. Pesquisa em que Direito? Brasília: Nair, 1984b.</p>

4.2 Citações

As citações são objeto específico da NBR 10520:2002 e podem ser classificadas em 3 espécies:

a) citação direta (transcrição textual);

Exemplo de citação direta curta:

Com referência a outra questão muito discutida, que é da especialização, não se posiciona contra ela quando for necessária e prudente, em divisões do trabalho e mantida a visão do todo. Mas alerta que “a especialização subordinada à dogmática, entretanto, dogmática é, chegando a acrescentar mais graves inconvenientes” (LYRA FILHO, 1981, p. 3-4) – e pode gerar a hiperespecialização alienante.

Exemplo de citação direta longa:

O perfil de sua trajetória intelectual o marcou, como ele mesmo se autodenominou, como um *jurista marginal*. Para Raymundo Faoro (1986, p. 29):

Lyra, o ‘marginal’, ficou [...], entre dois mundos, sitiado por ambos: o dos que querem tudo e já, de um lado; e, no outro, dos que aceitam todas as transigências e transações. O ‘marginalismo’, experiência do inconformado e, quase sempre, solitário combate, conjurou as táticas que, embora opostas, se juntam na consagração do imobilismo. Ele, Roberto Lyra Filho, não condescendeu com nenhuma das vertentes. Marginal permaneceu, no sentido de marginalizado, de quem não se sentou à mesa, mas também de quem não abandonou o jantar, denunciando o apetite de uns e a retórica de outros.

b) citação indireta (paráfrase, texto baseado na obra referida);

Exemplo de citação indireta ou paráfrase:

O problema do ensino do Direito não se reduz às questões curriculares e didático-pedagógicas. Currículo e metodologia do ensino são meras conseqüências de uma estrutura de pensamento e de uma prática já estabelecidas – são conseqüências do senso comum teórico dos juristas, visto como o complexo e contraditório conjunto de juízos éticos, crenças, pontos de vista, saberes acumulados, enunciados científicos e justificações, expresso mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais e autoridades jurídicas, cristalizado pelas práticas jurídicas. (WARAT, 1981,1982).

c) citação de citação (citação direta ou indireta de um texto ao qual apenas se teve acesso através de outro texto que não o original).

Exemplo de citação de citação curta:

O ensino Direito, ao dizer que Direito é as normas estatais, contrai, arbitrariamente, a dialética do fenômeno jurídico, deixando em aberto o que tais normas pretendem veicular. “Isto é, o passageiro é definido pelo automóvel e tudo que nele transita é o passageiro.” (LYRA FILHO apud RODRIGUES, 2007, p. 17, grifo do autor). Isto traz como conseqüência a negação da ‘positividade’ ao que não é o direito estatal, que desta forma se coloca como dogma inquestionável – é a influência da ciência positivista (dogmática jurídica) sobre o Ensino do Direito.

Exemplo de citação de citação longa:

Este tipo de concepção, segundo Lyra Filho, nega dois fatos óbvios:

O primeiro é a existência de normação jurídica nas sociedades em que não há Estado – o que qualquer antropólogo demonstra ser inexato. O segundo é que fatos *jurídicos*, tais como o Poder Constituinte, para o qual apela o Estado em sua origem, passam a ser algo não-jurídico. Sobretudo não há falar em direitos humanos, ou coisa que os valha, pois direito não são. (apud RODRIGUES, 2007, p. 17, grifo do autor).

Sua localização pode ser no texto ou em notas de rodapé, devendo ser apresentadas segundo as seguintes regras gerais:

- a) a utilização do ponto final após as citações deve atender às regras gramaticais;
- b) citações diretas de até 3 linhas devem ser inseridas no parágrafo normal e contidas entre aspas;
- c) utilizam-se aspas simples para indicar citação no interior de citação;
- d) citações diretas de mais de 3 linhas devem ser destacadas em parágrafo próprio, sem aspas, com recuo de 4 cm da margem esquerda, utilizando-se fonte menor que a do texto regular¹⁷ e espaço simples;
- e) indicar as supressões com [...];
- f) inserir interpolações, acréscimos ou comentários entre [];
- g) realizar ênfases ou destaques com negrito ou itálico;
- h) para trechos enfatizados ou destacados na citação, incluir as expressões “grifo nosso”¹⁸ ou “grifo do autor”, conforme o caso, após a chamada da citação, ainda dentro do parênteses;
- i) para trechos traduzidos pelo autor do trabalho, deve-se incluir a expressão “tradução nossa”¹⁹, após a chamada da citação, ainda dentro dos parênteses;
- j) dados obtidos por informação verbal devem ser seguidos da expressão “informação verbal” entre parênteses, mencionando-se os dados e informações disponíveis em nota de rodapé.

As citações são indicadas no texto, por um sistema de chamada, existindo como opções o sistema autor-data e o sistema numérico.

Ressalte-se novamente que em qualquer situação as normas gramaticais da língua portuguesa se sobrepõem às normas da ABNT, devendo ser aplicadas em detrimento das mesmas.

4.2.1 Sistemas de chamada para as referências das citações

As notas de referências, para as quais se adotam os sistemas de chamada autor-data e numérico, têm por objetivo indicar as fontes das citações.

Segundo a seção 7 da NBR 10520:2002, “deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o numérico para notas explicativas”; também essa mesma norma técnica estabelece, na seção 6.2.1, que “o sistema numérico não deve ser utilizado [para indicar citações] quando há notas [explicativas] de rodapé”. No mesmo sentido, a NBR 6023:2002, na seção 9.2, *in fine*, reforça essa posição ao estabelecer que “o sistema numérico não pode ser usado concomitantemente para notas de referência e notas explicativas”.

Fica claro, nesse sentido, que a utilização do sistema numérico só pode ocorrer quando o texto não possuir notas explicativas. E a impossibilidade de utilizar esse tipo de nota pode empobrecer o texto e mesmo, em algumas situações, dificultar a inclusão de determinadas informações. Sugere-se, portanto, a adoção, em qualquer situação, do sistema autor-data.

4.2.1.1 Sistema autor-data

No sistema autor-data indica-se:

- a) sobrenome de cada autor (em letras maiúsculas) ou de cada entidade responsável até o primeiro sinal de pontuação (em letras maiúsculas);
- b) data de publicação do documento;
- c) volume, tomo, número, página.

Esses elementos são separados por vírgulas, sendo a indicação da página ou páginas precedida da abreviatura “p.”, e indicados entre parênteses.

Relativamente ao sistema de chamada autor-data, as regras gerais de apresentação das referências das citações são:

- a) a referência aos autores ou instituições responsáveis deve ser em maiúsculas, quando entre parênteses, e apenas com as iniciais maiúsculas, quando a chamada estiver na própria sentença (neste caso, irão entre parênteses apenas o ano, o volume, o tomo, o número e a página);
- b) a indicação de volume, tomo e número apenas é necessária em publicações seriadas ou com mais de um volume;
- c) nas citações indiretas, a indicação da página é opcional;
- d) nas citações de citações o sobrenome do autor do texto é seguido da expressão *apud* e do sobrenome do autor da fonte consultada;
- e) havendo coincidência de sobrenomes de autores, acrescentam-se as iniciais de seus nomes; persistindo a coincidência, grafam-se os seus nomes por extenso;

- f) distinguem-se as diversas publicações de um mesmo autor em um mesmo ano pelo acréscimo de letras minúsculas, em ordem alfabética, após o ano, sem espaçamento;
- g) havendo a citação indireta de diversos textos ou documentos de um mesmo autor, mencionados simultaneamente, incluem-se todas as datas em seqüência, separadas por vírgulas;
- h) na citação indireta de diversos documentos, de autoria de diferentes pessoas, mencionados simultaneamente, deve-se incluir as referências em ordem alfabética e separá-los por ponto e vírgula.

Como já destacado anteriormente, as normas da ABNT não permitem a utilização das notas de rodapé, quer para realizar indicações, observações ou aditamentos, quer como notas explicativas, quando tiverem sido utilizadas para as notas de referências. Assim, utilizando as notas de rodapé para referenciar as citações, não se podem utilizar as notas de rodapé para qualquer outra finalidade. A utilização do sistema autor-data, além da maior facilidade de utilização, libera as notas de rodapé para serem utilizadas em suas outras finalidades.

4.2.1.2 Sistema numérico

Nesse sistema, segundo a NBR 10520, seção 6.2, “a indicação da fonte é feita por uma numeração única e consecutiva, em algarismos arábicos, remetendo à lista de referências [elaborada de acordo com a NBR 6023] ao final do trabalho, do capítulo ou da parte, na mesma ordem em que aparecem no texto”.

Segundo a ABNT, conforme ressaltado diversas vezes neste texto, o sistema numérico para as referências de citações não deve ser utilizado concomitantemente com notas de rodapé explicativas.

A numeração indicativa da fonte pode ser feita de duas formas:

- a) alinhada ao texto, entre parênteses; ou
- b) sobrescrita, sob a forma de expoente, na própria linha do texto, após a pontuação que encerra a citação.

Quando da adoção do sistema numérico, em nota de rodapé, para a indicação da fonte das citações, a primeira citação da obra deve ter sua referência completa, na forma NBR 6023. Para a seguinte podem ser adotadas formas abreviadas, com utilização das expressões a seguir indicadas (NBR 10520, seção 7.1.2):

- a) apud = citado por, conforme ou segundo;
- b) Cf. = confira;
- c) et seq. = sequentia, para seguinte ou o que se segue;

- d) Ibid. = ibidem, para a mesma obra;
- e) Id. = idem, para o mesmo autor;
- f) loc. cit. = loco citato, para no lugar citado;
- g) op. cit. = opus citatum, para obra citada; e
- h) passim = passim, para aqui e ali ou em diversas passagens.

As expressões “Id.,” “Ibid.,” “op. cit.” e “Cf.” apenas podem ser utilizadas na mesma página da nota de citação à qual se referem. As expressões “Id.,” “Ibid.” e “Cf.,” por iniciarem a nota, são iniciadas por letras maiúsculas; as demais, contidas no interior das notas, iniciam com letras minúsculas.

Exemplos de referências em notas de rodapé:

LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980. p. 5.

² Ibid., p. 5.

³ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985. p. 45.

³ LYRA FILHO, op. cit., p. 5.

A utilização desse sistema exige grande experiência do pesquisador, considerando que qualquer mudança na seqüência das citações, a introdução no texto de novas citações, a ampliação do próprio texto, modificando a paginação, necessitam de uma revisão integral nas notas. O sistema autor-data, nesse sentido, é muito mais prático e seguro, evitando erros na indicação das fontes das citações, com exceção daquelas situações em que o próprio digitador indica a fonte errada.

4.3 Notas

Segundo a NBR 10520:2002 as notas podem ser de rodapé, de referências e explicativas. Ao mesmo tempo, as notas de referências e as notas explicativas aparecerem nessa norma, em seções secundárias (respectivamente 7.1 e 7.2) da seção notas de rodapé (seção primária 7).

De outro lado, a NBR 6023:2002, em seu item 5, ao tratar da localização das referências, estabelece que essa podem estar, entre outros lugares, no rodapé, ao final de uma seção primária ou ao final do texto. E ao tratar dos sistemas de chamada para as fontes das citações indica duas opções, o numérico e o autor-data. Não há como negar que o sistema autor-data, embora não indicado dessa forma pela norma, é também uma nota de referência, colocada nesse caso dentro do texto.

Considerando-se essa ausência de clareza, entende-se ser necessário melhor sistematizar a classificação das notas a partir de dois critérios distintos: a sua localização e o seu conteúdo.

Considerando-se o seu conteúdo, as notas podem ser:

- a) notas de referência (indicam fontes consultadas ou remetem a outras partes do trabalho onde o assunto foi abordado) – exemplos serão apresentados quando da apresentação das notas de referência pelos sistemas autor-data e em rodapé;
- b) notas explicativas (comentários, esclarecimentos ou explanações que não possam ser incluídos no texto). Dentro dessas notas, embora não expressamente incluídas na norma da ABNT, pode-se incluir as anotações de terceiros (como naquelas publicações em que a atualização é realizada por outros especialistas que não o autor original da obra) e as notas dos tradutores.

Exemplo de nota explicativa:

Entende-se que o objeto de conhecimento está sempre em constante construção, não está colocado na natureza como um dado. O objeto cognoscível é construído a partir do próprio processo de produção de uma teoria e, como tal, se vincula à prática, através do método de abordagem utilizado, que delimita os parâmetros da realidade, respaldado por sua construção epistemológica. Todo dado e todo objeto de análise são construídos. Portanto toda teoria efetuada sobre eles se caracteriza por se um conhecimento aproximado, retificável e não o reflexo dos fatos. Sobre a questão da construção do objeto da ciência ver: BACHELARD, Gaston. *O racionalismo aplicado*. Trad. de Nathanael C. Caxeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977; e BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Trad. de Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 1981.

Considerando a sua localização, as notas podem ser:

- a) notas de rodapé;
- b) notas de final de seção;
- c) notas de final de texto; e
- d) notas dentro do próprio texto (caso específico das notas de referência no sistema autor-data).

Deve-se ainda, quanto às notas, considerar as seguintes regras:

- a) segundo a NBR 10520:2002 as notas são numeradas com algarismos arábicos, devendo a numeração ser única e consecutiva para cada capítulo ou parte, ou para o trabalho como um todo;

- c) relativamente à fonte, estabelece a NBR 14724:2005 que deve-se utilizar fonte menor do que a utilizada no texto normal do trabalho²⁰;
- d) quanto ao espaçamento, estabelece a NBR 14724:2005 que devem ser digitadas em espaço simples, não sendo inserido nenhum espaço adicional entre uma nota e outra;
- e) segundo a NBR 10520:2002, o alinhamento do texto das demais linhas de cada nota, que não a primeira, inicia sob a primeira letra do texto da própria nota²¹, deixando em destaque o expoente.

A seção 6.2.2 da NBR 10520, ao tratar do sistema numérico para indicar as fontes das citações traz as opções a serem adotadas para a numeração das notas. Embora essa indicação possa parecer específica e não geral, ela se aplica à numeração de todas as notas, sejam de referências ou explicativas. São elas:

- a) alinhada ao texto, entre parênteses; ou
- b) sobrescrita, sob a forma de expoente, na própria linha do texto, após a pontuação que encerra a citação.

Dentre essas opções, a segunda se apresenta melhor, tanto porque facilita a sua visualização como por dar ao texto uma apresentação gráfica mais adequada. E atualmente, com a utilização dos redatores de texto, não há porque não utilizá-lo, diferentemente do passado, quando os textos tinham de ser datilografados, dificultando sobremaneira a adoção dessa e de outras opções, como as próprias notas de rodapé.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo sistematizou e analisou as principais normas da ABNT aplicáveis aos trabalhos acadêmicos e apresentou, no texto e em notas de rodapé, indicações de como proceder, no programa *Word* da *Microsoft*, para formatar os trabalhos acadêmicos segundo essas mesmas normas.

A sistematização realizada buscou facilitar a utilização das normas técnicas, agrupando de forma temática conteúdos presentes de forma dispersa em diferentes textos, simplificando o acesso à informação nos momentos de dúvida pelos quais muitas vezes passa o pesquisador. É nesse sentido um texto de consulta, um texto instrumental, não se propondo em nenhum momento como um texto acadêmico.

Eventuais dúvidas (elas sempre existirão) podem ser dirimidas com a consulta direta às normas específicas, tendo em vista que as mesmas são expressamente indicadas no decorrer do texto, a medida que são apresentadas.

6 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: informação e documentação – artigo e publicação periódica científica impressa – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação – referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6024**: informação e documentação – numeração progressiva das seções de um documento escrito – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6027**: informação e documentação – sumário – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação – resumo – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6034**: preparação de índice de publicações. Rio de Janeiro, 1989.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação – citações em documentos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 10719**: apresentação de relatórios técnico-científicos. Rio de Janeiro, 1989.

_____. **NBR 12225**: títulos de lombada. Rio de Janeiro, 1992.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 15287**: informação e documentação – projeto de pesquisa – apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

¹ Para as citações longas, a paginação e as legendas sugere-se tamanho 10; para as notas de rodapé, tamanho 8.

² Para fazer isso no Word, vá para formatar “parágrafo”, no caixa “recuos e espaçamentos”, indicando no item “margens”, nos campos específicos, em centímetros, as margens desejadas.

³ A NBR 14724/2002 indicava que o texto deveria ser digitado ou datilografado com espaço duplo. Essa orientação trazia um problema prático, tendo em vista que em muitas máquinas de escrever o espaço duplo equipara-se ao espaço 1,5 dos redatores de textos mais utilizados para digitação, como é o caso do Word. A versão de 2005 dessa mesma norma adota como parâmetro o espaço 1,5, que dá ao trabalho melhor apresentação gráfica e menor dispêndio de papel.

⁴ Mancha é a parte da folha destinada ao texto; a parte situada entre as margens.

⁵ No Word, ao concluir a digitação do título, clicar duas vezes na tecla *enter*. Desejando fazê-lo de forma automática no Word, selecione um a um os parágrafos dos títulos das seções primárias; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando no campo “depois”, 20 pontos.

⁶ No Word, ao concluir a digitação do título, clicar duas vezes na tecla *enter*. Desejando fazê-lo de forma automática no Word, selecione um a um os parágrafos dos títulos das seções, a partir das secundárias; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando nos campos “antes” e “depois”, 20 pontos.

⁷ Para fazer isso de forma automática no Word, selecione os parágrafos das referências; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando no campo “depois”, 8 pontos.

⁸ Mancha é a parte da folha destinada ao texto; a parte situada entre as margens.

⁹ Nas monografias, dissertações e teses, para fazer isso no Word é, pode-se utilizar duas estratégias diversas: (a) dividir o texto do trabalho em dois arquivos, sendo o primeiro composto pelos elementos pré-textuais e o segundo pelos elementos textuais e pós-textuais. No primeiro desses arquivos não inserir numeração de páginas. No segundo, em inserir “números de página”, colocar: no campo “posição”, “início da página (cabeçalho)”, e no campo “alinhamento”, “direita”; ainda nessa caixa, clicar em “formatar” e, quando abrir a nova caixa, ir para o campo “numeração de página”, indicando em “iniciar em” o número correspondente à primeira folha da parte textual; ou (b) aplicar o recurso quebra de seção, utilizando, para a numeração de páginas o recurso “inserir número de páginas”, marcando no item posição a opção “início de página”, no item alinhamento a opção “direito” e desmarcando a opção “mostrar número na 1ª página”.

¹⁰ No Word, utilizar “inserir número de páginas”, marcando no item posição a opção “início de página”, no item alinhamento a opção “direito” e desmarcando a opção “mostrar número na 1ª página”; na seqüência vá para arquivo “configurar de página” e na caixa “margens”, item “a partir das margens”, indique 2 cm para o cabeçalho e 1 cm para o rodapé.

¹¹ Para fazer isso no Word, vá para formatar “parágrafo” e na caixa “recuos e espaçamentos”, item “especial”, marque “deslocamento” e indique, em milímetros, o espaço desejado.

¹² Ver NBR 6024/2003.

¹³ No Word, ao concluir a digitação do título, clicar duas vezes na tecla *enter*. Desejando fazê-lo de forma automática no Word, selecione um a um os parágrafos dos títulos das seções primárias; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando no campo “depois”, 20 pontos.

¹⁴ Em *papers* e artigos não se aplica essa regra, iniciando-se cada nova seção primária a dois espaços 1,5 do texto anterior.

¹⁵ No Word, ao concluir a digitação do título, clicar duas vezes na tecla *enter*. Desejando fazê-lo de forma automática no Word, selecione um a um os parágrafos dos títulos das seções, a partir das secundárias; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando nos campos “antes” e “depois”, 20 pontos.

¹⁶ Para fazer isso no Word, selecione os parágrafos das referências; na seqüência vá para formatar “parágrafo”, caixa “recuos e espaçamentos”, item “espaçamento”, indicando no campo “depois”, 8 pontos.

¹⁷ Sugere-se utilizar fonte tamanho 10.

¹⁸ A norma da ABNT indica a utilização da primeira pessoa do plural. Entendo, entretanto, que o objetivo da norma é que seja indicado claramente quem realizou o grifo ou a tradução. Nesse sentido, estando o texto no impessoal parece melhor a utilização do “grifou-se” e do “traduziu-se”; estando o texto na primeira pessoa, “grifei” e “traduzi”.

¹⁹ Idem a nota anterior.

²⁰ Sugere-se utilizar fonte tamanho 8.

²¹ Para fazer isso no Word, vá para formatar “parágrafo” e na caixa “recuos e espaçamentos”, item “especial”, marque “deslocamento” e indique, em milímetros, o espaço desejado.

FORMAL PRESENTATION OF ACADEMIC WORKS

ABSTRACT

This text intends to examine the technical rules established by the Brazilian Association for Technical Rules (ABNT), that must be observed by any academic work to be presented in Brazil. The main purposes of this paper are to systemize and to assess these rules, also indicating, in footnotes, how to format texts using Microsoft Word.

KEYWORDS: ABNT. Research. Research methodology. Academic works. End of Course Paper. Monograph. Paper. References. Footnotes. Citation.

PRÉSENTATION FORMELLE DES TRAVAUX ACADÉMIQUES

RÉSUMÉ

Ce travail a comme sujet les normes techniques de l'ABNT employées et exigées pour la présentation de travaux académiques. Ses objectifs principaux sont la systématisation et l'analyse de ces normes, signalant aussi, en notes de bas de page, comment formater des textes se servant du logiciel Word de Microsoft.

MOTS-CLÉS: ABNT. Recherche. Méthodologie de recherche. Travaux académiques. Travail de fin de cours. Mémoire. Article. Références. Notes. Citations.

DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO*

Ives Gandra da Silva Martins**

RESUMO

O autor faz um breve estudo da decadência e da prescrição aplicadas ao Direito Tributário brasileiro, enfocando, primeiramente, a conceituação de obrigação e crédito tributários para, logo após, falar sobre as causas de extinção do crédito tributário. Analisa, também, decisões judiciais recentes sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Decadência. Prescrição. Tributo. Obrigação tributária. Crédito tributário.

Pretendo, neste trabalho, tecer algumas considerações preliminares para meditação dos que escreverão para aquele evento, utilizando-me das páginas desta revista. Pretendo, também, sem desconhecer e deixar de comentar as mais recentes decisões dos Tribunais Superiores, expor aquilo que me parece a interpretação mais adequada dos referidos institutos à luz do direito positivo, mesmo sabendo da resistência que minha inteligência a respeito provoca em determinados círculos acadêmicos ou judiciários.¹

É que está na essência dos Simpósios do Centro de Estudos Universitários (CEU) a discussão de temática não pacificada, abrindo-se campo para, sem preconceitos, imposições doutrinárias ou visões preconcebidas, debater-se, em profundidade e com fidalguia no trato das posições divergentes, as melhores soluções tributárias para o país.

Ciência, como dizia Walter Barbosa Corrêa, dos primeiros a apoiar os Simpósios, faz-se com “a verdade e não com a vaidade”, ninguém – felizmente -, tendo a ilusão de que hospeda a melhor e única exegese da temática tratada, nem que, por se autoconsiderar superdotado, esteja vivendo o momento definitivo da história fiscal neste país.

Feitas as ressalvas, passo a tratar da decadência e prescrição, como conformadas no direito tributário brasileiro.

*O tema “Decadência e Prescrição” será debatido na 32ª Edição dos Simpósios Nacionais de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária (CEU), pelo fato de, nos 32 anos que sucederam ao I Simpósio dedicado ao mesmo tema (1976), a doutrina e a jurisprudência nacional ainda não terem conformado um perfil conceitual definitivo dos dois institutos punitivos da inércia do poder impositivo.

**Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, UNIP e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

Os autores da codificação nacional do direito tributário brasileiro, no livro dedicado às normas gerais, definiram no art. 113 do Código Tributário Nacional (CTN) o que seja obrigação, a saber:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. (grifos meus).

De início, é de se lembrar que a obrigação tributária é composta de tributo e penalidade.

O tributo distingue-se da penalidade pela própria definição do CTN que declara em seu artigo 3º que:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (grifos meus).

Assim o tributo e a penalidade compõem a obrigação tributária, que nasce sempre, em sua dimensão impositiva, com expressão pecuniária.²

O simples fato de a obrigação acessória – não pecuniária - ser descumprida, gerando a sanção pecuniária por não ter sido executada, com o que se transforma em obrigação principal, demonstra que, para o direito tributário, apenas interessa a obrigação pecuniária (tributo ou penalidade), sendo a obrigação acessória mero instituto de direito administrativo, em que o contribuinte é obrigado –para o bem da Administração Pública - a executar certas atividades, de rigor, de índole eminentemente administrativa. A obrigação acessória é uma *longa manus* não remunerada da Administração Pública, em que o contribuinte pratica atos próprios da administração (escrituração de livros, emissão de notas fiscais etc.) sem receber nada em troca, a não ser a ameaça de punição, se não cumprir a exigência fiscal.³

O certo é que a obrigação tributária nasce com o fato gerador, definido no art. 114 como “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

Todavia, o universo da obrigação tributária é mais amplo que o do crédito tributário, pois o crédito tributário, que tem a mesma natureza da obrigação, apenas surge no momento em que ingressa no campo mais restrito da Administração Pública.

Assim está redigido o artigo 139 do CTN “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”, mostrando que todo o crédito tributário decorre, necessariamente, de uma obrigação tributária, mas nem toda a obrigação tributária será, necessariamente, crédito tributário, se não houver o lançamento (declaração, de ofício ou por homologação) e for atingido pelo instituto da decadência, fulminando-se o direito de o Fisco constituí-lo.

Tais explicações iniciais levam à primeira conclusão de que o lançamento assim definido pelo artigo 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível, é um ato *declaratório da obrigação tributária e constitutivo do crédito tributário*, devendo ser executado, em sua tríplice modalidade, nos prazos temporais definidos pela lei com eficácia de complementar, que é o CTN.⁴

Se, por acaso, por inércia ou qualquer outro motivo, não exercer o Poder Público o dever de lançar o crédito tributário nos prazos estipulados ou deixar de, uma vez lançado, executá-lo juridicamente, também nos prazos definidos pelo CTN, ocorrerá a punição da inércia, constituída pelas vedações provocadas pelos institutos da *decadência e prescrição*, que objetivam exclusivamente ofertar segurança maior ao direito e não distender, indefinidamente, a espada de Dâmocles sobre a cabeça do sujeito passivo da obrigação tributária. Objetiva, pois, com clareza, ofertar um prazo temporal suficiente para o exercício do dever impositivo fiscalizatório, de um lado, e razoável para que não se prolongue ao infinito. Decadência e prescrição punem a desídia, a imperícia, a negligência, a omissão da Administração Pública e garantem a segurança jurídica, dando estabilidade àquelas relações já constituídas após determinado prazo, que não poderão mais ser alteradas.

Vejam, agora, a dupla face das relações impositivas, em que a decadência e a prescrição, podem ocorrer, ou seja, na devolução de quantias arrecadadas, ilegalmente, como “tributos”, de um lado, ou nas relações dos sujeitos passivos que inadimpliram sua obrigação com o sujeito ativo.

Comecemos com a perda de direitos por parte do sujeito passivo em sua possibilidade de repetir o indébito.

Reza o artigo 165 “caput” que:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: [...]

Uma primeira incorreção diz respeito à expressão “restituição do tributo”. Apenas se restitui o que não é devido, e o que não é devido não é tributo. Desta forma, o que se recupera é quantia que foi recolhida a título de tributo, sem ser tributo. Pode ter qualquer título menos o de tributo, visto que só é tributo o que foi *instituído por lei* e o que é ilegalmente recolhido não pode ser assim considerado.

As três hipóteses mencionadas são as seguintes:

- I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
- II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
- III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

A primeira das hipóteses diz respeito claramente ao princípio da legalidade. Não há tributo indevido. Ou é tributo ou não é.

Se o perfil da exação não está configurado na lei, seja no aspecto quantitativo ou de sua natureza, não há porque o sujeito passivo não pedir a devolução do que lhe foi indevidamente cobrado. É típica hipótese de ferimento ao princípio da legalidade por imposição fiscal.⁵

A segunda hipótese do item II decorre de erro do contribuinte no quantificar o montante da exação ou determinar a alíquota ou na conferência de qualquer documento mal aferido pelo contribuinte.

Nas duas hipóteses o recolhimento foi superior ao exigido e a parte que exceder parcial ou totalmente poderá ser repetido, ressalvada a hipótese do art. 166, que não vem ao caso no presente trabalho ou do § 4º do art. 162, cuja modalidade de exação (estampilhas) já praticamente perdeu sua utilidade, em todo o mundo.

A terceira hipótese decorre da reformulação da exegese adotada pelo Fisco, a meu ver, tanto administrativa, como judicial, pressupondo-se, portanto, o trânsito em julgado da mesma.

O aspecto temporal para exercício do direito de repetir está estatuído no art. 168 assim redigido:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (vide art. 3 da LC n. 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Não cuidarei do aspecto quantitativo expresso no art. 167, pois matéria alheia à discussão do tema proposto para o XXXII Simpósio.

Claramente, o legislador complementar faz menção a um prazo de 5 anos, que começa a correr, nas hipóteses de ferimento do princípio da legalidade, por ação do sujeito ativo ou por erro do passivo, a partir da data de extinção do crédito tributário (itens I e II).

E prevê para a terceira hipótese um prazo que começa a fluir a partir da decisão definitiva irrecorrível (anulatória administrativa ou judicial) que tenha “reformado, anulado, revogado, ou rescindido decisão anulatória”.⁶

O primeiro prazo, portanto, principia cinco anos após a extinção do crédito tributário.

Ora, a extinção do crédito tributário, de rigor, na modalidade mais conhecida de lançamento, está prevista no art. 150, “caput”, §§ 1º e 4º do mesmo artigo, assim redigidos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo

o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

O “caput”, claramente, determina que o lançamento ocorra tão logo a autoridade tome conhecimento do pagamento antecipado e expressamente o homologue. Vale dizer, o pagamento antecipado não cria o lançamento, mas apenas permite que a autoridade venha a fazê-lo tão logo tome conhecimento dele e venha a homologá-lo.

Como não há lançamento, o § 1º admite que o pagamento antecipado *extinga provisoriamente* o crédito tributário, repito, à evidência, sujeito à condição resolutória de sua homologação.

Não cuidarei dos §§ 2º. e 3º porque dizem respeito ao aspecto quantitativo e não temporal da obrigação tributária adimplida e o nosso trabalho centra-se na discussão do aspecto temporal.

O § 4º, entretanto, é a chave para a solução do problema, visto que determina que a) passados 5 anos, sem a homologação oficial b) considera-se definitivamente (o advérbio não oferta dúvidas) extinto o crédito c) salvo se houver outro prazo na lei ou d) ocorrer comprovada fraude, dolo ou simulação.⁷

Em outras palavras, a interpretação coerente para as hipóteses de repetição do indébito do artigo 168 são duas:

- a) 5 anos após a extinção definitiva do crédito tributário – extinção sob condição resolutória não é extinção mais apenas potencial extinção - é o prazo comum para começar a contar aquele para início de uma ação de repetição de indébito, com o que nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165 e I do 168, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) encampada pela Ministra Eliana Calmon é rigorosamente científica, ou seja, de 5 anos mais 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador;⁸
- b) prazo aberto nas hipóteses do art. 165, inc. III ou 168 inc. II, visto que começa a contar 5 anos após a decisão definitiva reformulatória da decisão condenatória.

Isto no que diz respeito ao direito de repetir “tributo indevido”, parece-me ser claramente o que determina o Código Tributário Nacional.

E, a meu ver, a questão que se coloca é apenas uma questão prescricional e não decadencial, visto que o direito de repetir é um direito à ação (administrativa ou judicial) e, portanto, embora direito material, diz respeito à prescrição do direito à ação e não decadência. Sei que a matéria não é pacífica.

No que diz respeito ao direito do sujeito ativo exigir tributo, aí, sim, tem que se enfrentar a dupla forma de punição à inércia, ou seja, a decadência do direito de lançar e constituir o crédito tributário e o direito de pleitear em juízo o crédito lançado.

Quanto à primeira questão, parece-me que o artigo 173 do CTN, assim redigido, aplica-se às duas formas clássicas de lançamento (declaração e de ofício):

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

É cópia, de rigor, do tratamento que se dava à época ao imposto sobre a renda, atribuindo-se a Tito Rezende, um dos revisores do anteprojeto de Rubens Gomes de Souza, a solução, visto que, era, fundamentalmente, um especialista do imposto sobre a renda.

A hipótese primeira pode, nos lançamentos por declaração, levar de 5 a 7 anos. Um fato gerador único ocorrido no dia 1º de janeiro de um ano base, cujo lançamento dar-se-ia a partir do 1º dia do exercício seguinte e cujo prazo decadencial ocorreria a partir do 1º dia do exercício seguinte ao exercício do lançamento, poderia deflagrar um prazo decadencial de até 7 anos.

O lançamento por declaração, habitual no imposto sobre a renda de pessoas físicas, foi, todavia, em grande parte, substituído pelo lançamento por homologação.

Na segunda hipótese, o prazo decadencial passa a correr a partir da data em que ocorrer anulação definitiva, por erro formal, do lançamento anteriormente efetuado.

Defendi, no passado, que não poderia tal prazo ultrapassar dez anos.⁹

Hoje, ao analisar a falta de prazo da hipótese do art. 168, inc. II retrocitado, sou obrigado, por uma questão de coerência, a admitir que o CTN não impôs qualquer limitação temporal.

Minha posição, hoje, seria, portanto, aquela de, em duas hipóteses (168

inc. I a favor do sujeito passivo e 173, inc. II a favor do sujeito ativo) não haver limite temporal para o começo da contagem do prazo de 5 anos.

Apesar de hoje estar convencido que não há limite temporal nas duas hipóteses para o começo da contagem do prazo de 5 anos, reconheço que a jurisprudência sinaliza a favor da minha tese anterior, ao confirmar como de 10 anos o limite temporal para todas as hipóteses do art. 168 do CTN.

A terceira hipótese, ou a do parágrafo único é redutora do prazo máximo de até 6 anos 11 meses e 30 dias para dar como marco inicial o início da constituição do crédito tributário, ou seja, o início da fiscalização, no caso de lançamento de ofício. Se no dia 10 de junho do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador for iniciada a fiscalização, o lançamento terá que se concluir até 5 anos depois (9/6) e não até o dia 31 de dezembro daquele ano.

Nos lançamentos por homologação, entretanto, a meu ver, o prazo máximo para que o direito de lançar ocorra é de 5 anos a contar do fato gerador. Ao declarar que o pagamento extingue *provisoriamente* o crédito tributário e a não homologação em 5 anos *definitivamente*, oferta ao fisco o direito de rever a extinção provisória no referido prazo (5 anos), salvo às hipóteses excepcionadas no próprio art. 150, § 4º (dolo, fraude etc.).

A Lei Complementar n. 118, que pretendeu dar interpretação legislativa ao § 1º do art. 150 exclusivamente para efeitos de repetição do indébito, de rigor, não é uma lei interpretativa. *Por não ter mudado a clareza do disposto no artigo 168 e § 4º do art. 150 – “interpreta” apenas o § 1º deste último -, a meu ver, deveria ter caráter modificativo, que não teve ao não mudar, em nada o disposto no art. 168 do CTN.*¹⁰

E nada obstante, num primeiro exame, ter o Superior Tribunal de Justiça entendido que se aplicaria com eficácia “ex nunc” para casos futuros, minha interpretação hoje exposta neste artigo é de que, por não ter revogado o disposto no art. 168 e § 4º do 150, tornou-se inócua, por não ter *sido nem modificativa*, nem interpretativa, visto que não incluiu 2 artigos de absoluta relevância para sua exegese (168 e § 4º do art. 166), nem atingiu as expressões “inexistência do crédito sob condição resolutória” e “extinção do crédito definitivo”.

Veremos, no tempo, se a primeira abordagem do STJ, se examinada sem a pressão de ter tido que se posicionar, aquela Corte Superior, de imediato, após a aprovação de lei, prevalecerá.

No que concerne, todavia, ao direito do Fisco de cobrar tributo com fato gerador ocorrido, dúvida não tenho que o prazo é de 5 anos após a ocorrência do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150, nos lançamentos por homologação.

E a Lei Complementar n. 118/05, em seu artigo 3º, ao pretender contrair para efeitos de repetições de indébito o prazo de 10 para 5 anos, sinalizou, todavia, no que diz respeito ao direito de contribuinte, que o prazo máximo para o lançamento é de 5 anos.

Em outras palavras, por não haver no que diz respeito à decadência do direito de lançar senão os prazos do art. 173 e 150 § 4º - não há nenhuma disposição semelhante ao art. 168 do CTN a favor do sujeito ativo – este prazo é rigorosamente de 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador nos lançamentos por homologação quanto a seu direito de lançar.

No que diz respeito à prescrição, nada obstante a jurisprudência dominante, mantenho a posição que assumi no I Simpósio Nacional de Direito Tributário ao interpretar o art. 174 do CTN.¹¹

Escrevi:

A nossa posição a de que, uma vez constituído o crédito tributário pelo lançamento, começa a correr um prazo fatal de 5 anos para prescrever o direito à ação, a não ser que seja interrompido por uma das quatro hipóteses mencionadas no § único do artigo 174.

‘Parágrafo único - A prescrição se interrompe;

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV. por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor’:

Entendemos, por outro lado, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com efeitos apenas administrativos, não tem o condão de paralisar a fluência do prazo prescricional, para tanto devendo a Fazenda, se suspensa a exigibilidade do crédito tributário, utilizar-se do protesto judicial, como forma interruptiva da prescrição.

Entendemos que somente neste contexto tem sentido a medida proposta pelo legislador no item II, eis que, se não suspensa a exigibilidade do crédito tributário, a Fazenda não tem que protestar o seu direito, mas executá-lo, sendo inócua, nesta hipótese, a enunciação legislativa do protesto.

Entendemos que se, na legislação processual e civil, a falta de exigibilidade torna o direito líquido e certo inexecutável, o legislador tributário, nesta hipótese, inovou, eis que exigiu apenas a constituição do crédito tributário como passo primeiro da fluência prescricional e remediou a falta de exigibilidade pela outorga do direito ao protesto.

E, finalmente, que, assim agindo, limpou, definitivamente, o campo da arbitrariedade, que incluiria entre a decadência e a prescrição um terceiro estágio (suspensão da exigibilidade do crédito tributário), este sem prazo definido, multiplicando ao infinito o prazo entre a ocorrência do fato gerador e a proposição da ação de execução fiscal.

Temos sido contestados, pois entende a grande maioria dos tributaristas que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário paralisa a fluência prescricional, embora alguns deles pretendam exista a superveniência de uma prescrição intercorrente, se determinados prazos, não forem cumpridos, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Não entendemos como a hipótese possa ocorrer como premissa menor, se negaram a premissa maior ou seja a fluência do prazo prescricional paralisado pela superveniência da suspensão da exigibilidade.

Consideramos que a resposta ao problema colocado encontra-se no próprio artigo 151 do Código Tributário Nacional, se não vejamos: Reza o mesmo que:

‘Art. 151 — Suspendem a exigibilidade do crédito tributário

I — moratória;

II — o depósito do seu montante integral;

III — as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV — a concessão de medida um mar em mandado de segurança.’

Ora, a respeito da moratória reza o artigo 155 o seguinte:

‘Art. 155 — A concessão da moratória em caráter residual não gera direito adquirido e será revogada de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

I — com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;

II — sem imposição de penalidade, nos demais casos.’

dispondo o seu parágrafo único:

‘Parágrafo único — No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação si pode ocorrer antes de prescrito o referido direito’.

O parágrafo cuida de duas hipóteses. Uma delas criando uma quinta forma interruptiva da prescrição para os casos de dolo, fraude ou simulação (o tempo entre a concessão da moratória e sua revogação) e uma segunda explicitando que a prescrição corre entre a concessão e a revogação da moratória, se não tiver havido dolo, fraude ou má-fé nos casos mencionados.

Grande parte dos autores entende que a referência à prescrição para a moratória decorreria de uma expressa exceção ao princípio da não fluência do referido prazo nas demais hipóteses,

chegando alguns deles a afirmar que, sendo a moratória uma confissão de débito, automaticamente o seu pedido representaria uma forma de interrupção.

Parecem-nos improcedentes as duas objeções. Em relação à primeira, porque entendemos que a única expressa exceção está na hipótese do inciso I do artigo 155, pois seu parágrafo único reza:

‘Parágrafo único — *No caso do inciso I, deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito: no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.*’ (o grifo é nosso),

isto vale dizer que, o princípio geral para a fluência do prazo prescricional não é atingido pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário. salvo em uma única hipótese expressamente definida em lei.

É interessante notar a redação ‘para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito’, o que significa reconhecer o legislador a suspensão da exigibilidade, mas não paralisar a prescrição do direito à cobrança, a não ser nesta hipótese. Nas demais a suspensão, não representando uma interrupção, não elide o prazo prescricional, só elidível pela utilização do protesto judicial.

É evidente que a abertura de uma exceção para uma hipótese de moratória poderia trazer confusões exegéticas em relação à outra hipótese, razão pela qual houve por bem o legislador reafirmar o princípio de que o prazo prescricional corre, enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Na eventualidade de revogação da moratória, após a ocorrência da prescrição automaticamente o crédito tributário estaria destituído de seus efeitos executórios.

Trata-se de explicação para evitar interpretações dúbias e justificar a única hipótese expressa de concomitância entre a interrupção da prescrição e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Nos demais, desnecessária a explicação, eis que a exigibilidade não é elemento componente da constituição de crédito tributário, mas apenas a presunção de liquidez e certeza, e estes dois elementos são os únicos necessários para que seja deflagrada a contagem do prazo prescricional.

Sobre a segunda observação de que a moratória é uma confissão de débito e por isto forma expressa prevista como interrupção, o argumento é rebatido pela própria determinação dos prazos em que a paralisação da contagem se dá, ou seja, da confissão na hipótese do item IV do parágrafo único do artigo 174 e da concessão da moratória no caso do parágrafo único do artigo 155, mostrando que são situações distintas com prazos interrompidos em momentos diversos.

Pelo exposto, percebe-se que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, exceção feita à hipótese primeira do § único do artigo 155 do C.T.N., não paralisa a fluência do prazo prescricional, somente paralizável, para estes efeitos, com o protesto judicial'. (grifos atuais).¹²

Por fim, a jurisprudência e a doutrina têm reconhecido que tanto a prescrição quanto a decadência são institutos de direito material, pois fulminam o direito de lançar ou de receber crédito tributário por força da inércia, importando, pois, a extinção de um direito, não sendo desavisada a colocação entre as formas de extinção do crédito tributário a duas figuras, visto que a decadência extingue o direito de constituir o crédito tributário (ato em potência) e a prescrição o próprio crédito tributário (ato confirmado).¹³

REFERÊNCIAS

BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

MACHADO, Rubens A. (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: doutrina e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

_____. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

_____. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Do lançamento*. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Extensão Universitária (CEU), 1987. (Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 12).

_____. *Decadência e prescrição*. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Extensão Universitária (CEU), 1987.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUZA, Hamilton Dias de; TILBERY, Henry; MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; Resenha Tributária, 1978, v. 4.

¹ Sobre a resistência referida, cheguei a escrever: “Como nem a minha interpretação do art. 174 do CTN prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, nem a do § 4º do art. 150, no Superior Tribunal de Justiça, começo a chegar à conclusão de que — tal como os meus velhos mestres e amigos (já falecidos) formadores do direito tributário no Brasil, que viram suas teses superadas pelas novas concepções do Judiciário e da doutrina — meu tempo, em que o raciocínio lógico prevalecia, foi ultrapassado pela originalidade dos novos tempos, em que a lógica e a coerência têm caminhos diversos do que aqueles que nós, os velhos, costumávamos vislumbrar. É que sempre entendemos que a prescrição e a decadência são formas de punir a inércia e gerar segurança jurídica, e, quanto mais distendido for o prazo para ocorrência, mais inseguro será o direito.

Modéstissimo advogado de Província, faço estas considerações românticas (e, talvez, nostálgicas), reverenciando o tempo em que o direito era mais seguro e tanto o presente quanto o futuro seguiam uma lógica mais previsível. Hoje, entretanto, no país dos ‘esqueletos econômicos’, a todo momento redescobertos pelo Judiciário, e da incerteza jurídica distendida no tempo, creio que tinha razão Roberto Campos — outro grande amigo, também falecido, com quem tive a honra de partilhar a autoria de algumas obras, ao afirmar que: ‘No Brasil de hoje, tanto o futuro como o passado são imprevisíveis’ (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 478-479).

² Aliomar Baleeiro lembra que: “O CTN adotou a teoria segundo a qual os tributos se caracterizam pelo caráter compulsório, e, para distingui-los das multas e penalidades, inseriu a cláusula ‘que não constitua sanção de ato ilícito’”. (BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 65).

³ Escrevi: “Talvez a grande perplexidade da polêmica criada sobre a matéria decorra do fato de que sempre se objetivou considerar ser a obrigação tributária, enquanto obrigação tributária, principal e acessória, quando, em verdade, apenas há um tipo de obrigação tributária, que é a principal, e um tipo de obrigação não-tributária, mas acessória à obrigação tributária, que é aquela de vocação multidisciplinar.

Entende-se, portanto, a razão pela qual o legislador houve por bem destacar do núcleo próprio da obrigação acessória a obrigação tributária, elemento que, pelo descumprimento daquela, ganha o colorido próprio desta, ou seja, a penalidade.

Ora, se o objeto da obrigação tributária, isto é, seu aspecto essencial, estrutural, nuclear e fundamental, é o pagamento do tributo e/ou da penalidade, sempre que esta surja no universo próprio daquela, recebe as vestimentas decorrentes da transformação. A obrigação tributária é sempre principal, pois apenas nela se vislumbra o aspecto basilar da prestação declarada, que somente pode revestir-se da roupagem de tributo ou de penalidade.

Como se percebe, nenhuma contradição na escolha do legislador para a formulação dos elementos descritivos da obrigação tributária e daqueles outros descritivos de outra espécie de obrigação acessória à obrigação tributária.

O que cumpre destacar, para efeitos da seqüência de nosso estudo, é que o legislador complementar entendeu a característica fundamental dos tipos de normas de rejeição social que a obrigação tributária exterioriza, no contexto do Estado moderno, e guindou à mesma dignidade de espécie tanto o tributo quanto a penalidade.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 100-101).

⁴ Escrevi: “Entendo que o lançamento é ato final de procedimento preparatório. É, pois, um ato e um procedimento, explicitando o artigo 142 as linhas mestras do que seja o ato e do que seja o procedimento que no ato se encerra.

O discurso legislativo principia com a afirmação de que a constituição do crédito tributário faz-se pelo lançamento.

O lançamento é, portanto, ato final que reconhece a existência da obrigação tributária e constitui o respectivo crédito, vale dizer, cria, no universo administrativo, o direito à exigência da obrigação nascida, no mais das vezes, preteritamente.

O artigo 139 oferta a dimensão exata da realidade, posto que, identificando sua natureza jurídica, considera, todavia, o crédito decorrencial da obrigação.

O reconhecimento da existência de obrigação, através da constituição do crédito, nos termos legislativos complementares, acontece após procedimento em que se verifica a ocorrência de seu fato gerador,

determina-se a matéria tributável, calcula-se o montante do tributo, identifica-se o sujeito passivo e propõe-se a aplicação da penalidade cabível.

Pelo direito posto, portanto, lendo-se o que escrito está, a autoridade administrativa, necessariamente singular, produz o lançamento, atividade exclusiva e indelegável, que é ato final de procedimento anterior, este podendo ser conduzido por grupos ou colegiados.

Não é, pois, o lançamento que gera o procedimento, mas este que se encerra no ato do lançamento, ato que prescinde, por força de lei, de participação extra-funcional". *Do lançamento*. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Extensão Universitária (CEU), 1987, p. 32-35).

⁵ Gustavo Miguez de Mello ensina: "Com razão, Luciano Amaro, com apoio no entendimento de Alfredo Augusto Becker, Ives Gandra da Silva Martins e Ricardo Lobo Torres, observa que na restituição (ou repetição) de indébito, não se cuida de tributo, mas de valores indevidamente recolhidos a esse título. Alguém (o *solvens*), falsamente posicionado como sujeito passivo, paga outro (o *accipiens*) falsamente rotulado de sujeito ativo". Para fins práticos, como antecipamos, referir-nos-emos à restituição de tributos no presente estudo.

Há pronunciamentos jurisprudenciais e doutrinários, ao menos aparentemente, discrepantes sobre o fundamento da restituição de tributos.

Ricardo Lobo Torres diz ser "evidente que a Jurisprudência fixada pelo Pretório Excelso, posteriormente incorporada no Código Tributário Nacional... corresponde aos ideais de justiça e equidade"

3. Sem dúvida a finalidade visada foi essa; se ela foi alcançada é matéria que comporta algumas reflexões.

Aliomar Baleeiro afirmava a propósito do pagamento indevido de tributos que "velho e universal princípio de Direito, atribuído a Pompônio, não tolera locupletamento indevido com alheia jactura". Luciano Amaro confirmou esse entendimento.

Ives Gandra da Silva Martins sustenta que o sujeito ativo da relação de imposição outorga-se o direito nos limites da lei e Gilberto de Ulhôa Canto caracteriza a repetição de tributo indevidamente pago antes de tudo como restabelecimento da ordem jurídica violada pelo simples fato de que a obrigação tributária é *obligatio* — *ex legis*. Ambos os autores fundamentam portanto a repetição de indébito no princípio da legalidade.

Os dois fundamentos apontados pela doutrina estão corretos, pois não há propriamente oposição entre eles.

A vedação do locupletamento indevido à custa de outrem invocada por Aliomar Baleeiro constitui uma das muitas formulações jurídicas decorrentes da equidade e da justiça. Estas constituem fundamento de natureza muito mais geral primeiro na fundamentação e último na ordem do conhecimento — e aquele, princípio de direito positivo, é mais específico e mais próximo na ordem do conhecimento para o aplicador do direito.

O princípio da legalidade e tipicidade da tributação, lembrado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilberto de Ulhôa Canto, tem fundamento constitucional conhecido e baseia-se no art. 3 e em outros dispositivos do Código Tributário Nacional. Esse fundamento é, pois, irrecusável.

O princípio da legalidade constitui pois fundamento relevante da repetição de indébito do ponto de vista de hierarquia das normas jurídicas" (In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 360-362).

⁶ O RESP n. 42.720-5-RS, DJ. 14/4/95, serviu de base para no Agravo de Instrumento 404.938/GO, o Min. Franciulli Netto despachar: "Agravo regimental. Agravo de instrumento. Compensação.

...V Finsocial. Prescrição. Decadência. Inocorrência. Contagem a partir do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal. Provimento negado.

A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito para com o Poder Público e não de indébito tributário. Com efeito, a lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.

Afastada a contagem do prazo prescricional/decadencial para repetição do indébito tributário previsto no Código Tributário Nacional, tendo em vista que a prestação pecuniária exigida por lei inconstitucional não é tributo, mas um indébito genérico contra a Fazenda Pública, aplica-se a regra geral de prescrição de indébito contra a Fazenda Pública, prevista no artigo 1º do Decreto 20.910/32.

A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não elide a presunção de constitucionalidade das normas, razão pela qual não estava o contribuinte obrigado a suscitar a sua inconstitucionalidade sem o pronunciamento da Excelsa Corte, cabendo-lhe, pelo contrário, o dever de cumprir a determinação nela con tida.

A tese que fixa como termo a quo para a repetição do indébito o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo deverá prevalecer, pois não é justo ou razoável permitir que o contribuinte, até então desconhecedor da inconstitucionalidade da exação recolhida, seja lesado pelo Fisco.

Ainda que não previsto expressamente em lei que o prazo prescricional/decadencial para restituição de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal é contado após cinco anos do trânsito em julgado daquela decisão, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio leva a essa conclusão. Cabível a restituição do indébito contra a Fazenda, sendo o prazo de decadência/prescrição de cinco anos para pleitear a devolução, contado do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o suposto tributo. Agravo regimental a que se nega provimento.” (DJ 07.04.2003)

⁷ Carlos Valder do Nascimento, encampando ser prazo de decadência, escreve: “De feito, é decadência o prazo extintivo do direito de pugnar pela restituição do tributo pago indevidamente. O decurso do prazo de cinco anos conta-se a partir do momento em que se extingue o crédito conforme se trata de:

- a) cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior;
- b) erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento.

Em se tratando do caso de rescisão condenatória, o prazo a que alude o parágrafo anterior é contado a partir “da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a que tenha a decisão condenatória” (NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 443).

⁸ “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. FÉRIAS, LICENÇAS-PRÊMIO E ABONOS - ASSIDUIDADE. VERBAS INDENIZATÓRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DESTA TURMA. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

Nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito desta Primeira Turma, o prazo para que seja pleiteada a restituição do imposto de renda incidente sobre valores referentes a verbas de caráter indenizatório começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o ‘quantum’ devido a título de tributo.

A fixação dos honorários advocatícios em percentual inferior ao mínimo estabelecido pelo § 3º, art. 20, do CPC, quando sucumbente é a Fazenda Pública, porquanto não se trata de um ente concreto, mas sim da própria comunidade, representada pelo governante, merecendo, portanto, tratamento especial. Recurso parcialmente provido (REsp 329.833/DF, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, unânime, DJ 22/04/2002, p. 164).

Com essas considerações, nos termos do art. 557 do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial.

Brasília-DF, 5 de maio de 2004.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 614.110-RS. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 19 maio.2004.)”

⁹ “Escrevi: I — HIPÓTESE NATURAL

Lançamentos ex-officio e por declaração:

Prazo normal: 1º dia do exercício posterior ao que o lançamento poderia ter sido executado.

Prazo com medida preparatória:

a. máximo: do número 1.1.

b. normal: 5 anos após a medida, se realizada antes do 1º dia do exercício posterior, ao que o lançamento poderia ter sido executado.

2) Lançamentos por homologação:

Hipótese inocorrível pela antecipação do pagamento e homologação ficta.

II— HIPÓTESE VÍCIO FORMAL

Prazo máximo, 10 anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte a que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Acreditamos sejam os prazos das 3 hipóteses mencionadas aqueles que extinguem o direito da Fazenda em constituir, na terminologia codificada, o crédito tributário de uma obrigação nascida com a ocorrência do fato gerador “ (SOUZA, Hamilton Dias de; TILBERY, Henry; MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; Resenha Tributária, 1978, v. 4., p. 176).

¹⁰ Rogério Gandra Martins, Soraya Locatelli e Luciana Fonseca hospedam semelhante exegese: “Quanto ao conteúdo do referido artigo 168 do CTN, o Superior Tribunal de Justiça apreciou e discutiu a matéria à exaustão, concluindo, finalmente, pela adoção da tese dos ‘cinco mais cinco anos’ para aqueles tributos sujeitos ao lançamento por homologação, conforme as considerações ao art. 3º acima expostas.

Assim sendo, a jurisprudência pátria já havia dirimido quaisquer dúvidas acerca da prescrição e decadência dos tributos sujeitos à homologação.

Ora, pretender dar nova interpretação a dispositivo cujo sentido já foi traçado e decantado pela doutrina e jurisprudência significa inovar o ordenamento jurídico e não interpretá-lo, não sendo possível, portanto, a retroatividade de seus efeitos.

Não se trata, assim, de norma interpretativa, mas sim inovadora, razão pela qual impossível a aplicação do art. 106, inciso I do CTN ao caso em comento” (In: MACHADO, Rubens. A. (Coord.) *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: doutrina e prática. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 339).

¹¹ Hugo de Brito Machado distingue decadência e prescrição como se segue: “que a decadência extingue o direito de lançar, vale dizer, o direito de constituir o crédito tributário, e que a prescrição extingue a ação destinada a sua cobrança. Não se explica, porém, porque é assim, de sorte que, não se reportando o legislador, explicitamente, à decadência, ou à prescrição, resta sempre a ser resolvida a questão de saber se de uma ou de outra está cuidando em cada caso. Por isso é que, em relação ao art. 168, que estabelece prazo extintivo do direito de pleitear a restituição do tributo indevidamente pago, persistem os equívocos dos que, a partir da lição de Baleeiro, consideram que se trata de prazo de decadência. Equívoco em que também incorremos, afirmando que o prazo estabelecido pelo art. 168 do Código Tributário Nacional é de decadência, quando tal prazo na verdade é de prescrição, como demonstramos.

A distinção essencial entre decadência e prescrição, capaz de explicar por que a primeira atinge o próprio direito material, enquanto a segunda atinge a ação que o protege, reside na própria natureza do direito material que, no primeiro caso, é afetado diretamente e, no segundo, indiretamente” (In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 202).

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Decadência e prescrição*. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Extensão Universitária (CEU), 1987, p. 196-201.

¹³ Escrevi: “Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

V — a prescrição e a decadência;

VII — o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus § 1º e 4º”.

A prescrição e a decadência são formas de extinção do crédito tributário. Se a prescrição extingue o crédito, como se pode falar que a extinção, determinada pela homologação, não é a mesma extinção que serve de início à fluência do prazo de prescrição? Apenas se trabalharmos com uma contradição, em termos, é que se pode afirmar que a extinção decorrente da homologação é uma extinção não extintiva, pois poderá ainda ser exigido o crédito “extinto” e a “extinção da prescrição” é uma extinção extintiva, porque já não se pode mais exigir o tributo. Com todo o respeito aos eminentes ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não aceito o hermafroditismo do vocábulo “extinção”, que ora é, ora não é o que declara ser, ou seja, “extinção”.

Dir-se-á que a decadência não extingue o crédito tributário porque este não chegou a nascer. Pensei dessa forma, no passado, mas não penso assim atualmente, visto que a decadência, ao extinguir a obrigação tributária que tem a mesma natureza do crédito tributário, afasta um “ato em potência”, na concepção de Tomás de Aquino, ou seja, o crédito de possível constituição, o qual termina não se transformando em ato, por extinção prévia da obrigação.

Por essa razão, volto a reverenciar os autores do Código Tributário Nacional — todos juristas de escol, como já não se produzem mais nos bastidores do cenário atual, pleno de regulamenteiros —, entendendo que não houve um cochilo legislativo ao se estabelecer que a decadência e a prescrição extinguem o crédito tributário, e, nos termos utilizados pelo § 4º do art. 150, com o decurso de prazo de cinco anos, com uma única exceção para os casos de dolo ou de fraude” (MARTINS, 2006, op. cit., p. 474).

LACHES AND LIMITATION

ABSTRACT

The author briefly examines laches and limitations in Brazilian Tax Law, initially focusing on the notions of tax obligation and tax credit and, afterwards, examining the reasons for the termination of tax credit. The paper also assesses recent judgements on the subject.

KEYWORDS: Laches. Limitation. Tax. Tax obligation. Tax credit.

DÉCADENCE ET PRESCRIPTION

RÉSUMÉ

L'auteur fait brièvement une étude de la décadence et de la prescription appliquées au Droit Fiscal brésilien, soulignant, premièrement, la conceptualisation de l'obligation et du crédit fiscal pour ensuite parler des raisons de l'extinction du crédit fiscal. Il analyse aussi les récentes décisions judiciaires sur le sujet.

MOTS-CLÉS: Décadence. Prescription. Impôt. Obligation fiscale. Crédit fiscal.

DIREITO NATURAL E TEMAS PRELIMINARES NO ESTUDO DO DIREITO. CONCEPÇÃO ÉTICA DO DIREITO

*João Baptista Herkenhoff**

1 Apresentação. 2 Considerações preliminares. 3 Introdução ao Direito e Filosofia do Direito. 4 Teoria geral do Direito e Filosofia do Direito. 5 Direito Natural. 6 O jusnaturalismo. 7 Direito Natural na Grécia Antiga. 8 Os romanos e o “Direito Natural”. 9 O jusnaturalismo escolástico. 10 A teoria jusnaturalista do racionalismo. 11 Distinção entre a “teoria jusnaturalista do teologismo” e a “teoria jusnaturalista do racionalismo”. 12 Teoria do Direito Natural de conteúdo variável. 13 Teoria do Direito Natural de conteúdo progressivo. 14 Teoria do Direito Natural de conteúdo em devenir. 15 Kelsen e Radbruch em face do direito natural. 16 A opinião de alguns autores em face do Direito Natural. 17 A idéia do Direito Natural na época contemporânea. 18 Concepção ética do direito à luz de um mundo pluralista - a posição que temos defendido. 19 Direito como justo. 20 Referências.

RESUMO

Neste breve texto, de forma didática, o autor aborda temas introdutórios ao estudo do Direito, com enfoque marcante no Direito Natural e suas diversas vertentes de pensamento. Defende uma concepção ética do Direito Natural no mundo contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Natural. Jusnaturalismo. Ética. Direito.

1 APRESENTAÇÃO

Foi com imensa satisfação que recebi o convite pessoal da Professora Deubia Cavalcanti, reforçado depois por correspondências, convidando-me a produzir um texto para a revista “Opinião Jurídica”. Tenho muitos vínculos com Fortaleza por ter estado presente por inúmeras vezes em eventos jurídicos

* Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor do Mestrado em Direito. Juiz de Direito aposentado. Autor de 38 livros no campo do Direito, da Ética e da Cidadania. E-mail: jbherkenhoff@uol.com.br. Homepage: www.joabaptista.com

ocorridos no Ceará, o que me valeu contar com muitos amigos nesse pedaço de chão brasileiro.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Para início deste artigo dirigido, com especial carinho, aos jovens acadêmicos, por um jurista e professor de 71 anos, façamos algumas considerações para distinguir disciplinas e conceitos, como enumero a seguir: Introdução ao Direito, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito, Direito Natural, Direito na acepção de justo.

3 INTRODUÇÃO AO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO

A “Introdução ao Direito” inclui, no seu âmbito, temas de “Filosofia do Direito”: os da “Teoria Geral do Direito”, se considerada parte da “Filosofia do Direito”; os da “Introdução à Filosofia do Direito”.

Os temas da “Introdução à Filosofia do Direito” são aqueles relacionados com os fundamentos e valores gerais do Direito.

As disciplinas, contudo, não se confundem.

De um lado, a “Introdução ao Direito” abarca temas alheios à “Filosofia do Direito”; de outro, os temas da “Filosofia do Direito” são tratados, na “Introdução”, de forma elementar.

As duas disciplinas constituem uma síntese do Direito. Entretanto, como observou Artur Machado Paupério, a “Filosofia do Direito” constitui

uma síntese superior, só possível como coroa dos estudos jurídicos, ao terminar o aluno a análise pormenorizada dos vários ramos daquela ciência.

A cadeira inicial, que se preconiza no início do curso, não pode ser essa ‘síntese superior’, mas uma ‘síntese elementar’, que desperte no iniciante dos estudos jurídicos, não só gosto e amor pela ciência que começa a estudar, como compreensão pela importância de seu objeto.¹

4 TEORIA GERAL DO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO

Luís Recaséns Siches defende a tese de que a “Teoria Geral do Direito” é parte da “Filosofia do Direito”.

Hans Kelsen assume posição oposta. Para Kelsen, a “Teoria Geral do Direito” é a “Ciência do Direito”.

Daniel Coelho de Souza entende que a “Teoria Geral do Direito” ocupa uma posição fronteira entre a “Filosofia do Direito” e a “Ciência do Direito”:

pela sua positividade, é ciência; pelos temas que considera e pela generalidade com que o faz, é filosofia.

5 DIREITO NATURAL

Segundo a definição de Hermes Lima, abrangente das diversas orientações teóricas, o Direito Natural é o conjunto de princípios que “atribuídos a Deus, à razão, ou havidos como decorrentes da natureza das coisas, independem de convenção ou legislação, e que seriam determinantes, informativos ou condicionantes das leis positivas”.²

Segundo Paulo Nader, o Direito Natural

revela ao legislador os princípios fundamentais de proteção ao homem, que forçosamente deverão ser consagrados pela legislação, a fim de que se tenha um ordenamento jurídico substancialmente justo. O Direito Natural não é escrito, não é criado pela sociedade, nem é formulado pelo Estado. [...] É um Direito espontâneo, que se origina da própria natureza social do homem e que é revelado pela conjugação de experiência e razão. É constituído por um conjunto de princípios, e não de regras, de caráter universal, eterno e imutável.³

6 O JUSNATURALISMO

Jusnaturalismo é a corrente de pensamento que reúne todas as teorias, surgidas através do tempo, defensoras, sob diversos matizes, do Direito Natural.

O ponto em comum das diversas correntes do jusnaturalismo é a afirmação de que, além do Direito Positivo, há outra ordem, superior àquela, que é expressão do direito justo.

O ponto de divergência das diversas correntes do jusnaturalismo radica-se na discussão a respeito da origem e fundamentação do Direito Natural.

7 DIREITO NATURAL NA GRÉCIA ANTIGA

Acima do Direito, criado artificialmente pelos homens, viram os filósofos gregos a existência de um direito natural, inerente à natureza humana, reflexo de um fundo de humanidade, comum a todos os seres humanos.

A esse direito, invariável, constante e aplicável a todos os povos, Aristóteles chamou de *justo por natureza*, em oposição ao *justo legal*, criado pelos homens.

O filósofo grego Sócrates adotou uma concepção teológica do direito natural. Distinguiu as leis escritas, ou direito humano, das leis não-escritas ou imutáveis, estabelecidas pela divindade.

Platão afirmou que a lei natural não era só um antecedente apriorístico da lei positiva. Era também um critério ideal para corrigir suas falhas e insuficiências.

Outra grande contribuição do pensamento grego para a reflexão em torno do Direito Natural adveio dos sofistas. Estabeleceram a oposição entre “direito natural” e “lei positiva”. Denunciaram a injustiça das leis da Cidade-Estado. Esse posicionamento chocava-se com as idéias conservadoras então vigentes. Heráclito, por exemplo, pregava o acatamento às leis positivas, sob o fundamento de que encarnavam a lei divina.

Numa grande obra da literatura grega aparece, dramaticamente, o choque entre a lei positiva e o Direito Natural. É na *Antígona*, de Sófocles. O tirano Creonte havia determinado que Polinice, morto em combate, não fosse sepultado. Antígona, irmã de Polinice, rebelou-se contra o decreto do déspota, dizendo-lhe: “Eu não creio que os teus editos valham mais do que as leis não-escritas e imutáveis dos deuses, que não são de hoje e nem de ontem e ninguém sabe quando nasceram”.⁴

8 OS ROMANOS E O “DIREITO NATURAL”

Não há uma posição única dos romanos em face do direito natural. O conceito atravessou diversas fases no pensamento romano. Reportemo-nos, inicialmente, à formulação clássica.

Na divisão tricotômica do Direito, concebida pelos juriconsultos romanos, havia o Direito Civil (*Jus Civile*), o Direito das Gentes (*Jus Gentium*) e o Direito Natural (*Jus Naturale*). O direito civil (*jus civile*) era o direito privativo dos cidadãos romanos; o direito das gentes (*jus gentium*) era o direito aplicável aos estrangeiros; e o direito natural (*jus naturale*) era aquele que cuidava das manifestações gerais e fundamentais da vida gregária, abrangendo tanto os homens quanto os animais.

O direito natural, na sua mais antiga formulação romana, era assim um direito da natureza animada em geral.

Na divisão tripartida do Direito Romano, o ramo que vem a assumir a condição de Direito Natural especificamente humano é o *jus gentium*. O *jus gentium*, de simples apêndice do *jus civile*, passa a desfrutar da condição de direito autônomo, ao lado deste. E tanto o *jus gentium* quanto o *jus civile* encontram suas raízes no *jus naturale*.

A concepção romana de “Direito Natural” alcança sua maturação sob a influência da filosofia grega, especialmente dos estóicos.

A ética do Estoicismo ensinava que o homem devia viver na conformidade de sua natureza racional, manifestação da lei universal. A submissão à lei eterna do mundo, segundo os princípios da reta razão, era norma fundamental da filosofia estóica.

Com base nesses princípios, o “Direito Natural” assume, em Roma, a dignidade de um direito superior racional, próprio do homem. O direito tinha seu fundamento na natureza, da qual o homem recebe a noção de justo e injusto; não podia, portanto, basear-se em vontades arbitrárias, mas sim, em idéias morais inatas.

Proclamando a busca da felicidade pela vida virtuosa, pelo culto da verdade, do belo e do bem, os estóicos opuseram-se à estrutura social de seu tempo, onde, de um lado, estavam os ricos, entregues à exploração e ao hedonismo e, do outro, os pobres, explorados e insatisfeitos.

Também Cícero dá sua contribuição à reflexão romana sobre o Direito Natural. Sua concepção está presente nesta passagem:

Há, de fato, uma verdadeira lei denominada *reta razão*, que é conforme à natureza, aplica-se a todos os homens, é imutável e eterna. Ela não prescreve uma norma em Roma, outra em Atenas, nem uma regra hoje e outra diferente amanhã. Essa lei eterna e imutável abrange todos os tempos e todos os povos.⁵

A doutrina do Direito Natural exerceu, em Roma, um papel progressista, ensejando aos juristas a criação de regras relativas ao casamento e à família, à boa-fé, à restituição do devido, ao direito de legítima defesa e à prevalência da vontade do sujeito do direito sobre o formalismo legal.

Graças ao *jus gentium* foi possível a renovação do Direito Romano, para que se adequasse à transformação do Estado e à realização de seu projeto comercial e militar.

9 O JUSNATURALISMO ESCOLÁSTICO

A Teoria Jusnaturalista do Teologismo, ou Jusnaturalismo Escolástico, inspirada pelos teólogos católicos da Idade Média, principalmente Santo Tomás de Aquino e Suarez, afirma que os princípios integrantes do Direito Natural decorrem da inteligência e vontade de Deus.⁶

O Direito Natural seria, assim, uma versão parcial da “lei eterna”, destinada a regular a conduta humana.

Santo Tomás de Aquino proclama a existência de princípios superiores que disciplinam a ordem jurídica. Afirma que toda lei estabelecida pelo homem tem natureza de lei, na medida em que deriva da lei da natureza. Se discordar, em alguma coisa, da lei natural, já não será lei, mas corrupção dela, desprovida de validade, não obrigando em consciência a ninguém. A lei deve respeitar a natureza do ser cuja atividade regula; deve ser conforme a natureza racional do homem.

10 A TEORIA JUSNATURALISTA DO RACIONALISMO

A Teoria Jusnaturalista do Racionalismo foi aquela que afirmou não decorrerem os fundamentos do Direito Natural nem da natureza das coisas, nem de Deus, mas da razão humana.

A Escola do Direito Natural (séculos XVII e XVIII) é a fase racionalista do Jusnaturalismo.

A Teoria Jusnaturalista do Racionalismo é também denominada Escola de Direito Natural, ou Escola Clássica do Direito Natural ou Jusnaturalismo Racionalista.

Segundo Ruiz Moreno, são pontos essenciais da Teoria Jusnaturalista do Racionalismo:

- a) a natureza humana como fundamento do Direito;
- b) o “estado de natureza” como suposto racional para explicar a sociedade;
- c) o controle social e os direitos naturais inatos, entendidos como decorrentes da razão humana.

Os principais representantes do Jusnaturalismo Racionalista foram Hugo Grotius, Emmanuel Kant, Tomás Hobbes, Benedito de Spinoza, Samuel Puffendorf, Johann Christian von Wolff, Jean Jacques Rousseau e Christian Thomasius.

Para Grotius, o “Direito Natural” abrangeria certos princípios da “reta razão”, segundo os quais julgamos, moralmente, uma ação conveniente, ou não, à natureza racional e sociável do homem. Ao lado do direito natural, haveria o *jus voluntarium*, proveniente da vontade humana, suscetível de transformação.

11 DISTINÇÃO ENTRE A “TEORIA JUSNATURALISTA DO TEOLOGISMO” E A “TEORIA JUSNATURALISTA DO RACIONALISMO”

O ponto de distinção entre a “Teoria Jusnaturalista do Teologismo” e a “Teoria Jusnaturalista do Racionalismo” fixa-se no caminho cognoscitivo para alcançar o Direito Natural.

Segundo a “Teoria Jusnaturalista do Teologismo”, o Direito Natural deve ser procurado pela razão, com auxílio da revelação. Já para a “Teoria Jusnaturalista do Racionalismo”, a razão seria o meio único para a descoberta do Direito Natural.

Outra divergência está em que para o “Jusnaturalismo Escolástico” (Teoria Jusnaturalista do Teologismo), Deus é a origem e a fonte do Direito Natural. O “Jusnaturalismo Racionalista” considera esse ponto irrelevante.

12 TEORIA DO DIREITO NATURAL DE CONTEÚDO VARIÁVEL

A “Teoria do Direito Natural de Conteúdo Variável” consiste em considerar o Direito Natural como eterno e imutável, na idéia, porém variável no conteúdo.

A idéia do direito é a realização de uma ordem justa, pressuposto da organização social, mas o conceito de ordem justa varia no tempo e no espaço, motivo pelo qual não é possível estabelecê-lo de maneira uniforme e estática. Deve-se a Rudolf Stammler essa concepção.

Para Luiz Fernando Coelho, a doutrina de Stammler é muito mais uma “teoria do direito justo” do que uma “teoria do direito natural de conteúdo variável”.

13 TEORIA DO DIREITO NATURAL DE CONTEÚDO PROGRESSIVO

A “Teoria do Direito Natural de Conteúdo Progressivo” considera a sociedade histórica, concreta, como elemento determinante da evolução do direito natural. Segundo essa teoria, o direito natural identifica-se com a moral social e constitui o limite do direito positivo.

Georges Renard, o formulador da teoria, divide as regras do direito natural em dois grupos: as primárias, que são perenes; as secundárias, que variam.

Outrossim, vê dois fatores a operarem no direito natural: um metafísico, que é constante; outro, histórico, que é móvel.

Dentro dessa concepção, o direito natural é, ao mesmo tempo, uno e diverso, como una e diversa é a natureza humana e também a sociedade.

14 TEORIA DO DIREITO NATURAL DE CONTEÚDO EM DEVENIR

É uma teoria formulada por Erich Fechner e Werner Mayhofer, com base na fenomenologia existencialista e em colocações da Antropologia.

A “Teoria do Direito Natural de Conteúdo em Devenir” repele a idéia de natureza-essência, previamente dada ao homem, como fonte do “direito natural”. Afirma que o homem constrói a sua própria natureza, à medida que evolui na história.

O direito natural é, assim, não apenas derivado da natureza humana, mas também obra humana, criada com a própria natureza humana em devenir.

15 KELSEN E RADBRUCH EM FACE DO DIREITO NATURAL

Hans Kelsen opõe-se ao Direito Natural e ao papel, que pretende, de formular critérios para o julgamento do direito positivo. Para ele, “a nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se validade, por causa do conteúdo das suas normas”.⁷

Segundo Kelsen, o Direito está todo na norma positiva elaborada pelo Estado. No vértice da estrutura piramidal do ordenamento jurídico encontra-se a “norma fundamental hipotética”, ou “Constituição em sentido lógico”.

Gustavo Radbruch afirmou a existência de “princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo”, princípios que alguns chamam de *direito natural*, e outros, de *direito racional*.⁸

Tais princípios, no pormenor, acham-se envoltos em dúvidas, mas o esforço dos séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, consubstanciado nas declarações de direitos do homem.

16 A OPINIÃO DE ALGUNS AUTORES EM FACE DO DIREITO NATURAL

Enfrentando a questão do Direito Natural, Recaséns Siches põe como dilema a aceitação do Direito Natural e da idéia de Justiça, de um lado; de outro lado, a ruína dos fundamentos do Direito positivo, que se transforma em mero fenômeno de força.

Como Recaséns Siches, também Paulo Nader coloca um dilema para o jusfilósofo: ou será partidário do Direito Natural, ou defensor de um monismo jurídico que reduz o Direito apenas à ordem jurídica positiva.

Roberto Lyra Filho propõe que se recuse a escolha entre a visão positivista e a visão jusnaturalista do Direito.

Diz esse autor que

somente uma nova teoria realmente dialética do Direito evita a queda numa das pontas da antítese (...) entre direito positivo e direito natural. Isto, é claro, como em toda superação dialética, importa em conservar os aspectos válidos de ambas as posições, rejeitando os demais e reenquadrando os primeiros numa visão superior. Assim, veremos que a positividade do Direito não conduz fatalmente ao positivismo e que o direito justo integra a dialética jurídica, sem voar para as nuvens metafísicas, isto é, sem desligar-se das lutas sociais, no seu desenvolvimento histórico, entre espoliados e oprimidos, de um lado, e espoliadores e opressores, de outro.⁹

Roberto A. R. de Aguiar defende a busca de um direito comprometido, que é “fruto de um conflito entre o direito posto, vigente e eficaz, contra um direito em potencial que emerge das lutas dos dominados, dos destinatários esmagados na ordem jurídica posta”.¹⁰

Carl J. Friedrich proclama a necessidade de um padrão válido, fora e além do Direito, para proteger o Direito.

17 A IDÉIA DO DIREITO NATURAL NA ÉPOCA CONTEMPORÂNEA

Estaria morta, na contemporaneidade, a idéia do Direito Natural?

A. Machado Paupério pensa que não: “depois de longo império de sociologismo positivista, volta o direito natural, de novo, a polarizar as inteligências e as Universidades, num movimento de autêntica floração renascentista”.¹¹

C. H. Porto Carreiro pensa que sim: “hoje, o Direito Natural morreu e sua ressurreição só interessa àqueles que, opondo-se à lição da História, pretendem manter o homem submetido ao poder de grupos e classes que o exploram ideológica e economicamente”.¹²

18 CONCEPÇÃO ÉTICA DO DIREITO À LUZ DE UM MUNDO PLURALISTA - A POSIÇÃO QUE TEMOS DEFENDIDO

Em face de um mundo pluralista, como o mundo moderno, é viável defender uma concepção ética do Direito? Creio que sim. A partir do próprio pluralismo. Sem dogmatismo.

A meu ver, esta luta para a salvaguarda da essência do Direito é um dever ético do jurista. O instrumental teórico para esse posicionamento pode ser encontrado em diferentes fontes:

- a) seja o direito supralegal a que se refere Radbruch;
- b) seja uma referência crítica para a legislação vigente, como propõe Hermes Lima;
- c) seja a tentativa de humanização da Justiça, a que se reporta Flóscolo da Nóbrega;
- d) sejam Direitos Humanos proclamados em foros internacionais, ou trazidos à prática efetiva, através de convenções e tribunais supranacionais.

Além de tudo isso - suponho que este seja o caminho - deveremos lutar por valores que se afirmem mais na *praxis*, no cotidiano do povo, do que nas definições teóricas.

A este propósito é impressionante a sabedoria popular.

Numa Comunidade Eclesial de Base na periferia de Vitória, o povo que precisava de terra para construir suas modestas habitações cantava nas celebrações religiosas: “Queremos terra na Terra, já temos terra no Céu”.

Essa “terra na Terra” é “direito” das pessoas, “direito” das famílias, “direito” dos operários, ainda que a legislação do país negue esse direito aos que dele necessitam.

Diante de tema tão contundente, uma palavra final.

A única coisa intolerável é que, ante o esmagamento de homens, de grupos de homens, de classes, ou de povos, sob o amparo de sistemas legais, não possa o jurista dizer, como o profeta, ao déspota, à coorte de opressores, à classe dominante: “Não te é lícito!”

19 DIREITO COMO JUSTO

Direito, na acepção de justo, é o bem devido por Justiça ou a conformidade com as exigências da Justiça. Direito, nesse significado, é a idéia ou o ideal de Justiça, é o Direito legítimo. Esse é o sentido axiológico do Direito.

A essa significação refere-se Santo Tomás de Aquino quando diz: “Direito é o que é devido a outrem, segundo uma igualdade”.¹³

Nas seguintes definições, além da de Tomás de Aquino, citada, aparece o direito na acepção de “justo”: “Direito é tudo que é certo, na ordem dos costumes”;¹⁴ “Direito é a proporção real e pessoal de homem para homem que, conservada, conserva a sociedade e que, destruída, a destrói”.¹⁵

São exemplos do uso do vocábulo “direito”, na acepção de “justo”, os seguintes: a luta em favor do direito justifica uma existência; a segregação racial, ainda que legalmente estabelecida, é violadora do direito; só é verdadeiro jurista quem tenha o sentimento do direito.

20 REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é justiça*. São Paulo: Alfa Omega, 1982.
- AQUINO, Santo Tomás de. Suma teológica: questões LVII e LVIII. Tradução Alexandre Correia. In: PEREIRA, Aloysio Ferraz (Org.). *Textos de Filosofia Geral e Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CARREIRO, C. H. Porto. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- CÍCERO. *Da República*. 3. ed. São Paulo: Atena, [19-].
- KELSEN, Hans. *A justiça e o Direito Natural*. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, s.d.

PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira Fialho. Brasília: EDUnB, 1997.

¹ PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, passim.

² LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, passim.

³ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, s.d., passim.

⁴ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira Fialho. Brasília: EDUnB, 1997.

⁵ CÍCERO. *Da república*. 3. ed. São Paulo: Atena, [19--].

⁶ Referindo-me, neste livro, a diversas escolas e correntes de pensamento que surgiram ao longo da História, uso com frequência o verbo no presente do indicativo e não no passado. Aqui, por exemplo, dizemos que a Teoria Jusnaturalista do Teologismo *afirma* que os princípios integrantes do Direito Natural *decorrem* da inteligência e da vontade de Deus.

Optamos pelo presente do indicativo porque, de certa forma, as correntes do pensamento, ainda que pretéritas, têm permanência, constituem legado do passado para o presente. Além disso, em muitos casos, mesmo correntes e escolas antigas têm seguidores hoje.

⁷ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

⁹ LYRA FILHO, Roberto. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

¹⁰ AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é justiça*. São Paulo: Alfa Omega, 1982.

¹¹ PAUPÉRIO, op. cit., passim.

¹² CARRREIRO, C. H. Porto. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

¹³ AQUINO, Santo Tomás de. *Suma teológica: questões LVII e LVIII*. Tradução Alexandre Correia. In: PEREIRA, Aloysio Ferraz (Org.). *Textos de filosofia geral e filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, passim.

¹⁴ LIBERATORE apud NADER, op. cit., passim.

¹⁵ ALIGHIERI, Dante apud NADER, op. cit., passim.

NATURAL LAW AND PRELIMINARY ISSUES IN THE STUDY OF LAW. AN ETHICAL NOTION OF LAW

ABSTRACT

In this brief text, the author examines, in a student-friendly method, issues preliminary to the study of Law, with a remarkable focus on Natural Law and its different thought variations. The author also defends an ethical notion of Natural Law in contemporary world.

KEYWORDS: Natural Law. Natural Law theories. Ethics. Law.

DROIT NATUREL ET SUJETS PRÉLIMINAIRES DANS L'ÉTUDE DU DROIT. CONCEPTION ÉTHIQUE DU DROIT

RÉSUMÉ

Dans ce texte on aborde, de manière didactique, des sujets d'introduction à l'étude du droit, avec une approche marquante sur le droit naturel et ses différents courants. De plus, ici on défend une conception éthique du droit naturel dans le monde contemporain.

MOTS-CLÉS: Droit Naturel. Jusnaturalisme. Éthique. Droit.

BREVES REFLEXÕES SOBRE MULTAS DE TRÂNSITO EM FORTALEZA

Mônica Barroso*

1 O Estado Democrático de Direito e o império da lei. 2 Da impossibilidade de uma pessoa jurídica de direito privado exercer o poder de polícia do Estado. 3 Condicionamento do pagamento de multas para o licenciamento de veículos. 4 Da ilegalidade da operacionalização do sistema de fotossensores e lombadas eletrônicas. 5 Das notificações. Conclusão. Referências.

RESUMO

O artigo aborda criticamente a ilegalidade das cobranças de multas de trânsito no Município de Fortaleza aplicadas por agentes da ETTUSA – Empresa de Trânsito e Transportes Urbanos S/A, em estudo realizado à luz dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regem o Direito Administrativo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo. Direito Constitucional. Estado Democrático de Direito. Trânsito. Multas. Ilegalidades.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O IMPÉRIO DA LEI

A feição democrática do Estado de Direito é coisa recente na história. Ela foi se formando e se solidificando após as revoluções burguesas, notadamente a francesa, quando os povos ocidentais foram paulatinamente entregando sua soberania a uma assembléia eleita pelo sufrágio universal.

A partir do século XVIII, pensadores como Auguste Comte, Tocqueville, Stuart Mill e outros foram moldando os contornos do Estado moderno que nos chega sem o arbítrio no exercício dos poderes públicos, e com uma incipiente garantia dos direitos dos indivíduos, como nos ensina Canotilho: “Estado de

* Especialista em Direito Público e Direito Processual Civil pela UFC e em Direito Civil pela USP. Defensora Pública. Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública e do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB – Seccional do Ceará. Professora da disciplina de Profissões Jurídicas da Faculdade Christus.

Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”.¹

Foi muito longo o caminho percorrido pela humanidade para que chegássemos a esse modelo de Estado, que hoje empunhamos como uma conquista.

No Brasil, respiramos novos ares a partir da chamada Constituição Cidadã de 1988, através da qual os brasileiros recém-saídos de um longo período de exceção puderam incrustar no seu texto as nossas aspirações de nação livre. Muito dessa liberdade, entretanto, ainda repousa apenas nos textos legais, e muito ainda se atenta contra a democracia no cotidiano deste país. Na própria Constituição Federal restam artigos que aguardam a devida regulamentação para se tornarem parte do mundo fático.

É preciso, portanto, que reforcemos diuturnamente idéias como as do citado jurista Canotilho:

Estado de Direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos. Para tornar efetivos esses princípios e esses valores, o Estado de Direito carece de instituições, de procedimentos, de ação e de formas de revelação dos poderes, de fins e tarefas do Estado. A forma que a nossa contemporaneidade revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado Constitucional de Direito Democrático e Social ambientalmente sustentado².

Prolifera, pois, no chamado mundo civilizado hodierno, a submissão do Estado ao Direito, que entre nós, está preconizada no artigo primeiro de nossa Lei Maior, a saber:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]

Para a consecução dos interesses coletivos, o Estado concretiza-se por meio de um conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da sua função administrativa. Esse é o propósito da administração pública, que Hely Lopes Meirelles assim define:

[...] a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. [...] A Administração não pratica atos de governo; pratica tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos [...].³

Temos, daí, todo um aparato de Estado para que este ente abstrato se corporifique e torne possíveis as suas ações em prol do bem comum da coletividade administrada; e, em relação a isto, o texto Constitucional de 1988 preconiza:

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

Preocupa-nos, no presente trabalho, apenas um dos princípios elencados pelo ditame constitucional suso transcrito, ou seja, o da legalidade, que objetiva verificar a conformidade do ato ou atividade do poder público com as normas legais.

No Brasil, a eterna simbiose entre interesses particulares dos ocupantes de cargos públicos e interesse público poderia ser matéria digna de um compêndio, pela cultura patriarcal e autoritária que sempre se desenvolveu entre nós; há sempre uma “apropriação” dos entes públicos por pessoas ou grupos que, eventualmente, estão no poder.

Nessas “apropriações” o primeiro princípio esquecido é o da legalidade. Muitas vezes o administrador público esquece ou sequer toma conhecimento que tem suas ações completamente adstritas à lei, não podendo dela se afastar sob severas sanções, como nos ensina Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa pode fazer assim; para o administrador público significa deve fazer assim.⁴

Ou seja, na prática, existem administradores e administrados. A necessidade da hegemonia política de certos grupos, a qualquer preço, está fazendo com que administradores públicos se afastem do ideal de alcançar o bem-estar coletivo. Um grande número desses ditos administradores se comporta, ainda,

como se a lei existisse apenas para amparar e justificar seus interesses pessoais e de seu grupo político, sem sequer se dar conta da “Queda da Bastilha”. Não podemos permitir que esta cultura permaneça mais tempo entre nós, sob pena de nos tornarmos cúmplices das ilegalidades que são cotidianamente perpetradas contra a população, pelos próprios governantes.

Daí, trazermos ao conhecimento público um dos casos que, a nosso ver, é simbólico e mostra a quantas anda o desrespeito à lei e à cidadania, apesar dos discursos todos iguais – da esquerda à direita – de respeito à ordem e ao Direito, qual seja, a realidade sobre as multas de trânsito na Cidade de Fortaleza.

2 DA IMPOSSIBILIDADE DE UMA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO EXERCER O PODER DE POLÍCIA DO ESTADO

A Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A (ETTUSA), criada pela Lei Municipal n. 7.481, de 23 de dezembro de 1993, não tinha originariamente competência para ordenar e fiscalizar o trânsito, mas ficou investida desse poder de polícia em face da edição do Decreto Municipal n. 10.109/97, de 20 de junho de 1997 (D.O.M., de 20.06.97).

A ETTUSA é caracterizada como pessoa jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, organizada sob a forma de sociedade anônima, de economia mista fechada, cabendo ao Município de Fortaleza 98,69% das ações e 1,31% aos demais acionistas, dentre esses representantes das empresas operadoras: Rotasol Transportes Urbanos Ltda., Auto Viação Fortaleza Ltda., Expresso Timbira Ltda., Via Máxima, Viação Bons Amigos Ltda, Empresa Angelim Ltda, Cia de Transporte Coletivo, São José de Ribamar, Empresa Montenegro, Auto Viação São José Ltda, Siará Grande Ltda, Empresa Nossa Senhora S. Salete Ltda, Santa Maria Ltda, Autoviária Freitas, São Francisco Transporte e Turismo Ltda, Maraponga Transportes Ltda, São Benedito Ltda, Viação Urbana Ltda, São Judas Tadeu, Rotaexpressa Transporte de Passageiros, e Expresso Guanabara.

Como vemos, a ETTUSA é uma empresa de economia mista, ou seja, seu controle acionário é feito pela Prefeitura Municipal de Fortaleza, mas há particulares com participação nas ações, o que a faz uma empresa de natureza privada, com objetivo de lucro, não podendo, por esse motivo, exercer o poder de polícia ínsito do Estado, no sentido da preconização contida no artigo 78 do Código Tributário Nacional, a saber:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando o direito, interesse ou liberdade regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão, ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à

propriedade ou aos interesses individuais ou coletivos.
Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal, e tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Nesse pro, acode-nos o mestre José Cretella Jr.:

Em síntese, exceto dois tipos de atividades – o exercício do poder de polícia e a distribuição da justiça, que, regra geral, são serviços públicos indelegáveis, sob pena de falência virtual do estado, outras atividades – instrução, educação, transporte, telecomunicação – tanto podem ser desempenhadas pela administração direta que, para isso utilizará o próprio pessoal do quadro, das repartições governamentais (ministérios, secretarias), como podem ser prestados pelas entidades da administração indireta – pessoas jurídicas governamentais ou particulares – cada uma das quais com peculiar regime jurídico como ainda, por fim, pelo cidadão (todo particular é, no fundo, administrador, cf. Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, 3ª ed., 1949, vol. 1, p. 04), como, por exemplo, nas hipóteses em que o cidadão prepara e apresenta a declaração de renda ou denuncia o crime. (Vedel, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 18), ou serve como mesário, em eleições; ou prende delinqüente em flagrante delito, e o conduz ao posto policial.⁵

Pelo que observamos, o poder de polícia administrativo é típico, exclusivo e inderrogável do ente estatal, e, em assim sendo, o Município de Fortaleza não poderia tê-lo delegado à ETTUSA, ou a qualquer outra pessoa jurídica de direito privado. Reforça nosso pensamento a lição do eminente administrativista Diógenes Gasparini:

Assim, o exercício de poder de polícia de trânsito pelos municípios terá de ser feito por seus órgãos ou por suas entidades, na forma de fundações ou autarquias, todas pessoas jurídicas de direito público submetidas aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros.⁶

Não podemos olvidar as preconizações da Constituição Federal, referentes ao tema:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será per-

mitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

(...)

§4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

§5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Pela leitura do mandamento constitucional, fica claro o entendimento do regime – se público ou privado – a que estão submetidas as sociedades de economia mista existentes no Brasil.

A doutrina especializada é unânime ao afirmar o caráter privado das sociedades de economia mista, como ensina Márcio Fernando Elias Rosa, *verbis*:

Quanto à natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, as controvérsias doutrinárias se pacificaram consideravelmente a partir de 1967; de um lado, porque a Constituição, no art. 170, §2º determinava sua submissão ao direito privado; de outro lado, tendo em vista o conceito contido no art. 5º, II e III, do Decreto-Lei nº 200.⁷

A isso tudo acrescentamos outra razão de ordem técnico-funcional ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente para fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial. Foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o poder público para agilizar suas ações. Daí, a sua personalidade jurídica de direito privado.

E, como sabemos, o Estado faz uso corrente deste engenho, como nos ensina a doutrina: “Para a prestação de serviços públicos ou a excepcional exploração de atividade econômica, pode o Estado constituir, desde que autorizado

por lei específica, empresas submissas, a modelo disposto do direito privado. São as empresas públicas e sociedades de economia mista.”⁸

No exercício da atividade fiscalizatória que lhe foi delegada, a ETTUSA firmou convênio com o DETRAN (publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 26/06/98), em face do qual pactuaram o rateio do fruto pecuniário das penalidades administrativas impostas aos proprietários e guiadores de veículos de Fortaleza, tendo o Município de Fortaleza se obrigado a dar continuidade a um contrato previamente firmado entre o DETRAN e a empresa privada que implanta, opera, e mantém foto-sensores, como se isso fosse juridicamente possível.

É oportuno o registro de que o Ministério Público Estadual e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Ceará, intentaram Ação Civil Pública contra a ETTUSA – Proc. 1999.02.3839 - 5 que tramita perante a 5ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Na mencionada ação, afirmam: “o acordo acima noticiado é, para o Município de Fortaleza, leonino, afrontoso, inconcebível e, ainda, porque não afirmar, atentatório a sua autonomia e dignidade”.

Vale salientar que a ação aguarda parecer do Ministério Público desde 2003.

Sendo a ETTUSA uma sociedade de economia mista, o percentual da arrecadação que reveste em seu benefício, por força das multas aplicadas aos supostos infratores do trânsito, não fica afeto ao patrimônio público como deveria.

Sem sombra de dúvidas avilta ao nosso sistema legal e à moralidade administrativa, a aplicação de multas e a fiscalização de trânsito exercidas pela ETTUSA, por tratar-se de entidade de economia mista, que tem por objetivo precípuo aferição de lucro. Ainda acerca do regime jurídico da empresa de economia mista, observemos a lição do eminente Hely Lopes Meireles:

A autarquia, pessoa jurídica de direito público realiza o serviço destacado da administração direta, exercendo, assim, atividades típicas [...]; a sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade anônima, e sob o controle majoritário da união ou de outra entidade da administração indireta, tem por objetivo a exploração da atividade econômica.⁹

A propósito, cumpre-nos deixar registrado que a matéria ora em deslinde também foi objeto, aqui no Ceará, de apreciação em sede de Ação Popular (processo n. 99.02.37188-4 - 1ª Vara da Fazenda Pública) cuja decisão monocrática foi posteriormente confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Agravo Regimental – Processo n. 99.02.07477-1/01), reconhecendo

ilegais as multas lavradas pela aquela empresa, indiscutivelmente constituída sob a forma de uma pessoa jurídica de direito privado, conforme acórdão do Desembargador Ernani Barreira Porto, no processo *in comento*:

A ETTUSA, de seu turno, é sociedade anônima, empresa privada, insuscetível, portanto, de receber competência da ordem daquelas descritas na norma transcrita. Se for sociedade anônima, ainda que de economia mista – seu objetivo é o comércio (entendida a palavra aqui no seu sentido mais lato), visando, assim, até por uma imposição de sua natureza, o lucro. Ora, objetivo de lucro é incompatível com o poder de polícia, atividade típica do Estado, a envolver, de conseguinte, competências públicas, tais como a discricionariedade, a auto-executoriedade, e a coercibilidade, o que o torna imune à delegação a entes privados. A competência para fiscalizar, associada ao poder de impor multas, é incompatível, pois, com a perseguição do lucro.
(Ag. Re. 1999.07477-1/01)

Diante da flagrante ilegalidade dos atos da Prefeitura Municipal de Fortaleza ao entregar o seu poder de polícia a um ente provado, as Varas da Fazenda Pública e o Tribunal de Justiça ficaram assoberbados de trabalhos, na medida em que milhares de ações foram intentadas para fazer valer o direito ante tais ilegalidades. Muitos dos cidadãos pagaram multas impostas ilegalmente (pois condicionaram o pagamento das multas ao licenciamento dos veículos), outros tiveram seus carros recolhidos aos depósitos do DETRAN; aqueles que cometeram a ilegalidade oficialmente restam impunes e o erário, mais abastecido.

O Tribunal de Justiça do Ceará, atendendo à enorme demanda da população assaltada pela Administração Municipal, sumulou a matéria:

Súmula 29 - A Empresa Técnica de Transporte Urbano S/A (ETTUSA) na qualidade de sociedade de economia mista, não tem legitimidade para o exercício do poder de polícia administrativa, sendo nulas as multas por ela aplicadas, bem como de nenhum efeito as conseqüências jurídico-administrativas decorrentes de tais autuações.

Finalmente, sobre a indelegabilidade do poder de polícia do Estado, já havia se manifestado o Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9649, DE

27/05/98, QUE TRATA DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS”.

1 – Estando prejudicada a Ação, quanto ao parágrafo 3º do art. 58, da lei 9649, de 27/05/98, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente quanto aos mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “caput” dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do mesmo art. 58.

2 – Isso porque a interpretação dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica do estado, que abrange até poder de polícia de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre como nos dispositivos impugnados.

3 – Decisão unânime”¹⁰

E, como se infere abaixo, na lei que cria a ETTUSA, Lei 7.481 de 23 de dezembro de 1993, resta explícito :

Art. 2º. A ETTUSA será vinculada administrativamente à Secretaria de Transportes do Município – STM, terá personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio, gozará de autonomia administrativa e financeira, e terá sede e foro na cidade de Fortaleza.

Não há, pois, o que se discutir sobre a natureza jurídica da ETTUSA.

Além do que, um decreto municipal não tem o condão de transformar lei em sentido formal, *ex vi* do disposto na Constituição Federal Brasileira, alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, *verbis*:

Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

Um decreto municipal tem por desiderato exclusivo a regulamentação da lei em face do qual foi ele editado, e bem por isso ele não pode alterar-lhe o alcance, seja ampliando, seja reduzindo seus efeitos.

Isto posto, no caso *in comento*, o diploma legal que cria a ETTUSA (Lei Municipal n. 7481/93) não lhe conferiu atribuições de fiscalizar o trânsito de veículos em Fortaleza, tampouco de lhe aplicar penalidades administrativas.

Por isso mesmo, tais atividades não lhe poderiam ter sido cometidas através do Decreto Municipal n. 10.109/97

Posteriormente, quando o Poder Judiciário do Ceará passou a deferir o pedido da população no sentido de determinar o licenciamento dos veículos independentemente do pagamento das multas e, em seguida, anular as constrangedoras multas, a Prefeitura Municipal de Fortaleza, reconhecendo a ilegalidade da questionada empresa de transporte urbano, criou a Autarquia Municipal de Trânsito (AMC), a ela cometendo todas as atribuições e prerrogativas dantes conferidas à ETTUSA.

Durante anos se praticou este desrespeito à população fortalezense e, quando a Administração Pública resolveu mudar, fê-lo sem consultar os munícipes, sem dar nenhuma satisfação e, o que foi pior, sem devolver a enorme quantia em dinheiro que arrecadou, de forma ilegal da população.

3 CONDICIONAMENTO DO PAGAMENTO DE MULTAS PARA O LICENCIAMENTO DOS VEÍCULOS

Reza o Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 128. Não será expedido novo Certificado de Registro de Veículo enquanto houver débitos fiscais e de multa de trânsito e ambientais, vinculadas ao veículo independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas”.

[...]

Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao certificado de registro no modelo e especificações estabelecidas pelo CONTRAN.

§1º. omissis

§2º. O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais vinculadas ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.

O Departamento Estadual de Trânsito, por sua vez, aproveitando-se da enxurrada de dinheiro que também passou a auferir a partir das multas impostas ilegalmente pela ETTUSA e, usando dos dispositivos legais suso transcritos, passou a exigir a quitação das multas para o licenciamento dos veículos.

Quando o Departamento de Trânsito condiciona o licenciamento e/ou transferência de veículo ao recolhimento prévio do valor de infrações, há um manifesto abuso porque ele retira do proprietário a possibilidade de discutir, tanto na esfera administrativa como na judicial, a legalidade daquela cobrança, ao mesmo tempo em que inviabiliza a própria circulação do veículo.

No que pertine ao condicionamento de licenciamento de veículo automotor ao pagamento de eventuais multas devidas pelo proprietário, o ato administrativo perpetrado cotidianamente pelo DETRAN encontra-se em manifesto descompasso com a orientação jurisprudencial oriunda da Súmula 127, do STJ: “É ilegal condicionar renovação de licença de veículo ao pagamento de multa da qual o infrator não foi notificado”.

Usualmente, além da comprovação da notificação devida, impende assinalar que tal procedimento, ou seja, o condicionamento do licenciamento do veículo ao pagamento de multas viola frontalmente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na medida em que retira do proprietário a possibilidade de questionar, administrativa ou judicialmente, a juridicidade da multa lavrada em seu desfavor. Ademais, sujeita-o às apreensões que são normalmente efetivadas por ocasião de fiscalizações levadas a efeito em *blitz* nas vias públicas.

Neste sentido, já se manifestou a Des. Gizela Nunes Costa, do TJ-CE, em acórdão lavrado perante a 2ª Câmara Cível:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONDICIONAMENTO DO VEÍCULO AUTOMOTOR À QUITAÇÃO DAS RESPECTIVAS MULTAS – SANÇÃO POLÍTICA – CONFIGURAÇÃO – A ADMINISTRAÇÃO DISPÕE DE MEIOS JUDICIAIS PARA A COBRANÇA DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS APLICADAS AO ADMINISTRADO – RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO”.

1 – À Administração não é dado condicionar o licenciamento dos veículos sob sua fiscalização ao prévio pagamento das multas aplicadas aos condutores, eis que dispõe de medidas judiciais próprias às cobranças daquelas sanções pecuniárias. Sanção política configurada.

2- Liminar confirmada. Recurso conhecido, mas improvido.
(Ag. Inst. 2000.0016.1324-4/0)

No instante em que se condiciona o licenciamento ao prévio pagamento das multas, há a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito (pagamento de multa “indevida” para o exercício do direito de propriedade).

A Fazenda Pública deve cobrar seus créditos oriundos de multas aplicadas em infração de trânsito, através do devido processo legal (execução fiscal), de forma a não prejudicar direta ou indiretamente o direito de uso do proprietário.

A respeito da questão, manifestou-se o jurista Roberto Rosas:¹¹ “O Tribunal Pleno decidiu que a Fazenda deve cobrar seus créditos através de

execução fiscal, sem impedir, direta ou indiretamente, a atividade profissional do contribuinte.” (RT. 45/629).

Vejamos o que nos diz a Constituição Federal de 1988 sobre o assunto:

Art. 5º (...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O DETRAN cumpliciou-se com a ETTUSA e ambos passaram vários anos perpetrando verdadeiros crimes contra a sociedade impunemente, seja pelas vultuosas multas que arrecadavam com a montagem de uma indústria, seja pela pontuação erroneamente registrada na carteira de motorista dos cidadãos, pois oriunda de multas nulas.

É importante registrar que, mesmo após milhares de decisões do Tribunal de Justiça do Estado, o DETRAN continua exigindo para o licenciamento dos veículos o pagamento de multas ilegalmente impostas, afrontando de modo fatal o Princípio da Supremacia do Direito Público.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará já se manifestou, sumulando a matéria, determinando que “o Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN) não pode condicionar a renovação do licenciamento de veículo ao pagamento de multa da qual o suposto infrator não foi notificado”.

Um dos aspectos mais humanizantes do Estado Democrático de Direito é a idéia antiga cuja versão americana tão em vigor entre nós, do *due process of law*, significa a obrigatoriedade da adoção de um processo justo, legalmente regulado, quando for necessário julgar e punir os cidadãos, privando-os de sua liberdade ou propriedade.

O direito ao devido processo legal e à ampla defesa, mesmo na seara administrativa, foi erigido ao patamar constitucional e, mais do que isso, foi considerado cláusula pétrea por força do art.60, §4º da Carta Magna, de modo que não poderia prevalecer a exigência insculpida no Código de Trânsito Brasileiro.

Aliás, em prevalecendo tal dispositivo da norma infraconstitucional, tem-se também uma subversão do devido processo legal, pois estaria a autarquia estadual promovendo a execução antecipada da penalidade aplicada à parte, e, nesse caso, vale dizer, sem que a mesma estivesse definitivamente inscrita na dívida ativa pertinente.

Ora, da mesma forma, a exigência do pagamento da multa através da via oblíqua não apenas inviabiliza o devido processo legal insculpido na Lei 6.830/80, como também malfeire a jurisprudência pátria já consolidada na Súmula 323 do Pretório Excelso, segundo a qual, “a administração pública não pode se valer de meios coercitivos para a cobrança de dívidas”.

4 DA ILEGALIDADE DA OPERACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE FOTOSSENSORES E LOMBADAS ELETRÔNICAS

O resultado prático dessa simbiose entre a finalidade do lucro fácil e o exercício do poder de polícia administrativa decorrente da delegação mencionada foi a instalação disseminada em várias artérias de algumas cidades – incluindo Fortaleza – de equipamentos de aferição de velocidade dos veículos – os chamados fotossensores – produzindo uma verdadeira “indústria de multas” retirando da penalidade os conteúdos didáticos e pedagógicos que encerra, para transforma-se em um negócio comercial como outro qualquer.

Embora as autoridades locais desconheçam, existe uma Lei Federal em vigor (Lei n. 9.784, de 29.01.1999), que regula o processo administrativo entre nós e ela preconiza:

Art. 22. *omissis*

1º. Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

Todos os órgãos executivos de trânsito federais, estaduais e municipais desobedecem, cotidianamente, esta regra na medida em que não enviam cópia do auto de infração para o suposto infrator, e sim um formulário apócrifo, repleto de abreviaturas ininteligíveis, mesmo sendo estas proibidas pelo diploma legal suso mencionado, ou mesmo pelo nosso Código de Processo Civil, senão vejamos:

Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo”.

(...)

“Art. 169. *Omissis*.

Parágrafo único. É vedado usar abreviaturas.

Além do que a própria autuação, que é a fase inicial de um processo administrativo, em si mesma é feita de forma completamente ilegal, como nos ensina o mestre Hely Lopes Meirelles:

Processo administrativo punitivo é todo aquele promovido por ela – Administração – para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato.

Esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa e estrita observância do devido processo legal (*due process of law*), sob pena de nulidade da sanção imposta.

A sua instauração há que basear-se em auto de infração, representação ou peça equivalente, iniciando-se com uma exposição minuciosa dos atos ou fatos ilegais ou administrativamente ilícitos atribuídos ao indiciado e indicação da norma ou convenção infringida.¹²

Continua ensinando o citado mestre que são requisitos de validade do ato administrativo: a finalidade, o motivo e o objeto que, no caso *in comento* – multas de trânsito –, jamais seriam implementados por uma máquina fotográfica ou um radar, sem a presença de um agente de trânsito.

Sobre o assunto de infração prevista na legislação de trânsito, o Código Brasileiro de Trânsito, preconiza:

Art.280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

- I - Tipificação da infração;
- II - Local, data e hora do cometimento da infração;
- III - Caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;
- IV - O prontuário do condutor, sempre que possível;
- V - Identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;
- VI - Assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

Para que a Lei seja cumprida a contento, mister, pois, a presença de um agente de trânsito para que o mesmo possa efetuar a autuação administrativa, *comme il fault*, vez que uma autuação implica num julgamento de fato, impossível de ser efetivado por máquinas, como afirma o eminente Desembargador e jurista paulista Álvaro Lazzarini:

A propósito, esclareço que a multa de trânsito, a exemplo das demais penalidades previstas no art.95 do Código Nacional de Trânsito, constitui sanção de

polícia de trânsito e começa a materializar-se no ato do preenchimento do Auto de Infração e Imposição de Penalidade – AIIP.¹³

Além do que, no que diz respeito à comprovação de infração de trânsito através de aparelho eletrônico ou elétrico, foi tudo regulamentado no artigo 280, parágrafo 2º do CTB, que exige a aferição do INMETRO e conseqüente avaliação e certificado a serem expedidos pelo mesmo, e mais, devendo atender a todos os requisitos exigidos pelo CONTRAN. O que não ocorre com as chamadas lombadas eletrônicas e fotossensores, pois, além de não haver divulgação dessa aferição exigida pelo CTB, já ferindo o princípio da Publicidade, que rege a Administração Pública, diga-se de passagem, também não existe a ratificação comprovada da autoridade de trânsito do registro de uma simples máquina, o que mais uma vez põe em cheque a veracidade das multas registradas pelos equipamentos eletrônicos.

5 DAS NOTIFICAÇÕES

As multas de trânsito passaram a ser vistas com maior preocupação pelo munícipe não só pelo aumento das notificações, como pelo alto valor pecuniário que implicam e pela conseqüente anotação de pontos no prontuário do suposto infrator.

Em sendo uma penalidade administrativa, decorrente do poder de polícia do Estado, elas provêm de um procedimento administrativo comum que pode se iniciar por um auto de infração, devendo, em seguida, ser oferecido ao administrado prazo para a apresentação de sua defesa, como consagrado na Constituição Federal.

No caso das notificações de multas de trânsito, como elas se dão aos milhares, são enviadas aos administrados pelo correio onde já consta a penalidade sofrida por este. Ou seja, ao receber a notificação, o munícipe já foi apenado (sem ser ouvido) restando-lhe apenas, prazo para recorrer junto as JARIs.

Como nos ensina a doutrina:

Ora, a atitude da Administração Pública está eivada pelo vício da inconstitucionalidade, pela ausência da ampla defesa. Isso porque, confundem em um só momento dois procedimentos que, obrigatoriamente, devem ser distintos: a notificação do infrator e a aplicação da sanção. Tal ato proporciona que o administrado somente saiba a penalidade que lhe fora aplicada, no mesmo instante em que toma ciência do cometimento da infração.¹⁴

Ao tomar conhecimento da pena é que o administrado, se tiver condições, apresenta recurso perante as chamadas JARIs, ou seja, ele é apenado sem que para tanto tenha apresentado sua defesa, o que no direito brasileiro é insuportável. Em outras palavras, o procedimento administrativo praticado de tal sorte é nulo de pleno direito.

Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CÓDIGO DE TRÂNSITO – PROCEDIMENTOS – AUTUAÇÃO – SANÇÃO – APLICAÇÃO – INFUNDADA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, II DO CPC.

1. Não se vislumbra violação ao art.535 do CPC, quando o acórdão recorrido analisa devidamente a questão e adota fundamentação que lhe parece adequada, suficiente à solução da controvérsia.
2. No *iter* processual administrativo deve a autoridade obedecer tais princípios constitucionais e às normas disciplinadoras.
3. A Lei 9.503/97 prevê uma primeira notificação para apresentação de defesa (art.280) e uma segunda notificação, após a autuação, informando do prosseguimento do processo, para que se defenda o apenado da sanção aplicada (art.281).
4. Ilegalidade da sanção, por cerceamento de defesa, por inobservância dos prazos estabelecidos no *iter* procedimental.
5. Recurso especial dos autores provido.
6. Recurso especial do DAER/RS prejudicado.¹⁵

CONCLUSÃO

Nós, os Defensores Públicos, temos recebido inúmeras demandas da população de Fortaleza no que concerne aos problemas oriundos da cobrança ilegal de multas de trânsito, durante os últimos cinco anos e, por mais que o Tribunal de Justiça tenha julgado procedentes esses pedidos e já até sumulado sobre a matéria, como dito anteriormente, os administradores públicos continuam multando de forma ilegal, e vinculando o licenciamento dos veículos ao pagamento dessas multas, ao arrepio da lei. Os cidadãos não podem ficar parados, e, de alguma forma, temos que barrar essas ilegalidades cotidianas em nossa Cidade.

O Dr. Eudes Oliveira, Juiz aposentado no Ceará, que não podemos deixar de homenagear, já em 2001, manifestou-se de forma contundente contra as ilegalidades aqui apontadas numa publicação – A Ilegalidade das Multas de Radar e Foto-Sensor –, na qual ele transcreve uma peça processual importante que também merece nosso registro, qual seja, a petição inicial da Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público do Mato Grosso do Sul contra o DE-

TRAN e outros. Duas particularidades nos chamaram a atenção no documento mencionado: uma, a efetiva intervenção do Conselho Regional de Engenharia – CREA, daquele Estado, vez que a implantação dos fotossensores é um trabalho de engenharia; e outra, que a empresa questionada na citada inicial é cearense, cujo titular é um engenheiro radicado em Fortaleza.

Pena que as autoridades locais não tenham atentado para as denúncias feitas pelo ilustrado Advogado e que os municípios tenham pago tão caro a uma empresa privada por algo que não deviam.

Na volúpia que os administradores públicos municipais e estaduais se envolveram pelo lucro fácil às expensas da população, feriram de modo grave o juramento que um dia prestaram de bem servir ao povo.

Esqueceram, no entanto, que na Constituição Federal isto se chama improbidade administrativa e é devidamente tutelado:

Art.37 – [...]

§ 4º. Aos atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função política, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Além do que a Lei 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa, fê-lo de modo a responsabilizar aqueles que no trato da coisa pública não respeitaram os limites da lei e o interesse coletivo.

Conforme ensina o professor Hely Lopes Meirelles, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de bom administrador.

O prévio acerto do *negócio*, com lucros que sabidamente atingiriam facilmente a casa dos milhões, entre administradores ímprobos e espertalhões de plantão, desrespeitou também o princípio da moralidade.

Para atingir seus fins, sem a observância do bem estar coletivo, os gestores públicos utilizaram meios sabidamente ilícitos com intuito unicamente de enriquecimento dos interessados no dito *negócio*, com evidente espoliação dos motoristas, além de tachá-los de *infratores*, sem qualquer prova objetiva e lícita nesse sentido.

Envolvido no cotidiano, o cidadão comum não se apercebe que a administração pública pode enveredar por caminhos que terminam por negar a cidadania ao descuidar do coletivo. Daí a necessidade do trabalho dos Defensores Públicos em permanecerem atentos aos perigos que rondam a sociedade e agir em seu socorro sempre que necessário, para o bem estar de todos.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos*, n. 7, Coleção Fundação Mário Soares, Lisboa, Edição Gradiva Publicações Ltda. 1999.
- GASPARINI, Diógenes. *Revista da Procuradoria Geral de São Paulo*, n. 36, dez./91.
- LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, s/d.
- ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, s.d.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos*, n. 7, Coleção Fundação Mário Soares, Lisboa, Edição Gradiva Publicações Ltda. 1999

² Idem, *ibidem*, p. 24

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 60/61

⁴ Idem, *ibidem*, p. 83.

⁵ Cf. CRETELLA JUNIOR, José.

⁶ GASPARINI, Diógenes. *Revista da Procuradoria Geral de São Paulo*, n. 36, dez./91, p 89/111.

⁷ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 33.

⁸ Idem, *ibidem*.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 638/639.

¹⁰ ADIN 1717/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento de 07/11/02, DJ de 28/03/03, p. 61.

¹¹ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, s/d.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 593.

¹³ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d..

¹⁴ Cf. CAVALHEIRO NETO, Augusto.

¹⁵ RESP 615134/RS, REL.MIN.Eliana Calmon, julg. 27.04.04, DJ 28.06.04, p. 293.

BRIEF THOUGHTS ON FINES IN FORTALEZA

ABSTRACT

The paper critically examines the illegality of fines charged in the city of Fortaleza by ETTUSA (Traffic and Public Transportation Company) personnel, based upon constitutional and legal provisions related to Brazilian Administrative Law.

KEYWORDS: Administrative Law. Constitutional Law. Rule of Law. Traffic. Fines. Illegalities.

BRÈVES RÉFLÉXIONS SUR LES AMENDES DE CIRCULATION DANS LA VILLE DE FORTALEZA

RÉSUMÉ

L'article porte un abordage critique sur l'illégalité des amendes de circulation dans la Ville de Fortaleza appliquées par les agents de ETTUSA - Société de Transit et Transports Urbains S/A, à la lumière des dispositifs constitutionnels et légaux qui régissent le Droit administratif brésilien.

MOTS-CLÉS: Droit administratif. Droit constitutionnel. État démocratique de droit. Transit. Amendes. Illégalités.

A PERSPECTIVA ATUAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA NO BRASIL*

*Paulo Eduardo Magnani Fabrício***

*Bruno Queiroz Oliveira****

1 Introdução. 2 A liberdade de imprensa. 2.1 Liberdade de expressão. 2.2 Imprensa. 2.3 Situação atual. 2.4 A liberdade de imprensa. 3 Conclusão. 4 Referências.

RESUMO

Tema de grande pertinência nos dias atuais no Brasil, a discussão sobre o papel da imprensa é bastante controversa, isto porque tem ocorrido uma bipolarização dos discursos, ocorrendo de um lado a defesa ferrenha da liberdade absoluta de expressão e do outro a pregação de que formas de controles prévios e posteriores são cada vez mais necessários, uma vez que a mídia nacional tem praticado diversos abusos. Com isto posto, buscar-se-á uma análise sobre a questão com base nos motivos pelos quais o embate entre os defensores de posições diversas tem se dado de forma mais incisiva. O que ocorre é que a imprensa tem se mostrado um veículo de divulgação e exposição dos mais diferentes escândalos da vida pública nacional, o que tem feito com que aqueles que são alvos das notícias e denúncias passem a defender um controle estatal da mídia. Assim a bipolarização dos discursos vem daí, estando os representantes dos meios de comunicação na defesa da liberdade de expressão e os detentores do poder reivindicando a implementação de instrumentos reguladores da imprensa. Devido a isto, o mo-

*Este artigo foi premiado como o melhor trabalho científico do Curso de Direito na categoria Artigo no IV Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência da Faculdade Christus, realizado em novembro de 2007. Parte do conteúdo foi atualizado, tendo por base os seguintes pontos: I – Recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que aboliu a Lei de Imprensa; II – Novos casos de denúncias jornalísticas referentes a práticas de corrupção no âmbito estatal; e III – Decisões judiciais recentes acusadas de instaurar a censura prévia contra os meios de comunicação.

**Aluno do 10º. Semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus (Fortaleza-CE). Especialista em *Marketing* pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduado em Comunicação Social – Habilitação em Publicidade e Propaganda pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

***Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Advogado e Coordenador Jurídico na Unidade Jurídica Regional da Caixa Econômica Federal em Fortaleza/CE. Professor Orientador.

mento é de atenção e vigilância por parte da sociedade, pois o Brasil já viveu em tempos atrás sob a imposição da censura aos meios de comunicação, algo que funciona como base para o autoritarismo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Imprensa. Liberdade.

1 INTRODUÇÃO

A atuação da mídia brasileira nos tempos atuais tem suscitado debates sobre qual o verdadeiro papel dos meios de comunicação em nosso país, isto porque a imprensa tem sido a força motriz das denúncias dos mais diversos escândalos que têm assolado a vida pública nacional.

O que ocorre é que muitos dos supostos envolvidos nos crimes contra a administração pública alegam estar sofrendo uma condenação prévia por parte dos meios de comunicação, sem lhes ser conferido o direito de defesa e de sequer ainda terem sido submetidos ao devido processo legal para apuração da verdade, algo que cabe exclusivamente ao Poder Judiciário.

Assim, é crescente na classe política pátria a idéia de se estabelecer uma forma de controle estatal sobre as matérias veiculadas pelos meios de comunicação, defendendo, assim, que tal instrumento funcionaria como uma forma de conter as intenções escusas da imprensa e impedir que a imagem de certos indivíduos fique maculada devido a um julgamento parcial da opinião pública, pelo fato de esta última estar sofrendo influência direta da mídia.

A questão é complexa, pois adentra no tema da garantia da liberdade de expressão, a qual é valor consagrado como direito fundamental pela Constituição Federal Brasileira. Aqueles que defendem a livre informação e, conseqüentemente, os meios de comunicação alegam que um controle estatal sobre as veiculações da mídia representa censura e um verdadeiro atentado ao Estado Democrático de Direito, pois a liberdade de expressão é um dos pilares da Democracia, sendo que qualquer ataque ao direito de livre manifestação representa real desestabilização das conquistas democráticas.

Será fruto deste trabalho a análise sobre esta questão tão controversa e rica em detalhes, buscando assim um estudo sobre os pontos de vista diversos sobre o assunto. Com base nas lições de consagrados autores do Direito, da Sociologia e da Comunicação Social, será perseguido o objetivo de expor claramente a complexidade do objeto, assim como também os riscos implícitos ao controle estatal da imprensa.

O tema da Lei de Imprensa, assim como também do papel dos meios de comunicação no Estado Democrático de Direito oferece bibliografia vasta, isto porque a questão possui análises de matérias diferentes, sendo elas, além do Direito, a Sociologia e os próprios estudos da Comunicação Social.

Com isto posto, a proposta deste trabalho será a de oferecer foco na pertinência jurídica da problemática, o qual será harmonizado com as análises da doutrina dos outros campos informados no parágrafo anterior, isto porque suas lições sobre o estabelecimento da indústria cultural, assim como também da condução dos meios de comunicação de massa são de suma importância para um melhor embasamento técnico deste trabalho.

2 A LIBERDADE DE IMPRENSA

A liberdade é um dos pilares da Democracia, pois faz parte do rol das garantias consagradas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual é o documento base da Organização das Nações Unidas (ONU). Assim, não se pode falar que há o verdadeiro estabelecimento de um Estado Democrático de Direito se a este falta o quesito liberdade.

Afirma-se que o termo liberdade é gênero, o qual possui várias espécies, porém sendo importante reforçar a idéia de unicidade, pois é ilógica a determinação de diferentes liberdades, assim como também o é a de diferentes direitos. Desta forma, tanto liberdade, quanto direito, são conceitos unos, mas possuem ramificações que guardam peculiaridades próprias. É importante que esta idéia seja fixada, pois voltar-se-á a tratar sobre ela no decorrer deste trabalho.

2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Uma das espécies pacificamente consagradas de liberdade é a de expressão, ou seja, o direito que é conferido aos indivíduos de manifestar livremente seus pensamentos, visões políticas, crenças, ideologias, entre outros diversos aspectos que dizem respeito à individualidade e à cultura do ser humano.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabelece em seu art. 1º que o Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, ou seja, o país está submetido ao império da legalidade e da participação popular no desenvolvimento das ações públicas, sendo também garantida ao povo a proteção de seus direitos fundamentais, os quais estão elencados no Art. 5º, *caput* e incisos da CF/88.

Ainda com relação ao mesmo artigo 5º, este traz a consagração e positividade da liberdade de expressão:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Com isto posto, entende-se estar esclarecido que a liberdade de expressão é valor consagrado ao povo brasileiro, estando inclusive contemplado como cláusula pétrea, ou seja, não está sujeita a qualquer tipo de alteração ou abolição, conforme o art. 60, § 4º, IV, da CF/88.

Um último ponto a tratar sobre a liberdade de expressão é que esta não é absoluta, pois como está amparada pela lei, também a esta está submetida. Assim, os indivíduos que cometerem abusos e práticas nocivas através da expressão, manifestação ou divulgação de fatos inverídicos ou degradantes do ponto de vista da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, estão sujeitos às sanções legais, as quais têm o amparo da própria Constituição Federal.

O assunto tratado no parágrafo anterior é ponto fundamental do desenvolvimento deste trabalho e voltará a ser abordado com mais complexidade em momento mais oportuno.

2.2 IMPRENSA

Não cabe aqui discorrer sobre a história da imprensa e quaisquer outras peculiaridades sobre sua evolução no passar dos anos, pois caso assim fosse feito, estar-se-ia desvirtuando o foco deste trabalho. O que interessa de fato é demonstrar qual o papel e os objetivos da imprensa dentro de um Estado Democrático de Direito, pois esta questão guarda intimidade com a proposta deste estudo.

Tecnicamente, a palavra imprensa representa apenas os meios de comunicação impressos, os quais foram os pioneiros na transmissão de informações à sociedade. Com o passar o tempo, vários outros veículos foram surgindo e assim passaram a fazer parte do rol dos meios de comunicação, devido a isto a palavra imprensa passou a ser utilizada de forma mais abrangente e hoje em dia está relacionada ao conjunto de veículos comunicativos utilizados para transmitir informações à sociedade, sendo os meios mais recorrentes os jornais, revistas, rádios, canais de televisão e mídias eletrônicas. Estão inseridos neste contexto também os indivíduos que fazem parte de tais veículos, como os repórteres, jornalistas, colunistas, editores, entre outras profissões que estejam inseridas neste universo.

Uma das características que costumam ser atribuídas à imprensa é a de que esta deve ser imparcial e isenta de valorações, sendo assim o seu fim exclusivo o de transmitir as informações às massas sem intromissões ideológicas ou motivações particulares. Tal questão não é pacífica e até hoje gera debates.

A preocupação em torno da isenção e imparcialidade da imprensa, segundo os defensores de tais valores, está relacionada ao fato de que sem a incidência destas, os meios de comunicação se tornam meros veículos de propaganda ideológica, seguindo assim o pensamento dos detentores dos veículos e sendo direcionados a uma manipulação e alienação da sociedade.

Já aqueles que refutam essa idéia, entendem que nenhum meio de comunicação poderá ser livre de ideologias, pois a imprensa é feita por homens e estes possuem seus próprios valores e visões culturais, os quais sempre acabarão tendo incidência no conteúdo das veiculações dos meios de comunicação. Para os defensores deste pensamento, a parcialidade não é algo nocivo, pois apenas reflete a linha editorial à qual determinado veículo se filia. O imprescindível é que a parcialidade e exposição de convicções culturais não sirvam para propagação de idéias e ideologias escusas ou ilícitas, como o racismo, por exemplo.

Ao se tratar dos meios de comunicação e da indústria cultural como um todo, entende-se ser pertinente a exposição das lições de doutrinadores antagônicos que dedicaram suas obras ao assunto.

De um lado, tem-se o pensamento de doutrinadores da Escola de Frankfurt, a qual foi um grupo de filósofos de orientação marxista que dedicou a partir da década de 1920 pesquisas e estudos sobre o impacto das mensagens dos meios de comunicação sobre as massas.

De um lado, portanto, estão os que acreditam, como Adorno e Horkheimer (os pioneiros, na década de 1.940, a utilizar a expressão “indústria cultural” tal como hoje a entendemos), que essa indústria desempenha as mesmas funções de um Estado fascista e que ela está, assim, na base do totalitarismo moderno ao promover a alienação do homem, entendida como um processo no qual o indivíduo é levado a não meditar sobre si mesmo e sobre a totalidade do meio social circundante, transformando-se com isso em mero brinquedo e, afinal, em simples produto alimentador do sistema que o envolve.¹

Por outra mão, têm-se os conceitos de outras vertentes do estudo da Comunicação Social, as quais não tinham por objetivo uma análise do aspecto ideológico dos meios comunicativos, mas sim de sua atuação nas sensações humanas.

Mcluhan considera um erro – e sinal de desconhecimento da natureza de um dado meio, e da natureza de todos eles – o ponto de vista habitual, que consiste em julgar se uma coisa é boa ou má conforme o uso que dela se fizer. Considera indício de “sonambulismo”, e total incapacidade de entender a condição moderna da vida, dizer que o valor da TV, por

exemplo, depende do tipo de programa por ela divulgado – o que equivaleria a dizer que a TV será boa se disparar a munição certa contra as pessoas certas.²

Na verdade, independentemente de uma corrente ou outra, entende-se que é função da imprensa trazer as informações ao público para que este possa ter acesso ao que ocorre no cotidiano. Não se vê com maus olhos o fato de veículos assumirem sua linha editorial e embasarem suas matérias a partir desta, pois entende-se ser impossível isenção e imparcialidade plenas na comunicação de notícias. Contudo, o que não pode ocorrer é a manipulação ou distorção dos fatos, buscando assim uma “adequação da realidade” à linha editorial praticada por determinado veículo.

O que realmente importa no papel da imprensa é a lealdade com a veracidade das análises expostas e a transmissão de notícias livres de vícios, pois a informação é algo vital para o desenvolvimento da sociedade.

2.3 SITUAÇÃO ATUAL

Vê-se hoje no Brasil uma forte discussão sobre o papel da imprensa, havendo, de um lado, os defensores de idéias de controle prévio e posterior por parte do Estado sobre os veículos de comunicação e, por outra mão, aqueles que se posicionam a favor da proteção da liberdade de informação.

O que ocorre é que o Brasil tem passado por uma verdadeira avalanche de escândalos públicos, os quais expõem agentes ligados aos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) no envolvimento com toda a sorte de práticas ilícitas, sendo as principais delas a corrupção e o desvio de verbas públicas. Entre as matérias mais evidenciadas, destacamos o “Mensalão”³, a Operação Hurricane⁴, e o recente caso dos “atos secretos” do Senado Federal⁵. O primeiro está relacionado ao suposto pagamento de propina por parte do partido político do Presidente da República (Poder Executivo) a Deputados Federais (Poder Legislativo) para que estes votassem matérias de interesse do Governo Federal. O segundo caso refere-se ao suposto envolvimento de altos agentes do Poder Judiciário, inclusive de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na prática de exploração de jogos ilegais e crimes contra a administração pública. Já a terceira situação versa sobre denúncias de nepotismo e clientelismo por parte de Senadores (Poder Legislativo), os quais supostamente teriam se utilizado de expedientes escusos para nomear “funcionários fantasmas”, havendo dado emprego a parentes e protegidos políticos no Senado Federal.

Os escândalos que se presenciam hoje foram trazidos à tona pela imprensa, através de reportagens investigativas ou pelo acesso a dados fornecidos pela Polícia Federal, assim a exposição dos mais diversos agentes públicos foi inevitável e a opinião pública passou a acompanhar os fatos com proximidade e indignação.

Com tal situação instalada, muitos dos supostos envolvidos nos esquemas ilícitos passaram a culpar a imprensa pelo clima de tensão e revolta que se instalou no país, isto porque, de acordo com suas alegações, a mídia manipula as informações e pratica uma espécie de condenação prévia, considerando como culpados indivíduos que sequer foram submetidos a processos diante do Poder Judiciário, o qual é a única instituição legitimada a condenar alguém pela prática de crimes.

Como exemplo, pode-se citar a declaração do ex-Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu, processado diante do Supremo Tribunal Federal (STF) como o mentor do esquema do “Mensalão”, de que a mídia no Brasil tem que ser regulada⁶. Tal declaração teve por base a divulgação por parte da imprensa de “conversa eletrônica” entre dois ministros da Suprema Corte durante a análise da denúncia do suposto esquema de compra de votos de Deputados.

Com isto posto, a defesa de regulação da mídia tem se tornado cada vez mais incisiva entre agentes (e ex-agentes) estatais, pois estes alegam que a imprensa vem agindo de forma destrutiva e motivada por interesses ilícitos de grupos econômicos que desejam a desestabilização do atual governo.

2.4 A LIBERDADE DE IMPRENSA

Conforme já tratado anteriormente, não se enxergam malefícios nos meios de comunicação que se servem de linhas editoriais próprias e as utilizam como base para suas matérias e transmissão de informações, porém obviamente não se pode compactuar com distorções de fatos e veiculação de situações inverídicas com fim de manipulação das massas.

A liberdade de expressão está pacificamente assegurada na CF/88 e assim a mídia goza de liberdade para veicular suas matérias: trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois uma imprensa livre e atuante é a garantia de transmissão de informações para a sociedade:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1.º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º., IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Considera-se, assim, extremamente perigoso o discurso de regulação da mídia por parte do Estado, isto porque tal medida representa um retrocesso que pode custar caro para a Democracia no Brasil. Regular a imprensa significa, de forma direta, exercer censura sobre seu conteúdo, pois assim ficaria a cargo de agentes estatais analisar o teor das matérias a serem veiculadas pelos meios de comunicação.

Não cabe ao Poder Executivo decidir o que pode ou não ser transmitido, pois desta forma o próprio Estado estaria violando um direito fundamental elencado na CF/88 e que é cláusula pétrea. Além do exposto, está pacificamente contemplado no texto constitucional o papel do Poder Executivo na relação com os meios de comunicação social, o qual se encontra no art. 223 do diploma legislativo maior de nosso país, versando que “compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radio-fusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”. Esta é a única atribuição concedida pela Constituição Federal ao Poder Executivo no que diz respeito aos meios de comunicação social.

Exatamente por que a imprensa escrita, falada e televisada (como impropriamente se diz) constitui poderoso *instrumento de formação da opinião pública* (mormente com o desenvolvimento das máquinas interplanetárias destinadas a propiciar a ampla transmissão de informações, notícias, idéias, doutrinas e até sensacionalismos) é que se adota hoje a idéia de que ela desempenha uma *função social* consistente, em primeiro lugar, em “expressar às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, colocando-se quase como um quarto poder, ao lado do Legislativo, do Executivo e do jurisdicional”, no dizer de Foderaro. É que ela “*constitui uma defesa* contra todo excesso de poder e um forte *controle* sobre a atividade político-administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de relevante importância para a coletividade”. Em segundo lugar, aquela função consiste em assegurar a expansão da liberdade humana.

Isto é que, em primeiro lugar, gera a repulsa a qualquer tipo de *censura* à imprensa, seja a *censura prévia* (intervenção oficial que impede a divulgação da matéria) ou a *censura posterior* (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação impeditiva da circulação de veículo impresso).⁷

Uma regulação da mídia pelo Estado significa que informações só poderiam ser veiculadas com autorização dos agentes públicos, o que obviamente levaria à situação de permissão somente de matérias que beneficiariam os interes-

ses daqueles que detêm o poder, amordaçando assim a liberdade de informação e de ser informado, constituindo verdadeira alienação da sociedade.

O controle da imprensa pelo Estado é a via direta para instalação do autoritarismo, pois tal controle em geral é o meio para que, no futuro, o ente estatal venha a se tornar o detentor único dos meios de comunicação, sendo assim instalada a propaganda ideológica que manipula os indivíduos, privando-os do acesso ao que de fato está ocorrendo no cotidiano.

Há alguns exemplos sobre o que ora se expõe. O primeiro é o da Alemanha nazista, na qual o Estado possuía controle pleno sobre os meios de comunicação, criando-se uma propaganda ideológica que incutiu na sociedade as idéias xenófobas do regime. Os casos atuais são os de Cuba, país no qual toda a imprensa é estatal e completamente submetida aos interesses do Poder Público, e o da Venezuela, onde, recentemente, o governo não renovou a concessão da emissora RCTV⁸, a mais popular do país, instalando em seu lugar um veículo do próprio Estado.

É importante salientar que a intenção não é a de promover uma defesa cega e ferrenha dos veículos de comunicação brasileiros, pois eles praticam abusos e devem ser responsabilizados por seus atos, porém não é o controle estatal, que constitui verdadeira censura, que representa o caminho correto para o reparo dos danos causados pela imprensa no Brasil.

Defende-se esta idéia com base na legalidade, pois o ordenamento jurídico pátrio possui respostas para os abusos que são cometidos pelos meios de comunicação. A própria Constituição Federal traz consigo as conseqüências de atos danosos por parte daqueles que exercem a transmissão de informações de forma ilícita e imoral:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Sob um prisma infraconstitucional e de abordagem genérica, o Código Penal brasileiro dedica exclusivamente um de seus capítulos (Capítulo V – Dos Crimes Contra a Honra) para a imposição de sanções ao exercício pejorativo da liberdade de expressão.

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Até pouco tempo, havia uma forte controvérsia em torno da Lei n. 5.250/1.967 (Lei de Imprensa), sendo esta uma legislação específica no que diz respeito aos meios e veículos de comunicação, trazendo consigo punições pelo exercício abusivo e arbitrário da liberdade de expressão. A celeuma, basicamente, dava-se em torno da constitucionalidade de tal diploma.

Recentemente, o assunto em tela foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tendo por base a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com a alegação de que tal legislação viola preceitos constitucionais, principalmente por ter sido concebida durante o regime militar, o qual foi contumaz perseguidor da imprensa livre. A Suprema Corte decidiu, por sete votos a quatro, que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Carta Magna, abolindo definitivamente o diploma em questão⁹.

Salienta-se que esta decisão é histórica, do ponto de vista da manutenção do regime democrático, e mostra que o STF está sensível ao seu papel de defensor da ordem constitucional nacional.

Com a exposição de alguns trechos da legislação pátria, o que se quer demonstrar é que a mídia brasileira não está acima do império da lei, estando submetida a este da mesma forma que o próprio Estado, pois estão pacificamente contempladas em nosso ordenamento jurídico as conseqüências civis e penais a que os veículos de comunicação nacionais estarão sujeitos caso venham a se utilizar de expedientes escusos e ilícitos.

O importante a salientar é que o Poder Executivo não possui legitimidade para implantar qualquer tipo de controle prévio ou posterior ao conteúdo das matérias jornalísticas a serem vinculadas pela imprensa nacional, pois tal controle fere diretamente o diploma legal maior da nação (art. 220, CF), já citado anteriormente.

A questão da contenção de métodos e práticas abusivas da mídia pátria diz respeito aos textos legais e ao julgamento do Poder Judiciário, pois este é o

único legitimado para apreciar as possíveis contendas entre as partes no devido processo legal sobre o tema.

Há alegações de que a Justiça no Brasil é extremamente lenta e que devido a isto as sanções aos danos causados pelos meios de comunicação nacionais demoram a vir, o que prejudica por demais aqueles que foram expostos na mídia de forma negativa e que tiveram sua imagem supostamente maculada perante a opinião pública.

Obviamente, tem-se obrigação de concordar com a afirmação de que o Poder Judiciário brasileiro é moroso e não atende às necessidades dos litigantes em ver a lide julgada com agilidade, porém isto não é justificativa para a defesa de instrumentos reguladores da imprensa por parte do Estado, pois cabe ao Poder Público dar solução aos seus problemas internos, como a morosidade da Justiça, e não procurar caminhos convenientes e escusos para justificar o injustificável.

Outro ponto a ser levantado é sobre o papel a ser desempenhado pelo próprio Poder Judiciário no julgamento de casos que envolvam os meios de comunicação, pois aqueles que defendem o ponto de vista da imprensa entendem que nem mesmo aos magistrados cabe impedir a veiculação de notícias, pois isto representaria censura prévia, sendo o papel dos julgadores apenas o de apreciar a reparação de danos morais e materiais que as informações podem trazer aos indivíduos que estão nas manchetes.

A questão anterior foi levantada devido ao recente caso de liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) em impedir o jornal *O Estado de São Paulo* de veicular matérias referentes à Operação Boi Barrica da Polícia Federal, a qual investiga parte da família do Senador José Sarney¹⁰. O assunto é bastante controverso e merece especial atenção, uma vez que lida com o cerceamento de publicação de informações.

O Brasil já viveu um período nebuloso de sua história durante o regime militar, o qual instaurou a censura e assim relegou o país a se submeter durante anos às sombras do autoritarismo, ceifando inclusive vidas de pessoas que acolheram como ideal a defesa da livre manifestação.

Os meios de comunicação são de suma importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, pois são representantes legítimos da liberdade de expressão, sendo assim os olhos vigilantes da sociedade contra os abusos, crimes e arbitrariedades daqueles que detêm o poder, motivo pelo qual não se pode compactuar com qualquer possibilidade de retrocesso e, assim, correr o risco do retorno da censura em nosso país.

3 CONCLUSÃO

O Brasil é um país que conhece a Democracia há pouco tempo, isto porque a Constituição Federal pode ser considerada um diploma ainda recente, ou

seja, apenas há pouco tempo o povo brasileiro começou de fato a ter contato com as características de um Estado Democrático de Direito.

O Brasil constantemente atravessa momentos antagônicos, convivendo ao mesmo tempo com a modernidade e o atraso, a legalidade e a ilicitude, a moralidade e a imoralidade e a justiça e a injustiça, situações estas, fruto da ainda precoce democracia brasileira, a qual carrega consigo muitos dos vícios do passado provinciano do país, os quais insistem em tentar se perpetuar na vida pública nacional.

A atual discussão sobre o papel da imprensa no Brasil nada mais é do que o reflexo das contradições que são vividas diariamente no país, pois ainda não foi alcançada a devida maturidade do sistema democrático, sofrendo assim constantemente a tentativa de retorno de medidas autoritárias que sempre estiveram presentes no passado desta nação.

A liberdade de expressão é um valor universal, não podendo assim ser questionada por qualquer país que se entenda como democrático. Devido a isto, os episódios atuais que vemos no Brasil, nos quais agentes públicos têm defendido abertamente a necessidade de um controle prévio e posterior da mídia por parte do Estado, causam grande preocupação do ponto de vista da manutenção do Estado Democrático de Direito.

O papel da imprensa é o de transmitir informações à sociedade sobre questões relevantes tanto no âmbito nacional, quanto internacional, pois devido à globalização na qual se vive, faz-se necessária a constante atenção aos diversos fatos que ocorrem diariamente no mundo.

Deve-se deixar claro que não é a intenção aqui compactuar com métodos abusivos e manipuladores por parte da imprensa, pois se sabe que tais problemas ocorrem constantemente, através de programas sensacionalistas e transmissões de informações tendenciosas que visam à alienação das massas. Para os meios de comunicação que se filiam a tais práticas, que sejam submetidos à mão forte da lei e assim sofram as conseqüências de seus atos.

Faz parte do sistema democrático o surgimento de abusos da liberdade e é exatamente por isso que a legalidade existe, pois sua função é a de coibir as condutas nocivas e atuar na manutenção da ordem pública. Todos estão submetidos ao império da lei, inclusive o próprio ente estatal, pois é exatamente isto que representa o Estado de Direito, ou seja, aquele que se submete à força dos diplomas legais.

O ordenamento jurídico nacional possui leis que contemplam e punem as práticas abusivas de expressão e manifestação, tanto em nível constitucional, quanto infraconstitucional, o que assegura assim a devida sanção àqueles que se utilizam de expedientes ilícitos.

O que não se pode aceitar é a justificativa de imposição do controle estatal dos meios de comunicação como forma de coibir os abusos cometidos pela

mídia, pois isto não representa uma solução, mas sim um retrocesso que busca a restauração da censura em nosso país. O que deve ser feito é a efetivação das leis e um funcionamento eficaz e ágil do Poder Judiciário no julgamento de lides, trazendo assim a prevalência da Justiça onde quer que existam conflitos.

A liberdade é uma, mas possui diversas ramificações, entre elas a de expressão. Atentar contra qualquer uma de suas espécies é promover ataque contra o todo, ou seja, contra a própria figura da liberdade, o que arruína a principal base da Democracia, que é a manutenção de um povo livre. Assim, a liberdade de manifestação não pode ser posta em xeque, pois sem ela o Estado Democrático de Direito fica fadado ao esmorecimento.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL precisa regular a mídia, diz Dirceu. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac45556,0.htm>. Acesso em: 15 out. 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

COELHO, Teixeira. *O que é indústria cultural*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

DOS 40 denunciados no mensalão, 37 já são réus. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac40474,0.htm>. Acesso em: 26 set. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINISTRO defere liminar para suspender aplicação de artigos da lei de imprensa. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=83348&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 3.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

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

OPERAÇÃO Hurricane – Desembargadores do TRF da 2ª. Região são presos pela Polícia Federal. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/54612,1>>. Acesso em: 26 set. 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. II.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VENEZUELA: RCTV vai sair do ar em suma semana. *Terra Online*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI1627417-EI294,00.html>>. Acesso em: 26 set. 2007.

¹ COELHO, Teixeira. *O que é indústria cultural*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998, p. 28

² *Ibid.*, p. 40-41

³ DOS 40 denunciados no mensalão, 37 já são réus. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac40474,0.htm>. Acesso em: 26 set. 2007.

⁴ OPERAÇÃO Hurricane – Desembargadores do TRF da 2ª. Região são presos pela Polícia Federal. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/54612,1>>. Acesso em: 26 set. 2007.

⁵ Lula fecha olhos para escândalos quando lhe convém, diz 'Economist'. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/07/090709_presseconomist_ba.shtml>. Acesso em: 27 ago. 2009.

⁶ BRASIL precisa regular a mídia, diz Dirceu. *O Estado de São Paulo On Line*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac45556,0.htm>. Acesso em: 15 out. 2006.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 247.

⁸ VENEZUELA: RCTV vai sair do ar em suma semana. *Terra Online*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI1627417-EI294,00.html>>. Acesso em: 26 set. 2007.

⁹ STF decide que Lei de Imprensa é inconstitucional. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-30/lei-imprensa-inconstitucional-decide-supremo>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

¹⁰ Entenda a censura ao jornal O Estado de S.Paulo e ao site estadao.com.br. *O Estado de São Paulo On Line*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/entenda-a-censura-ao-jornal-o-estado-de-spaulo-e-ao-site-estadaocombr,67545.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

THE PRESENT PROSPECTS OF FREEDOM OF THE PRESS IN BRAZIL

ABSTRACT

The debate on the freedom of the press is acquiring great relevance in Brazil. The issue is involved in deep controversy, as the discussions on the subject often have a bipolar character, confronting, on the one hand, the fierce defense of unlimited freedom of expression and, on the other hand, the idea that previous and ulterior possibilities of press control are becoming more and more necessary due to the misuse of freedom of press by Brazilian mass media. With these aspects taken into account, the author examines the issue based upon the reasons behind the growing sharpness of the debate between the defenders of both ideas. The fact is that press is acting as an important means of disclosure and display of scandals happening in national public life, generating reactions from the authorities targeted by news and accusations, which consist in the defense of State control against the press. Bearing these points in mind, bipolarization of debates on freedom of press is going to be commonplace, opposing media representatives, that go for broader freedom of expression, and authorities, that demand more regulation regarding the activities of press. Due to all this, the moment requires attention and surveillance of the society, as Brazil already experienced periods when censorship against mass medias was common and served as support to authoritarianism.

KEYWORDS: Law. Press. Freedom.

PERSPECTIVE DE LA LIBERTÉ DE PRESSE AU BRÉSIL

RÉSUMÉ

Sujet de grande pertinence de nos jours au Brésil, la discussion sur le rôle de la presse est suffisamment controversée. Ceci parce que s'est produite une bipolarisation des discours. D'une part, la défense de la liberté absolue d'expression. D'autre part, l'éloge de

la nécessité des formes de contrôles à la fois préalables et postérieurs, vu les abus pratiqués par les médias brésiliennes. On analysera les raisons de la discussion plus serrée entre les partisans des différentes positions. Tout cela est le fruit d'une insistante présence de la presse en tant que véhicule de divulgation et d'exposition des plus différents scandales de la vie publique nationale. De ce fait, ceux qui font l'objet de la une soutiennent un contrôle étatique des médias. De l'autre côté, les représentants des moyens de communication partent en défense de la liberté d'expression. Encore, il y a le pouvoir public qui revendique la mise en place d'instruments régulateurs de la presse. Par conséquent, la société doit faire très attention et bien surveiller de ce débat, car le Brésil a déjà vécu auparavant une période autoritaire où prévalait la censure.

MOTS-CLÉS: Droit. Presse. Liberté.

O TESTAMENTO EM GERAL

*Sílvia de Salvo Venosa**

1 Introdução. 2 Aspectos históricos. 3 Definição, conceito e seus elementos constitutivos. 3.1 O testamento é negócio jurídico. 3.2 O testamento é ato unilateral. 3.3 O testamento é ato de última vontade ou *causa mortis*. 3.4 O testamento é negócio jurídico revogável. 3.5 O testamento é ato solene. 3.6 O testamento é ato personalíssimo. 4. Disposições não patrimoniais do testamento. 5. Gratuidade do testamento. 6 Referências.

RESUMO

O presente artigo trata do testamento como negócio jurídico, abrangendo seus aspectos históricos, definição, conceito, elementos constitutivos e características.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão. Testamento. Negócio Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

Apenas tecnicamente podemos dizer que a sucessão legítima, entre nós, é supletiva da sucessão testamentária. Já se tornou clássica entre nossos doutrinadores a afirmação consagrada por Washington de Barros Monteiro de que “para dez sucessões legítimas que se abrem ocorre uma única sucessão testamentária”.¹ Apesar do tempo decorrido, essa situação pouco se alterou, embora seja já percebida uma maior utilização desse instrumento. O tema, porém, não deixa de ser importante, talvez pelo fato de ser parca a jurisprudência entre nós, sem a necessária flexibilidade que só a reiteração de julgados proporciona.

As causas da utilização restrita do testamento em nosso meio estão, sem dúvida, afetas a fatores estranhos ao direito. A questão é principalmente sociológica. No entanto, ao lado das causas que comumente se apontam, tais como a excelência da sucessão legítima, como tendência natural dos titulares de patrimônio, ou o apego à vida, porque testar é se lembrar da morte, há o fato de que o excesso de solenidades do testamento, com o risco sempre latente de o ato poder sofrer ataques de anulação após a morte, afugenta os menos esclarecidos e mesmo aqueles que, por comodismo, ou receio de ferir suscetibilidades, não se abalam em pensar em disposições de última vontade. Todavia, não se pode afir-

* Juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Advogado em São Paulo-SP.

mar seja rara a sucessão testamentária. Não o é. Como todo fenômeno jurídico, adapta-se ao fato social, adequando-se ao momento histórico. Como o direito sucessório é corolário imediato da família e mediato do direito de propriedade, também a sucessão testamentária é consequência do posicionamento da família e da propriedade dentro do contexto legal, do ordenamento jurídico.

Com as modificações feitas pelo Código de 2002 na ordem de vocação hereditária, com o malévolo imbróglia criado pelo legislador, mormente no tocante à sucessão do cônjuge e do convivente, tendo também em vista o aspecto da reprodução assistida após a morte do pai ou da mãe, o testamento ganha nova força. O Código vigente, por outro lado, de certa forma facilitou a elaboração do testamento, simplificando suas formalidades.

Destarte, o direito testamentário deve voltar-se para as transformações que sofrem hoje a família e a propriedade, procurando a lei acompanhar agora os novos fenômenos sociais. Assim, sem esquecer do formalismo inerente ao testamento, invólucro que tem em mira validamente proteger a vontade do morto, esse formalismo deve ser adaptado à época do computador, para servir àquelas duas instituições, dinamizando-se as disposições do Código Civil já anacrônicas, hoje mero exemplo de academismo jurídico. Daí por que plenamente dispensável o excessivo número de regras para interpretar a linguagem testamentária, repetidas injustificadamente no atual Código.

De qualquer forma, não se pode negar que o testamento constitui um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois é nele que se revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Primitivamente, o testamento não era conhecido. Como assevera Fustel de Coulanges², o princípio, nas civilizações antigas, era de que toda propriedade estava ligada ontologicamente à família e, por meio da religião, não se podia afastar dela. Assim era no direito hindu e no direito grego. Na própria Roma, antes das XII Tábuas, que não são propriamente direito primitivo, a questão apresentava-se obscura. Mesmo na Lei das XII Tábuas, o trecho é por demais pequeno para uma visão de conjunto. Pelos textos dos compiladores posteriores, pôde-se saber que as formas normais de testamento eram as *calatis comittiis* e a *in procinctu*. O *testamentum calatis comittiis* era feito por ocasião dos comícios, duas vezes por ano, em épocas especiais, sob a presidência do pontífice máximo, ocasião em que, com o povo por testemunha, cada pai de família podia manifestar sua última vontade. Essa forma era utilizada para os tempos de paz e caiu em desuso no século II a.C. O testamento *in procinctu* era feito perante o exército posto em ordem de combate, em tempo de guerra. Caiu em desuso no século I a.C.

Mais recente e dentro ainda do período pré-clássico, surgiu o testamento *per aes et libram* (cerimônia com a balança e bronze) (*Institutus*, Gaio, 2,102).

Quem não se tivesse utilizado das duas modalidades anteriores e temesse a morte entregava seu patrimônio (com alienação por preço fictício) a um amigo, por meio do negócio denominado *mancipatio*, dizendo o que desejava que este desse a cada um após sua morte. As duas formas anteriores, caindo em desuso, fizeram perdurar unicamente a do “bronze e da balança” (*Institutus*, Justiniano, 2,10). Não há dúvida de que a partir daí o testamento passa a ser o ato mais importante que um *pater familias* podia praticar como chefe do grupo familiar³. De sua forma original, mais solene, também o *per aes et libram* evoluiu para fórmulas menos complexas, tendo sido primeiramente oral, para após poder ser feito também mediante escrita. Esse testamento, utilizado desde os fins da república, chegou até os primeiros séculos do principado⁴ (ver nosso *Direito civil: parte geral*, seção 3, acerca das fases do Direito Romano).

Para evitar as múltiplas solenidades que ainda acompanhavam esse mais recente testamento, a extinção do formalismo proveio do trabalho dos pretores, e difundiu-se na prática o testamento pretoriano. No direito clássico, passa o pretor a admitir como testamento válido o escrito apresentado a sete testemunhas, ao qual estivessem apostos seus respectivos selos. Acentuam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia que a evolução dessa nova forma de testamento não pode considerar-se completa senão a partir do século II d.C., quando foi permitido ao *bororum possessor secundum tabulas* repelir com a *exceptio doli* a pretensão do herdeiro legítimo e, em certos casos, até a do instituído por força de um testamento civilmente válido (a *exceptio doli* é uma forma de defesa).⁵

É, finalmente, no Baixo Império ou período pós-clássico que surgem de molde embrionário as formas de testamento que chegaram até nós. Aí estão os testamentos privados (derivados do *per aes et libram* e do testamento pretoriano, sem participação de agente do Estado) e testamentos públicos, surgidos nessa fase histórico-jurídica. Entre os testamentos particulares, incluem-se o nuncupativo (à beira da morte), o holografo (particular) e o *tripertitum*, assim denominado porque decorre da fusão do direito civil antigo, do direito pretoriano e das constituições imperiais (*Institutus*, Justiniano, 2,10,3).

Entre os testamentos públicos, temos então o *principi oblatum*, pelo qual o testador apresentava ao príncipe seu ato de última vontade, que era confiado ao poder público para arquivá-lo, e o *apud acta conditum*, que nada mais era do que a declaração de última vontade do testador ao juiz ou autoridade municipal, que a reduzia a termo.⁶ Delineiam-se, pois, nessa fase, as formas de testamento utilizadas até hoje.

Também foram conhecidas no Direito Romano as formas anormais de testamento, tais quais as reconhecem os códigos modernos, como o testamento militar, o testamento em tempo de peste (*testamentum pestis tempore*) e o testamento rurícola, para o meio rural (*ruri conditum*).

Em Roma, o herdeiro era continuador da personalidade do morto, dentro da família, e do culto dos antepassados. Por isso, não se admitia o recebimento

do patrimônio que não fosse íntegro: não podia o testador dispor de apenas parte de seus bens; se assim o fizesse, o aquinhado viria a herdar todo o patrimônio. Daí a razão do brocardo já referido *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*. A única exceção a tal regra era para o testamento dos militares. Impossível, então, a convivência das duas formas de sucessão: a testamentária e a legítima.

Não foi, entretanto, o testamento romano recebido na forma originária pelas legislações modernas. Na Idade Média, inclusive, sua função achava-se praticamente extinta, servindo apenas para fazer legados *pios pro bono et remedio animae*.⁷ Tornou-se costume deixar sempre algo para a Igreja. O falecido que disso se olvidava era logo socorrido pelos herdeiros, que supriam “a falta”. Esse costume, contudo, teve o eficaz resultado de fazer os povos bárbaros assimilarem a noção de testamento, à qual eram totalmente avessos. Entre os germanos, o testamento difundiu-se lentamente por influência da Igreja. Em Portugal, as Ordenações Afonsinas aceitaram e adotaram a noção romana de testamento, assim também a compilação filipina.

Desse modo, antes do Código Civil de 1916, as formas testamentárias, segundo as Ordenações Filipinas, eram: o testamento aberto ou público, feito por tabelião; o testamento cerrado, com o respectivo instrumento de aprovação; o testamento feito pelo testador (particular) ou por outra pessoa e o testamento *per palavra* (nuncupativo), com a assistência de seis testemunhas. Segundo Itabaiana de Oliveira, a tais espécies de testamento, pertencentes à compilação filipina, os civilistas acrescentaram: o testamento marítimo, o testamento *ad pias causas*, o testamento *inter liberos*, o testamento *rure factum*, o testamento *pestis tempore* e o testamento conjuntivo ou de mão comum, todos revigorados do Direito Romano do Baixo Império.⁸

Nosso Código Civil de 1916 instituiu os testamentos público, cerrado, particular, marítimo e militar, tendo admitido o nuncupativo apenas como forma de testamento militar e abolindo, assim, as demais formas. Não se admite expressamente o testamento conjuntivo ou de mão comum. O Código de 2002 apenas acrescenta a possibilidade do testamento aeronáutico, como forma especial, mas cria uma expressiva modalidade de testamento particular excepcional, com mínima formalidade (art. 1.879).

3 DEFINIÇÃO, CONCEITO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Repetimos com firmeza que não é de boa técnica o legislador usar de definições. Todavia, dada a necessidade de segurança e certeza máximas para a eficácia e validade do negócio jurídico, de maneira geral, todas as legislações definem o que seja *testamento*.

No Direito Romano, como lembra Moreira Alves, encontramos duas definições de testamento: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valent* (O testamento é o testemunho

justo de nossa mente feito de forma solene para que valha depois de nossa morte) (Ulpiano) (*Liber singularis regularum*, XX, 1). *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (O testamento é a justa expressão de nossa vontade a respeito daquilo que cada qual quer que se faça depois de sua morte) (Modestino D., XX-VIII, 1,1). As expressões latinas não perdem a perenidade.⁹

Nosso Código de 1916, no art. 1.626, dizia: “considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. Em nosso caso, a definição de um instituto é exceção no sistema jurídico, não sendo isenta de críticas. Washington de Barros Monteiro qualifica de “manifestamente defeituosa essa definição por não mencionar as disposições de caráter não patrimonial que podem constar dos atos de última vontade”.¹⁰ O Código de 2002 atendeu a essa crítica, suprimindo a definição e dispondo no art. 1.857, § 2º, que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Como veremos, embora a finalidade precípua do testamento seja dispor dos bens para após a morte, pode o ato conter disposições sem cunho patrimonial, como o reconhecimento de filiação, a nomeação de um tutor ou curador, a atribuição de um título honorífico.

A omissão, na definição, acerca das disposições patrimoniais no Código de 1916 não era só nossa. Os códigos estrangeiros também a elas não se referem. Exceção é o moderno Código Civil português, que define em seu art. 2.179:

Diz-se testamento o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. As disposições de caráter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um ato revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de caráter patrimonial.

Nossa definição legal do diploma anterior também omitia ser o testamento ato pessoal, na verdade personalíssimo, unilateral, solene e gratuito. Como vemos, é impossível encontrar a definição perfeita, mormente na ciência jurídica. Dessa forma, não importam muito as definições legais, se a lei menciona os caracteres constitutivos do testamento.

O atual Código preferiu não definir o instituto, atendendo às críticas da doutrina. E agiu bem, à semelhança dos códigos suíço e alemão. Estando a noção solidificada, não há necessidade de definição na lei, não se perdendo, com isso, a certeza e segurança das relações jurídicas emergentes do testamento. O art. 1.858 enfatizou que o testamento é ato personalíssimo, podendo ser modificado a qualquer tempo.

3.1 O testamento é negócio jurídico

Como é manifestação de vontade destinada à produção de efeitos, o testamento é um negócio jurídico, com efeito *mortis causa*. Como afirmamos em *Direito civil: parte geral*, Capítulo 20, quando o ato busca produzir determinado efeito no campo jurídico, estamos diante de um negócio jurídico. É aí justamente que repousa a autonomia da vontade, fundamento do Direito Privado.

3.2 O testamento é ato unilateral

Como afirma Roberto de Ruggiero, “é única a declaração de vontade que lhe dá vida, a do testador”.¹¹ A aceitação por parte do herdeiro ou do legatário não tem o caráter receptício do direito contratual. Essa manifestação de vontade expressa após a morte do testador não tem a função de completar o negócio jurídico, que se perfez pela simples vontade do testador. A manifestação do aquinhado, ao aceitar ou repudiar a herança ou legado, também é unilateral e independente.

Lembre-se, como faz Caio Mário da Silva Pereira, de que a distinção será bem nítida se se recordar que a aceitação nula não vicia o testamento.¹² Como corolário desse princípio, não é permitido o testamento no qual participem duas ou mais pessoas (conjunto ou recíproco). Nada diz contra isso o fato de a cédula testamentária poder ser redigida por outrem (como no testamento secreto em que se permite que outrem o faça a rogo do testador, art. 1.868; antigo, art. 1.638, I), ou com a assistência de terceiros, tal como um advogado. O que importa é que a conclusão testamentária seja a do testador, sem condução da vontade que a vicia. “Nada impedirá, entretanto, haja sido essa vontade consciente e livre despertada ou suscitada por lembranças, apelos ou invocações de terceiro”.¹³ O art. 1.864, I, do presente Código permite expressamente que o testador se valha de minuta, notas ou apontamentos, o que nunca se duvidou no regime anterior. Se, porém, existir vício na vontade do testador, o negócio jurídico situa-se na sede de anulação. O exame da prova, quando é alegado vício de vontade do autor da herança, deve ser colhido e sopesado com a máxima cautela.

3.3 O testamento é ato de última vontade ou *causa mortis*

Os efeitos do negócio principiam unicamente após a morte do testador. Seja qual for o momento em que a vontade tenha sido emitida, é sempre a vontade extrema do testador, *sua última vontade*, por maior que tenha sido o intervalo entre a manifestação volitiva e sua eficácia. Será sempre última vontade, ainda que o testador a tenha praticado no final de sua adolescência e venha a morrer em idade propecta. Como veremos, porém, disposições não patrimoniais poderão produzir efeito de imediato, como o reconhecimento de um filho (mormente no sistema atual, quando já não se faz distinção entre as origens da filiação).

Diz-se, também, que a vontade testamentária é *ambulatoria*, como referido a seguir, pois sempre haverá possibilidade de o ato de última vontade ser revogado ou alterado, enquanto vivo e capaz o testador.

3.4 O testamento é negócio jurídico revogável

A possibilidade de revogá-lo é elemento básico do instituto. Tanto que é nula qualquer disposição que vise eliminar a revogabilidade do ato de última vontade, não se admitindo, pois, renúncia à liberdade de revogar. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (*Digesto*, Livro 34, IV, fr. 4). O Direito Romano considerava a vontade do testador ambulatoria, isto é, acompanhando-o a todo momento, até a morte. A definição legal de 1916 traz a revogabilidade, dando ênfase a sua essencialidade.

Permitido que fosse derogar-se a liberdade de revogar, estar-se-ia abrindo perigosa válvula de instabilidade nas relações jurídicas e desvirtuando-se a finalidade do testamento. Uma cláusula de tal teor não invalida o testamento, mas reputa-se como inexistente, ineficaz ou não escrita.

Afirma A. Cicu que a razão política da revogabilidade é evidente: como a disposição é para depois da morte, não há razão para que até lá se impeça que a vontade seja alterada.¹⁴ Existe ainda o princípio axiomático de que vontade alguma se deve vincular a si mesma, mesmo porque nenhum direito nasce antes da morte.

Por isso, a chamada cláusula derogatória (permitida no direito intermédio) visaria a uma segurança apenas aparente do testamento. Se o objetivo era garantir a vontade do testador contra qualquer forma de coação posterior para anular o testamento prévio, igualmente poderia ter havido vício de vontade na elaboração daquele mesmo testamento.

Contudo, mesmo essencialmente revogável, disposições não patrimoniais podem não sê-lo, como o reconhecimento de filhos.

3.5 O testamento é ato solene

A manifestação de vontade contida em um testamento deve ser efetivada por meio de formalidades determinadas na lei. Tais formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador, bem como cercar de respeito o ato. São, pois, solenidades *ad substantiam* e não meramente *ad probationem* (se bem que certos autores não admitem tal diferenciação entre nós). Há nulidade absoluta no ato quando as formalidades não são seguidas fielmente.¹⁵

Há sutil diferença entre formas e formalidades. O testamento tem três formas ordinárias: público, particular e cerrado. Cada uma dessas formas tem suas próprias formalidades descritas na lei. Como lembra Orosimbo Nonato,

com o afirmar ser o testamento ato formal e solene a proposição se enuncia de ser ele eficaz somente se toma uma das formas expressamente admitidas na lei e guarda, pontualmente, todos os requisitos essenciais determinados para cada uma das formas admitidas.¹⁶

Como a preterição de qualquer formalidade torna o negócio nulo, deve o juiz pronunciá-la de ofício, ainda que não haja argüição dos interessados. Se os interessados decidem cumprir espontaneamente a vontade do testador, tal não decorre do ato *causa mortis*, mas se constitui em um ato entre vivos, que só se torna possível após a atribuição da herança da forma legítima, não se cumprindo o testamento nulo.

3.6 O testamento é ato personalíssimo

Como vimos, o Código de 2002 realça esse aspecto, juntamente com o da revogabilidade (art. 1.858). O ato há de ser elaborado unicamente pelo testador. Vimos que, apesar de gravitarem opiniões, sugestões ou minutas em torno dessa vontade testamentária, isso não lhe retira tal característica. Não se admite a interferência de outra vontade. Por isso, não pode ser elaborado por mandatário. Não pode ser coletivo (conjunto, recíproco ou simultâneo). Duas pessoas, porém, podem testar em atos diferentes sobre bens comuns, ainda que concomitantemente. Aí teremos, porém, dois testamentos. A espontaneidade da manifestação de vontade desapareceria no testamento conjuntivo ou recíproco, porque uma vontade estaria influenciando em outra. Também a liberdade de revogar, nesses casos, ficaria seriamente comprometida porque o acordo de fazer testamento suporia o acordo de não modificá-lo.¹⁷

Daí por que o Código, no art. 1.863 (antigo, art. 1.630), aboliu todas as formas de testamento conjuntivo. Esclareçamos que testamento conjuntivo é aquele em que participa mais de uma pessoa. O Código refere-se, na proibição, às formas conjuntivas de testamento simultâneo, recíproco ou correspectivo. Simultâneo é aquele em que num mesmo instrumento participam mais de uma pessoa. Correspectivo é aquele que, lavrado em um instrumento, possibilita a deixa aos testadores ou a um terceiro, mediante condições mútuas. Recíprocos são aqueles em que um e outro se atribuem bens, um em favor de outro. Se existe mera coincidência temporal na lavratura de dois testamentos, não podemos incluí-los na proibição legal. A mancomunação tem que ser necessariamente material, a fim de tratar de um único instrumento, outorgado por duas ou mais pessoas.¹⁸ Se há mais de um instrumento, a nulidade pode decorrer de outras causas, ou vícios de vontade, mas não dessa dicção legal.

4 DISPOSIÇÕES NÃO PATRIMONIAIS DO TESTAMENTO

O Código italiano, a exemplo de nosso Código de 2002 e do Código português, refere-se às disposições não patrimoniais do testamento, dizendo o art. 587 do código peninsular:

As disposições de caráter não patrimonial, que a lei autoriza estejam contidas em um testamento, têm eficácia, se contidas em um ato que possua a forma de testamento, mesmo que ausentes disposições de caráter patrimonial.

Já vimos que na definição do Código português há disposição semelhante. Apesar de nosso Código de 1916 ter sido omissivo a respeito de tais disposições, nunca se lhes negou validade.

Eduardo A. Zannoni, analisando a questão no direito argentino, aplicável ao nosso, expõe que: “as disposições que pode conter o testamento não revestem necessariamente o caráter patrimonial. Mediante testamento o testador pode limitar-se a reconhecer filhos extramatrimoniais.”

Prossegue o autor argentino, sintetizando o conteúdo do testamento:

- a) disposições não patrimoniais: reconhecimento de filhos ilegítimos, nomeação de tutores ou curadores, direitos inerentes à personalidade como doação de órgãos do corpo humano etc.
- b) disposições patrimoniais:
 1. instituição de sucessores (herdeiros ou legatários);
 2. disposições sobre o modo de operar-se a transmissão: partilha, imposição de cláusulas restritivas (inalienabilidade, incomunicabilidade etc.), nomeação de testamenteiro etc.;
 3. disposições indiretas sobre os bens: dispensa de colação, deserdação, revogação de testamento anterior ou sua complementação etc.¹⁹

Evidentemente, são as disposições patrimoniais a principal finalidade do testamento (mais especificamente a instituição de herdeiros e legatários). Pergunta-se, então, como se devem reger as disposições não patrimoniais? Devem submeter-se às mesmas formalidades de suas respectivas categorias ou submetem-se aos rigores do testamento?

Melhor entender, principalmente porque nada impede, que tais disposições subordinem-se às formalidades a elas próprias inerentes, não se submetendo ao total de formalidades do testamento. Assim é que, nulo um testamento por vício de forma, não será nulo o reconhecimento de filiação, se para esse reconhecimento seus pressupostos foram atendidos, mesmo porque a lei admite começo de prova por escrito para tal reconhecimento (art. 1.605, I; antigo art. 349, I), e um testamento nulo por vício de forma é muito mais que isso. Já não podemos dizer o mesmo se o testamento foi obtido mediante coação, em que se examinará a divisibilidade da coação. Pode suceder que o testador tenha sofrido coação de ordem exclusivamente patrimonial, que nada tem a ver com o reconhecimento de filho. Por igual modo, não se submetendo o reconhecimento de filiação aos

parâmetros do testamento, ao mesmo também não se submete a revogação por testamento ulterior. Nesse sentido nossa jurisprudência:

Nos termos do art. 1.626 do CC o testamento é ato revogável, mas somente no que toca à disposição do patrimônio. Assim, se o testador, em disposição de última vontade, reconhece filiação ilegítima sua, estará confessando esse fato, não podendo torná-lo nenhum com só a revogação do mesmo testamento (RT 469/216).

O vigente Código, como vimos, preferiu ser expresso sobre essa situação. Frisemos que, mesmo sendo disposições de ordem não patrimonial, devem elas ter cunho jurídico. Meras exortações, demonstrações de afeto ou de ódio, inseridas no ato podem, quando muito, servir como adinículo na interpretação da vontade testamentária. Portanto, como as disposições patrimoniais são sempre revogáveis, pela natureza do testamento, aquelas não patrimoniais geralmente não o são, pois dependem de sua própria origem.

5 GRATUIDADE DO TESTAMENTO

Patrimoniais ou não as disposições testamentárias, o ato é de natureza gratuita. Não se impõe ao beneficiado qualquer contraprestação. O encargo imposto no legado não lhe tira tal característica. Da mesma forma, a doação com encargo não perde o caráter de liberalidade. A gratuidade é própria de uma vontade que se manifesta de per si, totalmente isolada. Ainda que o testador aquinhoe alguém, impondo a este o encargo de pensionar terceiro, tal não se converte em contraprestação. Note que o herdeiro não pode responder pelas dívidas que superem o valor da herança, de acordo com a aceitação sob benefício de inventário. Se, mesmo fazendo o inventário, o herdeiro vem a solver dívidas do espólio, estará cumprindo um dever moral, quiçá uma obrigação natural, mas não uma obrigação civil. O testamento não pode criar para o herdeiro ou legatário uma obrigação. Não se pode constituir em fonte de obrigações, embora existam obrigações que surjam de atos unilaterais. Os sucessores *causa mortis* não são devedores dos credores do morto; o espólio, sim, o é. Daí por que a necessidade de se provar a divisão de patrimônios com o inventário.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos MOREIRA. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2.

CICU, A. *Sucessione per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954.

CORREIA, Alexandre e SCIACIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957.

FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1.

OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, v. 6.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Desalma, 1974, v. 1.

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 95.

² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957, p. 114.

³ CORREIA, Alexandre e SCIACIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 374.

⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2, p. 377.

⁵ CORREIA, SCIACIA, ob. cit., p. 375.

⁶ MOREIRA ALVES, ob. cit., p. 379.

⁷ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 75.

⁸ OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 153.

⁹ MOREIRA ALVES, ob. cit., p. 373.

¹⁰ MONTEIRO, ob. cit., p. 101.

¹¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3, p. 145.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 6, p. 130.

¹³ NONATO, ob. cit., p. 105.

¹⁴ CICU, A. *Sucessione per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 19.

¹⁵ COLIN ET CAPITANT. *Cours élémentaire de Droit Civil français*. Paris: Dalloz, 1934, p. 907.

¹⁶ NONATO, ob. cit., p. 198.

¹⁷ CICU, ob. cit., p. 25.

¹⁸ FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970, v. 1, p. 22.

¹⁹ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Desalma, 1974, v. 1, p. 183.

WILL IN GENERAL

ABSTRACT

This paper examines the will as a juristic act, embracing its historical aspects, definition, elements and features.

KEYWORDS: Succession. Will. Juristic act.

SUR LE TESTAMENT

RÉSUMÉ

Le présent article traite du testament comme une convention, tout en survolant ses aspects historiques, sa définition, son concept, ses éléments constitutifs et ses caractéristiques.

MOTS-CLÉS: Succession. Testament. Convention.

A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Tânia Montenegro Teixeira*

1 Introdução. 2 A nova jurisdição constitucional. 2.1 Noção clássica. 2.2 Noção atual. 3 A efetivação dos direitos sociais a partir da idéia de nova jurisdição constitucional. 3.1 A efetivação dos direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas. 3.2 O controle da implementação das políticas públicas: papel da nova jurisdição. 3.3 A responsabilidade dos juízes pela efetivação dos direitos sociais. 4 Conclusão. 5 Referências.

RESUMO

O presente artigo estuda o novo papel da jurisdição constitucional, que passa a assumir a função de aplicação dos direitos sociais, para que retome vigor o Direito como um todo, passando os cidadãos a confiar mais no Judiciário, que é responsável por acolher suas reais pretensões, escapando de antigas impressões de que o juiz nada pode fazer para atuar positivamente frente à ausência de concretização de um direito social, seja por meio da implementação do direito ou da ordem que obrigue o Poder Público a prestá-lo. Analisam-se o controle judicial da efetivação dos direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas e a responsabilidade dos juízes nessa efetivação.

PALAVRAS-CHAVE: Nova jurisdição constitucional. Efetivação dos direitos sociais. Implementação de políticas públicas. Controle judicial. Responsabilidade dos juízes.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo procurou conceituar a jurisdição, expondo os modelos antigo e contemporâneo do papel a ser assumido pela jurisdição frente à concretização dos direitos sociais. Além disso, defendeu-se, com base em teorias doutrinárias e em jurisprudência, a necessidade de implementação de políticas públicas como meio mais adequado para a concretização dos direitos sociais, posicionando-se pela possibilidade de controle judicial pelas omissões estatais na realização de

* Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pós-Graduação da Faculdade Christus. Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Christus.

tais direitos, demonstrando o papel da nova jurisdição, inclusive com responsabilização dos juízes que ajam de forma diametralmente oposta.

Partiu-se da seguinte hipótese fundamental: a nova Jurisdição Constitucional é que tem a tarefa de efetivar os direitos sociais nas lides que se apresentam na realidade.

A pesquisa realizada para este trabalho, por meio de análise precipuamente crítica, necessitou ser procedida adequadamente para atender a seus objetivos. Sendo assim, buscaram-se na literatura as mais importantes opiniões acerca de temas correlacionados ao tema principal proposto, para alcançar entendimento holístico sobre as mudanças que pairam sobre o constitucionalismo, a jurisdição constitucional e a forma de concretizar os direitos sociais, assim como seu controle.

Para alcançar um real entendimento sobre o assunto, seguiram-se procedimentos metodológicos compatíveis com a produção do conhecimento científico, tais como: pesquisa bibliográfica, especialmente dos livros e artigos apontados nas referências e pesquisa na jurisprudência, para melhor entendimento das diversas teorias que dão cabimento à teoria principal trazida à tona por este artigo, não tendo se restringido essa pesquisa somente ao âmbito pátrio, já que a doutrina internacional muito tem a revelar sobre a análise proposta.

Pretendeu-se, com esse estudo, que a efetivação dos direitos sociais possa ganhar reais e definidos contornos, sobretudo, na prática forense, para que sejam garantidos os direitos dos que procuram o Judiciário em decorrência, principalmente, de sua hipossuficiência. É a noção da importância desses direitos e de sua plena normatividade que possibilitará aos juristas decidir pela aplicabilidade de tais direitos em muitos casos concretos, além de que possibilitará aos cidadãos o conhecimento dos direitos que lhe forem assegurados, para que busquem vê-los materializados, uma vez que não podem findar esquecidos como palavras mortas, especialmente na Constituição Federal.

2 A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Os conflitos intersubjetivos, inerentes a qualquer sociedade, existem em razão da impossibilidade de satisfazer todas as pretensões individuais ou de uma determinada coletividade. Para dirimir os conflitos, uma evolução lenta e gradual deu-se, tendo a sociedade passado por fases de autotutela, autocomposição e arbitragem. Mas foi com a jurisdição que melhor tentou se alcançar a promoção da paz social, transferindo ao Estado, do modo como se concebe hodiernamente, o poder de decidir sobre as lides. Ressalta-se que as formas anteriores de composição das lides, mesmo que limitadas, ainda existem na fase atual.

Com a jurisdição,

completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente

fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.¹

A jurisdição, uma das três funções estatais, foi a forma encontrada de institucionalização do poder, uma vez que o Estado, representado pelos juízes (não individualmente considerados), substitui as partes para a solução de um conflito, sendo necessário apenas que as partes provoquem o Estado-juiz para realizar a atividade jurisdicional. A jurisdição, compreendida no seu conceito mais clássico, era a atividade de dizer o direito (*juris dictio*).

Fundamenta-se o exercício da jurisdição em três objetivos, que são oriundos do caráter democrático do Estado contemporâneo: a pacificação (de caráter social), o de fazer valer a imposição da vontade do Estado e de suas decisões (de caráter político) e o de determinar o direito a ser observado (de caráter jurídico).²

O exercício da jurisdição é considerado como uma atividade política, já que, sabidamente, não é neutro o Judiciário. Deve ser imparcial nas decisões, mas nunca esquecendo que os objetivos sociais do Estado não podem ser preteridos.

2.1 Noção clássica

Tradicionalmente, a jurisdição, enquanto atividade do Estado liberal, portanto acima da sociedade, gozava de relativa autonomia, já que não podia intervir na sociedade, mas apenas “[...] garantir o desenvolvimento da ordem natural existente na sociedade. Seria, pois, um Judiciário meramente garantista, simples mantenedor de uma ordem espontânea, que lhe é exterior, uma vez que não proveniente do Estado”³. A jurisdição não era livre para, na solução dos casos concretos, harmonizar quaisquer diferenças evidenciadas, pois devia submeter-se à lei: era a vinculação judicial à lei. “Sua independência e importância eram medidas, agora, pelo grau de obediência devida ao legislador”⁴.

Os juízes buscavam a “neutralidade” para atender à “racionalidade ‘fria’ deste regime político”⁵. Aplicava-se mecanicamente o método da subsunção, em que se utiliza uma premissa maior (norma jurídica) sobre uma premissa menor (o fato) para se alcançar facilmente uma conclusão (decisão jurídica), já que se concebe que a realidade está inteiramente compreendida nos moldes legais. Tal método, desenvolvido pelo positivismo, supunha eliminar do Direito a análise cognitiva dos juízos de valor, os quais estariam fora do campo da ciência.

Não era papel dos juízes também a tentativa de se aproximar dos conflitos sociais nem da defesa da ordem jurídica (principalmente constituída de direitos individuais). As leis representavam somente os interesses da burguesia

e, para atender à igualdade formal, na suposição de uma sociedade homogênea⁶, eram gerais, abstratas, coerentes e dispositivas (só se realizavam na ausência de vontade contrária das partes, tendo caráter substitutivo)⁷.

Na pretensão de amparar de modo exaustivo as expectativas de justiça do cidadão, não atingiu a lei do Estado liberal a tarefa de demarcar racionalmente o âmbito da atividade prudencial⁸ do juiz, tendo convertido-se em “fundamento aleatório de justificação ‘racional’ da arbitrariedade”⁹.

Para o Estado liberal, a idéia de leis abstratas e genéricas significava uma forma de privilegiar a liberdade frente à igualdade. “Cada restrição à liberdade do indivíduo é superior ao poder de todas as leis positivas humanas, e que conseqüentemente também a de ‘procedura’ deve respeitar esse limite”¹⁰. Era certo que os homens tinham diferenças entre si, mas aquele Estado nada devia fazer para amenizar as desigualdades, somente deixando livres os homens para que encontrassem formas melhores de se equilibrar, restando ao Judiciário declarar o direito de modo subsidiário e nunca preventivamente. O cidadão estava claramente abandonado pelas leis liberais.

2.2 Noção atual

Com o Estado social, a preocupação com as desigualdades teve seu ápice alcançado, o que fez tornar imperiosa a necessidade de atender, desde o processo legislativo, a todos os diferentes grupos sociais. A realidade fática pôde demonstrar que as diferenças materiais entre os homens (incluindo aí as diferenças entre classes sociais e entre aqueles que têm necessidades específicas) tornavam utópica a concepção de uma sociedade de homens livres e iguais em seus direitos e deveres.

Obviamente que, para isso, o confronto entre os grupos (que passaram a se fazer representados no Parlamento) aumentou e as leis passaram a ser o objeto principal das disputas (uma vez que todos os grupos desejavam ver em cada lei o privilégio ao seu próprio grupo, e não a construção que favorecesse a todos, sem esquecer das diferenças materiais existentes). Era o fim do paradigma das leis genéricas, abstratas, coerentes e fruto de uma vontade homogênea do parlamento.

Para evitar as leis casuísticas, pontuais e que privilegiassem um único grupo social e por medo de que as leis se afastassem dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade mostrou-se a melhor opção, cabendo tanto de forma abstrata, por um procedimento específico do órgão máximo do Poder Judiciário, como de forma concreta, no momento de análise das lides. Nessa nova concepção, o juiz pode, inclusive, controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto.

Conforme Marinoni, tornou-se “necessário resgatar a substância da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça”¹¹. “A lei, dessa forma, perde o seu posto

de supremacia e agora se subordina à Constituição”.^{12 13 14} E deixa de ser vista como suprema, em razão de ser ainda produto imperfeito e inacabado, já que o produto final é a norma jurídica (produto da interpretação), e não o próprio dispositivo legal.

Obviamente que os juízes ainda recearam diante do que passaria a ser (e foi) a chegada de uma nova forma de jurisdição. Na percepção clara de Faria, nota-se que:

preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais [...] por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras, hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou de considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativista e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter intergrupar, intercomunitário e interclassista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí que se constata o enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor.¹⁵

Apesar de todos os problemas fáticos enfrentados, uma vez percebida a essência da nova jurisdição constitucional, a jurisdição preocupada somente com a atuação da lei cedeu lugar à jurisdição que compreende e interpreta a lei partindo dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

A partir da derrocada final da jurisdição compreendida classicamente, a função de doutrinadores e juízes, ou seja, de juristas como um todo, deixou de ser a de meros descritores das leis para ser a de compreensores e construtores da lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, concretizando-a. O jurista não deve só “revelar as palavras da lei, mas sim [...] projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”¹⁶, que clareiam toda a interpretação da ordem jurídica.

Faz-se necessário ressaltar que o magistrado sempre terá que optar pela solução que maior efetividade garantir à Constituição, diante das mais diversas possibilidades de esquemas legais aplicáveis a um mesmo caso. Deve a nova jurisdição constitucional garantir a eficácia inclusive das normas antes chamadas programáticas. “A lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto”.¹⁷

Já com a percepção de que é impossível legislar na mesma velocidade da evolução das questões fáticas, passa o juiz a ser aquele que tem “legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos”¹⁸. Para atribuir sentido, são necessários analisar previamente a lei e conhecer dos fatos sociais para compreender o direito ou para conformá-la.

Com a nova jurisdição,

a força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.¹⁹

Partindo dessa compreensão mais holística do que é a jurisdição contemporaneamente, nota-se que lhe cabe dar efeito concreto ao conteúdo substancial de todo o ordenamento jurídico (inclusive das normas sociais), utilizando-se das características do neoconstitucionalismo para alcançar a força normativa da Constituição e dos direitos ali inscritos.

3 A NOVA JURISDIÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

É papel da nova jurisdição, agora toda ela chamada de constitucional, já que, independentemente da instância, deve preocupar-se com os princípios de justiça e direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, buscar meios de fornecer aos cidadãos a concretização de seus direitos, especialmente os sociais.

3.1 Efetivação dos direitos sociais: implementação de políticas públicas

Os direitos sociais, por sua natureza, são direitos a prestações materiais do Estado, que têm como finalidade diminuir as desigualdades sociais. O que os faz serem mitigados é a falta de prestação real dos serviços sociais por parte do Poder Público, ou seja, a falta de implementação de políticas públicas que

satisfaçam as necessidades sociais apresentadas no ordenamento jurídico por meio dos direitos fundamentais de caráter social. Entenda-se por política pública a “conduta da Administração Pública voltada à consecução de programa ou meta previstos em normas constitucionais ou legal, sujeita à avaliação dos resultados alcançados”²⁰, que deve ocorrer de forma sistematizada e abrangente²¹. Para Mancuso, a lei não representa um

“fim em si”, mas a criação de mero instrumento de governo, um começo de obrigações a serem adimplidas, de condutas a serem implementadas, a par das correspondentes responsabilidades administrativas e políticas atribuídas ao Estado e aos seus agentes.²²

As políticas públicas, então, configuram-se como melhor meio para proteger determinados grupos hipossuficientes social e economicamente. Entretanto, as tais políticas “demandam principalmente o *gerenciamento* pelo Estado, podendo sua implementação ser realizada em parcerias com a sociedade civil”²³.

As políticas públicas envolvem dispêndio financeiro permanente, mas “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”²⁴ e, sendo as normas de caráter social, a promoção de tais direitos é condição prévia indispensável ao funcionamento do processo de deliberação democrático²⁵.

3.2 O controle da implementação das políticas públicas: papel da nova jurisdição

Cabe ao Poder Público buscar meios para efetivar os dispositivos legais garantidores de direitos sociais, mostrando-se o controle judicial como adequado meio de avaliar se o Estado está cumprindo seu papel, promovendo as políticas públicas, ou não, alegando falta de recursos para a realização dos direitos elencados como fundamentais.

A ineficiência estatal pode ser controlada pela atividade jurisdicional, devendo, inclusive, haver responsabilização dos agentes que agiram de modo a não prestar o serviço social ou se omitiram. Ressalta-se que é diante da inércia do Poder Público que mais claramente se percebe a importância do papel da nova jurisdição para concretizar os direitos sociais.

Sabidamente, não é do Poder Judiciário a tarefa de realizar o planejamento de políticas públicas e dispor sobre recursos, em razão do princípio da Separação dos Poderes. É exatamente por isso que há ainda certa resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público. Por saber da importância do papel da nova jurisdição, a doutrina mais moderna vem caminhando para uma superação desse dogma, afastando-se, cada vez mais, da “auto-restrição do Judiciário”²⁶.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...]. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.²⁷

Revisto o conceito de separação de Poderes, que não pode servir como algema para a concretização dos direitos sociais em caso de omissão absoluta por parte dos Poderes que deveriam primariamente efetivá-los, resta ao Judiciário a tarefa de garantir aos cidadãos os direitos sociais e é a prática judiciária que vai alargar o limite estabelecido pelo Princípio da Separação dos Poderes, podendo a criatividade “contribuir para o alargamento do controle judicial e o avanço da concretização da Constituição”²⁸.

A observação do cumprimento das tarefas sociais não está reservada somente ao Governo e à Administração Pública²⁹, mas, por ter seu fundamento em normas garantidas constitucionalmente, pode e deve ser controlada pelos tribunais³⁰. A jurisprudência brasileira vem, paulatinamente, aderindo a esse raciocínio, garantindo ao cidadão a efetivação de seus direitos sociais. Também trazida no informativo 410 do STF, em razão de sua importância, a decisão

clareia a possibilidade de o Judiciário atuar positivamente diante das omissões dos outros poderes em matéria de políticas públicas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles

incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.³¹

O mesmo raciocínio é seguido na decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de n. 393175, publicado no informativo 414 do STF, que revela a necessidade de privilegiar a inviolabilidade do direito à vida e à saúde humanas, frente a interesses financeiros e, portanto, secundários do Estado:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em

promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF [...].³²

Percebe-se que, para garantir um direito social previsto na Constituição Federal, impõe-se ao Poder Público o dever de prestação positiva, que necessita de providências que promovam, em plenitude, a satisfação efetiva da disposição constitucional. O mero reconhecimento formal ou a simples positivação dos direitos sociais (“estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e [...] pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica”³³), é insuficiente, sendo imprescindível que o Estado confira real efetividade a tais direitos, permitindo às pessoas, nos casos de imotivado inadimplemento da obrigação estatal, ter acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.³⁴ Ao Poder Judiciário, pela omissão total do Estado, cumpre a tarefa de garantir a concretização desses direitos. Na falta de políticas públicas que apliquem as normas constitucionais, “surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”³⁵.

O informativo 345 do STF traz decisão a respeito da ADPF de n. 45, indicando na ementa:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS,

ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).³⁶

Mas é na decisão do Ministro Celso de Mello que se vislumbra a possibilidade de efetivação dos direitos sociais por parte da Corte Constitucional, que tem a mais elevada responsabilidade de proteger a Constituição e, ainda mais, garantir a sua concretização, para que não reste esquecida como meras “folhas de papel”. Para o Ministro, a atribuição conferida ao STF de julgar ações que viabilizem a concretização de políticas públicas (como é o caso da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental), no caso de, estando previstas no texto da Carta Magna, terem sido tais políticas públicas descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República,

[...] põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a [...] Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...], sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e executáveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non

praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...].³⁷

O Ministro, em sua decisão, preocupa-se, ainda, em avaliar o princípio da reserva do possível, esclarecendo que não pode ser esse preceito utilizado de modo a negar o mínimo existencial, urgindo a concretização dos direitos sociais:

[...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese

- mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais im-pregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao deter-minar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se de-verá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem

configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...].³⁸

O Poder Público pode ser condenado à prestação de determinado serviço público básico, ou ao pagamento de serviço privado³⁹ (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular). Aplica-se a condenação do Estado a pagamento de indenização também em casos de sua omissão absoluta, por encontrar-se o cidadão impossibilitado de fruir direito constitucionalmente garantido, o que impõe aos governantes a reflexão acerca dos reais custos de implementação do serviço público omitido.⁴⁰ Os critérios para a atuação do Judiciário necessitam ser obedecidos: a imposição por parte do Judiciário deve ser pontual e precisa ser suficiente para implementar diretamente um direito social em determinado caso concreto.

Nas duas primeiras lides abordadas supra, fica evidente a possibilidade de o Estado ser compelido pelo Poder Judiciário a concretizar direitos sociais, como educação e saúde.

A Justiça Federal cearense vem aderindo também à possibilidade de concretizar direito social em razão de ter se tornado omissivo o Poder Público. É o que se infere pela leitura da ementa da decisão da Ação Civil Pública n. 2003.81.00.009206-7:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. POSSIBILIDADE E DEVER DE O PODER JUDICIÁRIO CONFERIR MÁXIMA EFETIVIDADE À NORMA CONSTITUCIONAL.

1. A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental social.
2. O cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição.
3. Feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chegar, esta decisão terá algum sentido.⁴¹

A dogmática a ser adotada também para os casos individuais de ofensa a direito social é a de não restrição dos direitos da cidadania, com a compreensão de que os direitos sociais também fazem parte do núcleo de direitos fundamentais, em consonância com a concepção social do Estado Brasileiro, preconizando a necessidade de atuação estatal para efetivação e concretização dos direitos fundamentais sociais, ultrapassando, definitivamente, o dogma da separação dos poderes.⁴²

A parte mais frágil da relação entre Estado e indivíduo, carente de assistência especialmente no âmbito social, deve ver atendido direito seu, preterindo, então, a falsa alegação do princípio da reserva do possível e arrecadando do erário o recurso necessário.

3.3 A responsabilidade dos juízes pela efetivação dos direitos sociais

Na efetivação dos direitos sociais, o papel extremamente relevante do juiz é o de assegurar o seu reconhecimento e a concretização do significado dos enunciados constitucionais, garantindo, assim, que permaneça legitimado e independente o Poder Judiciário.⁴³ Os juízes devem controlar e exigir “o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social”⁴⁴.

Não cabe mais, hodiernamente, um Judiciário que exerça apenas função jurídica, técnica e secundária, devendo exercer, sim, papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, conclamado a participar de modo direto da efetivação dos direitos sociais, dando-lhes real densidade e concretude. O Judiciário (que, em sua nova concepção, assume a tarefa de preservar e efetivar direitos) deve assumir um papel de reavaliador e legitimador das decisões políticas.⁴⁵

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpíonica – de sua tendência auto-destrutiva, que

ameaça a prática de injustiça em nome da justiça de que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas.⁴⁶

O juiz, enquanto agente político comprometido com a justiça, portanto não neutro, e por ser co-participante do processo de criação do Direito, deve estar atento às transformações do mundo moderno e próximo delas, para que, ao realizar a construção da norma para o caso concreto por um processo hermenêutico, reflita sobre valores sociais, políticos e econômicos. A sua responsabilidade é a de buscar as soluções justas aos conflitos, almejando a paz social, não se esgotando sua missão a dizer o direito nos autos de cada processo.

Uma vez que as normas têm conteúdo aberto, que necessita ter seu significado construído pela práxis (com a percepção dos valores constitucionais), atribui-se ao Judiciário a responsabilidade de elaborar a norma final aplicável, devendo implementar, por vezes, o conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais.

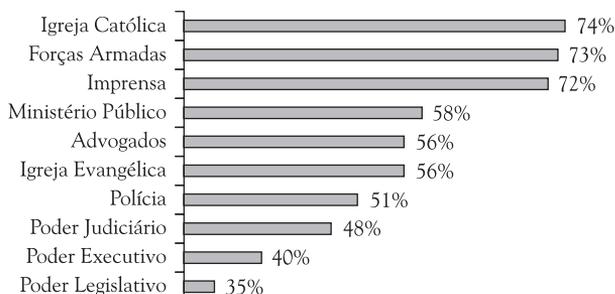
Para conseguir efetivar os direitos sociais, é imperativa a implementação de políticas legislativas e políticas públicas, que requerem investimento significativo de finanças por parte do Poder Executivo, como já se explicitou, mas, além disso, se exige a alteração da função clássica do juiz, que se torna co-responsável

pelos políticos dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social. A orientação das sentenças nesse sentido levaria à politização do exercício da jurisdição, o que constitui uma ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico, que fundamenta a separação do Direito da Política.⁴⁷

Para Faria, a aplicação de um novo tipo de legalidade (a legalidade pensada em termos concretos) acarreta a realização política de determinados valores, afetando, em conseqüência, a realidade socioeconômica a partir de um projeto relacionado com a implementação do direito social.⁴⁸ O juiz investe-se de uma carga política, que o compele não a criar políticas públicas, mas a impor a execução daquelas já estabelecidas em lei⁴⁹, podendo as sentenças “constituir importantes veículos para canalizar em direção aos poderes políticos as necessidades da agenda pública através de uma ‘semântica’ dos direitos sociais”⁵⁰.

Não agindo o Judiciário dessa forma, sofrerá ele a maior das sanções, qual seja, a social, que impõe a falta de legitimidade para toda sua atuação, uma vez que a sociedade passa a descreer na instituição. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, revelou que a população já vem

demonstrando sua falta de confiança no Poder Judiciário. Com relação ao Poder Judiciário, mais da metade dos entrevistados revelou não avaliar positivamente a sua imagem, ficando nítida a falta de credibilidade desse Poder.



Quadro 1 – Avaliação positiva da imagem das instituições brasileiras.

Fonte: IBOPE.³¹

Reconhecendo a essencial função da sua atuação positiva frente à efetivação dos direitos sociais, os juízes poderão soltar-se das antigas amarras do sistema de separação absoluta dos poderes, do positivismo jurídico e da falsa característica de neutralidade e passarão a cumprir com o papel de arautos de um tempo de maior equilíbrio nas relações entre hipossuficientes e o Estado, no que se refere aos direitos sociais, até hoje tão difundidos nas Constituições e ordenamentos jurídicos de todo o mundo, mas tão pouco concretizados e aplicados na realidade social.

4 CONCLUSÃO

A substancialização dos direitos sociais é prática esperada a partir da instauração de uma nova jurisdição constitucional. Essa nova jurisdição deve assumir a função de aplicar os direitos sociais, desvinculando-se da preocupação exclusiva com a lei, passando a orientar-se pela necessidade de compreender, interpretar e construir a norma, a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Essa é sua tarefa principal, como hipotetizado no início deste artigo, sem a qual continuará obsoleta, revivendo as crises que a tem acometido nos últimos anos na sociedade brasileira.

A nova jurisdição constitucional precisa perceber que pode, por meio de suas decisões, realizar a efetivação dos direitos sociais, seja pela imposição de obrigações ao Poder Público, seja por meio da responsabilização dos agentes que se omitiram diante de casos concretos de necessidade de implementação de tais direitos. A possibilidade de realizar controle sobre as políticas públicas é outro meio que cabe ao Poder Judiciário para viabilizar o cumprimento de seu papel. A responsabilidade dos juízes é extrema, já que eles têm de atuar positivamente frente à construção de normas que concretizem direitos sociais, sob pena de sofrerem uma das piores sanções, a sanção social, que pode fazer toda a sociedade desacreditar na sua função.

Na decisão do caso concreto, urge ao juiz lembrar que, a partir das palavras escritas nos dispositivos legais, e especialmente nos constitucionais, e nos autos de um processo, existem diversas possibilidades de normas, que, uma vez mal elaboradas, fazem os cidadãos permanecerem apáticos e descrentes de qualquer perspectiva de melhora no horizonte, mas se, por outro lado, bem construídas, levam à implementação da justiça, à concretização da vontade de Constituição e, conseqüentemente, à transformação do mundo.

5 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 83-103, abr.-jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&numProcesso=45&siglaClasse=ADPF&codRecurso=0&tipoJulgamento=MC&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em: 21 out. 2007a.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 393175/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=24&dataPublicacaoDj=02/02/2007&numProcesso=393175&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=25&dataPublicacaoDj=03/02/2006&numProcesso=410715&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007c.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

IBOPE. Igreja Católica, Forças Armadas e Imprensa são as instituições que têm imagem mais positiva perante a população brasileira. *Ibope*, São Paulo, fev. 2004. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Opinião+Pública&docid=ED4E4C8BC714DFA783256EA2006146AD>>. Acesso em: 18 out. 2007.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIMA, George Marmelstein. Ação civil pública – SUS – Direito à saúde – Contratação de leitos hospitalares. *George Marmelstein – Blogspot*, Fortaleza, ago. 2007. Disponível em: <http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/jurisprudenciando_07.html>. Acesso em: 27 set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

MORAES, Germana de Oliveira. O Juiz Constitucional no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 22, p. 25-28, nov./dez. 2003.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Jurisdição, poder do Estado e acesso à Justiça. *Escritório Online*, Brasília, DF, fev. 2000. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1319&>. Acesso em: 4 set. 2007.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A atuação criativa do juiz. *Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/Aatuacao.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- ¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 26.
- ² OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Jurisdição, poder do Estado e acesso à Justiça. *Escritório Online*, Brasília, DF, fev. 2000. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1319&>. Acesso em: 4 set. 2007.
- ³ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 128.
- ⁴ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função*: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 15.
- ⁵ Ibid, p. 17.
- ⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.
- ⁷ ROCHA, op. cit..
- ⁸ Entende-se por atividade prudencial a decisão dos juízes que representa o exercício da competência diretamente deduzida do direito objetivo, sem qualquer apelo à razão prática.
- ⁹ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 17.
- ¹⁰ MANFREDINI, Giuseppe, 1984 apud MARINONI, op. cit., p. 31.
- ¹¹ MARINONI, op. cit., p. 44.
- ¹² PERLINGIERI, Pietro, 1991 apud MARINONI, op. cit., p. 44.
- ¹³ STÜRNER, 1979 apud MARINONI, op. cit., p. 44.
- ¹⁴ HÄBERLE, Peter, 1972, apud MARINONI, ibid, p. 44.
- ¹⁵ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 99, apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.
- ¹⁶ MARINONI, op. cit., p. 45.
- ¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, 2003 apud MARINONI, op. cit., p. 45.
- ¹⁸ MARINONI, op. cit., p. 93.
- ¹⁹ Ibid, p. 94.
- ²⁰ MANCUSO, Rodolfo de C. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública*. Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 705-751, 2001, apud KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 32.
- ²¹ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 83-103, abr.-jun. 2005.
- ²² MANCUSO, op. cit., p. 731, apud KRELL, op. cit.
- ²³ FRISCHEISEN, Luisa C. Fonseca, 2000 apud KRELL, op. cit., p. 34.
- ²⁴ BARCELLOS, op. cit., p. 91.
- ²⁵ Ibid.
- ²⁶ ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 82.
- ²⁷ KRELL, op. cit., p. 22-23.
- ²⁸ MORO, Sérgio Fernando, 2000 apud KRELL, op. cit., p. 85.

- ²⁹ BERCOVICI, 1999 apud KRELL, op. cit.
- ³⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes, 1998 apud KRELL, op. cit.
- ³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715/SP Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=25&dataPublicacaoDj=03/02/2006&numProcesso=410715&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007c, grifo nosso.
- ³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 393175/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=24&dataPublicacaoDj=02/02/2007&numProcesso=393175&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007b, grifo nosso.
- ³³ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ³⁴ BRASIL, 2007b, op. cit.
- ³⁵ STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 55.
- ³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&numProcesso=45&siglaClasse=ADPF&codRecurso=0&tipoJulgamento=MC&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em: 21 out. 2007a.
- ³⁷ BRASIL, 2007a, op. cit., grifo nosso.
- ³⁸ BRASIL, 2007a, op. cit., grifo nosso.
- ³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ⁴⁰ LOBATO, Anderson Cavalcante, 1999 apud KRELL, op. cit.
- ⁴¹ LIMA, George Marmelstein. Ação civil pública – SUS – Direito à saúde – Contratação de leitos hospitalares. *George Marmelstein – Blogspot*, Fortaleza, ago. 2007. Disponível em: <http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/jurisprudenciando_07.html>. Acesso em: 27 set. 2007.
- ⁴² ESTEVES, op. cit.
- ⁴³ GOMES, Luís Flávio, 1997 apud PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A atuação criativa do juiz. *Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/Aatuacao.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2007, p. 4.
- ⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42.
- ⁴⁵ KRELL, op. cit.
- ⁴⁶ MORAES, Germana de Oliveira. O Juiz Constitucional no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 22, p. 25-28, nov./dez. 2003, p. 28.
- ⁴⁷ PINTO, op. cit., p. 9-10.
- ⁴⁸ FARIA, José Eduardo, 1996 apud PINTO, op. cit., p. 10.
- ⁴⁹ MIRRA, Álvaro L. Valery, 1995 apud KRELL, op. cit.
- ⁵⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, 1997 apud KRELL, op. cit., p. 94.
- ⁵¹ “Pesquisa realizada entre 7 e 11 de fevereiro de 2004. Foram feitas 2.000 entrevistas com pessoas de 16 anos ou mais em 145 municípios do país. O intervalo de confiança estimado é de 95% e a margem de erro máxima é de 2,2 pontos percentuais”. IBOPE. Igreja Católica, Forças Armadas e Imprensa são as instituições que têm imagem mais positiva perante a população brasileira. *Ibope*, São Paulo, fev. 2004. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=cald&comp=Opinião+Pública&docid=ED4E4C8BC714DFA783256EA2006146AD>>. Acesso em: 18 out. 2007.

THE NEW CONSTITUTIONAL JURISDICTION: TURNING SOCIAL RIGHTS EFFECTIVE

ABSTRACT

This paper examines the new role of constitutional jurisdiction, which is taking over the role of turning social rights effective, strengthening Law as a whole and making citizens rely more on the Judicial branch, which is the area of the government in charge of protecting the legitimate interests of citizenry. In this sense, the Judiciary is managing to dismiss old feelings common in society related to the perception that judges are incapable of acting on the benefit of the effectiveness of social rights. Nowadays, judges are able to contribute to the effectiveness of social rights either by executing a right or by obliging State do assure a social right. The author also assesses judicial control of the effectiveness of social rights by the means of public policies and the responsibility of judges for rendering social rights effective.

KEYWORDS: New constitutional jurisdiction. Effectiveness of social rights. Execution of public policies. Judicial control. Responsibility of judges.

LA NOUVELLE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ET LA MISE EN OEUVRE DES DROITS SOCIAUX

RÉSUMÉ

Cet article fait une étude du nouveau rôle de la juridiction constitutionnelle qui mets en oeuvre les droits sociaux pour que le Droit reprenne un essor, pour que les citoyens puissent confier plus au Pouvoir Judiciaire. Pouvoir responsable d'accueillir leurs réelles prétentions, échappant des anciennes impressions du juge ne pouvant rien faire pour travailler positivement face au manque de concrétisation d'un droit social, soit par l'implémentation du droit ou de l'ordre qui oblige le Pouvoir Public à le faire. On analyse le contrôle judiciaire dans la mise en oeuvre des droits sociaux par l'implémentation de politiques publiques et la responsabilité des juges dans cette mise en oeuvre.

MOTS-CLÉS: Nouvelle juridiction constitutionnelle. Mise en oeuvre des droits sociaux. Implémentation de politiques publiques. Contrôle judiciaire. Responsabilité des juges.

PARADIGMAS E DESAFIOS PÓS-MODERNOS*

Paulo Ferreira da Cunha**

I - Dos Paradigmas Jurídicos. 1 Dos Paradigmas em Geral. 2 Da Mudança de Paradigma. 3 Do Paradigma Objectivo ao Paradigma Subjectivo em Direito. 4 A Questão do Direito Natural. 5 Primeiras Visões da Pós-Modernidade e de um Direito Pós-Moderno. II - Desafios pós-modernos e demanda de um novo paradigma jurídico. 1 Um Direito Pós-Moderno, hoje? 2. Mudança de Idade e Mudança de Paradigma. 3 Do Direito Social ao Direito Fraternal. 4 Pós-Modernidade e Direito Fraternal Humanista.

RESUMO

Coligindo-se os paradigmas da modernidade e da pós-modernidade, busca-se analisar os seus influxos sobre o Direito. Como tese de fundo, postula-se que o Direito “fraternal humanista” se afigura mais adequado aos novos desafios da era pós-moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma. Modernidade. Pós-modernidade. Direito Objectivo. Direito Subjectivo. Direito Fraternal Humanista.

“Zur Rechtsgelehrsamkeit kann ich mich nicht bequemen.”

Goethe – Faust.

“Les juristes, et d’abord les plus vieux d’entre eux, incapables de se conformer à de nouvelles pratiques du droit su contraires à leur ancien enseignement, se ligèrent.”

Odile Berryer

* Texto baseado na conferência final das Primeiras Jornadas da Associação de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, que proferimos a 10 de Janeiro de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Este texto virá a ser adaptado para publicação em livro, em Portugal, no Brasil e noutros países.

** Catedrático e Director do Instituto Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

I - DOS PARADIGMAS JURÍDICOS

1 DOS PARADIGMAS EM GERAL

É frequente que os instrumentos e os pré-conceitos ou pré-compreensões mais fundantes de um saber sejam os menos apercebidos, ou então os mais controversos no âmbito dos oficiais dos respectivos officios.

Tal como, logo no início de *Hollzwege*¹, Heidegger nos dá conta da mútua constituição e implicação da obra de arte e do artista, assim também Thomas Kuhn, no seu *The Structure of Scientific Revolutions*, explica a relação entre um paradigma científico e uma comunidade científica (num dado tempo, pelo menos): “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”² e considera “o estudo dos paradigmas como o que prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica na qual atuará mais tarde”.³

Há em ambos os casos, aparentemente, um círculo vicioso. E por razões como essas, certamente, já Aristóteles, na *Física*, nos aconselharia a parar em algum sítio:

Creemos que, por muito específica que seja a *episteme* jurídica (que lhe não chamamos ciência, nem sequer *scientia*, antes nos parece ser cada vez mais uma arte, embora com elementos científicos e técnicos), ela não foge aos grandes movimentos da História, nem mesmo às grandes leis da gravitação das revoluções científicas.

Em defesa do direito natural e de Aristóteles, houve quem pudesse interpelar a ciência e, matizando a questão da escravatura natural no Estagirita (aliás, particularmente subtil) e lembrar que a mudança do geocentrismo para o heliocentrismo na Astronomia não pusera jamais em causa a sua cientificidade. Não fugia o filósofo à sua circunstância, mas se os moinhos se movessem sozinhos, como viria efectivamente a suceder, já não seriam necessários escravos... Do mesmo modo, quiçá a própria categoria “direito natural”, entraria em significativo ocaso (e com algumas confusões) com o avançar da contemporaneidade. Há quem considere que advogá-la, hoje, é já uma nova “defesa de Numância”.⁴

Os problemas da Justiça e do fazer a Justiça valer no Mundo são de sempre. Contudo, como bem se sabe, a própria autonomização epistemológica de uma normatividade a que chamamos Direito é datada do *ius redigere in artem* romano. E tudo indica (tudo na verdade mostra) que a vida do Direito, ao longo dos séculos, tem sido pautada por grandes ciclos. Tão vastos (e aí há certamente originalidade da *episteme* jurídica, pela longevidade das suas concepções) que pareceriam fixos, eternos, imóveis como essas pirâmides de Gizé, em que Machado de Assis via como dos parques eventuais exemplos de fixidez das coisas humanas.⁵

2 DA MUDANÇA DE PARADIGMA

É na mudança de paradigma que se vê a existência de paradigmas⁶. Quando nos encontramos imersos num ambiente, ele pode parecer o limite do que existe, quer no tempo, quer no espaço. Quando saltamos a barreira desse espaço ou desse tempo, vemos uma coisa muito importante: “Há mais mundo(s)!” – expressão recordada pelo Prof. Doutor António Castanheira Neves na primeira aula do curso em que tivemos o privilégio de ter sido seu aluno, há pouco mais de trinta anos...

A primeira grande ruptura no Direito (há sempre rupturas pequenas e médias, que nos poderiam fazer perder a perspectiva, se entrássemos no seu pormenor) afigura-se-nos ser a do individualismo nominalista, sobretudo a partir do séc. XIV, e com grande desenvolvimento na Modernidade.

Não estamos a fazer julgamentos de valor: não é que o nominalismo e o individualismo não tivessem tido um papel importante, e contrastante com o tempo e os objectos contra que reagiam. E também tal não significa que não houvesse já algum individualismo cristão, ou estóico, por exemplo. Simplesmente, a modernidade (e muito mais a pós-modernidade, mas não nos antecipemos) vai levar o individualismo a uma posição mais extremada, designadamente tendo a sua base metodológica na invenção do direito subjectivo (que parte da concepção do direito como atributo de um sujeito), base ainda de boa parte da arquitectura teórica de muitos sectores do Direito, hoje, a começar pela teoria geral da relação jurídica.

Trata-se, além do mais, de uma recusa da perspectiva de investigação aristotélica, que partia de uma abordagem dos conceitos pelo significado das palavras, ainda não corrompido (ou que da corrupção delas dava conta, como no caso do uso de democracia ou *politeia*⁷). Porque as palavras deixam em demasia de fazer sentido. Há quem diga que noções como as de justiça particular, distributiva ou cumutativa⁸, ou ainda direito natural⁹ foram sendo confundidas, desfiguradas, mal compreendidas. E que daí ainda derivariam muitos mal-entendidos nas nossas Faculdades, hoje.

Pessoalmente, temos a intuição de que de todas as confusões talvez a menos grave (ou menos profunda, afinal) ainda tenha sido a que passa pelo direito natural. E que quiçá a divergência seja mais ideológica e de cor local (ou linguagem) que verdadeiramente de fundo.¹⁰ Porém, o certo é que mesmo o ar de família é capaz de fazer mudar, de algum modo, a qualificação das coisas. E retomando o inicial exemplo da arte, não coloca Wittgenstein a *differentia specifica* em causa precisamente num ar de família entre obras, que assim se dizem de arte?¹¹ Também assim ocorre nos tempos jurídicos.

Atentemos nas palavras de Michel Villey, “Une chose curieuse à observer, c’est l’incompréhension progressive des théoriciens des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles pour la plupart des grandes notions que la science du droit en Europe tenait de la tradition classique [...]”.¹²

É que o paradigma estava a mudar... Quando muda o paradigma, a gramática de uma disciplina muda. E até mesmo o vocabulário muda de sentido. Haverá uma espécie de *Zeitgeist* jurídico?¹³ Alguma solidariedade epocal existirá. Lembremos, ainda, as ponderadas observações de Nelson Saldanha :

O significado de cada estrutura cultural e histórica tem conexão com o de cada outra. O 'lado' religioso e o político se coimplicam, e implicam o econômico e o jurídico, bem como o ético e de certo modo o estético. Acho dispensável, ao menos aqui, cogitar, a respeito, do 'holístico' e do 'estruturalístico' ; ou discutir funcionalismos e coisas assim.¹⁴

Por outro lado, não deixa de ser interessante observar que a um mega-paradigma imperante no Direito (como direito objectivo, ou subjectivo) correspondem vários, indeterminado número de paradigmas sectoriais, como os paradigmas de propriedade, contrato, família, processo, ou até Justiça.¹⁵

3 DO PARADIGMA OBJECTIVO AO PARADIGMA SUBJECTIVO EM DIREITO

Não iremos recordar, por consabida, a cosmovisão clássica que deu lugar ao também conhecido direito romano. O direito, para os romanos, o *Jus*, é, antes de mais, o que é justo (*quod iustum est*), é a própria coisa devida (*ipsa res justa*). As suas outras acepções são sentidos analógicos. Há nesta concepção uma perspectiva objectivista.¹⁶ O Direito é direito objectivo: a coisa, o devido. E mesmo os atributos jurídicos são, para os romanos, muito concretos: usar, fruir e até abusar (*utendi, fruendi et abutendi*).

Pelo contrário, tudo se torna radicado nos indivíduos com o novo paradigma subjectivista (embora o direito subjectivo, como nós o conhecemos, só tenha surgido no séc. XIX), a partir, sobretudo do nominalismo no séc. XIV. O livro e o filme de Umberto Eco *O Nome da Rosa*¹⁷ não deixam de aludir a essa polémica (em grande medida franciscana, como franciscano fora Guilherme de Ockham¹⁸) que, no limite, se reverte a uma questão de propriedade (o direito mais radical – questão que está até na raiz primeira das grandes ideologias¹⁹): sobre a forma de ter... até sobre a existência ou não de uma bolsa de Cristo... e a proveniência e gestão dos seus fundos, naturalmente.²⁰

Todos sabemos como há vestígios de mudança de paradigma em pequenas definições ou classificações em que ainda se notam resíduos do antigo paradigma, aqui e ali.

Por exemplo, alguns romanistas ou juristas com formação romanista não esquecida por outras influências tenderão a ainda dividir o direito em “pessoas, coisas e acções”, como os romanos.²¹

Do mesmo modo, ao elencarem as acepções do termo “Direito”, para uns, mais perto do paradigma objectivista, o direito objectivo (ou em sentido objectivo) não se confunde com o direito normativo (ou em sentido normativo). Para estes autores, não é, assim, direito objectivo um conjunto de normas que permite ao sujeito (no plano subjectivo – direito subjectivo ou em sentido subjectivo) exercer os seus direitos... *subjectivos*, como é para a maioria da doutrina. Antes direito objectivo é o próprio direito, *a própria coisa justa*: o “objecto” da relação jurídica, certamente, traduzindo numa outra clave paradigmática.

Evidentemente que o paradigma objectivista e realista se aproxima muito do chamado Direito Natural clássico. Mas não é certo que o Direito Natural, nas suas diversas metamorfoses, não possa aproximar-se de um novíssimo paradigma. Também na Modernidade ele se transmutou.

4 A QUESTÃO DO DIREITO NATURAL

Goethe aludiu, em proverbial dito, ao direito romano, comparando-o ao cisne que, mergulhando, vem depois à tona da água. Sempre mergulha, e assim parece não existir na superfície das aparências, para de novo emergir e reaparecer. Também o direito natural tem visto serem-lhe passadas várias certidões de óbito; mas, como afirmou Mark Twain um dia de si mesmo, as notícias que relatam a sua morte são manifestamente exageradas. O direito natural parece a uns um morto, para outros é espectro, é fantasma, ou morto-vivo que importuna as noites dos positivistas do *dura lex*, sempre. Outros ainda o declaram vivíssimo e super-vivente, embora as Faculdades de Direito (e outras) nem sempre lhe facultem a palavra, ou o façam de forma estranha: por vezes, em introduções ainda não caídas em mãos dos positivistas (ainda que usem na botoeira o rótulo, em alguns meios, de ‘jusnaturalistas’ ou afins) “até ao Natal”, outras vezes apenas em cadeiras laterais, etc. O tecnicismo e o positivismo, ainda que espontâneos e não críticos são, ainda, como tem sido dito, a regra. E mesmo quando por vezes se alude a este *quid* não sobeja tempo para desenvolvimentos.

Já o dividiram entre clássico e moderno (Leo Strauss foi arauto dessa divisão, seguida por muitos), e, contudo estudos « no terreno » da história filosófica do direito parece levarem-nos a concluir que a oposição é mais política do que jurídica. Mais ulterior que contemporânea, naturalmente.

Porque há, não o olvidemos, um uso de conservador, tradicionalista e até reaccionário do direito natural, e um uso progressivo, aberto e até revolucionário do direito natural. Autores tão diferentes como um Puy e um Wacs hodiernamente o relembram.

Para uns, o direito natural parece ser um instrumento ou aparelho ideológico que transmuta em juridicidade o que é opção moral e até grupal ou sectária muito localizada. Há até quem o faça derivar ou coincidir com princípios religiosos de religiões concretas. Bentham desferiu uma certo frecha a certas

formas de encarar o Direito Natural ao afirmá-lo “private opinion in disguise”, ou “the mere opinion of men self-constituted into legislatures”.²²

Há até partidos do direito ou da lei natural, que, como todos os partidos, são porta-vozes de uma parte localizada e empenhada da « verdade possível » ou do acesso possível à verdade.

Para outros, o direito natural pode ser até instrumento de utopia, ou de utopismo, princípio esperança. Direito natural pode ter sido discurso legitimador de regimes opressivos para uns, e ordeiros para outros. Alguns que tinham alguma obrigação histórica em defendê-lo (como os liberais), pelo menos na sua versão ‘francesa’ e setecentista, parecem por vezes dele se envergonhar, já que outros, menos liberais, o defendem por vezes. Mas nem por isso muitos outros o adoptam. Outros ainda remetem para Roma, onde já uns tantos recusam que haja sido o direito romano o que outros proclamam.

Outros invocam São Tomas que, como Marx, decididamente não seria « tomista » - argumentam outros ainda.

Por estas e muitas mais razões, o direito natural é um dos grandes mal-amados do direito.

E mal-amado, desde logo, em duas acepções: mal amado porque poucos o defendem e o estimam realmente; mal-amado porque mesmo alguns do que o estimam e defendem nem sempre o farão pelas melhores razões, com os melhores objectivos, com os mais coerentes argumentos, e o conhecimento histórico-jurídico e o esclarecimento filosófico que se impunha.

E, contudo, move-se. E continuamos a discuti-lo, mesmo quando lhe passamos, de novo, sempre renovada certidão de óbito.²³

Uma das formas mais simples e objectivas de encarar, hoje, o Direito Natural parece-nos ser a referida por Raymond Wacs, logo no início da sua breve introdução à Filosofia do Direito: “*The best description of natural law, according to one leading natural lawyer, ‘is that it provides a name for the point of intersection between law and morals’*”.²⁴

5 PRIMEIRAS VISÕES DA PÓS-MODERNIDADE E DE UM DIREITO PÓS-MODERNO

Cada tempo tem a sina de ser obviamente muito míope na sua própria autognose. Não há como não o ser. Os tempos epistemológicos também partilham dessa necessária miopia. E desde logo os tempos culturais e civilizacionais.

Já passou tempo suficiente desde que, a partir das Belas Artes, mas a breve trecho com eco na Filosofia e em outras áreas, desde logo científico-sociais e humanísticas, se lançou a verificação, e também o apelo da pós-modernidade.²⁵

É a vaga chegou, evidentemente, ao Direito. Numa primeira fase, entusiasmaria mesmo alguns que hoje se nos afiguram mais não-modernos que verdadeiramente pós-modernos.

A verdade é que, se utilizarmos este vector de pensamento não em termos muito rigorosos, e se com ele fizermos conviver também o de tardo-modernidade (claro que a pós-modernidade é afirmativa e tida normalmente por positiva, enquanto a tardo-modernidade sugere sempre feneção, decadência – já a designação Alta Modernidade recupera este tempo com uma conotação simpática²⁶), se procurarmos ver o que ambos podem ter de heurístico na investigação do presente, e não como profecias utópicas de futuro fechado, não apenas certamente os redimiremos de algumas falhas e menos boas fomas, como, estamos em crer, daí nos advirão ensinamentos não desprezáveis.

Se preferirmos não tomar nenhum partido pelo timbre do nosso tempo, em Direito, podemos falar tão-só em contemporaneidade.

Creemos, porém, nós que já fomos considerado um dos poucos juristas pós-modernos portugueses²⁷, mas evidentemente não para fazer jus a essa classificação, que esta nossa contemporaneidade jurídica já esboça traços de alguma consistência: ainda que ela possa ser, afinal, a fragmentaridade, de que falava Faria e Costa.²⁸ Ou, para usar as palavras de Eduardo Bittar, um dos estudiosos mais fecundos desta questão,

[...] as ambiguidades, as contradições, as desordens, as trepidações, a desmontagem, a superação, o regresso, a inovação, a quebra, a ruptura, a desestruturção, o desmantelamento, a ruína, a futurística, a recuperação, a revalorização... são todas vistas como partes integrantes deste complexo fenômeno que nos invadiu, a partir dos anos 70 do século passado, a vida da sociedade contemporânea ocidental.²⁹

Não parece haver dúvidas de que algo parece estar diferente. Algo parece estar a mudar, tanto na sociedade, como no Direito. Podemos estar a ser vítimas de uma miopia cronocêntrica, mas... e se não estamos atentos aos sinais dos tempos?

Uma das assumidas características da Pós-modernidade, para os que a assumem como dado, é a hibridação e simultaneidade do velho e do novo, de resíduos e derivações³⁰... Como afirma Ihab Hassan, “modernism and postmodernism are not separated by an Iron Curtain or Chinese Wall; for history is a palimpsest, and culture is permeable to time past, time present, and time future. We are all, I suspect, a little Victorian, Modern, and Postmodern, at once.”³¹

Perante esta posição, é muito difícil contestar a categoria.

Valerá talvez a pena confrontar o que se pensava nas últimas décadas

do século passado e o que pensa contemporaneamente sobre quais os traços característicos da pós-modernidade e do direito pós-moderno.

Com base em Jesus Ballesteros³² assumimos nos anos 90 do séc. XX a responsabilidade deste enunciado tópico para a cultura pós-moderna em geral:

- *Pluralismo cultural*
- *Ecumenismo* (e não só religioso)
- *Anti-etnocentrismo e anti-racismo*
- *Descolonização e anti-colonialismo*
- *Pacifismo*
- *Ecologismo*
- *Feminismo*
- *Inalienabilidade de Direitos (Humanos)*
- *Anti-patrimonialismo* (e até uma certa defesa da propriedade colectiva, v.g. da terra)
- *Anti-voluntarismo.*

Jesus Ballesteros é um jurista que analisa culturalmente a pós-modernidade. Daí que nos identifiquemos mais com o seu levantamento. Uma interpretação bem mais alheia às nossas preocupações mais imediatas é a de Ihab Hassan³³:

- *Indeterminação*: ruptura, ambiguidade, incertezas, indecisões...
- *Fragmentação* (cf. a “fragmentaridade em Faria Costa³⁴): anti-“totalitarismo” *hoc sensu*, desligamento...
- *Descanonização* – ou “deslegitimação” – crise dos cânones³⁵ (e não só os literários e artísticos); múltiplas mortes: de Deus, do homem, do autor...
- *Apagamento do eu* (cf. Anti-voluntarismo em Ballesteros) – com crises do símbolo e da interpretação; disseminação, dispersão...
- *Inapresentabilidade* – inefabilidade, irrealismo, rejeição da mimesis e do realismo...
- *Ironia* – afirmando também o pluralismo, desconstruindo e reconstruindo...
- *Hibridação* – sincretismo, e até confusão. *Métissage*: mestiçagem³⁶.
- *“Carnavalização”* (cf. Júlia Kristeva) – inversão, ludismo, anarquização.
- *‘Performance’* – teatralização e *sociedade do espectáculo* (já Guy Débord, em 1967, escrevera obra homónima³⁷).
- *Construcionismo* – figuracionismo e ficção.

- *Imanência* – o homem como pertença a parte do sistema semiótico imanente. Segunda morte do Homem...

O mesmo autor estabelece um gráfico comparativo entre Modernidade e Pós-modernidade, que, contudo, não poderemos comentar circunstanciadamente, como merecia, mas aqui fica registado, como documento³⁸:

TABELA 1: *Comparativo entre modernidade e pós modernidade*

Modernism	Postmodernism
Romanticism/Symbolism	Pataphysics/Dadaism
Form (conjunctive, closed)	Antiform (disjunctive, open)
Purpose	Play
Design	Chance
Hierarchy	Anarchy
Mastery/Logos	Exhaustion/Silence
Art Object/Finished Work	Process/Performance/Happening
Distance	Participation
Creation/Totalization	Decreation/Deconstruction
Synthesis	Antithesis
Presence	Absence
Centering	Dispersal
Genre/Boundary	Text/Intertext
Semantics	Rhetoric
Paradigm	Syntagm
Hypotaxis	Parataxis
Metaphor	Metonymy
Selection	Combination
Root/Depth	Rhizome/Surface
Interpretation/Reading	Against Interpretation/Misreading
Signified	Signifier
Lisible (Readerly)	Scriptible (Writerly)
Narrative/Grande Histoire	Anti-narrative/Petite Histoire
Master Code	Idiolect
Symptom	Desire
Type	Mutant
Genital/Phallic	Polymorphous/Androgynous
Paranoia	Schizophrenia
Origin/Cause	Difference-Différance/Trace
God the Father	The Holy Ghost
Metaphysics	Irony
Determinancy	Indeterminancy
Transcendence	Immanence

Como tentativa de síntese, um pouco mais na perspectiva do Direito (mas na verdade transcendendo-o muito), enunciámos então 5 teses, que resumiremos e muito brevemente comentaremos agora:

1ª Tese: A pós-modernidade não poderá ser uma simples tardo-modernidade.

A Pós-modernidade rompe, suave, mas radicalmente, com a modernidade.

Hoje não estamos tão certo disso. Talvez a pós-modernidade seja, enquanto actualização do princípio esperança de Bloch³⁹, o desenvolvimento do “lado lunar” (como na canção de Rui Veloso: outro benefício da pós-modernidade é a possibilidade de alargamento das fontes citáveis academicamente, alargando os produtores de sentidos e o seu diálogo, ainda que por mediadores privilegiados, como nós), da face oculta da Modernidade... Hoje opomos pessoalmente muito menos a Pósmodernidade à Modernidade.

2ª Tese: Síntese e Superação

Já a segunda tese matizava a primeira: *A Pós-modernidade é sintética e superadora*: procura superar dicotomias tais como: razão e fé, razão e mito; arte, ciência e religião; individualidade e socialidade; velho e novo. Nesta tese está certamente o germen da evolução que em nós teria a primeira tese. De qualquer modo, talvez se devesse ter dito que (pelo menos num certo estilo ou numa primeira fase, se trata mais de eclectismo que de sincretismo).

3ª Tese: Humanismo e Natureza

Continuando a tomar os desejos por realidades (o que na verdade acaba por ser quase um regra na prospectiva não pessimista), afirmámos na 3.ª tese que a pós-modernidade teria como programa o Homem, o Espírito, a Arte e o Pensamento que se deveriam impor às coisas, à matéria, à técnica, assim como a harmonização do Homem com a Natureza e a integração do progresso técnico num ambiente humano. Pode sintetizar-se este programa em Humanismo e Natureza.

4ª Tese: Ética, Estética, Espiritualidades

A quarta tese é quase uma síntese e uma bandeira desse programa anti-materialista, anti-consumista, etc., afirmando a pós-modernidade como uma *‘Idade Ética, Estética e aberta aos Transcendentes’*. Com esta última expressão não queríamos somente glosar uma frase que parece não ter sido pronunciada por André Malraux, segundo o qual, o séc. XXI seria religioso ou não o seria.

Queríamos, na verdade, ir mais longe: a pós-modernidade precisa de uma espiritualidade. Ainda que uma “espiritualidade laica”. Mas que pode ser a espiritualidade de grandes religiões, sobretudo no caminho, que então pareciam levar, de ecumenismo e de espiritualização.

5ª Tese: Anti-Materialismo

A quinta tese explicitamente não deseja entrar em pormenores: já na altura, antes da crise de 2008, declarávamos a falência dos sistemas políticos materialistas. A URSS dissolver-se-ia oficialmente no final do ano em que este livro foi escrito, em 26 de Dezembro de 1991. Mas esse era apenas um dos sistemas materialistas feito Estado. O outro, mais materialista ainda (o socialismo soviético ainda tinha um “suplemento de alma” ideológico de igualdade, embora com grandes desvios, erros e hipocrisias), dissemina-se hoje por toda a parte, debilitado no seu orgulho, ferido mas não convencido, e jamais se dando por derrotado, até pelo facto de um capitalismo se julgar a forma natural de economia⁴⁰ (e de algum modo de vida)...

Se compararmos estas perspectivas, ficaremos certamente com a ideia de que, quando se fala de pós-modernidade, cada um se refere ao que prefere, e o diálogo com os demais é uma nesga de intersecção. Contudo, mesmo dessa pluralidade resulta sempre a mesma ideia de pluralidade, não dogmatismo, não canonicidade, etc.

Se transportarmos o problema para a banda do Direito, dir-se-ia mesmo que os clamores populares e populistas, naturalmente descontraídos, contra confusão (ou excesso de burocracia), falta de autoridade (ou autoritarismo), selva normativa (ou simplicidade em excesso – *simplex?*), encontram na doutrina perfeito eco.

Contudo, as listas baseadas nos juristas contrastam bastante com as dos não juristas. Os primeiros são claramente muito mais normativos, mesmo quanto à decifração do presente e os sinais do futuro. Que claramente pretendem influenciar, extrapolando. E no nosso caso a extrapolação parece-nos ainda maior.

Não nos podemos prender agora com o problema dessa espécie de *self-fulfilling prophecy*.⁴¹ À custa de ser tão frequente e utilizado por tão ilustres nomes, parece legitimado o procedimento de tomar a nuvem dos desejos próprios pela Juno da realidade circundante e futura. Nele nesse texto claramente incorremos. Note-se, porém: sem sabermos ainda se teríamos razão ou não quanto ao futuro. Todavia, em rigor, não se trata, realmente, de uma previsão ou profecia (embora reconheçamos que possa passar por isso para os leitores menos prevenidos) – mas de uma definição. Ou seja: se o futuro for como o descrevemos, será pós-moderno; se não for, não o consideraremos como tal – subtilezas e poderes (exagerados) dos teóricos!

II DESAFIOS PÓS-MODERNOS E DEMANDA DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO

1 UM DIREITO PÓS-MODERNO, HOJE?

Entre a perspectiva externa e não jurídica de Hassan e a nossa de 1991, que é ainda mais abrangente (e ambiciosa) que a mais jurídica, de Ballesteros, parece-nos encontrar-se a visão (também normativa) de Bittar.⁴²

Suum cuique tribuere. Seria seguindo de perto as suas conclusões (mas obviamente à nossa própria responsabilidade e com algumas desinências) que hoje traçaríamos as características de um «Direito Pós-moderno»:

- *Direito da Liberdade*. Não apenas o do Iluminismo o seria (embora achemos que não se pode olvidar o seu contributo libertador, desde logo «emancipador» - lembremos do *Was ist Aufklaerung?* kantiano, emancipação que, surpreendentemente tem recuado nos últimos tempos). O Direito Pós-moderno seria, assim, não opressor, mas, de algum modo, libertador.

- Um *Direito Ético, Responsável e pela Democracia a todos os níveis*. Aposta na *Ética da Responsabilidade*. Inclusive contra a docilização de uma « ditadura civil », por uma microfísica do poder (Michel Foucault⁴³) de dominação.

- Defesa de *Direitos Humanos* multiculturalmente compreendidos (Boaventura de Sousa Santos), com consenso dialógico internacional e cidadania cosmopolita (Habermas), assente no ideário ético mínimo dos direitos humanos (Celso Lafer), na dignidade da pessoa humana, e nas Declarações de Direito, desde logo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o autor considera (e cremos que bem) como os maiores legados do jusnaturalismo racionalista do séc. XVIII.

- Um *Direito do concreto*. Direito mais da tutela do *caso concreto* que da lei geral (Perelman, Mueller). Ousaríamos dizer que é pelo pensamento tópico-problemático e não pelo pensamento dogmático, pelo judicialismo e não pelo normativismo, e, até, pelo pluralismo jurídico (desde logo pluralismo nas fontes consideradas) e não pelo monismo jurídico – sobretudo na sua veste de positivismo legalista do *dura lex sed lex*, e, pior ainda, na sua versão portuguesíssima, « são ordens », com ou sem acompanhamento do *argumentum baculinum*... Também o direito pós-moderno dá prioridade ao cumprimento de um *conjunto mínimo de leis*, contra a selva normativa, que banaliza ou trivializa a norma : e a má norma, como a má moeda, expulsa a boa.

- Um *Direito flexível*. Direito não formalista, não conceitualista e dicotómico (não opondo conceitos e lógicas como público / privado, Estado / sociedade civil), não rígido e não burocrático, não intrinsecamente coercivo ou ameaçador.

- Um *Directivo activo pela Justiça*, e de algum modo mesmo activista (ou, como hoje se diz no jargão respectivo, *pro-activo*. Não sabemos bem para que serve o prefixo, mas deve reforçar a actividade...). Activista, pois, enquanto

procura não a passividade do cidadão e do Estado (*quietta non movere* era lema « moderno » de algumas administrações e *laissez faire* o de muitos governos, liberais e sobretudo neoliberais), mas inclusivamente a *justiça social* como meta.

- *Um Direito não abstractamente fundado* (no plano metafísico ou no plano lógico), mas que retira a sua fundamentação e a sua validade pelo que, efectivamente, valha na prática, pelos resultados alcançados. Ao contrário de Bittar não chegaríamos a qualificar esta perspectiva de utilitarista. Antes a cremos teleológica, e recordamos que a árvore se julga pelos frutos.

Tal como em 1991, também hoje, com as *tournares* e *nuances* que achamos por bem introduzir, consideramos que o direito adequado ou ideal para o hoje e para o futuro seria o que acabámos de descrever. Com mais este ou aquele atributo, certamente. Com mais uma ou outra precisão, evidentemente.

Mas desta vez já nos assalta mais firmemente a angústia da profecia que a si própria se quer cumprir. O facto de sermos favorável a um direito pela justiça social não faz do direito presente e futuro mais justo. O facto de desejarmos um direito menos burocrático e formalista não retira o poder dos homens e das mulheres dos carimbos, ditadores todos poderosos dos *guichets*. O facto de almejarmos uma mais flexível e pluralista aplicação das várias fontes do direito não implica que não continue a haver devotos adoradores da lei, e hoje, pior ainda, micro-ditadores que acreditam que nas suas coutadas, privadas ou públicas, são a lei e a ordem incarnadas.

Perguntamo-nos até se afirmar estas características do direito deixando a confusão nos ares de que eventualmente esteja a começar a existir não poderá ser contraproducente, quiçá desarmando, por exemplo, um justo perante um querelador, dando excessiva confiança a quem sabe ter a justiça do seu lado, etc. Pelo contrário, ensinar que o direito em que vivemos não só não é, em grande medida pós-moderno, como nem sequer é moderno – e em certos momentos nem sequer será direito – pode ser uma profilaxia avisada. A luta contra a injustiça nunca termina. E jamais as nossas declarações teóricas, por si só, poderão ter efeitos regeneradores.

Mas se mostrarmos este direito como um utopismo esperançoso, no horizonte das nossas possibilidades, e os tempos e lugares em que se vai fazendo realidade, com os seus frutos benfazejos, isso sim, nesse caso estaremos decerto a construir um futuro jurídico melhor.

Ainda somos dos que, como aquela aluna de Mascherata que respondeu a Luigi Lombardi Vallauri: “Siamo qui per fare più de giustizia al mondo”.⁴⁴

Pessoalmente, não queremos estar aqui para simplesmente pensar, eventualmente coisas muito bem achadas e muito subtis ou inteligentes. Seria nosso desejo que a reflexão dos juristas (e em especial dos cultores da Jusfilosofia), além da satisfação dos nossos « egos », pudesse saltar para a vida jurídica « real ». E não pensemos que isso é assim tão difícil. Assim consigamos dialogar com a

realidade. E – além de lidar com as nossas angústias particulares de grupo - ainda responder às concretas interrogações dos práticos. Algumas parecerão talvez aos mais sábios de entre nós algo pueris, e uma ou outra quicá provocatória: mas serão certamente todas interessantes, com um sentido, e nenhuma de recusar..

Num recente artigo publicado nos *Quaderni Fiorentini*⁴⁵, empreendemos um inventário guiado por uma *démarche* como que simétrica desta. Aí, prescindimos do timbre pós-moderno, desde as primeiras linhas, e procurámos um panorama não do desejável ou do possivelmente futuro, mas do contemporâneo. E não pudemos deixar de salientar pontos coincidentes com os traços do pós-moderno, como uma nova ruptura epistemológica, que segue, naturalmente, uma pluralidade que já é pluralismo jurídico. Patente em correntes, escolas, e até pela feérica subdivisão disciplinar, e pelo nascimento de novos ramos, muitos deles já não exclusivamente presos ao continente sólido, escarpado e imóvel do direito, mas vogando pelos mares revoltos da interdisciplinaridade, ora atracando aqui, ora acolá. E, infelizmente, a essas áreas novas ou renovadamente descobertas nem sempre os portos fechados do direito dão abrigo. Portos em que os direitos do pavilhão (ainda que de conveniência) ainda prevalece sobre qualquer outro, em muitos casos.

O que significará, se o nosso inquérito estiver certo, que traços há de pós-modernidade que relevam do sonho, do utopismo, mas outros que comecem já a ser realidade. Nada de novo. Já Habermas, no seu *Philosophische Diskurs Der Moderne* afirmava que:

Não podemos no entanto afastar *a priori* a suspeita de que o pensamento pós-moderno está meramente a atribuir a si mesmo uma posição transcendente, quando na realidade permanece dependente dos pressupostos, validados por Hegel, da autocompreensão moderna".⁴⁶

Receio de continuidade que talvez explique um excessivo afã de alguns em acentuar diferenças entre Modernidade e Pós-Modernidade?

2 Mudança de Idade e Mudança de Paradigma

Surge uma nova dúvida em toda esta indagação.

Vários autores têm chamado a atenção para a mudança de idade, da nossa idade contemporânea, que, contudo, se verifica ser ainda, civilizacional e culturalmente, parte da Modernidade. Vários autores têm também dito não saber para onde se vai com clareza : o que só é sinal de prudência. E ainda vários que o nome que esse novum terá não está ainda decidido. Tudo isso é certíssimo.

Mas uma coisa é uma *mudança de idade* como foi a da Idade Moderna histórica para a Idade Contemporânea histórica, datada simbolicamente do

ano da tomada da Bastilha, 1789, que, realmente, para o direito significaria a passagem de um direito ainda do ancien régime, com traços ainda feudais, a um direito mais claramente burguês, e outra coisa é uma ruptura muito mais profunda ao nível filosófico-metodológico, que foi o passar-se, com a modernidade, do direito objectivo ao direito subjectivo.

Estas comparações estão, evidentemente, sujeitas a inventário. Contudo, fases do direito, em grande ligação com a mutação dos sistemas políticos e económicos, tem havido várias. Já não tantas no que tange à própria *episteme* jurídica. O rosto do direito só tem mudado mais raramente, quando a sua essência também parece mudar.

O direito romano era um direito de um povo de administradores e comerciantes. Foi essa seriedade de contas e de procedimentos que o fez nascer, e que lhe deu o timbre do *suum cuique* rigoroso: nem mais nem menos, apenas como faria um *bonus paterfamilias*, não um gentleman (que dá sempre um pouco mais do que recebe), nem um habilidoso, que tudo faz para dar ao menos um pouco menos...

As exigências mais subtis da propriedade, colocadas em relevo com o problema da pobreza dos franciscanos, obrigavam a menos objectividade no entendimento dos entes jurídicos. É daí a flexibilização subjectivista, que é uma tradução jurídica do nominalismo, assim como o objectivismo o é da filosofia realista clássica.

Tudo parece indicar que os abalos das certezas humanas desde pelo menos os finais do séc. XIX, mas já preparados por ocorrências e ideias que vêm de muito antes, foram criando uma mentalidade e relações sociais e até já jurídicas que não se contêm nos moldes do direito subjectivo.

Os próprios direitos humanos foram já uma brecha complexa no edifício da juridicidade. Disso se deu conta, sem preconceitos, Michel Villey, o mais lúcido e moderno dos seus críticos⁴⁷. E também, quiçá, uma dos mais esclarecidos protagonistas do seu « suave milagre »: pois numa última entrevista ao jornal *Le Monde* (a Christian Descamps) talvez não tenha sido irónico ao confessar a sua adesão aos Direitos do Homem, porque já havia na Europa tribunal para os julgar.

Ora ninguém hoje compreende o Direito sem os direitos humanos. E isso compreendeu a hipocrisia de muitos... Não há quem não os defenda... E, contudo, por quase *toda a parte se está a ferros* (glosando, *mutatis mutandis*, Rousseau)...

Que algo está a mudar, parece inegável.

Se ainda vivêssemos sob os paradigmas jurídicos anteriores, seria possível, por exemplo, um livro como as *Pasiones del Jurista*, organizado por Carlos Petit, em 1997⁴⁸, falando da memória, da melancolia, da imaginação e do amor?

Para não falar em Luis Alberto Warat e na sábia substituição da *Norma Fundamental Gnoseológica* pela ‘Mulata Fundamental’ no seu *Os Quadrinhos Puros do Direito*.⁴⁹ O qual inspiraria nomeadamente ao ‘Trabalho da Gincana da Mulata Fundamental’.

“Perguntas:

Como Kelsen pensa o Direito?

Antes de Kelsen, qual o fundamento para as decisões jurídicas?

Antes de Kelsen, como os legisladores se comportavam com relação às leis?

Antes de Kelsen, havia a mistura de quais juízos com relação ao direito?

Quais as fantasias jurídicas que Kelsen combateu com sua teoria pura do direito?

Como ele combateu tais fantasias jurídicas?

Kelsen comprou várias brigas com sua teoria pura do direito, cite duas.

Por que Kelsen adquiriu uma imagem diabólica?

Qual o conteúdo dessa imagem diabólica de Kelsen?

Qual pergunta tenta responder a ciência jurídica em sentido estrito?

Que tipo de ciência é a ciência jurídica em sentido estrito?

Qual o principal princípio da ciência jurídica em sentido estrito?

Com a pureza metódica, o que Kelsen colocava entre parênteses?

A ciência é a união de um sujeito com um objeto através de um método. Qual dualismo de Kelsen lembra o dualismo sujeito objeto?

Qual a diferença entre saber puro e direito puro?

O objeto do direito é diferente da experiência do direito e dos acontecimentos físicos. Explique.

Cite algumas características da Norma Fundamental Gnoseológica.

Quais autores são comparados com Kelsen?

Qual o sonho didático usado para exemplificar a Norma Fundamental Gnoseológica?

Quais os correspondentes para o direito da mulatologia e da mulata fundamental?

Explique a evolução das normas à validade à eficácia.”⁵⁰

Não é refrescante ver que há universidades no Mundo que já recebem e celebram os iconoclastas?

Warat faz desenhar um Kelsen crucificado na sua banda desenhada. Obviamente que uma ciência jurídica e uma universidade que não fossem já permeáveis (ainda que timidamente) ao estilo pós-moderno o teriam crucificado a ele e a quantos, como ele, não repitam de forma psitacista, as velhas sebentas.

3 DO DIREITO SOCIAL AO DIREITO FRATERNAL

Se em 1991 colocávamos em *Pensar o Direito II* a questão da pós-modernidade, mas também já a hipótese (negativa) da tardo-modernidade, em 2000, na nossa *Teoria da Constituição* (hoje em muitos outros aspectos desactualizada face à nossa evolução teórica), o problema que se nos colocou seria já o de como denominar esse novo paradigma. Não tínhamos ainda lido a obra de Antonio Carlos Wolkmer, “*Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*”, cuja primeira edição saía no ano anterior.

Nesta obra, explicitamente se remete para a questão da crise dos paradigmas e para a ideia de um novo modelo de Direito, ou seja, de um novo paradigma jurídico, que seria o *pluralismo jurídico comunitário-participativo*.⁵¹

Há elementos de conteúdo a considerar para a designação que se venha a adoptar (quicá só estabilizável e não polémica num futuro ainda distante), como é evidente. Cremos que o nome desse novo paradigma terá de ser consoante com o conteúdo da mudança, e espelhar o aspecto mais marcante dessa verdadeira revolução jurídica.

Uma das primeiras propostas (depois retomada, em certa medida por Mangabeira Unger⁵²) foi a de *direito social*. Pois a Justiça social parece inscrita no seu código genético.

Uma outra também retomada depois no Brasil (por Carlos Ayres de Britto⁵³ e por Maria Francisca Carneiro⁵⁴) é direito humanístico.

Ambas as possibilidades parecem-me já evocadas no II volume da nossa *Teoria da Constituição*, de 2000. Não encontramos exactamente a passagem, devemos confessá-lo. Mas lembramo-nos que o tinha pensado. Tê-lo-emos escrito?...

Contudo, outras perspectivas pareceram, entretanto, sedutoras, e, mais que isso, pareceram apropriadas. Em 2002, é dado à estampa *Il diritto fraterno*, de Eligio Resta.⁵⁵ Em 2003, Carlos Ayres de Britto fala em « Constituição fraternal », que é, afinal, a Constituição de um novo « Estado Fraternal », que transcende o « Estado Social » sem o negar.⁵⁶

E Ayres de Britto subscreve também a ideia da Fraternidade como grande síntese:

Não por coincidência, a Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos de Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que se não chega à unidade sem antes passar pelas dualidades.⁵⁷

2003 é também o ano em que já se pode falar dos mitos da modernidade do ponto de vista histórico. Com o estudo de Paolo Grossi *Mitologie Giuridiche della Modernità*.⁵⁸ Desde pelo menos os anos 80 do séc. XX⁵⁹ que vozes clamantes no deserto não tinham eco quanto a uma análise mítica e simbólica do Direito. Foi uma conquista epistemológica palmo a palmo.⁶⁰

E no mesmo ano de 2003, surge também no Brasil, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, de Michele Carducci.⁶¹

Carducci restringe o seu título ao Direito Constitucional. Mas nada impediria que o paradigma se alargasse a todo o Direito. Como se sabe, e é sublinhado, por exemplo, por uma Carla Faralli, no seu *La Filosofia del Diritto Contemporanea*, uma das consequências da crise do positivismo jurídico seria precisamente a abertura da jusfilosofia aos problemas ético-políticos e constitucionais, colocando o neoconstitucionalismo e outras teorias constitucionalistas na rota da Filosofia do Direito, e vice-versa.⁶²

O autor desenvolve uma perspectiva do Direito Constitucional em grande consonância com vários traços do espírito, digamos, « pós-moderno »: por exemplo, sublinha uma concepção de um Direito Constitucional como obrigação de não discriminação, cidadania dos outros, bem comum (embora esta expressão seja ambígua hoje), responsabilidade para com os outros, etc. E passar de um Direito Constitucional Altruísta a um « Direito Altruísta » *tout court* não seria difícil, dada a centralidade do Direito Constitucional, também uma das conquistas dos novos tempos... ainda não interiorizada por muitos, porém.

Apesar de Carducci considerar a designação « fraternal » simples e retórica⁶³, as raízes histórico-culturais da proposta de Resta (sobretudo os ecos da Revolução Francesa) pareceriam mais fortes. É que, pensando na modernidade contemporânea e no grande marco que nela representou a Revolução Francesa, a tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade, não sendo embora o *leitmotiv* original, a breve trecho se tornaria o emblema de toda a emancipação na linha das Luzes. E assim, perspectivando as revoluções em História, e os seus adquiridos, diríamos que a revolução ocidental que começou em França, sublinhou exageradamente a Liberdade, tendo sido assim incapaz de a conquistar plenamente, a revolução social que triunfou primeiro na Rússia e criou a URSS, além de múltiplos países que se reivindicaram da Igualdade, não seria capaz sequer de a atingir, por falta de Liberdade e de Igualdade autêntica. Mas a ambas faltou, essencialmente faltou – e tal ausência tudo terá comprometido – a Fraternidade.

Ora anunciar o direito da Fraternidade, depois do Direito da Liberdade do liberalismo burguês e do Direito da Igualdade do socialismo colectivista e totalitário, poderia ser só mais uma dessas mudanças de superfície político-económico-ideológicas, que não chegam para mudar a essência profunda das coisas, ou seja, para mudar o paradigma jurídico.

Mas não nos parece que assim seja.

4 PÓS-MODERNIDADE E DIREITO FRATERNO HUMANISTA

Não se trata de mais uma pequena ruptura entre ideologias e sistemas num tempo que se repetirá com mais ou menos variantes.

Porque o direito liberal e o direito socialista ou soviético, que não foram nem um totalmente liberal nem o outro genuinamente socialista, e que se traíram em grande medida, à falta de fraternidade, realmente não ultrapassaram os moldes antigos do direito subjectivo. Estão ainda imersos nessa fase. E, naturalmente, o seu corolário jusfilosófico não ultrapassa o típico desse paradigma moderno: em ambos os sistemas é o positivismo legalista, aqui e ali com tinturas sociologistas e historicistas (sobretudo para exportação) no caso da família de direito soviética.

Digamos então que a Revolução Francesa, em 1789, poderia ter sido o marco histórico de arranque de uma nova era do Direito, assim como a Revolução Russa, em 1917. Mas ambas não o foram, por falta, em cada uma, dos outros dois elementos da tríade. E sempre por falta da Fraternidade, que seria o mais complexo e difícil de alcançar.

Sociais-democratas, liberais-sociais, sociais-liberais, e socialistas democráticos: eis algumas designações ideológicas (e partidárias) dos nossos dias que funcionam sociologicamente como outros tantos grupos-testemunha da necessidade de conciliar a preocupação social com a da liberdade. E estas ostentam tal preocupação nos nomes respectivos. Muitas outras têm a mesma preocupação, sem essa marca dual apresentarem.

Portanto, do que parece tratar-se, vistas as coisas em perspectiva, é que talvez tenha chegado o momento histórico de, verificadas as falências capitalista (de liberdade económica incontrolada) e comunista (de pseudo-igualdade social com escassa liberdade política), se abrir o difícil caminho que venha a permitir atingir ao mesmo tempo uma sociedade e um direito (como se poderia pensar que fossem independentes, apesar da autonomia relativa da juridicidade?) de grande síntese, de grande equilíbrio, mas mais avançada: baseada na Fraternidade. A qual, evidentemente, é mais profunda e mais perfeita que qualquer Liberdade e qualquer Igualdade só por si consideradas. Mais exigente também. O sonho comanda a vida: não estamos a fazer uma profecia, mas a exprimir um voto...

Evidentemente que já agora há diversos posicionamentos quanto ao que seja essa fraternidade jurídica. Um Direito fraterno não é um direito *bonzinho*,

passa-culpas, ou meramente caritativo ou dadivoso. Tem de ser essa síntese vigorosa da tríade revolucionária francesa.

Como diz Eligio Resta :

La fraternità è stata la grande promessa mancata della Rivoluzione illuminista. Affacciatasi allora, è rimasta, non a caso, la parente povera di quel progetto. Oggi ritorna con tutti i suoi paradossi, ma con la stessa forza, dinanzi alla 'vecchia storia' della guerra e di un nuovo, contrastante bisogno di cosmopolitismo. Impone così la riflessione su un diritto fraterno, capace di superare gli egoismi che si nascondono tra le pieghe dei globalismi arroganti. (síntese da contracapa).

Como se sabe, é uma questão complexa e controvertida essa do legado das Luzes, e do quão foram por um lado contrastando com sombras, e, por outro, em que medida não conseguiram totalmente afirmar-se no futuro.⁶⁴

Não acompanhamos pessoalmente uma crítica (algo cronocêntrica) do Iluminismo e da própria Modernidade⁶⁵ como desadaptadas ao nosso presente (que é grandemente fruto delas – e seria melhor se mais moderno e iluminado fosse), como se a pós-modernidade fosse um corte radical com o passado. Assim como não consideramos que seja uma pós-modernidade útil ou sequer superadora a que exila os princípios republicanos e a sua cidadania para os substituir por um “regime polimorfo de mercado” – como precavia J. G. A. Pocock⁶⁶ (e mais tarde Gomes Canotilho sublinharia). Como também por aqui se vê, sempre latejam pelo menos duas versões antagónicas de pós-modernidade: e nem sempre nos damos conta disso. A Pós-modernidade é um rótulo ambíguo.

E certamente para precaver confusões, autores como Ayres de Britto terão sentido necessidade de explicitar melhor essa fraternidade como *humanística*. O humanismo seria uma transubstanciação da democracia política, económico-social e fraternal⁶⁷.

Mas é evidentemente indo à primeira fonte do “direito fraterno”, a Eligio Resta, que deveremos procurar os traços principais e definidores desse novo paradigma jurídico (e novo tempo jurídico também, pois os paradigmas se impõem no tempo e o colorem e caracterizam). Como fizemos para a pós-modernidade, vejamos alguns tópicos seus⁶⁸, apresentados já sob nossa responsabilidade (aqui e ali transmutados) com que iremos dialogando. Que seria então o Direito Fraterno?

A - O Direito Fraterno é um Direito pactuado

Trata-se, pois, de um direito não dito, não ditado, não recebido como as tábuas da lei no Sinai, mas antes um produto humano pactício, como um

novo contrato social. É um direito jurado em conjunto pelos irmãos e irmãs. Não é transcendente, é imanente à sociedade que eles assim constituem ou re-constituem – e não vive na angústia da legitimação, nem na *obsessão da identidade* que o legitimaria. Neste aspecto é um direito horizontal, contrário ao direito vertical, hierárquico, impositivo e coercitivo que seria o direito paternal. A rede passa a prevalecer (Gomes Canotilho anunciara-o entre nós). Como incisivamente diz Michael Stolleis, num interessante estudo sobre *Vormodernes und Postmodernes Recht*, « Die Rechtsordnung ist keine Pyramide mehr ».⁶⁹

E assim, o modo deste direito não é o imperativo. Talvez até, em alguns casos, não seja sequer o indicativo⁷⁰, mas o condicional...

Um direito pactuado, nas nossas sociedades, é, necessariamente, um *direito democrático* e encontrado por fórmulas democráticas e por um *due process*. Tudo isto desagua na ideia de um *direito de convivência*, sem inimigos. Salvo, talvez, os inimigos da sua « Constituição », os inimigos da Liberdade... Para os quais, porém, parece dever haver liberdade... ainda que dentro de certos limites. Questão polémica e interessante. Para debates eternos.

B - A forma do direito fraterno são os direitos humanos

Dizer que o direito passa a ter como forma os direitos humanos, como faz Resta, é um salto metodológico de gigante. De situação anómala, mesmo não-direitos, a quase-direitos tolerados sob pressão mediática e política, os direitos humanos passam a forma do novo paradigma. É uma revolução cujas consequências não sabemos onde levarão. De qualquer modo, permitamo-nos fazer uma restrição, recordando que os paradigmas convivem, embora um seja dominante. E, portanto continuaríamos a ter, durante algum tempo ainda (não se sabe quanto), as fórmulas tranquilizadoras da dogmática positivista legalista... Que quiçá continuaria ainda a impregnar, como hoje faz a própria interpretação dos direitos humanos, ao menos por algum tempo ainda. Por outro lado, a radicação que Resta dá aos direitos humanos é simplesmente humana, não natural, nem divina, etc. Sabemos que essa humanidade, mesmo depurada, tem várias formas de ser encarada. Acreditamos que expurgaria considerações de « natureza humana ». Mas aí está outra discussão interminável: não há mesmo nenhuma transcendência, ainda que humana, radicalmente humana, que possa escapar ao martelo de Nietzsche – como perguntaria um Luc Ferry?

Numa das suas formulações, pergunta:

[...] faut-il vraiment, au nom d'une lucidité de plus en plus problématique, se résigner à faire son deuil de la Raison, de la Liberté, du Progrès, de l'Humanité? N'y a-t-il rien, dans tous ces mots qui furent naguère encore chargés de lumière et d'espoir, qui puisse échapper aux rigueurs de la déconstruction, qui puisse lui servir? ⁷¹

Pessoalmente cremos que sim. Que tal é verdadeiro, e desejável. Mas não é este o lugar para o desenvolver. Apenas, no plano jurídico, pensamos que essa ligação à natureza humana ou a alguma transcendência não metafísica poderá ser traduzida pelos valores jurídicos (sobretudo os constitucionais, que irradiam para a restante ordem jurídica) e pelas virtudes republicanas (que são como que a vertente subjectiva desses valores).⁷²

C - O Direito Fraternal é Direito de responsabilidade

Para quem pretendesse ver na informalidade pós-moderna qualquer laxismo, de novo aqui se afirma (como já em Eduardo Bittar para a pós-modernidade) a exigência e a dificuldade da responsabilidade. Chega-se mesmo a sugerir uma antropologia do dever. Sem o negarmos, cremos que é necessário certo equilíbrio nesta proclamação para não se cair na concepção de alguns jusnaturalistas positivistas, segundo a qual o direito natural se resumiria a deveres, e estes, essencialmente, ao Decálogo⁷³. Tal não se compaginaria nada com a perspectiva de Resta, que, aliás, neste mesmo ponto ressalta o anti-etnocentrismo da teoria, e o seu cosmopolitismo. Também esta expressão é ambígua. Mas nenhuma aqui é isenta de conotações negativas: veja-se o próprio caso de « internacionalismo ». Do que se não trata é de esnobismo isolacionista ou de xenofobia, ou de racismo, ou de provincianismo.

D - O Direito Fraternal é Não Violento

O pacifismo do Direito Fraternal deriva já de não necessitar da sacralidade violenta⁷⁴ dos primórdios das realezas, cheios de simbolismos de sangue e poder. Também não é uma conjura de irmãos como a de Zeus, Poseidon e Hades contra Cronos. É um direito que de algum modo esqueceu essas origens agónicas (e neste tipo de atavismo parece que o melhor é mesmo fazer *tabula rasa* sobre o passado).⁷⁵

O direito fraternal não alinha na dicotomia da política para Carl Schmitt, Julien Freund e tantos outros⁷⁶, para quem tudo se divide entre amigos e inimigos.⁷⁷ É um direito contra todos os poderes que (sejam de uma maioria, de um governo, de um Estado) atacam a « *nuda vita* », cremos que a vida desprotegida, em si mesma...

Por aqui se vê quão idealista este direito novo é... Mas como seria importante ultrapassar essas dicotomias, que se impõem aos mais cândidos nas nossas sociedades, e a todos os níveis. Aqui se coloca o problema crucial: estaremos a falar de uma quimera? O Direito Fraternal é afirmado como « promessa de uma diferença » face aos ordenamentos jurídicos que mantêm essa dicotomia de morte, de divisão, de inveja, de corrupção.

Fica para discutirmos no futuro, ou na eternidade...

Não nos esqueçamos, entretanto, dos passos que já foram dados ao nível da jurisdicização da guerra (claro, com a regressão do terrorismo, que nada respeita), da responsabilidade dos Estados, com o (embora nascente e com alguns entorses) tribunal penal internacional, etc. O que ontem era utopia, não poderá nunca ser verdade amanhã? Fala-se da urgência de uma nova ordem mundial, e até de novo se discute já a possibilidade de um governo mundial – entre nós fê-lo recentissimamente António de Almeida Santos em *Que Nova Ordem Mundial?*, designadamente em diálogo com Michel Chossudovsky.⁷⁸

E - O Direito Fraternal é inclusivo

Nesta ideia de inclusividade envolve Resta uma ideia de gozo de direitos por todos. De acesso de todos aos benefícios naturais, sociais, tecnológicos, patrimoniais. E parece-nos dar uma abertura para a igualdade social (que não se pode esquecer). A vida, o ar, o património genético não podem deixar de ser inclusivos, comuns. Mas em que medida a propriedade não tem de ser repensada? Tem de sê-lo. Sob pena de a Fraternidade ficar privada de um dos elementos da sua tríade. O que a desfiguraria e transformaria a revolução pós-moderna numa nova revolução incompleta.

Mais que inclusivo, é óbvio que o Direito Fraternal é co-protagonizado por Mulheres e Homens. Não se trata aqui de, como na tolerância, guindar o outro, ou dobrar-se para o outro (como diria um Hervé Bazin em *La mort du petit cheval* sobre a atitude sempre paternalista da burguesia). Trata-se de *estar com*. Num plano de igualdade, ao menos.

F - O Direito Fraternal é um direito de grandes espaços

Talvez por precisar da respiração de um horizonte alargado, é que o Direito Fraternal se exerça melhor no domínio internacional - os direitos humanos estão internacionalizados por excelência, assim como as grandes causas humanitárias. E quiçá, dirão alguns, poderá só mesmo realizar-se cabalmente com a Federação mundial (não gostamos muito do Império, mesmo na *Guerra das Estrelas*). De todo o modo, o Direito Fraternal é pela humanidade, pelo Homem, e pelo Humanismo. Curiosamente, quer na sua imanência, quer na sua transcendência (a seu modo a terá).

G - Adenda : O Direito Fraternal é um Direito de uma Nova Metodologia Jurídica, especificamente de uma nova Hermenêutica

A apresentação do Direito Fraternal em Resta, tal como a nossa descrição do direito pós-moderno em *Pensar o Direito*, não entra no pormenor metodológico do Direito. Rondando essa sede, apenas aponta para os direitos humanos no plano de uma mutação formal. Ora uma revolução paradigmática não pode

de modo nenhum esquecer esta vertente, embora a tenhamos por ancilar da filosófica propriamente dita.

Na metodologia jurídica, encurtando razões, vemos :

- uma *nomologia* (teoria e técnica da legislação),
- uma *sinlagmatologia* (teoria e técnica dos contratos e negócios jurídicos afins),
- uma *retórica*, e *especificamente uma tópica* jurídicas (teoria e técnica do discurso jurídico) e, finalmente,
- uma *hermenêutica* (teoria e técnica da criação interpretativa que conduz às decisões jurídicas, desde logo judiciais, mas também todas as outras que necessitam, no caso mais corrente, de ser legais, e, para isso, têm de interpretar as normas jurídicas).

Ora em todos estes domínios se fará necessariamente sentir a mudança.

Na *nomologia*, vimo-lo com Bittar já, a lei não será toda-poderosa, mas convocar-se-ão outras fontes.

A *sinlagmatologia* parece ser um dos aspectos mais claramente tocado pelo direito fraterno: onde outrora se viam as cláusulas ocultas, até em letra miudinha de contratos leoninos, de contratos de adesão cheios de cláusulas ilegais, de argúcias contratuais, agora o direito é feito pelos sócios, esperar-se-á que em boa fé... E a lei e os tribunais hão-de dar alguma ajuda contra contratos usurários e contra quereladores de má fé, certamente.

A *retórica e especificamente a tópica jurídicas*, que tinham até sido muito desconsideradas com as arengas de causídicos de verbo farfalhado, poucas e ideias e não muito rectas intenções, estão já de volta, e não apenas como auxiliares oratórios, mas como *forma mentis* de construção de ideias. Tal como o direito, a retórica foi um dos grandes organizadores da mente durante séculos. Além de que faz muita falta que se fale bem e se escreva bem nos nossos dias...

Finalmente, neste elenco telegráfico, a *Hermenêutica*.

Parece ser todo um mundo que deve mudar nesta matéria. Exemplificativamente, não podemos deixar de citar a revolução que já está a ocorrer no Direito Constitucional, com a sublevação de muitos contra as ideias-feitas no domínio da « interpretação ». Assim, limitar-nos-emos a um saboroso texto de LEMIO STREEK

[...] o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intelligendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, os juristas – inseridos nesse imaginário engendrado pela dogmática jurídica de cariz

positivista-formalista – ainda acreditam que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (*sic*), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correcta dos conceitos jurídicos (*sic*), ou que interpretar é buscar ‘o verdadeiro sentido da norma’, ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo que nela [se] contém (*sic*) tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação são ‘um caminho seguro para alcançar correctos sentidos’, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (*sic*); finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se ainda que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (*sic*)!⁷⁹

Por toda esta tópica parece-nos ficar claro que o Direito Fraternal encerra, realmente, um novo paradigma, e pode certamente aspirar, com a sua precisão humanística, a ser considerado o conteúdo do Direito Pós-Moderno.

Porque o que realmente falta à Modernidade, de Liberdade e Igualdade imperfeitas e até traídas, não é senão essa promessa de Fraternidade. Uma Fraternidade que a Modernidade no seu auge prometeu, e que a contemporaneidade — tardo-moderna apenas — esqueceu.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialektik der Aufklärung*. Frankfurt : M. Fischer, 1981 [1. ed. 1947].

ALMEIDA SANTOS, António de. *Que Nova Ordem Mundial?* Lisboa: Campo da Comunicação, 2008.

AYRES DE BRITO, Carlos. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

AYRES DE BRITO, Carlos. *Teoria da Constituição*. 3. reimp. da 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad. Decadencia o Resistencia?* Madrid: Tecnos, 1989.

BARATA-MOURA, José. Em torno do Manifesto. In : *Vértice*, II série, n. 139, mar/abr. 2008, p. 15-16, n. 56.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1959, trad. cast. de Felipe Gonzales Vicen, *El Principio esperanza*. Madrid : Aguilar, 1979, III vols., trad. fr. de Françoise Wuilmart. *Le Principe espérance*, Paris: Gallimard, 1976, reimp., 1991.

BOSCO, Francisco. *A Reconstrução da Democracia*, Entrevista de Roberto Mangabeira Unger à revista « Cult », ano 11, n. 28, setembro de 2008.

CARDUCCI, Michel. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, Estética e Arte de Julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

CHAMON JUNIO, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*. Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

D'ORS, Álvaro. *Derecho y Sentido Común. Siete Lecciones de Derecho Natural como Límite del Derecho Positiv*, Madrid: Civitas, 1995.

D'ORS, Álvaro. *Nueva Introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Civitas, 1999.

DÉBORD, Guy. *La Société du spectacle*. Paris: Gallimard, 1992.

ECO, Umberto. *Il Nome della Rosa*. Milano: Bompiani, 1980. Trad. port. de Maria Celeste Pinto. *O Nome da Rosa*. 5 ed. Lisboa: Difel, 1984.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FARALLI, Carla. *La Filosofia del Diritto Contemporanea*, Roma, Laterza, 1997, trad. port. de Candice Preamaor Gullo, *A Filosofia Contemporânea do Direito: Temas e Desafios*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIA COSTA, José Francisco de. *O Direito, a Fragmentariedade e o nosso Tempo*. Porto: s/e, 1993.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica*, Coimbra, 1988, Separata do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. III, Coimbra, 1990.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o Direito*. V II. Da Modernidade à Postmodernidade. Coimbra: Almedina, 1991.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Teoria da Constituição*. II. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Lisboa / São Paulo: Verbo, 2000.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Da Crise dos Cânones à Metamorfose das Ideologias*. In *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Armando Marques*

Guedes, Faculdade de Direito de Lisboa, 2004.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Da Politeia de Platão na Filosofia Política Ocidental para o Estudo do Legado de um Diálogo Fundador. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Álvaro José dos Penedos, Revista da Faculdade de Letras, Filosofia*, Porto: Universidade do Porto, II série, vol. XXII, 2005, p. 279-295 (ou Politeia and Paideia. “Reminiscences” of Western Political Thought in a Reading of Plato’s Politeia. In: *Atenas, Revista da Academia de Atenas*, n. 36, 2006, p. 121-137).

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. A Comum Bolsa de Cristo. In: *O Primeiro de Janeiro*, 14 de Fevereiro de 2006. Disponível em: < <http://www.oprimeirodejaneiro.pt/?op=artigo&sec=11c484ea9305ea4c7bb6b2e6d570d466&subsec=&id=bb1928a6e0b5325d1d2ad49f7b45c20f> >

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2007.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2007.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Subsídios para um Ensaio sobre o Direito Contemporâneo. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Universidade de Florença, vol. 37, 2008, p. 499-541.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. El Derecho Natural, Historia y Ideología. In: *Las Razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. 2. ed. corrigida, reestruturada e ampliada, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. História, Ideologia e Ética da Propriedade. Relectio Jusfilosófico-Política. In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, vol. I.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (1887-1939)*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2008.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *O Essencial sobre Filosofia Política do séc. XX (depois de 1940)*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2008.

FERRY, Luc. *Apprendre à Vivre, Traité de philosophie à l’usage des jeunes générations*. Paris: Plon, 2006. (Trad. port. de Véra Lucia dos Reis. *Aprender a Viver. Filosofia para os Novos Tempos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007).

FISCHER, Christian. *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*. Tubinga: Mohr (Siebeck), 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, antologia com org., introd. e trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GIRARD, René. *La violence et le sacré*. Paris: Grasset, 1972.

GIRARD, René. *Des choses cachées depuis la fondation du monde*. Paris: Grasset, 1978

GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Milão, Giuffrè, 2003.

GRUZINKI, Serge. *La pensée métisse*, Paris: Fayard, 1999.

GUILLEBAUD, Jean-Claude. *La trahison des Lumières*. Paris : Seuil, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Philosophische Diskurs Der Moderne*. Trad. port. de O *Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

HASSAN, Ihab. The Postmodern Turn. Essays. In : *Postmodern Theory and Culture*, 1987.

HASSAN, Ihab. *Toward a Concept of Postmodernism*. Disponível em : <<http://www.mariabuszek.com/kcai/PoMoSeminar/Readings/HssnPoMo.pdf>> .

HEIDEGGER, Martin. *Holzwege*, Fraconforte sobre o Meno, Vittorio Klostermann, 1949 trad. fr. de Wolfgang Brockmeier. *Chemins qui ne mènent nulle part*. Paris : Gallimard, 1962.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago : Chicago University Press, 1962, trad. port., *Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo : Perspectiva, 1978.

LAW, Stephen. *Eyewitness Companions: Philosophy*. Dorling Kindersley, 2007, trad. port. de Maria Luiza X. de A. Borges, *Guia Ilustrado Zahar. Filosofia*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LOMBARDI-VALLAURI, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*, Cedam: Padova, 1978, nova ed. 1981.

MACHADO DE ASSIS. Memórias Póstumas de Brás Cubas, IV. *Wikisource*. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Mem%C3%B3rias_P%C3%B3stumas_de_Br%C3%A1s_Cubas/IV> .

MARCHETTONI, Leonardo. *Ockam e L'Origine dei diritti soggettivi*. In: “*Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*”. Universidade de Florença, v. 37, 2008.

MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. Nova Iorque: Free Press, 1968.

NADAL, Fábio. *A Constituição como Mito*. O mito como discurso legitimador da Constituição. São Paulo: Editora Método, 2006.

NEVES, Fernando Santos. *Introdução ao Pensamento Contemporâneo*. Razões e Finalidades. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 1997, 2. ed., 1999.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I. Introdução. As Pessoas. Os Bens. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, máx. p. 31 (onde o autor refere o « acanhamento da teoria geral da relação jurídica »); Idem — *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II. *Acções e Factos Jurídicos*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PARETO, Vilfredo. *Traité de Sociologie Générale*. Genève/Paris: Droz, 1968.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- PETIT, Carlos (ed.). *Pasiones del jurista: amor, memoria, melancolía, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Pinceton / Londres: Princeton University Press, 1975, trad. fr., *Le Moment Machiavéllien*, Paris, 1997, p. LVII (prefácio do autor à edição francesa). reestruturada e ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.
- RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*, Roma/Bari, Laterza, 2002.
- RIVAS PALÁ, Pedro. *El Retorno a los Orígenes de la Tradición Positivista*. Madrid : Thomson / Civitas, 2007.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*. Madrid : Thomson / Civitas, 2004.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2007.
- SALDANHA, Nelson. *Secularização e Democracia. Sobre a Relação entre Formas de Governo e Contextos Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SANTOS NASCIMENTO, Filipe Augusto. Modernidade e Direito: A Busca de um Conteúdo Possível, *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Universidade Federal do Ceará, vol. 27, Jul.-Dez – 2007 / 2.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais: Prolegómenos a uma Concepção Pós-moderna do Direito, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 24, 1988.
- SIGMUND, Paul E. *Natural Law in Political Thought*. Lanham, Nova Iorque, Londres : University Press of America, 1971.
- SOMBRA PEIXOTO, Juliana. Crise de Paradigmas na Pós-Modernidade: Algumas Reflexões, *Revista Opinião Jurídica* , Ano IV, n. 8, 2006.2, Fortaleza, Faculdade Christus, 2006 .
- STOLLEIS, Michael. *Vormodernes und Postmodernes Recht*. In “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno”, Universidade de Florença, 2008, vol. 37.

STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: The Chicago University Press, 1953, trad. fr. de Monique Nathan e Éric de Dampierre, *Droit Naturel et Histoire*, nova ed., Paris, Flammarion, 1986.

STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (Neo) Constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VALADÉS, Diego. *Conversaciones Académicas con Peter Habermas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

VIGO, Rudolfo L. *El Iusnaturalismo Actual. De M. Villey a J. Finnis*. México: Fontamara, 2003.

VILLEY, Michel — *Indicatif et impératif juridiques. Dialogues à trois voix. I - De l'indicatif dans le droit*, "Archives de philosophie du droit" número monográfico sobre *Le langage du droit*, 19, Paris, Sirey, 1974.

VILLEY, Michel . *Philosophie du Droit. I. Définitions et fins du Droit*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1982.

VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1983.

WACS, Raymond. *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford university Press, 2006.

WARAT, Luis Alberto; PEREZ CABRIADA, Gustavo. *Os Quadrinhos Puros do Direito*. Argentina: ALMED, s.d.

WERBNER, P. (ed.). *Debating Cultural Hybridity*. Londres: Zed Press, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WUERTENBERGER, Thomas. *Zeitgeist und Recht*, 2. ed. Tubinga : Mohr, 1991.

ZANIN, Fabrício. *Aula 4 Teoria do Direito II*. Disponível em: <<http://professor-zanin.blogspot.com/2008/09/aula-4-teoria-do-direito-ii.html>>.

¹ HEIDEGGER, Martin. *Holzwege*, Fraconforte sobre o Meno, Vittorio Klostermann, 1949 (trad. fr. de Wolfgang Brockmeier, *Chemins qui ne mènent nulle part*. Paris: Gallimard, 1962).

² KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago : Chicago University Press, 1962, trad. port., *Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 219.

³ *Ibidem*, p. 31.

⁴ É o caso de José Calvo González, em estudo ainda inédito, que nos seria cedido amavelmente. Sobre positivismo e jusnaturalismo, mais recentemente, cf., v.g., RIVAS PALÁ, Pedro. *El Retorno a los Orígenes de la Tradición Positivista*. Madrid: Thomson / Civitas, 2007; ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los Calificativos*

del *Positivismo Jurídico*. Madrid: Thomson / Civitas, 2004; ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007; Idem — *Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001; VIGO, Rudolfo L. *El Iusnaturalismo Actual. De M. Villey a J. Finnis*. México: Fontamara, 2003.

⁵ MACHADO DE ASSIS. Memórias Póstumas de Brás Cubas, IV. *Wikisource*. Disponível em: < http://pt.wikisource.org/wiki/Mem%C3%B3rias_P%C3%B3stumas_de_Br%C3%A1s_Cubas/IV>.

⁶ A mudança paradigmática actual está já a chegar aos mais clássicos sectores da *Scientia Iuridica*: os civilistas. Cf., v.g., FISCHER, Christian. *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*. Tubinga: Mohr (Siebeck), 2007, máx. p. 137 ss., discutindo a questão precisamente com base em Kuhn. E perguntando (embora algo retoricamente) a dado passo: “Revolution in der Rechtswissenschaft?” (p. 139).

⁷ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Da Politeia de Platão na Filosofia Política Ocidental para o Estudo do Legado de um Diálogo Fundador. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Álvaro José dos Penedos, *Revista da Faculdade de Letras, Filosofia*, Porto: Universidade do Porto, II série, vol. XXII, 2005, pp. 279-295 (ou *Politeia and Paideia. “Reminiscences” of Western Political Thought in a Reading of Plato’s Politeia*, in Atenas, *Revista da Academia de Atenas*, n. 36, 2006, pp. 121-137).

⁸ VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. I. *Définitions et fins du droit*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1982, p. 142.

⁹ STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: The Chicago University Press, 1953, trad. fr. de Monique Nathan e Éric de Dampierre, *Droit Naturel et Histoire*, nova ed., Paris, Flammarion, 1986. Cf., por último, FERREIRA DA CUNHA, Paulo. El Derecho Natural, Historia e Ideologia. IN: *Las Razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. 2. ed. corrigida, reestruturada e ampliada, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, pp. 53-65. Já alguma problematização da questão in Idem — *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 383 ss.

¹⁰ Sobre a nem sempre muito falada dimensão política do Direito Natural (dos diversos jusnaturalismo e jus-naturalistas), cf., v.g., SIGMUND, Paul E. *Natural Law in Political Thought*. Lanham, Nova Iorque, Londres : University Press of America, 1971.

¹¹ Tal é sublinhado, desde logo em confronto com Platão, por uma obra de divulgação como: LAW, Stephen. *Eyewitness Companions: Philosophy*. Dorling Kindersley, 2007, trad. port. de Maria Luiza X. de A. Borges, *Guia Ilustrado Zahar. Filosofia*, Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2008, p. 229.

¹² VILLEY, Michel — Op. loc. cit.

¹³ WUERTENBERGER, Thomas. *Zeitgeist und Recht*, 2. ed. Tubinga : Mohr, 1991. V. ainda, por exemplo, o sugestivo título de PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid : Marcial Pons, 1996.

¹⁴ SALDANHA, Nelson. *Secularização e Democracia*. Sobre a Relação entre Formas de Governo e Contextos Culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

¹⁵ Sobre estes dois últimos em especial, cf. SOMBRA PEIXOTO, Juliana. *Crise de Paradigmas na Pós-Modernidade : Algumas Reflexões*, IN: *Revista Opinião Jurídica* , Ano IV, n. 8, 2006.2, Fortaleza, Faculdade Christus, 2006, p. 161 ss., máx. p. 165 ss.

¹⁶ Desenvolvemos os paradigmas objectivista e subjectivista no Direito em FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Teoria da Constituição*. II. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Lisboa / São Paulo: Verbo, 2000, p. 106 ss. e 114 ss.

¹⁷ ECO, Umberto. *Il Nome della Rosa*. Milano: Bompiani, 1980. Trad. port. de Maria Celeste Pinto. *O Nome da Rosa*. 5 ed. Lisboa: Difel, 1984.

¹⁸ Rediscutindo recentemente o problema da « paternidade » ockhamiana dos « direitos subjectivos », MARCHETTONI, Leonardo. *Ockam e L’Origine dei diritti soggettivi*. IN: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Universidade de Florença, vol. 37, 2008, p. 21 ss.

¹⁹ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. História, Ideologia e Ética da Propriedade. Relectio Jusfilosófico-Política. In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, vol. I, pp. 623-636.

²⁰ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. A Comum Bolsa de Cristo. In: *O Primeiro de Janeiro*, 14 de Fevereiro de 2006. Disponível em: < <http://www.oprimeirodejaneiro.pt/?op=artigo&sec=11c484ea9305ea4c7bb6b2e6d570d466&subsec=&id=bb1928a6e0b5325d1d2ad49f7b45c20f>.>

²¹ Cf., entre nós, v.g., OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I. Introdução. As Pessoas. Os Bens. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, máx. p. 31 (onde o autor refere o « acanhamento da teoria geral da relação jurídica »); Idem — *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II. *Ações e Factos Jurídicos*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

²² BENTHAM apud WACS, Raymond. *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford university Press, 2006, p. 21.

²³ Desenvolvemos estas ideias mais recentemente in FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *El Derecho Natural, Historia e Ideologia, in Las Razones del Derecho Natural*. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico. 2. ed. corrigida, reestruturada e ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, p. 53 ss.

²⁴ WACS, Raymond. *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford university Press, 2006, p. 1.

²⁵ A nossa primeira reflexão expressa sobre o problema ocorreu em *Pensar o Direito*. V II. Da Modernidade à Postmodernidade. Coimbra: Almedina, 1991.

²⁶ Cf., v.g., CHAMON JUNIO, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁷ NEVES, Fernando Santos. *Introdução ao Pensamento Contemporâneo*. Razões e Finalidades. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 1997, 2.^a ed., 1999, p. 96.

²⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. *O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo*. Porto: s/e, 1993.

²⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 424.

³⁰ Recordando PARETO, Vilfredo. *Traité de Sociologie Générale*. Genève/Paris: Droz, 1968. Cf. ainda BITTAR, Eduardo C. B. — *Op. loc. cit.*

³¹ HASSAN, Ihab. *Toward a Concept of Postmodernism*. Disponível em: <<http://www.mariabuszek.com/kcai/PoMoSeminar/Readings/HssnP0Mo.pdf>>, p. 3.

³² BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad. Decadencia o Resistencia?* Madrid: Tecnos, 1989.

³³ HASSAN, Ihab. The Postmodern Turn. Essays. In *Postmodern Theory and Culture*, 1987.

³⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. *O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo*. Porto: s/e, 1993.

³⁵ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Da Crise dos Cânones à Metamorfose das Ideologias. In *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2004.

³⁶ Cf., *lato sensu*, WERBNER, P. (ed.). *Debating Cultural Hybridity*. Londres: Zed Press, 1997; GRUZINKI, Serge. *La pensée métisse*, Paris: Fayard, 1999.

³⁷ DÉBORD, Guy. *La Société du spectacle*. Paris: Gallimard, 1992.

³⁸ <http://www.mariabuszek.com/kcai/PoMoSeminar/Readings/HssnP0Mo.pdf>, p. 6.

³⁹ BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1959, trad. cast. de Felipe Gonzales Vicen, *El Principio esperanza*. Madrid: Aguilar, 1979, III vols., trad. fr. de Françoise Wuilmart. *Le Principe espérance*, Paris: Gallimard, 1976, reimp., 1991.

⁴⁰ Criticando, entre nós, esta visão « naturalista » neoliberal in BARATA-MOURA, José. Em torno do Manifesto. In: *Vértice*, II série, n.º 139, Março-Abril 2008, pp. 15-16, n. 56.

⁴¹ Cf., v.g., MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. Nova Iorque: Free Press, 1968.

⁴² BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*, máx. p. 429 ss.

⁴³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, antologia com org., introd. e trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

- ⁴⁴ LOMBARDI-VALLAURI, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*, Cedam: Padova, 1978, nova ed. 1981.
- ⁴⁵ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Subsídios para um ensaio sobre o Direito Contemporâneo. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Universidade de Florença, vol. 37, 2008, pp. 499-541.
- ⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Philosophische Diskurs Der Moderne*, trad. port., *O Discurso Filosófico da Modernidade*, Lisboa: Dom Quixote, 1990.
- ⁴⁷ VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1983.
- ⁴⁸ PETIT, Carlos (ed.). *Pasiones del jurista: amor, memoria, melancolía, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ⁴⁹ WARAT, Luis Alberto; PEREZ CABRIADA, Gustavo. *Os Quadrinhos Puros do Direito*. Argentina: ALMED, s.d., p.
- ⁵⁰ ZANIN, Fabrício. *Aula 4 Teoria do Direito II*. Disponível em <<http://professorzanin.blogspot.com/2008/09/aula-4-teoria-do-direito-ii.html>>
- ⁵¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 3.^a ed. São Paulo : Alfa-Omega, 2001.
- ⁵² BOSCO, Francisco. A *Reconstrução da Democracia*, Entrevista de Roberto Mangabeira Unger à revista 'Cult', ano 11, n.28, Setembro de 2008, p. 16. Mas não se trata, verdadeiramente, de 'direito social' um 'novo paradigma', ao que nos parece.
- ⁵³ AYRES DE BRITO, Carlos. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- ⁵⁴ CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, Estética e Arte de Julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
- ⁵⁵ RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraternal*, Roma/Bari, Laterza, 2002.
- ⁵⁶ AYRES DE BRITO, Carlos. *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 3.^a reimp. da 1.^a ed., 2006, p. 216 ss.
- ⁵⁷ *Ibidem*, p. 218.
- ⁵⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Milão, Giuffrè, 2003.
- ⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais: Prolegómenos a uma Concepção Pós-moderna do Direito, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 24, 1988, p. 139 ss; FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica, Coimbra, 1988, Separata do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. III, Coimbra, 1990.
- ⁶⁰ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Acadêmica, 1994; NADAL, Fábio. *A Constituição como Mito*. O Mito como Discurso Legitimador da Constituição. São Paulo: Editôra Método, 2006.
- ⁶¹ CARDUCCI, Michel. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ⁶² FARALLI, Carla. *La Filosofia del Diritto Contemporanea*, Roma, Laterza, 1997, trad. port. de Candice Premaor Gullo, *A Filosofia Contemporânea do Direito : Temas e Desafios*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, máx. p. 11 ss.
- ⁶³ *Ibidem*, p. 59, n. 107.
- ⁶⁴ Cf., por todos, ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialektik der Aufklärung*. Frankfurt : M. Fischer, 1981 [1.^a ed. 1947] ; GUILLEBAUD, Jean-Claude. *La trahison des Lumières*. Paris : Seuil, 1995.
- ⁶⁵ Como a que talvez possa subjazer à argumentação de SANTOS NASCIMENTO, Filipe Augusto. Modernidade e Direito: A Busca de um Conteúdo Possível, *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Universidade Federal do Ceará, vol. 27, Jul.-Dez – 2007 / 2, p. 25 ss., máx. p. 27 ss.
- ⁶⁶ POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Pinceton / Londres: Princeton University Press, 1975, trad. fr., *Le Moment Machiavélien*, Paris, 1997, p. LVII (prefácio do autor à edição francesa).
- ⁶⁷ AYRES DE BRITO, Carlos. *O humanismo como categoria constitucional*, p. 31 ss.

- ⁶⁸ RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*, p. 132 ss.
- ⁶⁹ STOLLEIS, Michael. *Vormodernes und Postmodernes Recht*, in “*Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*”, Universidade de Florença, vol. 37, 2008, p. 544.
- ⁷⁰ VILLEY, Michel — *Indicatif et impératif juridiques. Dialogues à trois voix. I - De l’indicatif dans le droit*, “*Archives de philosophie du droit*” número monográfico sobre *Le langage du droit*, 19, Paris, Sirey, 1974, pp. 33-61
- ⁷¹ FERRY, Luc. *Apprendre à Vivre, Traité de philosophie à l’usage des jeunes générations*. Paris: Plon, 2006, p. 239 (trad. port. de Vera Lucia dos Reis, *Aprender a Viver. Filosofia para os Novos Tempos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007).
- ⁷² Uma síntese de ambas estas questões in FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2007, p. 140 ss., p. 151 ss.; Idem — *Direito Constitucional Anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2007, p. 83 ss., p. 91 ss..
- ⁷³ D’ORS, Álvaro. *Derecho y Sentido Común. Siete Lecciones de Derecho Natural como Límite del Derecho Positiv*, Madrid: Civitas, 1995; Idem — *Nueva Introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Civitas, 1999, p. 29 ss..
- ⁷⁴ GIRARD, René . *La violence et le sacré*. Paris: Grasset, 1972.
- ⁷⁵ GIRARD, René. *Des choses cachées depuis la fondation du monde*. Paris: Grasset, 1978
- ⁷⁶ Cf., v.g., FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (1887-1939)*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2008, p. 65 ss.; Idem *O Essencial sobre Filosofia Política do séc. XX (depois de 1940)*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2008, p. 60 ss.
- ⁷⁷ Contra esta dicotomia, e explicando em contexto a teorização de Carl Schmitt, Peter Haberle, in VALADÉS, Diego. *Conversaciones Académicas con Peter Haeberle*. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 148.
- ⁷⁸ ALMEIDA SANTOS, António de. *Que Nova Ordem Mundial?* Lisboa: Campo da Comunicação, 2008, máx. p. 128.
- ⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (Neo) Constitucionalismo. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 294.

PARADIGMS AND POST-MODERN CHALLENGES

ABSTRACT

This paper aims to exam the influences of modern and postmodern paradigms on Law. The main idea presented by the author is that a “fraternal and humanist” Law seems to be more suitable to face the new challenges of postmodern age.

KEYWORDS: Paradigm. Modernity. Postmodernity. Objective Law. Subjective Law. Fraternal Humanist Law.

PARADIGMES ET ENJEUX POST-MODERNES

RÉSUMÉ

Colligeant les paradigmes de la modernité et de la post-modernité, on cherche analyser leurs influx à propos du Droit. Comme thèse de fond, on postule que le Droit “fraternel humaniste” se présente plus adéquat aux nouveaux enjeux de l’ère post-moderne.

MOTS-CLÉS: Paradigme. Modernité. Post-modernité. Droit Objectif. Droit Subjectif. Droit Fraternel Humaniste.

A QUESTÃO DA INDIVIDUALIDADE MODERNA NA SOCIOLOGIA MENOR DE G. SIMMEL

(Resenha a SIMMEL, Georg. Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade. Tradução de Pedro Caldas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006)

Antonio Crístian Saraiva Paiva*

Num texto em homenagem a um dos autores clássicos do cânone da literatura ocidental, G. Deleuze e F. Guattari (1977) equivocam os hábitos da crítica literária ao caracterizarem a obra de seu homenageado, a saber, Franz Kafka, como sendo uma “literatura menor”. Em que consistiria, então, o minoritário, na obra de Kafka? Ou, o que seria uma literatura menor? Os autores apontam três características da literatura menor: ela introduz um coeficiente de desterritorialização no sistema da língua maior; trabalha num espaço exíguo, microscópico, no qual “cada caso individual é imediatamente ligado à política”, em contraponto à formação de blocos em amplo espaço da literatura maior; e aponta o “agenciamento coletivo de enunciação”, e nesse estado de “raridade”, “tudo adquire um valor coletivo”, permitindo conceber outra coisa que não “uma literatura dos mestres”. Opondo, assim a literatura menor à literatura maior, de mestres, os autores apontam, em seguida, que “grande e revolucionário, somente o menor”, e daí a pertinência para nós dos problemas de uma literatura menor: “como arrancar de sua própria língua uma literatura menor, capaz de escavar a linguagem e de fazê-la seguir por uma linha revolucionária sóbria? Como tornar-se o nômade e o imigrado e o cigano de sua própria língua? Kafka diz: roubar a criança no berço, dançar na corda bamba. (...) Estar *em* sua própria língua como estrangeiro; “servir-se do polilingüismo em sua própria língua, fazer desta um uso menor ou intensivo”, seguindo “linhas de fuga criadoras”** ...

Aproveito, por minha própria conta, essa caracterização do “minoritário”, para evocar a obra de um outro autor, não mais no campo literário, mas no da teoria social: o alemão Georg Simmel (1858-1918), que se localiza (ou se localizou), relativamente ao cartel dos “pais fundadores” e de sua inserção nos quadros institucionais acadêmicos da ciência social, numa posição de marginalidade e “inexpressividade oficial” (Moraes Filho, 1983: 08). Teríamos em Simmel uma sociologia menor?

* Professor do Departamento de Ciências Sociais e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFC.

** Os trechos citados encontram-se no capítulo 3 da obra resenhada.

Para além do “calvário acadêmico” de Simmel^{***} (Vandenberghe, 2005: 35), tornaram-se já anedóticas as antonomásias cunhadas em torno de sua figura enquanto intelectual: alguém “cheio de espírito”, “outsider” da teoria social de sua época (Lukács, 1993: 201), “ciscador dispersivo de vários terrenos” (Moraes Filho, 1983: 10), “esquilo filosófico pulando de uma avelã a outra, preocupado apenas em roê-las” (Ortega y Gasset), “acrobata intelectual”, “bricoleur”, “flâneur sociológico” (Vandenberghe, 2005: 47, 198, 40), “virtuoso na forma do ensaio” (Waizbort, 2000: 11), “exibicionista acadêmico”, “arrogante no uso do método empírico” (Giddens, 1971: 150, 156), além ainda de todos os rótulos atribuídos a seu pensamento: “vitalismo, relativismo, esteticismo, formalismo, irracionalismo, psicologismo, impressionismo e tantos mais” (Waizbort, 2000: 11)...

Estaríamos diante de um fazer sociológico minoritário, desterritorializador de fronteiras, disciplinas e objetos? O nomadismo dos temas (quer solenes, quer anódinos) e do repertório teórico (sociologia? filosofia? literatura? seria a enciclopédia chinesa de Borges que Foucault evoca em *As palavras e as coisas?*), a insistência na extração estética das interações humanas (*Wechselwirkungen*), rubricado como “panteísmo estético”, como “filosofia da vida”, essa “poetização do social”, manifestada na atenção à multiplicidade das “respirações sociais” (Maffesoli, 2005: 235s), tudo isso fala de uma inquietação do pensamento, de uma intensividade, de um polilingüismo, de uma reflexão sociológica “cigana” (mas nem por isso menos rigorosa, já que, segundo apontou Bourdieu, o rigor se opõe à rigidez, isto é, à morte da inteligência...), que nos faz reevocar aquela idéia do “minoritário” no exercício do pensar e do fazer sociológicos, que recusa modelos ‘santificados’ de sociedade (Giddens, 1971: 151), e se dedica, mediante um estilo criativo e original, à construção de uma *teoria relacionista da modernidade* (Vandenberghe, 2005), destacando elementos importantes da tragédia cultural moderna: o surgimento da vida nas metrópoles, o advento do dinheiro e a separação das esferas da cultura objetiva e subjetiva, das formas e conteúdos das sociações (*Vergesellschaftungen*), em que a “raridade”, o “microscópico” nos permitem acesso ao valor coletivo de enunciação e de produção da subjetividade moderna. Uma sociologia menor, então?

De qualquer modo, o mote de uma *kleine Soziologie*, certamente cabe pelo menos no sentido de que este texto, *Grundfragen der Soziologie (Individuum und Gesellschaft)*, traduzido em português como “Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade”, teve como propósito apresentar-se como um resumo da portentosa obra de Simmel *Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung* (1908). Na “intertextualidade” das obras de Sim-

^{***} Julgo importante destacar, junto com Waizbort, que tal “calvário” acadêmico não foi desejado por Simmel, bem ao contrário: “a sociologia surgia, para o Simmel da época, como uma possibilidade de inserção profissional, e seus esforços na delimitação da ciência precisam ser compreendidos na mesma medida como esforços pela sua institucionalização. E isto significa, ainda, o esforço para obter uma posição acadêmica, uma cátedra” (2000: 516). Possibilidade de inserção postergada indefinidamente pelo anti-semitismo da instituição universitária da época. Isto é: impossibilidade de inserção. Aqui, mais uma vez, retomamos Deleuze e Guattari, quando os mesmos, a propósito de Kafka, indicam “o beco sem saída que barra aos judeus de Praga o acesso à escritura e que faz da literatura deles algo impossível” (1977: 25).

mel, costuma-se referir-se esta última como a *grande Sociologia*, enquanto a primeira obra é tomada como a *pequena Sociologia*...

Assim, das grandes obras de Simmel, a primeira que chega em versão integral ao leitor brasileiro, é precisamente, esta pequena Sociologia... Espantoso que um autor tão citado e agora tão em voga nos debates dos cientistas sociais ainda não tenha merecido do mercado editorial brasileiro a publicação de sua obra integral ou pelo menos das obras mais significativas, tais como a grande *Sociologia*, *Filosofia do dinheiro*, a *Sociologia estética*, *Sociologia e epistemologia*, etc. No entanto, para sermos justos, cabe dizer que este não é privilégio de Simmel. Há vários “clássicos” que não mereceram tradução de suas obras principais, ou que tiveram edição esgotada e não reeditada. Neste contexto, esta Nova Biblioteca de Ciências Sociais, dirigida por Celso Castro, deve ser saudada entre nós, por fazer circular, alguns por primeira vez, como é o caso do livro de Simmel, textos clássicos das ciências sociais.

Preparado portanto, em 1917, como resumo da sua grande obra de 1908, mediante solicitação de alunos, poucos antes de sua morte, este livro tem a sorte de obras que possuem as mesmas feições: obras de maturidade, preparadas em proximidade da morte do autor, num formato compacto. Lembro como texto que possui o mesmo perfil o ensaio de Sigmund Freud “Esboço de psicanálise”, no qual o inventor da psicanálise pretende fornecer uma apreciação sintética dos achados de sua ciência. O caráter conciso do texto engana-nos em relação à facilidade de leitura. Do mesmo modo que o *Esboço* não é propriamente obra introdutória, obra para principiantes, as *Questões fundamentais da sociologia* também prestam-se mal ao papel convencional de livro “introdutório” ao pensamento de Simmel (inclusive, a introdução de seções, tópicos e subtítulos nos capítulos já é operação do organizador do texto em inglês, que o tradutor brasileiro consultou e seguiu). De fato, trata-se de um texto que nos lança de um golpe só no projeto sociológico do autor, sem notas explicativas, sem discussão de conceitos importantes (interação, sociação, dualismos forma x conteúdo, cultura objetiva x cultura subjetiva, etc.), enfim, sem muito amparo ao leitor iniciante na obra do eminente sociólogo alemão.

O livro compõe-se de quatro capítulos, e logo no capítulo inicial aponta (num claro deslocamento analítico em relação ao conhecido primeiro capítulo da grande Sociologia, *O problema da sociologia*), um quadro amplo e lábil de perspectivas sociológicas (os capítulos 2, 3 e 4 da pequena Sociologia são “exemplos de sociologia”: sociologia geral, sociologia formal ou pura e sociologia filosófica), no qual as relações entre individualidade e cultura se colocam como questão privilegiada, como “pólos fundamentais da própria idéia de cultura filosófica” (Waizbort, 2000: 532, 491) que é a marca característica de sua sociologia e de sua análise da modernidade. Assim, nesta pequena sociologia, o eixo do livro é a tematização sociológica da *relação entre indivíduo e sociedade*, questão que é coetânea à fundação da sociologia como disciplina com pretensão científica, e que reaparece com toda a força neste início de segundo século da ciência da

sociedade. Isto por si só não deixa de interessar: como um tema “canônico” muitas vezes é abordado como temática “emergente”...

Se os “pais fundadores” da ciência social, cada qual com uma conceitualidade própria, tentaram resolver ou melhor, tematizar tal relação, apontando zonas de atrito, disjunções, diferenças de níveis (este um termo usado por Simmel) entre a esfera do indivíduo (subjetividade, eu, personalidade, motivações, impulsos, vida pessoal, representações individuais, fatos psicológicos, nível da ação, dos atores, do vivido) e da sociedade (determinações exteriores, relação com a alteridade, com os imperativos sociais, nível da estrutura, do sistema, da impessoalidade), com Simmel este problema se configura como eixo da reflexão filosófico-sociológica da modernidade: “O problema verdadeiramente prático da sociedade reside na relação que suas forças e formas estabelecem com os indivíduos – e se a sociedade existe dentro ou fora deles” (p. 83).

Pensar uma outra topologia da relação indivíduo-sociedade, atentando tanto para a disjunção de níveis, mas não deixando por outro lado de enfatizar a “imanência da sociedade no indivíduo” (p. 83). Em Simmel esta topologia barroca, enviesada, cheia de dobras, pregas, entre os níveis individual e social, aponta para a dupla natureza do ser humano (*homo duplex*): ao mesmo tempo em que a sociedade lhe é imanente, o indivíduo não se resume a ser membro integrante do grupo social. Daí a retomada da idéia kantiana do antagonismo da “sociabilidade insociável” do homem: “o indivíduo sempre é mais – e outra coisa – do que apenas um membro da sociedade” (Vandenbergh, 2005: 99), mas deve necessariamente recorrer às formas de sociação disponíveis para realizar a obra de sua vida: *Werde, der du bist!* – tal como a formula Nietzsche. Assim, não há diluição do indivíduo no grupo (como num *monismo* sociologizante), mas nem por isso este lhe é oposto (como segundo o *individualismo*). O *interacionismo* ou o *relacionismo* de Simmel indicam, mais que uma oposição entre os pólos da individualidade e da cultura, a individualização como a outra face da socialização (Vandenberghe, 2005: 147), e entre cultura subjetiva e cultura objetiva, jogam-se jogos múltiplos, com respirações diversas e dialéticas relacionais sem síntese...

Se não há dúvida de que no plano epistemológico Simmel sustenta diversos dualismos (indivíduo x sociedade, mundo da vida x mundo do sistema, forma x conteúdo, etc), não devemos entender que tais dualismos possuam alcance ontológico, substancialista, como se, no caso da relação indivíduo-sociedade se tratasse de essências qualitativamente diferentes. O recurso aos dualismos, seu kantianismo, serve para melhor visualizar aquilo que singulariza cada um dos pólos da relação, e não é demais insistir que estes dualismos mesmos são construções cognitivas, sínteses intelectuais que o pensador usa para compreender os campos que investiga, fornecendo mapas cognitivos de compreensão do mundo, e não pretendendo um realismo de teor totalizante, como que mandatário autorizado de dizer a verdade do mundo...

Temos, assim, no primeiro capítulo, intitulado “O âmbito da sociologia” uma discussão sobre as controvérsias epistemológicas da sociologia como ciência. Fazendo uma discussão crítica, tal como todos os outros “pais fundadores” da ciência social, do conceito “abstrato” de sociedade, sugere de forma mais precisa a definição da sociedade como “interação psíquica entre os indivíduos” (p. 15), como uma realidade “tão subjetiva quanto objetiva” (idem), dependendo do “ponto de vista”, da “posição de distanciamento” (p. 14) que se empregue. Prosseguindo nesse esforço de redefinição, Simmel aponta: “a sociedade, cuja vida se realiza num fluxo incessante, significa sempre que os indivíduos estão ligados uns aos outros pela influência mútua que exercem entre si e pela determinação recíproca que exercem uns sobre os outros. A sociedade é também algo funcional, algo que os indivíduos fazem e sofrem ao mesmo tempo, e que, de acordo com esse caráter fundamental, não se deveria falar de sociedade, mas de sociação” (p. 18).

Sendo dessa forma redefinida para além do realismo e do fetichismo conceitual (“a sociedade não é uma substância, mas um acontecer”, p. 18), tal conceituação possibilita ir além dos “objetos tradicionais da ciência social” (p. 16), expressos nas formas cristalizadas e institucionalizadas de interação, permitindo estar sensível “toda a variedade policromática e a unidade dessa vida social tão clara e tão misteriosa” (p. 17), renovando o campo dos objetos e das abordagens sociológicas. O tratamento que Simmel dá a esses objetos não-solenes – a conversa, o segredo, a fidelidade, a carta, o estranho, a ponte, a coqueteria, a refeição, a moda, etc. – demonstra a idéia de que “há inúmeras formas de relação e modos de interação entre os seres humanos que aparecem em casos isolados de maneira insignificante, mas que, inseridos nas formalizações ditas oficiais e abrangentes, sustentam, mais que tudo, a sociedade tal como a conhecemos” (p. 16). A sociologia pode, nesse sentido, ser evocada como método de abordagem da vida social enquanto “produção social”, alternativo ao modo puramente individual e ao modo transcendental de compreensão da vida humana (p. 21).

O plano de exposição dos três capítulos seguintes nos é dado por Simmel na parte final do capítulo 1, onde destaca os três conjuntos de problemas que caracterizam a reflexão sociológica – 1. o estudo sociológico da vida histórica, no qual as categorias de interpretação e o método sociológicos desempenham papel de inteligibilidade da história humana enquanto produção social; 2. o estudo das formas sociológicas, que circunscreve a tarefa da sociologia como descrição das formas de interação da(s) sociedade(s), colhendo dos fenômenos estudados seu momento de sociação (p. 33); 3. o estudo dos aspectos epistemológicos e metafísicos da sociedade, que avançam na direção da cultura filosófica que subjaz à reflexão sociológica simmeliana, no seio da qual disputam entre si os vetores de sociação da cultura subjetiva e objetiva. Os outros capítulos podem ser lidos, portanto, como desdobramentos, ou exemplificações de cada um daqueles conjuntos de problemas.

O Capítulo 2: “O nível social e o nível individual (Exemplo de sociologia geral)” pontua as diferenças de nível entre o indivíduo e a massa, as hesitações do indivíduo e as determinações do grupo, evocando, por meio de uma linguagem genética, desenvolvimentista, evolutiva, o aprimoramento dos elementos e funções espirituais encarnados no desenvolvimento da individualidade (p. 43). Fala-se assim, por exemplo, na passagem dos elementos mais primitivos e inferiores para os mais sofisticados e mais novos, a diferenciação dos indivíduos como sinal da complexificação das relações sociais (p. 45), a superioridade do indivíduo sobre a massa, com o desenvolvimento de formas de pensamento não-consensuais e não redutíveis a emoções coletivas, com a complexificação de estilos e modos de interação, no qual a ligação entre as pessoas se dá a partir de círculos cada vez mais heterogêneos. Por meio dessa “mitologia” evolutiva do social, Simmel quer dar a ver dois processos simultâneos e aparentemente paradoxais que vão marcar a modernidade: incremento de sociabilidade e o recuo do nível social diante do nível individual.

O capítulo 3, “A sociabilidade (Exemplo de sociologia pura ou formal)” aponta o avanço da sociabilidade como forma de interação característica da modernidade. De início, Simmel apresenta uma sucinta distinção entre conteúdos e formas no estudo da vida social, destinando o estudo das últimas como seara da sociologia: “a sociação é a forma (que se realiza de inúmeras maneiras distintas) na qual os indivíduos, em razão de seus interesses – sensoriais, ideais, momentâneos, duradouros, conscientes, inconscientes, movidos pela causalidade ou teleologicamente determinados –, se desenvolvem conjuntamente em direção a uma unidade no seio da qual esses interesses se realizam” (p. 60). O estudo dessas formas é precisamente mister do analista social. A sociabilidade é esse terreno em que os interesses humanos podem exprimir-se, em termos de cultura subjetiva, assumindo feições lúdicas, dramáticas, proxêmicas e estilizantes da existência, permitindo ao indivíduo exprimir-se, mediante as práticas da conversação, da coqueteria, da sociabilidade do salão, das exposições, etc. de forma diversificada e escapar à interação homogênea com os outros (p. 70), trazendo ao indivíduo “um sentimento de libertação e alívio” (p. 82). Esse capítulo apresenta de forma admirável o paradigma estético, lúdico, simbólico, espiritualista da análise social simmeliana, a dramaturgia das formas de sociabilidade.

O último capítulo, “Indivíduo e sociedade nas concepções de vida dos séculos XVIII e XIX (Exemplo de sociologia filosófica)”, completa aquela dialética entre cultura subjetiva e cultura objetiva mencionada no capítulo 2, apresentando as duas concepções de individualidade engendradas pelo modelo civilizatório ocidental: o individualismo quantitativo do século XVIII, organizado pela conjunção das idéias-valor da igualdade e da liberdade, como forma de livrar o indivíduo das amarras sociais (p. 91); e em seguida o individualismo qualitativo do século XIX, no qual aquela conjunção entre igualdade e liberdade mostrou-se não só irrealizável, mas antes, excludente, cabendo escolher por uma das duas exigências. O socialismo, seria, no limite, a adesão ao primeiro

valor, em detrimento do segundo e, no outro extremo, o dinheiro e os derivados da economia monetária (liberalismo, livre concorrência), seriam a opção pela liberdade em detrimento da igualdade.

De todo modo, o que se configura nessa análise é a disjunção entre o social e o humano que norteia o pensamento ético de Simmel, projetando nova luz sobre a “ética do indivíduo” (p. 85), na qual “a perfeição do indivíduo seja um valor objetivo”. O indivíduo não sendo posse da sociedade, buscará, nas formas sociais, modos de exprimir “sua força e excelência”, e o “trabalho sobre si mesmo” (p. 86) não deve ser visto tanto como força anti-social, mas como modo de aperfeiçoamento dessas formas de interação social e de nosso querer artista, acrescentando um *mais-de-vida*, um *máximo-de-vida* (*Mehr-Leben*) aos descaminhos que tem caracterizado a tragédia da cultura moderna até nosso presente.

Possa essa “pequena sociologia”, com o desafio e a aposta que nos dirige ainda depois de 90 anos, re-alimentar nossa cultura sociológica de uma vontade de potência e reativar as possibilidades de pluralismo e democracia de uma cultura subjetiva para os dias de hoje, segundo a qual viver a vida, de preferência de maneira bela, possa não ser uma questão menor..

REFERÊNCIAS

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Kafka: por uma literatura menor*. Rio de Janeiro: Imago, 1977.

GIDDENS, Anthony. Georg Simmel. In: RAISON, Timothy. (org.). *Os precursores das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1971.

LUKÁCS, G. Posfácio à memória de G. Simmel. In: SIMMEL, G. *Filosofia do amor*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MAFFESOLI, Michel. O paradigma estético (a sociologia como arte). In: SOUZA, Jessé; ÖELZE, Berthold. (org.). *Simmel e a modernidade*. Brasília: Editora UnB, 2005.

MORAES FILHO, Evaristo. Introdução. In: SIMMEL, Georg. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983. Coleção Grandes Cientistas Sociais.

SIMMEL, Georg. *Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade*. Tradução de Pedro Caldas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

VANDENBERGHE, Frédéric. *As sociologias de Georg Simmel*. Bauru, SP: Edusc; Belém: EDUFPA, 2005.

WAIZBORT, Leopoldo. *As aventuras de Georg Simmel*. São Paulo : Editora 34, 2000.

**THE ISSUE OF MODERN INDIVIDUALITY IN
THE MINOR SOCIOLOGY OF G. SIMMEL**

**LA QUESTION DE L'INDIVIDUALITÉ MODER-
NE DANS LA SOCIOLOGIE MINEURE DE G.
SIMMEL**

SANÇÕES POLÍTICAS COMO MEIO COERCITIVO NA COBRANÇA DE TRIBUTO. INCOMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRIBUINTE. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR

Hugo de Brito Machado*
Hugo de Brito Machado Segundo**

CONSULTA. 1 Colocação da questão. 2 Sanções políticas na cobrança do tributo. 2.1 Forma indireta de execução fiscal. 2.2. Alcance da ressalva constitucional. 2.3 A jurisprudência do STJ e do STF e a persistência da Fazenda Pública. 3 Tributação extrafiscal proibitiva e liberdade econômica. 3.1 Finalidade extrafiscal do tributo. 3.2 Inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77. 3.3 O critério de discriminação ou singularidade do caso. 3.4 A livre concorrência e as diferentes versões dos fatos. 3.5 O malefício aos consumidores. 3.6 Singularidade do caso e a jurisprudência do STF. 4 Direito ao devido processo legal. 4.1 Direito assegurado sem ressalvas. 4.2 Instrumentos jurídicos à disposição da Fazenda e o princípio da proporcionalidade. 4.3 Proporcionalidade em sentido estrito. 5 Requisitos para o deferimento da cautelar. 5.1 Perigo da demora. 5.2 Aparência do bom direito. 5.3 Perigo da demora inverso. 5.4 O perigo do acolhimento da tese fazendária. 6 As respostas.

RESUMO

É flagrante a incompatibilidade entre as sanções políticas como meio coercitivo na cobrança do tributo e as garantias constitucionais do contribuinte. Neste sentido é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É inaceitável o argumento funda-

* Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Ex-Procurador da República. Membro da IFA - *International Fiscal Association*. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET. Desembargador Federal (aposentado) do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

** Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito Constitucional pela Unifor. Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET. Professor de Direito Tributário da Faculdade Christus. Professor da Pós-Graduação em Direito e Processo Tributário da Unifor.

do na função extrafiscal do tributo para justificar a interdição de estabelecimento comercial que desenvolve atividade lícita, a pretexto de que o não pagamento do tributo tornaria ilícita a atividade. É impossível o controle efetivo da atividade da Administração Tributária, sem a garantia do devido processo legal para o contribuinte que se considere por ela prejudicado. A patente injustiça albergada pela consideração, em instância extraordinária, de elementos de fato para fundamentar uma decisão que implica acolhimento da versão oferecida por uma das partes, sem submeter-se o questionamento dos fatos à instância adequada para a produção da prova sob o crivo do contraditório, é a melhor demonstração da importância da garantia do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Sanções políticas. Garantias constitucionais. Tributo. Cobrança. Recurso Extraordinário. Efeito suspensivo.

CONSULTA

Consulta-nos ..., por intermédio de seu Advogado, Dr. ..., a respeito de medida cautelar que pediu ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, para agregar efeito suspensivo ao recurso extraordinário por ela interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, reformando sentença de primeiro grau, considerou válido o cancelamento de seu registro especial e conseqüente interdição de seus estabelecimentos, com apoio no art. 2º, II, do Decreto-lei N. 1.593/77, ao fundamento de que não teria pago débitos tributários.

Informa que efetivamente tem ações fiscais movidas contra ela, mas na grande maioria dos casos o correspondente crédito tributário encontra-se com exigibilidade suspensa, razão pela qual não acatou a exigência da Receita Federal, de recolhimento imediato dos tributos em questionamento, com condição para o não-cancelamento de seu registro especial e interdição de seus estabelecimentos.

Esclarece que o julgamento encontra-se suspenso em face do pedido de vista, que se deu motivado pela divergência instaurada e pela grande relevância da questão posta, especialmente em face da jurisprudência pacífica da Corte Maior. E pede nossa manifestação especialmente sobre as seguintes questões:

1ª) Em face dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela vigente Constituição Federal, pode a Fazenda Pública utilizar meios coercitivos indiretos, tais como a proibição do exercício de atividade lícita, para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo que entende devido?

2ª) Tendo-se em vista a garantia de liberdade econômica, pode a Fazenda Pública utilizar-se do tributo como instrumento para proibir o exercício de atividade lícita? E a pretexto de restringir atividade considerada nociva, embora não proibida, pode utilizar a tributação como instrumento para eliminar a concorrência e favorecer o domínio do mercado?

3ª) Pode haver efetivo controle, pelo Poder Judiciário, da atividade da Administração Tributária, sem a garantia do devido processo legal para o contribuinte que se considere por ela prejudicado?

4ª) No caso, estão presentes os requisitos legais para o deferimento da cautelar que visa a agregar efeito suspensivo ao recurso extraordinário? Existiria, no caso presente, perigo da demora inverso? E a aparência do bom direito, em que consiste?

Examinamos a documentação que nos foi oferecida pela consulente, revisitamos a legislação, a doutrina e a jurisprudência pertinentes, e passamos a emitir o nosso parecer.

1 COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

A consulente mantém algumas pendências com a Receita Federal, especialmente em torno da forma de determinação do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), e de multas a ela aplicadas, que considera serem desprovidas de fundamento jurídico. Na maior parte dos casos a exigibilidade do crédito tributário respectivo está suspensa.

Recentemente foi notificada pela Administração Tributária a recolher integralmente seus débitos, sob pena de ter cancelado o seu registro especial e assim interditados os seus estabelecimentos, com fundamento no art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593, de 21 de dezembro de 1977, com redação que lhe deram a Lei n. 9.822, de 23 de agosto de 1999, e a Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, que estabelece:

Art. 2º. O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade competente, se, após sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I – ...

II – não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal.

Questionando a referida sanção, a consulente promoveu ação judicial que foi julgada procedente em primeira instância. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, todavia, reformou a sentença, proferindo acórdão que considerou válida a interdição dos estabelecimentos da consulente. Acórdão contra o qual

a consulente ingressou com recurso extraordinário, admitido pelo Presidente do Tribunal recorrido. E pediu ao Supremo Tribunal Federal, cautelarmente, fosse agregado ao recurso extraordinário o efeito suspensivo, para que não restasse a final inútil o seu provimento, em face dos danos praticamente irreversíveis produzidos com a interdição de seus estabelecimentos.

A questão que se coloca, então, consiste em saber se pode a Fazenda Pública utilizar meios coercitivos indiretos para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo que entende devido. Questão que comporta desdobramentos cabíveis no caso específico, como: a) o de saber se a função extrafiscal do tributo justifica a medida extrema de interdição da atividade por ser esta considerada nociva à saúde; b) se tal possibilidade não poderia ser utilizada como instrumento para eliminar a concorrência e favorecer o domínio dos mercados; c) se é possível um efetivo controle, pelo Judiciário, da atividade da Administração Tributária, sem a garantia do devido processo legal em favor do contribuinte e, finalmente, d) se no presente caso estão presentes os requisitos legais para o deferimento da cautelar que a visa agregar efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

São estas as questões que vamos a seguir examinar.

2 SANÇÕES POLÍTICAS NA COBRANÇA DO TRIBUTO

2.1 Forma indireta de execução fiscal

As denominadas sanções políticas funcionam como forma indireta de execução fiscal, que contrariam flagrantemente os direitos e garantias fundamentais albergados pela vigente Constituição Federal. Sobre elas um de nós já escreveu:

Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos artigos. 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, do Estatuto Maior do País.

O Supremo Tribunal Federal sumulou sua jurisprudência no sentido de serem inconstitucionais as sanções políticas. A Súmula 70 diz que *é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo*. Diz a Súmula 323 que *é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo*, e a 547 estabelece que *não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais*.

Não obstante inconstitucionais, as *sanções políticas*, que no Brasil remontam aos tempos da ditadura de Vargas, vem se

tornando a cada dia mais numerosas e arbitrárias, consubstanciando as mais diversas formas de restrições a direitos do contribuinte, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos, ou as vezes como forma de retaliação contra o contribuinte que vai a Juízo pedir proteção contra cobranças ilegais.

São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes, a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros.

Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal.

A suspensão e o cancelamento da inscrição no cadastro fazendário implicam verdadeira proibição do exercício da atividade econômica pelo contribuinte. Nada, portanto, justifica tal providência, posto que o art. 5º, inciso XIII, da CF/88, coloca no altiplano dos direitos fundamentais a liberdade profissional, a dizer que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, enquanto o art. 170, parágrafo único, da Lei Maior, diz que *é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei*.

No primeiro desses dispositivos consagra-se a liberdade de exercício profissional, e a única exigência possível, como condição para tal exercício, diz respeito à capacidade profissional. Assim, por exemplo, para exercer a atividade de médico, ou de advogado, é válida a exigência do diploma universitário, que atesta a respectiva capacitação profissional.

No segundo consagrada está a liberdade de exercício de atividade econômica. Mais ampla, tanto que não comporta exigência nenhuma, nem mesmo de capacitação, seja de que natureza for.”¹

2.2. Alcance da ressalva constitucional

Os que defendem as denominadas sanções políticas geralmente argumentam com a ressalva feita pelo dispositivo constitucional, posto que na verdade o art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal, assegura a liberdade econômica *salvo nos casos previstos em lei*. Tal ressalva, porém, não pode ter o alcance que alguns lhe pretendem atribuir, até para que a exceção não seja transformada em regra.

Sobre este ponto também um de nós já escreveu:

A ressalva contida no final do dispositivo na verdade diz respeito a certas atividades que, por questão de segurança, ficam a depender da autorização estatal, como acontece, por exemplo, com o fabrico e comercialização de determinadas armas e munições. Obviamente não seria razoável admitir-se a produção, ou o comércio, de metralhadoras, por exemplo, sem autorização e controle do Estado.²

A autorização estatal para o exercício da atividade, porém, não pode ser condicionada especificamente ao pagamento dos tributos, posto que assim estaria subvertido todo o sistema de garantias constitucionais contra a exigência de tributos indevidos.

2.3 A jurisprudência do STJ e do STF e a persistência da Fazenda Pública

Além das súmulas já acima citadas, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm jurisprudência repudiando o uso das denominadas sanções políticas pela Administração Tributária.

Sem qualquer respeito pelas manifestações do Judiciário, todavia, as autoridades fazendárias insistem na utilização das denominadas *sanções políticas* como instrumento de cobrança. É uma prática reiterada, que a cada dia ganha novas formas e se faz mais intensa, não obstante seja flagrantemente inconstitucional, como já tivemos oportunidade de demonstrar.³

A propósito do tema e confirmando entendimento já fixado, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça em julgado exemplar, que porta a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. AFERIÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. SÚMULA Nº 07/STJ. AUTORIZAÇÃO PARA EMISSÃO DE TALONÁRIO DE NOTAS FISCAIS. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA. PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO

DA ATIVIDADE ECONÔMICA. ARTIGO 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA Nº 547 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NORMA LOCAL. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR.

1. A aferição da existência de direito líquido e certo demanda indispensável reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula 07/STJ.
2. O Poder Público atua com desvio de poder negando ao comerciante em débito de tributos a autorização para impressão de documentos fiscais, necessários ao livre exercício das suas atividades (artigo 170, parágrafo único, da Carta Magna).
3. A sanção que por via oblíqua objetive o pagamento de tributo, gerando a restrição ao direito de livre comércio, é coibida pelos Tribunais Superiores através de inúmeros verbetes sumulares, a saber: a) “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súmula nº 70/STF); b) “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Súmula nº 323/STF); c) “não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais (Súmula 547/STF); e d) “É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado” (Súmula nº 127/STJ).
4. É defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito, uma vez que este procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese de autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz.
5. Recurso especial conhecido e provido.”⁴

Também no Supremo Tribunal Federal firmou-se a jurisprudência no sentido de que não é lícita a proibição de imprimir notas fiscais ao contribuinte em débito. É tal jurisprudência é da maior importância porque a final trata-se de uma questão constitucional. Mesmo que a lei ordinária o determine, a proibição será desprovida de validade jurídica em face da inconstitucionalidade da lei. Além do que está consolidado nas súmulas já referidas neste parecer, o Supremo Tribunal Federal já o disse, em julgado que porta a seguinte ementa:

DÉBITO FISCAL – IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS – PROIBIÇÃO – INSUBSISTÊNCIA.

Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual

que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa.⁵

Na sustentação da tese que afirma a inconstitucionalidade das sanções políticas o Ministro Marco Aurélio foi incisivo ao afirmar:

[...] Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, como acaba por ocorrer, levando a empresa ao caos, quanto inviabilizada a confecção de blocos de notas fiscais. De há muito, esta Corte pacificou a matéria, retratando o melhor enquadramento constitucional no Verbete nº 547 da Súmula:

‘Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.’

A lei estadual contraria, portanto, os textos constitucionais evocados, ou seja, a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão – inciso XIII do artigo 5º da Carta da República – e de qualquer atividade econômica – parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal.⁶

O Ministro Celso de Mello, em voto longo e erudito, deixou fora de qualquer dúvida que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está sedimentada no sentido de que são inconstitucionais as restrições impostas em razão do não pagamento de tributo. Vejamos o trecho de seu voto, onde está dito:

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro – e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários –, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. Octavio Gallotti).⁷

É interessante observar, como um de nós já registrou,⁸ que, através o

acórdão que acabamos de referir, o Supremo Tribunal Federal “revisitou” o tema das sanções políticas *à luz do princípio da proporcionalidade*. Tanto que, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio lembrou que “em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele. Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos...”⁹.

Tratando especificamente da proporcionalidade, que certamente inspirou as antigas Súmulas 70, 323 e 547 daquela Corte, o Ministro Cezar Peluso votou:

A meu ver, sem dúvida nenhuma, é evidente a restrição, incompatível com as súmulas invocadas, não apenas a de nº 547, mas também as de nºs. 70 e 323, as quais tinham por suporte as normas do art. 141, § 14, da Constituição de 1946, e do art. 150, § 23, da Constituição de 1967, que enunciavam exatamente o que consta agora do art. 5º, inc. XIII, e 170, parágrafo único, da Carta atual. Não se trata aqui de aplicar as súmulas, mas aplicar o princípio constitucional que subjaz à motivação das súmulas. Noutras palavras, como bem antecipou o Ministro Gilmar Mendes, a ofensa é ao princípio da proporcionalidade, porque o Estado se está valendo de um meio desproporcional, com força coercitiva, para obter o adimplemento de tributo.¹⁰

O Min. Gilmar Mendes, também fundado no princípio (ou postulado, aqui não discutiremos isso)¹¹ da proporcionalidade, fez exame detido do (des) atendimento de seus sub-princípios, observando:

Já no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins, mas certamente não passaria no teste da necessidade, porque há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão. Por outro lado, é claro que a manutenção deste modelo pode inviabilizar, conforme Vossa Excelência também destacou, o próprio exercício de uma lícita atividade profissional da recorrente.¹²

Merecem transcrição, também, as razões lançadas no voto do Ministro Celso de Mello para afirmar a inconstitucionalidade da medida. Fundado em farta doutrina, e em numerosos precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, afastou a “tese” segundo a qual os direitos do contribuinte, por serem “relativos”,¹³ poderiam ser afastados no caso. Em suas palavras:

A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional

não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de accertamento da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso.¹⁴

Aliás, exatamente porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da inconstitucionalidade das sanções políticas em matéria tributária, o eminente Ministro Cezar Peluso, no caso submetido ao nosso exame pela consulente, preocupou-se em dizer que não reconhecia a aparência do bom direito a fundamentar o pedido de cautelar “por conta da singularidade factual e normativa do caso.”¹⁵

Tal singularidade, porém, não justifica de nenhum modo o abandono da jurisprudência do Corte Maior. Primeiro porque, quanto a seu aspecto normativo, consiste simplesmente na existência de dispositivo infraconstitucional, qual seja, o art. 2.º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593, que consagra expressamente a sanção política máxima, com flagrante inconstitucionalidade. Segundo porque, quanto a seu aspecto factual, a singularidade está sendo definida pelo pela versão que aos fatos foi dada pela Fazenda Pública já na instância extraordinária, cujo acolhimento configura, *data maxima venia*, denegação da garantia do devido processo legal, como adiante será demonstrado.

3 TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL PROIBITIVA E LIBERDADE ECONÔMICA

3.1 Finalidade extrafiscal do tributo

A tese favorável à Fazenda Pública no caso presente procura apoio na denominada função extrafiscal proibitiva, que se atribui ao Imposto sobre Produtos Industrializados. Tal função, todavia, exaure-se com a imposição de tributo mais pesado. Não implica de nenhum modo na conversão da atividade *lícita* em atividade *ilícita*. Aliás, a distinção essencial entre o *tributo extrafiscal proibitivo* e a *sanção*, no sentido de pena, reside precisamente na *licitude* da atividade para o *tributo*, e *ilicitude* da atividade para a *sanção*.

É a doutrina autorizada de Alfredo Augusto Becker:

A natureza jurídica da sanção distingue-se, perfeitamente, da natureza jurídica do tributo extrafiscal 'proibitivo' porque:

Sanção é o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, diretamente, um ato ou fato que a ordem jurídica proíbe.

Tributo extrafiscal 'proibitivo': é o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, *indiretamente*, um ato ou fato que a ordem jurídica *permite*.

O ilícito, como elemento integrante da hipótese de incidência, é o *único* elemento que distingue, no plano jurídico, a *sanção* do tributo extrafiscal 'proibitivo'. Noutras palavras, somente fatos lícitos podem integrar a composição da hipótese de incidência da regra jurídica *tributária*.¹⁶

Isto quer dizer que a atividade de produção de cigarros, no Brasil, é uma atividade *lícita*. Se não fosse, se fosse *ilícita*, não poderia sobre ela incidir tributo, em face do que esclarece o art. 3.º do CTN. Não é razoável admitir-se, portanto, que o legislador, tendo exercitado sua opção política ao deixar a atividade de produção e comércio de cigarros no campo da *licitude*, possa utilizar-se de um artifício para tratá-la como se fosse uma atividade *ilícita*, sempre porque o tributo eventualmente deixar de ser pago nos termos pretendidos pelas autoridades fazendárias.

Em outras palavras, uma vez definida a atividade no campo da *licitude*, e estabelecido que da mesma decorre o dever de pagar tributo, esse dever há de ser tratado como um dever *tributário*, cercado das garantias constitucionais pertinentes, inclusive no que diz respeito a observância dos princípios da legalidade, da reserva de lei complementar, assim como dos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes em geral.

3.2 Inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77

A norma albergada pelo art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77, permite a aplicação da sanção máxima, vale dizer, o cancelamento do registro especial e a conseqüente interdição do estabelecimento da empresa, em face do "não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal." Adota, portanto, a sanção política mais severa como instrumento de cobrança de tributos. Em outras palavras, retira do contribuinte todas as proteções jurídicas contra o arbítrio da Fazenda Pública, à qual atribui o mais absoluto poder para

decidir quem prossegue na atividade e quem é obrigado a encerrá-la. Basta que tenha havido o descumprimento de uma única obrigação tributária. Seja qual for, mesmo acessória e mesmo da menor importância.

Essa norma, como se pode facilmente perceber, atribui à Fazenda Pública um poder imenso. Poder que lhe permite interditar o estabelecimento que bem entender. Basta instaurar uma ação fiscal qualquer. Com ou sem fundamento. Como o contribuinte não tem asseguradas as garantias constitucionais, o arbítrio da autoridade poderá ser consumado, ainda quando a exigência fazendária seja indevida.

3.3 O critério de discriminação ou singularidade do caso

No caso de que se cuida, talvez em face da percepção de que a aplicação pura e simples da norma do art. 2.º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77 seria rejeitada, por sua flagrante inconstitucionalidade, a tese desenvolvida contra a consulente procurou apoiar-se em uma alegada singularidade do caso, construída à luz de elementos de fato que foram fornecidos pela Fazenda Pública, em memoriais apresentados aos Senhores Ministros a propósito do julgamento do pedido de medida cautelar, em sede de recurso extraordinário. Fatos que não na verdade não podem ser validamente considerados a não ser na instância adequada para a produção de provas, com a necessária obediência do princípio do contraditório.

Sabemos todos que no âmbito do recurso extraordinário não cabe a produção de provas. Nem se produz em toda a sua extensão o contraditório. O critério de discriminação construído pela Fazenda e acolhido pelo eminente Ministro Cezar Peluso, para afastar a jurisprudência da Corte Maior, que Sua Excelência denominou de *singularidade factual e normativa do caso*, foi construído, *data maxima venia*, apenas para permitir a aplicação de norma inconstitucional. E foi construído com base em fatos alegados em sede processual evidentemente inadequada, porque não é a instância própria para o questionamento e a comprovação de fatos.

Repita-se, porque de grande relevância, que a alegada singularidade do caso, único fundamento posto para justificar o abandono da jurisprudência da Corte Maior, não foi devidamente apurada na instância adequada. Foi construída sem que tenha sido assegurada à consulente oportunidade para produzir contraprova às alegações da Fazenda, bem como produzir prova dos fatos que constituem os verdadeiros motivos da sanção a ela aplicada. E isto é o bastante para invalidar a tese fazendária e permitir que o caso seja apreciado à luz da jurisprudência que leva ao reconhecimento da flagrante inconstitucionalidade da malsinada norma que emprestaria fundamento para a sanção política aplicada à consulente.

3.4 A livre concorrência e as diferentes versões dos fatos

No voto-vista do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, vê-se o quanto foi forte a influência dos elementos factuais fornecidos pela Fazenda em seus memoriais, por ele, aliás, mais de uma vez expressamente referidos. E vê-se o quanto é importante o princípio do contraditório, pois não se pode excluir a possibilidade de ser outra a convicção de Sua Excelência, se tivesse examinado os fatos, não apenas a versão destes que foi oferecida pela Fazenda em seus memoriais, mas também a versão que poderia resultar da contraprova, para cujo oferecimento não teve oportunidade a consulente.

Na versão oferecida pela Fazenda a consulente seria uma sonegadora contumaz. Tese acolhida pelo Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, que em seu voto-vista afirma:

Releve-se que a empresa não se está recusando a pagar tributo controvertido, que fosse ou seja alvo de freqüentes disputas judiciais – coisa que se deduzira e comprovaria a simples observações estatísticas de demandas, até por iniciativa dos concorrentes, expostos, que estaria todos, às mesmas exigências tributárias.

Donde se conclui que, perante as características desse mercado industrial concentrado, em que o fator tributo é componente decisivo na determinação dos custos e preços do produto, o descumprimento das obrigações fiscais é aqui acentuadamente grave, dados seus vistosos impactos negativos sobre a concorrência, o consumidor, o erário e a sociedade. [...]

Numa síntese, em passo algum a petição inicial, a empresa avança argumentos capazes de representar ou prefigurar razões jurídicas apreciáveis contra a pretensão de incidência dos tributos não recolhidos. Não se lhe encontra nenhuma que, baseada em tese ou teses de alguma razoabilidade jurídica, lhe justifique ou explique tão largo inadimplemento, a título de eventual “*opinio iuris sive necessitatis*”, que revelaria crença justa na existência de direito subjetivo oponível ao Fisco.¹⁷

Como se vê, segundo a tese da Fazenda, a consulente deixaria de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados para poder vender seus produtos a preços menores, e assim praticar concorrência desleal com outras empresas fabricantes de cigarros. A sanção a ela aplicada, portanto, teria a finalidade de proteger a livre concorrência, posto que o IPI é preponderante na formação do preço do cigarro, de modo que qualquer diferença a menor no seu recolhimento, por mínima que seja, tem sempre reflexo superlativo na definição do lucro da empresa. E a indústria do tabaco envolve “implicações importantes sobre outros atores e valores sociais, tais como os consumidores, os concorrentes e o livre mercado, cujos interesses são também tutelados, com não menos ênfase, pela ordem constitucional.”¹⁸

Na versão que nos oferece a consulente, sua principal resistência à cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados diz respeito ao critério de determinação do valor deste, que deixou de ser o da aplicação de uma alíquota *ad valorem* sobre o preço do cigarro, fixado pelo fabricante para venda do produto no varejo, passando a ser o definido mediante valor fixado em reais, por unidade e independentemente do preço de venda do produto.

Esse critério de determinação do valor do IPI, segundo a versão da consulente, teria sido estabelecido em flagrante violação do princípio de reserva de lei complementar, e consubstanciaria forte favorecimento ao aumento arbitrário dos lucros, com violência ao princípio da capacidade contributiva, vez que permite a quem domina praticamente todo o mercado vender mais caro pagando imposto proporcionalmente menor.

Na ação cujos pedidos foram julgados procedentes em primeira instância, por sentença que em grau de apelação foi reformada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região ensejando o recurso extraordinário, ao qual consulente pede seja agregado efeito suspensivo, não atacava as exigências fiscais que a consulente entende ser indevidas. Por isto é que na respectiva petição inicial não foram colocadas todas as teses jurídicas sustentadas pela consulente na defesa de seus direitos contra o fisco. A ação em tela atacou apenas o ato de cancelamento de seu registro especial, vale dizer, atacou apenas a sanção política a ela aplicada. Bastava, portanto, para a fundamentação do pedido, a tese que sustentou com base na jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal. Afinal, devidos ou não, os tributos por ela não pagos não podem justificar o seu fechamento.

Como se pode facilmente observar, na versão oferecida aos fatos pela consulente, está ela sendo massacrada pela Fazenda Pública, no interesse das maiores produtoras de cigarros em funcionamento no País, suas concorrentes. É isto, aliás, explica a aliança, referida pelo Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, entre a Fazenda e concorrentes da consulente, favorecidas com o novo critério de determinação do valor do tributo de que se cuida, e favorecidas também com a sanção aplicada à consulente, posto que sua eliminação, com o fechamento de seus estabelecimentos, é fato que inegavelmente amplia o mercado para as suas concorrentes e isto é sem dúvida uma forma de favorecimento.

Seria esse fato – a interdição dos estabelecimentos da consulente – uma forma de proteção do livre mercado, ou seria, pelo contrário, uma forma de viabilizar o abuso do poder econômico e o aumento arbitrário dos lucros, por parte das produtoras de cigarros, concorrentes da consulente, que se manifestam aliadas da Fazenda Pública?

A Constituição Federal promete que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”¹⁹

A Fazenda Nacional já concedeu às maiores empresas do ramo, que por dominarem o mercado podem praticar preços mais elevados, o benefício da alíquota específica que independe do preço do produto e por isto mesmo permite o aumento dos preços sem aumento do IPI. Não seria a pena capital, imposta à consulente, mais uma vantagem que a Fazenda estaria concedendo a suas aliadas?

Quem tem maior poder econômico? A consulente ou as maiores produtoras de cigarros em funcionamento no País?

Como se vê, existem questões cujo deslinde justo não pode prescindir da observância dos princípios constitucionais, especialmente da garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem os quais a consulente restará esmagada.

3.5 O malefício aos consumidores

A tese destinada a fundamentar a denegação da providência cautelar, pedida pela consulente, apoia-se também no alegado malefício provocado por seus produtos aos consumidores. Tais malefícios porventura não seriam os mesmos provocados pelos produtos vendidos pelas suas concorrentes?

Seria inteiramente desprovida de realismo a crença de que, diante da interdição dos estabelecimentos da consulente, os que fumam seus cigarros deixariam de fumar. Mais razoável e mais condizente com a realidade é acreditar-se que eles passarão a fumar cigarros de outras marcas, produzidos pelas grandes fornecedoras desses produtos, que por isto mesmo lucram com a sanção indevidamente aplicada à consulente.

3.6 Singularidade do caso e a jurisprudência do STF

Seja como for, o inegável é que não se justifica o abandono puro e simples das garantias constitucionais já afirmadas reiteradas vezes pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em julgamento no qual a consulente era parte, por conta de uma suposta singularidade do caso, que pode ser resultado simplesmente de elaborações da parte contrária, não submetidas ao contraditório.

Ressalte-se que a alegada *singularidade factual e normativa do caso* está consubstanciada, quanto ao aspecto normativo, em dispositivo flagrantemente inconstitucional, que é o art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77, que nem ao menos exige para sua aplicação qualquer particularidade. Basta que o contribuinte deixe de cumprir *qualquer* obrigação tributária, seja principal ou acessória, por menos importante que seja. E quanto ao elemento factual, em alegações formuladas em memoriais pela Fazenda Nacional, sem observância do devido processo legal porque em sede absolutamente inadequada à produção de contraprova e mesmo de contra-argumentos pela parte contrária.

Por outro lado, ainda quanto ao elemento factual, ele não tem nada de singular, *data venia*.

Primeiro, porque nas situações anteriormente apreciadas pelo STF, quando da formação de sua jurisprudência sobre a inconstitucionalidade das “sanções políticas”, o contribuinte também possuía débitos. E sempre se dizia ser isso irrelevante. O que importa é que, como destacou o Ministro Marco Aurélio, “em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele. Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos...”²⁰. O que o dispositivo atacado autoriza, no caso, é exatamente a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, não havendo na singularidade apontada nada que altere isso.

Segundo, porque a Fazenda sempre alegará, para aplicar uma sanção política, que o contribuinte não paga os tributos devidos, e que isso trará reflexos para a concorrência, a isonomia etc. Essa é a justificativa de toda coação indireta. Ao acolhê-la, portanto, o STF não estará firmando precedente aplicável apenas ao presente caso, mas a qualquer hipótese de restrição ao direito à livre iniciativa por conta de supostas pendências tributárias.

É da maior evidência, portanto, que a alegada singularidade do caso não pode afastar, em nenhuma hipótese, a jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal.

4 DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

4.1 Direito assegurado sem ressalvas

O direito ao devido processo legal é a todos assegurado pela vigente Constituição Federal sem qualquer ressalva, nestes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Essa importante garantia constitucional significa que a consulente tem direito de ver apreciadas as teses jurídicas que coloque na defesa de seus direitos contra o Fisco na instância adequada. Não no âmbito de um recurso extraordinário com a invocação de singularidades que somente agora foram no mesmo colocadas pela Fazenda, em memoriais distribuídos aos Eminentes Ministros, sem que a consulente tenha oportunidade para produzir contra-prova, nem contra argumentos.

Admitir-se que a lei ordinária pode introduzir ressalvas à garantia do devido processo legal é aniquilar, totalmente, essa importante garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal. Especialmente quando se sabe que a singularidade do caso, alegada pela Fazenda para afastar as garantias constitucionais da consulente, pode ser criada pela própria Fazenda.

No caso de que se cuida a Fazenda instituiu um regime de determinação do valor do IPI altamente favorável aos grandes produtores de cigarros. E não quer deixar que a consulente se utilize das vias processuais adequadas para ter apreciada sua inconformidade com esse regime jurídico tributário. Mas a suposta singularidade pode ser criada facilmente pelo Fisco. Basta que instaure ações fiscais infundadas contra a empresa que quer ver singularizada. Se a esta não for assegurado o devido processo legal, e se permite a imposição de sanções políticas em razão daquela singularidade, a empresa não terá como demonstrar que a ação fiscal é im procedente.

4.2 Instrumentos jurídicos à disposição da Fazenda e o princípio da proporcionalidade

Na verdade, em um Estado Democrático de Direito, o exercício do Poder de Tributar há de submeter-se aos limites constitucionais, e a Fazenda Pública há de fazer valer os seus créditos utilizando-se dos instrumentos que a ordem jurídica lhe assegura para esse fim. A utilização de sanções políticas há de ser energeticamente repelida. Constitui flagrante abuso de poder que não pode ser admitido, mesmo diante de singularidade como a que se diz existir no presente caso, posto que a Fazenda Pública tem a seu dispor instrumentos jurídicos eficazes para a defesa de seus créditos.

Tem a Fazenda Pública o poder-dever, ou direito potestativo, de constituir seus créditos tributários, contando ou não com a colaboração do sujeito passivo, e mesmo contra a vontade deste. E dispõe da ação de execução fiscal para a cobrança dos créditos por ela constituídos, mediante a qual pode expropriar bens do devedor renitente, suficientes para a satisfação integral de seus créditos. Assim, mesmo diante da alegada singularidade do caso, que segundo a tese fazendária justificaria a utilização da pena capital contra a consulente, a nosso ver deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade, destacado entre os fundamentos da sentença com a qual o MM. Juiz Federal Titular da 4ª Vara em São João de Meriti, Rio de Janeiro, julgou procedente a ação promovida pela consulente e afastou a aplicabilidade do art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77, com a redação dada pela Lei n. 9.822/99. Sentença com a qual estamos de inteiro acordo e da qual destacamos os seguintes fundamentos:

Enfim, sempre que houver a possibilidade de se impor medida menos gravosa à esfera jurídica do indivíduo infrator, cujo efeito seja semelhante àquele decorrente da aplicação de sanção mais limitadora, deve o Estado optar pela primeira, por exigência do princípio da proporcionalidade em seu aspecto necessidade. [...]

Por outro lado, exemplo de sanção tributária claramente desproporcional em sentido estrito é a interdição de estabelecimento comercial ou industrial motivada pela impontualidade

do sujeito passivo tributário relativamente ao cumprimento de seus deveres tributários. Embora contumaz devedor tributário, um sujeito passivo jamais pode ver aniquilado completamente o seu direito à livre iniciativa em razão do descumprimento do dever de recolher os tributos por ele devidos aos cofres públicos. O Estado deve responder à impontualidade do sujeito passivo com o lançamento e a execução céleres dos tributos que entende devidos, jamais com o fechamento da unidade econômica.²¹

No Supremo Tribunal Federal, aliás, em julgamento no qual se discutia a respeito da validade de sanção política consistente em proibir que um contribuinte mandasse imprimir notas fiscais, já referido neste parecer, o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes sustentou tratar-se de “uma questão de proporcionalidade mais do que uma questão tributária.” E depois de dizer que não entraria na discussão que se estabeleceu entre seus colegas, esclareceu afigurar-se bastante e suficiente a consideração de que o Estado

[...] dispõe de meios outros para efetuar a cobrança e de que a fórmula adotada pelo Estado, [...] não passa no teste da proporcionalidade.

Já no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins, mas certamente não passaria no teste da necessidade, porque há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão.²²

Essa colocação é da maior importância porque, sem desconsiderar os preceitos de nossa Constituição Federal, coloca o problema em contexto bem mais amplo, vale dizer, no âmbito de uma concepção do moderno constitucionalismo que se projeta na maioria dos países civilizados.

Estudando o princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides assevera:

Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso freqüente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.²³

4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Mesmo que se pudesse considerar que a pena capital aplicada à consulente passaria pelo teste da proporcionalidade por ser adequada e necessária, ainda

assim ela com certeza esbarraria no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo por isto mesmo inconstitucional.

Juan Cianciardo estuda o princípio da razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade e se refere, adotando a terminologia corrente no direito europeu continental, a três subprincípios ou juízos, a saber: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Em suas palavras:

El primer subprincipio del principio de proporcionalidad es el de adecuación o idoneidad. Lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin. Lo segundo, que sea adecuada para el logro de ese fin. Es decir, que sea capaz de causar su objetivo. El subprincipio de adecuación tiene por finalidad controlar una cosa y otra.”²⁴

“El juicio de necesidad es, en lo que a la aplicación se refiere, el más controvertido de los tres que forman la máxima de proporcionalidad. Ha sido también llamado ‘juicio de indispensabilidad’. Mediante él se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Se exige, por tanto, la adopción de la ‘alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos.’”²⁵

Una vez determinada la adecuación y necesidad de la medida legislativa, resta examinar si es proporcionada *stricto sensu*. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al precisar en qué consiste una ‘relación razonable’. La posición dominante concreta el juicio en balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida.²⁶

No âmbito do Direito positivo não há dúvida de que a obediência ao princípio da proporcionalidade é condição de validade dos atos do Estado. Tal entendimento já está consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, os atos de repressão aos ilícitos, mesmo quando praticados em atenção a outros princípios constitucionais, devem respeitar o princípio da proporcionalidade. Sobre este assunto um de nós já escreveu:

Isso significa que um ato – normativo ou não –, praticado com o propósito de prestigiar um princípio constitucional, será válido na medida em que, além de atender a outras exigências,²⁷ for adequado, necessário e proporcional em sentido estrito no atendimento dessa finalidade.

Explicamos.

Será *adequado* o ato que, de fato, conduzir à finalidade anunciada.

Será *necessário* o ato que, além de adequado, for também a maneira *menos gravosa* de se chegar à finalidade buscada. Caso haja outros meios também adequados, e menos gravosos, o ato de cuja validade se cogita será desproporcional por *desnecessidade*.

Finalmente, será *proporcional em sentido estrito* o ato que, além de adequado e necessário, realizar a mais equilibrada ponderação dos valores envolvidos, prestigiando, ou fazendo com que prepondere, aquele que, em prevalecendo, causar menores diminuições na efetividade dos demais.”²⁸

Merece referência, nesse contexto, a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, que há muito nos ensina que:

em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*).

O pressuposto da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da *necessidade* ou da *exigibilidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.”²⁹

Nenhuma dúvida pode haver de que a aplicação da pena capital, com a interdição pura e simples da atividade de uma empresa, é flagrantemente inadequada, desnecessária, e desproporcional em sentido estrito. A uma, porque não traz para a Fazenda Nacional proveito nenhum, mas, pelo contrário, torna praticamente inviável o recebimento de seus créditos, além de em nada contribuir para que se deixe de consumir o tabaco. A duas, porque prejudica seriamente um grande número de pessoas que vivem dos empregos diretos e indiretos por tal empresa oferecidos, sendo, por isso, desnecessária. A três, porque apenas favorece empresas de maior porte, dando a estas melhores condições para o domínio do mercado e aumento arbitrário de seus lucros, em flagrante afronta – repita-se – ao prescrito pelo art. 173, § 4º, da vigente Constituição Federal, fazendo-se inadequada também para prestigiar a livre concorrência, que supostamente a estaria inspirando. A quatro, finalmente, porque, mesmo que viabilizasse o recebimento de créditos pela Fazenda, seguramente existem maneiras para atingir essa finalidade que são bem menos ofensivas ao direito da consulente à livre iniciativa, e que de modo algum contrariam as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Não se deve esquecer que, como doutrina Karl Larenz, em matéria de direitos fundamentais, “hay que encontrar una composición del conflicto que permita la subsistencia de cada uno de los derechos con el máximo contenido posible. Esto significa que ningún derecho tiene que retroceder más de lo que sea necesario para no recortar el del otro de un modo que sea no exigible”³⁰, e, no caso, o fechamento da consulente seguramente implica *retroceder más de lo que es necesario*.

Seja como for, tendo-se em vista a sede processual onde todas essas questões estão postas, devidamente ou não, o que mais importa é demonstrarmos a presença, no caso, dos requisitos para o deferimento da medida cautelar solicitada pela consulente, e isto é o que vamos fazer a seguir.

5 REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA CAUTELAR

5.1 Perigo da demora

Registre-se desde logo que o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso reconhece haver o Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, concedido a medida liminar “tão somente para preservar o resultado útil do processo,” em razão do caráter capital e relativa irreversibilidade da sanção imposta à empresa. Não nega, portanto, a existência do perigo da demora. Aliás realmente incontestável, em razão do caráter capital da sanção – a interdição dos estabelecimentos da consulente. E da absoluta irreversibilidade, no âmbito do recurso extraordinário de que se cuida, dos efeitos danosos da sanção em tela, que de tão evidentes dispensam qualquer demonstração. Assevera, porém, para justificar o indeferimento da cautelar:

Ora, suposto o *periculum in mora* pudesse ou possa estar configurado à vista da interrupção das atividades da empresa, não lhe encontro razoabilidade jurídica ao pedido, por conta da singularidade factual e normativa do caso.

Em face da natureza da sanção imposta à consulente, *data venia*, o perigo da demora na verdade não é apenas suposto. É indubitoso. E nem se venha dizer que o Supremo Tribunal Federal vai decidir em breve o recurso extraordinário, de sorte que os danos serão de pouca monta. Por pouco que seja o tempo decorrido até o julgamento do recurso extraordinário ao qual diz respeito a cautelar em tela, é evidente que os prejuízos, para a autora e para terceiros, são de grande monta. E ninguém pode garantir que o julgamento do recurso extraordinário se dará em breve. Todos conhecem a enorme carga de serviços que pesa sobre a Corte Maior, que vem dando conta de sua missão graças ao esforço hercúleo de seus Eminentes Membros. Daí porque o perigo da demora está, no caso de que se cuida, indiscutivelmente presente.

5.2 Aparência do bom direito

É dever de justiça registrarmos o enorme respeito que merecem de todos nós as manifestações do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso.

No presente caso, todavia, pedimos vênias para discordar de Sua Excelência, pois consideramos que está presente, sim, a aparência do bom direito da consulente, que justifica plenamente o deferimento do pretendido efeito suspensivo ao recurso extraordinário por ela interposto.

Mesmo que se admita, para argumentar, que a consulente é inadimplente contumaz de suas obrigações tributárias, é inquestionável que a pena capital a ela aplicada contraria o princípio da proporcionalidade, conforme já aqui demonstrado. E tendo em vista que as alegações da Fazenda, com base nas quais se formou a convicção dos que denegaram a cautelar pretendida, foram produzidas em sede na qual não se pode ser assegurado o contraditório, é indiscutível que houve lesão, também, às garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

Indiscutível, portanto, a presença da aparência do bom direito, a justificar o deferimento da cautelar para que ao recurso extraordinário reste agregado o efeito suspensivo capaz de impedir que os danos decorrentes da sanção política a ela aplicada se avolumem e se façam insuportáveis.

5.3 Perigo da demora inverso

Pedimos vênias, também, para sustentarmos que no caso não existe nenhum perigo da demora inverso. Segundo a tese favorável à Fazenda esse perigo da demora inverso seria

consistente na exposição dos consumidores, da sociedade em geral e, em particular, da condição objetiva da livre concorrência, ao risco da continuidade do funcionamento de empresa para tanto inabilitada.³¹

Porventura o funcionamento dos estabelecimentos da consulente provoca alguma exposição dos consumidores de cigarros, à qual não estejam sujeitos os consumidores de cigarros de outras marcas? E seria razoável imaginar-se que os consumidores dos cigarros fabricados pela consulente deixarão de fumar porque não toleram cigarros de outras marcas e só continuarão fumando se os estabelecimentos da consulente continuarem produzindo? E qual seria o prejuízo para a sociedade, decorrente da continuidade do funcionamento dos estabelecimentos da consulente? Porventura seria a preservação dos empregos diretos e indiretos que esta oferece?

Será que o perigo da demora inverso consistiria no fato de que desde logo as concorrentes da consulente não poderão vender os seus produtos para os que se habituaram a adquirir cigarros produzidos pela consulente? E será que as empresas concorrentes da consulente têm direito à exploração desse mercado?

Não se pode admitir, por maior que seja o respeito que temos por quem a fez, a afirmação de que no caso existe perigo da demora inverso.

5.4 O perigo do acolhimento da tese fazendária

O acolhimento da tese fazendária, ainda que sob a reserva que o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso preocupou-se em expressar, criará um precedente extremamente perigoso.

A rigor, o acolhimento da tese fazendária no caso pode levar à destruição das garantias constitucionais para os contribuintes brasileiros. A referida tese nada mais é do que mais um dos artifícios do Poder para contornar os limites jurídicos. Se o Supremo Tribunal Federal admitir que o art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77 não é inconstitucional, logo tal norma estará sendo aplicada a qualquer produtor de cigarro, ainda que não se possa falar em “singularidade factual e normativa do caso”.

Ressalte-se, mais uma vez, que a norma albergada pelo art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n. 1.593/77, não faz referência a nenhuma situação peculiar para justificar o cancelamento do registro especial regulado naquele diploma legal. Reporta-se apenas ao inadimplemento de obrigações tributárias, principais ou acessórias. Assim, decidido pelo Supremo Tribunal Federal que essa norma é constitucional, nada impede a sua aplicação contra qualquer empresa fabricante de cigarros que deixe de cumprir uma obrigação tributária, seja principal ou acessória, por menos importante que seja.

Aliás, diante de precedente que vier a ser firmado pelo STF favoravelmente à sanção política de que se cuida, nada impedirá a criação de mecanismo igual para outros setores da atividade econômica. Ao governo não faltarão argumentos para justificar a necessidade de um registro especial para os produtores de alimentos, de remédios, de brinquedos, e de tudo o mais. E colocará sempre o adimplemento das obrigações tributárias como condição da manutenção desse registro especial, algo importantíssimo para manter o “equilíbrio do mercado”, a “isonomia entre contribuintes” e a “liberdade de concorrência”. Assim, terá contornado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e destruído as garantias constitucionais do cidadão contribuinte, que ficará sujeito aos tributos nos termos que a Fazenda Pública entender que são devidos, e não apenas aos tributos devidos nos termos da lei.

6 AS RESPOSTAS

Em face das considerações expendidas, respondemos as questões que nos foram formuladas, assim:

1ª) Em face dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela vigente Constituição Federal, pode a Fazenda Pública utilizar meios coercitivos indiretos, tais como a proibição do exercício de atividade lícita, para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo que entende devido?

Não. Além de outras fortes razões, porque tal prática, como já afirmou o Ministro Gilmar Mendes, fere o princípio da razoabilidade.

2ª) Em face da garantia de liberdade econômica, pode a Fazenda Pública utilizar-se do tributo como instrumento para proibir o exercício de atividade lícita? E a pretexto de restringir atividade considerada nociva, embora não proibida, pode utilizar a tributação como instrumento para eliminar a concorrência e favorecer o domínio do mercado?

Não, evidentemente. Além de tudo porque isto seria contrário ao que preceitua o parágrafo 4º, do art. 173, da vigente Constituição Federal.

3ª) Pode haver efetivo controle, pelo Poder Judiciário, da atividade da Administração Tributária, sem a garantia do devido processo legal para o contribuinte que se considere por ela prejudicado?

Não. A única forma de se assegurar um efetivo controle pelo Poder Judiciário, não só da atividade da Administração Tributária, como da atividade da Administração Pública em geral, consiste em garantir, não apenas aos contribuintes, mas a todos os cidadãos o devido processo legal.

4ª) No caso presente, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário é uma forma de garantia do devido processo legal?

Sim. Nenhuma dúvida pode haver a esse respeito, mesmo que se admita como verdadeiras as afirmações feitas pela Fazenda Nacional, contra a consulente, em seus memoriais, agregar ao recurso extraordinário efeito suspensivo será uma forma de preservar em favor da consulente o direito ao devido processo legal.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Fortaleza, 12 de junho de 2007.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 793.331/RS. 1a. Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 06 fev. 2007. DJU 01 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 mar. 2005. DJU 03 jun. 2005.

CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalma/AUSTRAL, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Tradução Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções políticas no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 30, p. 46-49, mar. 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. As liberdades econômica e profissional e os cadastros de contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 67, p. 73-80, abr. 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti

Ramos. Certidão negativa e recebimento de precatório. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 136, p. 56-67, jan. 2007.

_____; _____. O razoável e o proporcional em matéria tributária. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, v. 8.

_____; _____. O caos dos princípios tributários. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

¹ MACHADO, Hugo de Brito. Sanções políticas no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 30, mar. 1998, p. 46-47.

² MACHADO, op. cit, p. 47. No mesmo sentido: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. As liberdades econômica e profissional e os cadastros de contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 67, abr. 2001, p. 73 et seq.

³ MACHADO, op. cit, p. 46-49, passim; MACHADO SEGUNDO, loc. cit.; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Certidão negativa e recebimento de precatório. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 136, jan. 2007, p. 56 et seq.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 793.331/RS. 1a.Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 06 fev. 2007. DJU 01 mar. 2007.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 mar. 2005. DJU 03 jun. 2005.

⁶ Voto proferido no Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC pelo Ministro Marco Aurélio.

⁷ Voto proferido no Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC pelo Ministro Celso de Mello.

⁸ MACHADO, R. C. R.; MACHADO SEGUNDO, op. cit., p. 56 et seq.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 mar. 2005. DJU 03 jun. 2005.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Para essa discussão, confira-se: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O razoável e o proporcional em matéria tributária. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 174, v. 8. E ainda: ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-43.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 mar. 2005. DJU 03 jun. 2005.

¹³ Para um exame da invocação da “relatividade” dos direitos fundamentais como fundamento para violá-los, confira-se: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O caos dos princípios tributários. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10, p. 383 et seq.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 mar. 2005. DJU 03 jun. 2005.

¹⁵ Item 3, segundo parágrafo, do voto vista do Ministro Cezer Peluso.

- ¹⁶ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 556-557.
- ¹⁷ Trechos do item 7 do voto do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso.
- ¹⁸ Trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, posto entre aspas apenas na parte em que se deu transcrição literal.
- ¹⁹ Constituição Federal de 1988, art. 173, § 4º.
- ²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782-8/SC. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 mar. 2005. DJU 03 jun. 2005.
- ²¹ Sentença proferida pelo Juiz Federal Sidney Monteiro Peres, Titular da 4ª Vara em São João de Meriti, Rio de Janeiro, no processo 2005.5110007057-3, no dia 25 de janeiro de 2006.
- ²² Voto proferido no Recurso Extraordinário n. 413.782/SC pelo Ministro Gilmar Mendes.
- ²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 360.
- ²⁴ CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalma/AUSTRAL, 2004, p. 62.
- ²⁵ *Ibid.*, p. 79.
- ²⁶ *Ibid.*, p. 93.
- ²⁷ Além de proporcional, o ato deverá ser editado por órgão competente, revestir-se da forma exigida pelas normas de superior hierarquia etc.
- ²⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 140-141.
- ²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 72.
- ³⁰ LARENS, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 2001, p. 63.
- ³¹ Trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, que está na página 3 daquele voto-vista.

POLITICAL SANCTIONS AS COERCITIVE MEANS FOR CHARGING TAXES. LACK OF COMPATIBILITY WITH FUNDAMENTAL RIGHTS OF TAXPAYERS. SUPERSEDEAS IN EXTRAORDINARY APPEALS. REQUIREMENTS FOR WRITS OF PREVENTION

ABSTRACT

It is clearly evident that there is no compatibility between political sanctions as coercitive means for charging taxes and fundamental rights of taxpayers. The decisions from the Federal Supreme Court of Brazil are clear in this sense. Therefore, it is unacceptable that State authorities resort to argumentation based upon the extrafiscal nature of tax in order to explain the closure of a business that develops legal activities, under the excuse that not

paying taxes turns any economic activity illegal. The effective control of the power of the State regarding taxation is impossible without the assurance of the due process of law for taxpayers. The clearly unfair situations generated by the appreciation, in certain jurisdictions, of elements used to base decisions that adopt only the version offered by one of the sides in conflict, without making available the opportunity for the other side to challenge the reasons of the sides in conflict, through the presentation of other evidence and under the adversary system, is the best demonstration of the relevance of the due process of law.

KEYWORDS: Political sanctions. Fundamental rights. Tax. Charging. Extraordinary appeal. Supersedeas.

DES SANCTIONS POLITIQUES COMME MOYEN COERCITIF DANS LA PERCEPTION FISCAL. INCOMPATIBILITÉ VIS-À-VIS DES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES DU CONTRIBUABLE. EFFET SUSPENSIF AU RECOURS EXTRAORDINAIRE. EXIGENCES DE LA “MEDIDA CAUTELAR”

RÉSUMÉ

C'est évident l'incompatibilité entre les sanctions politiques comme moyen coercitif dans la perception fiscale et les garanties constitutionnelles du contribuable. Dans ce sens est sûre la jurisprudence du Supremo Tribunal Federal (Cour suprême, dernier ressort). C'est inacceptable l'argument fondé sur la fonction extra-fiscale de l'impôt pour justifier l'interdiction de l'établissement commercial qui a une activité licite, sous prétexte que le non paiement de l'impôt rendrait illicite l'activité. C'est possible le contrôle effectif de l'activité de l'Administration Tributaire, sans la garantie du droit à un procès équitable pour le contribuable qui se considère nuit par cette administration. L'injustice patente hébergée par la considération, en instance extraordinaire, d'éléments de fait pour fonder une décision qui implique l'admission de la version offerte par l'une des parties, sans se soumettre le questionnement des faits à l'instance adéquate pour la production de la preuve sous l'appréciation du contradictoire, est la

meilleure démonstration de l'importance de la garantie du droit à un procès équitable.

MOTS-CLÉS: Sanction Politiques. Garanties Constitutionnelles. Impôt. Perception. Recours Extraordinaire. Effet Suspensif.

DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO: UMA ANÁLISE DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO 708/DF, 712/PA E 670/ES DO STF, À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Germana Parente Neiva Belchior**

Considerações iniciais. 1 A greve como direito fundamental na Constituição Federal de 1988. 2 Direito fundamental de greve do servidor público civil estatutário e sua eficácia. 3 O mandado de injunção e o direito de greve do servidor público civil. 3.1 Considerações gerais. 3.2 Correntes doutrinárias. 4 Evolução do mandado de injunção sobre direito de greve de servidor público civil estatutário no STF. 4.1 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente não concretista do mandado de injunção. 4.2 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente concretista do mandado de injunção. 4.3 Os julgamentos dos mandados de injunção n. 708/DF, 712/PA e 670/ES do STF. 5 O princípio da continuidade do serviço público e o direito de greve do servidor público. 5.1 Considerações gerais. 5.2 A restrição de direito fundamental de greve e o princípio da proporcionalidade. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O direito de greve representa uma das maiores conquistas do indivíduo na seara trabalhista, alcançando patamar de direito fundamental. A problemática do tema se deve ao fato de que o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que trata do direito de greve do servidor público civil estatutário, subordina o exercício daquele direito à edição de lei específica sobre o assunto, providência esta que até hoje não foi implementada pelas autoridades competentes. O STF, desde o MI 20/DF, de 01 de maio de 1994, pacificou o entendimento de que o referido dispositivo constitucional é provido de eficácia limitada, aplicando a corrente não-concretista ao mandado de injunção, apenas dando ciência ao Poder competente

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Advogada. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade Christus - Fortaleza. Professora de Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito, do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Christus – Fortaleza.

para editar a norma faltante. No entanto, esse entendimento modificou-se recentemente, com o julgamento dos MI 708/DF, MI 712/PA e MI 670/ES, em 25 de outubro de 2007, ao permitir a aplicação, no setor público, da Lei n. 7.783/89, que regula a greve na iniciativa privada, suprindo-se, destarte, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. O estudo, portanto, pretende analisar a recente jurisprudência do STF, à luz da teoria dos direitos fundamentais, cuja solução possa ser justificada perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Greve. Direitos Fundamentais. Servidor público civil estatutário. Eficácia. STF.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já se tornaram parte do nosso cotidiano, e porque não dizer até vulgarizadas, as manifestações e paralisações no serviço público. Greve de professores, médicos, policiais civis, institutos de previdência, enfim, são inúmeras as categorias de servidores públicos que exercem (ou tentam exercer) referido direito.

A problemática do tema se deve ao fato de que o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), subordina o exercício daquele direito à edição de lei específica sobre o assunto, providência esta que até hoje não foi implementada pelas autoridades competentes.

É importante destacar que o direito de greve representa uma das mais relevantes conquistas dos trabalhadores no mundo contemporâneo. É por meio do seu exercício que os membros de determinada categoria lutam pela preservação de seus direitos, quando violados ou ameaçados de violação.

Estas paralisações possuem uma particularidade, na medida em que, em caso de ocorrência, deve ser ponderado, conciliado e equilibrado, no caso concreto, o direito fundamental de greve, inerente a todo cidadão, nos termos do art. 9º da Carta Magna e o princípio da continuidade do serviço público, previsto no art. 37, Constituição Federal, que norteia a Administração Pública.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), logo após a promulgação da CF/88, firmou o entendimento de que não cabe mandado de injunção para suprir a falta da norma. Adotava-se, pois, a corrente não-concretista. A partir do julgamento dos Mandados de Injunção (MI) n. 708/DF, 712/PA, 670/ES, em 25.10.2007, a Suprema Corte permitiu a aplicação, no setor público, da Lei n. 7.783/89, que regula a greve no setor privado, suprindo-se, destarte, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. O STF aplicou, *in casu*, a corrente concretista geral do mandado de injunção, provocando, no entanto, inúmeras discussões.

São essas e outras problemáticas que serão analisadas no presente trabalho, tendo como objeto de estudo a recente jurisprudência do STF sobre direito de greve do servidor público, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

1 A GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição de 1988 representou um grande avanço para a nação brasileira, pois deu início a um ciclo histórico alvissareiro no tocante aos direitos e garantias individuais, desencadeando um processo democrático há muito tempo idealizado, mas não concretizado.

Foi neste contexto que o constituinte originário consagrou amplamente o direito de greve para os trabalhadores em geral, consoante o que dispõe o art. 9º da Carta Magna¹.

Interessante destacar que os trabalhadores da iniciativa privada, por terem vínculo contratual com o empregador, podem discutir as condições de trabalho, inclusive, por meio das negociações coletivas. Os sindicatos exercem importante papel nesse momento. Ademais, a Justiça do Trabalho possui função normativa, sendo uma garantia de judiciabilidade da relação trabalhista para o obreiro. Já em relação ao servidor público a situação é diferente. O regime de trabalho é legal e unilateral, não havendo, ainda, instrumentos de negociação, por meio dos quais os servidores possam efetivamente discutir sua situação de trabalho. Diante disso, questiona-se, como os servidores poderão buscar melhores condições sociais de trabalho? A greve é, sem dúvida, uma das formas de fazê-lo.

A greve, segundo Eros Grau, revela-se como a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores como meio para a obtenção de melhoria em suas condições de vida. O mencionado ministro destaca em seu voto no MI 712/PA que a greve: “consubstancia um poder de fato; por isso mesmo que, tal como positivado o princípio no texto constitucional (art. 9º), recebe concreção, imediata – sua auto-aplicabilidade é inquestionável – como direito fundamental de natureza instrumental”.²

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a greve, a partir de sua previsão nas Constituições dos países ocidentais, bem como no ordenamento brasileiro, passa a ser considerada um direito fundamental dos trabalhadores.

Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão que se insere na moldura do que a doutrina classificou como gerações ou dimensões³, tendo como premissa central a dignidade da pessoa humana.⁴

Constituem direitos fundamentais de primeira geração os direitos civis e políticos, que se caracterizam “pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade”.⁵ Esta categoria é fundada no Estado liberal *absenteísta*, no qual se deu a manifestação do *status libertatis* ou *status negativus*. Realçam, portanto, o princípio da liberdade.

Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, culturais e sociais, só que os últimos requerem prestações positivas (*status positivus*) por parte do Estado para suprir as carências da sociedade. São os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao pleno desenvolvimento da existência individual, tendo o Estado como sujeito passivo, que devem ser cumpridos mediante políticas públicas. De uma forma objetiva, poderíamos dizer que são direitos não contra o Estado, tipicamente liberais, mas direitos através do Estado.⁶

Já os direitos fundamentais de terceira geração são os de titularidade coletiva. Consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.

Paulo Bonavides⁷ traz, ainda, uma quarta geração de direitos fundamentais: o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Recentemente, vem defendendo o mencionado professor cearense o direito à paz como direito fundamental de quinta geração, por ser um direito natural dos povos, abraçando-se à idéia de concórdia.⁸

Diante da breve exposição, ousamos defender que a greve constitui um *direito fundamental multigeracional*, pois se enquadra de forma simultânea nas cinco categorias:

a) direito de liberdade ou de primeira geração, já que implica um não-fazer por parte do Estado, ou seja, um *status negativus* estatal que reconhece as liberdades públicas e o direito subjetivo de reunião entre pessoas para fins pacíficos.

b) direito de igualdade, ou de segunda geração, pois é pelo exercício do direito de greve que os trabalhadores pressionam os tomadores de seus serviços, objetivando a melhoria de suas condições sociais e corrigindo, dessa forma, a desigualdade econômica produzida pela concentração de riquezas inerente à economia globalizada.

c) direito de fraternidade ou de terceira geração, na medida em que a greve representa inequivocamente uma manifestação de solidariedade entre pessoas, o que reflete, em última análise, a ideologia da paz, do progresso, do desenvolvimento sustentado, da comunicação e da própria preservação da família. Outrossim, por ser um direito coletivo social dos trabalhadores, a greve pode ser tipificada como uma espécie de direito ou interesse metaindividual.

d) direito de quarta geração, por estar aqui incluído o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. É indiscutível que o movimento grevista também reflete o exercício dos valores democráticos, da informação à sociedade das condições de trabalho e do pluralismo, por permitir que todas as classes manifestem suas opiniões, críticas, mesmo que seja por meio de iniciativa paredista.

e) direito de quinta geração, ao percebermos aqui que greve está intrinsecamente ligada ao direito à paz defendido por Paulo Bonavides, ao passo que

seu objetivo maior consiste na reação pacífica e ordenada dos trabalhadores contra os atos que impliquem direta ou indiretamente desrespeito à dignidade do homem.

A greve tem por objetivo básico a melhoria das condições sociais do homem trabalhador, deduzindo-se, portanto, que ela constitui um direito fundamental seu, vinculado à sua dignidade humana. Nessa linha, a greve alcança patamar de direito fundamental multigeracional, constituindo, dessa forma, um instrumento democrático a serviço da cidadania e da dignidade humana.

Não se admite, portanto, distinção entre o trabalhador da iniciativa privada e o do setor público, exceto quando o próprio ordenamento jurídico dispuser em contrário, tal como ocorre com o servidor público militar, no art. 142, § 3º, IV, da Constituição Federal.⁹

2 DIREITO FUNDAMENTAL DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO E SUA EFICÁCIA

Superado o aspecto da dimensão dos direitos fundamentais, avulta salientar que o direito de greve, consoante os termos do art. 37, VII, da Carta Política de 1988, estendeu-se aos servidores públicos civis, porém, condicionando o seu exercício, primeiramente, à edição de lei complementar, e, posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 19/1998, ao advento de lei específica.

Eros Grau¹⁰ explica que o art. 37, VII, CF/88, consubstancia norma especial em relação ao caráter geral do preceito veiculado pelo art. 9º, CF/88, apresentando duas justificativas. A primeira se baseia no fato de que na relação estatutária não há tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. E continua o ministro:

A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. Por isso é relativamente tênue, por exemplo, enquanto poder de fato dotado de capacidade de reivindicação social, a greve exercida no setor do ensino público. Como a falta de utilidade social somente será sentida a tempo mais longo, as paralisações aí praticadas permanecem durante longos períodos de tempo, até que as reivindicações às quais estejam voltadas sejam atendidas, quando e se isso ocorra.¹¹

A segunda questão apontada por Eros Grau deve-se à relação de emprego público ser instrumental, direta ou indiretamente, da provisão de serviços públicos, cuja continuidade há de ser assegurada em benefício do todo social.

É importante destacar que há quem defenda, como Maria Sylvia Zanella di Pietro, que a lei específica prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal deve emanar de cada ente federativo responsável pela regulamentação do dispositivo constitucional, sob argumento de que a matéria seria de direito administrativo.

Ao revés, Diógenes Gasparini e José dos Santos Carvalho Filho sustentam que esta lei federal deve ser aplicada a todas as pessoas políticas, por estar situada, segundo Carvalho Filho:

no capítulo da ‘Administração Pública’, cujas regras formam o estatuto funcional genérico e que, por isso mesmo, tem incidência em todas as esferas federativas. À lei federal caberá enunciar, de modo uniforme, os termos e condições para o exercício do direito de greve, constituindo-se como parâmetro para toda a Administração.¹²

Celso Antônio Bandeira de Mello invoca que tal direito existe desde a promulgação da Constituição e, que “mesmo à falta da lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário tem o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior, sendo, pois, mais forte do que ela.”¹³

Nesse ponto, surgem acirradas discussões na doutrina e na jurisprudência quanto à eficácia da referida norma constitucional, ou seja, quanto a sua vigência plena. Há na doutrina, pelo menos, três correntes¹⁴, que dividem as opiniões dos juristas, conforme se aduzirá a seguir.

A primeira corrente sustenta que o preceito estatuído no art. 37, VII, da CF/88 seria de eficácia contida ou restringível¹⁵, e, assim, poderia o direito de greve ser exercido antes mesmo da edição de lei complementar, atualmente lei específica. Acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva explica que “enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva, sua eficácia será plena”.¹⁶

Sobre a aplicabilidade da Lei n. 7.783/89, Raimundo Simão de Melo entende que, “não obstante trate da greve na atividade privada, contém regulamentação específica sobre a greve em atividades essenciais, o que guarda certa compatibilidade com os serviços públicos de natureza essencial”.¹⁷ Logo, poder-se-ia, por analogia, aplicar a Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve) aos servidores públicos civis.¹⁸

A segunda corrente arremata que o servidor somente poderia exercer o direito de greve depois de editada norma infraconstitucional disciplinando a matéria, sendo, portanto, o mencionado preceito de eficácia limitada ou reduzida, salientando-se que seria inaplicável analogicamente a Lei n. 7.783/89 aos servidores públicos civis.¹⁹

Há uma terceira corrente, amparada pela teoria dos direitos fundamentais, sustentada pelo professor Paulo Bonavides, à luz do art. 5º, § 1º, Carta Magna, no sentido de que não há normas programáticas, pois todo direito fundamental, a partir do momento em que se encontra na ordem jurídica, é naturalmente efetivo e eficaz, de plenitude máxima. Adequando o entendimento ao caso, o servidor não pode ficar dependendo da conveniência do Legislativo para regulamentar referido direito fundamental.

Todavia, convém salientar, que o entendimento majoritário é no sentido de que o preceito incluso no art. 37, VII, da Carta de 1988 é de eficácia limitada, e, diante da lacuna legislativa, o exercício do direito é ilegal, tendo em vista que ainda não editada a lei específica a que alude a Constituição da República.

Este foi o entendimento do STF ao julgar o Mandado de Injunção n. 20/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, quando ainda estava em vigor a redação original da Constituição que exigia a regulamentação da matéria por lei complementar. *In casu*, a Corte Suprema limitou-se a comunicar a decisão ao Congresso Nacional²⁰ para que este tomasse a iniciativa de legislar sobre o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.²¹

Nesse passo, importa tecer algumas considerações a respeito do mandado de injunção, visto que necessárias para melhor elucidação do tema.

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

3.1 Considerações gerais

O mandado de injunção, nos termos do art. 5º, LXXI, é uma ação constitucional que visa à regulamentação de determinada norma da Constituição Federal quando os poderes competentes para tal se quedam inertes. Explica Willis Guerra Filho que se trata de um “instituto para combater a ineficácia e violação de normas que consagram direitos e princípios fundamentais, em virtude de omissão do Poder Público em regulamentá-las devidamente”.²²

Eros Grau²³, citando Botelho de Mesquita, defende que o cabimento do mandado de injunção pressupõe um ato de resistência ao cumprimento do dispositivo constitucional, que não tenha outro fundamento senão a falta de norma regulamentadora.

A idéia do constituinte originário, em relação à eficácia do mandado de injunção, foi no intuito de assegurar um instrumento capaz de oferecer solução concreta para a lide em discussão, quando se tratasse de ausência de norma regulamentadora. Evita-se, dessa forma, que os direitos fundamentais se reduzam a meros programas ou proposições teóricas desprovidas de eficácia.²⁴

3.2 Correntes doutrinárias

Pelo fato de o referido instituto ainda ser carente de interpretações e regulamentações, a doutrina vem adotando diversos posicionamentos para explicar a eficácia e os efeitos da sentença do mandado de injunção. *A priori*, podemos citar duas correntes: concretista e não concretista.

A corrente concretista, por sua vez, subdivide-se em geral e individual, sendo que a concretista individual ainda se divide em direta e intermediária.

De acordo com a tese concretista, uma vez presentes os requisitos constitucionais para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, por meio de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e, dessa forma, implementa o exercício do direito, constitucionalmente assegurado, até que sobrevenha norma regulamentadora através do Poder competente. Esta corrente possui duas facções: geral e individual.²⁵

A corrente concretista geral sustenta que a decisão proferida pelo Judiciário tem efeitos *erga omnes*, sendo o direito implementado através de normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo Poder competente.²⁶ Referido entendimento não vem sendo bem recebido pela doutrina, segundo afirma Willis Filho:

não procede tal ponto de vista, por ser ação para a defesa de direitos (fundamentais) individuais, como o mandado de segurança. Já a só existência de limites objetivos da coisa julgada (CPC, art. 468) inviabilizaria estender a injunção a quem não foi parte do processo que a decidiu.²⁷

Defendendo a corrente concretista geral, o Ministro Eros Grau, citando Botelho de Mesquita, sustenta que a norma que será supletivamente formulada pelo Tribunal deverá abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes. Isto se deve pelo fato de que a atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional.²⁸

Há outra corrente, denominada de concretista individual, argumentando que a decisão proferida pelo juiz ou tribunal tão-somente surtirá efeitos para a parte litigante, podendo, dessa forma, exercer livremente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.²⁹

Por fim, insta destacar o posicionamento dos adeptos da corrente não-concretista, que se inclina no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de reconhecer formalmente a inércia do Poder Público em editar a norma regulamentadora do direito constitucional. Na mesma linha, entende Hely Lopes Meirelles:

Não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas inter partes. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário.³⁰

Portanto, a decisão injuntiva não efetiva de imediato o direito pleiteado, mas somente deverá dar ciência ao Poder competente para editar a norma faltante. Vê-se, assim, que a corrente não-concretista acaba equiparando o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revelando-se, dessa forma, como um instrumento inócuo, sem alcançar a injunção sua finalidade constitucional.³¹

4 EVOLUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE DIREITO DE GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO NO STF

4.1 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente não concretista do mandado de injunção

Logo após a promulgação da CF/88, o STF firmou o entendimento de que não cabe mandado de injunção para suprir a falta da norma. Adotava-se, pois, a corrente não-concretista.

Cita-se, por oportuno, o entendimento exarado, quando o STF conheceu do pedido de Mandado de Injunção n. 20/DF, em 01 de maio de 1994, pelo Ministro Celso de Mello, que declarou ilegal o exercício do direito, em razão da exigência constitucional, que à época ainda era de lei complementar³²:

Insuficiência de relevo de fundamentação jurídica em exame cautelar, da argüição de inconstitucionalidade de decreto estadual que não está a regular como propõem os requerentes o exercício do direito de greve pelos servidores públicos; mas a disciplinar uma conduta julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, até que venha a ser editada a lei complementar prevista no art. 37, VII, da Carta de 1988 – M.I. n. 20, sessão de 19.05.1994.³³

Ainda na evolução jurisprudencial do STF, também se conheceu do pedido de Mandado de Injunção n. 485-4/MT, no qual o Ministro Maurício Correa se pronunciou no sentido da ilegalidade da greve dos servidores públicos,

salientando a impossibilidade da aplicação analógica da Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve), como forma de suprir a lacuna deixada pelo legislador.³⁴

Insta destacar que já houve várias tentativas, mediante projetos de lei, no sentido de regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, eis que a matéria é ensejadora de intensa controvérsia. Todavia, até a presente data, nenhum deles foi aprovado.

É bem de ver que o STF, já na vigência da EC 19/98, decidiu que o direito de greve do servidor público civil ainda continuaria a depender de regulamentação, conforme se depreende da seguinte ementa de acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA N. 1.788, DE 25.08.98, DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Texto destinado à regulamentação do estágio probatório, que se acha disciplinado pelo art. 20 da Lei n. 8.112/90, com a alteração do art. 6º da EC n. 19/98 e, por isso, insuscetível de ser impugnado pela via eleita. Inviabilidade, declarada pelo STF (MI n. 20, Min. Celso de Mello), do exercício do direito de greve, por parte dos funcionários públicos, enquanto não regulamentada, por lei, a norma do inc. VII do art. 37 da Constituição. Não-conhecimento da ação.³⁵

Com o entendimento até então firmado pela Corte Suprema, verifica-se, pois, que os efeitos do mandado de injunção são idênticos aos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, a única coisa que o juiz pode fazer é dar ciência ao Poder competente quanto à falta da norma.

Ora, os Poderes são independentes, porém harmônicos entre si, refletindo no que se denominou de *checks and balances*. A regra, sem dúvidas, é a não-interferência, mas para o sistema ser harmônico, conforme idealizado por Montesquieu, a partir do momento em que um Poder esteja omissivo, não cumpra suas funções típicas ou desrespeite os direitos fundamentais, resta claro que poderá haver, excepcionalmente, em prol dos princípios republicanos e democráticos, a harmonização entre eles.^{36 37}

É o que ocorre no próprio controle de constitucionalidade, em que o Supremo, guardião da Constituição, atua como legislador negativo ao verificar que uma lei viola o texto constitucional. Isto é para a própria manutenção do sistema constitucional e sobrevivência do pacto federativo.

4.2 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente concretista do mandado de injunção

Como já visto, a teoria concretista defende que, satisfeitos os requisitos constitucionais para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, por meio de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e, por conseguinte, implementa o exercício do direito, constitucionalmente assegurado, até que sobrevenha norma regulamentadora através do Poder competente. Referida corrente se subdivide em geral e individual.

Para os defensores da primeira tese, ao julgar o mandado da injunção, o Poder Judiciário atribui eficácia imediata à norma constitucional. Já para a segunda, após o julgamento do mandado de injunção, fixa-se o prazo de 120 dias para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora do direito, e, se, findo o prazo, este permanece inerte, o Poder Judiciário deve estabelecer condições para o exercício do direito por parte do impetrante lesado.³⁸

Eros Grau, no seu voto no MI n. 712, ao tratar da mora legislativa na regulamentação do preceito do art. 37, VII, coloca a seguinte questão: o STF, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, presta-se a emitir decisões desnutridas de eficácia? É partindo desta indagação que analisaremos os julgados a seguir.

4.3 Os julgamentos dos Mandados de Injunção n. 708/DF, 712/PA, 670/ES do STF

Em 25 de outubro de 2007, o STF concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo – SINDIPOL (MI 670/ES), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM (MI 708/DF), e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP (MI 712/PA), em que se pretendia que fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Carta Republicana.

O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que coubesse, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, aplicando a corrente concretista geral.

Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos (adeptos da corrente concretista individual) e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do *writ* apenas para certificar a mora do Congresso Nacional (seguidor da tese da corrente não-concretista).

Importante destacar o entendimento de Gilmar Mendes, como ministro-relator do MI n. 708, no sentido de que a Corte Suprema reflita sobre a adoção de uma moderada sentença de perfil chamado de manipulativo ou aditivo, haja vista que o Tribunal não estaria definitivamente inovando, mas tornando aquilo que, eventualmente, o legislador já decidiu e, eventualmente, ampliando sua utilização para colmatar eventuais lacunas divisadas.

O ministro ressaltou que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral em relação às denominadas atividades essenciais é especificamente estabelecida nos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/89. Segundo Mendes, o legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido do direito de greve no âmbito do serviço público civil e também no âmbito de determinadas atividades, não podendo, entretanto, deixar de reconhecer o direito previamente definido na Carta Magna.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes identificou a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, na medida em que não é facultada ao legislador a opção de conceder ou não o direito de greve, podendo este apenas dispor sobre adequada configuração de sua disciplina. Outro ponto interessante destacado pelo ministro foi da competência da Justiça Comum para decidir as medidas cautelares nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual dos servidores que devem continuar trabalhando ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação, a fim de que não haja quebra da continuidade na prestação de serviços ou ainda a própria questão dos dias de paralisação.

Já Eros Grau, no MI n. 712, destacou que não cumpre ao Tribunal remover um obstáculo referente a um caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos. Outrossim, arrematou que a Corte, ao aplicar a corrente concretista geral ao mandado de injunção não estaria ferindo a independência e a harmonia entre os poderes (art. 2º, CF/88) nem tampouco a separação dos poderes (art.60, § 4º, III, CF/88). De acordo com o ministro, “o Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII, da Constituição, função normativa, porém não legislativa”.³⁹ Acerca da diferença entre função normativa e legislativa, manifestou-se o ministro:

A função legislativa é maior e menor do que a função normativa. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis (leis apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o); menos que a função normativa abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo.⁴⁰

Logo, no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo, não sendo, assim, uma lei.

Acerca da Lei n. 7.783/89 (Lei Geral de Greve), adverte o Ministro Eros Grau que referida lei não deve ser aplicada, exclusivamente, em sua plena redação, devendo o STF dar os parâmetros do seu exercício. Segundo Grau⁴¹, esses parâmetros não de ser definidos pela Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, pois norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só.

Ou seja, o Ministro sugeriu a aplicação da Lei de Greve ao serviço público, mas já sugerindo nova redação a alguns de seus dispositivos, adequando a norma à realidade da Administração Pública. Ficou claro, com a análise do voto, que a adequação da Lei n. 7.783/89 consistiu basicamente em:

- a) O serviço público é naturalmente atividade essencial, a ele se aplicando os regramentos da lei próprios deste tipo de atividade: notificação da greve com antecedência de 72 horas, pelo sindicato; e possibilidade de contratação, pela Administração Pública, de pessoal temporário para assegurar a regular continuidade do serviço. Aqui é importante destacar que a permissão para a contratação temporária pode vir a esvaziar o movimento paredista, já que o serviço não fica prejudicado em relação ao pessoal;
- b) Já que o serviço público é essencial, este não pode ser totalmente paralisado. Um percentual razoável de servidores deve assegurar a continuação, em resguardo da sociedade. O percentual, porém, não é fixado, ficando para as situações concretas, dependendo da natureza do serviço. Percentual este que será fixado, à luz do princípio da proporcionalidade, pelo juiz que apreciar a respectiva demanda;
- c) Constitui abuso do direito de greve a paralisação que comprometa a regular continuidade na prestação do serviço público. Trata-se de profunda subjetividade, pois não há elementos objetivos que possam identificar quando ocorrerá o comprometimento da prestação do serviço público. Mais uma vez, tal situação deverá ser solucionada pelo princípio da proporcionalidade.

Nos outros pontos, permanecem as disposições da Lei n. 7.783/89. Sugerimos uma reflexão: não estaria a Justiça Comum exercendo função normativa, ante a subjetividade permitida pelo STF, como de fato já ocorre com a Justiça do Trabalho? A diferença (bem evidente, por sinal), é o fato de que a função normativa da Justiça do Trabalho deriva da própria Constituição, nos termos do art. 114, enquanto que no caso da Justiça Comum, a criação vem do próprio STF. Será que ele tem poder para tanto?

No exercício de sua função normativa, o STF até que poderia ter feito outras modificações para evitar interpretações perigosas. Poderia, por exemplo, ter modificado termos como “empregado” e “empregador” por “servidor público” e “Administração Pública”, respectivamente, para conferir a real abrangência da decisão. Além disso, poderia ter excluído a referência a Acordo e Convenção Coletiva de Trabalho, por serem modalidades incompatíveis com a Administração Pública.

E, na mesma linha, ter excluído a possibilidade de arbitragem no conflito coletivo em serviço público, ante a indisponibilidade dos interesses da Administração. Ainda, sem esgotar outros pontos, caberia excluir, no art. 14, a referência à Justiça do Trabalho, já que a greve envolvendo servidores estatutários há de ser decidida pela Justiça Comum, estadual ou federal (por consequência da decisão proferida na ADI n. 3395-DF).

5 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO

5.1 Considerações gerais

Na Administração Pública, vigora o princípio da continuidade do serviço público que dispõe que os serviços públicos não podem ser interrompidos, paralisados, nem prejudicados, devendo, assim, ter normal continuidade. Referido princípio é, sem dúvidas, corolário do princípio da supremacia do interesse público, pois, em ambos se pretende que a coletividade não seja prejudicada por conta de interesses particulares.⁴²

Diante disso, Carvalho Filho⁴³ explica que encontramos a aplicação do referido princípio exatamente no fato de a Constituição ter condicionado seu exercício do direito de greve do servidor público à edição de lei ordinária que trate especificamente da matéria. Ainda que no setor privado, tal princípio encontra guarida quando o § 1º do art. 9º prevê que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

Lúcia Valle de Figueiredo destaca que o direito de greve “não pode esgarçar os direitos coletivos, sobretudo relegando serviços que ponham em perigo a saúde, a liberdade ou a vida da população”.⁴⁴

Por outro lado, é bem verdade que a continuidade dos serviços públicos não pode ter caráter absoluto, não obstante seja a regra geral. Existem algumas situações específicas que excepcionam o princípio, como em contrato administrativo e paralisação temporária da obra para expansão e melhoria dos serviços.

No caso das paralisações de servidores públicos, percebemos que há, *a priori*, um conflito entre o direito fundamental de greve, inerente a todo

cidadão (art. 9º, CF), e especificamente ao servidor público (art. 37, VI, CF), e o princípio da continuidade do serviço público (artigo 37, CF), que norteia a Administração Pública. A fim de esclarecer as dúvidas que circundam ao redor do tema, é importante analisar, ainda que rapidamente, as restrições dos direitos fundamentais.

5.2 A restrição de direito fundamental de greve e o princípio da proporcionalidade

As restrições de direitos fundamentais ocorrem, segundo o jurista português Jorge Reis Novais⁴⁵, quando há qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, seja ele Executivo, Legislativo ou o Judiciário, no sentido de afetar de forma desvantajosa o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando as vias de acesso ao bem nele protegido e a possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais de um direito fundamental. Há, assim, o enfraquecimento de deveres e obrigações, em sentido amplo, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.

Uma teoria das restrições dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que direitos fundamentais são restritos, limitados, relativos, que não são absolutos. Assim, ante a limitação dos direitos, percebemos que o caráter restritivo é um dos traços característicos do próprio conceito de direito, e, portanto, do conceito de direito fundamental.⁴⁶

No campo da restrição dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade atua como critério interpretativo face à otimização do arcabouço sistemático de valores consagrados pela Constituição. Amini Campos⁴⁷ explica que quando ocorre uma colisão entre direitos e princípios fundamentais, deve-se buscar uma solução conciliatória, em que o princípio da proporcionalidade tem se revelado imprescindível.

A doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, segundo explica José Sérgio Cristóvam⁴⁸, estabeleceram três elementos que compõem a máxima (princípio) da proporcionalidade, quais sejam: conformidade ou adequação dos meios, exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), Raquel Stumm⁴⁹ entende que à medida que pretende realizar o interesse público, deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. Para Cristóvam⁵⁰, a satisfação do interesse público deve ser buscada segundo meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a existência de conformidade entre os meios empregados e os fins inscritos na norma.

O princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo Raquel Stumm, assevera que a opção feita pelo legislador ou Executivo no caso deve ser “a melhor e a única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor

custo ao indivíduo”.⁵¹ A opção escolhida deve ser aquela menos gravosa e que em menor dimensão restrinja e limite direitos fundamentais.⁵²

Insta salientar que a simples maximização de um direito fundamental, consoante Cristóvam⁵³, não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da providência restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado.

Pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação (*Verhältnismässigkeit*), os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.

Diferenciando os três subprincípios da proporcionalidade ou máximas, Cristóvam⁵⁴ explica que a máxima da ponderação entende os princípios como mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas.

Segundo Raquel Stumm⁵⁵, a lei de ponderação não é um procedimento abstrato ou geral, ao revés, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática.

O princípio da concordância prática revela-se como sendo um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, no sentido que a Constituição seja preservada na maior medida possível.

In casu, não existindo a lei específica que regulamenta o direito de greve do servidor público, caberá ao Judiciário, portanto, o dever de examinar a situação concreta e decidir se a medida eleita, ou seja, se as paralisações oriundas do direito fundamental de greve do servidor não afrontaram um princípio norteador da Administração Pública (continuidade do serviço público), que acaba sendo, de um outro lado, direito fundamental de cidadãos (leia-se coletividade) de terem acesso aos serviços públicos essenciais, como saúde e educação. Dessa forma, o juiz, aplicando o princípio da proporcionalidade, analisará qual direito fundamental deverá prevalecer na situação fática, precedendo aquele outro direito efetivado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de greve do servidor público civil, a que se refere o art. 37, VII, da Constituição da República, alcança patamar de direito fundamental multigeracional, eis que abrange, a um só tempo, os ideais da liberdade clássica, da igualdade, em seus aspectos econômicos, sociais e culturais, da solidariedade, da democracia, informação e pluralismo, e, ainda, do direito à paz. Constitui-se, dessa forma, um instrumento democrático a serviço da cidadania e da dignidade humana.

Ocorre que a previsão constitucional do aludido direito, em relação aos servidores públicos civis, revela-se discutível, ante a necessidade de regulamentação por lei específica e da inércia do Poder Legislativo no sentido de atender ao que dispõe o art. 37, VII, da Carta Política de 1988.

Logo após a promulgação da CF/88, o STF firmou o entendimento de que não cabe mandado de injunção para suprir a falta da norma. Adotava-se, pois, a corrente não-concretista. A partir do julgamento dos Mandados de Injunção n. 708/DF, 712/PA, 670/ES, o STF permitiu a aplicação, no setor público, da Lei n. 7.783/89, que regula a greve no setor privado, suprindo-se, destarte, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. O STF adotou, *in casu*, a corrente concretista geral do mandado de injunção, provocando, no entanto, inúmeras discussões.

Ocorre que o exercício do direito de greve não pode ser absoluto, como destacou o Supremo Tribunal, devendo-se respeitar um mínimo necessário para as chamadas atividades essenciais em prol do interesse público. Atividades estas que devem ser avaliadas à luz do princípio da proporcionalidade no percentual que devem continuar obrigatoriamente disponíveis à sociedade no caso de greve.

Sugerimos, pois, algumas reflexões: não estaria a Justiça Comum exercendo função normativa, ante a subjetividade permitida pelo STF em vários momentos, como de fato já ocorre com a Justiça do Trabalho? A diferença (bem evidente, por sinal), é o fato de que a função normativa da Justiça do Trabalho deriva da própria Constituição, nos termos do art. 114, enquanto que no caso da Justiça Comum, a criação vem do próprio STF. Será que ele tem poder para tanto?

É interessante destacar que a ilegalidade não é de quem exercita o direito em face da lacuna do sistema normativo, mas do Poder Legislativo, vale dizer, do Congresso Nacional, que, passados 18 anos da promulgação do Texto Constitucional, até hoje não cumpriu o dever, que lhe é inerente, de produzir uma lei que atenda à exigência do art. 37, VII, da Constituição.

A interpretação constitucional deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita ao seu texto, abrangendo ainda uma dimensão que supera os aspectos lingüísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade, portanto, deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva. Só assim, os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do princípio do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 40, p. 15-22, nov./dez, 2006.
- CAMPOS, Amini Haddas. *O Devido processo proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a representação interventiva*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELO, Raimundo Simão de. *A greve no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006.
- MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- RAPASSI, Rinaldo Guedes. *Direito de greve dos servidores públicos*. São Paulo: LTr, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos, SILVA, Juliana Araujo Lemos da. Direito de greve do servidor público como norma de eficácia contida. *Revista LTR - Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 69, n. 5, mai. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VALLE, Lúcia Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A greve no serviço público. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho* (estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa). São Paulo: LTR, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹ “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”

² STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

³ Willis Guerra Filho entende que é melhor falar em dimensões de direitos fundamentais, uma vez que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Além disso, “os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 47).

⁴ Em relação aos direitos fundamentais do homem, é mister reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do vasto rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor no terceiro milênio oferecem aos indivíduos e à coletividade.

⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

⁶ Paulo Bonavides defende que os direitos sociais são cláusulas pétreas, devendo o §4º, IV, do art. 60, da Carta Magna, ao trazer como limitação material os direitos e garantias individuais, ser interpretado à luz da Nova Hermenêutica constitucional, amparada pelos princípios do Estado Democrático de Direito. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641).

⁷ *Ibid.*, p. 571.

⁸ BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. In: *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 40, nov./dez, 2006, p. 18-19.

⁹ Reza o referido dispositivo que “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”.

¹⁰ STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

¹¹ Loc. cit.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 638.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264.

¹⁴ Há outras correntes acerca da efetividade de normas constitucionais, como a sustentada por Luís Roberto Barroso, que distingue três espécies de normas à luz da Constituição: normas de organização, normas definidoras de direitos e as normas programáticas. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006).

¹⁵ Eros Grau, em um primeiro momento, defendeu que o referido dispositivo constitucional era provido de eficácia contida. Destaca que o debate, atualmente, torna-se desnecessário, já que a Suprema Corte já consolidou o entendimento de que se trata de uma norma de eficácia limitada (MI n. 20). A solução deve ser encaminhada no sentido de viabilizar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis. Sugerimos a leitura da íntegra do voto do Ministro Eros Grau, relator do Mandado de Injunção 712-8 / Pará.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104.

¹⁷ MELO, Raimundo Simão de. *A greve no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006, p. 53.

¹⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos, SILVA, Juliana Araujo Lemos da. Direito de greve do servidor público como norma de eficácia contida. *Revista LTR - Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTR, v. 69, n. 5, maio/2005.

¹⁹ Ibid.

²⁰ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A greve no serviço público. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho* (estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa). São Paulo: LTR, 1998, p. 564.

²¹ Vejamos que no referido julgamento o STF equiparou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deixando um instrumento totalmente inócuo.

²² GUERRA FILHO, op. cit., p. 137.

²³ STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

²⁴ GUERRA FILHO, op. cit., p. 139.

²⁵ LIMA, op. cit., p. 271.

²⁶ Ibid., loc. cit.

²⁷ GUERRA FILHO, op. cit., p. 154.

²⁸ STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

²⁹ Ibid.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a representação interventiva*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

³¹ Interessante aqui mencionar que o STF vem suavizando o alcance da corrente não-concretista, ao autorizar que os beneficiários (ou prejudicados, dependendo do ponto de vista, ante a inocuidade do instituto) da sentença de mandado de injunção busquem as vias ordinárias para postular a reparação do dano sofrido pela omissão do Legislativo, com base no direito comum, desde que o Congresso Nacional não regulamentasse a matéria no prazo indicado pelo Supremo, qual seja, seis meses.

³² VELLOSO, op. cit., p. 563-564.

- ³³ STF/Pleno, ADIN 1306/BA, Rel. Min. Octavio Galloti, julg. 30.06.1995, DJU 27.10.1995.
- ³⁴ RAPASSI, Rinaldo Guedes. *Direito de greve dos servidores públicos*. São Paulo: LT, 2005, p. 99.
- ³⁵ STF/Pleno, ADI-1880/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 09.09.1998, DJ 27.11.1998, p. 7.
- ³⁶ Acerca da função política exercida pelo o STF, explica o professor José de Albuquerque Rocha que “em um sistema político-jurídico, quem tem a atribuição específica de interpretar sua lei constitucional, coloca-se em posição de proeminência em relação a todos os seus poderes. Converte-se, pois, em peça capital do sistema, em garantia das garantias dos direitos fundamentais, o que nos permitiria afirmar que no Brasil, a Constituição não é simplesmente a Constituição, mas a Constituição interpretada pelo Judiciário”. (ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 70).
- ³⁷ Caso o Supremo se afaste da vontade da Constituição, substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo de forma ilegítima, já que não foram escolhidos para exercer esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao tribunal tais atribuições. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 233).
- ³⁸ Os instrumentos-processuais, como o mandado de segurança, habeas data, habeas corpus e o mandado de injunção, de acordo com a professora Ada Grinover, “não são simples ações, reconduzíveis ao princípio de que ‘a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, da CF). Se assim fosse, não haveria necessidade de a Constituição delinear, em separado, os referidos remédios. O certo é que os instrumentos constitucional-processuais são ações a que a Constituição atribuiu – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – eficácia potenciada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 98).
- ³⁹ STF/Pleno. MI 712/Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.
- ⁴⁰ *Ibid*, p, 24.
- ⁴¹ *Ibid*, p. 28.
- ⁴² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 28.
- ⁴³ *Ibid*, p. 28.
- ⁴⁴ VALLE, Lúcia Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 615.
- ⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais. Não expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 157.
- ⁴⁶ MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006, p. 71.
- ⁴⁷ CAMPOS, Amini Haddas. *O Devido Processo Proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001, p. 144.
- ⁴⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 215.
- ⁴⁹ STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79.
- ⁵⁰ CRISTÓVAM, op. cit., p. 215.
- ⁵¹ STUMM, op. cit., p. 79-80.
- ⁵² CRISTÓVAM, op. cit., p. 217.
- ⁵³ *Ibid*, p. 218.
- ⁵⁴ *Ibid*, p. 220.
- ⁵⁵ STUMM, op. cit., p. 81.

THE RIGHT TO STRIKE FOR CIVIL SERVANTS REGULATED UNDER THE ACT FOR CIVIL SERVANTS OF BRAZIL: AN ASSESSMENT BASED UPON FUNDAMENTAL RIGHTS AND CASE LAW FROM THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT

The right to strike, which reached fundamental right status, represents one of the most important achievements of individuals on the field of labor relations. However, an equally important question arises as Article 37, VII, of Brazilian Constitution, which regulates the right to strike for civil servants, conditions the practical use of such right to the edition of a specific statute on the subject, measure still to be taken by the competent authorities. The Federal Supreme Court (STF), starting from judicial precedent MI 20/DF, from 05.01.1994, has settled the view that the aforementioned constitutional rule has limited efficacy, implying that its main consequence is to set impose to the courts the obligation to inform the competent Power on the legal omission, view based upon the non-concretist theory of the writ of injunction. However, this view has recently changed, with judgment of MI 708/DF, MI 712/PA e MI 670/ES, from 25.10.2007, of as the use of Act 7.783/89, regarding strike in private sector, was allowed in order to regulate strikes in public sector, thus filling the space left by the inaction of Legislative Power. In all this sense, this paper intends to examine the efficacy of the right to strike taking into account the theory of fundamental rights and the case law extracted from judgements made by the Federal Supreme Court of Brazil, bearing in mind that the solution for this conflict has to be duly explained and justified to society, as demanded by the principles inherent to a democratic State governed under the rule of Law.

KEYWORDS: Strike. Fundamental rights. Civil servants of Brazil. Efficacy. Federal Supreme Court.

DROIT DE GRÈVE DU FONCTIONNAIRE PUBLIC: UNE ANALYSE DES MANDADOS DE INJUNÇÃO N. 708/DF, 712/PA ET 670/ES DE LA COUR SUPREME BRESILIENNE EN CONFORMITE AVEC LA THEORIE DES DROITS FONDAMENTAUX

RÉSUMÉ

Le droit de grève représente l'une des plus grandes conquêtes de l'individu dans le domaine du travail, à partir duquel il s'est élevé au rang de droit fondamental. L'intérêt du sujet se présente en raison des dispositions de l'art. 37, alinéa VII, de la Constitution fédérale brésilienne de 1988, qui prévoit le droit de grève des fonctionnaires publics, mais qui renvoie ses conditions d'exercice à une loi spécifique sur le sujet, qui n'a pas été adoptée jusqu'à nos jours. La Cour suprême avait émise une décision de principe dans *MI 20/DF*, du 01 mai 1994, à plusieurs reprises consolidée, selon laquelle ledit dispositif constitutionnel est pourvu d'efficacité limitée. Elle a appliqué ainsi le courant non-concrétiste du mandat d'injonction, en se limitant à donner science au pouvoir compétent qu'il devrait éditer la norme absente. Néanmoins, on a vu récemment un renversement de cette jurisprudence, avec les décisions *MI 708/DF*, *MI 712/PA* et *MI 670/ES*, du 25 octobre 2007, permettant l'application, dans le secteur public, de la Loi n. 7.783/89, qui réglemente la grève au privé, afin de combler la lacune laissée par le pouvoir législatif. L'étude analyse donc cette récente jurisprudence de la Cour suprême, à la lumière de la théorie des droits fondamentaux, pour enfin la justifier devant la société, selon les exigences de l'État démocratique.

MOTS-CLÉS: Grève. Droits Fondamentaux. Fonctionnaire public. Efficacité. Cour suprême.



atendimento@graficalcr.com.br

www.graficalcr.com.br

(85) 3272.7844

Este número da revista foi composto na fonte GoudyOlSt BT, corpo 11.
O miolo foi impresso em papel AP 75 g/m² e a capa em cartão supremo 250 g/m².
Impresso pela Gráfica LCR.