

FIDZS



V. 1, n. 1, fev./jul. 2010. ISSN 2177-1383.

FIDES, Natal, v. 1, n. 1, fev./jul. 2010

ISSN 2177-1383

Conselho editorial:

Carolina Souza Mariz Maia
Charles Henrique Moreira Sales
Jair Soares de Oliveira Segundo
Jéssica Araújo Batista
Morton Luiz Faria de Medeiros
Patrícia Borba Vilar Guimarães
Pedro Rezende Santos Feitoza
Thiago Neviani Cunha
Viviane Salviano Fialho

Orientadores da edição:

Morton Luiz Faria de Medeiros
Patrícia Borba Vilar Guimarães

Editor-geral:

Jair Soares de Oliveira Segundo

Editores:

Jair Soares de Oliveira Segundo
Jéssica Araújo Batista
Pedro Rezende Santos Feitoza
Viviane Salviano Fialho

Editores de design:

Jair Soares de Oliveira Segundo
Pedro Rezende Santos Feitoza



CAPA: *Lonely Bench* - Detalhe de imagem de pintura à óleo cedida pelo pintor Leonid Afremov.

S
W
D
E
F

Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade



EDITORIAL

Nasce a Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, a FIDES!

Essa revista científica eletrônica traz em sua sigla três nuances: uma FIDES confiança, uma FIDES filosofia, uma FIDES democratização de acesso ao conhecimento!

A raiz da palavra *fides* advém do latim e significa fé, confiança. Esta é a primeira nuance. A segunda, por sua vez, inspira-se na ideia de criação de um grupo de discussão jusfilosófica para pessoas *desocupadas da reprodução 'chicleteana' e autômatas das ideias*, o filosofia para desocupados. E a terceira é a nuance revista eletrônica, é a democratização de acesso ao conhecimento, é a que indica não apenas a gratuidade de acesso aos textos completos na internet, mas também o intuito de implementação de uma cultura de incentivo à pesquisa científica no âmbito da graduação!

Esclarecida a tríplice origem do nome da revista, veremos que tanto mais diamantina é a delimitação de seu escopo.

O que é uma revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade?

Em breves palavras, a FIDES é uma revista eletrônica de Filosofia aplicada que abrange elementos jurídicos, estadísticos e sociológicos. Em relação aos elementos estadísticos e sociológicos, nada novo! Mas, quanto aos elementos jurídicos, estes nem sempre serão os provenientes de lei, doutrina ou jurisprudência, e sim, por vezes, a simples normatividade que emana da convivência em sociedade. O *calcanhar de Aquiles*, no entanto, está no viés filosófico! Se a própria Filosofia às vezes é vista como algo vago e sem objeto, e às vezes como algo denso e com objeto complexo, o que, para a Revista FIDES, caracterizaria um texto como texto filosófico? Bem... nesta edição optamos que seja a *desocupação com a reprodução 'chicleteana' e autômatas das ideias*, ou, noutras palavras, o ato de pensar sobre...

Os pilares da FIDES são a simplicidade, a informalidade e o incentivo à pesquisa e produção científicas. Simplicidade na linguagem, nas apresentações visual e conceitual, e nos procedimentos. Informalidade em favor do incentivo à publicação, mas sem descurar do rigor científico necessário à seriedade e utilidade dos trabalhos. Incentivo à pesquisa e produção científicas que sinaliza para a transformação de paradigmas que alimentam a produção mecânica do conhecimento. Da mesma forma, tal incentivo garante que nenhum trabalho submetido à FIDES será excluído aprioristicamente do processo de avaliação por motivo de inobservância de critérios formais.

Após os esclarecimentos iniciais, algumas palavras sobre a primeira edição cuja ideia nasce ainda no ano passado, em meados de dezembro.

De início, nada mais justo que registrar um agradecimento especial aos professores que acreditaram no projeto e estão ajudando a escrever – literalmente – o primeiro capítulo da história dessa revista científica. Aos profs. Anderson Souza da Silva Lanzillo, André Dantas Elali, Edilson Pereira Nobre Júnior, Fábio Bezerra, Francisco Barros Dias, Leonardo Martins, Marco Bruno Miranda Clementino, Mariana de Siqueira, Morton Luiz Faria de Medeiros, Patrícia Borba Vilar Guimarães, Paulo Renato Bezerra, e Yanko Marcus de Alencar Xavier o nosso mais carinhoso muito obrigado!

Agradecemos também a todos os autores que enviaram seus artigos; aos profs. Morton Luiz Faria de Medeiros e Patrícia Borba Vilar Guimarães pelos estímulos iniciais; a Fabrícia Pessoa Serafim e a Renato Lima Martins também pelo estímulos iniciais; ao prof. Edilson Pereira Nobre Júnior pelas lições de *fides*, essenciais ao nascimento da revista; a Renata Bezerra de Oliveira pela gentileza de fazer a revisão dos resumos em língua estrangeira; à prof^a. Ana Lúcia A. Aragão, Diretora do CCSA-UFRN, pela autorização do primeiro domínio de internet; a Brenno Costa pela instalação do sistema; e a todos os membros do Conselho Editorial pelo trabalho e dedicação na implementação da revista!

A edição que apresentamos é composta de três seções. A primeira traz textos curtos dos membros do Conselho Científico, e o intuito é promover uma aproximação com os leitores/autores da revista. Na segunda seção, temos artigos científicos convidados. Na terceira, artigos científicos de graduandos de Instituições de Ensino Superior no Rio Grande do Norte, na Paraíba, no Rio de Janeiro e no Paraná que passaram pelo processo de avaliação cega por pares.

Com menos de dois meses entre a ideia inicial e a concretização da primeira edição, percebe-se o quão efêmeros foram os prazos e, com isto, o rigor editorial, deveras, foi em parte amainado. Isto, contudo, sem perder de vista a busca pela qualidade dos trabalhos.

Enfim, desejamos a todos uma boa leitura! Que seja agradável e proveitosa!

Vamos aos textos!

Natal/RN, 18 de fevereiro de 2010.

Conselho Editorial

SUMÁRIO

DIREITO E LINGUAGEM – UM ITINERÁRIO FILOSÓFICO <i>Anderson Souza da Silva Lanzillo</i>	4
IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE EDUCAÇÃO: FAVOR OU OBRIGAÇÃO DO ESTADO? <i>André Elali</i>	9
O TRIUNFO DE SIEYÈS <i>Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	11
UMA PALAVRA AMIGA <i>Fábio Bezerra dos Santos</i>	16
O SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES EFICÁCIA E EFEITO ENTRE ALGUNS DOUTRINADORES NA TEORIA GERAL DO DIREITO E NO CAMPO PROCESSUAL <i>Francisco Barros Dias</i>	18
QUANDO A PUBLICIDADE E O PROGRAMA SE MISTURAM NA TV ABERTA: O CHAMADO “PRODUCT PLACEMENT” NA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA DEVE SER PROIBIDO? <i>Leonardo Martins</i>	22
POR QUE FILOSOFAR? <i>Marco Bruno Miranda Clementino</i>	28
A RELEVÂNCIA DA PESQUISA CIENTÍFICA NA FORMAÇÃO DOS DISCENTES <i>Mariana de Siqueira</i>	31
O PAPEL DA PESQUISA EM SOCIOLOGIA DO DIREITO <i>Patrícia Borba Vilar Guimarães</i>	33
UM CONVITE À DISCUSSÃO <i>Paulo Renato Guedes Bezerra</i>	38
ARTIGOS CIENTÍFICOS CONVIDADOS	
DIALÉTICA DA RAZÃO E ESPECIALIZAÇÃO DOS SABERES: O DESENVOLVIMENTO HUMANO EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO CULTURAL <i>Fábio Bezerra dos Santos</i>	42
AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E A REFORMA PROCESSUAL PENAL <i>Marco Bruno Miranda Clementino</i>	50
ARTIGOS CIENTÍFICOS	
A JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA VISÃO FILOSÓFICA DE JOHN RAWLS <i>Arrison Henrique Souza de Oliveira</i>	61
AÇÃO AFIRMATIVA: A PRÁTICA DA IGUALDADE SOB A PERSPECTIVA DE FLÁVIA PIOVESAN (BRASIL) E RONALD DWORKIN (EUA) <i>Erika Karine Santos</i> <i>Valesca Caetano Bezerra</i>	71
ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE FALSOS E AUTÊNTICOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS PARA O DIREITO PENAL ECONÔMICO <i>Fernando dos Santos Lopes</i>	87
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Jair Soares de Oliveira Segundo</i>	107
O CONSTITUCIONALISMO DE HANS KELSEN CONTRAPOSTO AO DE CARL SCHMITT <i>Márcio Araújo de Mesquita</i> <i>Abner Vellasco</i>	125
A PROBLEMÁTICA DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO: PARADOXO NO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO <i>Marta Thais Leite dos Santos</i> <i>Ronaira Costa Ribeiro</i>	140
A LEGITIMIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A REALIDADE BRASILEIRA <i>Renata Bezerra de Oliveira</i> <i>Guilherme Arruda Pereira Silva</i>	154
A NORMA JURÍDICA E O PIÃO NORMATIVO <i>Thiago Neviani da Cunha</i>	167
O PENSAMENTO BECCARIANO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS NA OBRA “DOS DELITOS E DAS PENAS” <i>Vanessa Raíres Ribeiro de Medeiros</i>	180

DIREITO E LINGUAGEM – UM ITINERÁRIO FILOSÓFICO

*Anderson Souza da Silva Lanzillo**

Toda trajetória de estudo, toda trajetória científica, possui um móvel, algo que inicia todo um processo de busca e indagações. Contudo, este móvel não é nada científico, estudado ou milimetrado. É algo que se finca nas nossas emoções, traz algo de si, mesclando a subjetividade e a objetividade na busca paradoxal desta coisa que queremos isenta, universal e reveladora: a verdade. E comigo não poderia ser diferente.

Antes de entrar na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, dois interesses sempre caminharam nesta busca: a filosofia e a sede de conhecimento de línguas, da linguagem. O que sempre me intrigou (e intriga-me até hoje) é a possibilidade de comunicação. Como podemos nos comunicar? Como palavras podem nos mover pelo mundo? Mais intrigante: como palavras, orais ou escritas, são marteladas e reforjadas todos os dias nos tribunais, nos palanques da política, nas conversas dos cidadãos e organizar a nossa sociedade? Por que essas mesmas palavras de uma hora para outra não surtem efeito, mergulhamos no caos para nos entregarmos aos bramidos desesperados das tragédias sociais, das guerras e das catástrofes? Mistério.

Mas parece que estas indagações minhas encontraram naqueles primeiros anos um ressoar provocativo: era o livro de introdução ao estudo do Direito do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Ao tratar o Direito utilizando os conhecimentos da Lingüística e da Retórica, sabia que a minha visão de Direito não poderia ser a mesma afirmada e reafirmada (não sei se afirmam isto agora, espero que não) do Direito como instrumento de coerção social. O Direito era-me apresentado como uma tecnologia social, um saber voltado ao problema da decidibilidade. Decidibilidade, palavra sonora, eu entendia alguma coisa, mas a Filosofia é como as plantas: semeamos de manhã, mas precisamos do tempo para colher seus frutos. E o tempo passou.

E o tempo passou e lá vai eu ensinando uma disciplina como professor substituto, uma disciplina que ninguém queria ensinar: Hermenêutica Jurídica. Hoje virou moda, mas naquela época... Bem, a disciplina mostrou-me que a Filosofia não queria largar de mim e fez-

* Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

me despertar para um segundo problema da linguagem, cotidiano e corriqueiro do Direito: a interpretação. Estava aí a raiz e a chave de muitas questões colocadas pelo fazer jurídico. Há interpretação correta? Há um sentido nas palavras que compõe o universo do Direito? Há objetividade na interpretação? Estas questões surgiam e desta vez era bastante diferente: não estavam apenas flutuando furtivamente na minha cabeça em manobras arriscadas, mas eram lançadas aos meus alunos e o interessante que provocavam reações diversas de paixão, incompreensão, raiva e indiferença.

Veio o mestrado, comecei a gozar de benefícios de uma bolsa de estudo e interrompi por um tempo a docência. Fazia mestrado em Direito Constitucional e a Filosofia tratou de buscar-me de novo: ao estudar Teoria do Direito Constitucional, fui apresentado à Lógica de Frege e Russel (lógica proposicional) e isso me levou a outra dimensão da linguagem no Direito: a Lógica. Lógico, vieram as indagações: há alguma Lógica no Direito? Se há lógica, quais seriam estas regras? O Direito poderia ser descrito num sistema formal de regras?

Terminou o mestrado e voltei a ser professor substituto e voltei a ensinar Hermenêutica Jurídica. Se há uma disciplina que eu nunca consegui ensinar com base nos mesmos conteúdos foi essa, já que a minha própria concepção sobre a Linguagem e o Direito mudava e continua mudando, já que, se pela Filosofia buscamos a verdade, não podemos entronizar um conhecimento como verdade.

Fui aprovado posteriormente para o Departamento de Direito Privado para lecionar disciplinas voltadas ao Direito Empresarial. Aparentemente a Filosofia acabou, o neoliberalismo pragmático da dogmática jurídica reclamou seu império até que a Revista Fides me fez deparar com a filosofia de novo. Coisas do destino.

Mas quem disse que por lecionar Direito Empresarial a Filosofia acaba? Quero aproveitar então para falar um pouco das minhas idéias sobre o ensino e a pesquisa da Filosofia no Direito.

Parafrazeando o filósofo da ciência Karl Popper, todos somos filósofos, o que muda é essa medida, esta propensão para o filosofar. Contudo, afastamos diariamente esta propensão, queremos certezas para viver no mundo. Não percebemos que a nossa atividade enquanto jurista ou mesmo estudante de Direito está cercada de conceitos filosóficos que se tornaram alicerces dos diversos ramos do Direito e da sua prática em geral. Se hoje falamos de Direito Constitucional e limitação do poder pela Constituição, agradeça à Filosofia. O Direito é muito mais ligado à Filosofia do que pode pensar em geral o jurista ou estudante do Direito, mas ele não percebe.

Você que me lê pode fazer um teste: peça a um cidadão para interpretar um artigo da Constituição Federal de 1988 e você verá a distância desta interpretação com a de um jurista. Isso acontece, pois a nossa interpretação jurídica está contaminada de conceitos filosóficos que orientam a nossa prática hermenêutica.

Não sem razão, além de estar intrinsecamente ligado à Filosofia, o Direito é uma prática eminentemente hermenêutica. Mas essa hermenêutica não é a mera narração de uma história, é um modo de vida, é um fazer coisas, no sentido da Pragmática e encontrado na Linguística. Pelo Direito fazemos coisas. Só que a Hermenêutica que é estudada nos cursos de Direito está sob uma forma domesticada, outrora sob o pálio da Doutrina, hoje conduzida pela toga da Jurisprudência. Não é incomum meus alunos me perguntarem: professor, qual é a posição do STJ sobre isso? Falo para eles e a curiosidade é satisfeita. Podemos voltar a andar tranquilos sobre o chão de nossas certezas.

Então, qual é a importância da Filosofia no estudo e pesquisa no curso de Direito, pensando neste eixo Direito e Linguagem? A importância está em tornar indócil o Direito, retirá-lo do seu estado domesticado. Precisamos como professores e alunos a colocar à luz do dia os pressupostos filosóficos dos ramos do Direito, da nossa atividade que desembocam no nosso modo de ser, na nossa Hermenêutica Jurídica. Dentro do meu itinerário e programa, precisamos indagar a nossa hermenêutica, colocá-la a nu.

Verdade que a filosofia é uma atitude perturbadora: ela possui um espírito infantil de porque. Mas toda formação não é completa se não habilitamos nossos alunos e futuros juristas com o espírito da indagação. As revoluções jurídicas (digo melhor, as revoluções científicas) são essencialmente filosóficas, pois corroem conceitos carcomidos e trazem à discussão novas possibilidades. O questionador é um bicho chato, mas importante em toda atividade para que não cegue diante de qualquer ilha da verdade.

Talvez a culpa nossa como professores é que queremos ensinar Filosofia, queremos colocá-la no ensino do Direito, mas algo está deslocado entre nossos alunos, surgem conflitos. O que está de errado? É que esquecemos que antes de aprender a discutir a tradição filosófica precisamos aprender e ensinar a filosofar. O Filosofar é primeiro à Filosofia. Desta maneira, a pesquisa voltada aos temas jusfilosóficos devem possuir a ousadia não apenas de mandar os alunos buscarem uma imensa bibliografia sobre um tema como Estado de Direito, mas perguntar a eles: o que vocês pensam sobre o Estado de Direito, o que é isso? Assim começamos a Filosofar antes da própria filosofia e compreender a idéia kantiana de que não se aprende Filosofia, mas apenas Filosofar.

Implantar a idéia do filosofar dentro de um programa de Hermenêutica pode ter a seguinte forma: o professor escolhe os conceitos fundamentais da disciplina (os juristas colocaram isso nos princípios) e junto aos alunos fazemos uma investigação autônoma desses conceitos. Feito isso, comparamos com a hermenêutica desses conceitos na doutrina e na jurisprudência e promovemos o debate. Com isso estamos filosofando!! A partir deste debate recorreremos agora à tradição filosófica. Para ilustrar com minha atividade, com o instituto da Recuperação Judicial traz em si o princípio da preservação da empresa. Dentro deste roteiro, primeiro os alunos seriam indagados a darem seu conceito sobre este princípio, compararíamos estes conceitos com os trabalhados na doutrina e na jurisprudência e aprofundaríamos o debate com as discussões presentes na literatura filosófica de cunho econômico e político.

Aqui estão algumas idéias e todas elas devem ser testadas e retestadas. Mas o principal de tudo: o professor não pode colocar isso como algo lateral da disciplina, tem que ser central. O aluno deve perceber que aquilo faz parte da formação e não está ali como adereço. Se ele perceber que o professor colocou isso apenas para dizer que é moderno, ele não levará a sério.

Gostaria de terminar o meu texto com umas breves considerações sobre minhas pesquisas filosóficas atuais.

No aprofundamento das minhas pesquisas, posso dizer que minha posição filosófica está no meio da tradição da hermenêutica filosófica e da filosofia analítica, comungando posição com o filósofo do Direito Gregório Robles. No entanto, possuo hoje uma grande predileção pela pesquisa na área de Lógica aplicada ao Direito.

Vivendo num mundo de revolução provocada pela Informática, é estranho perceber que no Brasil a comunidade acadêmica no Brasil não despertou fortemente para as relações entre Cibernética, Lógica e Inteligência Artificial aplicada ao Direito. O estranho é plausível de se sentir, pois há experimentações com o uso de sistemas especialistas para o Direito e a crescente informatização do mundo, e pensamos no Brasil que a informatização apenas está aí para ser uma ferramenta auxiliar de gestão da Justiça. Mas o ser humano é curioso e ávido, ele quer mais. A própria informatização do Direito geraria uma discussão epistemológica e ética para a qual precisamos nos preparar.

Outra preocupação filosófica é a interdisciplinaridade, a relação do Direito com outros saberes. Em razão da minha experiência enquanto estudioso e professor na área de Direito aplicado ao setor de Energia, há uma exploração vasta a ser feita pela comunidade acadêmica acerca da conexão do saber jurídico com outros saberes no cotidiano da nossa

sociedade. Como esses saberes interagem, quais são seus limites? Há investigações feitas por Niklas Luhman na sua sociologia do Direito, mas precisamos de mais.

Aqui estão alguns apontamentos pessoais e acadêmicos. Vamos esperar que seja o ponto de partida para iniciativas e transformações.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE EDUCAÇÃO: FAVOR OU OBRIGAÇÃO DO ESTADO?

*André Elali**

A Constituição brasileira instituiu, no sistema tributário, certas garantias à sociedade, dentre as quais a imunidade de algumas entidades e situações jurídicas, tanto para concretizar direitos fundamentais, como para viabilizar a ordem econômica, estimulando certos comportamentos. Imunidade, na linguagem técnica, quer dizer falta de competência tributária, ou seja, a falta de poder de tributar. Existindo a imunidade, inexistente tributação.

Nesse contexto, destaca-se a imunidade das entidades de educação, que, por óbvio, recebem esse auxílio estatal, não se submetendo a impostos, por exercerem uma função coletivamente relevante, desde que não tenham finalidade lucrativa, que é entendida como a distribuição de qualquer parcela do patrimônio e/ou da renda existente. Constituída uma entidade educacional sem visar ao lucro, ela recebe a proteção jurídica em face da tributação, não sendo exigida qualquer formalidade por parte dos entes federativos.

Não obstante essa garantia constitucional, tem sido comum, em todo o país, a exigência de impostos por parte dos Estados e Municípios em face de entidades educacionais sem fins lucrativos. Argumentam os agentes fiscais, em geral, o seguinte: i) cabe a cada ente federativo regular, por lei própria, os requisitos para a fruição da imunidade; ii) as entidades para serem imunes não podem se organizar sob a forma de associações e/ou sociedades empresárias; iii) quem há de provar a falta de distribuição de lucro são as entidades educacionais; iv) a remuneração dos dirigentes é uma forma de distribuição de renda, o que seria vedado pela ordem jurídica. Ocorre que, por óbvio, os argumentos usados pelos Fiscos, em regra, não se coadunam com o sistema tributário. Vejamos.

Primeiramente, cumpre observar que a única forma de regular os requisitos à fruição da imunidade é a lei complementar, ou seja, o próprio Código Tributário Nacional, que tem como único requisito substancial a inexistência de distribuição de lucros. Os demais requisitos são meras formalidades acessórias à primeira. Leis ordinárias não podem regular esse tema, muito menos leis ordinárias de cada entidade federativa individualmente. Isso seria absurdo,

* Mestre e Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Tributário da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

por si só, em nome do equilíbrio federativo, que não admite incoerências das políticas públicas que dizem respeito aos objetivos do Estado brasileiro.

Num segundo momento, infere-se que não importa se a entidade imune foi constituída sob a forma de fundação, associação e/ou sociedade empresária. Assim, aliás, já se manifestou o Poder Judiciário, reiterando que antes da forma o que tem importância é a substância da atividade econômica. Sociedade empresária que vise ao lucro mas que, durante certo período, não o distribua, tem direito a ser tratada como entidade imune. Lógico que essa questão não é apenas jurídica: é fundamentalmente contábil, porquanto há obrigações acessórias que devem ser rigorosamente cumpridas.

Ademais, quem tem o dever de provar algo, ao contrário do que muitos pensam, é o próprio fisco. O lançamento tributário, entendido como a constituição dos créditos tributários, é uma atividade que diz respeito à aplicação da norma tributária. Quem constitui tem a atribuição de provar o que interpretou. A teoria da presunção de legitimidade dos atos administrativos, há anos, vem perdendo importância por se tratar de algo ligado ao arbítrio, aos Estados absolutistas. Hoje, mais do que nunca, valoriza-se a necessidade de o fisco provar o que alega. Presume-se que o ato administrativo exige: não se presume, de modo indiscutível, o seu conteúdo.

Finalmente, comente-se que ninguém, no momento contemporâneo, pode admitir como razoável e lógico a prestação de serviços de modo gratuito. Todo profissional tem direito a uma remuneração. E assim funciona com as entidades imunes. Os dirigentes têm sim direito a uma remuneração, desde que compatível com os valores praticados no mercado. O que não se admite, e com razão, é a manipulação da remuneração como forma de distribuição de lucros, o que contraria o instituto da imunidade.

Nota-se, atualmente, uma tendência de presumir que toda e qualquer entidade de educação distribui, de modo irregular, lucros, utilizando-se da imunidade para evitar a incidência de impostos. Mas essa presunção não pode ser admitida, porquanto a regra geral é a boa-fé, a segurança jurídica. Lógico que, havendo irregularidades, devem os fiscos exigir os impostos e impor as penalidades cabíveis, até em nome da livre iniciativa e livre concorrência, bases de todo e qualquer sistema econômico eficiente. Mas os casos de irregularidades em entidades imunes não justifica a aplicação irrestrita da presunção, que, em matéria de lançamento tributário, é sempre questionável, principalmente quando se está diante de uma função pública que acaba sendo exercida por agentes privados, daí porque o tratamento tributário propositalmente diferenciado.

O TRIUNFO DE SIEYÈS

*Edilson Pereira Nobre Júnior**

Dentre os movimentos revolucionários irrompidos no século XVIII, destaque maior angariou a Revolução Francesa, mediante a qual se golpeou de morte as injustiças resultantes da estrutura jurídica do regime feudal e a pretensão do exercício ilimitado do poder pelo absolutismo régio.

O ideário do movimento francês foi assinalado por algumas características nucleares, tais como a tentativa de implantação duma separação rígida das funções estatais, o estabelecimento de direitos e garantias individuais, cujo ponto maior foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e o império da lei, única com o apanágio de limitar a liberdade individual.

A última das características citadas, bem expressa no art. 6º da Declaração de 1789 e no art. 3º, inserto no Título III, Capítulo II, da Constituição de 03 de setembro de 1791, foi consequência do surgimento do novo conceito de soberania, a qual se deslocou da figura do monarca para a do povo. Resultando sua elaboração do órgão de representação popular, e, de conseguinte, de origem do poder, à lei se procurou confiar o ponto mais elevado do sistema jurídico¹.

Côncio da tendência humana para o arbítrio, do qual não estaria livre o legislador, dada a sua condição de conatural falibilidade, Emmanuel-Joseph Sieyès, autor do panfleto “O que é o Terceiro Estado?”, e revolucionário de primeira hora, propugnou, com assiduidade, para que se instituisse mecanismo que pudesse representar uma força moderadora entre o Legislativo e o Executivo, invalidando as transgressões à Constituição.

Vislumbra, igualmente à crença que então atormentava a América, a supremacia não da lei, mas da Constituição, como norma suprema do Estado, com a diferença que não confiava tal função aos membros do Judiciário, em virtude de aspecto peculiar à sociedade

* Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juiz Federal. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

¹ Para se ter uma impressão da supremacia da lei, no Estado inaugurado pelos franceses, conferir o relato histórico de Enterría: “La Ley es, en efecto, un producto de la libertad de los ciudadanos, que se reúnen, por sí o por sus representantes, para decidir formar una Ley y determinar sus reglas; pero es, además, y sorprendentemente, si se siguen las pautas debidas, un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en libertad” (**La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madri: Alianza Editorial, 2001, p. 111).

francesa, marcada por uma forte desconfiança nos juízes, forjada pela memória acerca do funcionamento das cortes superiores do velho regime (*parlements*)².

Frustrada a primeira tentativa, que se deu por ocasião da elaboração da Constituição de 1795, a qual deixou de aceitar sua proposta de júri constitucional, restou aceita, com a Constituição do Ano VIII (art. 21), o *Sénat Conservateur*, cuja atividade não se apresentou satisfatória, principalmente em face da real conjuntura política vivenciada pela era napoleônica³.

Sem inclinar-se pela criação de organismo integrante do Judiciário, mas presente a necessidade de assegurar a prevalência da Constituição, a Constituição de 1958 moldou o Conselho Constitucional, incumbindo-lhe do controle da legitimidade para fiscalizar o cumprimento da Constituição pela atividade estatal normativa.

Limitando-se à verificação preventiva, antecedente à promulgação da proposição normativa, dito órgão, formulado com a perspectiva de defesa do Executivo, transformou-se, ao depois de 1971, com a retirada de Charles De Gaulle da cena política, em intransigente defensor dos direitos fundamentais, sendo de destacar a construção da teoria do bloco de constitucionalidade (DC 71-44, de 16-07-71, relacionada à liberdade de associação), papel reforçado com a reforma constitucional de 1974.

Esse papel ativo na tutela dos direitos e liberdades fundamentais ocasionou mudança no modo de visão que lhe reservava a doutrina, a qual passou a obscurecer-lhe o cariz de órgão político, equiparando-o, pelo método desenvolvido em sua atividade⁴, a um autêntico tribunal ou corte constitucional.

² A bem da verdade, as razões contrárias ao controle judicial de constitucionalidade das leis podem, inicialmente, ser tributadas aos conflitos que opunham os Estados Gerais aos Parlamentos, havendo nestes forte propensão conservadora e que se materializara na oposição das reformas pretendidas por Luís XVI. De outra parte, havia motivos doutrinários, relacionados ao modo de interpretar a separação de poderes. Enquanto nos Estados Unidos a separação de poderes foi compreendida em sentido funcional, permitindo que o Judiciário pudesse julgar todos os atos estatais, na França se acolheu versão essencialmente orgânica, de modo que o Legislativo e o Executivo são independentes do Judiciário e, portanto, não podem ser julgados por este. Ademais, como salientado acima, a teoria revolucionária da soberania nacional se opõe a um controle de constitucionalidade, sendo a Nação, representada pelo órgão legislativo, soberana.

³ Narrativa do papel formulador de Sieyès é encontrada em Isser Woloch (**Napoleão e seus colaboradores**: a construção de uma ditadura. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2008, p. 22 e 43-48). Outras tentativas, a esse respeito, podem ser exemplificadas pelo Senado de Luís Napoleão, prevista na Constituição de 14 de janeiro de 1852 (Segundo Império), como o guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas e, posteriormente, o Comitê Constitucional da Lei Máxima de 1946.

⁴ A interpretação da Lei Maior de 1958 se tem pautado por critérios jurídicos, havendo inclusive a prolação de decisões manipulativas. Outro ponto é o de que das suas decisões não cabem recurso, fazendo coisa julgada, sem contar que são vinculativas, ou seja, obrigatórias, para os demais poderes públicos e autoridades administrativas e jurisdicionais.

Tanto assim que François Luchaire⁵ chegou a apontar, ao apagar das luzes da centúria pretérita, que, na doutrina, vicejam pontos de vista ora assentando o caráter jurisdicional, ora o político, ora institucional (partícipe do processo de criação das leis), do Conselho Constitucional, muito embora relate que a maioria dos autores se tem posicionado favoravelmente a primeira corrente.

Por seu turno, Louis Favoreu, em escrito comemorativo de quarenta anos da Constituição de 1958, apresentou-se dentre aqueles que, categoricamente, acentuam a indiscutível natureza jurisdicional do órgão: “O Conselho Constitucional faz parte da família das Cortes e tribunais constitucionais que foram criados na Europa após a segunda guerra mundial, inicialmente na Alemanha, Áustria ou Itália, depois em Espanha, Portugal, Bélgica e, enfim, multiplicaram-se após a queda do muro de Berlim, nos países da Europa central e oriental (...). Apresenta as mesmas características quanto à sua composição e ao modo de recrutamento de seus membros”⁶.

Sem embargo da vantagem que proporciona o controle preventivo em termos de segurança jurídica, porquanto, examinando-se a compatibilidade vertical das leis antes da sua promulgação, não haveria, a princípio, como se cogitar de relações jurídicas formadas com base em lei inconstitucional, com a vantagem de afastar o recurso, muito comum no sistema brasileiro, dos efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade, com o passar do tempo se foi sentindo em solo francês que tal forma de fiscalização, prevista como única, poderá igualmente gerar situações inconvenientes.

Considerando-se que a obrigatoriedade de submissão das proposições normativas ao Conselho Constitucional somente ocorre quanto às leis orgânicas e aos regulamentos parlamentares, não se aplicando no particular das leis ordinárias e dos tratados internacionais, os quais devem ser impugnados pelos legitimados previstos no art. 61 da Constituição francesa, é plenamente possível que, por ausência de questionamento, sejam promulgados diplomas normativos inconstitucionais, e que doravante não mais poderão ser contestados, frustrando, assim, os direitos e liberdades dos cidadãos, cuja proteção é um dos mais relevantes objetivos da fiscalização de constitucionalidade.

⁵ **Le Conseil Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Economica, 1997. Tomo I, p. 48- 53.

⁶ “Le Conseil constitutionnel fait partie de la Famille des Courts et tribunaux constitutionnels qui ont été créé en Europe après la deuxième guerre mondiale, d’abord en Allemagne, Autriche ou Italie, puis em Espagne, Portugal Belgique et enfin se sont multipliés, après la chute du mur de Berlin, dans lês pays d’Europe central et orientale (...). Il présente lês mêmes caractéristiques quant à sa composition et au mode de recrutement de ses membres” (**La Constitution de 1958 a quarante ans** - La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr>. Acesso em: 26 ago. 2005. Tradução nossa).

Cioso da necessidade duma proteção mais eficiente da supremacia constitucional, o Conselho Constitucional, no desenvolvimento de sua atividade fiscalizadora do respeito à Lei Fundamental, lançou-se, por meio de seu engenho criativo, ao desafio de evadir-se do controle unicamente preventivo.

Tal sucedeu a contar da DC 85-187, de 25 de janeiro de 1985, quando o órgão, invertendo sua jurisprudência anterior, permitiu, expressamente, a possibilidade de contestação duma lei promulgada quando do exame duma nova lei, desde que esta venha: a) modificar a antiga; b) completar a anterior; c) afetar o domínio da lei antecedente⁷.

Diante dessas iniciativas precursoras, o Presidente da República, por ocasião da segunda sessão ordinária de 1989-1990, acolhendo proposição do Governo, apresentou à Assembleia Nacional projeto de lei constitucional (emenda constitucional, entre nós), alvitando rever os arts. 61 a 63 da Constituição e, assim, instituir controle de constitucionalidade das leis pela via da exceção⁸.

Não obstante seu adiamento temporal, enfim a proposição resultou aprovada com a Lei Constitucional 724, de 23 de julho de 2008, ao acrescentar art. 61-1 à Lei Maior de 1958, dispondo: “Quando, por ocasião dum processo em curso perante uma jurisdição, é sustentado que uma disposição legislativa fere os direitos e liberdades garantidas pela Constituição, o Conselho Constitucional pode conhecer da questão, por remessa do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, pronunciando-se num prazo determinado. Uma lei orgânica determinará as condições de aplicação do presente artigo”⁹.

O primeiro aspecto a ser observado é o de que a disposição constitucional transcrita não ostenta aplicabilidade imediata, somente passando a vigorar a partir de 01-03-2010, por força do art. 5º da Lei Orgânica 1.523, de 10-12-2009.

Referido diploma legal, alterando a lei orgânica sobre o Conselho Constitucional (*Ordonnance* 1.067, de 07 de novembro de 1958), disciplina a questão prioritária de constitucionalidade nos seus arts. 23-1 a 23-7, permitindo sua postulação em causa pendente

⁷ Outra oportunidade e que, segundo Thierry di Mano (*Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d’office*. Paris: Economica, 1994. p. 37-38), é ainda mais significativa, foi a DC 87-230, de 28-07-87, pela qual se revelou possível ao Conselho Constitucional examinar a conformidade à Constituição de disposições que restauravam a vigência de lei anterior (*loi* 77-826, de 22 de julho de 1977, definidora de obrigações dos funcionários públicos), cuja constitucionalidade já tinha sido admitida, antes de sua posterior abrogação.

⁸ O texto original da proposição é encontrado em François Luchaire (*Le Conseil Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Economica, 1997. Tomo I, p. 191-192).

⁹ Lorsque, à occasion d’une instance en cours devant une jurisdiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un delais déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article”. Disponível em: <www.senat.fr/connaitre/constitution.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2010. Tradução nossa.

perante a jurisdição judiciária ou administrativa, a fim de ensejar remessa ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação, apontando o atentado, por disposição legal, a direitos e liberdades tuteladas constitucionalmente. A decisão de transmissão da questão, por parte da instância jurisdicional, é de ser proferida com motivação.

Para tanto, demanda-se que a suscitação, demais de motivada, preencha algumas condições, a saber: a) ser a norma contestada aplicável ao litígio ou ao processo; b) não haver a norma questionada sido declarada conforme a Constituição por decisão anterior do Conselho Constitucional, seja quanto à motivação ou à parte dispositiva; c) a questão suscitada se apresentar séria, fundada.

Poderá ainda a questão prioritária de constitucionalidade ser suscitada pela via do recurso de cassação, ou perante procedimento no âmbito do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação.

Em qualquer dos instantes onde houver a suscitação da questão, competirá ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação se pronunciar acerca do seu envio no prazo de três meses, findo o qual se tem, automaticamente, sua transmissão ao Conselho Constitucional.

Daí se tem que tal reforma mudou consideravelmente a face da fiscalização de constitucionalidade na França, a qual: a) não mais se manifesta unicamente de forma prévia, podendo agora ser manejada posteriormente ao ingresso da norma impugnada no sistema jurídico; b) a legitimidade para a sua ativação, pela via da questão prioritária de constitucionalidade, pertence também aos particulares, não mais se restringindo aos legitimados no art. 61 da Constituição.

O parâmetro de tal modalidade de controle consiste nos direitos e liberdades consagrados pela Constituição, sendo, no particular, de fundamental importância o conceito de bloco de constitucionalidade, no qual estão incluídos a Declaração de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e a Carta do Meio Ambiente de 2004.

Por tudo isso, deve-se realçar o pleno êxito, quase dois séculos após, da ideia de Sieyès, protagonista da garantia da supremacia constitucional na Europa, a exemplo de Hamilton e Marshall na América do Norte.

UMA PALAVRA AMIGA

*Fábio Bezerra dos Santos**

Para aquela e aqueles, que como nós trabalham, estudam e se interessam pela emancipação do jurista brasileiro, não há nenhuma surpresa na iniciativa de uma revista com este perfil. No entanto, ela resulta de nossos esforços no sentido de refletir nossas práticas, nos fóruns e tribunais, eventos e nas universidades, identificando objetivos e percalços porque passamos cotidianamente. Afinal, é nosso propósito não apenas colocar em prática o sonho de um espaço mais criativo e próximo da comunidade jurídica que a ajude a observar e compreender melhor os problemas que afligem a sociedade do nosso tempo, mas, efetivamente, oferecer ferramentas para um raciocínio útil à concretização do bem estar.

Todo um contexto nos conduz até a criação da FIDES. Um dia um professor, um dia um aluno comungaram de um mesmo ideal. Esta experiência cresceu, e do aluno partiu a iniciativa para a criação de uma revista que seria o ambiente de encontro de amigos da educação, num tempo que pouco se pensa no conhecimento pelo conhecimento.

A tecnização do ensino jurídico, motivada pela busca frenética pelos melhores postos de trabalho, embalada pela cumplicidade daqueles que elaboram a política nacional de acesso a empregos e cargos públicos, tem conduzido a Universidade a um imenso desperdício da experiência. Não se aprende Direito. Ao contrário, busca-se a Universidade para conhecer os códigos e as leis, com o único propósito de conquistar um lugar no mercado de trabalho.

Quando homens e mulheres perdem o essencial, uma iniciativa como a que se apresenta, torna de volta a esperança dos primeiros republicanos, capaz de reviver o espírito de liberdade e suscitar uma época de reforma dos Estados e das instituições movidos pela percepção do Outro.

Enfrentamos então, o desafio de nos atualizarmos como profissionais que atuam nas disciplinas do Direito e da Sociedade, com o firme propósito de dar continuidade ao histórico processo de emancipação das liberdades e garantias constitucionalmente eleitas.

Enfim, está de parabéns o aluno, que em meio a tanta inação, surdez e cegueira atendeu à chamada de consciência. Estamos de parabéns os professores, que num país onde o

* Doutorando em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor da Disciplina Direito Processual Civil no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Advogado. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

reconhecimento da profissão é uma quimera, soubemos unir esforços na produção de um saber que acreditamos ir de encontro a indolência que se tornou a marca de um tempo que esperamos ver no passado com a primeira de muitas edições da Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade.

Sejam, portanto, bem vindos todos que compartilham do mesmo sentimento e esperança.

O SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES EFICÁCIA E EFEITO ENTRE ALGUNS DOCTRINADORES NA TEORIA GERAL DO DIREITO E NO CAMPO PROCESSUAL

Francisco Barros Dias*

Um tema que nunca deixa de provocar debates, discussões, convergências e divergências é o da eficácia ou efeito no campo do direito, quer no aspecto teórico, quer no aspecto prático do processo civil, onde se utiliza bastante das expressões.

Trago, à guisa de anotações, algumas informações para refletirmos sobre o assunto, pois não passa desse propósito.

Na teoria geral do direito não é difícil encontrarmos o termo “eficácia”. Norberto Bobbio explica que “O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”¹.

Essa linha de pensamento é seguida por Eduardo Ángel Russo, quando afirma que: “La eficacia del sistema puede ser entendida em dos sentidos distintos: primero, en tanto la conducta de los ciudadanos se ajuste al cumplimiento de las obligaciones jurídicas, o sea, que se abstengan de cometer las conductas penadas por el sistema. Segundo, hay un sentido más fuerte de eficacia, particularmente para aquellas teorías que adoptan como criterio distintivo de la juridicidad, el elemento sancionatorio”².

No caso, ambas as posições, nos parecem se referir à aptidão que tem a norma jurídica de produzir efeitos, quer com o cumprimento da mesma pelos seus destinatários, quer sancionando-se o destinatário através da autoridade competente quando falha o desiderato natural da norma.

Então, eficácia, sob a visão da teoria do direito, é a potencialidade que a lei tem em sentido amplo para fazer surtir os seus efeitos, principalmente visando uma aceitação, aplicação e utilização da mesma pelos seus destinatários.

* Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Desembargador Federal da 5ª Região. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

¹ BOBBIO, Norberto. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru-SP: EDIPRO, 2001, p. 47.

² **Teoría General del Derecho**: en la modernidad y en la posmodernidad. 3. ed. Buenos Aires: Lexis-Abeledo-Perrot, 2004, p. 86.

Em uma visão processual Liebman procura trabalhar o tema da eficácia da sentença com relação aos seus efeitos, sempre voltado para a idéia da questão relativa a coisa julgada, procurando demonstrar que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se ajunta aos efeitos da sentença para “reforçá-lo em sentido bem determinado,” como se pode extrair de toda sua obra³.

Pontes de Miranda, ao falar de eficácia, também no campo processual, faz compreender a expressão albergando os termos força e efeito, ou seja, a eficácia compreende força e efeitos de uma resolução, no caso, de uma sentença: “Falando-se de eficácia de resolução, tem-se de cogitar de força e efeitos, porque a eficácia é a propriedade de ter força ou efeitos. É eficácia: a) certa imodificabilidade pelo prolator que varia da modificabilidade, quando o juiz volte a ter de examinar o assunto, até a sentença, que de regra é imodificável (sentença apelável) e só excepcionalmente alterável por provocação (juízo de retratação; embargos); b) a força formal de coisa julgada; c) a força ou o efeito declaratório, ou a força ou o efeito material de coisa julgada; d) a força ou o efeito constitutivo, condenatório, mandamental, ou executivo, se o tem; e) os efeitos próximos ou laterais; f) os efeitos-reflexos, que são os da sentença como ato jurídico ou fato jurídico. Em sentido estrito, eficácia seria o ter os efeitos a) e b)”⁴.

No sentido utilizado por Pontes de Miranda, as letras “a” e “b” estão voltadas para a eficácia entendida como expressão relativa à questão da coisa julgada material, isto porque na primeira se refere a imodificabilidade da sentença, enquanto na segunda fala expressamente da força formal da coisa julgada. As demais letras do enunciado, cuidam exatamente da força e efeitos declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo, além dos efeitos próximo ou laterais da sentença e os chamados efeitos-reflexos do julgado.

Assim, sob o ângulo de visão do exponencial doutrinador, eficácia definiria melhor a coisa julgada material, dada a imodificabilidade do julgado, a coisa julgada formal seria uma força que resultava da sentença enquanto os demais elementos que podem ser extraídos da sentença seriam força ou efeitos, todos advindos da eficácia que esta sentença pode produzir.

Depois continua Pontes de Miranda a esclarecer outras eficácias da sentença e repetir as anteriormente mencionadas, afirmando: “A eficácia da sentença concerne: a) ao processo, que ainda continua, após ela, pois as próprias intimações e os recursos são processo; b) à demanda, que se ultima com ela, ou com a sentença que a reformar; c) à relação jurídica ou a

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Trad. de Ada Pellegrini Grinover, após a edição de 1945. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 40.

⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, p. 171-172.

inexistência de relação jurídica, ou aos fatos, que ela examinou, por terem sido objeto do pleito; d) ao conteúdo da sentença como prestação estatal (declaração, constituição, condenação, mandamento, execução); e) a efeitos anexos ou a efeitos reflexos da decisão; f) à sentença mesma como ato jurídico; g) à sentença mesma como simples fato”.

Interessante ainda é o significado reforçado de eficácia por Pontes de Miranda quando afirma que “Eficácia é (a) a energia automática da resolução judicial. A sentença ou o despacho torna-se suscetível de ser obrigativo, eficaz, no momento em que faz entrar na espécie abstrata a espécie fática; mas ainda é a lei que vai marcar o momento dessa eficácia. As decisões sobre mandado têm eficácia, posto que não haja litígio. Outra (b) precisam de execução para que tenham eficácia completa. A regra é que a eficácia depende da coisa julgada formal, mas a lei conhece casos de exceção (e.g., as medidas preventivas)”.

Aqui o eminente Mestre procura vê a eficácia no momento em que a sentença é proferida e adentrando o fato no campo abstrato da norma, já resultar daí alguma eficácia na sentença, porém esclarecendo que a lei é quem vai ditar o momento dessa eficácia, indo até o ponto em que determinadas eficácias só vão resultar em sua completude com a execução do julgado, após a coisa julgada formal, excepcionando-se as hipóteses de provimentos preventivos.

Depois esclarece de forma mais nítida que a eficácia compreende tanto a força como o efeito, deixando bem claro que a primeira está voltada mais para a coisa julgada, enquanto a segunda se relaciona com o efeito que diz de perto a condenação que deságua na execução, sendo que esta não existe nas sentenças declaratórias, segunda sua visão naquele momento histórico. “A eficácia compreende, portanto, a força (e.g., a eficácia consistente na força de coisa julgada material da sentença declarativa) e o efeito (e.g., eficácia consistente no efeito de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas de ordinário não têm)”⁵.

Depois arremata: “Quando se fala de força e efeitos da sentença – englobadamente, da “sua” eficácia – entende-se que se sabe o que é eficácia jurídica. A linguagem vulgar e, infelizmente, a grande maioria dos juristas não distinguem força e efeitos, conceitos ambos contidos em “eficácia”, palavra com que se traduz *Wirkung*. A eficácia jurídica supõe que exista mundo jurídico, que o nosso espírito capta em suas relações, de modo que toda mudança desse mundo é *eficácia jurídica* (cf. A. Manigk, *Über Rechtswirkungen*, 6-13)”⁶.

⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atual. Vilson R. Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, p. 173.

⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, p. 184-185.

Portanto, eficácia para Pontes de Miranda, em uma síntese de seu pensamento, engloba força e efeitos da sentença, estes mais palpáveis num mundo prático por ser alcançado através dos fatos, enquanto aquela se pauta em um campo mais abstrato, captado por nossos espíritos em razão das relações entre os homens que leva as mais variadas mudanças.

Para Barbosa Moreira, a “Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos. Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima expostos, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato). Menos freqüente é o uso de “eficácia” como sinônimo de efeito, isto é, para designar cada um dos efeitos (em potência ou em ato) particularmente considerados, o que leva a conferir-se ao mesmo ato jurídico uma pluralidade de “eficácias”⁷.

O Professor Barbosa Moreira, portanto, procura dar um sentido genérico ao termo eficácia, sendo num primeiro momento a simples aptidão de produzir efeitos, potencialmente considerado, ou um “conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos”, sendo aí já concretizado em ato.

Com essa idéia temos a eficácia num plano mais abstrato, enquanto o efeito ficaria num patamar cujo vetor, seria mais prático.

Fernando Sá, em trabalho escrito na obra conjunta organizada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, após análise do conceito de eficácia levado a efeito por Falsea, esclarece: “Eis pois aqui o que consideramos como sendo a conceituação do termo eficácia. Esse fenômeno jurídico, através do qual o direito se realiza, é aquele instante da situação jurídica, quando um especial interesse, tido como necessário pela comunidade jurídica, passa à concreção de determinada *fattispecie* posta na hipótese legal para que se cumpra o efeito jurídico nela valorado e pretendido”⁸.

As lições aqui explanadas leva-nos a compreender que a *eficácia* reina em campo mais abstrato, podendo ser expressão utilizada pelo legislador para que algum objetivo seja alcançado, transformando assim, aquilo que seria intenção e vontade em algo concreto e por isso resultando em *efeito* plenamente palpável e realizável ou realizado.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva: 1989, p. 175-176. [Quarta série].

⁸ SÁ, Fernando. Ainda sobre as diversas eficácias e efeitos da sentença. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). **Eficácia e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87.

QUANDO A PUBLICIDADE E O PROGRAMA SE MISTURAM NA TV ABERTA: O CHAMADO “PRODUCT PLACEMENT” NA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA DEVE SER PROIBIDO?

Leonardo Martins*

“Product placement” é uma prática muito difundida na economia da comunicação social. Hoje, ela já compõe uma parte significativa do financiamento de programas televisivos. Bastante em voga em muitos países, principalmente nos EUA, vem se impondo cada vez mais nas últimas décadas. Também o mercado publicitário televisivo brasileiro vem aderindo a ela há aproximadamente dez anos.

Trata-se da troca, por dinheiro ou outras vantagens econômicas, da integração do nome, produto, embalagem, serviço ou logotipo de algum artigo de mercado ou empresa na programação televisiva, sem que o destinatário da publicidade possa considerá-la invasiva ou entediante, como geralmente acontece na recepção dos spots publicitários tradicionais dos intervalos comerciais. Produz-se esse efeito, conforme estudos já comprovam, quando o telespectador não percebe a publicidade como tal.

Existem várias formas mais ou menos amenas do *product placement*. Na mais radical delas, mesmo o telespectador mais crítico é incapaz de perceber a inserção publicitária na programação. Por exemplo, distingue-se entre o *product placement* em sentido estrito - caracterizado por um destaque exagerado e perceptível pelo telespectador mediano de uma marca de produto inserido na trama, como a marca do automóvel do protagonista que reforça a forma visual de inserção com construções de diálogos *taylor made* - e o chamado *On-Set-Placement*, caracterizado por um sutil destaque da marca de um produto em frente à camera em momentos estratégicos.

O desenvolvimento deste fenômeno econômico e de *management* da empresa de radiodifusão tem causas muito claras.

* Prof. Dr. iur. Leonardo Martins, LL.M. é professor de direito constitucional e direitos fundamentais na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), doutorado pela *Humboldt-Universität zu Berlin* (HUB), Alemanha. Atualmente, é fellow da Fundação *Alexander von Humboldt* (AvH) junto ao *Erich Pommer Institut* (Direito das Mídia / Economia das Mídia) da Univ. Potsdam (EPI), Alemanha. Autor, entre outros, de “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais” (com *Dimitri Dimoulis*, RT, 2007), atual ganhador do 2º Prêmio *Jabuti* na categoria “Melhor Livro de Direito de 2007”. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

Primeiro, os envolvidos no processo de financiamento das produções televisivas, movidos pela comezinha busca de maximização dos resultados empresariais, começaram a recorrer à inserção de mensagens publicitárias, mais ou menos sutis, subliminares ou “encobertas” no bojo da programação. Para tanto, inspiraram-se no que já ocorria no cinema há muito tempo. Só para mencionar alguns clássicos e bem sucedidos casos de *product placement* no cinema internacional, lembre-se da série de filmes sobre a personagem *James Bond*, além do Filme E.T., responsável pelo aumento entre 60 e 75% dos lucros da fábrica de chocolates americana *Hershey’s*, cujo produto introduzido no filme, o “Reese’s Pieces Candy”, era usado pelo menino *Elliot* para atrair a presença do extraterrestre. Com a intenção oposta de questionar o abuso da prática, vale a pena lembrar do excelente filme “The Truman Show”, de *Peter Weir*, com *Jim Carrey* na papel principal, o primeiro dramático de sua carreira.

Outra causa foi o exponencial e irrefreável avanço da tecnologia da radiodifusão, responsável por um leque muito maior de opções ao telespectador: lembre-se, para ilustrar, quando do início desse processo, do impacto para a uso da TV aberta pelo telespectador mediano causado pelo advento do controle remoto, que veio para facilitar a troca de canal a cada intervalo comercial, para desespero dos anunciantes. As opções abertas ao telespectador não param de crescer em progressão geométrica, principalmente nestes tempos de convergência midiática e revolução digital. Houve uma progressiva exaustão do modelo tradicional de exploração publicitária na TV aberta, sendo que os profissionais da publicidade cada vez mais são instados a desenvolver sua reconhecida veia criativa. Este processo ainda está em pleno curso.

Percebe-se, claramente, que os administradores das empresas de radiodifusão têm e terão sempre pela frente o problema de buscar alternativas para o financiamento daquele que é o seu negócio. O que se afigurou no início como uma alternativa de maximização dos lucros pela exploração publicitária, torna-se paulatinamente substrato de sobrevivência.

A principal fonte de receita das instituições privadas de radiodifusão continua sendo a publicidade. Mesmo os emergentes mercados como o do comércio internacional de formatos televisivos ainda estão longe de superá-la. Todavia, o problema que aflora à primeira vista, é que o telespectador, como aludido, nem sempre é capaz de reconhecer a mensagem publicitária como tal. No caso extremo, há uma total confusão entre ficção e publicidade ou mesmo entre jornalismo supostamente isento e publicidade (inclusive de idéias).

Em ambos os campos do entretenimento e do jornalismo televisivos o *product placement* encerra, para expressá-lo ainda eufemisticamente, um considerável potencial

ofensivo de direitos individuais e/ou coletivos e de uma ordem social midiática que cumpra a função jurídico-constitucional a ela atribuída.

Ausência e necessidade de regulamentação do *product placement* no Brasil

Desse reconhecimento depreende-se o questionamento a seguir. No Brasil, o *product placement*, popular e erroneamente alcunhado de “merchandising”, ainda não foi expressamente proibido. Não obstante, começam a ser ouvidas vozes questionadoras da permissibilidade de uma prática com o mencionado claro e vultoso potencial ofensivo. Além da defesa dos interesses dos telespectadores enquanto consumidores, os quais deveriam ter conhecimento prévio sobre a natureza do programa que estão assistindo, há questões de ordem constitucional, que, presentes algumas condições que não têm como serem aqui aprofundadas, embasariam até mesmo um dever do legislador de cominar a conduta com alguma sanção. A ordem constitucional midiática reforça, no plano normativo, a defesa dos interesses dos telespectadores enquanto consumidores ao assegurar o conhecimento prévio sobre a natureza do que estão assistindo: a uma peça ficcional/jornalística ou publicitária. No último caso, a técnica empresarial do *product placement* geralmente retira do telespectador a distância crítica que teria caso a identificasse imediatamente.

Neste sentido, bastante oportuna e profícua a atuação da ONG “Intervozes”, que realizou audiências públicas e há pouco publicou uma sistematização de vários aspectos sócio-políticos relevantes por ocasião da discussão sobre a renovação da concessão de exploração da radiodifusão pelas principais instituições privadas brasileiras na área. “Intervozes”, como muitas outras entidades da mesma natureza, é necessariamente parcial, sendo esperável e salutar que o seja. Da perspectiva objetiva regulatória, no entanto, quando se busca um modelo regulatório compatível com a ordem constitucional midiática vigente, tem que se levar em consideração, por assim dizer, também o “outro lado do balcão”.

Assim, pode-se criticar, até mesmo com bastante fundamento, a escolha que a sociedade brasileira realizou na década de cinquenta por um sistema privado de radiodifusão. Por certo, essa “escolha” da “sociedade” também se deveu à omissão do Estado brasileiro que não construiu um sistema público (não estatal!) de radiodifusão, como ocorreu em boa parte dos países europeus (modelo BBC de TV pública). Porém, essa escolha é historicamente consolidada e o caminho de volta até existe, mas pressupõe decidido fomento, inclusive por parte das instituições privadas de radiodifusão e dos telespectadores - ou seja, não somente pelo Estado - de uma TV pública que independa totalmente da exploração da publicidade. Num sistema dual de radiodifusão (público/privado), a TV pública assumiria o papel de

vanguarda na busca do cumprimento das metas constitucionais, podendo e devendo sofrer uma bem-vinda e saudável concorrência do sistema privado. O que não se pode ignorar é que, no sistema predominantemente privado (no momento, com investidas estatizantes obtusas), a empresa depende da exploração publicitária que seja eficaz para o cliente, o que é o caso do método de *product placement*, conforme já apontam muitas pesquisas.

Porém, isso não tem o condão de ofuscar o reconhecimento de que, mesmo quando não é enganosa, a publicidade pode exagerar - e, em regra exagera - deliberadamente nas virtudes e qualidades dos produtos e serviços oferecidos. Se o telespectador não estiver preparado, sentir-se-á motivado a consumir um produto ou serviço que não consumiria, caso não fosse ele influenciado por uma personagem fictícia com a qual simpatize e que, na ficção, consuma o produto ou serviço, sem que os autores e produtores se preocupem com os liames e justificativas dramaturgicos. Principalmente os telespectadores com menor grau de instrução são os mais atingidos. Aqui, os exemplos são os mais óbvios e o *product placement* nas telenovelas, uma vez reconhecido como tal, pode-se revelar intragável aos olhos do telespectador crítico. Mas, em geral, o telespectador encontra-se numa situação de ludíbrio duplo: tanto a obra ficcional, documental ou jornalística, quanto a informação publicitária são erráticas em razão da combinação - não transparente ao telespectador, consumidor em potencial - entre programação e publicidade. Enfraquece-se ou, melhor, sacrifica-se a peça ficcional, documental ou jornalística em prol de uma inserção publicitária, não reconhecível como tal pelo telespectador.

Experiências nacionais e comunitária europeias

Na Europa em geral, e especialmente na Alemanha, as formas mais intensas do *product placement* são vedadas e a argumentação gira justamente em torno da criação de uma ordem social dos meios de comunicação social que seja compatível com seus fundamentos normativo-constitucionais. Em face destes, fala-se, em termos técnicos, no “conteúdo jurídico-objetivo” da liberdade de radiodifusão. Este corresponde a preceitos co-genitores de uma televisão capaz de assumir um papel relevante no contexto do processo político democrático, repercutindo, de maneira equilibrada, as principais correntes sócio-político-ideológicas encontradas na sociedade. Só assim o processo legislativo tocado pelos seus representantes é capaz de encerrar legitimação democrática material.

O *product placement*, ao representar uma tomada decisiva de influência da indústria publicitária na programação, implica também, quando ilimitado ou não regulamentado, um retrocesso na busca da concretização de uma ordem midiática, que pudesse ser considerada compatível com os princípios constitucionais para ela predeterminados.

Até mesmo o entretenimento, que também cumpre sua função social e política, podendo refletir ideais midiático-constitucionais - tais como o fomento do pluralismo e diversidade na televisão -, acaba sendo comprometido pelas (cada vez mais) frequentes e indisciplinares inserções publicitárias na programação.

Não faltam exemplos de regulamentação relativamente bem sucedida na Europa, tanto no âmbito da União Europeia (UE), quanto no plano nacional. Na Alemanha, o § 7, III do Estatuto Interestadual da Radiodifusão firmou o princípio da separação de publicidade e programação e o § 7, VI, proíbe a “Schleichwerbung”, a publicidade insidiosa e/ou não perceptível pelo telespectador.

Em Portugal, onde o *product placement* é também uma realidade da televisão aberta há pelo menos uma década, houve um grande debate suscitado pela aprovação da Diretiva Europeia alcunhada “Televisão Sem Fronteiras”, em novembro de 2007. A intenção liberalizante da diretiva europeia parece, paradoxalmente, ter suscitado o espírito crítico dos lusitanos em relação à prática. Todavia, segundo uma página publicada no site da RTP (www1.rtp.pt/noticias/index.php?article=313844&visual=26&rss=0, último acesso em 15/12/08), “os representantes da indústria dos media em Portugal defenderam hoje, numa reunião do conselho consultivo da Entidade Reguladora da Comunicação Social, que os problemas relativos à chamada publicidade encoberta (‘product placement’) sejam resolvidos por via da auto-regulação.”. Por sua vez, juristas especialistas e demais estudiosos dos chamados “Direito e Economia dos Media” propugnam por um sistema de co-regulação ou, na expressão anglo-saxã, de “regulated self-regulation”, ao qual me filio, por não excluir a possibilidade de intervenção estatal caso a auto-regulação fracasse em relação aos propósitos constitucionalmente predeterminados.

Certo é que a UE criou várias exceções à regra da proibição de *product placement*, mas a manteve na “Diretiva Sobre Serviços Audiovisuais de Comunicação Social (Media)”, em seu art. 3g, segundo o qual: “Product placement shall be prohibited” (“É vedado o *product placement*”). Na Alemanha, várias publicações acadêmicas dos últimos meses e até *essays* publicados na grande imprensa ocupam-se com a questão sobre como tal diretiva, promulgada em 11 de dezembro de 2007 (*Directive 2007/65/EC ‘Audiovisual Media Services’ Directive*), deva ser concretizada na legislação nacional até 19 de dezembro de 2009.

Necessário debate com vistas à regulamentação

Um amplo debate em torno da regulamentação específica do *product placement* é urgente também no Brasil, pois não se pode esperar da casuística implícita nas ações de órgãos do MPF ou da sociedade civil organizada a solução para esta relevante questão da ordem social midiática, inobstante, evidentemente, o relevante papel de tais atores. Acontece, porém, que estes buscam a tutela jurisdicional com fundamentos mais ou menos difusos, suscitando uma jurisprudência de natureza semelhante. Homens e mulheres de boa vontade passam pela cena sócio-política de maneira muito mais célere do que se deseja. De outra feita, um sistema midiático pautado num modelo consistente tem maior fôlego, além de contribuir decisivamente para a estabilização de expectativas sociais em longo prazo.

O debate deverá levar em consideração, de um lado, os direitos fundamentais envolvidos das empresas e, de outro, dos telespectadores, na sua diversidade. Deverá ser instruído com estudos minuciosos sobre os potenciais ofensivos das diversas formas de *product placement* e da intensidade da intervenção na liberdade de radiodifusão das empresas televisivas.

Tais estudos deveriam classificar os variados fenômenos de *product placement* na televisão aberta de acordo com sua nocividade em face dos direitos e bens jurídicos constitucionais envolvidos. Deve-se partir de prognósticos quanto ao resultado do uso de meios interventivos estatais que levem em consideração, a um só tempo, de um lado, o critério da proporcionalidade, ou seja, a busca dos objetivos específicos a serem perseguidos pela legislação (alguns dos quais expressamente predeterminados nos art. 220 e seguintes da Constituição Federal brasileira) e, de outro, as liberdades de radiodifusão atingidas que devem ser poupadas ao máximo. Isso porque, além de também serem titulares de direitos fundamentais de comunicação social, as empresas de radiodifusão não podem sofrer intervenções e limites às suas liberdades que se configurem como inadequados aos legítimos propósitos perseguidos pelos órgãos reguladores (configuradores dos mesmos art. 220 e seguintes, Constituição Federal), ou que onerem suas liberdades além do necessário.

Como uma ordem constitucional da comunicação social leva em consideração, de forma equidistante, a complexidade do sistema econômico midiático e todos os demais direitos fundamentais dos telespectadores e outros bens jurídico-constitucionais envolvidos, o debate há de ser intermediado pelas competentes autoridades científicas.

POR QUE FILOSOFAR?

Marco Bruno Miranda Clementino*

São 16:56 horas, numa quarta-feira. Hoje o expediente até está tranquilo aqui na 3ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, da qual sou juiz titular, paralelamente à atividade docente. Estão marcadas vinte e duas audiências para o período da tarde, sendo doze minhas e dez do juiz substituto. Em quase três horas (considerando que a primeira audiência estava marcada para as 14:00 horas), ainda não fui chamado à sala de audiência, já que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), réu em todos os processos, formulou propostas de transação em todos os processos até agora.

Para uma tarde que se previa cansativa, as notícias são excelentes. Tive tempo de me dedicar à administração da vara, de me reunir com o juiz substituto e o diretor de secretaria, de debater com os assessores sobre o conteúdo jurídico das sentenças a serem minutas. Se isso não bastasse, o serviço está rigorosamente em dia, à medida que nosso tempo médio entre o ajuizamento e o julgamento das causas está próximo de cinquenta dias, o que não deixa a desejar aos padrões internacionais. A rigor, os motivos para comemorar são muitos.

Tão tranquila está a tarde que estou me dando ao luxo de atender à solicitação que me foi feita para escrever algumas breves palavras à primeira edição da Revista FIDES. Procurando inspiração, parei para pensar durante cinco minutos e me indaguei: por que filosofar?

De logo, veio-me à cabeça uma constatação difícil de ser assimilada: desenvolvo uma atividade *a priori* intelectual, porém somente agora parei cinco minutos para pensar, numa jornada que se iniciou na manhã de hoje. Em seguida, meu espanto aumenta. É que, se não estivesse me atendo a cumprir este compromisso com a Revista FIDES, provavelmente não teria saído um segundo sequer da rotina e estaria trabalhando, como sempre faço, no câmbio automático, apreciando questões surgidas nos quinhentos processos distribuídos mensalmente à 3ª Vara.

Não seria essa uma atividade intelectual? Aí reside o problema! Às vezes o profissional imiscuído na rotina não se dá conta de que figura como mero autômato num

* Doutorando em Direito Penal (UFPE). Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Tributário (IBET). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE/RN). Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

sistema que o impede de contribuir decisivamente para a mudança do estado de coisas e ainda de refletir sobre as vicissitudes desse mesmo estado de coisas. Como juiz, fui mergulhado numa avalanche burocrática e sou refém dum modelo irracional que não me permite fuga.

Sim, modelo irracional.

Na verdade, não há nada a comemorar na tarde de hoje, mesmo quanto aos dados aparentemente positivos. Ora, não faz o menor sentido de que se marquem doze audiências contra uma autarquia e haja conciliação em todas, sem a necessidade de o juiz sequer colocar os pés na sala de audiência. Embora seja louvável a conciliação, inclusive do ponto de vista filosófico, 100% de conciliações mostram a verdadeira falência (quijá farsa) de um sistema. Falência que se inicia na própria administração pública, que indiscutivelmente está trabalhando muitíssimo mal, a ponto de rever em juízo todos os posicionamentos que tomou administrativamente.

Igualmente, é até ilógico se falar em administração de vara. No entanto, a massificação permissiva do nosso sistema vem transformando unidades jurisdicionais em empresas, em linhas de produção, a tutelar conflitos meramente aparentes e, muitas vezes, interesses que transcendem o ideário republicano. A repetição de causas idênticas cria um aparato comercial informal em torno das partes, deslocando os valores pagos por determinação judicial dos virtuais destinatários em favor de “atravessadores”.

Nesse sentido, mesmo o dado relativo à celeridade pode ser posto em xeque. Faço essa afirmação porque é humanamente impossível que um magistrado julgue com qualidade quinhentos processos por mês. Certamente ele não está analisando com o máximo cuidado todos os processos, todos os expedientes que assina. É verdade que, para isso, conta com competente assessoria, mas se convenha que é uma absoluta distorção que a atividade mais intelectual seja aquela que o magistrado tem menos tempo de realizar. Não faz sentido que nenhuma sentença da 3ª Vara tenha sido minutada por mim hoje. Nem hoje, nem ontem, nem anteontem...

Não precisa ser muito inteligente para se perceber que a profundidade reflexiva é relegada a segundo plano nesse contexto. Não há tempo para pensar. Por isso, é mais prático, mais eficiente, mais produtivo, repetir o que vem sendo feito: reproduzir a jurisprudência. Mas seria o ideal reproduzir o que já vem sendo construído sob o mesmo formato?

Como consequência, o juiz brasileiro tem um preparo técnico invejável, acima da média, quando se trata do domínio da dogmática, o que remonta à competição acirrada nas faculdades de direito e aos concorridíssimos concursos públicos. No entanto, numa busca por mais e mais informação jurídica, sempre de conteúdo dogmático, que se inicia ainda na

graduação (talvez antes, com o vestibular), o juiz se esquece da importância de parar, de parar e refletir, de usar o tempo em seu favor.

O tempo é o maior desafio do jurista contemporâneo. Parar a rotina e se ver diante dela sobranceiro. Proust dizia que “os dias talvez sejam iguais para um relógio, mas não para um homem”. Hoje talvez Proust estaria preocupado com a veracidade dessa afirmação. Estaria preocupado em ver a vida transformada em ponteiro, que se locomove a partir de uma lógica previamente determinada, portanto sem um desígnio específico.

Parar para pensar, debruçado sobre a realidade e não guiado por ela. Filosofando. Refletindo. Parando para “perder” um precioso tempo, mas tornando um dia diferente do outro.

Parando para pensar sobre o que deveria escrever para a Revista FIDES, cheguei à conclusão de que parar para pensar é uma boa solução para o direito. Mas como é difícil parar para pensar e mais ainda parar para pensar para se chegar a conclusão sobre como é bom parar para pensar, penso que a mudança do estado de coisas não ocorrerá sem uma mudança de postura na formação do profissional desde a faculdade de direito.

Mudança de postura que deve abranger tanto o ab(uso) da dogmática quanto a própria objetividade no estudo da filosofia. Ora, de nada adianta a reflexão estéril e, talvez por isso, veio-me a ideia de refletir sobre o cotidiano, sobre o dia de hoje, para mostrar como a filosofia tem um vasto campo a ser explorado de modo a ser útil. Para conquistar o jurista, a filosofia não pode ser egoísta, tem que ser útil, tem que (tentar) melhorar a vida das pessoas, tem que enfrentar a realidade.

Lembro, a propósito, a singeleza de Jostein Gaarder em sua magnífica obra “O mundo de Sofia”, por meio da qual conseguiu literalmente popularizar a filosofia e mostrar como esta tem o poder de modificar a visão de mundo mesmo de uma criança, de lhe abrir a mente. Acho que devemos aprender com Gaarder. O direito brasileiro está precisando de Sofias, de gente disposta ao desafio de tornar um dia diferente do outro, para si e para seus semelhantes.

Um viva à Revista FIDES!

A RELEVÂNCIA DA PESQUISA CIENTÍFICA NA FORMAÇÃO DOS DISCENTES

*Mariana de Siqueira**

Hoje, no âmbito das instituições de ensino superior, notório é o entendimento de que não é suficiente apenas oferecer ensino de qualidade para que discentes se graduem de forma completa, é preciso mais, é preciso também oferecer atividades de pesquisa e extensão.

Não se quer aqui defender a desconsideração plena da relevância da atividade de ensino, fato este que seria inadmissível. O ensino é essencial à formação dos discentes, é o primeiro e relevante passo dado neste sentido.

Reconhece-se, todavia, que esta atividade em isolado não permite aos alunos uma formação acadêmica completa. No mundo contemporâneo, onde a velocidade na realização das pesquisas e mudanças nos resultados destas tornam determinados conteúdos obsoletos em um curto espaço de tempo, é preciso que os discentes sejam estimulados a buscar, por si mesmos, os saberes ligados à sua área de formação. A iniciação científica revela-se capaz de os auxiliar neste contexto.

Além de possibilitar aos alunos encontrar o conhecimento de punhos próprios, a pesquisa se destaca por permitir aos discentes conhecer conteúdos relevantes e inovadores e formular críticas a respeito destes conteúdos. Possibilita, inclusive, através da produção de determinados resultados, o aperfeiçoamento da realidade de saber que os circunda.

Os docentes, cientes da relevância da pesquisa na formação de seus alunos, devem buscar estimulá-los a ingressar nesta seara.

É preciso que se compreenda que os alunos também são sujeitos ativos no processo de produção do saber e não simples depósitos de informações transmitidas por seus professores em sala de aula. A ideia de “educação-bancária”, como bem lecionava Paulo Freire, não deve ser a principal norteadora do processo de formação dos discentes, é preciso que estes sejam estimulados a produzir o conhecimento e não apenas a aceitar recebê-lo.

O estímulo à pesquisa oferecido no âmbito universitário deve contar com espaço onde os seus frutos possam ser revelados. A produção acadêmica não apenas dos docentes,

* Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Habilitada em Direito do Petróleo, do Gás Natural e dos Biocombustíveis. Professora do Departamento de Direito Público da UFRN. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

mas também dos discentes deve possuir ambiente democrático e aberto à sua revelação periódica.

A Revista FIDES aponta sua relevância, dentre outros fatores, na medida em que oferece aos discentes esse espaço para a publicação dos saberes por eles produzidos no âmbito das atividades de iniciação científica.

Justamente por isso, os votos feitos para a manutenção, desenvolvimento e sucesso deste periódico são os melhores possíveis. Que este seja o primeiro de inúmeros outros volumes que estão por vir.

O PAPEL DA PESQUISA EM SOCIOLOGIA DO DIREITO

Patrícia Borba Vilar Guimarães*

“Como seria possível, por exemplo, analisar se a proveniência social de um juiz influencia suas sentenças, se não se puder avaliar se seus argumentos são corretos ou errados, ou utilizados de forma significativamente distorcida, mas ainda sustentável em termos jurídicos?”

(NIKLAS LUHMANN, 1983)

O direito é um fenômeno complexo (REALE, 2005), e a sua conformação entre fato valor e norma, defendida como teoria, ressalta que o papel da sociologia do direito possui relevância fundamental na definição de uma epistemologia jurídica¹, que venha a contribuir para a qualidade na pesquisa desenvolvida no ambiente acadêmico.

Para Reale (2005),

A bem ver, o Direito não era considerado sempre e unicamente tridimensional, mas dava lugar a três vertentes distintas de pesquisa, a saber, a Sociologia Jurídica, que estudaria o Direito como fato social; a axiologia ou o Direito Natural, isto é, o direito como valor ideal, e a Ciência do Direito como estudo normativo da experiência jurídica.

Para explicação elementar dessa concepção, poder-se-ia dizer que o Direito constitui um bolo dividido em três sabores ou finalidades complementares, a factual, a axiológica e a normativa.

Pois bem, foi contra essa generalidade que me insurji sustentando que o Direito é sempre tridimensional, quer o estudo seja sociológico, filosófico ou científico positivo.

* Professora de Sociologia Jurídica no Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

¹ Para um conceito de epistemologia jurídica, cf.: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução à filosofia e a epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

A definição do espaço teórico-conceitual de atuação da sociologia jurídica, assume-se, está, portanto, definido, no seio da *factualidade*. É, pois, da análise jurídica dos fatos que se elabora o campo de atuação da pesquisa em sociologia do direito.

Mas a que tipo de fatos deve dedicar-se o pesquisador, incumbido dessa tarefa? A todos os fatos que constituírem objeto de tutela dos bens jurídicos. Convenha-se, a atualidade do direito atribui a essa categoria de fatos, uma enorme gama de possibilidades, tanto no campo local, como no global de atuação do jurista.

Talvez seja oportuno, na tentativa de delimitação das pesquisas nesse campo, como acontece em cada exercício de abstrair um objeto de pesquisa, explicitar um problema e procurar extrair dele hipóteses de formalização de qualquer estudo, indagar acerca dos objetivos da investigação. Quais seriam, portanto, os objetivos perseguidos pelos estudiosos contemporâneos da sociologia do direito?

Tomando em consideração que a sociologia do direito precisa lidar com conceitos-chave, sem a exclusão de outros, como normas, Estado, direito, justiça, poder, legitimidade e soberania, talvez seja interessante definir seu campo de atuação na confluência do sentido de interação entre esses conceitos essenciais (Fig.1).

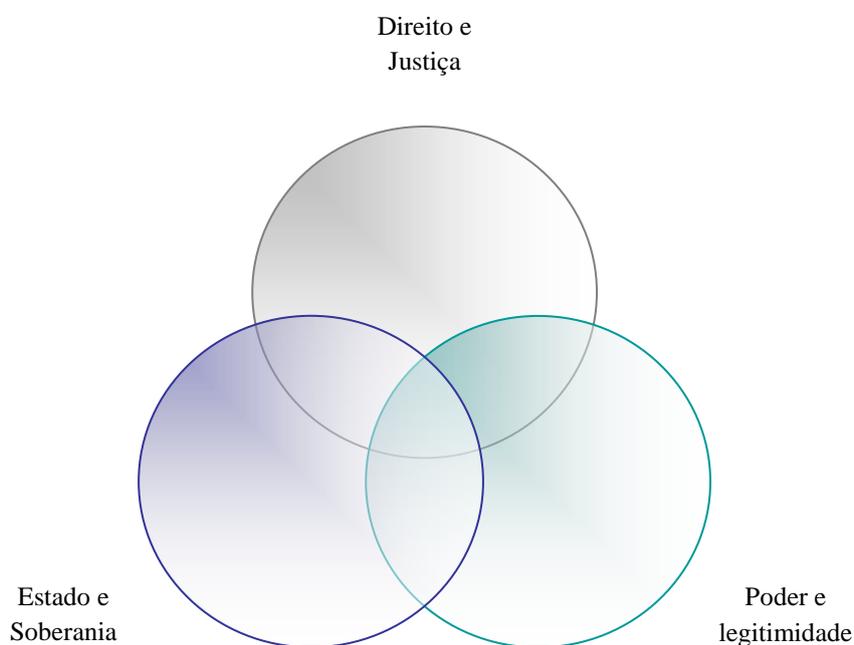


Figura 1: Diagrama conceitual esquemático das áreas de interação da sociologia do direito.

O campo de estudo da sociologia do direito abrangeria, como objetivos preliminares, a análise dos fatos “jurídicos”, sob a ótica social, diante da realidade.

Em nada se confunde com os objetos da filosofia e da dogmática, a primeira envolvida com as questões axiológicas, e a segunda com a técnica propriamente dita. É possível enumerar temas que podem ser diferenciados quando ao foco da pesquisa jurídica, nas suas três vertentes identificadas.

Conceitos correlatos e interdependentes, como direito e justiça, poder e legitimidade, Estado e soberania indicam campo fértil para interações que vem a determinar o campo de atuação da sociologia do direito e fronteiras de delimitação das pesquisas nessa área.

Durkheim (2001), um dos fundadores da sociologia, explora essa interação, ao esclarecer que

quando se quer conhecer a forma como uma sociedade se divide politicamente, como essas divisões se compõem, a fusão mais ou menos completa que existe entre elas, não é por meio de uma inspeção material e por observações geográficas que se pode chegar a isso; pois essas divisões são morais, ainda que tenham alguma base na natureza física. É somente através do direito público que se pode estudar essa organização, pois é esse direito que a determina, assim como determina nossas relações domésticas e cívicas.

O direito assume o papel integrador dos aspectos da relação entre o Estado e a sociedade, sob o foco das relações entre as pessoas e entre essas e o espaço público.

Um dos temas mais recentes da pesquisa em direito diz respeito à problemática da análise de eficácia. Como enfrentá-la sob a perspectiva da sociologia jurídica?

Em Castro (2003, p. 99) a questão é identificada enquanto “dois *approaches*: jurídico e sociológico. O jurídico estuda a eficácia da lei a partir da perspectiva da eficácia. O sociológico estuda objetivamente tanto a eficácia quanto a ineficácia como fenômenos sociais”. Esclarece o autor o primeiro comportamento do pesquisador, como estudioso da eficácia no cumprimento da lei: cumpra-se ou não se cumpra a lei, e têm-se as conseqüências jurídicas desse fato, que podem variar da pena, à multa, à apreensão, dentre outros instrumentos de sanção.

E como averiguar a influência do cumprimento ou do não-cumprimento sobre o comportamento social? Ainda, sobre as condutas dos indivíduos ou ainda, sobre as conseqüências sobre certas políticas públicas do cumprimento ou não, de determinada norma jurídica? Esse é o papel preponderante da pesquisa em sociologia do direito.

Cabe ainda verificar, em muitas hipóteses de pesquisa, cumprir a lei não significa a obtenção da justiça no caso concreto. Há inúmeros exemplos dessa constatação.

No tocante aos referenciais teóricos adotados, há uma variedade enorme de enfoques a justificarem as mais variadas perspectivas adotadas para a pesquisa em sociologia jurídica. Desde as históricas, tradicionais², às mais recentes, como as que reportam ao direito sistêmico³ ou ainda, ao *direito reflexivo*⁴.

Novas abordagens são requeridas, diante da necessidade de analisarem-se as questões da contemporaneidade do direito: impactos climáticos, meio ambiente e suas regulamentações específicas, as questões energéticas emergentes e os conflitos dela advindos, o papel do homem numa sociedade de risco e mudança constantes. Qual o papel da sociologia do direito diante desses questionamentos?

Cabe à pesquisa, fundamentada na análise dos fatos relevantes do direito e sua influência na sociedade, responder.

REFERÊNCIAS

CARIELLO, Brunno; PEDRETE, Leonardo; GODOY, Maximiliano. Sociologia do direito: velhos e novos caminhos. In: **Habitus** (Revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais – IFCS/UFRJ), Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 30 mar. 2004. p. 30-48. Disponível em: <<http://www.habitus.ifcs.ufrj.br/2brunomaxleo.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro. **Sociologia aplicada ao direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001. [Coleção a obra prima de cada autor].

² Cf. CARIELLO, Brunno; PEDRETE, Leonardo; GODOY, Maximiliano. Sociologia do direito: velhos e novos caminhos. In: **Habitus** (Revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais – IFCS/UFRJ), Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 30 mar. 2004. p. 30-48. Disponível em: <<http://www.habitus.ifcs.ufrj.br/2brunomaxleo.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

³ Para abordagens de Teoria Sistêmica do Direito (TSD), cf.: MELLO, Marcelo Pereira. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. In: **Tempo Social** (Revista de sociologia da USP), São Paulo, v. 18, n. 1, 2006. p. 351-373.

⁴ Para abordagens conceituais de direito reflexivo, cf.: TEUBNER, Gunter. **Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation**. Belgique: Bruylant, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução à filosofia e a epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MELLO, Marcelo Pereira. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. In: **Tempo Social** (Revista de sociologia da USP), São Paulo, v. 18, n. 1, 2006. p. 351-373.

REALE, Miguel. **Variações sobre a estrutura do direito**. 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

TEUBNER, Gunter. **Droit et réflexivité**: l'auto-référence en droit et dans l'organisation. Belgique: Bruylant, 1996.

UM CONVITE À DISCUSSÃO

Paulo Renato Guedes Bezerra*

A segurança jurídica é vista, dentro de um ângulo positivista, como fundamento do princípio da legalidade. A previsão em lei de todos os fatos possíveis teria o condão de atender à necessidade do direito de conferir segurança jurídica às pessoas. Nesse contexto, criou-se o dogma da legalidade.

O entendimento dogmático em que finca a legalidade foi maquinado em uma época na qual a desconfiança sobre o magistrado era elevada por parte da sociedade. Jardim Afrânio Silva explica que “desconfiado do poder dos homens, o Estado de Direito optou pelo poder da lei”¹. Tudo porque os juízes da época tinham forte ligação com a monarquia, enfraquecida com o desencadear da Revolução Francesa. A conseguinte ascensão da classe burguesa ao poder acabou por privilegiar o parlamento, atribuindo-se primazia à lei, encarada como mecanismo de proteção aos ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade.

Houve um tempo, como ensina Karl Engisch, “em que tranquilamente deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas”. Seria isso possível através de leis elaboradas com rigor, para “garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais (...). Foi o tempo do Iluminismo”².

Contudo, considerar a segurança jurídica simplesmente como legalidade e ordem – esta encarada como proteção ao *status quo*, que “envolve uma preferência pela manutenção de situações já instaladas, pela preservação de suas estruturas”³ –, sem atinar para o contexto dos fatos, para a singularidade dos casos concretos, leva a um reducionismo que impossibilita a própria realização da segurança jurídica. Mônica Aguiar explica que o aplicador do direito “não deve perder de vista que o homem, enquanto pessoa, é dotado de uma dignidade a si inerente, ontologicamente, e que não pode ser afastada”⁴. Não se pode olvidar que isso é contrário à legalidade reducionista.

* Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor do Departamento de Direito Público da UFRN. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

² ENGISH, Karl. Trad. de J. Baptista Machado. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 206.

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53-54.

⁴ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 58.

Importante registrar que se houve alguma razão, em algum momento histórico, para que a idéia de segurança jurídica estivesse intimamente ligada à legalidade e à ordem, a verdade é que se trata de resquício vivo de “excessivo apego à letra da lei, num sectarismo que o leva a interpretá-la”⁵ restritamente, aprisionando o pensamento do jurista. Trata-se de uma redução gnoseológica que elabora, segundo Plauto Faraco Azevedo, um discurso jurídico flagrantemente ideológico, que termina por desembocar no formalismo lógico-jurídico, apesar de querer se separar de toda e qualquer ideologia. Imune à crítica e distante dos reais problemas sociais, trata-se de um sistema fechado, com pressupostos tidos aprioristicamente como verdadeiros, para justificar uma falsa segurança jurídica. O direito, como objeto cultural, deve estar “sensível a desvios necessários à disciplina do pensamento”⁶.

Não é legítimo, assim, reduzir o problema da segurança jurídica aos dogmas que tranqüilizam o aplicador do direito que se esquivam da responsabilidade de pensar. As construções positivistas tiveram e têm sua importância. Mas hodiernamente se percebe que não bastam. Vê-se uma dificuldade de efetivamente se perceber que a construção da norma jurídica não dispensa a atividade do intérprete. Ela não se confunde – hoje já se sabe – com o enunciado no texto legal. A interpretação ocorrerá sempre e diante do caso concreto.

Com a massificação dos litígios, o efeito vinculante que pretendem alguns atribuir aos precedentes judiciais seria uma suposta forma de se obter a tão procurada segurança jurídica. Segundo Mônica Sifuentes, “o direito é feito de pré-compreensões” e “a pirâmide de Kelsen não basta para exprimi-lo”⁷. Não se deve concordar com a idéia abstrata de se querer automatizar a atividade judicial, com o beneplácito da hierarquia normativa fechada.

Em suma, a segurança jurídica carece de um prumo. Ademais, o Poder Judiciário tem perdido, dia após dia, prestígio junto à sociedade, muitas vezes em virtude exatamente da morosidade para o julgamento das causas que lhe são direcionadas. Assevera Alcenir José Demo que “a morosidade da Justiça é um problema que remonta décadas em nossa história, tanto que Rui Barbosa, nos idos de 1920, em um de seus memoráveis discursos (Oração aos Moços), já dizia: Justiça atrasada não é Justiça senão injustiça qualificada e manifesta”⁸.

⁵ RODRIGUES, João Gaspar. **O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro**: a formação dos magistrados no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 26.

⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 21.

⁷ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 300-301.

⁸ DEMO, Alcenir José. A Justiça é Cega Mas não é Muda. In: **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. VIII, n. 186, p. 30-33, 2004. p. 30.

Além do grande aumento da população nos últimos anos⁹, devemos considerar o que Antônio Pereira de Souza chama de demanda reprimida¹⁰, em consequência de sucessivos anos de regime totalitário, que emergiu com todo o ímpeto, desaguando na porta de um Poder Judiciário despreparado para atender convenientemente esse despertar da cidadania.

Mas não apenas isso. A preocupação inicialmente levantada em torno da segurança jurídica tem se tornado objeto principal de discussão entre os constitucionalistas e processualistas, que buscam, através de reformas na legislação, acabar com muitos dos requififes ainda tão marcantes na teoria do processo brasileiro.

Vivemos a era da velocidade do processo¹¹ (ou pelo menos da sua busca) e, por conseguinte, a do pragmatismo, pois é muito difícil se conceber velocidade a um meio de transporte carregado de coisas; sejamos velozes e práticos então. Ninguém atualmente se impressiona com a advertência do eminente jurista uruguaio Eduardo Couture, inscrita no sétimo mandamento do advogado: “O tempo vinga-se das coisas que se fazem sem a sua colaboração”¹².

É injusto se negar um direito a quem a ele faz jus, mas também o é reconhecê-lo intempestivo, quando a utilidade do seu exercício já foi destruída ou mitigada pela ação do

9

Ano	População total
1872	9930478
1890	14333915
1900	17438434
1920	30635605
1940	41236315
1950	51944397
1960	70191370
1970	93139037
1980	119002706
1991	146825475
2000	169799170

Fonte: Directoria Geral de Estatística, [187?] / 1930, Recenseamento do Brazil 1872/1920; IBGE, Censo demográfico 1940/2000. Dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

¹⁰ SOUZA, Antônio Pereira de. A súmula vinculante como instrumento de racionalização do sistema judicial. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.) et al. **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 390.

¹¹ O direito à prestação jurisdicional justa e oferecida dentro de um período de tempo razoável está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto de São José da Costa Rica – ao qual o Estado brasileiro aderiu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 –, na Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, entre outros. Apesar de em alguns países europeus a preocupação com a efetividade do processo já ser coisa do passado, o fato é que, em outros, ainda se trata de um obstáculo a ser vencido. É relevante lembrar também que o § 1º do artigo 52 da Constituição de Portugal atribui a todo cidadão o direito de petição e de acesso a órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades, assegurando, ainda, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação. O direito interno francês igualmente contempla a questão do tempo na entrega da jurisdição, com norma expressa no artigo L. 781-1 do Código de Organização Judiciária, que apresenta fortes reflexos na jurisprudência parisiense.

¹² COUTURE, Eduardo. Trad. de Ovídio Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. **Os mandamentos do advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1979.

tempo. Mas é importante buscar as raízes desses problemas. Seria o poder público o grande responsável pelo aumento de demandas? A Fazenda Pública está representada, de uma forma ou de outra, uma generosa fatia de processos que estão em andamento atualmente.

A segurança jurídica, no fim das contas, carece de um prumo, porque há uma quantidade absurda de processos judiciais que podem receber tratamento diferenciado diante da liberdade que se concede ao magistrado ou porque há uma notória morosidade na tramitação processual no Brasil? Devemos realmente tratar os assuntos separadamente? E essa grande quantidade de demandas se deve a quê? Que parcela de culpa tem o poder público nisso?

É importante que o pesquisador consiga enxergar além das fontes de seus estudos para, verdadeiramente, num trabalho interdisciplinar, no qual devem estar presentes a filosofia, a ciência política e tantos outros campos do conhecimento, alcançar resultados ainda desconhecidos ou poucos discutidos academicamente, mas que, por sua relevância, podem contribuir para a melhoria do funcionamento da máquina judicial, recuperando, frente à sociedade, toda a credibilidade já não tão forte que o Judiciário outrora possuiu.

Não há tempo a perder. Que seja dado o pontapé inicial nessa e em tantas outras discussões.

DIALÉTICA DA RAZÃO E ESPECIALIZAÇÃO DOS SABERES: O DESENVOLVIMENTO HUMANO EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO CULTURAL

*Fábio Bezerra dos Santos**

RESUMO

Desde que o iluminismo moldou o pensamento racional manifesto através dos métodos científicos se ouve dizer que ciência e saber vulgar não se misturam, e que a verdade só se legitima através da razão. Desse modo, propomos o presente estudo que se propõe a investigar a dinâmica do processo cognitivo humano na era da revolução da informação.

Palavras-chave: Razão. Método. Desenvolvimento Humano.

1 ESPECIALIZAÇÃO DOS SABERES E DESENVOLVIMENTO HUMANO

Edgar Morin aborda a natureza do conhecimento enquanto informações, debruçando-se sobre as teorias que fundamentam o saber apresentando os riscos de erro e de ilusões nas interpretações do “conhecimento”, pois que, essas interpretações percebidas pelo estímulo e traduzidas pela linguagem, estão sujeitas ao erro pela possibilidade de ter advindo de uma percepção falsa, ou ter sido influenciada pelo subjetivismo e apresentar uma visão de mundo particularizada e projetada pelo conhecimento e juízo de valores do próprio do tradutor.

Essa forma de análise de uma nova visão de conhecimento é designada pelo autor como “O calcanhar de Aquiles” do conhecimento. E vai além, quando possibilita ao leitor um desenvolvimento analítico dessa questão apresentando as pluralidades de erros possíveis do mental tais como: a imaginação, o egocentrismo e os pecados da memória que são peculiares a toda mente humana. Estes são fatores que podem racionalizar uma verdade aparente e distante da razão propriamente dita.

* Doutorando em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor da Disciplina Direito Processual Civil no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Advogado. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

Lembrando os mitos, ele argumenta que “O ocidente europeu acreditou, durante muito tempo, ser proprietário da racionalidade” (MORIN, 2002, p. 24), o que indica que a racionalidade é discutível e que a razão é negociável. É o que deixa crer o autor; e confirma ainda: “...a racionalidade corre o risco constante, caso não mantenha vigilante a autocrítica quanto a cair na ilusão racionalizadora. Isso significa que a verdadeira racionalidade não é apenas teórica e crítica, mas também autocrítica” (MORIN, 2002, p. 27).

Além dessa questão, temos uma educação recheada de paradigmas que subordina o indivíduo pelos seus modelos mentais, para manter a soberania das verdades estabelecidas, o que incorre para a manutenção das barreiras dos determinismos proibitivos e controladores e, como consequência: o “conformismo cognitivo” que ele se refere à prática de um selo cultural impregnado desde o seu nascimento.

O imprinting cultural marca os humanos desde o nascimento, primeiro com o selo da cultura familiar, da escolar em seguida, depois prossegue na universidade ou na vida profissional. (...) Assim a seleção sociológica e cultural das idéias raramente obedece à sua verdade; pode, ao contrário, ser implacável na busca da verdade (MORIN, 2002, p. 28).

Nesse sentido, Otávio Ianni, com acerto, destaca que no contexto global da revolução macroeletrônica, “multiplicam-se e intensificam-se possibilidades de racionalização do processo produtivo. Criam-se novas especializações e alteram as condições de articulação entre as forças produtivas, bem como do trabalho intelectual e manual” (IANNI, 1997, p. 31).

Daí, o conhecimento deixa de ser um processo de educação, para ser um processo de indução, para subjugar o indivíduo ao sistema, e o que se tinha até então sobre conhecimento na visão de Edgar Morin, passa a ser um universo de ilusão, no qual o indivíduo deva se manter em constante alerta, para resgatar sua real identidade: “A mente humana deve desconfiar de seus produtos ideais, que lhes são, ao mesmo tempo, vitalmente necessários”. Por fim, adverte o autor que devemos estar permanentemente atentos em relação ao idealismo e a racionalização (MORIN, 2002, p. 32)¹.

¹ Nesse instante, Edgar Morin (2002, p. 32) desnuda o ponto fraco dos Sistemas de Direito, também produto cultural da humanidade, consequência do pensamento racional, herança do metodologismo (ou cientificismo), aspectos tão bem apresentados por Nelson Saldanha in: SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Cumpra advertir que a abordagem que se segue, bem como de todo trabalho, encontra-se focada especialmente na cultura ocidental, eurocêntrica e judaico-cristã, pautada na civilização greco-romana e mesclada com a anglo-saxã.

Em que pese o contexto ocidental, nada impede a possibilidade de se alcançar outras racionalidades que integrem o objeto perquirido, pois, para que a mobilização do conhecimento se dê de forma a ser tratado com os questionamentos necessários de buscas constantes, há que enfrentar suas complexidades e desenvolver aptidões mentais específicas, para se chegar a uma compreensão sempre mais integral no processo investigativo.

Por isto, a educação deve oportunizar ao indivíduo, que desenvolva suas habilidades e aptidões naturais, para que ele possa exercitar dentro de suas faculdades mentais, o poder de busca e compreensão das coisas. Essa liberdade, entretanto, é função dos promotores de educação que se utilizam de conhecimentos globalizados, como instrumento de provocação para a racionalização e crítica dos conceitos abertos.

Edgar Morin é objetivo e sua análise sobre o conhecimento dispõe uma visão transparente para o leitor rebuscando em suas lucubrações um desvelamento de consciência, que abre espaço para uma reflexão mais aprofundada a respeito de conhecimento, educação e razão, um debate não apenas sobre educação mas uma proposta de questionar sobre verdades aparentes e verdades não reveladas.

Nessa problematização dos saberes o autor atinge públicos diversos, como sociólogos, filósofos, educadores e afins despertando amplos conceitos prováveis e uma nova proposta de racionalidade sobre as questões de aprendizagem e educação que implicam e conduzem à educação consciente.

Esta vinculação a algo superior, tido como verdade, é que constituiria a marca do pensar teológico. Nesse sentido todo pensar dogmático teria um traço teológico, e isso se aplica às grandes filosofias ontológicas da antiguidade e do medievo, além dos sistemas produzidos pelo racionalismo moderno. Contudo, deste modo o “ser” seria apenas um outro nome dado a Deus. Até que o estoicismo lança as bases para um pensar cosmológico que envolve um “logos ordenador”, uma razão sobre as estruturas do mundo, estruturado em arquétipos antigos onde aparecem as imagens ideais (KANT, 2002, *passim*). Noutras palavras: um largo sentido cósmico de justiça. Entretanto, a tal ordem das coisas sucumbe às formas secundárias. Na teologia e nos racionalismos modernos é modificada e pervertida, atendendo às suas necessidades de organização e estruturação (SALDANHA, 2005, p. 20-24).

2 O ADVENTO DO PENSAMENTO RACIONAL: METODOLOGISMO, TRADIÇÕES RACIONALISTAS E LINGUAGEM NA (CON)FORMAÇÃO DOS SABERES MODERNOS

As principais tradições racionalistas da modernidade – utilitarista, marxista e contratualista –, foram molduradas de maneira decisiva pelo Iluminismo. Contudo, em que pese a idéia de liberdade de pensamento propugnada pelo iluminismo, o seu principal produto foi a prevalência da verdade científica como triunfo do pensamento racional.

Assim, pode-se dizer, com gravidade, que seria a razão a ideologia de um ambiente cognitivo, verdadeiro e puro, apto a influir e escamotear a verdade sobre interesses (sociais e individuais, conscientes e inconscientes) inconfessáveis, além de obstacular e até impedir o desenvolvimento humano?

Fato é que, positivas, tais racionalidades, quando não determinam, exercem forte influência, na formação das estruturas, identidades (sociais e de grupos), papéis sociais, culturas (e subculturas), via de regra, normatizando o comportamento humano.

Esse movimento filosófico, intimamente relacionado com o processo de normatização dos saberes e padronização do comportamento humano, tem por objetivo racionalizar a vida cotidiana das pessoas, operando através de princípios científicos, porquanto referenciais da própria razão. No entanto, além da questão correlata aos interesses políticos associáveis obscurecidos pelas ideologias, quem pode garantir que a linguagem científica de fato é imune às ingerências do saber vulgar, nem sempre lógico, por vezes irracional, especialmente nas ciências humanas?

Ora orgânico ora mecanicista, existe nesse movimento um poderoso impulso normativo para levar à sério o ideal de livre arbítrio expresso em uma doutrina política essencialmente voltada para a dimensão material dos sujeitos (acesso a trabalho e empregos, por exemplo)².

² Mecanicismo – nesta ótica o corpo social é a soma das partes. Assim, é considerando, quase que absolutamente, o papel do indivíduo nas relações, razão porque foi o pensamento eleito pela burguesia no contexto da revolução francesa, responsável pelo estado de coisas que se estabeleceu no período conhecido por Estado Liberal, coincidente com o capitalismo industrial e financeiro. Organicismo – A compreensão do organicismo dá-se em oposição ao mecanismo, isto numa perspectiva exclusivista, pela qual cada um dos métodos encabeça o discurso de que não apenas ele é o único caminho para a “verdade”, mas também o único apto a apontar as falhas do outro. Segundo os organicistas, existe um “espírito social”, chamado de “espírito popular” por Montesquieu (Do Espírito das Leis), responsável pela unidade social, pelo qual o indivíduo só existe no corpo social, de modo que pouca ou nenhuma importância tem se individualmente considerado.

Fragilizados por uma aprendizagem deficiente, atendimento das necessidades existenciais básicas e seduzidos pelo desejo de sentirem-se “incluídos pelo consumo”, os indivíduos e grupos sucumbem ao apelo capitalista, fortalecido pelo contexto da globalização.

Desde que se afirmou o entendimento de que é o homem um ser racional, o que mais se pode deprender fora dessa referência? Como impedir o mero sujeitamento ou conformação dos sujeitos, garantindo-lhes uma formação verdadeiramente emancipatória se a linguagem científica não ultrapassa seus métodos racionais que, por sua vez, são escolhidos por ato de vontade daqueles que se apropriam do sedutor discurso científico para atender às vicissitudes dos mercados e consumo sob o mote da especialização dos saberes?

Identificar as racionalidades constitutivas dos teoremas da modernidade que enclausuram a humanidade representa a melhor, senão a única saída, para desarticular essas situações paradoxais que impedem o desenvolvimento.

O utilitarismo norte-americano lastreia seus fundamentos na afirmação de que a legitimidade dos governos está ligada à sua vontade e capacidade de maximizar a felicidade, não importando a hierarquia do mecanismo normativo se a concretização dos princípios democráticos for conseguida. Cumpre destacar que a principal característica desta razão é “consequencialismo”, cálculo mental pelo qual se busca evitar as piores consequências de uma decisão, ao mesmo tempo em que não se abandona, absolutamente, a idéia de que os fins podem justificar os meios empregados à sua consecução.

Nesta perspectiva, poder-se-ia incluir o desenvolvimento humano como fim maior a ser alcançado, cujos meios dizem respeito à aprendizagem saudável que de modo algum poderia sofrer constrição artificial a qualquer que fosse o pretexto. Eis uma dimensão do desenvolvimento, porém não a única.

O marxismo difere no que se refere à exploração, às relações tanto desta com o trabalho quanto com os sistemas políticos e econômicos, e no papel das instituições políticas no que se refere a sua erradicação. Em todas as interpretações marxistas as instituições políticas carecem de legitimidade na medida em que cancelam a exploração, e ganham-na na medida em que promovem sua antítese, a liberdade humana (SHAPIRO, 2006, p. 6).

O contratualismo tem como seu maior representante Jean-Jaques Rousseau, com o expoente literário ‘O Pacto Social’ (ROUSSEAU, 1973, *passim*). Eminentemente orgânico, muitas críticas são feitas às suas teorias, sobretudo as que “explicam” a origem do Estado.

Basicamente tal razão consiste na premissa de que ninguém abre mão de liberdade alguma (leia-se: dignidade ou desenvolvimento algum) senão em troca de mais liberdade. Indaga-se se houve um consenso verdadeiramente consciente (como propôs o autor), tácito

como remediaram os jusfilósofos apaziguadores, ou, ainda, se não houve pactuado algum. Tais especulações, no entanto, em nada abalam a racionalidade que as sustém.

Neste último caso, o homem como produto do meio, pelo meio é criado, não havendo mais porque se discutir ato de vontade tácita ou consciente, mas tão somente quanto de políticas públicas (saúde, educação, moradia, lazer) o Estado compromete-se a realizar para apaziguar o desejo natural pelo caos (guerra) e garantir a governabilidade³.

Há que se destacar que novas tradições racionalistas não pararam de surgir, de modo que já é possível perscrutar-se acerca de teorias feministas como tradição racional a influir no universo comunicacional (racional) contemporâneo.

Amparados nos estudos de Wittgenstein sobre a filosofia da mente, é possível concluir que os limites do nosso mundo coincidem com os limites da nossa linguagem (WITTGENSTEIN, 1979, *passim*). Nessa ótica, a linguagem ou universo comunicacional ocidental tem sido amplamente determinado pelas racionalidades modernas. Assim, a razão tornou-se fonte de legitimação de tudo que é útil, contratável e equânime. Por caminho parecido, o discurso racional tornou-se algo a ser alcançado, de modo que aquele que dele se apropria obtém o controle consensual dos homens (FOUCAULT, 2005, *passim*)⁴.

Como tais tradições estiveram presentes em todo o pensamento racional moderno – determinando-o e sendo por ele moldadas –, e quando identificadas foram capazes de revelar os objetivos ou finalidades muitas vezes obscurecidos com o propósito de camuflar os interesses que negam a real efetividade do desenvolvimento humano, captar o real significado e alcance dos métodos, implica em uma perspectiva analítica e reflexiva, dialética e não-dialética, mas capaz de verificar como tais influências atuam na produção e reprodução dos saberes ou objetos de conhecimento⁵.

³ Cumpre destacar que logo após a Revolução Francesa a ideologia liberal separou o Estado da Sociedade. Na passagem do Estado liberal para o Estado social, ao revés de haver uma reaproximação, ocorreu o fenômeno da absorção da sociedade pelo Estado, de modo que hodiernamente toda manifestação coletiva de vontade se dá através deste. Sem identidade, os valores se (re)produzem por meio do próprio Estado, sobretudo porque em nome da sustentabilidade as expectativas passaram a integrar os ordenamentos jurídicos, dificultando na *praxis* diferir interesses públicos de interesses políticos.

⁴ No trabalho “A ordem do discurso”, Michel Foucault não exita em afirmar que aquele que se apropriar do discurso terá, legitimamente, o poder de controlar a sociedade.

⁵ Sobre o assunto é capital a leitura de HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião. Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução de Alfred J. Keller. Aparecida: Idéias & Letras, 2007.

CONCLUSÕES

Como resultado dessas inflexões, pode-se alcançar a correção (aperfeiçoamento) dos métodos e/ou resignificação de seus objetos. Contudo, é factível reconhecer que nenhum método é suficiente para permitir a visão integral de dado algum, o que pode demandar a combinação de métodos como, exigência para o conhecimento integral ou complexo, cada vez mais exigido e alcançável, possivelmente, através de uma aprendizagem emancipatória do sujeito, apto, então, ao trânsito transversal nos diversos ramos e áreas do conhecimento com vistas ao desenvolvimento de habilidades específicas voltadas ao atendimento de necessidades igualmente específicas, identificadas no limiar da modernidade.

Nesse contexto apreensivo e complexo, surgem ciências transdisciplinares voltadas às finalidades dos saberes, prontas a relativizarem os métodos científicos, inaugurando um tempo de descoberta e insegurança numa dimensão muito mais inclinada ao autoconhecimento da humanidade, do propriamente com estética dos saberes. Assim, a busca pelo conhecimento jurídico pode variar desde a escolha e aplicação seletiva dos vários métodos existentes, capturados de ciências pré-existentes, até a ausência quase total de métodos em situações extremamente abstratas.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. Trad. de Laura Fraga de Almeida Sampaio. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2005.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. Trad. de Alfred J. Keller. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião. Organização e prefácio de Florian Schuller. Aparecida: Idéias & Letras, 2007.

IANNI, Octávio. **A era do globalismo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 31.

KANT, Immanuel. Trad. de Adaury Fiorotti. **Realidade e existência**: lições de metafísica: introdução e ontologia. São Paulo: Paulus, 2002.

MORIN, Edgar. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 24.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato social**. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Trad. de José Carlos Bruni. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

DIALECTIC OF REASON AND KNOWLEDGE OF SPECIALIZATION: HUMAN DEVELOPMENT IN TIMES OF CULTURAL GLOBALIZATION

ABSTRACT

Since the Enlightenment influenced the rational thinking through scientific methods, people say that science and common knowledge do not mix, and that truth is only legitimated by “reason” itself. Therefore, this present study aims to investigate the dynamics of human cognitive process in the era of information revolution.

Keywords: Reason. Method. Human Development.

AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E A REFORMA PROCESSUAL PENAL

*Marco Bruno Miranda Clementino**

RESUMO

Concebida no direito americano, a teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi incorporada no direito brasileiro por obra da jurisprudência. Diante disso, a evolução história mostrou certa instabilidade quanto à extensão da aplicação da teoria. Na recente Reforma do Código de Processo Penal, a matéria foi finalmente legislada no artigo 157, com a previsão da vedação do uso das provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, com as exceções previstas no próprio preceito. No geral, consolidou-se na lei a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Reforma. Código de Processo Penal.

1 INTRODUÇÃO

Em 15 de dezembro de 2004, poucos dias após a aprovação da Reforma do Poder Judiciário por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, reuniram-se no Palácio do Planalto os chefes dos três Poderes para firmarem o Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, por meio do qual foi selado um compromisso institucional em torno de algumas medidas prioritárias para aprimoramento do sistema judicial e, em especial, da prestação jurisdicional oferecida no Brasil.

O documento trazia ainda um pacote de projetos de lei tidos como prioritários dentro do objetivo de reformar o Judiciário, tornando-o mais ágil e mais aberto à sociedade. Eram projetos que viabilizavam mudanças de paradigmas profundos na legislação

* Doutorando em Direito Penal (UFPE). Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Tributário (IBET). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE/RN). Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

infraconstitucional, porém em sua maioria de conteúdo procedimental, disciplinando sobretudo o direito processual geral, o direito processual civil e o direito processual penal.

Desse pacote saíram importantes medidas legislativas que revolucionaram o serviço judiciário, a exemplo da Lei nº 11419, de 19 de dezembro de 2006, que permitiu a informatização do processo judicial e possibilitou a adoção de procedimentos burocráticos mais consentâneos com o momento histórico, abandonando-se uma estrutura de origem mais remotamente medieval. No processo penal, as mudanças mais radicais foram promovidas mais recentemente, já no ano de 2008, com nova regulação no tocante ao processo no Tribunal do Júri, a questões procedimentais e à prova.

No que diz respeito à prova no processo penal, uma inovação de destaque foi a disciplina procedimental das provas obtidas por meios ilícitos, inclusive no que diz respeito às provas derivadas de provas ilícitas. Não se trata de uma questão propriamente inédita no direito nacional, até porque já havia a previsão do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, porém algumas questões que anteriormente somente haviam sido abordadas no campo jurisprudencial agora estão expressamente reguladas, com o estabelecimento dos necessários limites, na nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.

No presente trabalho, propõe-se debater justamente a temática das provas ilícitas e, em especial, as destas derivadas, explicitando-se sua origem no direito comparado, sua evolução jurisprudencial no direito brasileiro e sua conformação na nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, em cujo texto basicamente se sistematiza toda a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) em torno da questão.

2 ORIGEM NO DIREITO COMPARADO

A regra da inadmissibilidade das provas ilícitas surgiu no âmbito do direito processual penal da *common law*, fruto de uma construção da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O primeiro precedente sobre o tema se deu em 1886, com *Boyd v. United States*, no qual

a Suprema Corte passou a adotar como razão de decidir a regra da exclusão, que ocorresse a violação, quando da obtenção ou produção de prova, tanto à Quarta (garante a segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e

apreensões arbitrárias), quanto à Quinta Emenda (garante o direito do acusado de não produzir prova contra si) (NUNES, 2008, p. 479).

Mais adiante, no ano de 1914, decidiram os *Justices*, em *Weeks v. United States*, que a obtenção de provas em violação de domicílio implicava afronta à Quarta Emenda, estabelecendo-se então a *exclusionary rule* e, portanto, a proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos em cortes federais. Esse precedente avançada em relação a *Boyd v. United States*, porque determinava a aplicação da *exclusionary rule* mesmo na hipótese de ser violada apenas a Quarta Emenda.

Depreende-se, pois, que a regra foi construída *on the case*, na linha da própria sistemática de fontes da *common law* e sob uma hermenêutica viva da Constituição dos Estados Unidos da América, para cuja proteção foi indiscutivelmente concebida. Aliás, o caráter instrumental da regra processual é percebido com bastante evidência no direito da *common law*, pois sua construção é normalmente justificada na necessidade de proteção de um determinado direito material e em especial de um direito constitucional. Neste caso, a Suprema Corte teve em mente a proteção dos direitos assegurados na Quarta Emenda:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Em *Weeks v. United States*, tendo sido constatada a obtenção de prova em violação às normas emanadas da Quarta Emenda, fixou-se a regra da inadmissibilidade da prova dentro do processo, que então se consolidou objetivamente para todo sistema judicial federal por meio do precedente vinculante (ou *stare decisis*). Curiosamente, somente em 1961 a regra foi estendida aos processos penais de competência das justiças estaduais, em *Mapp v. Ohio*.

Se isso não bastasse, como é próprio na dinâmica da teoria do precedente nos sistemas judiciais filiados à tradição da *common law*, foram sendo construídas, também *on the case*, hipóteses de aplicação da regra de acordo com novas circunstâncias que se projetavam casuisticamente. Foi assim que, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, a Suprema Corte estendeu a *exclusionary rule* também às provas derivadas de provas ilícitas, tese que se consolidou no ano de 1939, em *Nardone v. United States*, na teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*).

Por outro lado, em outros casos concretos, a aplicação da *exclusionary rule* parecia inadequada a fornecer uma resposta coerente à situação concreta que se apresentava. Assim, através das técnicas utilizadas na aplicação do precedente, como o *distinguishing*, o *overruling*, as decisões *per incuriam*, entre outros, a jurisprudência criou algumas limitações à incidência genérica da regra no tocante às provas derivadas de provas ilícitas. Disso decorre que a Suprema Corte afastou o seu caráter absoluto, de modo que, no contexto de sua jurisprudência atual, a aplicação respectiva submete-se a algumas limitações possíveis, as quais devem ser objeto de apreciação no caso concreto:

- a) limitação da fonte independente (*independent source limitation*), segundo *Wong Sun v. United States* (1963): aplicável aos casos em que os fatos apurados através de uma violação constitucional não sejam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que possam ser provados por uma fonte independente;
- b) limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), segundo *Nix v. Williams* (1984): a prova decorrente de uma violação constitucional pode ser aceita desde que possa, inevitavelmente, ser descoberta por meios jurídicos;
- c) limitação da descontaminação (*the purged taint limitation*), segundo *United States v. Ceccolini* (1978): em que pese ilícita a prova, pode ocorrer no processo algum evento apto de purgar o veneno, imunizando os respectivos frutos;
- d) limitação da boa-fé (*the good faith exception*), segundo *United v. Leon* (1984): concebida num caso concreto em que agentes policiais cumpriram mandado posteriormente invalidado, convictos de que estavam observando a regra da *exclusionary rule*.

Ainda no direito comparado, é possível identificar alguns institutos semelhantes à *exclusionary rule*, embora que com fundamento e conteúdo às vezes distintos, a exemplo das *beweisverbote* do direito alemão. Já houve pronunciamento do Tribunal Constitucional espanhol em diversos precedentes, remontando a 1982 o caso líder acerca do tema. No direito italiano, a inadmissibilidade das provas ilícitas está embutida no *giusto processo*, devidamente regulado na legislação infraconstitucional. Em Portugal, por sua vez, há norma expressa na Constituição estabelecendo a vedação, especificamente no artigo 32.8.

3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A valoração da prova ilícita não constitui temática recente no direito brasileiro. Segundo Walter Nunes (2008), três correntes doutrinárias distintas debatiam sobre os respectivos efeitos: a primeira sustentava que a captação ilícita de prova, em que pese criminalmente censurável, não era suficiente para contaminá-la, tendo em vista a separação entre o direito material e o processual; de acordo com a segunda, a prova resultaria inválida, dada a unidade da ordem jurídica, no que se aproximava da teoria da *exclusionary rule*; a terceira era mais flexível, entendendo-se que somente havia contaminação em caso de violação de norma constitucional ou princípio geral da Constituição, tendo-se em conta também o princípio alemão da proporcionalidade e o norte-americano da razoabilidade.

Inicialmente, predominava na doutrina a primeira corrente, priorizando-se a obtenção da verdade real no processo penal. No entanto, os processualistas penais aos poucos começaram a defender que o princípio da verdade real submetia-se a limitações de ordem ética, possibilitando o florescimento da tese segundo o qual são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Na jurisprudência, constatam-se apenas alguns poucos precedentes antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, curiosamente a maioria deles em processos civis (RE 85.439, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 84/609; RE 100.094-5, Rel. Ministro Rafael Mayer, RTJ 110/798). Na verdade, no processo penal, a regra somente foi confirmada pelo STF em 1986, no julgamento do HC 63.834-1, relatado pelo ministro Aldir Passarinho. Por outro lado, diante da previsão expressa, no texto original, do artigo 5º, LVI¹, perdeu sentido a discussão sobre a validade ou não das provas obtidas por meios ilícitos, que passou a figurar como garantia constitucional do indivíduo.

No entanto, diante da premissa constitucional, veio à tona uma nova discussão decorrente do aprofundamento na aplicação do conceito e que, na verdade, já se travara na jurisprudência norte-americana: a disciplina das provas derivadas de provas ilícitas. Inicialmente, no âmbito da ação penal nº 307-3, relatada pelo ministro Ilmar Galvão, o STF decidiu pela incomunicabilidade das provas ilícitas. Todavia, o STF logo após mudou radicalmente seu posicionamento a propósito do tema e passou a aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada, na linha da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, o que predomina até hoje, inclusive depois de sucessivas mudanças de composição².

¹ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

² EMENTA: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE

DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO.

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS.

- Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.

- A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.

A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF).

- O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilege du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes.

4 NOVA REDAÇÃO DO ART. 157 DO CPP

Após a consolidação jurisprudencial pelo STF, veio agora o legislador, num dos projetos de reforma da legislação processual penal, dispor expressamente sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas e também das provas ilícitas por derivação, na nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal:

- A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular.

- Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- **A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.**

(STF. HC 93050. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, p. 700, 01 ago 2008, Seção 1).

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

Não há propriamente uma inovação em face daquilo que vinha sendo decidido pelo STF a propósito do tema. Entretanto, tendo em vista as cada vez mais frequentes modificações na composição da Corte, a introdução da regra mediante ato legislativo tem relevância não apenas como expressão de segurança jurídica (tanto para os investigados em processo penal quanto para os agentes estatais responsáveis pela persecução penal), mas também pelo estabelecimento formal de um procedimento a ser observado nos casos concretos. Isso evita confusões que podem gerar nulidades e muitas vezes contaminar anos de investigação, em notável prejuízo de recursos públicos e em prejuízo da eficiência na persecução penal.

O Parlamento havia aprovado também, no § 4º, a regra segundo a qual “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Todavia, o preceito normativo foi objeto de veto pelo presidente da República, que assim o justificou:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Realmente, não parece fazer sentido estabelecer-se uma hipótese de impedimento ao magistrado que tomou conhecimento da prova obtida por meio ilícito. Ora, trata-se de um profissional com preparo e conhecimento técnico suficientes para lidar no processo com uma prova excluída em função de ilicitude na captação. No convencimento motivado, o juiz somente poderá fazer uso das provas lícitamente colhidas e saberá racionalmente como preparar a decisão com base nestas. Caso assim não faça, estará exorbitando de suas funções e, portanto, sujeitos às sanções que o direito positivo para tanto estabelece. Aliás, se existe no magistrado um deliberado objetivo de prejudicar qualquer das partes, o fato de conhecer ou não o conteúdo de uma prova obtida por meio ilícito não será decisivo na orientação de sua conduta.

No mais, é importante destacar, no tocante às provas ilícitas por derivação, que se prevêem como exceções à regra geral, no artigo 157, § 1º, duas hipóteses: (a) salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras; (b) quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Assim, afora quanto à previsão expressa da limitação da fonte independente, o legislador brasileiro optou por um critério mais genérico, mas também mais formal. Ressalte-se que, segundo a jurisprudência norte-americana, até mesmo a boa-fé do agente policial pode afastar a contaminação da prova, nos casos em que se demonstre não haver um intuito deliberado de violar direitos do investigado.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, enfim, que o artigo 157 do Código de Processo Penal veio sistematizar um conjunto de regras que já vinha sendo aplicado no direito brasileiro por força da jurisprudência do STF, em resguardo do disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, que estabelece como direito individual do cidadão a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos.

O STF, a partir da determinação constitucional, incorporou ao direito brasileiro toda uma construção sobre provas ilícitas por derivação, estabelecendo um procedimento a ser observado nos casos concretos em que se verifique a possibilidade de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada e preservação da prova que não se considere contaminada. De um lado, oferece-se ao investigado maior segurança quanto à invocação da teoria, agora não mais submetida apenas ao crivo meramente jurisprudencial; de outro, resguarda-se a

investigação quanto à regulação da própria aplicação em si e também da incolumidade da prova restante.

Entretanto, é preciso considerar que a normatização foi bastante genérica e prestigiou critérios puramente formais, o que pode ensejar algumas dificuldades na aplicação aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. **Provas ilícitas no processo penal**. Brasília: Senado Federal, 1988. v. 25. n. 97.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. v. 16. n. 188.

DRESSLER, Joshua. **Understanding Criminal Procedure**. 3 ed. New York: Lexis Nexis, 2002.

MATTA, José Eduardo Nobre. A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – hermenêutica do art. 5º da Lei nº 9.296/96. In: **Direito Federal**. Brasília: Associação dos Juízes Federais do Brasil, 2001. v. 20. n. 66.

MOLINARO, Carlos Alberto. A questão da prova ilícita vista pelos tribunais. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 32. n. 145.

NUNES, Rafael de Oliveira. A questão da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal através da aplicação do princípio da proporcionalidade. In: **Revista da ESMape**. Recife: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, 2007. v. 12. n. 26.

NUNES, Walter. Curso de Direito Processual Penal: **Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na Reforma Processual Penal. In: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. v. 16. n. 188.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 32. n. 153.

SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. In: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. v. 16. n. 188.

TUCCI, Rogério Lauria. Ordem judicial de busca e apreensão e ilicitude da prova dela extrapolante. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 95. n. 848.

THE BRAZILIAN EXCLUSIONARY RULE AND THE CRIMINAL PROCEDURAL REFORM

ABSTRACT

Conceived in American Law, the exclusionary rule was introduced in Brazilian Law by court precedents. Therefore the historical evolution has shown certain instability on the extension of its application. On the recent Procedural Criminal Code Reform, the subject has been finally legislated on Article 157, establishing the exclusionary rule and also the fruits of the poisoned tree doctrine, except for the limitations stated. In general, legislation has adopted most recent Federal Supreme Court precedents on the matter.

keywords: Exclusionary rule. Reform. Criminal Procedural Code.

A JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA VISÃO FILOSÓFICA DE JOHN RAWLS

*Arrison Henrique Souza de Oliveira**

RESUMO

A ideia de equidade se configurou desde os primórdios e delineou-se até a contemporaneidade incidindo na visão rawlsiana. Ele propôs um modelo de instituição o qual deveria fomentar e aplicar o valor justiça e dessa forma poderia minimizar as discrepâncias sociais. Para que isso ocorresse, porém, os integrantes deveriam estar num estado de igualdade, cobertos pelo denominado véu da ignorância. As instituições ideais, por mais que as condições iniciais não sejam as mesmas para todos, definirão sempre parâmetros para que todos possam permear das mesmas condições de justiça.

Palavras-chave: Justiça. Equidade. Antecedentes filosóficos. John Rawls.

1 INTRODUÇÃO

Segundo John Rawls (1997), a correção das injustiças sociais, só pode advir da prática de uma política que vise à equidade. A partir da verificação dos setores sociais mais desfavorecidos (em razão da raça, sexo, cultura ou religião), devem-se criar mecanismos para que todos, não obstante as discrepâncias que haverão de existir, possam ser capazes de ter suas diferenças supridas e possam comungar de uma máxima efetivação da justiça social.

Essas correções provirão a partir de um arcabouço inicial equânime, onde todos aduzem suas opiniões, delimitam os verdadeiros princípios de justiça e terminam numa concordância acerca daqueles que deverão configurar o estado inicial e as instituições que devem determinar a maximização dos direitos e deveres dos homens e a perpetuação do bem-estar social.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

2 JOHN RAWLS E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE (*JUSTICE AS FAIRNESS*)

2.1 Objeto da Justiça

Muitas espécies de coisas são consideradas justas ou injustas; não apenas as leis, as instituições e os sistemas sociais, mas também determinadas ações de muitas espécies, incluindo decisões, julgamentos e imputações. Também chamamos de justas e injustas as atitudes e disposições das pessoas, e as próprias pessoas (RAWLS, 1997, p. 7).

Para Rawls (1997, p. 8), o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais especificamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes, na visão rawlsiana, pode-se vislumbrar a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais.

Essas instituições sociais se forem vistas de forma consubstanciada definirão os direitos e deveres dos homens e influenciarão seus projetos de vida. A estrutura básica é o objeto primário da justiça porque seus efeitos são profundos e estão presentes desde o começo. Esses princípios, todavia, podem não funcionar para regras e práticas de associações privadas ou para aqueles grupos sociais menos abrangentes (RAWLS, 1997, p. 8-9).

2.2 A ideia precípua da teoria da justiça

Os princípios de justiça, na visão rawlsiana, devem ser o objeto do consenso inicial, ou seja, a partir desse pacto inicial que se formará a estrutura básica da sociedade. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes, especificar os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se pode estabelecer. Essa maneira de considerar os princípios de justiça é chamada, por John Rawls (1997, p. 10-12), de justiça como equidade (*justice as fairness*).

Não obstante o reconhecimento de que possa existir conflito de interesses na formulação do estado de justiça equitativo, segundo Armandino Teixeira Nunes Júnior (2005), há a necessidade de se buscar um *standard* quanto aos princípios que deverão pautar a orientação da associação humana. Os que se comprometem na cooperação social deverão escolher numa ação conjunta os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como

devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade (RAWLS, 1997, p. 13).

Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado da natureza na teoria do contrato social. Essa posição original não é, para Rawls, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida com uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe, o *status* social e também ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Os princípios da justiça são escolhidos sob um “véu da ignorância” (RAWLS, 1997, p. 13).

Armandino Teixeira Nunes Júnior (2005) aduz que nesse estado ocorrerá a privação do conhecimento, que impedirá uma decisão segundo a razão e possibilitará, dessa forma, a formulação de uma solução que corresponde aos princípios de aceitação geral.

Isso garante, para John Rawls, que ninguém será favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pelas circunstâncias sociais que permearão a vida cotidiana, porquanto todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça serão o resultado de um consenso ou ajuste equitativo.

A posição original seria, pois, um *status quo* inicial apropriado e assim os consensos iniciais nelas alcançados são equitativos. A justiça como equidade começa com uma escolha a mais genérica a qual as pessoas possam fazer em conjunto, ou seja, a escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça que deve regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições (RAWLS, 1997, p. 14).

Depois de haver escolhido uma concepção de justiça, segundo Rawls (RAWLS, 1997, p. 14-15), as pessoas deverão escolher uma constituição e uma legislatura para elaborar leis, tudo em congruência com os princípios de justiça inicialmente acordados. Uma sociedade que satisfaça os princípios da justiça como equidade aproxima-se o máximo possível de ser um sistema voluntário, porque vai ao encontro dos princípios que pessoas livres e iguais aceitariam em circunstâncias equitativas.

2.3 A posição inicial e sua fundamentação

Para que o *status quo* desejado inicialmente seja o correto norteador das mais diversas condutas consubstanciadas na sociedade, os consensos básicos devem ser equitativos. Disso percebe-se que existem diversas concepções de justiça, todavia a que deve ser fomentadora das condutas deve ser a “justiça como equidade”. As concepções de justiça devem classificadas pela sua aceitabilidade perante pessoas nessas circunstâncias.

Para se chegar a uma concepção particular da situação inicial deve-se mostrar a incorporação dos pressupostos aceitos. Argumenta-se partindo de premissas de ampla aceitação, mas muito genéricas, para se chegar a conclusões mais específicas. Cada um dos pressupostos deve ser natural e plausível (RAWLS, 1997, p. 20).

O objetivo da abordagem contratualista é o de estabelecer que tomados em seu conjunto, esses pressupostos estabelecem parâmetros adequados para os princípios de justiça aceitáveis. O resultado ideal, para John Rawls, seria que esses princípios determinassem um único conjunto de princípios, mas um resultado de concepções tradicionais de justiça já vale para o objetivo dessa teoria. A partir dessa aferição, consegue-se excluir aqueles princípios que só seriam aceitos por meio de uma observação racional de um determinado ponto de vista. A exclusão do conhecimento das contingências que criam disparidades entre os homens permitirá que eles não se orientem pelos seus preconceitos. Chega-se, destarte, ao véu da ignorância de maneira natural.

Deve-se supor que as partes na posição original são iguais. Ou seja, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante. A finalidade dessa igualdade de condições é a da representação da igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça (RAWLS, 1997, p. 21).

Os princípios da justiça serão, então, aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais (RAWLS, 1997, p. 21).

Há, todavia, outro aspecto para a justificativa de determinada descrição da posição original, que consiste em observar se os princípios eventualmente escolhidos combinam com nossas ponderações sobre a justiça ou se as ampliam de um modo aceitável. Na procura dessa situação devem-se fazer avanços e recuos comparativos entre as condições escolhidas para

que se ache o conjunto significativo de princípios os quais sejam correspondentes às nossas ponderadas convicções sobre a justiça. Ao chegar a esse estado e mesmo assim haja discrepância, então se deve modificar a situação inicial ou revisar os juízos atuais, pois, para Rawls (1997, p. 22-23), até mesmo os julgamentos que provisoriamente são tomados como pontos fixos estão sujeitos à revisão. Então ao ajustar-se perfeitamente às proposições razoáveis chegar-se-á a um estado denominado de equilíbrio reflexivo.

Trata-se de um equilíbrio final porque finalmente saber-se-á com quais princípios os julgamentos conformar-se-ão e ter-se-á conhecimento das premissas as quais esses julgamentos se derivam. Nesse momento tudo estará em ordem. Esse equilíbrio, entretanto, não é necessariamente estável, visto que está sujeito a ser perturbado por outro exame das condições que se pode impor à situação contratual e por casos particulares os quais possam levar a necessidade de revisão dos julgamentos (RAWLS, 1997, p. 23).

A interpretação da posição original é um tipo de roteiro hipotético de reflexão. Esse processo representa a tentativa de acomodar num único sistema, tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios, quanto os juízos ponderados que se acredita sobre justiça (RAWLS, 1997, p. 23).

No processo para atingir a interpretação mais adequada da situação inicial não se deve partir para uma dedução a partir de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios; deve-se fazer ao revés. Devem-se, portanto, interpenetrar diversas considerações para que a partir do ajuste de todas essas partes ocorra a compactação em uma única visão coerente.

2.4 O utilitarismo clássico

John Rawls tentou elaborar, com a sua teoria da justiça, uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e conseqüentemente a todas as suas outras versões. A comparação da justiça como equidade com as variantes do intuicionismo, do perfeccionismo e do utilitarismo tem por finalidade mostrar as diferenças da maneira mais simples.

Pode-se notar que há um modo de ver da sociedade que facilita a suposição de que o conceito mais racional de justiça é utilitarista. Essa visão, todavia, poderia ser construída de melhor forma, porquanto se poderia construir essa visão, a partir da ação baseada no mesmo princípio, sendo, porém, aplicada ao âmbito do grupo.

Exatamente como o bem-estar de uma pessoa se constrói a partir de uma série de satisfações que são experimentadas em momentos diferentes no decorrer da vida, assim, de

modo muito semelhante, o bem-estar da sociedade deve ser construído com a satisfação dos sistemas de desejos de numerosos indivíduos que a ela pertencem. Uma vez que o princípio para um indivíduo consiste em promover na medida do possível seu próprio bem-estar, seu próprio sistema de desejos, o princípio para a sociedade é promover ao máximo o bem-estar do grupo, realizar até o mais alto grau o abrangente sistema de desejos ao qual se chega com a soma dos desejos de seus membros (RAWLS, 1997, p. 25).

Exatamente como um indivíduo avalia vantagens presentes e futuras com perdas presentes e futuras, assim uma sociedade pode contrabalançar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos. Por meio da observação dos fatos, destarte, chega-se ao princípio da utilidade de um modo natural: uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações. O princípio da escolha para uma associação de seres humanos é interpretado com uma extensão do princípio da escolha para um único homem. A justiça social é o princípio da prudência aplicado a uma concepção somática do bem-estar do grupo (RAWLS, 1997, p. 26).

A característica surpreendente da visão utilitarista da justiça reside no fato de que não importa, exceto indiretamente, o modo como essa soma de satisfações se distribui entre os indivíduos assim como não importa, exceto indiretamente, o modo como um homem distribui as suas satisfações ao longo do tempo. A distribuição correta nos dois casos é aquela que permite a máxima realização. O utilitarismo não leva a sério à diferença entre as pessoas.

A sociedade deve distribuir os meios de satisfação, quaisquer que sejam, direitos e deveres, oportunidades e privilégios, e várias formas de riqueza, de modo a conseguir, se for possível, esse grau máximo. Por si só, entretanto, nenhuma distribuição de satisfação é melhor que outra, excetuando-se que a distribuição mais uniforme deve ser preferida em situações de impasse (RAWLS, 1997, p. 28).

2.5 Embates interrelacionados entre utilitarismo e justiça como equidade

Podem-se apontar inúmeras diferenças entre as convicções utilitaristas e a teoria da justiça como equidade rawlsiana, que possui arcabouço contratualista. A doutrina contratualista acredita que os valores imanentes e ditados pelo senso comum são de prioridade universalmente sólida, já a doutrina utilitarista aduz que esses somente têm características secundárias e configuram-se como uma ilusão socialmente útil. Percebe-se, por conseguinte, nessa comparação, que enquanto o utilitarista estende à sociedade o princípio da escolha feito um único ser humano, a justiça como equidade sustenta que os princípios da escolha social, e

portanto os princípios de justiça, são eles próprios o objeto de um consenso original (RAWLS, 1997, p. 30-31).

O utilitarismo diferencia-se da justiça como equidade, ademais, pelo seu caráter teleológico. O segundo instituto é uma teoria deontológica, que diferentemente do primeiro instituto não especifica o bem como independentemente do justo, ou não interpreta o justo como maximizador do bem, conclusão apresentada por John Rawls (1997, p. 31-32) a partir de uma suposição acerca do valor de bem para a teoria utilitarista, o qual foi definido por ele como a satisfação do desejo racional. Não seria impossível, todavia, que a maximização do bem venha a ser realizada, entretanto seria apenas uma coincidência.

Difere-se o utilitarismo da teoria da justiça como equidade, por conseguinte, pois as instituições do primeiro não questionam a origem ou a qualidade dos objetos de desejo para o fomento do bem-estar social. O bem-estar social depende direta e exclusivamente dos níveis de satisfação ou insatisfação dos indivíduos. Se os seres humanos, por exemplo, têm prazer na discriminação mútua, então a satisfação desses desejos deve ser pesada de acordo com a sua intensidade de satisfação. Se a sociedade negar-lhes a satisfação, ou suprimi-los, é porque esses desejos tendem a ser socialmente destrutivos e um bem-estar maior pode ser obtido de outras maneiras (RAWLS, 1997, p. 33).

Na teoria da justiça como equidade, entretanto, as pessoas aceitam de antemão um princípio de liberdade igual e o fazem sem conhecer seus próprios objetivos pessoais (RAWLS, 1997, p. 33-34). Implicitamente, portanto, conformam-se com concepções de justiça ou pelo menos não fazem reivindicações que as violem diretamente. Os princípios do justo, e portanto da justiça, na visão rawlsiana (RAWLS, 1997, p. 33-34), determinam limites estabelecendo quais satisfações são válidas, determinam, portanto, quais são as concepções permeadas de razoabilidade para a consecução do bem pessoal. Ao se indagar acerca das suas aspirações os seres humanos devem estruturar seus desejos, pautando-se por essas restrições.

Ou seja, não se tomam todas as tendências e inclinações humanas como fatos admissíveis e que no porvir se deve procurar a realização. Rawls (1997, p. 34) na sua teoria aduz que isso acontece ao revés e seus desejos e aspirações, na teoria da justiça como equidade, são restringidos desde o início pelos princípios de justiça que especificam os limites que os sistemas humanos de finalidades devem respeitar. Pode-se observar, destarte, que na justiça como equidade o conceito de justo precede o de bem. Essa prioridade de justo em relação ao bem se demonstra como a característica central da concepção da justiça como equidade (RAWLS, 1997, p. 34).

Os limites iniciais estabelecidos aduzem o que é bom e quais as formas de caráter são moralmente dignas, e igualmente quais tipos de pessoas os seres humanos deveriam ser. Qualquer teoria da justiça estabelece alguns limites dessa natureza. No caso do utilitarismo ocorreria a exclusão daqueles desejos e tendências que, se incentivados ou permitidos no caso concreto, levariam a um menor saldo líquido de satisfação (RAWLS, 1997, p. 34).

Esses desejos e tendências, todavia, só são mais bem explicitados na observação do caso concreto. O utilitarismo tem como característica uma grande dependência dos fatos e contingências naturais da vida humana para determinar que formas de caráter moral devem ser incentivadas numa sociedade justa. O ideal moral da justiça como equidade está mais profundamente incorporado nos princípios fundamentais de ordem ética. Isso é típico das concepções do direito natural (tradição contratualista) em comparação com a teoria da utilidade (RAWLS, 1997, p. 35).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria rawlsiana se delimita na noção de equidade, a qual rege todo o arcabouço das reflexões permeadas na sua teoria. A equidade inicia-se no momento das definições principiológicas que estruturam o supracitado *status quo* e a partir delas construir-se-ão todas as estruturas institucionais que regerão a sociedade. A sua teoria se pauta no contratualismo e delinea-se através desses cânones.

As instituições sociais são o elemento basilar para o implemento de uma sociedade bem organizada. Essas instituições terão como elemento estruturante o valor da justiça, que deverá ser sempre almejado e aplicado.

O pacto social não se trata de um acordo histórico, mas puramente hipotético. Nesse acordo há a idéia de que existe uma igualdade original de opção pelos direitos e deveres; igualdade essa que delimita e fomenta toda teoria. Nesse diapasão devem-se escolher as pilastras formadoras, ou seja, a estrutura fundamental da sociedade que deverá implementar a história institucional futura (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 395).

A partir desse momento, as instituições passarão a reger-se pelas definições daquilo conhecido como justo ou injusto. Tudo deverá governar-se de conformidade com isso. O pacto, todavia, não é concluído nesse momento inicial. Delineia-se por um processo de formação gradativo que parte de premissas mais abstratas às mais concretas. Deve-se lembrar

que é sob o véu da ignorância que os pactuantes escolhem as premissas iniciais (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 397).

Sabe-se que a distribuição natural nem sempre será justa. Cabe indagar nessa teoria, porém, se a justiça das instituições é capaz de suprir diferenças que possam impedir o exercício de direitos iguais. As realizações pessoais nesse sistema podem ser possíveis, entretanto, devem melhorar ao mesmo passo a condição do outro e respeitar os limites imanentes do pacto que preservam a posição dos outros.

Conclui-se, portanto, segundo o insigne pensamento rawsiano que uma sociedade bem organizada caminhará naturalmente e não ocorrerão desvios no caminho para a estabilidade das suas instituições. A sociedade sem estabilidade será aquela que convive com o desvirtuamento de seus poderes institucionais.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. ; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A teoria rawsiana da justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_168/R168-16.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2009.

RAWLS, John. Trad. de Lenita M. R. Esteves, e Pisetta Almiro. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JUSTICE AS FAIRNESS IN JOHN RAWLS' PHILOSOPHICAL VIEW

ABSTRACT

The Idea of equality has been developed since the early days until the contemporary age, influencing Rawl's ideas. He proposed a model of institution which should develop and apply the value of justice, so that the social discrepancies could be minimized. But, in order to that to happen, the members should be in an equality state, covered by the

called “veil of the ignorance”. The ideal institutions will always define parameters so that everyone can live under the same conditions of justice, even if the conditions in the beginning are different.

Keywords: Justice. Fairness. Philosophic History. John Rawls.

AÇÃO AFIRMATIVA: A PRÁTICA DA IGUALDADE SOB A PERSPECTIVA DE FLÁVIA PIOVESAN (BRASIL) E RONALD DWORKIN (EUA)

*Erika Karine Santos**

*Valesca Caetano Bezerra***

RESUMO

A ação afirmativa atua como instituto indispensável na formação de políticas públicas e privadas. Essas políticas são direcionadas a grupos sociais que, ao longo da história, foram alvo das mais variadas formas de discriminação. É com essa preocupação, em viabilizar a concretização do ideal de igualdade de acesso a bens sociais fundamentais para todos os grupos humanos, que o trabalho foi escrito. Foi para dar um contorno mais preciso ao instituto que pretende combater a discriminação estrutural, que atinge apenas determinados grupos cuja existência é comprovada pelas desigualdades de desempenho social entre estes e os grupos não discriminados.

Palavras-chave: Ação afirmativa. Teoria da igualdade. Direitos fundamentais.

“A primeira igualdade, é a Justiça”.

(Victor-Marie Hugo)

1 INTRODUÇÃO

Outrora a igualdade fez parte dos ideais políticos, tanto dos liberais como dos mais conservadores. Todos acreditavam em uma sociedade igualitária como modelo a ser seguido e querido. Hoje, todavia, os políticos rejeitam o próprio modelo ideal de igualdade. Um governo não pode sobrepujar a igualdade. Assim procedendo não é legítimo, não tem a

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista CNPq. Representante Local do Fórum de Estudantes de Origem Popular - FEOP/RN.

virtude soberana necessária a uma comunidade política, isto é, a consideração igualitária, sem a qual o governo não passa de uma tirania (DWORKIN, 2005, p. IX).

A igualdade genuína não é uma igualdade absoluta e indiscriminada. Não se pode mais ter esta última como valor, ou mesmo ideal político, pois não há mais o contexto dos séculos das luzes, com o poder absoluto para ser derrubado e levantar em seu lugar a bandeira da liberdade, fraternidade e igualdade. Essa fase já foi superada, é preciso agora alcançar uma igualdade material, substancial... A questão é ainda mais complexa. Como diz Dworkin, a igualdade é um conceito controverso [...] a teoria da igualdade é em si uma questão filosófica difícil: os filósofos defendem uma diversidade de respostas (DWORKIN, 2005, p. XI).

Dessa forma, o presente trabalho trata da questão filosófica da igualdade, a qual, conseqüentemente, atinge a ordem jurídica, pois é através desta, com suas leis sobre a propriedade, roubo, contratos, previdência social, por exemplo, que são fixados direitos a todos os cidadãos de uma comunidade política, pretendendo-se chegar à igual consideração. Assim, de maneira mais específica, focalizamos as acaloradas controvérsias políticas, filosóficas e sociais acerca da Ação Afirmativa, que tanto traz a tona o princípio da igualdade e dos direitos humanos, como se procurará expor a seguir.

2 BREVE HISTÓRICO DA AÇÃO AFIRMATIVA

Os Estados Unidos da América foram o país pioneiro na adoção da expressão “ação afirmativa”, presente em um decreto presidencial, a *Executive Order* 10.925, de 6 de março de 1961, com a assinatura do vigente presidente norte-americano John F. Kennedy. O texto defendia a ideia de que, nos contratos com o Governo Federal, "(...) o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade", e "adotará uma ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, credo, cor ou nacionalidade" (MENEZES, 2001, p. 88).

Para o escritor Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 89), o aprimoramento da expressão acabaria sendo oriundo das conclusões da Comissão Nacional sobre Distúrbios Civis (*National Commission on Civil Disorders*), conhecida como Comissão Kerner. Ela foi criada no final dos anos sessenta com o propósito de estudar os motivos das reivindicações democráticas internas, expressas principalmente nos conflitos raciais, cujo objetivo central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos, exprimindo, assim, a desesperança dos

afro-americanos após o assassinato de Martin Luther King.

Menezes (2001, p. 91) ainda esclarece que apesar de o surgimento da expressão ter sido nos Estados Unidos, as políticas que ganhariam este nome não são uma invenção norte-americana. É o caso da Índia, cuja Constituição, já em 1948, por meio de seu artigo 16, reformulado em 1951, estabelece cotas para membros de "castas catalogadas" e, mais tarde, também de "tribos catalogadas", além de medidas especiais para portadores de deficiência.

Ao longo dos anos, a ação afirmativa percorreu diversos países, como Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Bélgica, Noruega, União Soviética, Cuba, dentre outros. De acordo com o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (1995)¹, as primeiras orientações nessa direção foram elaboradas em 1976 na Europa, onde se utilizava frequentemente a expressão "ação ou discriminação positiva". Logo em seguida, a "discriminação positiva" foi inserida no primeiro "Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades" da Comunidade Econômica Européia.

Trazendo essa discussão para o Brasil, pode-se dizer que embora a expressão "ação afirmativa" seja quase que invariavelmente associada à experiência norte-americana, vista como algo que se aplica exclusivamente aos negros e reduzida à política de cotas, a idéia de dispensar um tratamento positivamente diferenciado a determinados grupos, em função da discriminação de que são vítimas, já está presente na legislação brasileira há muito tempo. Um bom exemplo disso é a chamada "Lei dos Dois Terços"², implementada na década de 1930, para assegurar a participação majoritária de trabalhadores brasileiros nas empresas em funcionamento no Brasil. Nessa época, muitas firmas de propriedade de imigrantes costumavam discriminar os trabalhadores nativos, principalmente no estado de São Paulo e nos Estados do Sul. Também existem leis garantindo o emprego a portadores de deficiência e a participação de mulheres nas listas de candidatos dos partidos, para não falar na discriminação positiva em relação a uma infinidade de outros grupos: crianças, jovens, idosos, micro e pequenos empresários etc.

¹ O CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria – é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, que batalha pela igualdade de gênero e pela cidadania das mulheres. Além de participar de diferentes iniciativas para o combate ao racismo.

² O governo de Getúlio Vargas tentou equilibrar todas as classes sociais a partir de uma política centralizadora, que financiava a industrialização e o desenvolvimento da burguesia e do operariado nacional. Para o melhor desempenho desta política, foi decretada uma lei que proibia os estabelecimentos industriais de terem mais de um terço de empregados estrangeiros — a chamada "Lei de Nacionalização do Trabalho", ou também denominada "Lei dos Dois Terços", Decreto nº 19.482, de 12/12/1930.

Nesses diferentes contextos, a ação afirmativa assumiu formas como: ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação.

Seu público-alvo variou de acordo com as situações existentes e abrangeu grupos como minorias étnicas, raciais, e mulheres. As principais áreas contempladas são o mercado de trabalho, com a contratação, qualificação e promoção de funcionários; o sistema educacional, especialmente o ensino superior; e a representação política.

As ações afirmativas podem ser definidas como políticas públicas e privadas, voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralidade dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo estado e pela sociedade (GOMES, 2005, p. 49).

3 POLÍTICA PRÁTICA: A AÇÃO AFIRMATIVA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

3.1 Flávia Piovesan: a ação afirmativa e os direitos humanos

As ações afirmativas são alvo de uma contemporânea análise feita pela professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos Flávia Piovesan, que a realiza através de três importantes reflexões: qual a concepção contemporânea dos direitos humanos; como podem ser concebidas as ações afirmativas sob a perspectiva de tais direitos; bem como quais as perspectivas e os desafios para a implementação da igualdade étnico-racial na ordem social contemporânea.

Para a autora, os direitos humanos são reivindicações morais, que nascem quando devem e podem nascer. Nesse sentido, o autor Norberto Bobbio (1998, p. 30) sustenta a idéia de que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Outra importante visão, que pode ser destacada, é proveniente dos fundamentos da escritora Hannah Arendt (apud PIOVESAN, 2005, p. 30), que diz serem os direitos humanos não um dado, mas um "construído", uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Assim, tem-se que os direitos humanos compõem uma edificação

axiológica, fruto do nosso processo histórico, um espaço simbólico de luta e movimento social.

Em seus estudos, Flávia faz realçar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³, já que esta inovou extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao inserir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Fala-se em universalidade, porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Já a indivisibilidade refere-se ao catálogo dos direitos civis e políticos conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Com isso, a Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. Pode ser dito, ainda, que tal declaração desenvolveu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a partir da adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção.

Considerando a concepção contemporânea de direitos humanos e a ética dos direitos humanos, passa-se, neste momento, a entender a inserção das ações afirmativas na esfera dos Direitos Fundamentais, isto é, o Direito Constitucional brasileiro abriga não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país.

Um exemplo bastante esclarecedor, formulado pela autora em questão, refere-se aos afro-descendentes, às mulheres, às crianças e demais grupos, que devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Assim, ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Deve haver o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Para o professor doutor em sociologia do direito Boaventura de Souza Santos (2003, p. 56), tal igualdade é proveniente apenas da exigência do reconhecimento e da redistribuição. O autor ainda acrescenta:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

É neste contexto de igualdade que as Nações Unidas aprovam, em 1965, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil desde 1968.

É importante ressaltar que a discriminação em estudo abrange toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

Na visão de Flávia, a discriminação ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e como diferentes, em situações iguais. E, neste contexto, ela expõe uma problemática: como deve ser encarada a discriminação?

Na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias:

- a) a estratégia repressivo-punitiva, que tem o objetivo de punir, proibir e eliminar a discriminação;
- b) a estratégia promocional, que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade.

Com isso, ela defende a idéia de que na vertente repressivo-punitiva, há a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. O combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Logo, é fundamental conjugar a vertente repressivo-punitiva com a vertente promocional.

Além disso, ela afirma ser necessária a conjugação da proibição da discriminação com políticas compensatórias que apressem a igualdade enquanto processo. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sobre o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade.

Neste sentido, um majestoso instrumento de inclusão social denomina-se a ação afirmativa. As conjecturas da estudiosa realçam a idéia de que tais ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece importantes dispositivos que demarcam a busca da igualdade material, que transcende a igualdade formal. Destaque-se o artigo 7º, inciso XX, que diz respeito a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, bem como o artigo 37, inciso VII, que determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Acrescente-se ainda a chamada "Lei das cotas" de 1995 (Lei n° 9.100/95⁴), que obrigou que ao menos 20% dos cargos para as candidaturas às eleições municipais fossem reservados às mulheres. Adicione-se também o Programa Nacional de Direitos Humanos, que faz expressa alusão às políticas compensatórias, prevendo como meta o desenvolvimento de ações afirmativas em favor de grupos socialmente vulneráveis. Some-se, ademais, o Programa de Ações Afirmativas na Administração Pública Federal e a adoção de cotas para afro-descendentes em Universidades - como é o caso da UERJ, UNEB, UnB, UFPR, dentre outras.

A raça e etnia sempre foram critérios utilizados para exclusão de afro-descendentes em nosso país, então que tais critérios sejam utilizados, ao revés, para a sua necessária inclusão. Na esfera universitária, por exemplo, dados do IPEA⁵ (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) revelam que menos de 5% dos estudantes afro-descendentes estão em universidades públicas ou privadas. Há ainda que se considerar a complexa realidade brasileira, que traduz um alarmante quadro de exclusão social e discriminação, como termos interligados a compor um círculo vicioso, em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão.

Nesse sentido, a implementação do direito à igualdade é tarefa indispensável a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade - a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O exercício dos direitos humanos é objeto a ser constantemente alcançado pela democracia.

Flávia (2005, p.40) problematiza a relação entre a democracia e a igualdade, afirmando que ambas só viverão em harmonia com a eliminação de toda e qualquer forma de discriminação. E mais, defende ser decisivo que se intensifiquem e se aprimorem ações em prol do alcance dessas duas metas que, por serem indissociáveis, não de ser desenvolvidas de forma conjugada. Há, assim, que se combinarem estratégias repressivas e promocionais, que

⁴ BRASIL. Lei n° 9.100, de 29/09/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9100.htm>. Acesso em: 20 nov. 2008.

⁵ O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) é uma fundação pública federal vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Suas atividades de pesquisa fornecem suporte técnico e institucional às ações governamentais para a formulação e reformulação de políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros. Os trabalhos do Ipea são disponibilizados para a sociedade por meio de inúmeras e regulares publicações e seminários e, mais recentemente, via programa semanal de TV em canal fechado.

propiciem a promoção do direito à igualdade. É válido dizer, que os Estados assumem não apenas o dever de adotar medidas que proíbam a discriminação racial, mas, também, o dever de promover a igualdade, mediante a implementação de medidas especiais e temporárias, que acelerem o processo de construção da igualdade racial.

Por último, ela (PIOVESAN, 2005, p.43) sustenta a seguinte idéia:

A implementação do direito à igualdade racial há de ser um imperativo ético-político-social, capaz de enfrentar o legado discriminatório que tem negado à metade da população brasileira o pleno exercício de seus direitos e liberdades fundamentais.

3.2 Ronald Dworkin: ação afirmativa como prática da igualdade

Sobre a Teoria da igualdade, bem como sua prática, é que disserta o filósofo do direito Ronald Dworkin, em seu livro *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*, na qual temos a ação afirmativa como um de seus focos. Nos dois capítulos que dedica à questão (Capítulo 11 – *Ação afirmativa: funciona?* e Capítulo 12 – *Ação afirmativa: é justa?*), expressa explicitamente sua posição a respeito dessa política de discriminação positiva. Tem-se, no entanto, na apreciação de sua argumentação, o caso específico dos Estados Unidos, principalmente, por ser traço histórico do país, em relação à questão da raça.

A metodologia utilizada pelo autor - dados estatísticos, casos da jurisprudência, posição de juízes da Suprema corte - permite-nos chegar, de uma forma clara e contínua, a posição favorável de Dworkin sobre a adoção das ações afirmativas. Observa-se, precipuamente, da leitura do capítulo 11, a intenção de que através do conhecimento de um estudo abrangente realizado com 80.000 graduados, de 28 faculdades, dos anos de 1951, 1976 e 1989, o leitor-receptor forje sua opinião, seja contrária, seja favorável, não por meio de dados superficiais, relatados apenas através da mídia, frequentemente impressionista e casual, mas sim com uma análise significativa com descrições e estudos pormenorizados. Este estudo, que nos serve como paradigma, foi realizado pelos ex-reitores, de Princeton e Harvard, respectivamente, Willian Bowen e Derek Bok, que resultou na publicação do livro *The Shape of the River*, com tradução pela editora Garamond de *O curso do rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*.

Há mais de trinta anos universidades e faculdades dos EUA vêm empregando planos de admissão sensíveis à raça com o intuito de aumentar o número de alunos negros, hispânicos, indígenas e outras minorias. A fim de demonstrar se tal política tem-se mostrado

efetiva, com resultados e melhoria para essa parte da sociedade, Dworkin (2005, p. 552-579) enumera alguns questionamentos, a partir do estudo de Bowen e Bok, pertinentes à argumentação jurídica e política, levantados pelos opositores, demonstrando analiticamente cada falha de seus argumentos que são refutados pelos dados estatísticos do estudo *River*. Sobre esses questionamentos discorreremos nas próximas seções.

É através dessa refutação que Dworkin (2005, p. 560) chega a sua conclusão de que os alunos, ao conviverem com essa diversidade (classes, raça, gênero...), estão mais bem equipados para a vida profissional e comercial, e bem mais preparados para se comportar como bons cidadãos em uma democracia pluralista, como é vista atualmente. Além disso, as universidades e faculdades têm como objetivo melhorar a vida da comunidade, não só produzindo conhecimento acadêmico e científico, mas ajudando a promover e tornar a vida coletiva mais justa e harmoniosa. Nas palavras do autor:

Nossas universidades e faculdades têm o direito de pensar que a segregação incessante e debilitante de raça, classe, ocupação e *status* nos Estados Unidos é inimiga tanto da justiça quanto da harmonia, e uma das conclusões mais impressionantes do estudo *River* é que a ação afirmativa começou a erodir tal segregação de um modo que talvez nenhum outro plano ou política poderia fazer. Esperamos que as instituições de ensino contribuam para nossa saúde física e econômica, e devemos esperar que também faça o possível por nossa saúde moral e social (DWORKIN, 2005, p. 572).

Em uma sociedade racista, como é o caso dos EUA, embora custoso acreditar, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são. A discriminação prejudica, em quase todas as perspectivas e esperanças que se possam imaginar, suas vítimas, condenando-as, injustamente, por suas características naturais. Desaprovar o uso de classificações raciais, no caso da ação afirmativa para os EUA, seria cruel com essa parcela da minoria, que através dessa política combate o racismo, que é, pode-se dizer, sua razão de existência.

Assim, pode-se ver que, na visão de Ronald Dworkin (2005, p. 578), filósofo do direito contemporâneo, a ação afirmativa não é contraproducente, nem tampouco injusta, pois não transgride os direitos individuais nem compromete nenhum princípio moral. Não se pode deixar de dizer que, evidentemente, essa política tem um preço: ressentimento, da parte de alguns brancos decepcionados e da parte de alguns negros bem-sucedidos que se ofendem com essa “preferência”. Por fim, as palavras elucidativas do Prof. Ronald:

A discriminação racial sistemática do passado gerou uma nação na qual os cargos de poder e prestígio sempre ficaram reservados para uma só raça. Não foi ato irresponsável os críticos se oporem à ação afirmativa, argumentando que faria mais mal do que bem, quando as conseqüências da política ainda eram incertas. Mas seria um erro a nação proibir tal política agora, quando estatísticas e análises abrangentes demonstraram de maneira óbvia seu valor. A não ser que, e até que, o estudo River seja refutado por um estudo maior e mais pormenorizado, não temos motivo para proibir a ação afirmativa universitária, como arma contra nossa estratificação racial, exceto nossa indiferença ao problema, ou nossa ira petulante por ela não ter desaparecido sozinha (DWORKIN, 2005, p. 579)

4 A PROBLEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: QUESTIONAMENTOS E RESULTADOS

A ação afirmativa não é um assunto novo. No entanto, atualmente, o tema tem sido mais discutido e se tornado, visivelmente, mais focado pelo próprio Estado, através dos governos que procuram minimizar a desigualdade social, assumindo uma postura ativa, frente aos problemas da discriminação e marginalização dos grupos mais vulneráveis, e adotando, na prática, políticas públicas que atendam a essa necessidade.

Do estudo desenvolvido por Bowen e Derek Bok, Dworkin (2005, p. 552-579) responde, embasado pelos dados da análise citada, alguns questionamentos formulados normalmente pelos críticos e céticos da política de ação afirmativa, comprovando que muito do que acreditam está errado e que a realidade mostra o benefício que essa prática da promoção de igualdade material tem trazido.

Abaixo, pormenorizamos esses questionamentos e a refutação feita por Ronald Dworkin que, em sua opinião, são as descobertas mais pertinentes à argumentação política e jurídica:

À primeira pergunta (*a ação afirmativa aceita negros desqualificados?*), o autor em questão demonstra, estatisticamente, que *não*, pois através dos dados obtidos dos graduados de 1989, a pesquisa indica de 73% dos negros tiveram notas mais altas que os candidatos brancos nas provas orais, assim como foi percebido que suas notas em matemática superavam a média dos brancos (BOWEN; BOK, 2000 apud DWORKIN, 2005, p. 553). Embora o número dessa minoria caísse, caso se abolisse a ação afirmativa, é um erro pensar que isso se dá por serem os negros desqualificados para estudar nessas universidades. O certo é que a

média daqueles que não teriam sido admitidos se tivessem feito exames neutros com relação à raça não seria muito diferente dos que seriam aceitos de qualquer maneira.

Outro ponto bastante discutido é se, dada essa oportunidade aos negros, como é o caso em questão, não estaríamos aplicando uma política inútil, visto que muitos, segundo os críticos, desperdiçam essa chance que lhes foram dadas. Para argumentar e responder a essa segunda pergunta (*os negros desperdiçam a oportunidade que lhes oferecem? Estariam em melhor situação se estudassem em instituições menos exigentes, nas quais se “encaixariam” melhor?*), Dworkin (2005, p. 555) explicita fatores óbvios: a pobreza e a falta de assistência. Em média, os negros provêm de famílias mais pobres e são obrigados a abandonar a faculdade por motivos financeiros. Para que isso não aconteça, é necessária uma contrapartida da universidade, que deve dar assistência ao estudante e isso, é mais provável que aconteça, nas universidades que têm mais recursos. No caso do EUA, são, notavelmente, as mais prestigiadas e exigentes, com recursos para bolsa e auxílio para esses estudantes. Os negros não desperdiçam as oportunidades que lhes são dadas, e nem estariam melhor em instituições menos exigentes, pois têm o direito de entrar nessas faculdades e demonstrar todo seu potencial e é o que se tem demonstrado no estudo.

A ação afirmativa produziu, como se esperava, mais empresários, profissionais e líderes comunitários negros bem-sucedidos? Avaliando pelo critério de renda, pode-se concluir que os negros tornaram-se mais bem sucedidos ao freqüentarem as universidades, principalmente as mais seletas, visto que comparando com os demais negros, eles ganham em média mais de 50% que aqueles. Os dados mostram, também, a infeliz constatação de que ainda continua o racismo na sociedade, pois mesmo formados em universidades prestigiadas, os negros ainda ganham menos do que os brancos graduados nessas mesmas instituições. Sobre a última hipótese, isto é, se formou líderes comunitários com a ação afirmativa, os responsáveis pela pesquisa dizem:

A ação afirmativa também foi inspirada pelo reconhecimento de que o país tinha necessidade premente de negros e hispânicos cultos, que pudessem assumir papéis de liderança em suas comunidades e em todas as nuanças da vida nacional (DWORKIN, 2005, p. 559 apud BOWEN; BOK, 2000, p. 156).

Além disso, outra descoberta bastante interessante é que cada vez mais é provado o compromisso social e as preocupações com as comunidades de origem, que não são

abandonadas ao primeiro passo de êxito profissional pelos beneficiados por essa política promovedora da igualdade substancial.

Grande parte das críticas feitas as ações afirmativas dizem respeito a diversidade racial no corpo discente das universidades que, em vez de ajudar a acabar com os estereótipos e a hostilidade entre os alunos, aumenta a tensão racial geral na comunidade; que a ação afirmativa prejudica os negros porque os insulta e destrói seu auto-respeito. No entanto, o que se demonstrou no estudo *River* foi que a maioria esmagadora dos negros entrevistados aplaude as políticas sensíveis à raça de sua universidade e é a essa parte que se deve levar em consideração, já que ela própria é o alvo. E, diferentemente do que a mídia pode passar superficialmente, a integração entre brancos, negros, hispânicos e com outras minorias é considerada pelos próprios acadêmicos como muito importante.

A ação afirmativa viola o direito dos candidatos de só serem julgados com base nas qualificações individuais? O que se define como qualificação neste contexto? Em algumas competições (concursos de beleza, programas de perguntas e respostas...) a qualificação é dada apenas por um critério de qualidade física ou intelectual, outras (competições) são premiados os candidatos com alguma realização anterior (trabalhos produzidos), há, porém, outras que qualificação é questão de possibilidades futuras, e não de realizações passadas ou dotes naturais. E, na opinião de Ronald Dworkin, a concorrência por vagas na universidade é, obviamente, uma competição do último tipo, pois:

Os responsáveis pelas admissões não devem oferecer as vagas como prêmios por realizações ou trabalhos passados, nem como medalhas por talentos ou virtudes inerentes: seu dever é tentar escolher um corpo discente que, no todo, venha a dar a maior contribuição possível às metas legítimas que a instituição definiu. [...] as universidades e faculdades têm responsabilidades públicas: devem escolher metas que beneficiem uma comunidade... (DWORKIN, 2005, p. 569).

O governo decide muitas coisas que interessam e afetam os cidadãos. No entanto, certas medidas, muitas das vezes, não são tomadas não por serem menos favoráveis, mas porque têm pouco poder político, não tem um grupo de interesses fortes que as defenda. As ações afirmativas estão passando por esse processo e talvez seja essa a hipótese mais plausível para tanta contestação, pois a quem beneficiam não é um grupo de poder político reconhecido. O estudo *River* demonstrou, para o caso em questão dos Estados Unidos da América, que a ação afirmativa alcançou um êxito impressionante: produziu notas mais altas de formatura entre alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na

comunidade e nos serviços comunitários, bem como uma interação e amizade mais duradoura entre as raças. Isso refuta os inúmeros questionamentos infundados dos críticos da ação afirmativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, ressalta-se que o trabalho em questão procurou, embora sucintamente, mostrar a visão que dois pensadores da atualidade têm a respeito de uma prática política que criou forma e suscitou debates nesses últimos anos, mesmo que sua teoria e formas primitivas já tenham bem mais tempo, como no caso dos Estados Unidos, que há mais de trinta anos emprega essa expressão.

Na perspectiva brasileira, temos Flávia Piovesan. Na norte-americana, Ronald Dworkin. Ambos defendem a ação afirmativa, cada qual refletindo sobre sua realidade, o que, no entanto, não deixa de mostrar traços semelhantes entre eles, como o combate a discriminação e a desigualdade social. Vê-se nos dois autores a vontade de superar através de uma igualdade não apenas formal, mas material, que faça com que se crie uma sociedade de tal forma igualitária, que todos tenham a chance de serem bem-sucedidos.

É preciso que o debate sobre as ações afirmativas supere a dificuldade de se operacionalizarem seus principais conceitos, compreender plenamente sua finalidade e seu modo de funcionamento, pois é o que, muitas das vezes, alimenta uma discussão, entre defensores e opositores, superficial e, conseqüentemente, o discurso informa negativamente a opinião pública, dificultando uma mobilização social plena. Este é também o ponto de vista de Andréa Viera, que fala:

Assim, a inevitabilidade das ações afirmativas no Brasil depende igualmente da ampla compreensão de seus mecanismos e conceitos orientadores, de forma a retirá-la do campo de disputa política e, ao mesmo tempo, instrumentalizar as reivindicações sociais (VIEIRA, 2003, p. 94).

Não se pode deixar de constatar a devida peculiaridade de cada país abordado pelos autores. Nota-se que no caso brasileiro, há uma maior exclusão sócio-econômica, e não prioritariamente uma exclusão racial. Nosso país tem reconhecida diversidade racial e uma forte miscigenação, o que apazigua a discriminação e torna nossa sociedade mais harmônica,

abarcando o respeito às diferenças. Porém, como traço subjetivo americano, tem-se o tradicional estado segregacionista, em que alguns são marginalizados por razões majoritariamente raciais.

Pode-se abstrair, então, que a adoção da ação afirmativa, embora necessária nas duas nações, deve tomar rumos distintos.

Dessa forma, há de se defender a utilização da ação afirmativa, como conjunto de políticas que estimulam o desenvolvimento de uma sociedade mais harmônica e justa

No Brasil, tais políticas devem ser utilizadas para o abrandamento da exclusão sócio-econômica, fazendo com que parte da população tenha acesso a bens culturais e sociais. E, nesse caso, pode-se incluir a melhoria do Ensino Fundamental e Médio brasileiro, o que ajudaria minorias sociais a terem acesso às universidades.

Já nos Estados Unidos, a situação é deslocada para a exclusão racial. Nesse caso, utiliza-se essa forma de política para minimizar as vítimas do racismo e outras formas de discriminação. Assim, por exemplo, tem-se as cotas para negros em universidades e a planificação de medidas de contratação nas empresas norte-americanas. Com isso, tais políticas compensatórias estendem a igualdade de oportunidade a todo o corpo social.

No entanto, não se pode esperar até que a sociedade entenda a importância da ação afirmativa, pondo-a em prática por si só. Faz-se necessário, neste caso, o apoio dos governantes para que tais políticas sejam concretizadas e os cidadãos tenham seus direitos plenamente assegurados.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BOWEN, W. G.; BOK, D. **O curso do rio**: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. **Discriminação positiva, ação afirmativa**: em busca da igualdade. Brasília: CFEMEA, 1995.

VIEIRA, Andréa Lopes da Costa. Políticas de Educação, Educação como Política: Observações sobre a Ação afirmativa como Estratégia Política. In: GONÇALVES, Petronilha

Beatriz; SILVÉRIO, Valter (Coord.). **Educação e Ações Afirmativas**: Entre a Injustiça Simbólica e a Injustiça Econômica. Distrito Federal: INEP, 2003, p. 81-98.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2005.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

AFFIRMATIVE MEASURE: THE PRACTICE OF EQUALITY UNDER THE PERSPECTIVE OF FLÁVIA PIOVESAN (BRAZIL) AND RONALD DWORKIN (USA)

ABSTRACT

The affirmative measure acts like an indispensable institute in the formation of public and private policies. This form of policy is pitched to social groups that, throughout history, were targeted with the most various forms of discrimination. It is with that concern, the viabilization of access to essential social assets to every human group, showing researches performed in the area, that this paper was written. It was with the intention of giving a more accurate profile to the institute - still not very well understood among us - that afflicts only determined groups which existence is proved by the dissimilarity of social performance among these and the non-discriminated groups,

that our aspiration to broach about the affirmative action was developed.

Keywords: Affirmative measures. Equality theory. Fundamental rights.

ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE FALSOS E AUTÊNTICOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS PARA O DIREITO PENAL ECONÔMICO

*Fernando dos Santos Lopes**

RESUMO

Foi estabelecida uma diferença entre os autênticos bens jurídicos coletivos e os falsos bens jurídicos coletivos, de modo a destacar o fato de que os autênticos bens coletivos não são bens econômicos, observando-se, por conseguinte, que o Direito Penal Econômico possui especificidades não no sentido de tutelar bens coletivos, mas bens cooperativos, assim como os meios que tornam possível a existência dos processos de cooperação. Como exemplos de bens cooperativos foram citados o regular funcionamento do mercado de futuros e a credibilidade do sistema financeiro.

Palavras-chave: Bens coletivos. Direito Penal Econômico. Sociedade do risco.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente muito se discute acerca da possibilidade de um Direito Penal fundado sobre bases liberais ser utilizado para a proteção de bens coletivos. Tal discussão tem muita importância para o chamado Direito Penal Econômico, uma vez que grande parte dos estudiosos desse ramo do Direito Penal entende que os bens jurídicos coletivos são o objeto por excelência do Direito Penal Econômico, ainda que Martínez Buján Pérez, por exemplo, entenda que podem ser objeto de estudo do Direito Penal Econômico aqueles tipos que tutelem imediatamente um bem jurídico individual, e apenas mediamente um bem jurídico coletivo¹.

* Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bolsista da Funadesp. Sócio fundador do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE).

¹ Conforme explica seu discípulo Rodrigo Sánchez Rios (2000, p. 441): Por outro lado, recentes estudos têm consolidado a extensão desse conceito aos delitos que mesmo não possuindo um bem jurídico supraindividual como objeto imediato de proteção – pois os tipos penais nestes casos tutelam diretamente um bem jurídico individual de conteúdo econômico – são orientados à proteção de um bem jurídico mediato supraindividual (ex. delitos de concorrência desleal, delitos societários etc.). Ora, a distinção entre um bem imediato e bem mediato

Muitos desses estudiosos têm defendido que o Direito Penal pode ser utilizado para proteger bens jurídicos coletivos, alegando que a moeda, por exemplo, é um bem jurídico coletivo que sempre foi protegido pelo Direito Penal, “não havendo nada de errado com isso” (GRECO, 2004, p. 104). Nesse sentido, o que esses autores sustentam é que não se deve negar a possibilidade de uma intervenção subsidiária do Direito Penal para proteger determinados bens jurídicos coletivos, mas distinguir os falsos bens jurídicos coletivos dos autênticos bens jurídicos coletivos (GRECO, 2004, p. 104-105).

Do ponto de vista prático a importância de se distinguir um falso bem jurídico coletivo de um autêntico é gritante. Com efeito, uma vez considerado que a saúde pública, por exemplo, é um bem coletivo e que a lei que criminaliza o uso de entorpecentes visa proteger a saúde pública, um usuário de drogas não poderá alegar que não pode ser preso, sob o fundamento de que abdicou de seu direito à saúde pública; constatação essa que decorre do fato dos bens jurídicos coletivos serem indisponíveis.

Mas a importância prática de distinguir um autêntico bem coletivo de um falso transcende a órbita de um tipo específico, abrangendo uma série de delitos como o de lavagem de dinheiro, de corrupção, sonegação fiscal, e muitos outros cujo objeto tutelado seja um bem coletivo.

O conteúdo deste artigo se insere nessa tentativa de distinguir os falsos bens jurídicos coletivos dos autênticos, mas se volta para o campo específico do Direito Penal Econômico, embora a maior parte das considerações feitas aqui possam ser aplicadas, “mutatis mutandis” ao estudo do Direito Econômico. Para se atingir o objetivo de se esboçar alguns aspectos de tão importante distinção, em um primeiro momento, foram feitas breves considerações acerca da diferença entre “ter um direito a algo e o algo ao qual se tem direito”, de modo a demonstrar que alguns bens jurídicos chamados de coletivos, tal qual o dinheiro, são mais bem compreendidos quando definidos como meios de coordenação social, afirmação confirmada por alguns estudos realizados no âmbito da teoria monetária. Posteriormente, passou-se a tratar da questão específica relacionada à distinção entre os autênticos bens coletivos e os falsos bens coletivos, no que se verificou que a constatação da existência de

(ou “ratio legis”) está em sintonia com a orientação funcional do direito penal. Na análise do tipo penal econômico específico o que resultará num primeiro momento, diretamente lesionado por parte da ação do sujeito ativo, será sempre o bem jurídico imediato. Este estará identificado com a lesão efetiva ou o perigo de lesão patrimonial, sendo sempre a principal referência para identificar as funções e o sentido do próprio tipo penal. Dessume-se que a ofensa às “funções” do bem jurídico não poderá estar incorporada ao tipo de injusto da infração correspondente. Assim, pode-se prever que a “ordem econômica”, no sentido amplo do delito econômico, não aparecerá como bem jurídico diretamente protegido nas diversas figuras delitivas, mas desempenhará uma função sistemática ou categorial devendo ser precisado seu objeto em cada tipo penal específico.

autênticos bens coletivos não é recente, tendo sido destacada em 1871 por um dos principais pensadores do liberalismo econômico, Carl Menger, o qual, inclusive, já aplicava o critério da não rivalidade no consumo como critério de reconhecimento dessa espécie de bens. Enfim, após uma análise acerca da classe dos bens cooperativos, observou-se que o Direito Penal Econômico possui especificidades próprias não no sentido de tutelar direitos coletivos, mas bens cooperativos, ou seja, aqueles que sejam resultantes de ações individuais coordenadas, assim como os meios que tornam possível a existência desses processos de cooperação.

2 A IMPORTÂNCIA DA DIFERENÇA ENTRE TER UM DIREITO A ALGO E O ALGO AO QUAL SE TEM DIREITO PARA O ESTUDO DOS BENS COLETIVOS

Embora possa parecer algo simples, as pessoas nem sempre se dão conta de que ter um direito é algo muito diferente do que ter o bem ao qual se tem direito, e mais diferente ainda do que satisfazer os estados psicológicos de insatisfação que fazem com que certo objeto possa ter valor.

Aquele que afirma que um objeto (x) é um bem está a realizar um ato de fala cujo conteúdo é uma função proposicional². Tal função é formada essencialmente por um objeto e um predicado (bem) que pressupõe um juízo de valoração. O estudo do conceito de bem adentra inevitavelmente no campo da axiologia, uma vez que uma das condições que um objeto deve satisfazer para ser um bem é possuir alguma qualidade que possa ser colocada em nexos causal com a satisfação de uma necessidade humana³.

Além disso, exige-se o reconhecimento por parte do indivíduo dessa relação de causa e efeito, pois do contrário o objeto referido não lhe terá nenhum valor (MENGER, 1981, p. 52). De fato, para que algo tenha valor é necessário que seja feito um juízo de valoração segundo

² Sobre o conceito de função proposicional ver: RUSSEL, Bertrand. *Introdução à Filosofia da matemática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 149-160

³ Este conceito de bem que foi enunciado em 1871 por Carl Menger pode ser chamado de causal-material pelo fato de não incluir o que Menger denominou como qualidades imaginárias. Nessa visão teórica, as qualidades imaginárias podem ser agrupadas em dois grupos: no primeiro, estão aqueles objetos que se imagina que possuam alguma qualidade que, todavia, é inexistente; incluem-se nesse grupo, por exemplo, os amuletos, pois não possuem qualquer qualidade de proteção, embora se possa acreditar nisso. No segundo grupo, por outro lado, estariam aqueles objetos cuja qualidade imaginária é voltada a satisfazer um estado de insatisfação inexistente. Nesse grupo estão incluídos aqueles remédios feitos para curar doenças que sequer existem. A diferença entre os dois grupos imaginários é que no primeiro o estado de insatisfação (necessidade de proteção) pode existir, embora o amuleto não possua a qualidade que seria voltada a satisfazê-lo; já no segundo, o próprio estado de insatisfação inexistente, pois não existe a doença imaginária e, por conseguinte, qualquer necessidade relacionada que precise ser satisfeita. Vide: MENGER, Carl. *Principles of economics*. New York: University Press, 1981. p. 52-53.

certos critérios; como um dos critérios para que um objeto seja considerado bem é que este tenha alguma qualidade que possa estar em relação com a satisfação de uma necessidade, sem o conhecimento dessa qualidade não será possível submetê-la aos critérios para realização do juízo.

Enfim, deve ser possível utilizar efetivamente a qualidade presente no objeto (MENGER, 1981, p. 52), pois, do contrário, estará faltando algo que é essencial ao conceito de bem, ou seja, a capacidade de ser utilizado para a satisfação de necessidades.

A partir dessas premissas, pode-se perceber que embora a qualidade presente no objeto possa ser exterior ao sujeito, o conceito de bem é eminentemente subjetivo, pois depende de um juízo de valor cujo conteúdo se vincula ao significado atribuído ao conceito de necessidade.

Destarte, percebe-se que a questão central para a axiologia é saber como surgem as necessidades humanas e as causas de sua alteração no decorrer do tempo, tendo em vista que tudo aquilo que se considera valioso é determinado pela vontade de satisfazer alguma necessidade, o que evidencia o *caráter constitutivo da subjetividade* para qualquer coisa que se possa designar como um bem.

A vontade de satisfazer uma necessidade, por sua vez, pode ser entendida tanto em sentido lógico quanto psicológico. No sentido lógico ela seleciona e determina quais objetos possuem a qualidade para satisfazer os fins considerados necessários⁴. Por outro lado, no sentido psicológico, tratar-se-ia de satisfazer *estados interiores de insatisfação* cujas causas ainda são um mistério para a neurociência que tem cada vez mais interagido com a filosofia moral na busca de fornecer uma explicação físico-monista para os processos axiológicos, em oposição à vetusta concepção dualista-cartesiana⁵.

A teoria do valor de Menger, embora formulada a mais de um século, destaca devidamente a interação entre os aspectos lógicos e psicológicos da vontade enquanto

⁴ Utilizando esse sentido lógico de vontade se destaca Rudolf Stammler, conforme explica Reale: “a vontade não é, do ponto de vista lógico, concebida como energia, que implica uma relação causal entre determinada substância e o efeito concreto a que ela conduz. Querer é optar por um fim e subordinar a esse fim determinados meios. Toda vez que a nossa atitude é no sentido de nos servirmos de meios para atingirmos fins, dizemos, stammlerianamente, que estamos “querendo”. O conceito de querer de Stammler é um conceito teleológico e, mais precisamente, um conceito lógico e não um conceito psicológico: — “uma pauta diretora de nossa consciência, consistente na eleição de meios para a consecução de fins”. O querer, em suma, é uma forma de ordenação da conduta, enquanto subordina meios a fins”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 332.

⁵ Nesse sentido, entre outros, vide: GREENE, Joshua. From the neural “is” to the moral “ought”: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology? In: *Nature Neuroscience Reviews*, v. 4, 847-850.

constituintes do significado do conceito de bem. De fato, a primeira lei de Gossen⁶ que criou as bases para o princípio da utilidade marginal decrescente, ao trazer implícita a idéia de que o que se considera valioso depende do grau de intensidade dos estados psicológicos de insatisfação individual –podendo ser considerado como função crescente destes – enfatizou a importância dos aspectos psicológicos da vontade ou do desejo para a constituição do que se considera como um bem, deixando, todavia, de realizar uma abordagem acerca dos aspectos lógicos que, posteriormente, foram profusamente analisados por Menger.

Carl Menger (1981, p. 122-128) percebeu muito bem que os indivíduos buscam preencher seus estados de insatisfação de acordo com uma hierarquia de prioridades que pode variar de indivíduo para indivíduo. Além disso, o economista Austríaco percebeu que o valor de um bem com relação a outro não depende apenas da hierarquia de prioridades, mas do fato desse bem ser ou não escasso.

Em outras palavras, ter direito à água é algo muito diferente do que ter acesso à água, assim como algo muito diferente do que “matar a sede”. Com efeito, um indivíduo pode ter acesso à água, mas, mesmo assim, não conseguir satisfazer todos os seus estados psicológicos de insatisfação por água, tendo em vista a não existência desta em quantidade suficiente.

Igualmente, não é implausível que um indivíduo tenha direito a água, mas não tenha acesso a esta por circunstâncias naturais ou políticas.

Fixadas essas premissas, pode-se começar a expor alguns aspectos do dinheiro, de modo a tornar possível um melhor entendimento acerca de seu significado como meio de coordenação social. Pois bem, se não existisse dinheiro, a única forma de um empresário construir, por exemplo, uma ferrovia nos Andes seria fornecendo aos seus empregados todos os bens materiais que eles necessitassem para executar o empreendimento, o que tornaria o progresso extremamente lento e difícil, conforme ensina Sir Dennis Robertson:

Se todos os homens de negócios houvessem de tomar medidas para alimentar, vestir e distrair seus empregados, antes de iniciar qualquer empreendimento – o que poderia acontecer se fossem, por exemplo, construir uma ferrovia nos Andes, a centena de quilômetros da civilização – tais desajustes não ocorreriam, mas em compensação o progresso industrial seria muito lento e difícil. No sistema existente, a facilidade com que os adiantamentos de toda espécie são feitos em dinheiro age como lubrificante nas rodas do progresso material; *o resultado, entretanto, é que o*

⁶ A primeira lei de Gossen era explicada por Menger como se referindo à “intensidade decrescente da necessidade individual com o aumento do atendimento da necessidade”. Menger, Carl. Principles of economics. New York: University Press, 1981. p. 18; “decreasing intensity of individual wants with increasing satisfaction.”

povo tende a confundir a moeda que é um simples certificado de obter bens que podem nem mesmo existir, e com isso cria problemas e desilusões (SIR ROBERTSON, 1963, p. 8, grifei).

Essa concepção do dinheiro como um simples certificado de obtenção de bens que podem nem mesmo existir, ao mesmo tempo em que pode ser considerada um desdobramento da diferença entre “ter um direito a algo e o algo ao qual se tem direito”, implica duas constatações.

A primeira é que se trata de uma definição jurídica do dinheiro, embora não necessariamente legal, tendo em vista a possibilidade da existência de disciplinas legais diferenciadas conforme o contexto. Entretanto, pode-se afirmar taxativamente que onde quer que exista um sistema de papel-moeda ou moeda-papel, obrigatoriamente estas “fichas simbólicas”⁷ serão, em essência, “direitos a algo”.

A segunda, que é a mais interessante, se refere ao fato de que ainda que o dinheiro possa ser concebido como um “certificado de obtenção de bens que podem nem mesmo existir”, ele permite que todo um processo de coordenação social possa ser realizado, ainda que o resultado desse processo de coordenação (leia-se: divisão do trabalho e empreendedorismo) possa gerar resultados insatisfatórios:

Como explicamos linhas atrás, esses salários são como um adiantamento baseado nas estimativas, feitas pelos “capitalistas” do valor que a sociedade estabelece para as construções, navios e outros bens em processo de produção. Mas o que o trabalhador deseja com esses adiantamentos, é obter o conforto necessário e convencional para a sua vida, e no sistema monetário não há garantia de que se promova aquele conforto com a mesma rapidez com que os salários são pagos. Podemos, por isso, chegar a uma situação na qual a indústria é ativa e os salários altos, mas os artigos necessários à vida são escassos. – e, nesse caso, haverá protestos e intranqüilidade (SIR ROBERTSON, 1963, p. 8).

Assim, o fato do dinheiro ser um meio de coordenação social implica que pelo menos dois problemas fundamentais passem a ser objeto de estudo da teoria monetária: como tornar o processo de coordenação social realizado por meio do dinheiro apto a gerar riqueza de forma eficiente, e como impedir a ocorrência de um processo injusto de divisão da propriedade por meio de alterações no valor do dinheiro:

⁷ A expressão é de Anthony Giddens (1991. p. 25).

Todos nós, desde o senhor da terra ao trabalhador, podemos viver porque outras pessoas precisam de nossos serviços, se entendermos a palavra serviço num sentido amplo que inclua a utilização daquilo que possuímos. Se o poder que tem o dinheiro de outras pessoas de comprar nossos serviços variar sempre na mesma proporção do poder que tem o nosso dinheiro de adquirir, os serviços de outrem, não haverá razão pela qual essa variação do poder aquisitivo deva preocupar. Mas, na verdade as coisas não se passam dessa forma. Algumas pessoas vendem seus serviços em condições fixas, seja por contrato, seja pela força do hábito, por longo período em termos monetários. Contudo, outras podem facilmente ou são forçadas a alterar o preço dos serviços que vendem. O primeiro grupo não se beneficia evidentemente com o assunto e é prejudicado pela queda do valor do dinheiro, pois passa a receber maior ou menor poder de compra em troca das coisas que vende. O último grupo tende a ganhar com a queda e perder com o aumento do valor da moeda, já que se utiliza, seja por prazer seja com o objetivo de produzir, dos serviços do grupo cujas recompensas ou lucros são fixos, já que seus lucros variam. *Qualquer modificação no valor da moeda, por menor que seja, portanto, quando não houver sido perfeitamente prevista, provoca certa redistribuição da renda real da sociedade entre esses dois grupos de pessoas. E se, como aconteceu no após-guerra, ocorre uma prolongada e violenta queda no valor do dinheiro, os componentes do primeiro grupo podem arruinar-se e reduzir-se a mais completa miséria* (SIR ROBERTSON, 1963, p. 9, grifei).

A constatação da existência desse segundo problema é muito importante, uma vez que o fato de que nos sistemas monetários a divisão da propriedade seja feita, inclusive, por meio de alterações no valor do dinheiro, revela que malgrado o dinheiro seja um meio de coordenação social; não um fim em si mesmo, ele possui autonomia no que concerne ao seu status de bem jurídico.

3 A DIFERENÇA ENTRE FALSOS E AUTÊNTICOS BENS

Os recursos naturais determinam a possibilidade de que possam existir, de forma geral, apenas dois sistemas de distribuição de riqueza, ou seja, o sistema de propriedade privada, onde predominam os bens de caráter individual, e o “comunismo”, onde há predominância de bens coletivos.

Com efeito, quando os recursos não são escassos, ou seja, existem em quantidade suficiente para satisfazer todas as necessidades das pessoas, o consumo de um não impede o consumo de outro, não existindo, portanto, razão para que a propriedade desses recursos seja dividida, tendo em vista a inexistência de rivalidade no consumo.

Esse sistema no qual não existe rivalidade no consumo foi chamado por Menger de comunismo, tendo em conta a possibilidade de que a propriedade de tais bens pudesse ser comum, o que conferiria para esses bens a qualidade de bens coletivos:

We can actually observe a picture of communism with respect to all goods standing in the relationship causing non-economic character; for men are communists whenever possible under existing natural conditions. In towns situated on rivers with more water than is wanted by the inhabitants for the satisfaction of their needs, everyone goes to the river to draw any desired quantity of water. In virgin forests, everyone fetches unhindered the quantity of timber he needs. And everyone admits as much light and air into his house as he thinks proper. This communism is as naturally founded upon a non-economic relationship as property is founded upon one that is economic (MENGER, 1981, p. 100-101).

Pois bem, contrariamente ao sistema comunista em que os bens são coletivos por não haver rivalidade no consumo, quando há escassez de bens, surge obrigatoriamente a necessidade de se proceder a um processo de divisão da propriedade, a fim de se evitar a guerra entre todos os interessados pelos bens escassos, conforme exposto por Menger:

So far we have presented the phenomena of life that result from the fact that the requirements of men for many goods are greater than the quantities available to them in a very general way, and without special regard to the social organization of men. What has been said to this point therefore applies equally to an isolated individual and to a whole society, however it may be organized. But the social life of men, pursuing their individual interests even as members of society, brings to view a special phenomenon in the case of all goods whose available quantities are less than the requirements for them. An account of this phenomenon may find its place here. If the quantitative relationship under discussion occurs in a society (that is, if the requirements of a society for a good are larger than its available quantity), it is impossible, in accordance with what was said earlier, for the respective needs of all individuals composing the society to be completely satisfied. On the contrary, nothing is more certain than that the needs of some members of this society will be satisfied either not at all or, at any rate, only in an incomplete fashion. *Here human self-interest finds an incentive to make itself felt, and where the available quantity*

does not suffice for all, every individual will attempt to secure his own requirements as completely as possible to the exclusion of others. In this struggle, the various individuals will attain very different degrees of success. But whatever the manner in which goods subject to this quantitative relationship are divided, the requirements of some members of the society will not be met at all, or will be met only incompletely. These persons will therefore have interests opposed to those of the present possessors with respect to each portion of the available quantity of goods. But with this Opposition of interest, it becomes necessary for society to protect the various individuals in the possession of goods subject to this relationship against all possible acts of force. In this way, then, we arrive at the economic origin of our present legal order, and especially of the so-called protection of ownership, the basis of property (MENGER, 1981, p. 97, grifei).

Esses bens escassos, ao contrário dos bens coletivos, são chamados de bens econômicos, e o sistema econômico em que predomina essa espécie de bens pode ser chamado de sistema baseado na divisão da propriedade.

Sendo assim, é inevitável reconhecer que num sistema onde os bens são econômicos o mercado só pode se desenvolver sobre um sistema de normas jurídicas, o que foi percebido por Habermas (2004, p. 39):

O senhor me pergunta se o mecanismo de mercado não tem suas normas intrínsecas. O conceito que faço disso é um pouco diferente: a saber, penso que o mecanismo de mercado se institucionaliza em função dos elementos básicos do direito privado (contrato e propriedade). Essa institucionalização jurídica é concebida – permita-me descreve-la deste modo – para que os participantes do mercado possam agir estrategicamente. Eles são livres para fazer o que quiserem. Calculam, pensam no quanto vão ganhar e no quanto vão perder.

Destarte, o agir estratégico característico das ações que dão origem ao processo de mercado se encontra limitado por regras jurídicas, o que, ressalte-se, já havia sido constatado por Menger quando este em 1871 afirmou que a origem de nossa ordem legal se encontra no fato de que o conflito de interesses que surgem quando os bens são econômicos, implica a criação de mecanismos que protejam a propriedade obtida de forma legítima (MENGER, 1981, p. 97)⁸.

⁸ O leitor que tiver interesse em consultar a fonte de onde se extraiu a citação de Habermas vai perceber que este está a fazer uma crítica a Hayek, o que não se justifica, uma vez que Menger em 1871 já defendia que o livre mercado não pode se desenvolver sem a existência de regras legais, pensamento notoriamente compartilhado por Hayek.

Essa ordem social sustentada por regras jurídicas é tão forte que permeia todo o sistema econômico, chegando, em alguns casos, a ser parte constitutiva de certos objetos complexos como o dinheiro, o que fica claro quando se constata que num sistema de papel-moeda totalmente fiduciário, por exemplo, a liquidez⁹ passa a ser determinada principalmente por regras legais.

No sistema em que surge o problema da divisão da propriedade, surge também o problema de dividi-la de forma legítima. Todavia, num sistema capitalista, ou seja, naquele em que predomina a livre iniciativa, e os bens são econômicos, ou seja, existe rivalidade no consumo, a livre concorrência passa a ser o principal meio para proporcionar uma divisão legítima da propriedade, devendo-se, todavia, compreender a livre concorrência nos seguintes termos:

É importante não confundir a oposição a essa espécie de planejamento¹⁰ com uma dogmática atitude de laissez-faire. A doutrina liberal é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não de deixar as coisas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde exista a concorrência efetiva, ela sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Essa doutrina não nega, mas até enfatiza que, para a concorrência funcionar de forma benéfica, será necessária a criação de uma estrutura legal cuidadosamente elaborada, e que nem as normas legais existentes, nem as do passado, estão isentas de graves falhas. [...] Em primeiro lugar, é necessário que os agentes, no mercado, tenham liberdade para vender e comprar a qualquer preço que encontre um interessado na transação, e que todos sejam livres para produzir, vender e comprar qualquer coisa que possa ser produzida ou vendida. E é essencial que o acesso às diferentes ocupações seja facultado a todos, e que a lei não tolere que indivíduos ou grupos tentem restringir esse acesso pelo uso aberto ou disfarçado da força. [...] Proibir o uso de substâncias tóxicas ou exigir precauções especiais para a sua utilização, limitar as horas de trabalho ou requerer certas disposições sanitárias, é inteiramente compatível com a manutenção da concorrência. A única questão é estabelecer se, neste ou naquele caso, as vantagens obtidas são maiores do que os custos sociais decorrentes de tais medidas. A manutenção da concorrência tampouco é incompatível com um amplo sistema de

⁹ O prêmio de liquidez é um dos aspectos essenciais que diferencia o dinheiro de outros bens, conforme observou Keynes (2003, p. de internet): “Different commodities may, indeed, have differing degrees of liquidity-premium amongst themselves, and money may incur some degree of carrying costs, e.g. for safe custody. But it is an essential difference between money and all (or most) other assets that in the case of money its liquidity-premium much exceeds its carrying cost, whereas in the case of other assets their carrying cost much exceeds their liquidity-premium”.

¹⁰ Hayek se refere ao marxismo.

serviços sociais desde que a organização de tais serviços não torne ineficaz a concorrência em vastos setores da vida econômica (HAYEK, 1990, p. 62, grifei).

Com efeito, num sistema em que os bens são econômicos, ou o Estado controla os meios de produção e decide como será a desigual distribuição desses bens entre os membros de certa sociedade (tendo em vista que não há como dividir matematicamente bens econômicos de forma equânime por limitações naturais), ou os cidadãos criam regras em procedimentos democráticos, a fim de decidir como se dará efetivamente o processo de livre concorrência, e como serão aplicados (divididos) os tributos, embora cada vez mais se acentue o poder normativo dos órgãos da administração, sobretudo, das chamadas autarquias especiais como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por exemplo.

Não obstante, há que se atentar para o fato de que num sistema fundado numa economia monetária, a divisão da propriedade é feita primordialmente por meio da política monetária e cambial, o que denota o grande poder que autarquias especiais como o Banco Central possuem no contexto da determinação da divisão da propriedade nas sociedades contemporâneas.

Com efeito, ainda que a política fiscal tenha muita importância no que tange à determinar como a propriedade será dividida num determinado Estado, num sistema monetário, em que o Banco Central controla a oferta de moeda principalmente pela compra e venda de títulos públicos, a política fiscal passa a estar de certo modo vinculada à política monetária, sendo as metas de superávit primário, por exemplo, um dos termômetros para se verificar esse grau de vinculação. Além disso, num sistema em que as trocas são realizadas de forma indireta por meio do papel-moeda, a divisão da propriedade passa a ser determinada, sobretudo, por alterações causadas no valor da moeda, conforme já mencionado.

Assim, numa economia monetária fica bem clara a diferença entre meios de coordenação social como o dinheiro que tem importância para o processo de divisão da propriedade, e os bens que são divididos entre os membros de uma sociedade por meio do dinheiro. Por outro lado, o caráter econômico desses bens implica a existência de rivalidade no consumo que é incompatível com qualquer perspectiva coletivista.

Nesse sentido, a questão que se sobressai no contexto das sociedades capitalistas pós-industriais é que poucos atentam para o fato de que nesse tipo de sociedade, pelos motivos já explicitados, o Direito Econômico e Penal Econômico não protegem e nunca protegeram autênticos bens coletivos.

Com efeito, conforme apontado por Menger (1981, p. 97), a ordem jurídica é criada, sobretudo, como uma forma de evitar conflitos que seriam inevitáveis em uma sociedade onde os bens não existissem em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades de todas as pessoas, ou seja, é totalmente sem sentido falar em Direito econômico ou, pior ainda, em Direito Penal Econômico onde os recursos são suficientes para atender toda a coletividade, tal como acontece numa sociedade indígena isolada, por exemplo.

Quando o homem constata que determinado bem é escasso, ele tende a criar regras para dividir a propriedade desse bem, sendo essa uma das principais explicações para a crescente importância que se tem atribuído nos dias atuais ao Direito Ambiental. Contudo, certo é que o fato do sistema jurídico não poder ser usado para proteção de autênticos bens coletivos não impede que se fale em direito coletivo ao meio ambiente, desde que se tenha bem clara a diferença já mencionada entre bens e direitos, ou seja, deve-se deixar bem claro para os indivíduos que a existência de normas jurídicas protetivas de direitos ao meio ambiente não asseguram, *de per se*, a realização desses mesmos direitos, haja vista que nem tudo aquilo que é permitido do ponto de vista jurídico deixa de ser perigoso do ponto de vista científico para o ecossistema. Assim, no contexto da discussão acerca dos bens coletivos é inelutável distinguir bens de direitos, pois, conforme já se afirmou, ter um direito a algo é diferente do que ter o algo ao qual se tem direito.

Destarte, tendo em vista a escassez de bens e recursos no meio ambiente, os direitos coletivos podem no máximo assegurar uma participação igualitária de todos no processo de utilização dos recursos ambientais, assim como que esse processo seja econômico, ou seja, planejado e executado segundo uma perspectiva de longo prazo, tendo em vista a escassez desses recursos.

Embora seja tautológico, deve-se afirmar que recursos econômicos precisam ser economizados, não existindo razões dogmáticas, portanto, para evitar a proibição de condutas cujos efeitos negativos para o meio ambiente possam surgir apenas no futuro. Destarte, o argumento no sentido de que grande parte dos delitos ambientais seriam inconstitucionais por serem delitos de acumulação carece de fundamento, uma vez que no caso de bens econômicos, vislumbra-se como perfeitamente lógico que as medidas preventivas de proteção passem a adquirir um *status* de bem jurídico penal. Com efeito, no caso de recursos econômicos o respeito às medidas de prevenção representam “*conditio sine qua non*” para a existência dos próprios objetos considerados como bens jurídicos.

Assim, feita essa distinção entre autênticos bens coletivos e falsos bens coletivos (bens econômicos), tendo sido ressaltado o fato de que não podem existir bens econômicos

coletivos, mas, no máximo, direitos coletivos à bens econômicos, haja vista a diferença entre ter um direito a algo e o algo ao qual se tem direito, pode-se passar a falar de uma importante classe de bens que, malgrado sua importância para o estudo do Direito Econômico e Penal Econômico não tem recebido a devida atenção: trata-se da classe dos bens cooperativos.

4 OS BENS JURÍDICOS COOPERATIVOS QUE SÓ EXISTEM POR MEIO DE UM FAZER COORDENADO: QUANDO PROTEGER A NORMA É PROTEGER O BEM JURÍDICO

Embora o tema dos bens jurídicos cooperativos mereça um estudo específico, dado sua importância para a compreensão dos processos de interação humana que dão origem ao mercado, as breves considerações realizadas até o momento permitem que sejam feitas algumas reflexões acerca dessa importante classe de bens.

Conforme foi visto, os autênticos bens coletivos são aqueles que podem ser consumidos por todos sem que o consumo de uma pessoa possa impedir o consumo de outra. Quando isso ocorre, não há necessidade de se criar um Direito Econômico e, muito menos, Penal Econômico para interferir em relações onde não poderão existir conflitos de interesses. Numa sociedade onde predominam bens coletivos, tal como acontece em algumas sociedades indígenas, não existe luta pela propriedade e, conseqüentemente, necessidade de se criar um sistema de divisão da propriedade.

É claro que isso não significa dizer que a escassez seja sempre um fato relacionado com a disponibilidade de recursos naturais, uma vez que a intervenção do homem pode tornar recursos naturalmente abundantes em escassos, o que daria origem a conflitos, uma vez que isso transformaria recursos coletivos em recursos econômicos. Assim, o chefe de uma tribo que resolve de forma arbitrária restringir o consumo de água de sua comunidade por “pura maldade”, ou porque pensa ser isso uma ordem de algum de seus deuses, transforma recursos naturalmente abundantes em recursos econômicos.

Sendo assim, se os autênticos bens coletivos não podem ser objeto de estudo do Direito Penal Econômico, como explicar a ontologia de uma série de bens protegidos pelo Direito Penal Econômico, como o regular funcionamento do mercado de balcão, a livre concorrência, a política cambial, ou a credibilidade do sistema financeiro nacional?

Por certo que esses bens não podem ser explicados de acordo com uma abordagem coletivista, ou mesmo contratualista, mas apenas segundo um viés cooperativista, podendo-se considerar os contratos como apenas mais um meio simbólico de coordenação social:

Sociedade é ação concertada, cooperação. A sociedade é a consequência do comportamento propositado e consciente. Isso não significa que os indivíduos tenham firmado contratos por meio dos quais teria sido formada a sociedade. As ações que deram origem à cooperação social, e que diariamente se renovam, visavam apenas à cooperação e à ajuda mútua, a fim de atingir objetivos específicos e individuais. Esse complexo de relações mútuas criado por tais ações concertadas é o que se denomina sociedade. Substitui, pela colaboração, uma existência isolada – ainda que apenas imaginável – de indivíduos. Sociedade é divisão de trabalho e combinação de esforços. Por ser um animal que age, o homem torna-se um animal social (MISES, 1990, p. 201, grifei).

Todavia, Isso não significa afirmar que o capitalista ou qualquer outra pessoa que integre uma sociedade goste de cooperar, ou tenha prazer no processo de cooperação, mas significa afirmar que onde quer que exista sociedade deve necessariamente existir cooperação. Assim, a guerra, em última instância, não é uma forma de cooperação, mas de destruição e desintegração social, sendo óbvio que se o dinheiro é um meio de coordenação social, não existe motivo para que alguém possa ficar espantado com a constatação de que as maiores inflações da história aconteceram durante períodos de guerra.

Do mesmo modo, a idéia de concorrência por vezes utilizada para caracterizar o processo de mercado só tem sentido se tal expressão for compreendida num sentido de cooperação. Com efeito, a concorrência que otimiza o processo de mercado é aquela caracterizada pelo fato dos agentes econômicos procurarem cada vez mais se especializar, a fim de melhorar a qualidade de seus produtos, assim como de criar novas alternativas de consumo.

Aquele que realiza espionagem industrial, por exemplo, não está concorrendo no sentido da ciência econômica, porque não está obtendo os benefícios de outrem por meio do processo de cooperação chamado de divisão do trabalho, mas por meio de uma invasão desautorizada na esfera de liberdade de seu próximo.

A existência de espaços de liberdade garantidos é *conditio sine qua non* do processo de mercado; daí a necessidade das condutas fraudulentas serem punidas, pois violam espaços de atuação dos agentes econômicos previamente definidos.

Quando os agentes sabem anteriormente que tipo de documentos ou instrumentos simbólicos de coordenação social poderão utilizar em suas atividades econômicas, eles podem fazer planos e se organizar de um modo a reduzir substancialmente seus custos de transação, não sendo mera coincidência que os principais meios simbólicos de coordenação como os títulos de crédito e o dinheiro, por exemplo, não tenham sido uma invenção do Estado, mas dos próprios agentes econômicos.

Punir a fraude não se trata meramente de uma questão moral, mas de tornar o processo de mercado eficiente, pois os agentes só utilizarão meios simbólicos de coordenação se tiverem segurança de que estes meios serão utilizados por outros, o que já deve ter ficado claro quando foi falado acerca do principal meio simbólico de coordenação econômico-social que é o dinheiro.

Outrossim, a formação de cartéis na medida em que inviabiliza um dos principais meios de otimização do processo de divisão do trabalho, ou seja, a livre concorrência, deve ser severamente punida, embora seja dever de todo cidadão denunciar a formação de oligopólios jurídicos, ou seja, aqueles que são criados por governos que não respeitam a livre concorrência e, conseqüentemente, não tem legitimidade para utilizar o Direito Penal Econômico.

O conceito de interação humana é fundamental para que possam ser analisados os diversos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico. De forma geral, dos processos de interação humana podem surgir duas espécies de bens: aqueles que só existem quando são praticados, e aqueles que embora precisem de uma prática para adquirir existência, depois de serem criados passam a possuir autonomia ontológica.

De certa forma, a existência dessas duas espécies de fatos já havia sido constatada por Aristóteles que fez uma distinção entre o fazer e o criar (ARISTÓTELES, 1984, p. 144). Não se pode dizer, todavia, que o grande filósofo tenha elaborado um estudo aprofundado acerca do fazer e do criar coordenado de muitos indivíduos que se organizam com a utilização de meios simbólicos.

De qualquer forma, têm-se relatos que integram algumas formas de manifestação histórico-culturais como a maçonaria que durante a construção do templo do Rei Salomão os diversos “pedreiros” atuavam num processo de divisão do trabalho por meio do uso de meios simbólicos.

A questão, entretanto, é que a atuação humana coordenada com a utilização de meios simbólicos como o dinheiro e o contrato é uma realidade, não existindo outro motivo para o

fato de que os economistas de maior destaque atualmente sejam aqueles que trabalham com a teoria dos “jogos cooperativos” e do “desenho dos mecanismos”.

Destarte, pode-se afirmar que os principais objetos de estudo do Direito Econômico e Penal Econômico são as ações coordenadas dos indivíduos, os meios simbólicos e não simbólicos que possibilitam a existência dos processos de coordenação, assim como os resultados desses processos.

Os processos de coordenação podem ser analisados no nível macro, quando se fala acerca do processo de divisão do trabalho, ou ainda de uma forma setorial quando se fala, por exemplo, no regular funcionamento do mercado de balcão.

As ações dos indivíduos que atuam de forma coordenada podem ser chamadas de ações cooperativas, e o resultado desse processo de coordenação de bens cooperativos. Conforme se afirmou, os bens cooperativos podem ser divididos em duas espécies: aqueles que só existem quando são praticados, e aqueles que embora precisem de uma prática para adquirir existência, depois de serem criados passam a possuir autonomia ontológica.

De forma geral, todos os bens manufaturados, embora precisem de uma prática para adquirir existência, depois de serem “criados” passam a possuir autonomia ontológica. Todavia, a espécie de bens cooperativos cuja análise tem provocado maiores dificuldades para os estudiosos do Direito Penal Econômico é aquela espécie de bens que só existe quando constituída por ações cooperativas, sobretudo, quando estas são coordenadas com o auxílio de meios simbólicos. O regular funcionamento do mercado de futuros ou a credibilidade do sistema financeiro são exemplos dessa espécie de bens cooperativos.

Quando se diz que um bem é constituído por ações cooperativas se quer significar que esse bem só existe no momento em que determinadas ações coordenadas são realizadas, o que significa que a qualidade do bem varia conforme a qualidade dos processos de coordenação que, por sua vez, varia de acordo com a qualidade das ações e dos indivíduos responsáveis por elas.

Um exemplo deixa isso claro. Quando se afirma que determinado sistema financeiro possui credibilidade, não se está a falar de um objeto estático, mas de uma situação que emerge dos comportamentos de cada indivíduo que integra esse sistema, ou seja, a credibilidade depende da manutenção de determinados padrões de comportamento através do tempo, que não frustrem as expectativas.

Trata-se, portanto, de algo constituído a cada dia pelos comportamentos dos agentes que integram o processo. Por outro lado, o bem jurídico credibilidade é algo distinto das expectativas acerca dos comportamentos possíveis dos agentes que integram o sistema, uma

vez que expectativas equivocadas podem ser formadas acerca da credibilidade de um sistema por “déficit informacional.”

A falta de transparência sobre as aplicações em derivativos, por exemplo, levou muitas pessoas a pensar, antes da recente crise econômica, que certas instituições financeiras possuíam credibilidade, quando o contrário era verdadeiro. Nesse sentido, ter credibilidade não pode significar meramente transmitir uma falsa aparência, mas corresponder às expectativas que surgem a partir da aparência, ou seja, trata-se de algo que em última instância é um fato objetivo.

O mesmo ocorre no que tange ao regular funcionamento do mercado de futuros. Quando algum economista aconselha um investidor interessado em investir no mercado *Forex* a recorrer ao mercado de futuros, tem em vista principalmente a segurança obtida a partir das operações padronizadas desse mercado. Em que pese exista uma expectativa por parte do economista acerca da credibilidade desse mercado deve-se ter em mente, por outro lado, que esse aspecto subjetivo surge da verificação objetiva do regular funcionamento do mercado de futuros.

A dinamicidade sempre mencionada quando se estudam os processos de mercado é, portanto, consequência do fato de que bens como o regular funcionamento do mercado de futuros são constituídos a cada dia, sendo inteiramente dependentes das ações constitutivas dos agentes individuais que atuam num processo de coordenação.

Poder-se-ia pensar que nesses casos o Direito Penal não protege bens jurídicos, mas normas, ou que as condutas contrárias à proteção desses bens jurídicos consubstanciam delitos de acumulação.

Todavia, com o devido respeito aos entendimentos contrários, isso é um equívoco, uma vez que o regular funcionamento do mercado de futuros, ou a credibilidade do sistema financeiro são constituídos pelas ações coordenadas de todos os que venham a participar desses setores da vida social.

Assim, conforme se percebe, não existe um bem jurídico chamado credibilidade do sistema financeiro independente de ações individuais coordenadas, ou seja, nesses casos, proteger a vigência da norma significa proteger imediatamente o bem jurídico. Com efeito, se essa espécie de bens cooperativos só existe no momento em que há um fazer humano coordenado, ao impedir que a norma seja violada, não se está a fazer nada mais do que impedindo que o próprio bem jurídico sequer venha a existir.

Não há que se falar, portanto, em delitos de acumulação quando o bem jurídico sequer existe por inexistência das ações constitutivas que lhe dão origem.

A grande dificuldade para a dogmática penal nesses casos surge pelo fato de que esta sempre trabalhou com a dicotomia sujeito-objeto, ou sujeito-bem jurídico, a qual já foi há muito tempo superada. Destarte, é preciso buscar novas ferramentas epistemológicas para trabalhar com aqueles casos em que o bem jurídico não é distinto da ação humana, mas constituído por meio das ações coordenadas de muitos sujeitos que utilizam, principalmente, meios simbólicos e não simbólicos para tornar possível o processo de coordenação, sendo que, no âmbito econômico, os meios simbólicos de maior expressão são o dinheiro e o contrato.

5 CONCLUSÃO

Procedeu-se à diferenciação entre os autênticos bens coletivos e os falsos bens coletivos, no que se constatou que autênticos bens coletivos não podem ser bens econômicos, porque um bem só poderá ser coletivo se inexistir rivalidade em seu consumo, o que só ocorrerá naqueles casos em que um bem existe em maior quantidade do que o necessário para satisfazer as necessidades humanas.

Contudo, foi observado que podem existir direitos coletivos a bens econômicos, tal como acontece no direito ambiental, ou no direito do consumidor, o que, todavia, é algo muito diferente do que afirmar que não existe rivalidade no consumo ou utilização dos bens que sejam objeto desses direitos coletivos.

Por todo o exposto, observou-se que o Direito Penal Econômico possui especificidades próprias não no sentido de tutelar direitos coletivos, mas bens cooperativos, ou seja, aqueles que sejam resultantes de ações individuais coordenadas, assim como os meios que tornam possível a existência dos processos de cooperação.

Enfim, dentre a classe dos bens cooperativos foi destacada aquela espécie de bens que só existe quando constituída por ações cooperativas, sobretudo, quando estas são coordenadas com o auxílio de meios simbólicos. Como exemplos dessa espécie de bens foram oferecidos o regular funcionamento do mercado de futuros e a credibilidade do sistema financeiro, constatando-se que, nesses casos, proteger a norma significa proteger o bem jurídico de forma imediata.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Victor Civita, 1984.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 49, julho/agosto 2004. p. 89-136.

GREENE, Joshua. **From the neural “is” to the moral “ought”**: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology? In: *Nature Neuroscience Reviews*, v. 4, 847-850.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest, and Money**. Adelaide: The University of Adelaide Library Electronic Texts Collection, 2003. Disponível em: < http://ebooks.adelaide.edu.au/k/keynes/john_maynard/k44g/chapter17.html >. Acesso em: 29 jan. 2010.

MENGER, Carl. **Principles of economics**. New York: University Press, 1981.

MISES, Von. **Teoria da ação humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

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

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, maio 2000. p. 433-448.

RUSSEL, Bertrand. **Introdução à Filosofia da matemática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

SIR ROBERTSON, Dennis. **Manuais de Economia de Cambridge**: A moeda. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1963.

CONCERNING THE DISTINCTION BETWEEN AUTHENTIC AND INAUTHENTIC COLLECTIVE LEGAL BELONGINGS FOR THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

ABSTRACT

This article's set the distinction between authentic and inauthentic collective legal belongings, in order to highlight the fact that genuine collective belongings are the economic ones, observing, therefore, that the Economic Penal Law does not have any specificities about the protection of collective belongings, but protects the common/cooperative ones, and also the means that make possible the existence of the cooperation process. Examples of common/cooperative property are the regular functioning of the futures market and the credibility of the financial system.

Keywords: Collective belongings. Economic Criminal Law. Risk Society.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Jair Soares de Oliveira Segundo**

RESUMO

Este trabalho busca compreender se a eficiência é um princípio capaz de direcionar as atividades da Administração Pública; se se comporta falar em graus de eficiência; e, se o Judiciário pode intervir de forma a assegurar a efetividade desse princípio, e em que medida. Constatou-se que a eficiência é sim um norte hermenêutico na concretização dos direitos fundamentais, visto possibilitar aferir, em maior medida, a presença da proporcionalidade na ação administrativa, de modo que pode ser utilizada sob a ótica de graus de eficiência, os quais – respeitados certos limites – podem ser objeto de análise de legitimidade e legalidade pelo Judiciário.

Palavras-chave: Princípio da eficiência. Direitos Fundamentais. Concretização. Constituição de 1988.

1 INTRODUÇÃO

A criação judicial do direito é tema que, ao menos superficialmente, parece contrastar com a idéia de tripartição do Poder no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Ao Poder Judiciário caberia julgar as demandas judiciais e não, propriamente, produzir o direito, vez que esta seria a função afetada ao Poder Legislativo.

Ocorre, no entanto, que o tema deste trabalho versa sobre criação do direito, e este, enquanto tal, não se encontra compreendido tão somente nas leis em sentido formal – que é a produção de normas gerais pelo Poder Legislativo. O direito é mais amplo, mais abrangente.

Essa criação do direito pelo Poder Judiciário, longe de sofrer influxos de problema de legitimidade, incorpora-se hoje ao seio da sociedade com uma força tão natural que

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Aluno de extensão no Projeto CineLegis da UFRN. Membro de Grupo de Pesquisa sobre o STF da UFRN. Editor da Revista FIDES.

podemos afirmar que grande parte das relações sociais passaram a ser regidas a partir da interpretação judicial de nossos tribunais. Perceba-se o caso das relações de consumo, onde há ampla proteção ao consumidor devido sua hipossuficiência. Bem assim, há decisões nas mais diversas áreas, como é o caso da área da saúde onde o judiciário pode determinar ao Poder Público a concessão de remédios para pessoas necessitadas, ou ainda da área de educação na qual o juiz pode determinar a matrícula de crianças em escolas e creches.

Neste cenário, a concretização dos direitos fundamentais apresenta-se como um processo de interpretação sistemática do ordenamento jurídico com vistas a dar concreção aos direitos, a fazê-lo nascer no plano da realidade social, no cotidiano das pessoas. Constitui a interpretação condição essencial de efetividade dessa concreção, o que remete ao fato de que uma adequada teoria da interpretação – dada a íntima relação com o processo de concretização dos direitos fundamentais – é essencial à concretização da justiça diante do caso concreto.

A correta interpretação dos direitos fundamentais é assim um farol a iluminar os caminhos do bom convívio entre as pessoas, orientando a linha do bem estar na sociedade. Da adequada leitura da Constituição nascem as normas que devem nortear as relações sociais. O sentimento da Constituição é, portanto, não mais nem além, o sentimento da sociedade à qual pertence.

Desta forma, neste trabalho será apresentado breve estudo sobre a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, sob o prisma da hermenêutica constitucional, o que é condição premente da estruturação do direito e da justiça na linha da realidade concreta, destacando-se efeitos e principais conseqüências dessa criação judicial do direito, onde se utiliza da eficiência como baliza na aferição da proporcionalidade das ações administrativas, e procura-se tecer comentários – sem a pretensão de completude – sobre tal balizamento, e, notadamente, sob a ótica de graus de eficiência a nortear as situações concretas.

2 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala em *concretização dos direitos fundamentais*¹, utiliza-se de categorias de palavras que, mesmo na área do Direito, podem apresentar múltiplos significados. Diante

¹ Muito embora não constitua objeto deste trabalho discutir acerca de uma teoria dos direitos fundamentais, imprescindível a menção aos conceitos que permeiam a doutrina. Sem o intuito de adentrar na discussão da

disto, nada mais sensato que atentar, ao início, para a observação de André Ramos Tavares (2006, p. 58 e ss) sobre o fato de que o termo *concretização*, especialmente na doutrina alemã, vem sendo utilizado para indicar o sentido de atualização, de ampliação na compreensão dos textos normativos². Adverte ainda que no Brasil tal termo é por vezes empregado sem precisão técnica, ou seja, sem se estabelecer o teor significativo do alcance da expressão, onde esta seria utilizada como sinônimo de *aplicação* ou *interpretação*.

Para o presente estudo, no intuito de delinear tal significado, tomaremos por base a lição de Paulo Bonavides (2007, p. 482), que indica três elementos sobre os quais gravita o método concretista: “a *norma* que se vai concretizar, a ‘*compreensão prévia*’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*”.

Mais ainda, em complemento a essa idéia, temos a conceituação que André Ramos Tavares destaca dos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho. Para o mestre lusitano (CANOTILHO, 2003, p. 1201), *concretizar a constituição* implica num *processo de densificação*³ de normas constitucionais (princípios e regras), e mais:

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica.

Desta forma, com Paulo Bonavides (2007, p. 482), temos que concretização:

terminologia *direitos fundamentais*, mas com o objetivo de prover, ao menos, um delineamento do que se entende por essa expressão, teremos por base a distinção exposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 36), em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais”, onde escreve propor-se a traçar distinção “entre as expressões ‘*direitos do homem*’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), ‘*direitos humanos*’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘*direitos fundamentais*’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)” (itálico nosso). No mesmo sentido, Leonardo Martins (2008, p. 54) assevera que “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

² De acordo com Paulo Bonavides (2007, p. 483), “Não resta dúvida que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la”. E essa atualização está ligada a problemas concretos da realidade social. Tal é a conclusão de Konrad Hesse (citado por BONAVIDES, 2007, p. 482), ao justificar o método dos concretistas: “Não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos”.

³ Para José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1201) *densificar uma norma* significa preencher, completar e precisar seu espaço de normatividade no intuito de propiciar solução a casos concretos.

É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta de problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos.

Estabelecidas tais premissas, cabe inicialmente tecer alguns comentários sobre a interpretação das normas de direitos fundamentais, e, ainda, prover breve esclarecimento sobre a legitimidade democrática desse processo de concretização, enquanto meio de construção judicial do direito.

2.1 Interpretação dos direitos fundamentais

Nos diz Morton Luiz Faria de Medeiros (2000, p. 185), na introdução de seu artigo *A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la*, que tão natural e espontâneo “parece ser o uso da interpretação que, não raro, dela não nos apercebemos, ou dela não apreendemos todos os caracteres, à semelhança do homem, que extrai do ar, mesmo sem o enxergar ou sentir, a base provisional de sua vida”.

No texto, o doutrinador (MEDEIROS, 2000, p. 189) demonstra a preocupação quanto ao fato de ser comum às decisões judiciais o apego à parêmia *in claris cessat interpretatio* (significa que a lei clara inadmite interpretação), mais ainda por ser o Poder Judiciário legítimo e principal mandatário do comando normativo que diz que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Nesta medida, tornou-se usual “a transferência da culpa por uma decisão injusta do Juiz para a lei, a que – alega [o juiz] – tem o dever incondicionado de respeitar ‘literalmente’, em nome de uma imparcialidade ou neutralidade absolutamente nocivas ao Direito” (MEDEIROS, 2000, p. 189). O que é claro para alguns intérpretes pode não o ser para outros (MEDEIROS, 2000, p. 192). Não basta, portanto, aplicar a lei: é preciso interpretá-la⁴.

Ao descortino dessas linhas iniciais, resta claro o valor da interpretação das normas – mesmo que à aparência sejam claras. E isto, torna-se tanto mais evidente, e imprescindível,

⁴ Diz o constitucionalista espanhol Perez Royo (citado por BONAVIDES, 2007, p. 579): “não há direito que não exija ser interpretado”.

quando se trata de normas de direitos fundamentais. Nesta seara, é preciso que tenhamos firme, inicialmente, a lição de Eros Roberto Grau (2006, p. 166):

[...] assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo.

Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição.

No mesmo sentido, afirma Vladimir da Rocha França (2007, p. 12), sobre o princípio da eficiência, que deve ser interpretado juntamente com os demais princípios – em especial o da moralidade e o da proporcionalidade – para poder orientar a aferição da juridicidade, e isto não pode fazer sozinho, uma vez que seria insuficiente para o juiz fundamentar, por exemplo, a invalidação de um ato administrativo apenas com base na violação da eficiência.

Conquanto a interpretação seja fundamental na concretização dos direitos fundamentais, não há que confundir esta com aquela, vez que a interpretação constitui apenas uma de suas etapas.

Em que pese os benefícios da concreção (atualizar o ordenamento; dar vida aos direitos etc), é preciso observar, conforme Paulo Bonavides (2007, p. 483), que “a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem*, posto que aparenta ainda aí à sombra da lei, é perniciososa, assim à garantia com à certeza das instituições”.

2.2 Construção judicial do direito

Lord Radcliffe (citado por CAPPELLETTI, 1993, p. 25) deixa claro: “Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”.

O juiz cria o direito – que é mais amplo – e não a lei.

Afora certa medida de criatividade imanente a toda interpretação – não só a jurídica –, dadas as circunstâncias de tempo e lugar, há, ainda, a que deflui “da capacidade do intelecto e do estado da alma do intérprete” (CAPPELLETTI, 1993, p. 21). Isto sem contar

que é função do intérprete colmatar lacunas, precisar nuances e aclarar ambigüidades (CAPPELLETTI, 1993, p. 22).

Em realidade, o problema passa ao largo de saber se há ou não criação judicial do direito, mas sim em definir seu “*grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade” (CAPPELLETTI, 1993, p. 25). Aqui, tomamos para a análise a *legitimidade* dessa criação judicial do direito.

Com o surgimento, no estado contemporâneo, de um Poder Judiciário forte – o que se nomina *terceiro gigante* – a atuar na guarda e controle do novo leviatã, indica, por si só, o risco de cometimento de abusos, mas, entretanto, seria inviável um sistema de freios e contrapesos equilibrado onde ausente um Judiciário forte (CAPPELLETTI, 1993, p. 49 e 53).

À vista de tal pressuposto, Mauro Cappelletti (1993, p. 94 a 107) lista os argumentos que entende justificadores da *legitimidade democrática* da criatividade judicial: a) a dissipação da utopia de que os poderes políticos (Executivo e Legislativo) representam unicamente os anseios da coletividade; b) ao contrário do Legislativo, o Judiciário fundamenta suas decisões judiciais, e as torna públicas, e busca, com isso, a legitimação destas; c) o acesso à justiça como modo de garantir a proteção de grupos marginais no meio democrático; d) decisões por Órgãos (relativamente) imparciais, que são acionados a pedido das partes e utilizam a lei como base fundamental das decisões; e, e) a proteção aos direitos e liberdades fundamentais é essencial à sobrevivência da democracia. Com isto, arremata o doutrinador (CAPPELLETTI, 1993, p. 107) ao afirmar: “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade”.

Se, de um lado, a criatividade (e, por conseguinte, a concretização) é expressão da legitimidade democrática do Judiciário na construção do direito; de outro, devemos ter em mente a advertência de Paulo Bonavides (2007, p. 523) – ao tratar da interpretação conforme a Constituição –, que diz ser preciso atentar para que os limites entre *interpretação* e *criação do direito* “são fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave – para a interpretação *contra legem*”.

3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988⁵

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, inseriu o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988. Essa alteração, em que pese ser considerada desnecessária por parte dos doutrinadores⁶, fez com que o princípio da eficiência – antes apenas implícito⁷ – passasse a fazer parte do rol de princípios que regem a atividade da Administração Pública, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade⁸.

Perceba-se, contudo, que a Constituição de 1988 já tratava da eficiência no inciso II do artigo 74, dispositivo o qual Vladimir da Rocha França (2007, p. 9) dessume ser controle interno da eficiência por cada dos Poderes, quando no exercício da função administrativa. Vejamos:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

Aspecto interessante dessa emenda foi a previsão de que a lei regulará a participação dos usuários na administração pública direta e indireta, conforme diz o § 3º do artigo 37 da Constituição.

⁵ Em relação ao fato da positivação do princípio da eficiência no texto constitucional, nos diz Vladimir da Rocha França (2007, p. 3): “Quando um princípio jurídico é encontrado por disposição expressa no texto legal, constitui norma plenamente exigível e concretizável, vinculando imediatamente o agente público e o cidadão. No caso dos princípios jurídicos implícitos no ordenamento jurídico, é preciso a sua apreensão doutrinária e jurisprudencial, somente encontrando concretização viável quando indicado e imposto pela decisão judicial”.

⁶ Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, em suas obras de mesmo nome e publicadas pela mesma editora, ou seja, Curso de Direito Administrativo, Malheiros.

⁷ Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 223 a 225) demonstra que a eficiência preexistia no ordenamento pátrio antes do advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, tanto na construção doutrinária (Cf., por todos, Hely Lopes Meirelles quando este fala do dever de presteza, perfeição e rendimento funcional dos agentes públicos), quanto na legislação infraconstitucional (Cf. *caput* e §1º do artigo 6º da Lei 8.987/1995 [Código de Defesa do Consumidor]; incisos II, III e V do artigo 94 do Decreto-Lei 200/1967), e, ainda, no próprio texto original da Constituição de 1988, em seu artigo 74, inciso II, conforme se vê no texto deste trabalho.

⁸ Veja o *caput* do artigo 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

§3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Como observa Vladimir da Rocha França (2007, p. 8 e 9), há forte ligação entre o direito subjetivo de participação do administrado e o princípio da eficiência, constituindo forte instrumento de concretização desse princípio, e pondera: quem melhor que o destinatário do serviço para aferir sua eficiência?⁹

E o que dizer da idéia de que, em verdade, esse destinatário é um consumidor de serviços públicos fornecidos pelo Poder Público? No artigo “O princípio constitucional da eficiência na defesa dos consumidores de serviços públicos”, Fábio Bezerra dos Santos e Marina Josino da Silva Souza entendem pela possibilidade da aplicação dessa ótica de relação consumerista para garantir aos consumidores de serviços públicos os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, especialmente o do art. 6º, inc. X, onde diz ser direito do consumidor: “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 212 a 218), com base em estudo de direito comparado, afirma não ser estranho aos demais ordenamentos a influência do princípio da eficiência na atividade administrativa. E isto justifica-se à medida que a eficiência “é, estreme de dúvida, um padrão de conduta que resulta particularmente indispensável ao nosso tempo e que, por isso, não pode ser postergada pela Administração” (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 223).

Mas em que reside o conteúdo da eficiência? Precisar o significado desse princípio é tarefa um tanto complexa, haja vista as várias nuances que emanam de sua pré-concepção no mundo contemporâneo.

No entanto, podemos nos utilizar do ensinamento de Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 220) que o compreende como sendo “o dever administrativo de melhor atender à consecução dos fins, de interesse público, a que está vinculada a Administração, laborando,

⁹ Apesar de essa questão suscitar o liame de intervenção do Judiciário, o que será tratado mais a frente, no momento cabe apenas afirmar que o autor citado entende ser o controle judicial da eficiência apenas parcial (FRANÇA, 2007, p. 9).

para tanto, com o menor custo”. Cabe registrar, à propósito, que, em que pese demandar “melhor atender à consecução dos fins, de interesse público”, na interpretação do princípio da eficiência deve-se ter claro que este princípio é distinto do da finalidade. O princípio da eficiência indica a busca efetiva – e lícita – da finalidade legal, enquanto que o da finalidade aponta que o ato da administrativo deve ter finalidade pública (FRANÇA, 2007, p. 7).

4 A CONCRETIZAÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 943), “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

À parte dessa lição basilar, é necessário o registro que esse doutrinador, de acordo com Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 221) e Vladimir da Rocha França (2007, p. 5), entendeu por reduzir bastante a densidade do princípio da eficiência – seu peso normativo –, sobrelevando a fluidez do princípio e considerando-o desnecessário, visto parecer simples adorno ao texto do artigo 37 da Constituição.

Ocorre que o princípio da eficiência serve de base na avaliação da extensão e dimensionamento do princípio da proporcionalidade aplicado ao caso concreto. Se na proporcionalidade, com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 111), há um juízo de ponderação entre meios e fins no objetivo de averiguar se o meio utilizado é proporcional ao fim almejado, na eficiência ocorre um concomitante juízo de valor, no sentido de afirmar que o alcance desse interesse público se dê de forma mais célere (com agilidade possível), econômica (com utilização racional dos meios), simples (priorizando a acessibilidade ampla), informal (sem entraves burocráticos), segura (com garantia razoável), dinâmica (adequada à modernidade) e efetiva (efetividade dessumida *à priori*). E isto dá idéia da dimensão da importância do princípio da eficiência.

Ademais, na concretização de direitos fundamentais, com pano de fundo no princípio da proporcionalidade, é de todo perceptível a valor do princípio da eficiência como parâmetro

de aferição da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*¹⁰, de forma a resguardar a legalidade da ação administrativa.

Em que medida, então, a concretização desses direitos depende da eficiência?

Algumas das mais comuns contribuições da eficiência está no aproveitamento de atos com irregularidades sanáveis ou, mesmo que não sanáveis as irregularidades, sejam verificadas “barreiras ao dever de invalidar” (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 227), o que seria exemplo o “decorso do tempo”.

Outra aplicação da eficiência acontece quando o princípio da proporcionalidade demanda que a restrição a direitos dos administrados ocorra com base na utilização de meios eficientes, afastando medidas inadequadas – ao caso concreto – ou desnecessárias – ao interesse público –, devendo tal restrição atingir, tão somente, o mínimo de liberdade – ou propriedade – imprescindível ao alcance do bem estar para a coletividade.

Nesta orientação, tem-se ainda a quebra de estabilidade do servidor público efetivo. No caso da previsão de que o servidor poderá perder o cargo por motivo de desempenho insuficiente¹¹, deve o juiz atentar para a demonstração inequívoca pela Administração de que a quebra da estabilidade ocorreu com observância do devido processo legal, o que inclui garantias de contraditório e ampla defesa, bem como garantias prévias consubstanciadas na definição antecipada de critérios objetivos e claros para aferição da eficiência esperada (FRANÇA, 2007, p. 9), e de avaliação periódica¹² em quantidade e qualidade suficiente a comprovar sua razoabilidade.

Outro aspecto é o combate à mora administrativa¹³ por parte do Judiciário, o que indica forte opção pela efetividade do princípio da eficiência (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 231).

Estes são apenas alguns exemplos práticos onde a constatação de ineficiência é fator decisivo para a efetivação de uma decisão pautada na proporcionalidade.

¹⁰ Pautado nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 111) esclarece: “a adequação ‘impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes’; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na idéia de que ‘o cidadão tem direito à menor desvantagem possível’ e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é ‘entendido como princípio da justa medida’”.

¹¹ §1º do artigo 41 da Constituição de 1988: “O servidor público estável só perderá o cargo: [...] III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

¹² Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 229) observa que essa avaliação periódica de desempenho para fins de manutenção da estabilidade no cargo ressurte-se, ainda, de integração legislativa.

¹³ Cf.: O Recurso Especial nº 531.349-RS, sobre a manutenção da atividade de rádio comunitária enquanto esta aguarda o licenciamento cujo pedido conta mais de três anos.

Passaremos agora a verificar se é possível também falar em graus de eficiência, ou, noutras palavras, se esse processo de construção da norma – concretização – comporta uma gradação de eficiência na conformação de sua efetividade em interação com a proporcionalidade e a situação fática.

4.1 Graus de eficiência

Ao falar sobre a responsabilidade administrativa com base no princípio constitucional da eficiência, Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 295 e ss) nos apresenta a noção de *graus de eficiência*. Nesta orientação, a eficiência passa a ser analisada de acordo com os graus esperado e possível de eficiência segundo o caso concreto, e serve de parâmetro na determinação “do nível de exigência a ser feito ao administrador em relação ao grau de zelo e alcance de fins de sua conduta” (MENDONÇA, 2008, p. 296), além de determinar a extensão de sua responsabilidade.

A propósito desse nível de exigência, tal doutrinador vê na proporcionalidade o princípio adequado para trabalhar com essa relação entre adequação e necessidade, entre meio apropriado e a medida de seu uso, o que guarda relação estreita com a visualização da observância do princípio da eficiência (MENDONÇA, 2008, p. 297).

Para a exposição de seu pensamento, Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 298 e ss) nos fala em três momentos de concepção da norma.

Em primeiro lugar; vemos a existência da norma válida, independentemente da produção de efeitos concretos. Depois, há a norma válida (ou não) que é observada por seus destinatários. E, por fim, há a norma que existe, é observada e que logra cumprir seus fins. [itálico no original]

Aos três momentos faz corresponder, respectivamente, as noções de *eficácia*, *efetividade* e *eficiência* ou, noutros termos, eficiência em sentido fraco, moderado e forte. Todavia, deve-se registrar que nem sempre é esperado ou exigido da Administração a *eficiência em grau máximo*, e sim a que é razoável segundo a interação entre o *estado da técnica* e a *possibilidade de realização*¹⁴, ou seja, haveria, por exemplo, a exigência de grau

¹⁴ Tal critério faz exsurgir a discussão entre *reserva do possível* e *mínimo existencial*, dada as limitações econômicas do Estado contemporâneo, sem contar a problemática da incursão do Poder Judiciário nesta seara no intuito de efetivar os direitos fundamentais. Para um aprofundamento nesta temática, sugerimos a leitura da obra

máximo de eficiência ao tapar um buraco na rodovia, mas não em relação à eliminação do analfabetismo (MENDONÇA, 2008, p. 298).

Com isso, de modo rápido, pode-se relacionar a eficiência em grau máximo com a constatação, no caso concreto, de ambos os requisitos (estado da técnica e possibilidade de realização); em grau moderado, com a presença de um ou outro; e, em grau fraco, na ausência de ambos.

No entanto, registre-se que o grau moderado exige um atuar da Administração pautado com maior força no princípio da moralidade, transmutando o princípio da eficiência em *princípio da seriedade*, vez que impende sejam confirmados os princípios da *boa vontade administrativa* e da *negação joanina*¹⁵ (MENDONÇA, 2008, p. 300-301); e que o grau fraco, em que pese falta de estado da técnica e condições de realização, aponta para a exigibilidade de “um planejamento competente e sério para o alcance desse desiderato [os dois critérios], na medida em que isso seja dedutível dos programas político-públicos” (MENDONÇA, 2008, p. 301).

Noutro aspecto, na determinação do nível da responsabilidade do Estado, deve ser levada em conta a ação do lesado em seu próprio desfavor, na concorrência deste para o ato que o lesionou. Neste ponto, é especial a transcrição das palavras de Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 305):

É quando deve ser indagado, em sede final para caracterizar a responsabilidade do Estado, se o lesado cumpriu para com seus deveres de boa-fé objetiva. Ou seja, se agiu consoante o que se esperaria, mesmo quando, num primeiro momento, a conduta pudesse beneficiá-lo.

Desse modo, indagar-se-á se havia meios disponíveis e eficientes de que o lesado pudesse lançar mão para impedir o prejuízo. E, se existentes, se eles foram utilizados em justa medida.

Se tais meios existirem e não forem utilizados, adentra-se em nova fase de questionamentos: saber se o agente agiu de boa-fé, agora em seu sentido subjetivo, o que faz retornar às indagações da culpa, desta feita, do lesado.

“Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’”, organizada por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, publicada pela Livraria do Advogado, em 2008.

¹⁵ Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 301) diz com *princípio da negação joanina* a alusão ao dito popular de que a Administração Pública *não é a casa da Mãe Joana!*

Essa teorização dos graus de eficiência responde, em larga medida, a questões do cotidiano onde se faz necessária a análise dos fatos. Perceba-se o exemplo tomado do doutrinador (MENDONÇA, 2008, p. 305).

Se houve um assalto, este era previsível? Quais as razões para não ter havido amparo policial? Em que grau a segurança deveria ser eficiente? A ocorrência foi comunicada a tempo à autoridade policial? [e acrescentamos: a vítima detinha conhecimento do nível de criminalidade da região? E se tivesse conhecimento, teria motivo suficiente para estar naquele local àquela hora colocando em risco sua segurança?]

Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 235) também chega à conclusão que há o dever de reparar embasado na ausência de eficiência estatal, e isto, tendo por parâmetro um *nível médio de qualidade* que o particular deve esperar da atividade administrativa.

O que deve ser afastado é a usurpação pelo Judiciário da competência administrativa no controle do grau de eficiência da atividade. Diante disto, pode-se afirmar que “O poder judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência” (FRANÇA, 2007, p. 12), mas, de outra forma, é correto utilizar a noção de grau de eficiência, aliada a outros princípios, para delinear o liame de juridicidade.

4.2 O papel do Poder Judiciário

Para passar um breve olhar sobre a margem interventiva de que dispõe o Poder Judiciário concernente a esse tema, vamos principiar esse tópico com uma história.

Imagine-se que uma pessoa venha a sofrer um acidente de trânsito em rodovia federal, ocasionado por um buraco não sinalizado na pista, e necessite de um boletim de acidente. O policial comparece ao local, faz o levantamento do acidente e, ao concluir o trabalho, informa ao cidadão acidentado que, no prazo de cinco dias, será concluído o boletim de acidente e este será disponibilizado na página da internet do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, inclusive que o documento possui certificação automática. Tudo concluído, o policial retorna ao posto de polícia e inicia a digitar no sistema as informações colhidas.

No entanto, em que pese o atual nível de avanço tecnológico, a instituição policial não dispõe de aparelho GPS (*Global Positioning System*), que utiliza um sistema de posicionamento global, e serve para indicar pontos precisos do globo terrestre através de

coordenadas de latitude e longitude. O aparelho poderia otimizar seu serviço pegando todos os pontos e coordenadas necessários (relativos aos veículos, marcas de frenagem etc), e o local do acidente seria carregado no computador juntamente com um mapa da localidade previamente cadastrado. Isto tornaria altamente eficiente seu serviço, além de propiciar grande precisão do desenho, o que facilitaria inclusive posteriores reconstituições do acidente, se necessário. Mas o cenário atual é de uma polícia que não dispõe desta tecnologia, cabendo ao policial fazer apenas um esboço do desenho do local, o que se chama *croqui*.

Essa pequena história dá uma boa dimensão de o quanto o princípio da eficiência pode se manifestar no cotidiano das pessoas. O fato de o boletim poder ser acessado através da internet é um exemplo de eficiência na Administração Pública. Alguém que sofreu um acidente em Salvador pode continuar sua viagem a Natal, e aqui imprimir o boletim. De outro lado, o fato de a polícia ainda não dispor de tecnologia GPS para atribuir maior eficiência aos seus serviços constitui fator de ineficiência – ou de ausência de melhor eficiência – na prestação do serviço.

O cerne do controle da eficiência pelo Judiciário está em saber até que ponto este pode intervir, o que implica na delimitação da esfera de avaliação judicial da discricionariedade administrativa.

Vladimir da Rocha França (2007, p. 10) diz que o juiz, para fins de análise de invalidação dos atos, deve, necessariamente, se ater apenas aos aspectos de legalidade, isonomia e compatibilidade ética, não lhe cabendo perscrutar quanto a eficiência de tais e quais medidas tomadas pela Administração, mesmo se diante da situação concreta haja mais de uma opção adequada aos fatos, à técnica e ao ordenamento jurídico, o que implica deve o administrador optar pela mais eficiente – até por motivo do dever de boa administração. Demonstra o doutrinador, nesta medida, que o campo de apreciação judicial está adstrito à análise de juridicidade, de sua conformação ao Direito. De outra forma, estaria o juiz substituindo o administrador no delineamento do que seja de interesse público em relação à eficiência.

Com base nestas lições, e remetendo ao caso do levantamento do acidente tratado acima, seria inadmissível, por exemplo, uma determinação judicial para a aquisição de aparelhos GPS pela polícia sob o argumento de dar concreção ao princípio da eficiência. A análise dessa necessidade/viabilidade cabe apenas e tão somente à instituição policial, não ao Judiciário.

Bem assim, também seria vedado ao Judiciário manifestar-se pela desativação do sistema que disponibiliza boletins de acidente na internet, com base no princípio da eficiência,

caso a autenticação automática estivesse inativa. Mas, de outra forma, poderia prover medida liminar determinando a suspensão temporária do serviço de boletins caso comprovada a presença de erros na autenticação automática capaz de gerar danos ao usuário do serviço (FRANÇA, 2007, p. 11).

O princípio da eficiência, quando interpretado não isoladamente, mas em conjunto com outros princípios jurídicos, pode auxiliar na avaliação da juridicidade das medidas tomadas pela Administração (FRANÇA, 2007, p. 12). Daí o princípio da eficiência possuir elevada importância no controle da proporcionalidade dos atos da Administração, tendo em vista possibilitar aferir critérios de necessidade, adequação e razoabilidade da ação administrativa (FRANÇA, 2007, p. 7). Uma aplicação disto, ainda utilizando-se do exemplo dos GPS's, seria o fato de o Judiciário poder anular uma compra maciça desses aparelhos caso restasse comprovado que tal aquisição ocorreu em quantidade desproporcional em relação número de policiais, onerando desnecessariamente os cofres públicos.

Registre-se ainda, com Vladimir da Rocha França (2007, p. 12), que, caso a medida administrativa ainda não tenha sido implementada, é vedado ao Judiciário na hipótese em que o administrador “atendeu aos padrões de legalidade, impessoalidade, proporcionalidade, isonomia, moralidade e publicidade, determinar se a medida vai ser eficiente ou não”, mas, no entanto, é possível a responsabilização ulterior do Estado pelos danos causados em virtude de sua ação administrativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, verificou-se que o princípio da eficiência – introduzido no artigo 37 da Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 – constitui parâmetro para a aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera da função administrativa, propiciando aferir a adequação, a necessidade e a razoabilidade [ou proporcionalidade em sentido estrito] dos atos da administração.

Esta função do princípio da eficiência é de todo essencial no processo de concretização dos direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico, uma vez que serve de norte hermenêutico na adequada interpretação de fatos e normas, possibilitando maior chance de acerto nas decisões judiciais que objetivem a concreção dos direitos fundamentais, que busquem a efetividade do texto constitucional.

A construção judicial do direito – concretização – é, sob esse aspecto, medida de revitalização da Constituição, de conformação de seu conteúdo substantivo aos anseios da sociedade contemporânea. No entanto, a utilização errônea dessa via de aplicação/construção do direito pode gerar danos graves ao sistema constitucional e ao estado de direito como um todo.

Impende, assim, zelar para que o Judiciário brasileiro possa cada vez mais participar ativamente do processo democrático, promovendo e concretizando os direitos fundamentais, e mais: possa crescer na medida suficiente para ocupar seu devido lugar, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo, e tenha condições substanciais de eliminar a concentração de poder tão danosa ao equilíbrio dos sistemas jurídico, político e social.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. [5ª reimpressão; 2008].

CAPPELLETTI, Mauro. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. [reimpressão; 1999].

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jun./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-10-junho-2007-vladimir%20fran%c7a.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. [2ª tiragem].

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_146/r146-13.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008. [2ª tiragem].

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Ensaio sobre a determinação da responsabilidade administrativa pelo princípio da eficiência: graus de eficiência, omissão e concorrência do lesado. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, jul./set. 2005.

SANTOS, Fábio Bezerra dos; SOUZA, Marina Josino da Silva. O princípio constitucional da eficiência na defesa do consumidor de serviços públicos. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 5, n. 1, dez. 2009. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste/article/view/149>. Acesso em: 30 jan. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006. [Coleção professor Gilmar Mendes; v. 1].

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EFFICIENCY AND IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This work seeks to understand if efficiency is a principle capable of guide the activities of the Public Administration; if it's possible to talk

about efficiency degrees; if the judiciary may interfere in a way to ensure the effectiveness of this principle, and to what extent. It was observed that the efficiency is rather an hermeneutic guideline in the concretion of fundamental rights, ‘cause it makes possible to measure, in a greater extent, the presence of proportionality in the administrative measures, in a way it can be used from the viewpoint of degrees of efficiency, which – respected certain limits – can be the object of analysis of legitimacy and legality by the Judiciary.

Keywords: Principle of efficiency. Fundamental Rights. Implementation. Constitution of 1988.

O CONSTITUCIONALISMO DE HANS KELSEN CONTRAPOSTO AO DE CARL SCHMITT

*Márcio Araújo de Mesquita**

*Abner Vellasco***

RESUMO

O presente artigo possui por finalidade comparar o conceito de constitucionalismo presente entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, na medida que os dois respeitadíssimos autores encontraram caminhos epistemológicos distintos para resolver essa situação. Para isso, é mister analisar as noções gerais do pensamento de Kelsen, presente na “Teoria Pura do Direito” até alcançar a idéia de “constituição”, e as influências sofridas por Schmitt e o seu pensamento, que visa alcançar a realidade “concreta” que por muitas vezes a norma não consegue alcançar.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Decisão. Estado de exceção. Teoria Pura. Norma Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Quando se trata do estudo da Constituição por mais que não concorde com os ideais pregados pelos autores é essencial conhecer o pensamento de Carl Schmitt bem como o pensamento de Hans Kelsen, autor este que influenciou incrivelmente o pensamento jurídico mantendo sempre o ideal formalista na incansável busca da segurança jurídica e previsibilidade, oferecendo um verdadeiro caráter científico ao direito, enquanto aquele, apesar de ser um dos autores “malditos” devido ao envolvimento com o nazismo, estruturou um pensamento formidável acerca do pensamento político do Estado e do direito partindo dos fatos.

* Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduado em Técnico de Administração de Empresas pela FAETEC. Pesquisador do Programa de Educação Tutorial de Direito (PET-Jur) em Direito Constitucional da PUC-Rio.

** Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Estagiário em escritório de advocacia no RJ.

Mas em que consiste a real importância e a diferença no pensamento desses dois autores? Inicialmente, Carl Schmitt defende que a teoria material constitucionalista deveria partir da realidade e não da norma. Como instrumento, o autor destaca o poder de decisão da comunidade política existente e a legitimidade da Constituição decorreria exatamente desta manifestação de vontade. A unidade do ordenamento partiria desse elemento político.

Kelsen, por sua vez, defende que apenas a norma poderia trazer unidade para o ordenamento jurídico, e a norma que traria esta unidade seria a norma fundamental da qual todas as demais normas extrairiam o seu elemento de validade. O Estado que para Schmitt seria uma ordem política, para Kelsen nada mais é do que uma ordem jurídica e nesse sentido deverá ser destituída de qualquer conteúdo moral, e principalmente político. A constituição como norma deveria legitimar o ordenamento, onde as demais normas extrairiam o seu fundamento de validade.

No entanto, para compreender todo este conceito constitucional deve-se ao menos ter uma mínima noção do pensamento proposta pelos autores de uma forma global, para depois deste panorama geral esmiuçar de forma mais completa a importância da Constituição como documento político/jurídico de vital importância para o Estado e para o ordenamento jurídico como um todo. Neste sentido, para evitar confusões far-se-á uma análise em separado de Kelsen e Schmitt, pois permite analisar os autores de forma individualizada.

2 O CONSTITUCIONALISMO DE HANS KELSEN

“Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, á altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar não suas tendências endereçadas a formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão”.

(Hans Kelsen)

Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista austro-húngaro que exerceu grande influência no pensamento jurídico, principalmente por ser um dos principais defensores do

positivismo jurídico. Formou-se na Universidade de direito de Viena, foi professor universitário em Viena, Colônia e Genebra. Por causa de sua crença, (Kelsen era judeu) foi perseguido pelo regime nazista sendo obrigado a emigrar para os Estados Unidos em 1940, onde teve oportunidade de lecionar nas universidades de Harvard e de Berkeley. Como prova de sua genialidade, escreveu cerca de 400 obras entre livros e artigos, onde se destaca a “Teoria Pura do Direito” (Reine Rechtslehre), livro onde Kelsen expõe mais claramente seu pensamento, sendo inclusive este livro muito debatido pelos intelectuais e juristas do seu tempo até os dias de hoje. Faleceu em solo americano no ano de 1973.

Antes de expor a noção de constitucionalismo no pensamento Kelseniano, é mister que fique clara a concepção de “direito” para o referido autor.

2.1 Teoria do direito “puro”

Na busca de dar ao direito uma roupagem de cientificidade (objetividade e exatidão), Kelsen busca delimitar o objeto de análise de direito usando para isso a norma que regula a conduta humana, dando-lhe uma significação jurídica e afastando desta análise qualquer conteúdo valorativo como moral, justiça, psicologia, ética, sociologia, teoria política, e tudo aquilo que é estranho à ciência jurídica. Kelsen reconhece que essas ciências possuem uma relação com o direito, mas, no entanto, não podem se misturar a ponto de se confundir os seus objetos (KELSEN, 1998, p. 2).

Essa posição visa claramente combater o jusnaturalismo, pois em nome da “justiça” os homens viviam em conflitos terríveis, pois cada um tornava-se “juiz em causa própria” o que é extremamente prejudicial, pois em situações parecidas poderiam ter decisões completamente divergentes. Pautar as ações em valores absolutos não traz a segurança jurídica e gera uma grande contingência, o que facilitou teorias positivistas que se baseiam na previsibilidade que apenas, segundo eles, a norma criada pelo poder competente pode gerar.

2.2 Direito e Moral

Kelsen não demonstrou expressamente ao longo de sua teoria o desejo de legitimar regimes totalitários (que disseminavam o mau pelo mau). O autor visava apenas afastar do âmbito do direito todo jogo de interesses políticos dos detentores do poder. O direito deveria manter sua unidade, dentro do seu próprio sistema normativo, sem atentar necessariamente para a moral que possui sistemas de normas distintas do direito. Para isso, elaborou um

raciocínio que visa justificar a clássica separação entre Direito e Moral e num segundo ponto Direito e Justiça.

Do ponto de vista científico, o autor afirma que não é passível de aceitação um sistema normativo estar baseado em normas morais absolutas (KELSEN, 1998, p. 72), pois em última análise, este sistema só é possível caso se admita uma crença em alguma autoridade divina absoluta, devido à própria concepção humana do que é bom ou mau que varia ao longo do tempo (KELSEN, 1998, p. 73). Devido essa dificuldade de classificar o que é moral, tudo aquilo que foi prescrito pela ordem coercitiva é em certa razão bom e justo e tudo que ela proíbe estabelecendo sanções são, por conseguinte, imorais e injustos.

Como a moral possua em seu corpo um conjunto de normas que estabelecem como Deve-Ser a conduta humana, a forma pelo qual isso se realiza é exatamente igual ao direito, ou seja, o direito é um conjunto de normas dotadas de coerção (KELSEN, 1998, p. 71) que indicam como Deve-Ser a conduta humana, nesse sentido para Kelsen, “*Todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo)*” (KELSEN, 1998, p. 74). O direito e a moral possuem relações não quanto ao conteúdo e sim quanto à forma.

A verdadeira razão para separação entre Direito e Moral e Direito e Justiça, segundo Kelsen, é que os juristas trazem consigo a concepção que existe apenas uma única Moral, e um único ideal de Justiça que nesse sentido é absoluta, pois se acatarmos tal critério seria necessária à aceitação que o direito seria válida apenas caso estivesse de acordo com aquele único ideal de moral (absoluto) (KELSEN, 1998, p. 75). Nesse caso, mantendo o raciocínio elaborado pelo autor, pode-se concluir que a norma extrairia em última hipótese seu instrumento de validade não da norma imediatamente superior ou em último caso da norma fundamental, mas sim da Moral universal válida, o que romperia com o pressuposto básico da teoria, ou seja, da norma fundamental que seria o ápice numa estrutura escalonada.

2.3 Considerações acerca da norma jurídica e proposição jurídica

Outro ponto a ser tratado para melhor elucidação de toda teoria montada por Kelsen é a distinção entre norma e proposição jurídica.

As normas jurídicas são produzidas pelos órgãos que possuem competência (produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de serem observadas pelos destinatários do direito) e que deverão ser aplicadas e observadas por atos de conduta. As normas não são juízos, ou seja, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento daquele que interpreta o direito, são

antes comandos (imperativos) que contém atribuições de poder ou competência e permissões. No entanto, essas normas não possuem como função ensinar.

As preposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica dada ao conhecimento jurídico, sob condições previamente fixadas pelo ordenamento, deverá necessariamente intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.

Para Kelsen, a ciência jurídica representa uma interpretação normativa dos fatos de conduta (conduta humana determinada pelas normas jurídicas). Deve ser diferenciada dos órgãos jurídicos, pois este tem por finalidade produzir o direito (sem “ensinar”) para que possa ser conhecido por aquele que deverá descrever o direito, mas sem, contudo, inovar, sem gerar o direito, se limitará a conhecer o direito, possuirá função descritiva.¹

Apenas através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema isento de contradições, devido ao fato de haver uma pluralidade de norma jurídica posta pelo órgão jurídico. No entanto, a produção da ciência jurídica, visando harmonizar esse conjunto de normas, não se confunde com a produção de direito pela autoridade competente, pois caso se admita o contrário, a ciência jurídica estaria criando o direito, e ela nunca poderá “prescrever” e sim apenas “descrever o direito”. No entanto, é mister destacar que as proposições jurídicas não são meras “repetidoras” das normas jurídicas. A função delas abarca a necessidade de aplicar os princípios lógicos (ex. princípio da não-contradição e regras concludentes de raciocínio) e a relação existente entre as normas.

Insta destacar que, para Kelsen, outra fundamental distinção é que as normas jurídicas podem ser apenas válidas ou inválidas, enquanto as preposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas (verídicas ou inverídicas) (KELSEN, 1998, p. 82).

Ainda acerca deste tema o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 228) aduz com o brilhantismo que lhe é peculiar:

Para Kelsen, quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, o juiz quando determina o sentido de uma lei no processo de aplicação, produz um enunciado normativo. Como qualquer norma, esse enunciado é vinculante. Isso está na base de sua discussão da hermenêutica. Assim, a *contrario sensu*, todo ente que não é órgão, ao interpretar, ainda que diga qual *deva* ser o sentido de uma norma, não produz um enunciado vinculante. Aquele *deve-ser* não

¹ Para uma extensão acerca deste tema sugere-se a leitura de “visita a Kelsen” de H.L.A. Hart publicado originalmente na *UCLA Law Review*, vol.10, p. 709-728, 1963 e republicado em H.L. A. Hart, *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (Oxford : Oxford University Press, 1983). Agradecemos a tradução de Leonel Cesarino Pessoa, generosamente cedida a Lua Nova. O tradutor é doutor em direito pela USP.

tem, pois, caráter de norma. É o caso, por exemplo, de um parecer jurídico ou de uma opinião exarada num livro.

2.4 O Estado como uma ordem jurídica

Uma distinção clássica entre Schmitt e Kelsen é a noção de Estado. Neste momento limitarei-me a tratar deste tema na concepção de Kelsen.

Para Kelsen, não haveria razão para caracterizar como uma entidade política pois, segundo ele, se a análise for completamente destituída de elementos ideológicos, a única conclusão alcançada seria a que o Estado é uma ordem de coação, ou seja, o elemento político que qualificaria o estado como ente político, que seria a possibilidade do uso da força. Na verdade nada mais é do que atos de coação que a ordem jurídica prevê no caso de descumprimento da norma (KELSEN, 1998, p. 316).

Kelsen para sustentar sua tese destaca que os elementos constitutivos do Estados mais aceites na época, que seriam povo, território e poder, só poderiam ser compreendidos por sua definição jurídica, ou seja, esses elementos nada mais são do que elementos jurídicos na medida em que o povo é um conjunto de indivíduos conjuntamente com outros indivíduos submetidos a uma determinada ordem coercitiva de um Estado (KELSEN, 1998, p. 318). Nessa mesma linha de raciocínio, território é aquilo que está subordinado ao domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual. Ressalta ainda que nenhum conhecimento da natureza permitirá conhecer a extensão de um território e seus limites, mas a busca da resposta para essa questão necessariamente terá que perpassar pelo âmbito jurídico (KELSEN, 1998, p. 319).

Até mesmo na questão do poder do Estado, que dada a sua peculiaridade é mais facilmente atribuída a um caráter jurídico, Kelsen prefere na sua análise manter toda sua lógica-normativa e qualificar como “eficácia da ordem jurídica” (KELSEN, 1998, p. 321). Pois o Estado para manifestar e exercer o seu “poder” nada mais faz do que utilizar o aparato jurídico que o possibilita a legitimar o uso das armas, a possibilidade de prender os indivíduos, ou seja, todos instrumentos jurídicos que poderão ser utilizados para o efetivo exercício do poder do Estado. Atente-se que com esta concepção o indivíduo torna-se completamente submisso ao Estado, se nos é lícito afirmar, mas o indivíduo neste contexto deveria muito mais servir o Estado do que o contrário.

Portanto, pode-se concluir que para Kelsen não há justificativa plausível para a distinção entre Estado e Direito na medida que os dois nada mais são do que uma ordem

coercitiva da conduta humana. Por conseguinte, o Estado não poderia ser qualificado como “Estado de direito” na medida em que todo Estado deve ser uma ordem jurídica, sem que para isso seja necessária qualquer tipo de valoração política (KELSEN, 1998, p. 353).

É essencial lembrar que atualmente a doutrina é assente no sentido que não estamos sob a vigência de um “Estado de Direito”, mas principalmente, com a incorporação dos direitos sociais no seio das Constituições, estaríamos sob a vigência de um “Estado democrático de Direito”.

2.5 Norma Fundamental (aspectos gerais)

Depois de analisar alguns conceitos basilares no pensamento Kelseniano pode-se finalmente começar a tratar da constitucionalidade presente na “Teoria Pura do Direito” e o papel da Constituição como a última norma que, na estrutura escalonada, todas as demais normas extraem o fundamento de validade. Antes de adentrar no tema de forma mais profunda, cabe ressaltar que Kelsen em nenhum momento usou na “Teoria Pura do Direito” a palavra “pirâmide”. Tal palavra parece ter surgido quase como “mágica”, sendo usada de forma corrente nos principais debates, artigos acadêmicos. Embora a obra não afirme claramente este vocábulo, é perceptível a finalidade prática desta expressão, pois nos permite compreender com maior exatidão o estudo do direito constitucional, bem como facilita a compreensão do ordenamento jurídico como um todo.

Toda norma acaba por extrair o seu fundamento de validade de uma norma imediatamente superior. No entanto, se essa lógica for levada *ad eternum*, chegará o momento que será necessário remeter a “Deus”, ao “Universo Supremo” ou então ao primeiro constituinte originário. Para evitar esse tipo de problema e para manter a unidade do ordenamento jurídico, Kelsen usa o artifício da norma pressuposta, ou seja, aquela que não foi posta por nenhuma autoridade competente ou órgão jurídico e que oferece o fundamento o fundamento de validade da Constituição. A “norma hipotética fundamental” é esta norma que “pode mais” do que a Constituição. Pois se toda norma inferior deve subordinação à uma norma imediatamente superior, a Constituição deveria ser “menos” do que outra norma e assim sucessivamente, até o infinito. A norma hipotética fundamental é uma ficção que legitima todo o ordenamento jurídico da qual as normas poderão extrair sua validade mas não o conteúdo das normas jurídicas concretas (KELSEN, 1998, p. 418).

2.5.1 Constituição em sentido material x formal

A constituição em sentido formal é um documento designado como “Constituição” que como constituição escrita não só contém normas que regulem a legislação (normas gerais), mas também que trata de outros assuntos politicamente importantes e preceitos que afirmem que as normas contidas neste documento não podem ser revogadas por leis simples (com *quorum* menor), mas somente por forma especial seguindo requisitos mais severos (*quorum* maior). Servem para estabilizar os fundamentos da ordem jurídica, já que possui a possibilidade de assumir qualquer conteúdo (KELSEN, 1998, p. 247-248). Ocorrerá quando a Constituição tratar de assuntos que não são *a priori* constitucionais, mas pela forma que foi elaborada e pela decisão do órgão legislativo tornou-se matéria constitucional.

A constituição em sentido material pode ser entendida como as normas positivas ou norma positiva através das quais é regulada a produção das normas jurídicas. Essa constituição pode ser escrita ou não-escrita (consuetudinária), pode inclusive englobar uma parte escrita e uma não-escrita.

As normas não escritas, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas, e for realizada por um órgão do legislativo, terá caráter vinculante, tornando-se constituição escrita (KELSEN, 1998, p. 247).

Ainda acerca desta distinção, é válida a explicação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior(2008, p. 196):

A Constituição no sentido material é aquele conjunto de normas que são constitucionais por sua matéria, por sua matéria específica. E qual é a matéria específica da Constituição? A matéria específica de uma Constituição é dizer como devem ser feitas todas as leis (as normas gerais). Isto é, Constituição no sentido material é um conjunto de normas que são constitucionais por sua natureza: normas básicas para elaboração de outras normas gerais. No entanto, há Constituição no sentido formal, pois existem normas que já disciplinam certos comportamentos imediatamente. Para essas normas, devemos então dizer que elas são constitucionais, não por sua matéria, mas por sua forma. Isto é, elas são constitucionais não porque sua matéria seja estritamente constitucional, mas porque elas estão submetidas a certas formalidades de alteração e de alteração.

3 O CONTITUCIONALISMO DE CARL SCHMITT

Para falar do constitucionalismo de Carl Schmitt, é necessário voltar-se para a história que demonstra que a origem do Estado se funda na necessidade de criar uma estrutura política, administrativa e burocrática com fim de estabelecer normas de governo que representem um eixo de equilíbrio entre os interesses do Estado e o fortalecimento do corpo da nação de uma forma geral. Sua noção de história não é iluminista, já que com o desenvolvimento da modernidade acompanha-se progressivamente uma redução da compreensão da realidade. Nota-se que ele é um autor decadentista, em que o progresso técnico da humanidade não fornece meios de libertação do mundo, mas meios, do qual o homem perde o controle da condição de sua própria vida². Temos aí uma espécie de “homem perdido”. Nesse viés historiográfico faz-se mister a grande carta da Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, que iniciou o ciclo do constitucionalismo moderno, destacando-se meritosamente pela incorporação dos direitos sociais ao corpo constitucional, influenciando as próximas gerações de constituições.

Como destacado acima, não tem como falar de constitucionalismo sem se falar da Alemanha e seu contexto histórico que é a fundamentação da teoria material da Constituição.³ Infere-se dessa materialidade o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, entre outras, que configuram a maneira de ser de um Estado (BASTOS, 1995, p. 40). Entretanto, a forma de governo necessita de um mínimo de ordenação legitimada pelo seu povo, do seu reconhecimento; caso contrário, estar-se-ia instaurado o Estado de natureza hobbesiano (HOBBES, 1979). Ora, a Constituição expressa uma unidade de ordenamento, tendo como base os valores da sociedade e não apenas regras formais produzidas por normas abstratas. A Constituição é instrumento legitimador do poder e também de limitação deste. A Carta Magna deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos (MORAES, 1999, p. 34).

² O processo de falta de autonomia referido é o do formalismo positivista, na crença da neutralidade técnica que pretende tirar essa liberdade de ação social.

³ A Constituição escrita reflete a ideologia liberal de legalidade. No entanto, não se pode admitir a inexistência do Direito Constitucional, nem muito menos da própria Constituição, pelo fato de não haver norma de caráter constitucional positivada, isto é, com caráter previsível escrito. A Constituição codificada nada mais é do que a materialidade das normas constitucionais, reduzidas a materialidade do papel. A lógica de organização do Estado e seus principais postulados já existem antes mesmo de serem positivados pela escrita.

Com o fim da 1^o guerra mundial, a Alemanha sai derrotada e nesse contexto histórico de profundas transformações sócio-econômicas é que se instaurou a República de Weimar, com um sistema parlamentarista democrático de governo, teve duração de 1918 a 1933, quando Hitler foi nomeado chanceler, embasado pelo art. 48 da Constituição de Weimar, e abriu precedentes para o desenvolvimento do estado de exceção e instauração do seu regime totalitário, baseado no mal pelo mal, o nazismo. O totalitarismo que daí é lançado assemelha-se a um estado de exceção que se confunde muito com um estado de “guerra civil legal”. Sob a pressão do paradigma do estado de exceção⁴, é toda a vida política constitucional das sociedades ocidentais que, progressivamente, começa a assumir a partir desse regime uma nova forma. Com isso, tivemos o advento do Estado Democrático de Direito hodierno, onde a idéia do positivismo formalista não supria mais as promessas do Estado social com a participação popular no processo de decisão política, abandonando as noções de legalidade e de uma justiça formal, para criar a idéia de um Estado submetido ao direito, nascendo assim a concepção do Estado de direito, no qual acarretou mudança no paradigma de Estado e os princípios que tangem a legitimidade e a legalidade.

Carl Schmitt faz parte da 1^a geração da teoria material constitucionalista que parte da realidade e não da norma; considera “ser” diferente do “dever ser”. Essa epistemologia faz com que tenhamos uma teoria da constituição separada da Teoria do Estado.

3.1 O Poder de decisão

Schmitt expõe então uma posição decisionista, segundo a qual o direito, enquanto ordem jurídica, não poderia surgir como uma totalidade fechada de per se. Para o decisionismo, o direito aponta sempre, como condição de possibilidade da sua efetivação como direito, para o âmbito não normativo, para o âmbito fático de uma decisão que, não lhe estando vinculada, pode estabelecer a ordem ou a “situação normal” em que este mesmo direito poderá vigorar. Em suma, o direito serve enquanto o fato for compatível com a norma, isto é, para o caso típico onde ela seja empregada. Já no caso atípico, numa situação excepcional e urgente, a ordem e a condição da ordem (o Estado) tem uma prioridade sobre a ordem jurídica, e a decisão manifesta, dentro do âmbito jurídico, a sua irredutibilidade à norma. É a concretização do que foi exposto anteriormente que Schmitt separa a norma jurídica do caso urgente a ser aplicado, pois, na urgência, o decisionismo político prevalece.

⁴ Idéia exposta por Giorgio Agamben em seus estudos. O Nazismo do III Reich Alemão, em particular, foi interpretado por Agamben como o modelo mais fiel ao paradigma do “estado de exceção como regra”.

“O Estado surge então como algo político, o político, porém, como algo estatal; evidentemente um círculo que não satisfaz” (SCHMITT, 1992, p. 44).

No seu clássico ensaio “O Conceito do Político”, Schmitt deixa claro que as soluções para os casos de tensão surgem depois do fato ocorrido. Sendo assim, não dá para prever antecipadamente a solução: “de modo que, no caso extremo, há possibilidade de conflitos com ele, os quais não podem ser decididos mediante uma normatização geral previamente estipulada” (SCHMITT, 1992, p. 52). Schmitt explicita que a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma e sim que toda norma reside na decisão política do titular do poder constituinte⁵, isto é, do Povo na Democracia e do Monarca na monarquia autêntica. A Constituição tem seu fundamento de validade porque deriva de uma vontade existente, uma vontade política, porque antes dela já existia uma comunidade política, uma Nação, ou seja, um povo unido por laços culturais conscientes da sua unidade política. Essa unidade política é dotada de uma vontade de existir, e de existir de acordo com determinada forma, para determinados fins, e a Constituição vale porque foi ordenada positivamente por essa vontade política preexistente, da unidade política que é a Nação. Com isso, Schmitt analisa de modo lógico a formação da Constituição, cujo pressuposto é a unidade política que expressa sua vontade de existir por intermédio da decisão (SCHMITT, 1992, p. 43-50). A substância desse documento será justamente a forma e os fins que norteiam a vontade da unidade política. No presente artigo, não é minha intenção esgotar o assunto do decisionismo schmittiano, até porque sua idéia não é pragmática, mas de demasiada complexidade. Minha intenção é deixar claro que o agrupamento humano, isto é, o político, é o que determina a unidade normativa através do seu poder de decisão onde se concentra toda a fenomenologia do direito para Schmitt.

3.1.1 A legitimidade da decisão

Se no Reich alemão houver alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública, o presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, intervindo, em caso de necessidade, com o auxílio das forças armadas. Para este propósito, pode suspender temporariamente, total ou parcialmente, os direitos fundamentais estabelecidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 (Artigo 48 da Constituição de Weimar).

⁵ O poder se estrutura nos corpos e instituições de modo a ampliar seu alcance de acordo com o máximo proveito de sua potência em situações estratégicas determinadas e devidamente institucionalizadas.

O enunciado do art. 48 confere ao presidente do Reich legitimidade para, em caso de exceção, adotar medidas para garantia da existência do próprio Estado. A redação do referido artigo, como de todo texto legal, deve ser feita de acordo com seu tempo, seu contexto social. Aviltante era o temor que o legislador tinha da pulverização do Estado alemão, visto que, ao perder a guerra, a Alemanha teve de aceitar uma série de limitações, entre elas a de ordem territorial e de defesa, perdendo muitas terras e não podendo constituir um exército de defesa⁶. Exprimindo sobre a óptica normativa, constatadas as hipóteses do enunciado, nada impedia – ou vedava – que o presidente do Reich fizesse valer tal preceito da norma jurídica. Evidentemente, não nos termos apossados por Hitler, como corrobora Schmitt.

O problema aqui não está no preceito normativo, está em extrair significação do que seja alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública e, se ainda não bastasse, perceber quais são as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem pública. Este é um problema corriqueiro entre os intérpretes do Direito, que se emprega na hermenêutica do direito. Sobre os métodos de interpretação constitucional, temos de convir que a interpretação dada ao referido artigo devido a sua abrangência permitiu uma franja marginal extensiva da norma. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 16). O estado de exceção não é um direito especial, como por exemplo, o direito de guerra, mas sim um conceito limite, por suspender a própria ordem jurídica. Em todo caso é importante frisar que o estado de exceção é uma construção da tradição democrático-revolucionária e não do absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 16).

O estado de exceção pode gerar uma “ditadura constitucional”, pois uma característica fundamental é a abolição provisória da separação entre o poder legislativo, executivo e judiciário. Seu exercício sistemático e regular leva indubitavelmente à liquidação da democracia (AGAMBEN, 2004, p. 16). O próprio Schmitt afirmou que nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado (AGAMBEN, 2004, p. 16).

A forma política do liberalismo se apóia na técnica jurídica e pretende afastar a soberania como decisão. Entretanto, se a técnica não institui um consenso de valor, nem de sua neutralidade e o moderno é assentado em um desmantelamento paradigmático, a soberania baseado no decisionismo, não em uma mediação, onde a decisão é das partes e a

⁶ Brecha social que fragilizou a sociedade alemã, deixando o espaço livre para ideologias como as propugnadas pelo regime totalitário. Imagine uma situação de total falta de regras, contra idéias de uniformismo e superioridade. Assim deu-se o apogeu do nazismo.

autoridade (constituição) não atua, só orienta, é o modo politicamente cabível de arbitrar as situações de exceção.

4 CONCLUSÃO: O CONSTITUCIONALISMO DE HANS Kelsen CONTRAPOSTO AO CONSTITUCIONALISMO DE CARL SCHMITT

A partir do panorama tratado ao longo da exposição do referido artigo, vimos que o processo de secularização é um ponto sensível para Schmitt, pois o século XX é o auge da técnica, e diante da sua aviltante pretensão de neutralidade, esse território é fértil para a implicação do decisionismo e da definição dos papéis diante das situações extremas. Schmitt e Kelsen têm em comum a inspiração no sociólogo Max Weber (1864-1920) e até compartilhem da idéia de que a ciência e a técnica não são capacitadas para definirem valores quando se trata da decisão, ou seja, os valores que guiam as ações humanas. Apesar desse ponto cruzado, ambos os autores divergem sobre vários aspectos.

Segundo Kelsen, o ordenamento jurídico é uma pirâmide, em que o fundamento de validade de determinada norma jurídica se encontra em outra norma jurídica superior a ela, seguindo uma ordem escalonada até chegar à norma hipotética fundamental. De certa forma, as explicações de Kelsen são um tanto quanto obscuras, mas era mesmo necessário fechar o ordenamento, para tal, a ficção criada se propõe a esse fim. Constatamos assim que o caminho positivista nos leva a um momento de irracionalidade, pois a imperatividade das normas repousa não num ato de conhecimento ou em um reconhecimento, mas tão somente em um ato de crença absoluta na norma, dado que sua validade é oriunda de uma autoridade competente e faz parte de um ordenamento completo.

Com a Teoria Pura do Direito, Kelsen adota uma epistemologia “restringida”, atribuindo a Ciência do Direito à norma jurídica. Kelsen, para manter sua fidedignidade ao seu posicionamento normativo puro, não pode admitir como fundamento da Constituição algo de real, isto é, qualquer dado ou elemento do mundo fenomenológico que envolva a sociologia, política ou filosofia, tais como: a vontade da participação popular ou mesmo sua dinâmica, ou as influências do Direito Natural etc. Por outro lado, o ponto de vista de Kelsen, é que o Direito é uma norma pura, “dever ser” puro, obriga a procurar um fundamento também normativo para a Constituição.

Ao elaborar a teoria decisionista, Schmitt opõe-se à teoria kelseniana ao afirmar que é a decisão que faz nascer o ordenamento jurídico. Schmitt afirma que é somente a decisão

que funda tanto norma quanto ordenamento. A decisão soberana é o princípio absoluto. E o princípio, *ethos* da decisão soberana. A decisão nasce de um nada normativo e de uma desordem concreta, atribuída aí à petrificação do direito por acreditar que tudo é abrangido pela norma.

Como já reiterado, Kelsen formula a norma hipotética fundamental para embasar todo sistema normativo, ou seja, o fundamento último das normas jurídicas seria outra norma; esta última de natureza metafísica, espiritual. A norma hipotética fundamental é um pressuposto lógico de imposição das normas constitucionais. Era a tentativa de estabelecer uma Ciência do Direito livre da política e da moral, ao afirmar que a Ciência do Direito limitava-se ao estudo da norma. Kelsen, que formulou uma análise sistemática e piramidal das normas estruturadas sob a lógica deontológica do “dever-ser”, dispara das normas ontológicas do “ser” ou fenomenológicas do atuar da sociedade. Sendo assim a norma fundamental, não tem para Kelsen caráter ético-político, mas cognitivo, ela é condição do conhecimento jurídico. Aí encontramos uma falha fortíssima, pois uma proposição cognitiva pode formular conexões entre as normas do ordenamento, que podem ser obrigatórias ou apenas indicar as normas que são de fato a ser cumprida, mas não pode fundar a obrigatoriedade, pois se é cognitiva resulta de um ato de conhecimento.

Na teoria decisionista, Schmitt vai mais adiante, vai além da normatividade do Direito. Ele tenta estabelecer uma lógica para a situação excepcional, caminho que o Direito – na visão kelseniana – não deveria fazer. Seria a análise de um espaço além ou aquém do Direito, cuja lacuna seria preenchida pela política, inadmissível para Kelsen, até porque para ele o direito completo não possui lacunas. Conclui-se, assim, pela impossibilidade de a norma jurídica ser um pressuposto absoluto, prevendo todas as possíveis reações frente a um evento, pois o evento é futuro, imprevisível.

As críticas de Carl Schmitt são direcionadas à formalização metafísica/jurídica da norma hipotética fundamental da teoria kelseniana. Entretanto, a respeito da construção lógica escalonada das normas jurídicas, Schmitt se abstém a criticar. Críticas à parte entre esse diálogo de grandes e célebres estrelas do direito, suas contribuições foram sem medida, pois na ponderação epistemológica não podemos ser só norma, nem ser só o caráter valorativo da decisão. Temos de buscar no direito e na sua essência o caminho mais correto, sendo destarte ambos os autores nesse caminho a ser percorrido não só pelos operadores do direito, mas para a própria teoria do direito, na busca por legalidade e justiça.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril, 1979. cap. XIV. [Coleção Os Pensadores].

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

HANS KELSEN'S CONSTITUTIONALISM IN OPPOSITION TO CARL SCHMITT'S**ABSTRACT**

The present article aims to compare the concept of constitutionalism brought by Carl Schmitt and Hans Kelsen, taking into consideration that both authors choose different epistemological thoughts to bring up the concept. So, it is important to analyze the general notions brought up by Kelsen's ideas, present in his book "Pure Theory of Law", even reaching the concept of "constitution", and influences suffered by Schmitt and his ideas, which seeks to reach the "concrete" reality, that the norm usually can't reach.

Keywords: Constitutionalism. Decision. Exception state. Pure theory. Rule of law.

A PROBLEMÁTICA DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO: PARADOXO NO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO

*Marta Thais Leite dos Santos**

*Ronaira Costa Ribeiro***

RESUMO

O Estado Liberal de Direito foi uma conquista daqueles que há séculos suportavam as opressões de um governo absolutista. Porém, a liberdade tão almejada de outrora tornou-se a fonte da desigualdade social, através de um legalismo estrito que não permitia a efetivação de um direito legítimo. Explicar o paradoxo no qual mergulhou o Estado Liberal de Direito, por conseguinte o Constitucionalismo Clássico, é a finalidade deste artigo, cuja elaboração textual se deu fundamentalmente com a revisão da literatura a respeito do assunto.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Constitucionalismo Clássico. Estado Liberal de Direito.

“Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites”.

(Konrad Hesse)

1 INTRODUÇÃO

O Estado Liberal de Direito foi uma conquista daqueles que há séculos suportavam as opressões de um governo absolutista. Os ideais democráticos de igualdade e liberdade cunhados pelo Iluminismo inspiraram as revoluções burguesas que levaram a conquista de um Estado inserido numa Constituição, capaz de impor limites ao autoritarismo e garantir os direitos fundamentais.

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Graduanda em Comunicação Social, especialidade Jornalismo, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

No entanto, a Constituição se tornou um instrumento nas mãos da classe economicamente favorecida, a burguesia, para satisfazer seus escopos. A igualdade sucumbiu diante da liberdade, tornando-se a fonte da desigualdade social, onde o então recente documento escrito dotado de força normativa apenas reforçou um legalismo estrito que não permitiu a efetivação de um Direito legítimo.

O êxito da Constituição dependeria da presença de um Estado dotado de mecanismos para atender as necessidades não apenas dos burgueses, mas do proletariado, que formavam a grande a massa da população. Diante disso, funda-se o paradoxo em se estabeleceu o Constitucionalismo Clássico, e conseqüentemente o Estado Liberal de Direito, que veio a determinar a sua falência, visto que este terminou por fundamentar idéias e práticas sociais apenas de uma classe economicamente favorecida. Seu propósito inicial de oferecer de forma igualitária os meios para todos os estratos sociais melhorarem suas condições de vida foi subestimado, predominando assim a isonomia formal em detrimento da isonomia material.

Convém mencionar que a pesquisa foi fundamentalmente bibliográfica, por meio de uma revisão crítica da literatura atual a esse respeito, buscando argumentos que viessem a reforçar determinada posição defendida em todo o artigo.

2 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DA ESTADO LIBERAL DE DIREITO: CONSTITUCIONALISMO REVOLUCIONÁRIO

O Estado Constitucional nasce a partir do Constitucionalismo Revolucionário, ou seja, deve a sua existência aos acontecimentos sócio-políticos que sacudiram a Europa nos séculos XVII e XVIII. Mas que realidade era essa que foi capaz de engendrar uma ideologia com força suficiente para demolir as estruturas jurídico-políticas do Estado Absolutista? Para exemplificar empiricamente o nascimento da ideologia do Constitucionalismo, faremos um breve esboço da situação da França no século XVIII, caracterizando-a como um Estado que vivia as mazelas do Antigo Regime, sistema político, social e econômico cujos poderes estavam todos concentrados nas mãos do soberano, sustentado pela teoria do Direito Divino.

Naquela época, a maioria da população francesa formava o terceiro estado, composto por camponeses, trabalhadores urbanos e burgueses. De acordo com essa estratificação social, figuravam ainda o clero e a nobreza, primeiro e segundo estado, respectivamente. Cabiam àqueles, mediante o pagamento de impostos, sustentar os privilégios destes. Camponeses e

trabalhadores urbanos tinham que se submeter a uma carga de trabalho pesada em troca de ganhos irrisórios.

Já as condições da burguesia eram bastante diferentes. O intenso movimento comercial ocorrido durante séculos anteriores a transformou num grupo social de grande importância econômica. Tal posição não se coadunava com o monopólio comercial exercido por um Estado Absolutista. Os burgueses almejavam uma conjectura política que lhes permitisse empregar o capital nas atividades que lhes parecessem mais favoráveis.

O clima era de insatisfação generalizada. De um lado, camponeses e trabalhadores urbanos queixavam-se da vida miserável; de outro, burgueses reclamavam por maior liberdade econômica e participação política.

Nesse período, surge na Europa um movimento de cunho filosófico cujas idéias iriam inspirar as revoluções liberais do século XVIII. Era o Iluminismo, que, ao enaltecer o homem, ser autônomo e inteligente, apto para comandar a sociedade da qual fazia parte, defendia um governo baseado na vontade popular, na igualdade de direitos, no respeito aos valores humanos. Propugnava ainda a conquista da liberdade em todas as suas vertentes - política, econômica, de expressão, de culto etc. Tais aspirações se mostravam incompatíveis com as estruturas e mecanismos adotados pelo Antigo Regime.

Os ideais propagados pelo Iluminismo seriam a base dos movimentos constitucionais. Pregando a racionalização do poder, a lei apresentava-se como produto da razão humana, instrumento democrático fadado a reger as relações sociais. Adotava-se então um novo critério de justificação do poder, transferido da legitimidade divina do rei para a legitimidade racional do homem.

Estavam, portanto, plantadas as sementes a partir das quais iriam aflorar os movimentos constitucionais, cuja finalidade precípua era aniquilar de uma vez por todas as arbitrariedades de um poder ultrapassado, incompatível com a realidade social do período. Um documento escrito dotado de força normativa aparece como alternativa para a organização política do Estado, capaz de impor limites ao autoritarismo e garantir os direitos fundamentais.

2.1 Ideologia Liberal

O Constitucionalismo ganha vida com a eclosão das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII. Para Canotilho (1993, p. 254), o liberalismo é o constitucionalismo. Dito de outra forma, a ideologia do Constitucionalismo se fundamenta no liberalismo político e no

liberalismo econômico. Enquanto o primeiro reclama a limitação de um poder político arbitrário e a conseqüente emancipação política do indivíduo, o segundo exige a não intervenção do Estado na ordem econômica, consagrando a livre concorrência.

Inspirados pelo individualismo iluminista, os burgueses, líderes das revoluções liberais, defendiam a existência de um Estado “protetor”, isto é, de um governo cuja finalidade precípua seria resguardar os direitos inalienáveis do homem. Adverte Carlos Roberto Siqueira Castro (2006, p. 372) nesse sentido: “Por serem anteriores e superiores à sociedade política, esses direitos devem ser conservados pelo Estado, obrigação que lhe imposta de forma coincidente e identificadora dos próprios fins da sociedade política”.

Ao Estado caberia respeitar o homem, proprietário de direitos sagrados. Tal atitude era mais do que necessária para a efetivação dos direitos políticos e para a sobrevivência de uma ordem econômica independente de qualquer influência estatal. Configura-se então a ambiência tão almejada pela classe burguesa.

O Estado de Direito tem como princípio a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo e a limitação o poder político mediante a técnica de separação dos poderes idealizada por Montesquieu (1996). É o Estado submetido à lei, ou seja, à vontade do povo plasmada na Constituição, formado para consagrar a autonomia individual, o direito à liberdade, à propriedade privada e à segurança jurídica, postulados tão necessários para o desenvolvimento da burguesia.

A concepção liberal de Estado nasce da realidade de uma classe que pleiteava a liberdade política como instrumento para conquistar a liberdade econômica. O fim do Estado Absolutista representava a autonomia política do homem, que propiciava conseqüentemente o direito de conduzir seus próprios interesses econômicos. A Constituição aparece como a “garantidora das liberdades”, o instrumento jurídico-político capaz de conformar o cenário liberal burguês.

2.2 A finalidade do Estado constitucional

O Estado Constitucional aparece num momento histórico marcado pelas incertezas de um governo opressor. Os cidadãos tinham os seus direitos naturais desrespeitados por um poder ligado à manutenção de privilégios. Impelido pelos ideais de liberdade e igualdade dos iluministas e aliados ao desejo arrebatador de liberdade da burguesia, o povo deflagra o que ficaria conhecido como Constitucionalismo Revolucionário.

O Constitucionalismo não se restringiu à França, fez-se presente em todas as sociedades que viviam as opressões do Antigo Regime. Apesar de ter assumido contornos diferentes de acordo com cada cultura, sua finalidade era a mesma: conquistar um Estado inserido numa estrutura normativa. Agassiz de Almeida Filho (2008, p. 3) acentua: “O constitucionalismo reúne em torno de si uma grande multiplicidade de valores, sentimentos, e idéias que existem acerca da Constituição”.

Nesse sentido, a Constituição surge como um fenômeno capaz de conformar esse novo quadro social. Apresenta-se como a estrutura normativa que expressa o modo de ser do Estado e da sociedade. Inaugura o chamado Estado de Direito, estabelecendo os seus princípios básicos e o seu modo de atuação. Passa a ser a protagonista deste, na medida em que se configura como o documento jurídico limitador do poder político e garantidor dos direitos fundamentais.

A sociedade européia assiste a despedida do Estado Absolutista e a chegada do Estado Constitucional. A democracia dá os primeiros passos num continente assolado por tantos séculos de despotismo. Os novos horizontes agora apontam para um Estado arquitetado segundo uma Constituição, ou seja, um Estado estruturado politicamente para atender as necessidades da sociedade liberal.

Logo, o Constitucionalismo Revolucionário alcança seu fim. A consecução da Constituição representa o êxito de um movimento que impeliu os súditos do Estado Absolutista a lutarem pela sua emancipação. A consagração do Estado Constitucional representava a vitória do ideal democrático, ou seja, um espaço de convivência onde todos os membros da sociedade seriam livres para exercer seus direitos.

A Constituição, como produto da razão humana, consagra o princípio da soberania popular. A sociedade civil representada pelo parlamento assume o centro das decisões políticas. Consolida-se o Estado de Direito, que prestigiando o princípio da separação dos poderes, limita o poder político e garante os direitos fundamentais dos indivíduos.

Apesar da participação popular nos movimentos constitucionais, desde o princípio foi fundamentado na ideologia liberal, nos anseios de liberdade política e econômica da burguesia. O Estado Constitucional, concebido pelo Constitucionalismo Revolucionário para criar um âmbito de convivência social sem distinções converte-se no Estado Liberal de Direito.

3 O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL: ESTADO BURGUEÊS

O Estado Constitucional deixa de ser um desejo, principalmente da burguesia, para ser uma realidade. A Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789 aparece como a expressão dessa vitória ao assegurar no seu artigo 2º que: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são: a liberdade, a igualdade, a propriedade e à resistência a opressão” (PILETTTI, C.; PILETTI, N., 2002, p. 87).

Era o fim de um Estado intervencionista, que sufocava tais direitos; e o início de um Estado abstinente, uma vez que se ausentaria para exercício pleno desses direitos. Nesse sentido, a Constituição figura como a responsável pela estruturação do Estado Liberal: ao consagrar o princípio de separação dos poderes e enaltecer os direitos inalienáveis do homem, estabelece seu alicerce.

Agora todas as ações do governo eram regidas por leis emanadas do parlamento, órgão que representava a vontade popular. Na medida em que os indivíduos tinham os seus direitos fundamentais reconhecidos e que o papel do Estado era tão somente protegê-los, foi assegurado um espaço de convivência individual, onde os homens eram livres para fazer suas escolhas e as externarem sem medo de censura.

O tão reclamado liberalismo político e econômico ganhou vida. A teoria da autonomia moral do indivíduo concebida pelo Iluminismo encontrou espaço num Estado cuja atuação estava reduzida a zelar pela segurança e as liberdades fundamentais. Consolida-se o Estado de Direito, antes uma idealização, agora uma realização da vontade humana.

Entretanto, o Estado garantidor da liberdade, da igualdade, da propriedade e da segurança mediante um documento dotado de força normativa, mostrou-se limitado para concretizar os ideais que inspiraram a sua consecução. Apenas a burguesia auferiu proveito ao interpretar a Constituição de acordo com suas vontades, situação somente possível devido ao formalismo jurídico desenvolvido no século XIX.

3.1 Positivismo jurídico: o aspecto formal das constituições liberais

Reflexo do Positivismo Científico do século XIX, o Positivismo Jurídico influenciou fortemente a Constituição do Estado liberal, incorporado aos interesses da burguesia para “legitimar” a atuação de um governo baseado em leis vazias de conteúdo. A Constituição encerrou a sua função ao passo em que dividiu os poderes do Estado e garantiu

abstrativamente os direitos invioláveis do homem, reduzindo-se a um documento que, devido a sua origem jurídica, tornava-se normativamente suficiente para conformar o cenário sociopolítico.

O Positivismo Jurídico chega as suas últimas conseqüências com o jurista austríaco Hans Kelsen. Ao desenvolver a sua Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2000), isolou o Direito de toda influência externa, defendendo que a ciência jurídica, para ser compreendida como tal, teria que ser analisada de forma exclusiva, sem o auxílio das demais. Com isso, sugere que para uma norma jurídica ser válida basta estar de acordo com os procedimentos formais de criação previstos por determinado ordenamento jurídico.

Nesse sentido, as normas encontravam-se numa relação de hierarquia, isto é, a norma inferior extraía sua validade da norma superior, chegando até a última, chamada de norma fundamental (*Grundnorm*). Esta foi idealizada para validar a produção normativa de um Estado apartado de qualquer preocupação social, moral, política e justa. Chama atenção Pedro de Vega García (2006, p. 494) quando diz que “O princípio político da soberania popular se transformava no princípio da supremacia constitucional”.

No Estado de Direito do século XIX, as leis deveriam ser elaboradas de acordo com as exigências formais da Constituição (princípio da supremacia constitucional) e não mais segundo a vontade popular (princípio da soberania popular). Tal formalismo extremo levou à separação entre Estado e sociedade.

Dessa forma, afirma Paulo Bonavides (2008, p. 94-95): “Estabelecido então o divórcio entre sociedade e estado, a Constituição exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com o indivíduo”. Eram as Constituições clássicas, eminentemente formais, ou ainda segundo o eminente professor, a Constituição do Estado Liberal, *folha de papel*.

3.2 Ditadura Liberal

As constituições liberais foram primordialmente jurídicas, documentos lavrados pela classe detentora do domínio econômico e agora também político. O Constitucionalismo Revolucionário foi fundamentado no liberalismo, este compreendido em dois aspectos: o liberalismo que pregava a liberdade individual face ao Estado, ou seja, a ausência do Estado resultaria na criação de uma esfera privada; e o liberalismo pautado na liberdade de participação política, que culminaria na democracia.

Esse contexto liberal cultivado pela burguesia a possibilitou tomar posse do então Estado Constitucional, para convertê-lo no “Estado Liberal Burguês”. Tal apropriação se deu graças ao sistema censitário adotado, onde o direito ao voto foi restrito à classe econômica dominante. Por conseguinte, o parlamento, teoricamente representante do povo, passou a ser formado pela elite, que elaborava leis visando somente seus interesses.

As leis produzidas eram destinadas a reger todos os extratos sociais. Nasciam legítimas, com base no primado da legalidade, emanando teoricamente da vontade popular, mesmo fadadas a estabelecer o sucesso econômico de uma classe. Em concordância com a Constituição, eram idôneas para serem impostas pelo Estado a sociedade, na qual todos eram iguais perante a lei.

De acordo com Michel Foucault (1999, p. 230), neste momento a constituição já não é mais uma estrutura jurídica, um conjunto de leis, mas uma relação de força. A burguesia se apropria das instituições do Estado de Direito e implanta assim sua “ditadura”. Sob a aparência formal do Estado, existem outras forças que, justamente, não eram as forças do Estado, mas as forças de um grupo que tinha sua história particular, sua relação com o passado, suas vitórias, suas relações de dominação (FOUCAULT, 1999, p. 268).

O Estado do Constitucionalismo Clássico esbarra nos seus limites jurídicos para atender aos interesses de uma classe. As discriminações, os privilégios e as desigualdades, tão combatidos outrora, intensificam-se agora legalmente. Tal “ditadura” instituída pela burguesia aniquilou não só o Estado como a sua finalidade precípua de garantir o bem comum da coletividade.

4 PONTOS CONTROVERTIDOS NO ESTADO DE DIREITO

Diante do exposto, evidencia-se que a Constituição do Estado Liberal tinha por objetivo principal a limitação do poder político com fins garantísticos. Influenciada pelo Positivismo Jurídico vigente, adotou essencialmente a forma escrita anunciada solenemente, que estruturava o poder no Estado e garantia principalmente a liberdade individual.

Contudo, determinada Constituição não era protegida por quaisquer mecanismos de controle de constitucionalidade, e tornou-se um fim em si mesma (ALMEIDA FILHO, 2006, p. 15). Dirigia um Estado de Direito repleto de formalidades, ignorando a realidade concreta do seu tempo. Portanto, pode-se dizer que não possuía força normativa, visto que não pode ser

entendida somente como norma jurídica pura sem correlação com a realidade social e política que propõe regular.

Nesse sentido, afirma Konrad Hesse (1991, p. 18) que a Constituição não pode emprestar 'forma e modificação' à realidade; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas por ela, carece do germen de sua força vital e não logra concretizar-se. Não pode a Constituição se desvincular totalmente da realidade histórico-concreta do seu tempo; ao deixar de gerar efeitos na realidade social, caracteriza-se então sua falta de efetividade.

Essa interação entre norma e realidade foi deixada de lado pelos idealizadores do Estado de Direito. Dá-se o nome de ilusão constitucional ao erro político, que consiste em ter como existente uma ordem normal jurídica, regulamentada legalmente, numa palavra constitucional, mesmo quando essa ordem na verdade não existe, tal como aconteceu neste período (FERREIRA, 1998, p. 10-11).

A Constituição do Estado Liberal não conformava a realidade daquela sociedade. Suas normas foram válidas apenas formalmente, materialmente não produziram efeitos. Normatividade e realidade social foram definitivamente separadas indicando assim sua ausência de efetividade.

4.1 O problema da Legitimidade no Estado Liberal

Na Constituição Liberal, o Estado é legitimado pela lei e pela representação popular. Porém, tal característica não passa de mera formalidade. Como afirma Reinhold Zippelius (1997, p. 384), “o poder que era suficientemente forte para proteger o cidadão e garantir o direito, também era suficientemente forte para oprimir o cidadão e dispor arbitrariamente do direito”.

A legitimação de um Estado pode ser normativa quando há dignidade de aceitação do poder do Estado ou social, quando há sua aceitação de fato. Distingue-se legitimidade de legalidade, esta tratando-se de determinado atributo do Estado alcançado e regulado juridicamente.

O aparato jurídico formal do liberalismo foi legitimado pelos interesses econômicos da burguesia. Assim, segundo Habermas (2002, p. 34-36), o Estado Constitucional burguês encontra sua justificação nas relações legítimas de produção. É através das forças de persuasão das ideologias burguesas que o Estado torna-se o arranjo complementar para o comércio de mercado auto-regulativo. O poder legítimo serve acima de tudo para manter as condições gerais de produção, que torna possível o processo regulador de mercado da realização do capital. A participação governamental é extremamente restrita, assegurada por meios políticos à classe dominante em seu próprio benefício. Configura-se assim a “crise de legitimação” presente no Estado Liberal.

No Estado de Direito apenas foram considerados os elementos de legalidade formal. Critérios materiais de legitimidade, como a exigência de proteger a dignidade humana e criação das condições econômicas e culturais para efetivação da igualdade entre os indivíduos, foram ignorados. Interessando apenas favorecer economicamente a classe detentora do poder, configura-se um Estado legal, mas na realidade ilegítimo.

4.2 Realidade do Estado Liberal como sistema de garantias

A Constituição liberal também tem como pressuposto garantir os direitos fundamentais. Dentre estes, um dos mais relevantes é a chamada liberdade negativa, entendida por Bobbio (2000, p. 20) como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja.

Por conseguinte, o Estado de Direito como sistema de garantias somente dá suporte aos chamados direitos de primeira geração, defensores da liberdade individual. Expressam as lutas da burguesia contra o despotismo dos antigos Estados absolutistas, na medida em que se voltava para a constituição do livre mercado, criando as condições necessárias à consolidação do modo de produção capitalista. São direitos de liberdade a livre iniciativa econômica, a livre manifestação da vontade, o livre cambismo, a liberdade de pensamento e opinião, a liberdade de ir e vir, a liberdade política, a mão de obra livre.

Contudo, tais garantias não passaram de normas presentes nos sistemas jurídicos a práticas políticas abrangentes para a população em geral. As necessidades populares aumentavam cada vez mais com o nascimento e crescimento dos trabalhadores urbanos, dos camponeses, dos pobres que exigiam dos poderes públicos não só o reconhecimento da

liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também oportunidades para lograrem por melhores condições de vida (BOBBIO, 1992, p. 5).

Com o aumento das desigualdades econômicas e sociais surgem as idéias socialistas, comunistas e anarquistas, que ao darem vida aos movimentos sociais, reforçam a luta pelos novos direitos originados das novas exigências sociais. Dá-se assim o nascimento do Estado Social, que exigirá uma legislação não apenas formal, mas material. Segundo Habermas (1997, p. 127), despontam os direitos sociais ou de segunda geração, ocorrendo uma materialização do direito.

5 CONCLUSÕES

Conclui-se que o fenômeno constitucional do Estado Liberal não se mostrou suficiente para satisfazer os valores da sociedade daquele período. Ao consagrar o exercício das liberdades e igualdades formais, como também da propriedade privada, deixou o cidadão ao ensejo de sua própria sorte, beneficiando apenas a classe político-econômica dominante.

A consequência disso foi o paradoxo no qual mergulhou o Estado Liberal de Direito. A liberdade tão almejada de outrora tornou-se a fonte da desigualdade social. De tão excessiva, aniquilou o Estado e permitiu aos burgueses o apoderamento da realidade social para concretizarem os seus escopos, através de um legalismo estrito que não permitia a efetivação de um Direito legítimo.

Mesmo alcançando o ideal de liberdade em relação ao Estado, segundo um documento escrito dotado de força normativa que limitava o poder político e garantia os direitos fundamentais, o cidadão não conseguiu melhorar sua condição humana, pois determinado documento reduziu-se ao campo meramente formal.

A falta de concretização dos ideais democráticos levou à falência do Estado Liberal, já que este terminou por fundamentar idéias e práticas sociais do período conhecido na história como o de maior exploração do homem pelo homem. Com o aumento das exigências sociais e políticas, precisava-se satisfazer um mínimo de direitos, não apenas formais, mas materiais, que só seriam efetivados na presença de um Estado cuja Constituição plasmasse normas com políticas públicas voltadas para atender as necessidades gerais da sociedade. Assim, constitui-se a crise da sociedade liberal, que possibilitou o surgimento do Constitucionalismo Social, através do Estado Social de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Estado Constitucional: Ruptura ou continuidade dos paradigmas liberais? In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco M. Bilac (Coords.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOBBIO, Norberto. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. rev., atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco M. Bilac (Coords.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FOUCAULT, Michel. Trad. de Maria Ermantina Galvão. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialização e Direito Constitucional: A Crise do Princípio Democrático no Constitucionalismo Atual. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco M. Bilac (Coords.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Trad. de Vamireh Chacon. **A crise da legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

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

KELSEN, Hans. Trad. de João Baptista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PILETTI, Claudino; PILETTI, Nelson. **História e Vida**. 21. ed. São Paulo: Ática, 2002. v. 4.

ZIPPELIUS, Reinhold. Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

THE PROBLEM OF LIBERAL RULE OF LAW: PARADOX IN CLASSIC CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

The Liberal Rule of Law was an achievement of those who for centuries endured the oppression of an absolutist government. However, the longed-for freedom of yore became the source of social inequality, through a narrow legalism that prevented the realization of a legitimate right. Explain the paradox in which plunged the Liberal Rule of Law, consequently the Classic Constitutionalism, is the purpose of this article. The creation of texts took place mainly with the review of the literature on the subject.

Keywords: Constitutional Law. Classic Constitutionalism. Liberal Rule of Law.

A LEGITIMIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A REALIDADE BRASILEIRA

*Renata Bezerra de Oliveira**

*Guilherme Arruda Pereira Silva***

RESUMO

Tendo como base a filosofia política e filosofia do Direito, o presente trabalho visa abordar a relação entre Direito e Poder, focalizando a legitimidade do poder político. A convivência humana está ligada às relações de poder e sua legitimação. Hodiernamente, o Brasil configura-se como um Estado Democrático de Direito. A legitimidade de tal estrutura fundamenta-se essencialmente no respeito e garantia dos Direitos Fundamentais e na Soberania Popular. Cabe aqui questionar se na realidade brasileira, em que os cidadãos muitas vezes são privados desses direitos e garantias, encontra-se em conformidade com a ordem política estabelecida, de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Poder Político. Legitimidade. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Para a compreensão da problemática apresentada, primeiramente, procurar-se-á mostrar a como o tema é tratado pela filosofias política e do Direito, tendo em vista que a questão da legitimidade figura no campo de estudo de ambas as ciências, ainda que apresentem abordagens distintas como será visto em seguida .

A sociedade, nas suas mais diversas formas de organização, demonstra a necessidade do estabelecimento de uma ordem política, inclusive, anteriormente a uma ordem jurídica. O surgimento do Direito se faz necessário em sociedades, nas quais exista a necessidade de uma

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduado em Comércio Exterior pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN). Monitor da disciplina de Direitos Humanos Fundamentais pela UFRN.

ordem que regule e legitime o poder político. Em contrapartida, tal poder político seria responsável por controlar a produção e aplicação das normas jurídicas, estabelecendo-se, portanto, uma relação de interdependência entre ambos os sistemas organizacionais.

Estudiosos do tema defendem que a relação entre Direito e Poder consiste na necessidade de o Direito sancionar certas condutas, a fim de se garantir a manutenção da solidariedade social¹, ou seja, em determinado nível de desenvolvimento da sociedade a intervenção de um poder coercitivo é imprescindível para a manutenção da Ordem Social. Em contraposição a essa idéia, de cunho nitidamente sociológico, existe a tese técnico-formal, que defende a legitimidade do poder através da positividade jurídica, ou seja, da legalidade. Tese esta defendida, com destaque, por Hans Kelsen em sua obra intitulada Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2006). Há ainda pensadores que acreditam que qualquer forma de poder é, na verdade, uma forma de violação da liberdade individual e da consciência religiosa, são os anarquistas, que tem como maior expoente o filósofo russo Mikhail Bakunin. Somente com a destruição das instituições o homem gozaria plenamente de seus direitos e de sua liberdade. Porém, predomina a corrente dos pensadores que defendem a necessidade de existência de um poder soberano que atue na manutenção da ordem, na resolução de conflitos.

Apesar da relativa variedade de teorias envolvendo a relação entre poder e governo, o que basicamente difere de um pensador para outro são as idéias quanto à forma de legitimação desse poder. “Sem embargo, em todos os regimes e sistemas políticos, atuais ou passados, encontram-se idéias e regras jurídicas a defini-los, a legitimá-los (ou a procurar legitimá-los), a conformá-los, a orientá-los” (MIRANDA, 2001, p. 13). Nas palavras do constitucionalista Jorge Miranda (2001, p. 11):

Uns acentuam elementos espirituais as condições de legitimidade dos governantes; outros concentram-se em elementos materiais a subordinação dos mais fracos aos mais fortes ou o domínio exercido por uma classe social e baseado na diferenciação econômica. Uns recorrem a explicações contratualistas, outros a explicações institucionalistas, outros ainda, por exemplo, a explicações funcionalistas.

Diante do que foi inicialmente exposto, será dada continuidade à discussão do tema proposto, desenvolvendo-se, ao longo do presente trabalho, a análise do modelo político sob o qual o Estado brasileiro se encontra estabelecido, e assim analisando seus critérios de

¹ Entenda-se, nesse contexto, a idéia de “Solidariedade Social” proposta por Max Webber. De uma forma simplificada, consiste nas diferentes maneiras como os indivíduos se relacionam em sociedade de forma fraternal (CASTRO, 2003, p. 46).

legitimação e, finalmente, a coerência em relação à realidade e o que se encontra disposto em sua Constituição Federal.

2 PODER POLÍTICO E LEGITIMIDADE: ABORDAGEM HISTÓRICA E FILOSÓFICA

A partir do esboço, apresentado no tópico anterior, de que a questão da legitimidade figura entre os temas centrais da filosofia política – Ciência que, dentre outros temas, estuda as relações entre Direito e Poder – se faz necessário, para que se cumpra o objetivo de presente artigo, focar a discussão do tema na própria questão da legitimidade.

Etimologicamente, o termo “legítimo” provém do latim, da palavra *legitimus*, que expressa conformidade com a lei (FARIA, 1978). Porém observa-se que, hodiernamente, tal conceito tem se tornado bastante amplo e complexo, além de sofrer variações em decorrência de diferentes experiências ou momentos históricos como as ditaduras militares na América latina e governos totalitários europeus.

É possível visualizar a ordem jurídica como um mero instrumento a favor do soberano, como também é possível considerar ordem política e jurídica como interdependentes. Ao tratarmos da hipótese da subordinação da ordem jurídica à política, o Direito, neste caso, serve apenas como instrumento teórico utilizado para justificar o monopólio da violência por parte do detentor do poder político. Diversas experiências históricas demonstram ser possível tal hipótese, como a utilização do Direito Natural pela nobreza liberal durante o Novo Regime, ou até mesmo o uso do Direito Romano a favor dos interesses da Igreja na Idade Média (MEDEIROS, 2005, p. 87-88).

Por outro lado, levando em consideração a interdependência entre tais ordens, o Direito deixa de ser um mero aparato teórico a serviço da política, passando a justificá-la através do consenso. Nesse caso o que existe é uma legitimação de direito.

Não devemos confundir os conceitos de legalidade e legitimidade, alguns positivistas mais radicais como Hans Kelsen, acreditavam ser a legalidade o único pré-requisito para se considerar determinada ordem política legítima (KELSEN, 2006). Na verdade, a questão se mostra mais complexa, diante do atual contexto. A legitimidade implica, além da legalidade e da sistematicidade, no consenso popular e na convicção acerca da validade do conteúdo legal. Não basta apenas a criação de normas, o seu conteúdo tal conteúdo deve estar em conformidade com determinada realidade histórico-social.

A mesma elucidação deve ser feita em relação aos conceitos de Soberania Popular e Soberania Nacional. Aquela refere-se à participação popular no exercício do poder político. Já esta última trata do poder inerente ao Estado enquanto instituição, sendo essencial à sua própria existência. A Soberania Nacional é una, indivisível, é a *suprema potestas* dos romanos (SILVA, 2002).

Hannah Arendt é quem inaugura a idéia do “consenso” como forma de garantir a legitimidade do poder. Na sua concepção poder e violência são conceitos opostos uma vez que nunca estarão no mesmo patamar de força, quando um está mais presente o outro está ausente (BITTAR, 2005, p. 379).

Já na proposta Rousseauiana o povo é soberano, o que existe na verdade é um representante do povo no poder; o que difere da concepção de Hobbes, em que o povo concede a soberania ao representante. Em ambos os casos, a legitimação do poder se origina na soberania popular, a diferença é que, no primeiro caso, o povo ainda é o detentor de tal soberania, enquanto que, na idéia hobbesiana, a soberania é cedida ao representante do povo.

O contraponto marxista é que esse “povo” detentor do poder não seria o povo na sua totalidade, e sim a representação de algumas forças políticas dominantes.

Como dito na introdução, quando tratamos de legitimidade, dentro do atual contexto do Estado, nos referimos a um combinado de diversas idéias, tanto a da legitimidade consensual, como da legitimidade através do monopólio da violência, a soberania popular, e o respeito aos Direitos Fundamentais. Além, é claro, da própria legalidade. Cabe, portanto, fazer uma ponte entre o rigor analítico dos normativistas e a preocupação com a eficácia dos realistas para o esclarecimento do tema da legitimidade, e do que esta representa dentro do atual contexto do Estado e sua relação com os indivíduos (FARIA, 1978, p. 12).

Em suma, independentemente do conceito aceito, a legitimação indica o grau de solidez e aceitação de um sistema político e determina o grau de estabilidade de seu ordenamento jurídico (FARIA, 1978, p. 13).

A questão da legitimidade da ordem política brasileira deve ser analisada à luz dos conceitos derivados da Constituição Federal de 1988, atualmente em vigor, que caracteriza o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

3 O SURGIMENTO DO ESTADO DE DIREITO

Ao longo da história, pode-se observar que há uma tendência à institucionalização do poder (BOBBIO, 1980). Qualquer forma de organização social implica na existência de um poder, a própria co-existência entre os homens carece de um estabelecimento de regras. O poder é, portanto, a força que faz as regras e exige que sejam respeitadas (SUNDFELD, 2006, p. 20).

Desde os grupos pré-históricos, passando por civilizações que habitaram o mundo desde antes de Cristo, a humanidade passou por diversas experiências até chegar à atual forma de manifestação do poder político: O Estado Democrático de Direito. Anteriormente ao surgimento dessa estrutura (o Estado), inexistia uma forma institucionalizada de poder político². Tal aparato só surge com o advento do absolutismo, ou seja, com a formação do Estado através da centralização do Poder. O Estado absolutista poderia ser caracterizado com um Estado-Polícia, em que inexistiam direitos individuais contra o Estado (SUNDFELD, 2006, p. 34), ou seja, inexistiam os Direitos Fundamentais, direitos que protegessem o indivíduo das ações tempestivas do Estado e de seu soberano.

O Absolutismo europeu pode ser dividido em dois momentos, o primeiro vigorou até aproximadamente o século XVI, e durante esse período a autoridade do soberano era justificada por motivos religiosos. Já em um período posterior, o que observamos é um poder justificado por motivos racionalistas, resultando da influência iluminista.

Somente na Idade Contemporânea é que surge a idéia do poder político submisso à ordem jurídica, sendo os sujeitos incumbidos de exercer o poder político proibidos de apenas impor normas aos outros, passando a dever obediência à ordem jurídica (SUNDFELD, 2006, p. 35). Sobre a justificativa filosófica do surgimento do Estado de Direito, tem-se que as correntes filosóficas do Contratualismo, Individualismo e Iluminismo e importantes movimentos econômicos, sociais e políticos conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito (MIRANDA, 2001, p. 83).

Dessa forma, é notável a diferença estabelecida entre o antigo Estado-Polícia, em que o poder era exercido sem limitações, uma vez que não existiam direitos individuais que protegiam os indivíduos das ações do Estado, e o Estado de Direito, em que o indivíduo passa a ter o status de sujeito de direitos frente ao Estado.

² “Encontram-se sociedades historicamente antecedentes da formação do Estado, ainda que não inelutavelmente conducentes à passagem a Estado: são, entre outras, a família patriarcal, o clã e a tribo, a *gens* romana, a fratria grega, a gentilidade ibérica, o senhorio feudal.” (MIRANDA, 2001, p. 45)

4 EVOLUÇÃO ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O advento do Estado de Direito implica em diferenciações não apenas na ordem jurídica mas, sobretudo, na ordem social, especialmente no que diz respeito às liberdades jurídicas e contratuais do indivíduo. Além disso, surge a necessidade da divisão dos poderes em esferas praticamente independentes (executivo, legislativo e judiciário), de forma que o equilíbrio seja mantido e, portanto, os detentores do poder não cometam arbitrariedades. Nesse mesmo intuito é criada uma lei superior, a Constituição, à qual todos os indivíduos e o próprio Estado devem se submeter. Além de, quando do seu surgimento, o fundamento teórico do Estado de Direito era o liberalismo, que pregava a existência de um Estado Mínimo, ou seja, uma instituição enxuta e que interferisse minimamente nas relações interindividuais.

Vale ressaltar que um Estado de Direito, apesar de preencher todas as características supracitadas, não é necessariamente democrático. Sendo então, um Estado Democrático, aquele em que o povo participa efetivamente do exercício do poder político (SUNDFELD, 2006).

A ruptura com o modelo do liberalismo clássico, O Estado de Direito, só ocorre com a implantação do *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar social. Este é criado como uma forma de compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista (STRECK, 2004, p. 61). Ou seja, surge como um Estado Providência, com o intuito de suprir alguns anseios da sociedade frente ao avanço “esmagador” do capitalismo.

Os regimes democráticos foram sendo paulatinamente implantados no contexto do Estado de Direito, passando a configurar uma nova dimensão do Estado, o Estado Democrático de Direito. Tal estrutura não deve ser encarada apenas como uma fusão do *Welfare State* com o Estado de Direito, apresenta sim uma mudança bem mais profunda, de cunho teleológico, em que a ação do Estado passa a visar uma mudança efetiva no *status quo*. O termo “democrático” diz respeito não apenas à participação popular na escolha do representante, mas também na adoção de mecanismos de controle desse poder. Dentre esses mecanismos pode ser citada a periodicidade dos mandatos, os instrumentos de destituição do poder, como o Impeachment, além dos próprios institutos jurídicos que visam garantir a observância e garantia dos direitos fundamentais, como o mandado de injunção e o mandado de injunção e o habeas corpus.

Em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos) (SUNDFELD, 2006, p. 54).

Alguns fatores históricos, como a crise de 1929 e sucessores distúrbios, levaram o Estado a abandonar de vez a antiga feição liberalista de não-interventor na ordem social para assumir uma posição de agente efetivo. Mas tal processo já vinha em curso desde as lutas dos movimentos operários do século XX. É possível afirmar, então, que os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a providência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, entre outros, que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo para o Estado Intervencionista (BATISTA, 2007, p. 99). O Estado assume, portanto, uma nova feição, um papel ativo, comprometido não apenas com a regulamentação econômica e com o desenvolvimento, mas também com a justiça social. Passando a ser obrigado não apenas a respeitar os direitos subjetivos, mas também a realizar prestações positivas para conceder esses direitos.

É, portanto, formada a idéia de Cidadania. O indivíduo passa a ser agente ativo e passivo de direitos. A cidadania depende, portanto, não apenas das prestações positivas do Estado, mas também da participação efetiva do indivíduo no exercício do poder político.

Em relação a essa nova feição do Estado este se torna um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico (SUNDFELD, 2006, p. 55).

Portanto, é comum que muitos doutrinadores também utilizem a nomenclatura “Estado Social e Democrático de Direito”. O termo “social” implica não apenas no Estado atuando como agente econômico e realizando prestações positivas em prol dos direitos fundamentais, mas também na consideração dos direitos sociais, como a saúde, educação, previdência e moradia como direitos fundamentais.

Sobre a inclusão do caráter “social” ao Estado Democrático de Direito, Jorge Miranda (2001, p. 96) escreve o seguinte:

Do que se trata é de articular *direitos, liberdades e garantias* (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com *direitos sociais* (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente,

econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa).

Vale destacar que o surgimento dessa nova nomenclatura não substitui as anteriores (O Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito), mas as incorpora acrescentando novos valores de caráter social, como desenvolvimento e a justiça social.

5 A LEGITIMIDADE DA ATUAL ESTRUTURA POLÍTICA BRASILEIRA: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É notável a existência de divergências doutrinárias em relação à configuração do Estado brasileiro. Alguns defendem tratar este de um Estado Democrático de Direito, outros acrescentam-lhe o termo “Social”. Porém, independente da nomenclatura adotada, o constitucionalismo característico de tal estrutura, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, constitui a ação do Estado (STRECK, 2004, p. 4). Dessa forma, o texto constitucional deixa de apresentar apenas direitos, passando também a promover garantias. Estas devem ser efetivadas pelo Estado brasileiro, que adquire um caráter de provedor, devendo, portanto, realizar as prestações positivas necessárias para que os cidadãos atinjam uma igualdade fática ou material.

A Constituição de 1988 é tida como um marco na evolução constitucional brasileira. O texto constitucional de 1988 segue e incorpora também a tradição de Weimar em dar preeminência ao social (BONAVIDES, 2007, p. 370). Já em seu artigo 1º, o texto constitucional configura o Brasil como um Estado Democrático de Direito, que apresenta, dentre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Porém, o próprio contexto em que essa Constituição entrou em vigor já apontava para a ineficácia de seus dispositivos “sociais”. O Brasil havia, pouco antes, passado por um regime ditatorial, que durou desde o golpe militar de 1964 até 1985, o que ocasionou um retrocesso nos avanços trazidos no âmbito social, no respeito aos Direitos Fundamentais. Desde a Constituição de 1934, que já sofria influência da tradição de Weimar, o Estado brasileiro vinha tendo sucessivos avanços nessa área, até a instauração do Regime Militar.

A derrocada do regime e a adoção da nova Constituição não foram suficientes para efetivar as garantias nela previstas, principalmente devido à falta de uma pré-compreensão

adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2006, p. 18).

Além disso, a concepção dominante ainda era a liberal-individualista-normativa, principalmente devido a não formação dos juristas em conformidade com os novos fundamentos do Estado brasileiro. Nesse sentido, podemos ressaltar, ainda, que estando em vigor a nova Constituição, os cursos jurídicos no País sequer modificaram seus currículos visando à construção de um imaginário voltado à construção do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2006, p. 28), ou seja, a promulgação de uma Constituição de cunho nitidamente democrático e social não bastou para efetivar as garantias nela elencadas e, portanto, legitimar a ordem política do Estado brasileiro.

Nas palavras de Habermas (2003, p. 70): “A teoria política deu uma resposta dupla à questão da legitimidade através da soberania do povo e dos Direitos Humanos”. Portanto, o respeito aos Direitos Humanos figura entre os fatores de legitimação do poder, e sua prevalência também está prevista constitucionalmente como relata a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada CIDH ou Comissão (1997, p. de internet):

Em seu Título I, "Dos direitos fundamentais", a Constituição vigente faz constar a "dignidade da pessoa humana" e a "prevalência dos direitos humanos" entre os princípios essenciais em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, na qualidade de Estado democrático de direito.

Dessa forma, estes direitos naturais, inalienáveis e sagrados oferecem à instituição política em geral, e não a qualquer outra forma particular de governo, sua mais forte e por que não dizer, sua única forma de legitimação (KERVÉGAN, 2003, p. 117).

A crítica que se faz à realidade brasileira é que mesmo com todo o aparato teórico e normativo, sem haver eficácia, na prática a ordem política não se legitima. Na medida em que o Estado deveria realizar prestações positivas no sentido de promover os Direitos Sociais, nem mesmo os mais fundamentais direitos, como o direito à vida, são respeitados.

Essa “desfuncionalidade” deve-se, sobretudo, à lógica neoliberal e ao enfraquecimento dos Estados, que “passam a ser vistos como agências políticas em um sistema complexo dos níveis mundiais aos locais, mantendo sua centralidade tão-somente em face de sua relação com o território e a população (STRECK, 2006, p. 66).

A expansão desigual do capitalismo acabou gerando uma crise financeira no Brasil, que, por sua vez, acarretou em um déficit público, uma insuficiência financeira que acaba

dando respaldo a “teoria da reserva do possível”, em que o Estado se escusa de promover as garantias elencadas na Constituição, sob a justificativa de não haver recursos suficientes.

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, os objetivos da República Federativa do Brasil - “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” - estão ainda longe de serem efetivados.

O relatório da Comissão aponta críticas sobre o desrespeito aos Direitos Fundamentais, mas também mostra a negligência do Estado em relação a sua responsabilidade de realizar prestações positivas a fim de garantir a justiça social e concretizar os objetivos da Nação (CIDH, 1997, p. de internet):

Quão ampla é a pobreza no Brasil varia segundo as estimativas, mas todas salientam não só sua magnitude absoluta como também a desigualdade extrema da distribuição da renda, esta última considerada uma das mais desiguais do mundo. Do total da população do Brasil, os 20% de renda mais alta receberam trinta e duas vezes mais do que os 20% de renda mais baixa, entre 1981 e 1993. (...) A desigualdade de renda acentua-se pela similar desigualdade de acesso a serviços públicos básicos: 20,3% da população não têm acesso a água potável, nem 26,6% a serviços sanitários (saneamento, esgoto, etc.).

Tendo em vista tais observações, é notável o fato de a realidade brasileira não estar em total conformidade com os princípios do Estado Democrático de Direito. Uma vez que ainda não apresenta por parte do estado uma mudança na abordagem dada aos Direitos Fundamentais, ainda prevalecem os discursos meramente retóricos acerca de tais direitos surgidos ainda no contexto de ruptura com o regime ditatorial militar, negando-se a primazia ou a superioridades jurídicas do texto Constitucional, dando aos Direitos Fundamentais mero caráter político (MARTINS; DIMOULIS, 2008, p. 19), o que fere diretamente os princípios do Estado Democrático de Direito.

Tal estrutura, no contexto de desigualdades e desrespeito aos Direitos Fundamentais em que se encontra o povo brasileiro, para ser legitimada teria ainda de percorrer uma longa trajetória. Algumas medidas que poderiam ser tomadas nessa busca pela legitimação da ordem política brasileira figurariam no âmbito da Educação Jurídica Popular, das Políticas Públicas e de algumas reformas institucionais, como uma reforma curricular dos cursos de Direito e, principalmente, a reintegração da atividade econômica à vida social. De qualquer maneira, devemos ter em mente que estamos num ponto de não-retorno ao Estado Mínimo (STRECK,

2006, p. 68), se faz necessária uma maior observância dos Direitos Fundamentais constitucionalmente garantidos por parte dos três poderes, mas, sobretudo, por parte da corte suprema brasileira, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do judiciário que ainda mostra tratar os Direitos Fundamentais como meros elementos retóricos não dando a efetiva importância que estes possuem para a efetivação e legitimação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Carlos Alberto Batista. **Crescimento da criminalidade e a atuação estatal**. Curitiba: Juruá, 2007

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. Trad. de Sérgio Bath. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil**. 1997. Disponível em:

<<http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Indice.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2007.

FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**: Uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Perspectiva, 1978. [Coleção Política].

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luz. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KERVÉGAN, Jean-François. Democracia e Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe (Org.); MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. [2ª tiragem].

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A Política, o Direito e sua interdependência: o esforço pela busca de suas autonomias. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Norte**, Natal, a. 5, n. 6, jan./jun. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Coimbra, 2001. t. I.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELF, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

THE LEGITIMACY OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND THE BRAZILIAN REALITY

ABSTRACT

Having as basis political philosophy and philosophy of law, the present article aims at to approach the existing relation between Right and Power, focusing the question of the legitimacy of the politic power. During its historical evolution civilization has always needed a political organization. Nowadays the legitimacy of this structure is essentially based on the respect and guarantee of the Basic Rights and

on the Popular Sovereignty therefore is made a criticize on Brazil's reality, in which the citizens do not have their Basic Rights and guarantees respected disrespecting the principles of the Democratic Ste of Law.

Keywords: Politic Power. Legitimacy. Basic Rights.

A NORMA JURÍDICA E O PIÃO NORMATIVO

Thiago Neviani da Cunha*

RESUMO

O presente artigo versa sobre a disposição da norma jurídica dentro de um sistema normativo e a possibilidade de sua representação em forma de um pião. O desenvolvimento desse trabalho inicia-se com a importância, a conceituação, as características, a classificação e a fundamentação da norma jurídica. Posteriormente reserva-se espaço para o entendimento da norma dentro do ordenamento jurídico. Para uma última análise, serão explicitadas e discutidas as idéias de Hans Kelsen e sua *pirâmide normativa*. Analisando-se todo esse conjunto, buscar-se-á uma forma para a norma dentro do ordenamento jurídico, desenvolvendo-se a idéia do *pião normativo*.

Palavras-chave: Norma jurídica. Pião normativo. Pirâmide normativa. Hans Kelsen.

“A imaginação é mais importante que o conhecimento. O conhecimento é limitado. A imaginação envolve o mundo”.

(Albert Einstein)

1 INTRODUÇÃO

A presente reflexão teve origem da análise da *pirâmide normativa* de Hans Kelsen que, embora seja de fundamental importância para se entender a estrutura hierárquica normativa, pode ser considerada incompleta para justificar algo tão complexo – como é a norma jurídica.

Além de Kelsen, muitos jusfilósofos procuraram, ou ainda procuram, o melhor objeto ou o que melhor represente as normas jurídicas e seus aspectos. Essa tarefa não é fácil,

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

tendo em vista que as normas jurídicas possuem, até mesmo, diferentes definições, dependendo do doutrinador ou escola a que este pertença.

Para se conseguir algo que represente a norma jurídica, antes de tudo, é preciso entendê-la, conceituá-la, apresentar algumas características e aspectos que consigam explicitá-la.

A partir desses apontamentos, surge o *pião normativo*, o qual corresponde a uma *forma hipotética representativa* do sistema normativo.

2 A NORMA JURÍDICA

O convívio social exige, em suas mais variadas condutas, ser disciplinado pelo Direito. Esta ligação entre as pessoas é regulada, ainda que indiretamente, pelo Direito. Nasce, então, do Direito, para regular as condutas sociais, a norma jurídica, ou seja, esta é parte daquele. Nas palavras de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 11): “A expressão formal do Direito como disciplina de condutas é a norma jurídica. Prevê ela os modos de conduta interessantes ao convívio social”. A sistematização dessas normas denomina-se *ordenamento jurídico*.

2.1 Importância

Estudar a norma jurídica é de extrema importância, pois esta se refere à própria substância do Direito objetivo. As normas jurídicas dispõem sobre fatos e consagra valores, é, ainda, o ápice do processo que elabora o Direito e tem como principal função a sistematização e descrição do ordenamento jurídico. Como seria o Direito sem as normas jurídicas? Seria possível uma sociedade moderna como a nossa sem essas? Teoricamente, em um plano transcendental – como o proposto por Platão –, ou na cidade de Deus – de Santo Agostinho –, na qual os homens viviam em perfeita santidade¹.

No contexto da sociedade contemporânea, não obstante a dificuldade de uma conceituação sobre norma jurídica, é de suma importância a existência desta dentro do Direito

¹ O entendimento desta cidade pode ser melhor observado nas palavras de Alexandre Travessoni Gomes (2004, p. 71): “Essa cidade divina na verdade, o Estado ideal de Platão, cristianizado, nela ocorrendo a realização da justiça perfeita. Santo Agostinho recebe o dualismo platônico, propondo transformar o Estado numa comunidade de paz e justiça entre os homens”.

regulando, de forma dinâmica, as relações humanas. Segundo Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 28), “a vocação especial da norma jurídica é realizar Direito”.

Destarte, pode-se afirmar que a norma é um elemento constitutivo do Direito, como que a célula do organismo jurídico, é natural que nela se encontrem “a sua natureza objetiva ou heterônoma e a exigibilidade ou obrigatoriedade daquilo que ela enuncia” (REALE, 2001, p. 86).

2.2 Conceito

Conceituar a norma jurídica é mais difícil do que aparenta ser. O problema está, justamente, em não se tratar de algo exato e de forma definida. Destarte, analisar apenas um conceito seria equiparado a tentar fotografar as seis faces de um dado com apenas uma fotografia – é notório, conforme dito anteriormente, que a norma jurídica não tem uma forma definida como um dado, tampouco possui meramente seis lados. Diante do exposto, faz-se mister citar diversos conceitos e visões. Desse modo, maior será a compreensão e a dimensão abrangida por todos esses conceitos, que serão aqui explicitados, sobre a norma jurídica.

Uma dessas visões, nas palavras do jusfilósofo brasileiro Miguel Reale (2001, p. 86), “a Ciência do Direito tem por objeto a experiência social na medida em que esta é disciplinada por certos esquemas ou modelos de organização e de conduta que denominamos *normas ou regras jurídicas*”.

Completa, ainda, o autor: “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de *ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*” (REALE, 2001, p. 88).

Outro conceito importante, que muito bem retrata o objeto em estudo, é o de Paulo Nader (2003, p. 81) que, de forma sucinta, assim o define: “norma jurídica é a conduta exigida ou o modelo imposto de organização social”.

Esse autor, ainda, faz as seguintes distinções:

As expressões norma e regra jurídicas são sinônimas, apesar de alguns autores reservarem a denominação regra para o setor da técnica e, outros, para o mundo natural. Distinção há entre norma jurídica e lei. Esta é apenas uma das formas de expressão das normas, que se manifestam também pelo Direito costumeiro e, em alguns países, pela jurisprudência (NADER, 2003, p. 81).

Nas palavras do autor italiano Norberto Bobbio (2001, p. 72): “Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição. Um Código, uma Constituição, são um conjunto de proposições”.

Ainda nessa linha, porém de forma mais completa e complexa, Tércio Ferraz Sampaio Junior trata a norma jurídica também como uma proposição, incluindo ainda outros conceitos e elementos. Para o jusfilósofo:

Como se vê, seja como norma-proposição, seja como norma-prescrição, seja como norma-comunicação, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. Mesmo sem desconhecer que o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para decidibilidade de seus conflitos, também é um cientista social, há de se reconhecer que a norma é o seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio das quais os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. Com isso é também possível encarar as instituições sociais, como a família, a empresa, a administração pública, como conjuntos de comportamentos disciplinados e delimitados normativamente (SAMPAIO JUNIOR, 2007, p. 101).

Diante dos conceitos aqui apresentados, podemos concluir que ambos os termos, regra jurídica ou norma jurídica, possuem o mesmo significado, ou seja, não há distinção quanto ao uso destes termos, porém ambos diferenciam-se das leis. Outro aspecto importante é que a norma jurídica não deve ser necessariamente escrita. Por fim, nota-se que as normas jurídicas são utilizadas com o intuito de regular as condutas sociais designando um modelo a ser seguido.

2.3 Características

Para podermos determinar as características das normas jurídicas, devemos observar estas de forma geral, pois se esta análise fosse exercida de forma muito criteriosa, concluiríamos que parte das normas jurídicas possui poucas características em comum. Isso porque existem regras jurídicas com natureza deveras peculiar que obedece a critérios de difícil identificação lógica.

Grande parte dos doutrinadores apresenta as seguintes características para as normas jurídicas: bilateralidade, generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade².

A bilateralidade indica a vinculação de duas ou mais pessoas, em que uma parte possui o direito subjetivo e a outra o dever perante a esta norma jurídica.

Nas palavras de Paulo Nader (2003, p. 85), “o princípio da generalidade revela que a norma jurídica é preceito de ordem geral, que obriga a todos que se acham em igual situação jurídica”. O autor ainda completa que “da generalidade da norma jurídica deduzimos o *princípio da isonomia da lei*, segundo o qual *todos são iguais perante a lei*” (NADER, 2003, p. 85).

Por não poder prever todos os casos, o legislador elabora a norma jurídica para que esta abranja a maior quantidade de casos possíveis. Este é o motivo para a regra jurídica ser abstrata, ou seja, as relações sociais são demasiadamente complexas para uma completa previsão do legislador.

A imperatividade da norma significa que ela não aconselha um indivíduo e, sim, impõe a sua vontade. É através desta imperatividade, que a regra jurídica tenta garantir aos cidadãos a segurança e a justiça, visando promover a ordem social.

Na definição de Paulo Nader (2003, p. 86), “coercibilidade quer dizer possibilidade do uso da coação”. Nesse sentido, nota-se a imposição da norma através do uso da própria coação. A coercibilidade pode ser entendida como um instrumento da imperatividade para que se cumpra determinada regra jurídica.

2.4 Validade, Vigência, Eficácia, Efetividade e Legitimidade da Norma Jurídica

Estes cinco atributos da norma jurídica, não obstante serem motivos de controvérsias entre os doutrinadores, grande parte da doutrina os aceita e, uma análise sem esses atributos comprometeria todo o estudo da norma, tornando-o incompleto.

A validade de uma norma verifica-se quando esta foi regularmente produzida obedecendo ao emprego de certos critérios técnico-formais (validade formal) e a verificação de determinados valores (validade material).

Para que essa regra jurídica tenha vigência é necessário que, além da sua validade no decurso do tempo, satisfaça a determinados procedimentos para que possa começar a produzir seus efeitos.

² Segundo citado por Paulo Nader (2003, p. 84), as características são de grande parte da doutrina. Porém há doutrinadores que preferem a utilização de outras.

Efetividade significa dizer que a norma jurídica produz efeitos, ou seja, é observada por seus legisladores e destinatários. Destarte, elas devem ser observadas para que atinjam a sua finalidade social. Determinadas regras jurídicas não conseguem alcançar sua máxima efetividade, ou seja, não são observadas como deveriam ser; outras perdem essa efetividade com o decurso do tempo.

Conforme visto anteriormente, as normas jurídicas devem ser cumpridas para que atinjam a sua finalidade social. Ao alcance dessa finalidade social atribuímos *eficácia*. Isso significa dizer que a norma produziu os efeitos desejados. Para que haja, então, *eficácia* deve haver, anteriormente, *efetividade*.

É legítima a norma que emana de um poder legítimo, e porque assim o é reconhecido por quem se submete. Surge, então, a pergunta: qual seria esse poder legítimo? A *legitimidade* é um ponto interessante a ser discutido, principalmente no âmbito filosófico-político, pois é um tema que prepondera idéias político-ideológicas. Parte da doutrina afirma que para uma norma jurídica ser legítima, dever-se-á analisar a fonte de onde ela emana. Essa fonte deve ser originária, ainda que indiretamente, do povo, ou seja, para ser legítima a norma tem de ser elaborada por representantes escolhidos pelo povo.

3 HANS KELSEN E O NORMATIVISMO JURÍDICO

Hans Kelsen (1881-1973) nasceu em Praga (Império Austro-húngaro) e faleceu em Berkeley (Estados Unidos). Apesar de ter sido considerado nazista juntamente com sua doutrina, foi perseguido por esse regime alemão e acabou expatriado para os Estados Unidos.

Não obstante muitos pensarem que Kelsen resume-se à *Teoria Pura do Direito*, este importante jusfilósofo possui uma vastíssima obra que adentra nos campos do direito internacional e constitucional, da teoria do estado e da epistemologia jurídica, além de outras áreas jurídicas e filosóficas. A esse respeito, cita Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 9):

[...] não é um autor de leitura fácil. É detalhista, minucioso, repetitivo, extraordinariamente lógico. Acompanhá-lo pelos diversos rincões da teoria do direito pressupõe o gosto pelas elucubrações em nível elevado de abstração e alguma paciência. A genialidade de seu pensamento, no entanto, justifica e gratifica o esforço de estudá-lo detida e atenciosamente.

Assim, ao se propor que esse artigo se refira a Kelsen, estar-se-á discutindo apenas algumas idéias do autor.

3.1 A ordem jurídica

Para se entender o ordenamento jurídico segundo Kelsen, analisar-se-á a visão deste pensador de forma a enfatizar a Constituição e como as normas jurídicas se inter-relacionam.

Segundo Kelsen (1998, p. 246), uma norma só é válida se outra norma superior determinar a forma como a inferior será produzida. A ordem jurídica representa uma forma escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. Neste escalonamento, a Constituição que pode ser consuetudinária ou escrita representa o escalão do direito positivo mais elevado, é a norma positiva através das quais as normas gerais são reguladas. A Constituição em sentido formal é um documento que não só contém as normas que regulam a produção de normas gerais, mas também normas que se referem a outros assuntos políticos importantes. A lei constitucional só pode ser alterada por um processo bem mais severo que as leis simples, isso serve para a estabilização das normas. Também serão regulados pelas leis constitucionais, os órgãos que terão competência para a produção e alteração das normas jurídicas gerais. É necessário que ela institua o costume como fato gerador do Direito, quando o Direito consuetudinário for aplicado pelos tribunais. As Constituições excluem ou regulam o conteúdo da produção de determinadas leis.

As normas jurídicas estariam, assim, organizadas hierárquica e logicamente, que pode ser traduzida sob a forma de uma *pirâmide normativa*. A Constituição estaria, segundo a *estrutura escalonada da ordem jurídica*, no topo da pirâmide, ou seja, todas as leis estariam fundadas na Constituição.³ Surge, então, o maior problema dessa teoria para que se mantenha a pureza destas normas: no que estaria fundada a Constituição?

3.2 O fundamento da norma jurídica

Pode-se notar nas idéias kelsenianas, que toda norma precisa ser fundada em outra, tem-se, então, uma espécie de regressão ao infinito. Surgiu, destarte, este grande problema dentro do ordenamento jurídico proposto por Kelsen. Não existiu uma primeira norma

³ Para Hans Kelsen (1998, p.247), a Constituição representaria o escalão do Direito positivo mais elevado.

jurídica, então? Qual o fundamento dessa primeira norma jurídica? Quem criou essa primeira norma jurídica?

Para resolver o problema do fundamento último de validade da norma jurídica, Kelsen cria a *norma hipotética fundamental*. Sobre esta solução kelseniana, elucida-nos Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 12):

A ciência do direito, para descrever o seu objeto, deve indagar sobre o fundamento da validade das normas integrantes da ordem jurídica em estudo. Ao indagar, contudo, sobre a validade da Constituição – a norma jurídica de que decorre a validade das demais -, ela deve forçosamente *pressupor* a existência de uma norma fundamental, que imponha a observância da mesma na Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas. Ainda que inconscientemente, todo o cientista formula pressuposição ao se debruçar sobre o seu objeto de conhecimento. A norma fundamental, portanto, não é positiva, mas hipotética e prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica.

Com a *norma hipotética fundamental*, Kelsen fundamenta a elaboração da ordem jurídica, limitando a autonomia do legislador na confecção da primeira constituição histórica. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 77):

Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas – como o revela uma análise dos nossos juízos jurídicos – uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o ato em questão seja de entender como ato constituinte, como ato criador da Constituição, e os atos postos com fundamento nesta Constituição como atos jurídicos. Constatar essa pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica.

Nota-se, destarte, que a norma hipotética fundamental é condição de validade para todas as normas dispostas dentro do ordenamento jurídico. Ela existiria, antes mesmo, da Constituição, sendo esta fundamentada naquela.

4 O PIÃO NORMATIVO

A natureza do ser humano instiga-o a buscar representações práticas ou empíricas, das suas teorias mais complexas ou das coisas mais abstratas. No Direito não funciona

diferente. A aplicação prática da teoria é sempre objeto de estudos, buscando-se a eliminação das falhas ou lacunas. Com a norma jurídica acontece o mesmo – é a procura da forma que melhor represente as regras jurídicas dentro de um sistema normativo.

Nesta busca humana por algo que melhor simbolize a disposição das normas dentro do ordenamento jurídico, serão apresentadas neste trabalho algumas reflexões sobre o *pião normativo*, o qual possui as características de um pião real, porém, por representar algo tão complexo quanto a norma jurídica, será apenas uma *representação hipotética de um pião*. Portanto, alguns aspectos físicos de um pião comum não deverão ser relevados de forma a dificultar o entendimento das reflexões que aqui serão expostas.

4.1 O fundamento da norma jurídica e o pião normativo

Analisar uma norma jurídica de forma isolada é algo que não se deve fazer, pois existe toda uma sistematização a ser observada ao se realizar esta análise. Destarte as normas jurídicas não se encontram dispersas. Nem podem ser utilizadas aleatoriamente. O ordenamento jurídico é justamente essa sistematização.

As normas jurídicas devem possuir um fundamento para que tenha validade – conforme visto em Kelsen –, ou seja, para que seja válida uma norma deve ser elaborada de modo a ser fundamentada por outra hierarquicamente superior. Muitos doutrinadores criticam a hierarquia das normas e a posição da *pirâmide normativa* tradicional, a qual se apresenta com a Constituição no ápice e demais leis na base piramidal. A crítica que se faz quanto à utilização de uma pirâmide, encontra-se em a Constituição não estar fundamentando as demais leis do ordenamento. Para isso ocorrer, as leis constitucionais deveriam encontrar-se na base ou seria necessário que a *pirâmide normativa* estivesse cabeça para baixo. A base deve estar sustentando e, não, sendo sustentada.

No pião normativo, a Constituição encontra-se na base ou ponta do pião. Ela sustenta ou fundamenta todas as demais normas jurídicas. Estas seriam organizadas de forma crescente, de tal forma que, acima estariam as hierarquicamente menos elevadas até chegar à base do pião, onde estariam as *fundamentantes*.

É válido notar a rigidez encontrada na ponta de um pião real. Quanto maior o contato com o chão, maior é a rigidez. Esta ponta é comparada à Carta Magna que é rígida no sentido de estabilidade das normas. Determinados valores consagrados pela Constituição fundamentam e norteiam toda e qualquer norma disposta dentro da ordem jurídica. Destarte, a

Carta Maior de um Estado protege com maior intensidade determinadas matérias e, para evitar os ataques manipuladores a essas, surgiram as chamadas cláusulas pétreas.

O pião normativo descreve seu movimento no chão. Este representa o que Ferdinand Lassalle (2004, p. 42) denominou por *fatores reais de poder* dominantes de um país.⁴ Sempre que existir um atrito (conflito) entre a Constituição e o chão, aquela deverá manter-se forte, como sustentáculo de todo o ordenamento jurídico. A rigidez encontrada na ponta do pião normativo é necessária para que não haja um esfacelamento desta região, esta que serve de base para toda a estrutura restante. A representação do atrito entre chão e a ponta do pião pode ser visualizada, ainda, dentro da proposta de Konrad Hesse (1991, p. 9) que contrapondo-se e, ainda, completando essa idéia de Lassalle, fala sobre a *força normativa* da Constituição. Segundo aquele autor:

Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, e que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade (HESSE, 1991, p. 24).

Nota-se, então, a importância de uma Constituição forte dentro do pião normativo, assim como ocorre com a ponta de um pião real, pois ocorrido um esfacelamento, o pião desgasta sua ponta. Analogamente a esse fato, quando a Constituição perde sua força normativa deixando de consagrar valores originariamente fundamentantes, toda ordem jurídica corre o risco de desmoronar. Destarte, uma Carta Magna com normas instáveis e altamente suscetíveis de alterações é como um pião de ponta fraca.

⁴ Ferdinand Lassalle (2004, p. 42) propõe que os fatores reais de poder que regem cada sociedade são a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições políticas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser mais e do que tal como são.

4.2 O movimento da norma jurídica e do pião normativo

As normas jurídicas movimentam-se. Esse movimento pode ser entendido no sentido de terem efetividade, ou seja, são normas que estão sendo observadas e utilizadas por seus destinatários. O giro do pião normativo simboliza este movimento.

Entre o pião e o ar existe outro atrito que pode visualizado durante o movimento daquele. O ar representa os valores consagrado pela sociedade. Não obstante esse atrito ocorrer em menor intensidade, o pião normativo gira adequando seu movimento a esses valores de forma a minimizar esse atrito.

É interessante notar que se não houver atrito algum (do chão ou do ar) o pião normativo tem um movimento constante e harmonioso. Isso ocorre quando temos a Constituição fundamentando todo o ordenamento jurídico de tal maneira que, não entre em atrito com os valores e as forças sociais que legitimaram o constituinte à confecção daquela; também ocorre quando o giro do pião adéqua-se às forças resistentes encontradas no ar. Contudo, se os dois tipos de atritos forem tamanhos que nem mesmo a força normativa da Constituição ou ordenamento jurídico puderem resistir, o pião normativo desmorona, esfacelando-se ou ficando em pedaços.

As normas jurídicas acompanham esse giro. Não acompanhando, essa regra jurídica deixou de ser utilizada, entrando em desuso. Com o tempo essa lei sairá do ordenamento jurídico, conseqüentemente do pião, por não mais acompanhar o seu movimento. A norma perdeu, aqui, a sua eficácia, a sua efetividade e, posteriormente, a sua vigência, deixando de produzir efeitos.

O giro do pião em torno do próprio eixo retornando quase sempre ao mesmo lugar tem um significado. Por mais que se movimente, assim como as normas jurídicas, o pião normativo busca sempre chegar ao mesmo lugar, ordenar o convívio social de forma a fazer-se justiça, ainda que esta seja um ideal parcialmente a ser alcançado.

5 CONCLUSÃO

As normas jurídicas devem ser visualizadas como um conjunto sistematizado em constante movimento e, nunca de forma isolada e inerte. Neste sentido, a Constituição funciona como norte e fundamento das demais normas, postando-se como sustentáculo de todo o ordenamento jurídico.

As normas jurídicas possuem, assim, certa hierarquia e fundamento que as tornam válidas. A própria Constituição não deve ser vislumbrada como o fim absoluto do ordenamento jurídico, pois mesmo ela tem base material em determinados valores fundamentais e, em sua própria hermenêutica, ocorrem mutações.

Com base nessas idéias, é que se desenvolve o modelo de ordenamento jurídico como sendo um pião normativo – e não como pirâmide normativa (Kelsen) –, posto que o ordenamento jurídico assimila melhor uma idéia dinâmica – movimento do pião – que uma idéia estática – inércia da pirâmide. Seria, então, uma espécie de pirâmide normativa, de cabeça para baixo, girando.

A Constituição, portanto, está na base do modelo do pião normativo por sustentar o ordenamento jurídico, visto ser forte e densa como a ponta do pião que suporta o atrito com o chão. Com isto, a Constituição torna-se capaz de suportar o atrito exercido pelos fatores reais de poder (Lassale), o que representa a idéia de força normativa da Constituição (Hesse). Por fim, a idéia de movimento. Representa esta a dinâmica do ordenamento jurídico, que não está parado ou estático, e sim em constante mutação.

Destarte, percebe-se que o modelo de representação do ordenamento jurídico através de uma pirâmide normativa não é capaz de proporcionar uma inter-relação entre as idéias de hierarquia de normas e dinâmica do ordenamento, o que é melhor desenvolvido no modelo do pião normativo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. [2ª Reimpressão].

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1991.

KELSEN, Hans. Trad. de João Baptista Machado. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. **O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THE RULE OF LAW AND THE NORMATIVE WHIPPING-TOP

ABSTRACT

The present paper talks about the rule of law within a legal system and the possibility of its representation in the form of a whipping-top. The development of this article starts with the importance, conceptualization, characteristics, classification and the fundamentals of the rule of law. It's also going to talk about the interpretation of the rule of law within legal system. As final analysis, Hans Kelsen's ideas and his Grundnorm will be explained and discussed. Analyzing everything we've mentioned, we'll seek a design for the rule of law within the legal system, developing the idea of the legal whipping-top. **Keywords:** Rule of law. Legal whipping-top. Grundnorm. Hans Kelsen.

O PENSAMENTO BECCARIANO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS NA OBRA “DOS DELITOS E DAS PENAS”

Vanessa Raíres Ribeiro de Medeiros*

RESUMO

Os ensinamentos deixados pelo Marquês de Beccaria costumam ser bastante ressaltados quando se aborda o direito penal material. Entretanto, pouco se fala de sua contribuição para o processo penal, deveras significativa, pois seu pensamento provocou verdadeira revolução na maneira de encará-lo, que de um mero ritual de aplicação das penas passa a ser concebido como instrumento de contenção do poder de punir do Estado, devendo a aplicação da pena pautar-se por diversos princípios de natureza processual, por ele idealizados e ainda hoje incorporados no ordenamento jurídico de diversos países.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Processo penal. Direito de punir do Estado. Direitos da pessoa humana.

“Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

(Marquês de Beccaria)

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa trazer à baila a contribuição deixada por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, no campo do Direito processual penal, uma vez que a ênfase maior de seu trabalho é dada no campo do direito penal material.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Em sua obra “Dos delitos e das penas”, o Marquês de Beccaria tratou de temas sobremaneira processuais penais, analisando desde os fundamentos do direito de punir do Estado até a natureza cautelar das prisões processuais, tema que necessariamente é tópico nos cânones de processo penal. Também tratou de princípios cuja observância era necessária para que o processo funcionasse como uma ferramenta para conter os arbítrios cometidos pelo Estado na aplicação da pena aos infratores da lei, lançando os pilares do direito criminal contemporâneo, brevemente analisados nas linhas que seguem.

2 APONTAMENTOS INICIAIS

Imbuído pelos ideais iluministas em ebulição na época, o Marquês de Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, de conteúdo, vale dizer, mais filosófico do que propriamente jurídico, traça os contornos de uma “concepção jurídica da justiça criminal” (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 45), questionando os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas e, assim, propondo reformas radicais nas leis e na forma como se realizava a persecução penal.

À época, tendo o Absolutismo como pano de fundo do cenário político, a persecução criminal era deduzida sem a observância de quaisquer regramentos legais, ficando o acusado sujeito ao arbítrio da autoridade judicial e às práticas desumanas e degradantes, repudiadas pelos sistemas criminais hodiernos, como a tortura, a pena de morte, a ausência de defesa no processo.

Embora comumente se ressalte a importância de Beccaria para o Direito Penal material, notadamente por tratar de princípios basilares, muito a frente de seu tempo e ainda hoje de plena aplicação, como o da reserva legal, da proporcionalidade entre a pena e o delito e individualização da pena, é também de grande relevo sua contribuição para o processo penal, ao promover uma verdadeira revolução no desumano panorama então vigente, elidindo a imagem do processo penal como um mero ritual de aplicação das cruéis penas e concebendo-o como um instrumento indispensável de limitação ao direito de punir do Estado e, dessa forma, resguardando os direitos essenciais da pessoa humana.

Assim, Beccaria anteviu o arcabouço do que viria a integrar a essência do direito Criminal moderno, meditando acerca de princípios atualmente plasmados no ordenamento jurídico de diversos países, inclusive em nossa atual Constituição Federal, como o princípio da presunção de inocência, do direito ao silêncio, da publicidade dos atos processuais e até

mesmo o princípio da celeridade processual, somente nessa década incorporado ao texto constitucional.

3 DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR

Beccaria analisa a origem do direito de punir à luz do contratualismo de Rousseau, segundo o qual cada indivíduo concorda em ceder, por meio de um pacto social, parcela de sua liberdade em prol da segurança da vida em coletividade, vivendo sob o império da lei, expressão da vontade geral, sendo o Estado o depositário das quotas de liberdade cedidas, pertencendo-lhe, assim, o poder-dever de punir os infratores da ordem jurídica estabelecida.

Segundo o pensamento beccariano, o *jus puniendi* encontra seu substrato na própria natureza humana, tendenciosamente voltada ao despotismo, de tal maneira que o homem nega-se incessantemente a sacrificar a parcela de sua liberdade em nome do bem comum, não o fazendo senão pela necessidade do convívio social, ao mesmo tempo em que usurpa a parte dos outros. Portanto, as penas surgiram da necessidade de sufocar esse espírito despótico, não sendo de nenhum cidadão em particular o direito de punir, mas das leis, expressão da vontade geral (BECCARIA, 2007, p. 64).

Assim, o poder do Estado deve ser exercido na medida do que lhe foi cedido por meio do contrato social, constituindo abuso, e não justiça, a extrapolação desse limite. Como bem assevera o autor: “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos” (BECCARIA, 2007, p. 20). Por essa razão, não se pode aplicar penas que atinjam direitos não cedidos pelo contrato social, como acontece nos casos de pena de morte (MIRABETE, 2004, p. 38).

4 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAISS IDEALIZADOS POR BECCARIA PRESENTES NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

As atrocidades observadas nos processos criminais incitaram Beccaria a empreender seus esforços da idéia de limitação do poder no exercício do direito de punir. Por essa razão, como ressalta SILVA JÚNIOR, seu pensamento se concentrou mais em estabelecer regras

para os julgamentos, instrumento do qual se serve o Estado para levar a efeito a condenação do agente que pratica o delito.

Sem pretensão de esgotar a matéria, ante a vasta contribuição que teve Marquês de Beccaria para a Ciência criminal como um todo, tem-se aqui esboçados alguns dos princípios processuais desenvolvidos por ele na obra “Dos delitos e das penas” e que encontram expressa correspondência no texto constitucional de 1988.

4.1 Vedação a tortura (art. 5º, III, CF de 1988)

Posicionando-se veementemente contra a barbaridade que é o uso da tortura, seja para obter uma confissão acerca da autoria de um crime, seja para descobrir seus eventuais cúmplices, Beccaria ressalta, além da hediondez e desumanidade que a reveste, a incompatibilidade de sua aplicação com o princípio da presunção de não culpabilidade, que, embora não utilizando essa nomenclatura, ele já fazia menção expressa ao fato de que “um homem não pode ser condenado antes da sentença do juiz” (BECCARIA, 2007, p. 37), pelo risco de expor à tortura um inocente.

Beccaria buscou chamar a atenção para as incongruências e injustiças que a utilização da tortura pode acarretar, ante a possibilidade de livrar o verdadeiro culpado da condenação, se resistir aos suplícios aplicados. Nesse diapasão, estabelece que “a tortura é frequentemente um meio certo de condenar o inocente débil e de absolver o culpado forte” e, sendo utilizada como um meio “para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer qualquer diferença entre ambos” (BECCARIA, 2007, p. 39).

A pena, segundo Beccaria, deve ser utilizada como uma medida de profilaxia social, voltada antes para a finalidade de obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar seus concidadãos do caminho do crime, e não propriamente torturar e afligir um ser sensível para expurgar a pecha de um delito já irremediavelmente praticado.

Em atenção à humanização do processo penal preconizada por Beccaria, e considerando este um instrumento não de repressão, mas de salvaguarda dos direitos inerentes ao ser humano, a Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente, como um direito fundamental, em seu art. 5º, III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Em consonância com o pensamento de Beccaria, a jurisprudência pátria entende ser a prática de tortura ou de qualquer tratamento desumano ou degradante uma punição que

precede o trânsito em julgado da sentença penal, conforme trecho da decisão abaixo transcrito, acerca da utilização de algemas:

As algemas, em prisões que provocam grande estardalhaço e comoção pública, cumprem, hoje, exatamente o papel da infâmia social. *E esta é uma pena que se impõe antes mesmo de se finalizar a apuração e o processo penal devido para que se fixe a punição necessária para que a sociedade imponha o direito a que deve se submeter o criminoso.* Se a prisão é uma situação pública – e é certo que a sociedade tem o direito de saber quem a ela se submete – é de se acolher como válida juridicamente que se o preso se oferece às providências policiais sem qualquer reação que coloque em risco a sua segurança, a de terceiros e a ordem pública não há necessidade de uso superior ou desnecessário de força ou constrangimento. Nesse caso, as providências para coagir não são uso, mas abuso de medidas e instrumentos. *E abuso, qualquer que seja ele e contra quem quer que seja, é indevido no Estado Democrático. A Constituição da República, em seu art. 5º, inc. III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual condição, na forma da lei¹ (grifos nossos).*

Tamanho é o repúdio a esse tipo de conduta que o legislador achou por bem tipificá-la como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, equiparado aos crimes hediondos, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

4.2 Vedação a pena de morte (art. 5º, XLVI, CF de 1988)

Beccaria parte da constatação de que a vida do cidadão, seu bem mais precioso, não integra a parcela de liberdade cedida por meio do contrato social para se posicionar contrariamente a institucionalização da pena de morte. “A pena de morte, pois, não se apóia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão” (BECCARIA, 2007, p. 52).

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 89.429**. T1. Min. Cármen Lúcia. j. 22/8/2006. DJ. 02/002/2007.

Sustenta ainda a inutilidade e desnecessidade de sua utilização para o objetivo de prevenção social, que deve revestir a pena, afirmando que (BECCARIA, 2007, p. 53):

O rigor do castigo faz menor efeito no espírito do homem do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente atingida por uma impressão ligeira, porém freqüente, do que por um abalo violento, porém passageiro. (...) O espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso, é um freio menos poderoso para o crime, do que o exemplo de um homem a quem se tira a liberdade.

Na esteira do pensamento beccariano, o Legislador brasileiro visou atribuir às penas mais um caráter preventivo e ressocializador do que expiatório. Nesse desiderato, assim estabeleceu no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) cruéis”.

Ainda acerca da inutilidade de penas capitais e cruéis, Beccaria sustenta que a certeza de punição, ainda que mais branda, é um meio mais eficaz de prevenção do delito do que o vago temor de um suplício capital, assim dispendo (BECCARIA, 2007, p. 64):

O rigor do suplício não é o que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição, o zelo vigilante do juiz e essa severidade inalterável que só é uma virtude no magistrado quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade.

4.3 Da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF de 1988)

Conforme ressaltado anteriormente, Beccaria também fez alusão a essência do que viria a ser reconhecido como o *princípio da presunção de inocência* ou *de não culpabilidade*, idéia basilar no sistema processual penal hodierno.

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada (BECCARIA, 2007, p. 37).

Na Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência é apresentado com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Dele decorrem duas regras específicas em relação ao acusado, a serem observadas pelo Poder Público: uma regra de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, estabelecendo que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação, restando à defesa apenas a demonstração alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade eventualmente alegadas (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime indigitado como grave, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. *Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.* O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário² (grifos nossos).

4.4 Da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, da CF de 1988)

A publicidade dos atos processuais constitui importante garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição, pois possibilita o controle popular acerca do exercício da

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 95886/RJ**. T2. Min. Celso de Melo. j. 27/10/2009. DJe n. 228. publ. 04/12/2009.

atividade jurisdicional. Beccaria já atentava para essa necessidade, afirmando que “a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, porá freio à violência e às paixões” (BECCARIA, 2007, p. 29).

Nossa atual Constituição estabelece a publicidade dos atos processuais como sendo a regra, podendo, no entanto, a publicidade ser mitigada em atenção a outros direitos de índole individual ou coletiva, assim disciplinando: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX).

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou *pressuposto de validade* não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada pelo órgão jurisdicional³.

4.5 Do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF de 1988)

Desde aquela época, Beccaria já atentava para a baixa eficácia que possuíam os juramentos feitos pelos acusados. Entendia ele, corretamente, ser o juramento de dizer a verdade feito pelo acusado no processo penal uma flagrante contradição da lei com os sentimentos naturais, pois exigia-se do acusado dizer a verdade quando seu maior interesse é escondê-la. “Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que concorrerá para a sua própria destruição!” (BECCARIA, 2007, p. 36). Segue o autor dizendo que a experiência comprova a inutilidade dos juramentos, “pois não existe juiz que não convenha que nunca o juramento faz com que o acusado diga a verdade. A razão indica que assim deve ser, pois todas as leis opostas aos sentimentos naturais do homem são inúteis e por conseguinte nefastas” (BECCARIA, 2007, p.37).

Assim, o *direito ao silêncio* foi pela nossa Constituição incorporado como um direito fundamental do acusado, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, revogando implicitamente a disposição do art. 186 do Código de Processo Penal, posteriormente alterado pela Lei nº. 10. 792/03⁴. Nos termos do art. 5º, LXIII, “o preso será

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2970/DF**. Tribunal Pleno. Min Ellen Gracie. j. 20/04/2006. DJ. 12/05/2006, p. 04.

⁴ Com as alterações da Lei nº. 10.792/03, o art. 186 do CPP passa a ter a seguinte redação: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Atingindo um dos pilares do processo penal antigo, o da verdade real, o direito ao silêncio veio garantir que o acusado ou aprisionado permaneça calado durante toda a investigação e mesmo em juízo, e impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, sem que disso decorra qualquer sanção àquele que está no gozo dessa prerrogativa constitucional, como bem estabelece o art. 186 do CPP.

O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado⁵.

4.6 Da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF de 1988)

Beccaria chegou inclusive a ressaltar a importância do que somente no ano de 2004 alcançou guarida no ordenamento jurídico pátrio, por meio da emenda Constitucional nº 45: o *princípio da celeridade processual* ou da *razoável duração do processo*, assim previsto no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Defendia ele ser a presteza na persecução penal eficaz meio de combate aos delitos, pois “quanto menos tempo passar entre o crime e a pena, tanto mais compenetrados ficarão os espíritos da idéia de que não existe crime sem castigo” (BECCARIA, 2007, p. 62).

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus** nº 79.812. Min. Celso de Mello. j. 08/11/2000. DJ 16/02/2001.

Um grande lapso temporal entre o crime e sua correspondente punição pode fazer florescer na sociedade um sentimento de impunidade, sendo, portanto, “da maior importância castigar rapidamente por um delito cometido, se se desejar que, no espírito inculto do vulgo, a pintura sedutora das vantagens de uma atitude criminosa desperte imediatamente a idéia de um castigo inevitável” (BECCARIA, 2007, p. 63).

5 DA NATUREZA CAUTELAR DAS PRISÕES PROCESSUAIS

No pensamento beccariano também se encontram as raízes da cautelaridade que deve revestir as privações de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, as chamadas prisões processuais, pois, “sendo a perda da liberdade uma pena em si, esta apenas deve preceder a condenação na exata medida em que a necessidade o exige” (BECCARIA, 2007, p. 62). Conforme salienta OLIVEIRA (2009, p. 431), “toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve ser também considerada uma prisão cautelar. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública”.

Segundo Beccaria, deve-se proceder ao encarceramento do réu antes da condenação na medida em que se considere necessário para o *impedir de fugir ou de esconder as provas do crime*, o que corresponde, ontologicamente, aos requisitos fáticos que autorizam a decretação da prisão preventiva, principal modalidade de prisão processual, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal⁶, quais sejam: para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal, respectivamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua obra “Dos delitos e das penas”, Beccaria buscou aplicar a carga axiológica essencial do iluminismo ao sistema jurídico criminal, buscando fazer do processo não mais uma arma, muitas vezes letal, utilizada pelo Estado para castigar os transgressores, mas um

⁶ Art. 321, CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.

instrumento de aplicação da pena que encontra seu limite nos direitos essenciais da pessoa humana.

Visando humanizar a persecução criminal, e atribuir à pena um caráter preventivo, Beccaria procurou, no ano de 1764, extirpar do sistema penal as penas capitais, a utilização da tortura, o sigilo nos julgamentos, a presunção de culpabilidade sobre o acusado, a necessidade de confissão pelo réu e já evidenciou a necessidade de presteza na persecução penal como um mecanismo indireto de contenção dos delitos, idéias que integram o núcleo do ordenamento criminal hodierno de diversas nações.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BECCARIAN IDEAS IN THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION: A BRIEF ANALYSIS OF THE PROCEDURAL PRINCIPLES IN THE BOOK “ON CRIMES AND PUNISHMENTS”

ABSTRACT

The lessons left by Marquis of Beccaria tend to emphasize the discussions about the substantive criminal law. However, a very few people talk about his contribution for the criminal proceedings, which was very significant, specially because his ideas has changed the way we see it. What used to be seen as a mere ritual to apply the penalties shall be designed as a means of State's punishing power contention, and the punishment should be based on various principles of procedural nature, settled by Beccaria and still used in the legal system of various countries.

Keywords: Constitutional principles. Criminal proceedings. Right to punish of the State. Human Rights.