

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 19 | 2024
Número 3

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: www.fumec.br

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

Prof. Adriano da Silva Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Luisa Monteiro de Paula (PPGD/FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

Fernanda Paloma Faria Lima

PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 19, no. 3
(set./dez. 2024)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral
ISSN 2238-6939 (Online)

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores

Conselho Editorial

Adolfo Ingácio Calderón, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otavio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA OS DESAFIOS DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS ECONÔMICAS NO MUNDO GLOBALIZADO 8	
<i>GLOBALIZATION OF POLITICS THE CHALLENGES OF THE FORMULARIZATION OF ECONOMIC POLICIES IN THE GLOBALIZED WORLD</i>	
Vinicius Gonçalves Porto Nascimento Alexandre de Lima e Silva Andréa Campos Vasconcelos Elaine Matozinhos Ribeiro Fagner Campos Carvalho Flávia Cristina Mendonça Faria da Pieve Vinícius Lucas Paranhos	
DIREITO E RELIGIÃO: REFLEXÕES ACERCA DO CONTEÚDO CULTURAL DAS NORMAS JURÍDICAS 26	
<i>LAW AND RELIGION: REFLECTIONS ON THE CULTURAL CONTENT OF LEGAL STANDARDS</i>	
Marcelo Maciel Ramos	
LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL Y LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS NUEVOS PROCESOS LABORALES EN URUGUAY 40	
Dr. Gustavo Gauthier	
O PROJETO DE PESQUISA E A INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO 59	
<i>THE RESEARCH PROJECT AND SCIENTIFIC INITIATION IN LAW</i>	
Raffhael Frattari	
L'ACCESSO DEGLI AMMINISTRATORI "NON ESECUTIVI" ALLE INFORMAZIONI SOCIALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO 76	
Gianluca Perone	
OS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A RAZOABILIDADE, A PROPORCIONALIDADE E OUTROS PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS 95	
<i>THE PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: REASONABLENESS, PROPORTIONALITY, AND OTHER INTERPRETIVE PRINCIPLES</i>	
Adolfo Mamoru Nishiyama	
GÊNERO E PRISÃO: O ENCARCERAMENTO DE MULHERES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.....118	
<i>GENDER AND PRISON: THE JAILING OF WOMEN IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM BY THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING</i>	
Antonio Eduardo Ramires Santoro Ana Carolina Antunes Pereira	
DISCUSSÃO ACERCA DA EFICÁCIA DA LEI ÁUREA.....138	
<i>REMARKS ON THE EFFICACY OF "LEI ÁUREA", THE BRAZILIAN SLAVERY ABOLITION ACT</i>	
Patrícia Fontes Cavalieri Monteiro	
A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS ESTADOS MODERNOS (ABSOLUTISTAS) NO MUNDO OCIDENTAL 155	
<i>THE HISTORIC CONSTRUCTION OF MODERN STATES IN THE WESTERN WORLD (ABSOLUTISTS)</i>	
Bruno Albergaria	

ANTROPOLOGIA, DIREITO E MEDIAÇÃO NO BRASIL: UM CAMPO DIALÓGICO EM CONSTRUÇÃO	171
<i>ANTHROPOLOGY, LAW AND MEDIATION IN BRAZIL: A DIALOGICAL FIELD UNDER CONSTRUCTION</i>	
Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer	
NINGUÉM: DIREITO, RACIALIDADE E VIOLÊNCIA	186
<i>NO-BODIES: LAW, RACIALITY AND VIOLENCE</i>	
Denise Ferreira da Silva	
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO	212
<i>CLASH OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND EQUILIBRIUM</i>	
Nadia Castro Alves	
“PREFIRO SER UM CIBORGUE A SER UMA DEUSA”: INTERSECCIONALIDADE, AGENCIAMENTO E POLÍTICA AFETIVA	225
<i>“I WOULD RATHER BE A CYBORG THAN A GODDESS: INTERSECTIONALITY, ASSEMBLAGE, AND AFFECTIVE POLITICS</i>	
Jasbir Puar	
A INCLUSÃO DO CASO FORTUITO E DA FORÇA MAIOR COMO EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	239
<i>THE INCLUSION OF FORTUITOUS CASE AND FORCE MAJEURE AS CIVIL LIABILITY- EXCLUDING INSTANCES IN THE CONSUMER RELATION LAW</i>	
Alneir Fernando Santos Maia	
O CONTRATO DE DOMINAÇÃO	260
<i>THE DOMINATION CONTRACT</i>	
Charles W. Mills	
O ACESSO À JUSTIÇA: AO PODER JUDICIÁRIO OU À ORDEM JURÍDICA JUSTA?	289
<i>ACCESS TO JUSTICE: ACCESS TO JUDICIARY POWER OR TO JUST LEGAL ORDER?</i>	
José Cláudio Rocha	
Cristiano Cruz Alves	
A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO LEGISLATIVO	304
<i>GRASSROOTS PARTICIPATION IN THE LEGISLATIVE PROCESS</i>	
Eduardo Martins de Lima	
Renata Gomes Emediato	
O CONHECIMENTO EM KANT (PARTE I)	329
<i>KANT'S CONCEPTION OF KNOWLEDGE (PART I)</i>	
Karine Salgado	
Rodrigo Antonio Calixto Mello	
A ÉTICA COMO ORIGEM E FIM DO DIREITO	340
<i>ETHICS AS THE SOURCE AND AIM OF LAW</i>	
Humberto Gomes Macedo	
Flavia Vieira de Resende	
A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E OS DESAFIOS DO DIREITO E DA DEMOCRACIA	350
<i>THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION IN THE COMMUNICATION MEDIA AND CHALLENGES TO LAW AND DEMOCRACY</i>	
Aníbal Sierralta Ríos	

EDITORIAL

Nesta edição 3, volume 19, de 2024, considerada comemorativa, constam 20 (vinte) artigos submetidos à Revista *Meritum*, que foram mais acessados, visualizados e lidos, conforme estatística da OJS, no período de 2006 a 2024, com significativa repercussão no âmbito das pesquisas jurídicas.

De maneira crítica, autônoma e plural, a Revista *Meritum* divulga o conhecimento gerado de investigações jurídicas que contribuam para a formação de profissionais com consciência jurídica crítica, habilitados não somente para o exercício da técnica-jurídica, como para pensar o Direito em seus aspectos científico, filosófico, histórico, sociológico e político.

Na oportunidade, os Editores prestam homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa da Universidade FUMEC e, em especial, a todos os autores que participaram da presente publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência. Boa leitura a todos!

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro

Coordenação Editorial

GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA OS DESAFIOS DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS ECONÔMICAS NO MUNDO GLOBALIZADO

GLOBALIZATION OF POLITICS THE CHALLENGES
OF THE FORMULARIZATION OF ECONOMIC
POLICIES IN THE GLOBALIZED WORLD

VINICIUS GONÇALVES PORTO NASCIMENTO¹

ALEXANDRE DE LIMA E SILVA²

ANDRÉA CAMPOS VASCONCELOS³

ELAINE MATOZINHOS RIBEIRO⁴

FAGNER CAMPOS CARVALHO⁵

FLÁVIA CRISTINA MENDONÇA FARIA DA PIEVE⁶

VINÍCIUS LUCAS PARANHOS⁷

RESUMO

O Estado-Nação do mundo contemporâneo tornou-se demasiado grande para o enfrentamento dos pequenos problemas e demasiado pequeno para a solução dos grandes problemas de ordem transnacional. A solução de tais problemas demanda um "governo mundial" que não se confunda com um super-Estado ou com um Estado de escala global, mas que consista no fortalecimento da cooperação entre os países com vista ao estabelecimento de políticas globais para fazer face aos desafios do mundo moderno. Uma das soluções até agora apresentadas é a formação de blocos econômicos, a exemplo da União Européia e do Mercosul, que possuem como motivo central medidas de política econômica. No entanto, ainda estamos muito distantes do ideal democrático de participação popular na formulação de políticas econômicas em âmbito nacional, regional ou mesmo global, como exteriorização do princípio da soberania popular, instituição jurídica que pressupõe a intervenção direta do povo de uma nação no regramento a conduta do Estado na elaboração e aplicação de suas políticas básicas e de seu comprometimento com os direitos fundamentais. No mundo globalizado, tanto a Política Econômica como os institutos do Direito Econômico são concebidos para atender à dignidade da pessoa humana. Todos esses desafios são enfrentados por esse ramo da Ciência Jurídica que, para tanto, vale-se da maleabilidade inerente às suas normas para adaptar-se às diferentes situações que lhe

1 Mestrando em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Advogado.

2 Mestrando em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Assessor no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

3 Mestranda em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Professora de Direito do Trabalho na Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Advogada.

4 Mestranda em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Vereadora da Câmara Municipal de Belo Horizonte. Ex. Delegada Geral de Polícia.

5 Mestrando em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Advogado.

6 Mestranda em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Professora de Direito Eleitoral na UNI-BH.

7 Mestrando em Direito e Instituições Políticas pela Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC. Supervisor do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Ciências Humanas da FUMEC; Advogado.

são postas. Essa maleabilidade, frise-se, é garantida pelo princípio da economicidade, que conduz à opções que levem a uma linha de maior vantagem.

Palavras-chave: Direito Econômico – Políticas econômicas – Blocos econômicos – Soberania popular – Princípio da economicidade.

ABSTRACT

The State-Nation of the contemporary world became too much big for the facing of the small problems and too much small for the solution of the big problems of transnational order. The solution of such problems demands a "world government" which has nothing to do with a superState or a global scale State, but which consists on a strengthening of the cooperation between the countries aiming the stabilishment of the global politics for, in this way, face the challenge of the modern world. One of the solutions presented so far is the formation of economic blocks, following the example of the European Union and the Mercosul, which have as their main focus, economic policies measures. However, we are still far away from the democratic ideal of popular participation in the formularization of economic policies in national, regional or even global field, as exteriorization of the principle of the popular sovereignty, juristic institution which presupposes the direct intervention of the people from a nation in the ruling to the State's behaviour at the working out and enforcement of its basic politics and its commitment with the fundamental rights. In the globalized world, not only the economic policies, but the Economic Law institutes are conceived to attend to the human person's dignity. All of these challenges are faced by this section of jural science that, for in such a way, makes use of the flexibility inherent to its rules for adaptation to different situations faced. This flexibility is granted by the principle of economicity, which conducts to the options that brings to a greater advantage line.

Keywords: Economic law – Economic policies – Economic blocks – Popular sovereignty – Principle of economicity

1. INTRODUÇÃO

A evolução do Direito Internacional tem sido acelerada, nos últimos tempos, pela globalização, pelas relações intensas entre países e pelas políticas externas dos governos diante dos novos desafios que se oferecem hoje à Ciência Jurídica, notadamente os problemas relacionados com o Estado-Nação. Ao mesmo tempo em que a sociedade moderna se dota da vastidão do conhecimento técnico e científico, ela não escapa ao impacto de riscos múltiplos: sociais, políticos e ambientais. São riscos que não conhecem nem as fronteiras nem os limites dos ordenamentos jurídicos locais. O Estado tornou-se demasiado grande para os pequenos problemas e demasiado pequeno para os grandes problemas. Essa frase condensa uma idéia importante para o nosso estudo: sozinho, o Estado-Nação soberano nada pode contra os riscos transnacionais.

Os desafios de ordem global vêm suscitando um movimento de "constitucionalização global do ordenamento jurídico internacional"¹ bem como o estabelecimento de um suposto "governo mundial". Esse futuro, todavia, não se apresenta próximo, nem sequer provável, a não ser que entendamos por "governo mundial" o estabelecimento de cooperação em políticas globais para fazer face aos novos desafios, por parte dos Estados existentes, e não a formação de um super-Estado ou de um Estado de escala global.

É preciso atentar para a centralidade do Direito Econômico nesse processo, na qualidade de ramo da Ciência Jurídica abarcador de normas de conteúdo econômico assecuratórias da defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como do princípio da dignidade humana, através da implementação de políticas econômicas.

Neste estudo, o objetivo é contribuir para a elucidação das seguintes questões da maior relevância na nova ordem globalizada: É possível, na atual ordem internacional, formular políticas econômicas que transcendem as fronteiras nacionais? Os Estados e os Organismos Internacionais dispõem de instrumentos para a formulação e a implementação dessas políticas? Ao povo vem sendo assegurada participação efetiva na formulação dessas políticas, em atendimento ao princípio da soberania popular?

2. GLOBALIZAÇÃO

2.1 NOÇÕES INICIAIS

A globalização, como o próprio nome indica, é um fenômeno de dimensões planetárias que interfere em vários aspectos da vida contemporânea. Defini-la tem-se revelado uma tarefa árdua, tendo em vista que ela se apresenta sob várias nuances e circunstâncias distintas.

Para Arion Sayão Romita,⁸ não seria possível definir exatamente a expressão globalização sendo preferível a identificação dos vários aspectos que lhe são comuns. Segundo o autor,

trata-se, na verdade, de um conjunto de fatores que determinaram a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Poderia ser denominada, mais propriamente, internacionalização da produção e do trabalho. Essa 'globalização' será entendida com mais facilidade se, em vez de se tentar uma definição descritiva, forem relacionados os traços característicos do fenômeno.

Dentre os traços característicos desse fenômeno, o autor relaciona os meios de transporte e de comunicação facilitadores da exploração de atividades econômicas em várias partes do mundo, bem como da transação de capitais entre os países; a internacionalização dos mercados de insumos, consumo e financeiro, com a obsolescência das fronteiras geográficas; a integração regional mediante a celebração de tratados de livre comércio entre Estados que passam a constituir blocos econômicos, a exemplo do Mercosul e da União Européia; a fragmentação e distribuição das atividades produtivas por vários países e continentes, permitindo às corporações transnacionais alocar seus investimentos nas nações que mais lhe interessam; maior conscientização, em nível mundial, da necessidade de garantia dos direitos humanos e consequente repúdio de práticas violadoras dos direitos fundamentais dos vários povos do planeta.

2.2 EVOLUÇÃO DO FENÔMENO

O intercâmbio de mercadorias entre diferentes povos, um dos traços característicos do fenômeno da globalização, é realizado desde a Antiguidade. Os fenícios, que se notabilizaram como exímios navegadores e comerciantes, fundaram um grande número de cidades litorâneas nas regiões européia e africana banhadas pelo Mar Mediterrâneo, mantendo intenso intercâmbio econômico e cultural com os povos habitantes dessas localidades. Também os romanos,

8 ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*, p. 29.

detentores de um vasto império, travavam contatos com todos os povos por eles subjulgados, criando regras e procedimentos próprios para regular esse intercâmbio.

No entanto, afirma Carlos Maria Gambaro, “não é em nenhum desses momentos que se deve buscar o ponto inicial, a partir do qual a seqüência de acontecimentos históricos levou à atual conformação social, política e econômica” que desaguou no atual fenômeno mundial da globalização.⁹ O autor estabelece como marco o final da Segunda Guerra Mundial, afirmando que “a partir de então é que se fazem sentir realmente os fatores cujos reflexos desembocaram na atual organização social global”.¹⁰

Foi a partir da década de 1970 que tais reflexos se fizeram sentir com mais força, momento em que a economia capitalista atingiu elevado grau de competitividade internacional redutor da eficácia das políticas econômicas keynesianas, até então orientadas para a formulação de políticas econômicas de nível nacional. De acordo com o historiador britânico Eric Hobsbawn,¹¹ a globalização da economia após 1970 colocou todos os governos “à mercê de um incontornável ‘mercado mundial’”. O autor cita como exemplo a França que, sob um governo socialista – o de François Mitterrand –, viu-se não apenas impossibilitada de, sozinha, “bombear unilateralmente sua economia”, como também, em resposta a uma crise na balança de pagamentos, foi obrigada a “desvalorizar sua moeda e a substituir o estímulo keynesiano de demanda pela ‘austeridade de face humana’”.

O chamado Welfare State (Estado de Bem-Estar) já não mais atendia aos anseios capitalistas de acumulação de capital e que viam a necessidade de maior liberdade para suas transações, tanto internas como internacionais. A partir de então, todo o pensamento econômico, político e social, influenciado pelo neoliberalismo de Hayek e Friedman, passa a sinalizar o abandono das práticas até então vigorantes, para saudar de forma acrítica e, de certo modo, ingênua, o fenômeno da globalização.¹²

Nesse contexto, velocidade e flexibilidade passam a ser a palavra de ordem para empregados e para empregadores: os primeiros pressionados pelos últimos e estes, pelo chamado “mercado”. Tudo isso vem acarretando uma mudança radical no padrão de comportamento social, causando até mesmo alterações na “tabela de valores da sociedade” em que os menos capacitados (mais pobres) encontram-se impotentes diante das transformações em curso e são relegados, cada vez mais, à marginalidade. De acordo com Gambaro,

busca-se produzir mais, melhor, com menos custos e mão-de-obra, mais tecnologia e no menor tempo possível. Da mesma forma, consome-se, descarta-se e busca-se novas paixões com maior voracidade, o que alimenta a indústria do imediatismo e a obriga a constantes e velozes reestruturações.¹³

A perturbação de tais mudanças não se restringe ao âmbito dos indivíduos, atingindo em cheio o Estado-Nação. A interdependência das economias globais, cada vez mais vulneráveis a ataques, perdas e tensões, faz com que tanto os ganhos como as perdas sejam distribuídos

9 GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias: análise do pensamento de Guy Sorman. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 47.

10 O autor, todavia, ressalta que a opção que faz não deixa de ser arbitrária, dogmática, tendo em vista que não é possível considerar a história como que existindo em partes, no vácuo, sem um “antes”.

11 HOBBSBAWN, Eric. A era dos extremos: o breve século XX, p. 401.

12 GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias: análise do pensamento de Guy Sorman. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 47.

13 GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias: análise do pensamento de Guy Sorman. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 53.

de forma avassaladora entre as nações. As crises que arrasaram de forma quase instantânea a Rússia, o Brasil, a Argentina e, por tabela, o Mercosul, no biênio 1998-1999, apenas atestam o lado perverso de um fenômeno que, em razão das comunicações ultra-rápidas e da internet, permite que “durante a noite, enquanto um hemisfério dorme”, circule pelo planeta “nada menos do que 3 bilhões de dólares”.¹⁴

Tais perturbações no cenário global, cada vez mais frequentes e incontroláveis, desde a década de 1970, contribuíram para o surgimento de diversas organizações internacionais como modo de coordenação dos problemas mundiais. De acordo com Hobsbawn, “em meados da década de 1980, havia 365 organizações intergovernamentais e nada menos que 4615 não governamentais, ou seja, acima de duas vezes mais que no início da década de 1970”.¹⁵

Dentre os vários organismos internacionais surgidos após a Segunda Guerra Mundial para coordenar os problemas globais, destaca-se a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 24/10/1945 com a promulgação da “Carta das Nações Unidas”, uma espécie de constituição da entidade, assinada, na época, por 51 países. O preâmbulo do aludido documento deixa claro que a ONU se propõe a manter a paz no mundo, cuidando para que seja reafirmada

[...] a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos, resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas. (Grifos nossos)

Todavia, a despeito dos objetivos e metas ambiciosos que a norteiam, mesmo tendo sobrevivido por mais tempo que sua antecessora, a Liga das Nações, a ONU não possui, “pela natureza de suas constituição, poderes nem recursos independentes dos que lhe [são] destinados pelas nações membros e, portanto, não [tem] poderes de ação independentes”.¹⁶ Esse fato atesta, como se verá a seguir, a insuficiência das regras e normas do Direito Internacional para, de forma solitária, enfrentar os problemas políticos e econômicos do planeta.

14 GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias: análise do pensamento de Guy Sorman. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 55.

15 HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*, p. 419.

16 HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*, p. 419.

2.3 A INSUFICIÊNCIA DAS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL PARA A SUPERAÇÃO DOS PROBLEMAS GERADOS PELA GLOBALIZAÇÃO

Até a primeira metade do século XX, as lideranças e organismos internacionais valiam-se unicamente do Direito Internacional como instrumento para superar os problemas políticos, econômicos e sociais do planeta. A Sociedade das Nações, organismo similar à ONU, elaborado após o fim da Primeira Grande Guerra para evitar a eclosão de um conflito semelhante, concretizava a crença na resolução de conflitos a partir da simples aplicação de regras jurídicas, desconsiderando as relações de poder que permeiam as relações internacionais. Desacreditada pela inação da França e da Grã-Bretanha, suas principais patrocinadoras, diante do militarismo e da política externa expansiva e agressiva do Eixo Roma – Berlim – Tóquio, a aludida organização desabou ao não conseguir evitar a eclosão da Segunda Guerra Mundial.

De acordo com Bonifácio de Andrada, as lideranças do pós-guerra concluíram que “novos subsídios científicos, novas técnicas e teorias deveriam ser procuradas para reconstruir o mundo abalado pelos terríveis tormentos bélicos”. Foi constatado que “não bastaria a norma jurídica internacional, muito menos as antigas diretrizes da economia”, sendo necessária a implementação de instituições e organizações internacionais “com flexibilidade política institucional para abrir horizontes às populações temerosas de repetidos conflitos bélicos”.¹⁷

O autor afirma que, nesse aspecto, a Ciência Política fornece importantes subsídios para o equacionamento dos problemas mundiais acarretados pela globalização, por ser a

ciência do poder ou das instituições governamentais, sob condição não só de analisar e buscar soluções para os problemas nacionais e internacionais, mas ainda de mostrar os necessários instrumentos científicos através de consensos, negociações, superação de conflitos culturais, compreensão de realidades religiosas e étnicas para vencer dramas e incidentes de complexidade jurídica, extrajurídica e não-jurídica, existentes entre os povos do Planeta.¹⁸

2.4 O DIREITO COMUNITÁRIO E A FORMAÇÃO DOS BLOCOS ECONÔMICOS

De acordo com Washigton Peluso Albino de Souza, as leis de natureza econômica dos blocos econômicos, como o

Mercado Comum Europeu, indicam que determinados campos do Direito Internacional e do Direito Comunitário possuem conteúdo econômico.¹⁹

O Direito Econômico,²⁰ prossegue o insigne jurista, “define a ideologia e a política econômica de cada nação [...] enquanto os Tratados a respeito mantêm-se no campo do Direito Inter-

17 ANDRADA, Bonifácio de. Ciência política e seus aspectos atuais: engenharia política e politicométrica, p. 40.

18 ANDRADA, Bonifácio de. Ciência política e seus aspectos atuais: engenharia política e politicométrica, p. 40-41.

19 SOUZA, Washigton Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 76.

20 De acordo com a definição de Washigton Albino, o Direito Econômico configura o “ramo do Direito que tem por objeto a ‘judicialização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da economicidade”. (SOUZA, Washigton Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 23).

nacional”.²¹ Conseqüentemente, surgem os chamados “Mercados Comuns”, “Comunidades” e “Unões” econômicas que, assumindo feições regionais, são estruturados na forma de blocos econômicos para enfrentar os problemas postos pela nova ordem globalizada, notadamente quanto à competição cada vez mais acirrada entre as nações por mercados.

O surgimento de tais blocos econômicos, afirma Washington Albino,²² “tem como motivo central medidas de política econômica”, que é entendida como o

conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos. Deve ser juridicamente tratada, sob pena de prática arbitrária do poder, sem o devido respeito aos direitos indispensáveis à vida social. Determinados exageros ou abusos do poder econômico, tanto público quanto privado, justificam plenamente a necessidade dessa judicialização que se efetiva pelo Direito Econômico.²³

Cumpra agora, em apertada síntese, traçar um panorama dos principais blocos econômicos da atualidade, com destaque para as políticas econômicas por eles implementadas.

2.4.1 UNIÃO EUROPÉIA

A União Européia é um bloco econômico político e social atualmente composto por 25 países²⁴ que participam de um projeto de integração política e econômica. Os tratados que definem a União Européia são: o Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), o Tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE), o Tratado da Comunidade Européia da Energia Atômica (EURATOM) e o Tratado de Maastrich, que estabelece fundamentos da futura integração política. Neste último tratado, destacam-se acordos de segurança e política exterior, assim como a confirmação de uma Constituição política para a União Européia e a integração monetária, através do Euro.

Para o funcionamento das suas funções, a União Européia conta com um quadro institucional em que se destacam o Parlamento Europeu, a Comissão Européia, o Conselho de Ministros e o Tribunal de Justiça. Todos esses órgãos possuem representantes de todos os países membros e vêm implementando políticas econômicas com o objetivo de alcançar as metas abaixo elencadas: promover a unidade política e econômica da Europa; melhorar as condições de vida e de trabalho dos cidadãos europeus; melhorar as condições de livre comércio entre os países membros; reduzir as desigualdades sociais e econômicas entre as regiões; fomentar o desenvolvimento econômico dos países em fase de crescimento; proporcionar um ambiente de paz, harmonia e equilíbrio na Europa.

A administração da política de comércio externo da União Européia se opera por meio de instrumentos legais e econômicos que configuram a política econômica do bloco. Os instrumentos econômicos abrangem tarifas sobre importações ou exportações e restrições quantitativas, que incluem licenças, quotas, acordos voluntários de restrições à exportação, e salvaguardas aplicadas em nível comunitário. Representam medidas econômicas que afetam

21 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 76.

22 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 76.

23 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 25.

24 A União Européia, desde maio de 2004, compõe-se dos seguintes países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos (Holanda), Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca e Suécia.

as importações de forma quantitativa, por meio de quotas e salvaguardas, ou de uma política de preços que inclui o estabelecimento de tarifas e direitos antiduping. Já os instrumentos legais são estabelecidos por meio de acordos internacionais, negociados entre Estados, os chamados instrumentos convencionais, ou os estabelecidos unilateralmente pela Comunidade, através de medidas aplicadas sem o consentimento formal dos parceiros comerciais, os chamados instrumentos autônomos.²⁵

2.4.2 MERCOSUL

Analisando o Mercosul no contexto do processo de globalização, observa-se uma estratégia por parte dos Estados em busca de um fortalecimento no cenário desregulado e competitivo atual. Não surpreende o fato de que o processo de integração do chamado Cone Sul ganhe força no momento em que as economias da América do Sul vêm promovendo as reestruturações de seus quadros econômico e institucional indicadas pelo Banco Mundial e pelo FMI.

O Mercosul deve ser compreendido como parte de uma estratégia mais ampla de abertura comercial e de reinserção regional no cenário econômico internacional. A década de 1980 foi inaugurada na América Latina sob o impacto da crise da dívida externa, o aceleração de processos inflacionários, a crise dos Estados autoritários e o aprofundamento das desigualdades sociais. O processo de globalização, o acirramento da competitividade comercial e o temor da marginalização econômica estão entre os fatores que motivaram as elites dirigentes latinoamericanas, no decorrer daquela década, a impulsionar processos de reestruturação econômica e liberalização.

Como é sabido, os países integrantes do Mercosul implementaram diversas políticas econômicas com o objetivo de ajustar suas economias para os desafios impostos pela nova ordem globalizada. O primeiro e mais urgente desafio, sob a ótica dos governantes de então, sobretudo durante as décadas de 1980 e 1990, era o combate à hiperinflação, fenômeno que há anos devastava a economia desses países e trazia sérios prejuízos para toda a população, notadamente a de baixa renda. Após os sucessivos fracassos dos planos econômicos de tipo heterodoxo (Plano Cruzado, Plano Verão, Planos Bresser e Plano Collor), o Brasil, durante o governo de transição de Itamar Franco (1992-1994), implantou um bem-sucedido plano de estabilização, conhecido como Plano Real.

Com a eleição de Fernando Henrique Cardoso, em 1994 – que instalou uma administração social-democrata apoiada por uma coalizão conservadora –, o Brasil entrou, finalmente, na “era do ajuste” sem, entretanto permitir um debate amplo, pela sociedade, a respeito dos impactos da reestruturação econômica, da reforma do Estado e do aumento da exclusão social.

O processo de abertura comercial, iniciado na gestão de José Sarney, no final da década de 1980, ganha impulso nas gestões posteriores de Fernando Collor de Mello (1990-1992), Itamar Franco (1992-1994), Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006). Por tais razões, o Mercosul corresponde a uma estratégia mais ampla de reestruturação da economia brasileira. Seus efeitos em termos de incremento do volume do comércio entre os países membros é bastante significativo. Segundo dados da Associação

25 THORSTENSEN, Vera. Comunidade Européia: líder do comércio internacional, p. 83.

Latino Americana de Integração (ALADI), o comércio intra-Mercosul já teria ultrapassado 40% do comércio intralatino-americano.

O processo de integração do chamado Cone Sul ainda está em curso, como atesta o recente ingresso da Venezuela, que permitirá que, conforme dados apresentados no jornal O Globo, do dia 5 de julho de 2006, a economia do bloco tenha um PIB estimado em 1 trilhão de dólares e um comércio global de 300 bilhões de dólares.

Finalmente, o Mercosul integra um processo mais amplo na América do Sul, que foi o aceleramento dos processos de integração econômica a partir da década de 1980. Essa tendência se expressou, por um lado, pelo aumento do volume de comércio intra-regional e, por outro, pela proliferação de acordos bilaterais e sub-regionais de desgravação tarifária. O Mercosul e seus congêneres da região, a exemplo da Comunidade Andina de Nações, sinalizam a tentativa de formação de um bloco regional como estratégia para superar o atraso tecnológico e retomar o desenvolvimento.

Importa ressaltar que a referida integração envolve a formulação de políticas econômicas comuns para todos os membros do bloco, compreendendo o setor industrial, financeiro, comercial, de serviços, de infra-estrutura, de saúde, de educação, dentre outros. Evidentemente a coordenação de tais políticas entre países tão diferentes é, não raro, problemática, como atesta a recente controvérsia envolvendo Brasil e Bolívia sobre o fornecimento de gás natural. A questão energética, não há dúvida, é um eixo fundamental de integração como atesta a União Européia.

A experiência de outros processos de integração demonstrou que o impacto social da integração pode causar sérias dificuldades para os Estados e suas populações, a despeito da retórica neoliberal. Movimentos de grande coordenação e cooperação com relação aos movimentos sociais, como o sindical, e as diversas organizações não governamentais dos países do Mercosul passam a ter papel de extrema relevância na garantia de criação de uma agenda social e democrática nos processos de integração regional, bem como na formulação de políticas econômicas para o bloco.

Deve-se buscar a manutenção de sindicatos independentes e maior mobilização social no campo e nas cidades, garantindo um debate público e democrático, consolidar ONGs enquanto atores importantes na política. Por tais razões, faz-se necessário garantir maior transparência com relação às informações do Mercosul e de seus Estados-membros para que seja garantida a efetiva participação dos setores sociais afetados. Sendo assim, a abertura dos mercados devem estar fortemente condicionada às prioridades éticas e políticas da cidadania.

2.4.3 ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS (ALCA)

AALCA, bloco de integração comercial abrangendo todos os países da América do Norte, América Central e América do Sul, com exceção de Cuba, foi proposta pelos Estados Unidos como forma de facilitar o fluxo de bens e serviços – embora tenha sido excluída a circulação de mão-de-obra –, de produtos agrícolas, bem como a liberalização dos fluxos de investimentos, compras governamentais e comércio eletrônico entre os países membros, por meio de tarifas reduzidas e, em última instância, a inexistência de tarifas.

Os 34 países que participam das negociações para a implementação da proposta americana têm encontrado várias dificuldades, dentre elas o risco de se reforçarem os mecanismos de sujeição dos países membros mais fracos economicamente àqueles mais poderosos (Estados Unidos Canadá). Tal risco não é irrealista, tendo em vista que esse acordo vem sendo negociado entre países com níveis de desenvolvimento bastante desiguais, como Estados Unidos e Paraguai.

A disparidade não é só econômica, abrangendo também os âmbitos educacional, técnico-científico, de renda, de alimentação e de saúde, o que exige muito mais do que um projeto que contemple tão-somente a ausência de tarifas comerciais. Se não houver (como não há) uma política econômica voltada para a cooperação entre os Estados no sentido de primeiro acabar com essas desigualdades, não há como admitir o desenvolvimento de qualquer competitividade justa.

Até o momento os incentivadores da ALCA não deixaram claro como transpor as imensas disparidades existentes entre os países do continente americano que, como exposto, é condição imprescindível para se poder falar em área de livre comércio entre as Américas.

Nas palavras de Kjeld Jakobsen e Renato Martins,

“a ALCA não prevê nenhuma iniciativa de promoção ao desenvolvimento ou de superação das diferenças: é um acordo desigual que tende a perpetuar a condição periférica e subordinada da América Latina no mundo globalizado”.²⁶

Em razão de terem sido os Estados Unidos os grandes patrocinadores da idéia de uma Área de Livre Comércio das Américas apta a potencializar seus investimentos, bem como a garantir de seus lucros, mediante o retorno de capital na forma de repatriamento de lucros, dividendos e *royalties*,²⁷ há fortes motivos para crermos que o projeto da ALCA configura uma extensão do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) – North American Free Trade Agreement. Isso porque ambas as propostas possuem pontos semelhantes, tais como os mecanismos de solução de controvérsias, expropriação, controles de capital, tratamento nacional, requisitos de desempenho, definição de investimentos, dentre outras. Se implementada da forma como vem sendo proposta pelos Estados Unidos, a ALCA trará aos países mais fracos consequências econômicas, sociais, trabalhistas, ambientais e culturais ainda não discutidas nem divulgadas amplamente.

Mesmo diante desse breve relato sobre a ALCA e seus reflexos para os países membro, é possível afirmar que estamos distantes da formulação de uma política econômica que possa transcender as fronteiras nacionais, justamente pela forma em que as propostas são apresentadas. Enquanto não houver a complementação econômica e a superação das imensas desigualdades econômicas e sociais existente entre os países do continente americano, a ALCA estará longe de ser um modelo democrático de integração.

2.4.4 O GRUPO DOS OITO – G8

Na arena internacional, tem-se destacado o Grupo dos Oito ou G8 (países mais industrializados do mundo, além da

26 JAKOBSEN, Kjeld, e MARTINS, Renato. ALCA: quem ganha e quem perde com o livre comércio nas Américas, p. 10.

27 JAKOBSEN, Kjeld; MARTINS, Renato. ALCA: quem ganha e quem perde com o livre comércio nas Américas, p. 11.

Rússia) como foro de debate para solução dos problemas que afetam a comunidade internacional. Embora não seja propriamente um bloco econômico, como os acima descritos, o Grupo dos Oito funciona como um “clube” de países cuja atuação conjunta influencia, de forma decisiva, nos rumos da política, da economia e das condições sociais dos povos da humanidade.

A primeira reunião do grupo ocorreu em 1975, na França, sendo seis os países representados: França, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Alemanha Ocidental, Japão e Itália. Posteriormente, integraram o grupo o Canadá e a Rússia, esta última em razão de seu grande poder geopolítico, pois se trata de uma potência nuclear.

O G-8 é presidido, em rodízio, por cada um dos países membros. O país que exerce a presidência propõe a ordem do dia, o local da cúpula e organiza as reuniões preparatórias. Atualmente, o grupo encontra-se sobre a presidência russa e o principal problema a ser discutido refere-se à política energética global que, como se sabe, é um tema bastante polêmico.

Na prática, entretanto, o chamado Grupo dos Oito consiste na reunião dos Chefes de Estados ricos e poderosos que coordenam políticas entre si, excluindo os interesses de países em desenvolvimento. O campo dos interesses tratados pelo G8 era, originalmente, o de questões econômicas, monetárias e financeiras, mas foi gradualmente ampliado para tratar de questões políticas e de segurança global. Assim, o G8 é a reunião de países ricos, que se consultam e se reúnem em intervalos regulares para reforçar a harmonia entre si e garantir sua influência nas grandes questões econômicas e políticas internacionais.

A forma de atuação dessa “Assembléia de Especialistas”, pressionando os países em desenvolvimento a liberarem cada vez mais seus mercados financeiros e comerciais, demonstra uma realidade inaceitável e opressora, principalmente quando suas políticas, que são dominantes, favorecem os países ricos em detrimento dos mais pobres.

Por essa razão, somos levados a concluir que tal cúpula não tem sido eficaz em debelar o desrespeito aos direitos fundamentais dos povos de todo planeta – como os habitantes da miserável região de Darfur, no Sudão –, além de não assegurar espaços para a escolha de alternativas para a solução dos graves problemas globais, de não respeitar os países em desenvolvimento e de não resgatar os princípios básicos da democracia.

É oportuno destacar o seguinte trecho do discurso do ex-Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, proferido durante a entrega do título de “Doutor Honoris Causa” da Universidade de Moscou, em 14 de janeiro de 2002, pela defesa de uma ordem internacional mais solidária:

Na verdade, o objetivo é mais amplo e passo pelo reconhecimento de que a economia está globalizada, mas a política não. O mundo carece de mecanismos de governança que adequem às exigências do mercado, às necessidades das comunidades nacionais. O sistema de Bretton Woods está obsoleto, se é que algum dia cumpriu os objetivos para os quais foi criado. O Banco Mundial precisa ser habilitado a promover o desenvolvimento e o FMI dotado de meios para assegurar liquidez ao sistema financeiro internacional. Cumpre valorizar o Grupo dos 20 como espaço de convergência entre o mundo desenvolvido e os países emergentes. Os russos da globalização, pela universalidade de seus efeitos, não podem ficar à mercê de instâncias restritas como o Grupo dos Sete ou o Grupo dos Oito. Também em nome da legitimidade, o sistema das Nações Unidas carece de atualização. O Conselho de Segurança deve

ser ampliado e reformado para melhor refletir a realidade de nossos dias. Em muitas dessas propostas, talvez em todas, o Brasil e a Rússia podem caminhar juntos.²⁸

Cumprir destacar que a luta contra a pobreza no mundo, que aumenta todo dia, é uma antiga promessa do G8, demonstrando, também, que ele não é capaz de formular e implementar políticas públicas e econômicas internacionais que possam observar e respeitar as relações entre globalização e democracia.

3. A SOBERANIA NA NOVA ORDEM GLOBALIZADA

3.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA

Norberto Bobbio, citado por Telma Berardo, declara que,

em sentido lato, o conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando de última instância numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado

[...] a soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder legítimo, do poder de fato em poder de direito.²⁹

Vê-se, aqui, que o conceito clássico de soberania possui duas dimensões: uma interna, na qual o Estado se apresenta como potestade absoluta, estabelecendo as normas de convivência da população que vive em seu território por meio de um ordenamento jurídico encabeçado por uma constituição; e uma externa, em que o Estado se coloca, na arena internacional, no mesmo plano que os demais Estados.

Um dos marcos históricos sobre o aspecto externo da soberania, afirma Venito Paulo Nunes Júnior,³⁰ foi o acordo internacional, firmado em 1618, conhecido como Paz de Westfalia, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, na qual restou firmado serem os governos soberanos e iguais juridicamente. Essa concepção clássica, não obstante tenha sido abalada pelos desequilíbrios de poder existentes entre as nações, potencializados pela expansão do comércio mundial e dramatizados após as duas guerras mundiais, com a ascensão de duas superpotências (EUA e URSS), permaneceu inalterada nos manuais de Ciência Política e de Direito Internacional. Ainda compartilhamos da idéia de que a soberania importa no exercício de um poder supremo, que não comporta outro igual ou concorrente ao seu. Por essa razão, o soberano não aceita qualquer tipo de subordinação à autoridade estrangeira, a não ser por via de consentimento expresso em tratado.³¹

Certo é que, atualmente novas questões desafiam a ordem jurídica a esboçar novos contornos para o já envelhecido termo “soberania”. A questão ambiental exemplifica bem essa situação, já que a poluição não respeita os limites territoriais do Estado, nem a soberania dos paí-

28 Disponível em: < www.psd.org.br/biblioteca/pronunciamento>. Acesso em: 5 jul. 2006.

29 BOBBIO, Norberto. Dicionário de política, Brasília: UnB, 2002, apud BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 22.

30 NUNES JÚNIOR, Venito Paulo. O conceito de soberania no século XXI. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 153.

31 REIS, Márcio Monteiro. Interpretação constitucional do conceito de soberania. São Paulo, Renovar, 2000.

ses. O ecossistema global,³² chama a atenção Telma Berardo, “é interligado, interdependente, a destruição de uma floresta não prejudica apenas o ecossistema cujo território está inserido, mas todo o globo”. Seria aceitável permitir que determinado país, baseado no tradicional conceito de soberania, como o fazem os Estados Unidos de George W. Bush, destruísse o patrimônio cultural da humanidade ou coloque em risco, mesmo que em longo prazo, a sobrevivência, a qualidade de vida de todas as espécies do planeta? Como o direito poderia regular essas situações?

Luciana Mancini esboça semelhante preocupação ao afirmar que a lógica do conceito de soberania acaba por fracionar os problemas globais no âmbito territorial de cada país, ainda que os problemas globais afetem a todos. As fronteiras diante desses problemas ambientais se assemelham, assim, muito mais com membranas permeáveis do que com muros intransponíveis.³³

Sendo as fronteiras construções artificiais criadas pelos Estados, na contemporaneidade, urge enfrentarmos os desafios decorrentes desse fato e seus reflexos na seara jurídica. Por essa razão há quem defenda a ideia de que a soberania, atualmente, consistiria numa espécie de cooperação internacional em prol de finalidades comuns, em que não haveria um Estado isolado, mas, sim, um membro de uma comunidade, de um sistema internacional. De acordo com esse entendimento, os Estados expressariam sua soberania mediante a participação no sistema internacional.³⁴

Também vem relativizando o tradicional conceito de soberania o “direito de ingerência humanitária” que visa impedir que determinado Estado invista contra sua própria população, desrespeitando seus direitos fundamentais. De acordo com Venílto Paulo Nunes Júnior,

no final do século passado – e também no início deste – o princípio da não intervenção ou do domínio reservado vem sofrendo uma contraposição severa com o respeito e defesa dos direitos humanos. Nesta esteira foi a ingerência externa no Iraque (1991), na Bósnia-Herzegovina e na Somália (ambas em 1992).³⁵

Além desses casos, poderíamos citar a intervenção da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) na ex-Iugoslávia (1999) para reprimir o processo de “limpeza étnica” perpetrado pelo governo sérvio contra a população kosovar.

3.2 A SOBERANIA E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS ECONÔMICAS

Assim, sob o signo dessa nova realidade fática, aparentemente caiu por terra o conceito de soberania, assim entendido como aquele ilimitado, uno e indivisível, que não se sujeita a qualquer ordem exterior.³⁶ A obsolescência do conceito clássico de soberania também se revela quanto ao enfoque tradicional que lhe é dado: como uma qualidade intrínseca e exclusiva do Estado.

De acordo com Rosemiro Leal,

32 BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito? Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 40.

33 MANCINI, Luciana. Os desafios do direito internacional em face de um problema global: o efeito estufa. Dissertação apresentada na USP, sob orientação do professor Dr. Luiz Eduardo Baptista, 1994.

34 PIOVESAN, Flávia. Painel sobre princípio da complementaridade e soberania. Revista CEJ, n. 11, 2000.

35 NUNES JÚNIOR, Venílto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 153.

36 NUNES JÚNIOR, Venílto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 155.

A soberania, como instituição jurídica, por seus fundamentos, pressupõe necessariamente a intervenção direta do povo de uma nação no regramento da conduta do Estado na elaboração e aplicação de suas políticas básicas e de seu comprometimento com os direitos fundamentais. [...] o fato de um Estado ser sujeito de direito internacional, por si só, não legitima juridicamente a sua soberania, se esta não for exercida por delegação direta da vontade popular. [...] Pode-se dizer que um Estado autocrático não é um Estado soberano, porque a soberania, como vimos, pressupõe direitos fundamentais concretizados na Ordem Jurídica Nacional. [...] embora a soberania se opere por órgãos [Legislativo, Executivo e Judiciário] e funções do Estado, entendemos que esses órgãos e funções não são fontes de soberania, mas apenas instrumentos criados pela nação e à disposição desta para o exercício da soberania estatal.³⁷

Desse modo, o exercício da soberania pressupõe a participação popular na elaboração e na fiscalização da política econômica do Estado Democrático de Direito em contraposição a uma realidade econômica imposta pela “estratégia totalizadora do Sistema Econômico Mundial (SEM) e do Sistema Monetário Internacional (SIM)”.³⁸

Tal participação deveria se consubstanciar na realização de plebiscitos e de referendos para que o povo seja consultado sobre a conveniência de medidas e atos importantes para a vida das nações. Tais medidas, como é sabido, não raro, são tomadas à revelia da vontade geral, como os diversos planos de estabilização econômica no Brasil, não sendo submetidos a um amplo debate público sobre sua conveniência e sobre as conseqüências deles advindas. Certamente o confisco das poupanças populares levado a cabo pelo governo Collor jamais teria ocorrido se tivesse sido submetido ao escrutínio popular.

À primeira vista, a soberania popular seria levada à risca nos países membros da União Européia que submetem ao escrutínio popular questões de política econômica de grande relevância não apenas para o país membro, como para todo o bloco, a exemplo da adoção do euro e da adoção de uma

Constituição para a União. No primeiro caso, dinamarqueses, suecos e britânicos se declararam contrários à adoção da moeda única, por entenderem que ela era lesiva à soberania de suas respectivas nações. O mesmo ocorreu, em 2005, quando holandeses e franceses rejeitaram o texto da Constituição européia.

Entretanto, mesmo na União Européia políticas econômicas de grande relevância são implementadas pela Comissão Européia – o braço executivo do bloco – sem a participação do Parlamento Europeu e dos cidadãos daquele continente. Vê-se que, nessas ocasiões, o princípio da soberania popular torna-se retórica vazia utilizada, mormente, nos períodos eleitorais para cativar o eleitorado.

Diante do exposto, é possível concluir que ainda estamos muito longe do ideal democrático de participação popular na formulação de políticas econômicas em níveis nacional, regional e mesmo global como exteriorização do princípio da soberania popular. Estados-Nações, blocos econômicos e organismos internacionais ainda não possuem um quadro institucional que permita a participação efetiva do povo na construção de políticas econômicas que visem à melhor distribuição da renda global; a regulamentação do fluxo de capitais que, a exemplo do que ocorreu no fim da década de 1990, pode desestabilizar economias nacionais inteiras;

37 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais, p.35-37.

38 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais, p. 42.

erradicar a fome e a miséria que assolam os países periféricos, comprometendo seu desenvolvimento futuro; controlar os fluxos migratórios e a transferência de postos de trabalho para países cuja legislação permite a exploração da mão-de-obra, num atentado indesculpável ao princípio da dignidade da pessoa humana; a formulação de uma política energética comum para os países do globo, em razão das disputas envolvendo países produtores e consumidores, bem como diante da importância dos recursos energéticos para o desenvolvimento econômico, entre outros temas de grande relevância global.

4. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS ECONÔMICAS GLOBAIS

4.1 DIREITO ECONÔMICO E POLÍTICAS ECONÔMICAS NA NOVA ORDEM GLOBALIZADA

O Direito Econômico, assevera Modesto Carvalhosa, corresponde ao “conjunto de normas que [...] vincula [sic] as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à Ordem Econômica”. De acordo com o referido autor, o Direito Econômico também tem por escopo conciliar “os conflitos de interesse entre esses fins e objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos; objetivos esses assegurados pelo princípio constitucional da livre iniciativa”.³⁹

Essa função conciliatória, no entender de Rosemiro Pereira Leal,⁴⁰ deve corresponder a uma “linha de maior vantagem social” que permita “uma política econômica⁴¹ nacional objetivando um crescimento ao nível de renda per capita (distributividade), sobrevivência pessoal digna e cidadania reconhecida pelo efetivo e direto exercício da soberania popular absoluta”, diminuindo os impactos negativos de uma realidade econômica “imposta ao Terceiro Mundo pelos países do Centro e pelas empresas transnacionais a estes ancoradas”.

No mundo globalizado, tanto a Política Econômica como os institutos do Direito Econômico são concebidos para atender à dignidade da pessoa humana, princípio inscrito em vários ordenamentos legais do mundo, bem como na Carta das Nações Unidas. Nesse aspecto, ressalta Rosemiro Leal, todo e qualquer conflito de interesses que surja entre as entidades econômicas e os indivíduos “há de se fazer com o objetivo maior de amparar, pela política econômica, o direito individual à vida digna em primeiro lugar, atendidos os condicionamentos históricos da soberania popular absoluta”.⁴²

39 CARVALHOSA, Modesto. Direito econômico, p. 331-332.

40 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais, p. 54-55.

41 Na lição de Washington Albino, as políticas econômicas correspondem ao conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos. Deve ser juridicamente tratada, sob pena de prática arbitrária do poder, sem o devido respeito aos direitos indispensáveis à vida social. Determinados exageros ou abusos do poder econômico, tanto público quanto privado, justificam plenamente a necessidade dessa judicialização que se efetiva pelo Direito Econômico. (Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 25)

42 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais, p. 55.

Todavia, na atual ordem globalizada, rigidamente direcionada pelo Sistema Econômico e Monetário Internacional, as políticas econômicas adotadas na ordem jurídico-econômica dos países periféricos sofrem, de forma incessante, as distorções provocadas pela “dominação macromundial”, levada a cabo pelos países centrais.⁴³ Por essa razão, aponta Rosemiro Leal, faz-se necessária a formulação de uma política econômica em “nível de razoável distributividade nacional de resultados” com a implementação de “mecanismos normativos” tendentes a “atenuar e reduzir as distorções impostas pela índole totalizadora do Sistema Econômico Mundial que suga, para os países do Centro, as vantagens obtidas pelos países da Periferia”.

Tal política econômica, assentua o insigne jurista, deve ser “comprometida com critérios de economicidade, uma vez que esta, por interessar diretamente à população nacional, é aspecto inapartável da prática da soberania popular”.⁴⁴ Hodiernamente, o Estado Nacional não mais atua como concessor do Direito, mas, sim, como instrumento da soberania popular que “busca no Direito Econômico o equacionamento e a sistematização da realidade econômica com vistas a atingir objetivos assecuratórios da dignidade da sobrevivência humana”.³⁹

4.2 A OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE NA NOVA ORDEM GLOBALIZADA

O Direito Econômico se incumbe da harmonização das atividades econômicas levadas a cabo pelos diferentes agentes econômicos, dentre os quais o indivíduo, o Estado, as empresas, os organismos nacionais, internacionais e comunitários, públicos ou privados. Todos esses desafios são enfrentados pelo Direito Econômico que, para tanto, é dotado dos caracteres “mobilidade”, “flexibilidade” e “revisibilidade”, inerentes às suas normas e que se traduzem em suas regras. Tal “maleabilidade”, necessária às adaptações desse ramo da Ciência Jurídica às diferentes situações que lhe são postas, é garantida pelo princípio da economicidade. “Conduzindo a opções que representem uma ‘linha de maior vantagem’”, afirma Washington Albino, “tomamos a ‘economicidade’ como ‘princípio’ que melhor conduza aos objetivos da ideologia constitucional como um todo”.⁴⁵

O conceito de economicidade, recorda Rosemiro Leal,⁴⁶ “não coincide “com a idéia capitalista de lucro monetário ou de acréscimo patrimonial” ou do sentido vulgar e comum de lucro”. A economicidade, na lição do autor, identifica-se com uma linha de maior vantagem que conduz ao justo na prática da atividade econômica disciplinada pelo Direito Econômico.

Por essa razão a formulação de políticas econômicas em níveis nacional e global deve estar comprometida com o princípio da economicidade tendo em vista que esta interessa diretamente à população mundial e liga-se, diretamente, ao exercício da soberania popular, princípio fundamental inscrito em diversas Constituições do mundo, dentre as quais a brasileira.

43 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais, p. 43.

44 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais, p. 46. De acordo com Washington Albino, o Direito Econômico dispõe do “recurso hermenêutico da ‘economicidade’, que lhe garante a ‘maleabilidade’ necessária às adaptações. Conduzindo a opções que representem uma ‘linha de maior vantagem’, tomamos a ‘economicidade’ como ‘princípio’ que melhor conduza aos objetivos da ideologia constitucional como um todo. [...] Opções a serem tomadas pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelo Judiciário utilizarão a ‘economicidade’ na elaboração das leis ou na circunstancialidade de sua aplicação com referência à defesa do consumidor e ao abuso do poder econômico, à defesa do meio ambiente, à desconsideração da personalidade jurídica e às medidas voltadas para a redução das desigualdades regionais e sociais”. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 26-33)

45 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico, p. 26-33.

46 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais, p. 41-42.

5. CONCLUSÃO

A humanidade atravessa um período conturbado, permeado por mudanças incontroláveis em ritmo cada vez mais acelerado e de consequências globalizadas. Os Estados-Nações, concebidos como entes soberanos, isto é, dotados de poderes suficientes para condicionar o comportamento dos indivíduos que habitam o território sob seu controle, têm se mostrado impotentes diante da força de um sistema econômico e financeiro mundial.

A globalização, mormente em seu aspecto econômico e financeiro, tem se revelado como um fenômeno irreversível, irreprimível e incontrolável pelas atuais instituições globais, sejam elas os governos nacionais, organismos internacionais e órgãos representativos dos blocos regionais. Esse fato, por si só, demandaria a formulação de políticas econômicas garantidoras da dignidade da pessoa humana em âmbito global que transcenderiam as fronteiras nacionais, uma construção cada vez mais irrealista.

Entretanto, não é o que se tem visto na atual ordem internacional. O meio ambiente vem sendo devastado de forma irresponsável, com prejuízo para todos, por um punhado de nações com poderio suficiente para ditar os rumos da economia mundial. Vastos segmentos da população humana, notadamente na África, Ásia e América Latina, são vítimas de desnutrição crônica e de guerras civis que ceifam milhões de vidas todos os anos sem que a comunidade internacional interceda para evitar tais tragédias. Um fluxo cada vez maior e incontrolável de miseráveis desesperados migram para a América anglo-saxônica (Estados Unidos e Canadá) e para a União Européia, atrás de condições mais dignas de existência, arriscando a vida em embarcações precárias e submetendo-se a máfias internacionais de tráfico humano, sem que os países receptores e os organismos internacionais se movam para formular políticas econômicas que promovam o desenvolvimento dos países exportadores. As megacorporações globais, notadamente as financeiras, lucram cada vez mais, alocando recursos onde bem entendem, deixando em alerta governantes de todo o mundo, mais atentos para a classificação que lhes é atribuída por agências de risco para investimento – a exemplo das americanas Goldman Sachs e Fitch Ratings – do que para as demandas do povo que os elege.

Diante da conjuntura acima delineada, conclui-se que as poucas políticas econômicas implementadas por alguns organismos internacionais, bem como por alguns governos e blocos econômicos, não têm sido suficientes para promover o bem-estar coletivo. Ademais, tais políticas, na maioria absoluta dos casos, não contam com participação popular no momento de sua formulação e de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

- ANDRADA, Bonifácio de. Ciência política e seus aspectos atuais: engenharia política e politicometria. Brasília, 2000.
- BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito. Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 40, jul./set. 2002.
- CARVALHOSA, Modesto. Direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias: análise do pensamento de Guy Sorman. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 34, jan./mar. 2001.

HOBBSBAWN, Eric. A era dos extremos: o breve século XX. 2. ed. 29. reimpressão Traduzido por Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

JAKOBSEN, Kjeld; MARTINS, Renato. ALCA: quem ganha e quem perde com o livre comércio nas Américas. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora de Direito, 1999.

MANCINI, Luciana. Os desafios do direito internacional em face de um problema global: o efeito estufa. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 42. jan./mar. 2003.

PIOVESAN, Flávia. Painel sobre princípio da complementaridade e soberania. Revista CEJ, n. 11, 2000.

REIS, Márcio Monteiro. Interpretação constitucional do conceito de soberania. São Paulo: Renovar, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. Globalização da economia e direito do trabalho. São Paulo:LTTr, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6.ed. São Paulo: LTTr, 2005.

THORSTENSEN, Vera. Comunidade Européia: líder do comércio internacional. São Paulo, Aduaneiras, 1993.

DIREITO E RELIGIÃO: REFLEXÕES ACERCA DO CONTEÚDO CULTURAL DAS NORMAS JURÍDICAS

LAW AND RELIGION: REFLECTIONS ON THE
CULTURAL CONTENT OF LEGAL STANDARDS

MARCELO MACIEL RAMOS¹

RESUMO

A laicidade do direito é, sem dúvida, uma das mais importantes conquistas culturais da civilização ocidental. A dissociação entre o direito e a religião foi o passo fundamental para o desenvolvimento de uma cultura jurídica sem precedentes e de cuja tradição somos herdeiros e continuadores. A separação entre o temporal e o divino permitiu o surgimento de uma forma de ordenação da vida social fundada não mais no sagrado, no sobrenatural, mas na própria capacidade humana de estabelecer as regras do agir e de decidir os conflitos segundo os próprios critérios. Todavia, a religião nunca deixou de constituir para a tradição jurídica ocidental uma importante fonte de conteúdo. Embora a autoridade das normas jurídicas tenha passado a se fundar na própria vontade humana, os valores transmitidos por meio das crenças religiosas predominantes não deixaram de compor a substância do direito. É sobre essa relação entre o direito e a religião que nos propomos refletir neste trabalho, examinando a tensão que se estabeleceu entre o profano e o sagrado, com base a invenção grega do discurso racional. Para tanto, explicitamos as perspectivas do direito romano diante da religião antiga e os retrocessos provocados pelo cristianismo medieval à experiência jurídica, assim como suas importantes contribuições axiológicas ao direito atual. Por fim, tratamos do caráter eminentemente cultural e ético do direito e de seu papel de compatibilizar, por meio de seus instrumentos formais, os diferentes aspectos normativos da cultura.

Palavras-chave: Direito. Cultura. Religião. Cristianismo.

ABSTRACT

The secularity of the law is undoubtedly one of the most important cultural achievements of Western civilization. The dissociation between law and religion was the key step for developing an unprecedented legal culture, a tradition to which we are the heirs and successors. The separation between the temporal and the divine has allowed the emergence of a way to organize social life that is no longer founded on the sacred or the supernatural, but rather on the human capacity to establish the rules of conduct and decide on disputes according to their own criteria. Nevertheless, religion has never ceased to be an important source of content in the Western legal tradition. While the authority of legal norms is now grounded in human will itself, the values provided by the predominant religious beliefs have not stopped making up the substance of the law.

It is about the relationship between law and religion upon which we propose to reflect in this work, examining the tension that has developed between the sacred and the profane, based on the Greek invention of rational discourse. For this purpose, we show the Roman law's viewpoint on the old religion and the setbacks caused by medieval Christianity to the legal experience, as well as their important axiological contributions to modern law. Finally, the foremost cultural and ethical feature of the law and its role in reconciling the different regulatory aspects of culture through its formal instruments is addressed.

Keywords: Law. Culture. Religion. Christianity.

¹ Bacharel em Direito e Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente, é Doutorando da mesma instituição, na linha de pesquisa Direito, Razão e História, tendo realizado parte de suas pesquisas doutorais no Institut de la Pensée Contemporaine – Université Paris, VII – Paris-Diderot. E-mail: ramosmarcelo@hotmail.com

1. A LAICIDADE E O CONTEÚDO RELIGIOSO DO DIREITO

Alaicidade do direito é, sem dúvida, uma das mais importantes conquistas culturais da civilização ocidental. A dissociação entre o direito e a religião foi o passo fundamental para o desenvolvimento de uma cultura jurídica sem precedentes e de cuja tradição somos herdeiros e continuadores. A separação entre o temporal e o divino permitiu o surgimento de uma forma de ordenação da vida social fundada não mais no sagrado, no sobrenatural, mas na própria capacidade humana de estabelecer as regras do agir e de decidir os conflitos segundo seus próprios critérios.

Por outro lado, a religião nunca deixou de constituir para a tradição jurídica ocidental uma importante fonte de conteúdo. Embora a autoridade das normas jurídicas tenha passado a se fundar na própria vontade humana, os valores transmitidos por meio das crenças religiosas predominantes não deixaram de compor a substância do direito.

Todavia, nos últimos séculos, a Ciência do Direito, em consonância com o racionalismo kantiano e posteriormente com o positivismo, tanto o filosófico quanto o jurídico, na tentativa de conquistar sua autonomia científica, passou a isolar artificialmente o direito do seu locus cultural, excluindo de suas reflexões as questões de cunho político, moral e religioso. Aliado a isso, os princípios iluministas, que promoveram a progressiva emancipação do Estado e do direito adiante da autoridade religiosa, fizeram com que a Ciência Jurídica evitasse as associações entre o conteúdo do direito e o da religião.²

Nesse sentido, ensina Edgar de Godoi da Mata-Machado:

Fácil é rastrear as influências do kantismo na própria elaboração da ciência jurídica positiva. Decerto será preciso dizer que a separação entre Moral e Direito, tão rigorosamente afirmado pelo idealismo ético, libertou a ciência jurídica e lhe precipitou a secularização. Na medida em que tal libertação e tal secularização significam aquisição de autonomia, não se pode deixar de reconhecer-lhes o mérito. Mas a distinção entre as duas ordens, em si mesma necessária e útil, representaria em breve desunião e, não raro, conflito, expressos, antes de tudo, pela quase universal e radical negação de qualquer fundamento superior do Direito, cujas origens materiais, fenomenais, sensíveis, viriam a ser procuradas ou no mandato do soberano, tal como o sustentaram Austin e toda Escola Analítica Inglesa, ou na alma do povo, segundo Savigny e a Escola Histórica, ou numa consciência coletiva hipostasiada, de acordo com a Sociologia de filiação durkeimeana, ou numa 'constituição hipotética primeira', engenhosamente imaginada por Kelsen, o que tudo iria redundar no mais desencantado ceticismo ou no relativismo desconexo, cuja base única de sustentação se alicerçaria, tão só, na força, atuando através do poder coercitivo do Estado.³

Hans Kelsen tenta extrair da Ciência Jurídica “tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.⁴ Assim, pretende “libertar” o direito de todos os elementos que lhe são estranhos, a saber, a moral, a religião e a política. Segundo o autor, ao lado das normas jurídicas, há outras normas que regulam a conduta dos homens, quais sejam, as normas sociais,

2 RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do Ocidente*, f. 148.

3 MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Cristianismo e direito. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 9, p. 13, grifos do autor.

4 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1.

que podem ser abrangidas sob a designação de moral. No entanto, tais condutas não podem ser confundidas, sob pena de se comprometer a autonomia da Ciência Jurídica.

Nas palavras do autor,

a necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.⁵

Nesse contexto, as normas jurídicas passaram a ser identificadas com a força impositiva que as tornava obrigatórias, e os juristas passaram a ocupar-se apenas do exame da forma, por meio da qual essa força poderia impor-se validamente. As considerações sobre o conteúdo substancial e o fim do direito foram, pois, extirpadas da Ciência Jurídica. Isso porque, uma vez que tais informações precisariam ser buscadas com o auxílio de outras ciências, restaria comprometida a emancipação do direito como saber autônomo.

Se, por um lado, as posições juspositivistas tiveram o mérito de promover a emancipação da Ciência do Direito e de estabelecer uma vasta teoria sobre as características estruturais da norma, dos seus processos de produção e aplicação e dos seus fundamentos formais de validade, por outro lado, promoveram o isolamento artificial do fenômeno jurídico, que o afastou de suas relações inevitáveis com os fenômenos político, social, religioso, etc.

Se o direito não pode prescindir dos seus aspectos formais, isto é, do conjunto de processos normativos previamente estabelecidos que impõe aos homens uma conduta obrigatória (um dever) e, ao mesmo tempo, um poder (uma prerrogativa) de exigir dos demais a sua observância, tampouco ele pode ignorar que o conteúdo do modelo de ação que estabelece é produto de uma decisão que é expressão da tradição cultural na qual se insere e que se funda em princípios e fins construídos historicamente. Se a forma previamente estabelecida é o que garante a segurança (a certeza) sobre o seu modo de proceder, tanto no que tange à produção de leis quanto a solução de conflitos, a substância cultural que preenche e justifica o conteúdo dos seus deveres e prerrogativas e, mesmo, os fundamentos de seus princípios formais (devido processo legal, contraditório, equilíbrio das partes, etc.) é o que assegura sua autoridade (sua validade material) como instrumento de ordenação da vida social.

Por isso, o direito, como produto da cultura, precisa estar constantemente conectado aos seus fins e fundamentos, sem os quais seu sentido, sua compreensão e sua própria manifestação na vida social ficam comprometidos.

Afinal, a realidade ontológica de um bem cultural, isto é, sua essência, é necessariamente teleológica. São os fins, os quais já são em si construções humanas, que constituem o sopro de vida dos fenômenos culturais. Desse modo, o direito apenas pode encontrar sua razão de ser nos valores que se propõe a realizar, os quais só podem ser encontrados no processo histórico da cultura que o produz.

A substância da norma jurídica (o conteúdo do dever) expressa sempre a escolha e a imposição de um único modo de agir em detrimento da infinita possibilidade de ação que a criatividade e as paixões humanas são capazes de produzir. E essa escolha é sempre alimentada por valores ou perspectivas historicamente construídas.

Na civilização ocidental, fundada sobre as perspectivas racionais dos gregos, as várias filosofias, como saberes comprometidos com a ordenação coerente e lógica de suas afirmações, apresentaram-se como os elementos culturais basilares, essenciais para a compreensão de tudo o mais que se produziu. Mesmo sua experiência mitológica e religiosa acabou incorporando muito dessa perspectiva. O cristianismo, religião por excelência dessa civilização, construiu-se e adaptou-se constantemente aos ditames da razão, ainda que tivesse mantido o caráter mítico e dogmático de suas afirmações fundamentais.

Como no Ocidente a filosofia e a religião sempre ocuparam posição preeminente na sistematização dos costumes sociais e na busca de um sentido universal para a ação humana, elas apresentaram-se como o elemento cultural que subjaz às determinações normativas da tradição ocidental, orientando-lhes o conteúdo.

Antes de prosseguirmos, porém, na reflexão sobre o significativo conteúdo religioso presente nas normas jurídicas, faremos uma breve regressão à origem comum do direito e da religião, com base na qual ficará mais evidente a ruptura e a tensão que se estabeleceu entre eles.

2. ORIGEM COMUM, DESTINOS DIVERSOS

Se hoje distinguimos sem dificuldades o direito da religião e se a distinção que deles fazemos nos parece tão natural, isso não significa, todavia, que tal separação seja evidente a qualquer tradição cultural ou que, mesmo na história do Ocidente, ela tenha estado sempre presente.

Nos primórdios da civilização greco-romana, com base na qual se desenvolveu a civilização ocidental, não se fazia qualquer distinção entre as normas sociais. No âmbito privado, o homem estava submetido às regras estabelecidas pelo chefe da família ou do clã e, no âmbito público, pelas regras comuns impostas pelo soberano. Os chefes de família e o soberano estavam, por sua vez, submetidos aos princípios da tradição e do culto aos antepassados.⁶ A vida pública e a privada estavam comprometidas com a religião, de modo que as normas de ordenação social abrangiam todos os aspectos éticos que posteriormente passamos a distinguir como jurídico, religioso, social, político, moral, etc.

Além disso, havia um compromisso ético que se realizava na totalidade do interesse comum, na vida concreta da polis e que não se fragmentava em setores diversos da existência, conforme passamos mais tarde a proceder: um compromisso ético para consigo mesmo (moral), distinto daquele para com o todo (político) ou para com o conjunto das crenças (religioso) ou dos costumes (social), etc.

6 Sobre a religião primitiva, a família e as primeiras manifestações jurídicas dos romanos, cf. COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Fernando Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Esse desmembramento dos diferentes aspectos da vida ética é fruto, no Ocidente, de dois eventos culturais de robusta importância: a invenção do discurso lógico como alternativa à narrativa mítica e o destacamento gradual do indivíduo da totalidade ético-política.

O primeiro desses eventos ocorre quando o homem grego passa a buscar na própria natureza, e não mais na autoridade sagrada da tradição mitológica, a causa do mundo ou a origem das coisas e de si próprio. Tal fato, que marca a invenção de um discurso lógico, que se apresenta como alternativa à narrativa mítica, é a pedra fundamental que sustenta o aparato intelectual ocidental e que o distingue, sobretudo quando colocado em perspectiva com os demais modelos de razão produzidos por outras civilizações. É essa passagem de um conhecimento fundado sobre a autoridade sagrada da tradição para uma ciência instituída sobre o livre questionamento das causas que marca, de início, o modelo racional do Ocidente. Disso resulta um afastamento gradativo, na vida política, do religioso, pois permitiu que as normas sociais passassem a fundar-se não mais no respeito e no medo à verdade sagrada da tradição religiosa, mas na própria capacidade humana de estabelecê-las para si, mediante seus próprios critérios. Embora seja preciso ter em conta os inúmeros reveses e reaproximações entre o temporal e o espiritual ocorridos na história ocidental, tal separação, uma vez instaurada, marcou profundamente suas disputas mais importantes.

O segundo evento consistiu no destacamento gradual do indivíduo, enquanto ente autônomo, da vida coletiva.

Na antiguidade greco-romana o homem retirava toda a sua essência ética e seu valor da vida social. A oposição entre o individual e o coletivo era fortemente desestimulada. O ideal de virtude⁷ do antigo – sua ἀρετή (arete), seu propósito – era realizar-se como cidadão. A noção de realizar-se individualmente, na esfera privada, é um desenvolvimento posterior, inconcebível à época.

A liberdade (ou autonomia) do antigo era entendida como o desenvolvimento de sua essência pela e para a cidade, numa relação harmoniosa que comungava dos mesmos fins. Ele era livre porque participava das decisões da polis. E sua ação política, tomada individualmente, seria virtuosa enquanto o fim objetivado por ela fosse a coletividade, que, por sua vez, tinha como fim a realização do homem enquanto ser político e racional.⁸

Tanto Platão quanto Aristóteles afirmavam a identidade do fim do indivíduo e do Estado, que seria, pois, a ordenação das ações conforme os critérios da razão. Afinal, uma vez que somente na vida comum o homem poderia realizar-se em sua essência (que é sua capacidade racional e ética), a própria razão indica que o fim da vida comum (que é a própria realização humana) tem uma dignidade maior, visto que fora da vida comum o fim do homem não poderia efetivar-se.⁹

7 A palavra “virtude”, do latim *virtu*, aparece mais tarde no pensamento do Ocidente, nos escritos dos pensadores cristãos, e incorpora uma perspectiva subjetiva que não está presente na Antiguidade clássica. Na Grécia antiga, diz-se ἀρετή (arete) para se referir ao cumprimento do propósito ao qual cada cidadão se destina. Conforme Werner Jaeger, arete “tem o sentido de aceitação social, significando então ‘respeito’, ‘prestígio’”. Mas isto é secundário e deve-se à grande influência social de todas as avaliações do homem nos primeiros tempos. Originalmente a palavra designava um valor objetivo naquele que qualificava, uma força que lhe era própria, que constituía sua perfeição”. (JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*, p. 26)

8 Não se tratava, desse modo, de liberdade individual, tal qual a concebemos hoje. A liberdade do antigo era o pertencimento à cidade, da qual era, ao mesmo tempo, produto e produtor. A propósito da leitura hegeliana da liberdade antiga, cf. HYPPOLITE, Jean. *Introdução à filosofia da história de Hegel*, p. 31.

9 PLATÃO. *A república*, Livro VIII, § 562. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 18 (1094b; Livro I, 2, 8-10).

Todavia, essa comunhão entre a vida individual e a coletiva foi profundamente abalada com advento do Império alexandrino e, mais tarde, do Império romano, nos quais houve a transferência do poder do cidadão de decidir sobre seu destino político para as mãos do imperador. Na impossibilidade de realizar-se integralmente na vida comum, como cidadão, o antigo, após ter experimentado a liberdade de questionamento, conforme possibilidade aberta pelo discurso racional, e a liberdade de participar das decisões sobre o seu destino social, seja em assembleias democráticas, seja aristocráticas, precisou buscar fora da vida política, sequestrada pelo imperador, um caminho de realização. Há nesse momento uma ruptura entre os fins individuais e os fins políticos. A antiga totalidade ética,¹⁰ na qual os diferentes aspectos da vida normativa se confundiam, começou a desmembrar-se em vida política, religiosa, moral, jurídica, etc.

3. DO RITUALISMO RELIGIOSO AO FORMALISMO JURÍDICO

É interessante notar, ainda, como o formalismo litúrgico dos cultos religiosos foi absorvido pelo direito que se desenvolveu na antiga Roma, o qual, mais tarde, constituiu as bases da experiência jurídica que se produziu no Ocidente. Mesmo que a transformação das relações sociais e o esvaziamento das velhas crenças tenham feito desbotar o caráter sagrado dos ritos ligados ao culto, o formalismo técnico desses ritos perpetuou-se sob a forma de processos de decisão legislativa e judicial.

Se, de um lado, a autoridade dos processos normativos foi deslocada do sagrado para a manifestação da vontade popular, de outro, manteve-se o rigor ritual daqueles. Desse modo, as normas sociais, que eram expressão da vontade divina, reveladas ou confirmadas por meio de rituais religiosos extremamente formais, embora passassem a fundar-se gradativamente na vontade dos cidadãos, reproduziam os rigores dos procedimentos litúrgicos do culto.¹¹

Com isso, a norma, que tomava cada vez mais aspectos do que mais tarde se passou a denominar direito (*ius*), continuava, conforme o espírito da tradição romana, a fundar sua validade nas formalidades do processo (nos ritos) de sua produção, embora, passasse a justificar-se na vontade (na razão) dos cidadãos.

Mario Bretonne chama atenção para o fato de que é provável que a manifestação popular no estabelecimento das leis tenha sido, nos primeiros tempos, um ato puramente formal, em respeito às tradições das famílias romanas.¹² Nos primeiros tempos de Roma, submetiam-se às assembleias de pater familias as decisões de caráter religioso tomadas pelo rei, num ato simbólico que representava o respeito e o reconhecimento por parte deste último à religião privada dos romanos. Com a passar do tempo, entretanto, essas assembleias passaram a se impor pela força de sua própria tradição secular, o que lhes conferia autoridade para, efetivamente, oporem-se às decisões reais. Com o estabelecimento definitivo da República em 510

10 Trata-se da bela totalidade registrada por Hegel, a representar, conforme José Luiz Borges Horta, a permanente promessa de Estado aspirada pelo Ocidente. (HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do estado de direito: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais, p. 8)

11 BRETONNE, Mário. *História do direito romano*, p. 87-92.

12 BRETONNE, Mário. *História do direito romano*, p. 45.

a.C., as assembleias continuaram a reunir-se, mas, a partir de então, para aprovar as decisões dos magistrados, cujos teores afastavam-se gradativamente das questões religiosas para se concentrarem nos problemas laicos da organização política e das relações privadas.

Conforme Vandick da Nóbrega, os comícios romanos não chegaram a participar na elaboração do conteúdo das leis, apenas compareciam à convocação do rei e, mais tarde, dos magistrados, para dizerem sim (*uti rogas*) ou não (*antiquo*) às suas decisões.¹³ Todavia, esse fato permitiu aos romanos tomar o direito como manifestação da liberdade, mesmo que não tivessem tido a consciência disso. O direito apresentava-se como um instrumento formal por meio do qual podiam dar seu assentimento às definições de conteúdo das normas de comportamento as quais se submeteriam e, ainda, por meio do qual poderiam exigir seu cumprimento.

A separação entre o sagrado e o profano começou, então, a apresentar seus primeiros contornos e aquela totalidade ética, que habitava o espírito democrático grego foi rompida definitivamente mediante o desenvolvimento de uma ordem normativa que instrumentaliza a proteção do interesse privado. É nesse contexto que se desenvolve mecanismos de solução de conflitos por meio dos quais o cidadão poderia garantir o respeito dos seus interesses particulares fazendo uso, para tanto, da força organizada da própria coletividade. É a partir de então que a distinção entre o privado e o coletivo, bem como entre o sacro e o profano, começa a se evidenciar.

4. O RAPTO DO ÉTICO PELA RELIGIÃO

É interessante notar que, embora a dissociação do pensamento racional e do pensamento mítico tenha promovido a emancipação gradativa do político diante do religioso, tal emancipação se resumia, em princípio, à justificação da obrigatoriedade das normas sociais pela autonomia da vontade da coletividade (as leis se impõem à medida que foram admitidas pelo juízo do povo¹⁴).

Não se tratava de uma mudança no conteúdo dessas normas, mas, na verdade, na ampliação das questões por elas tuteladas, visto que passavam a tratar de matérias referentes à vida privada ou pública que não estavam mais necessariamente ligadas ao culto. Não havia incompatibilidade entre os valores da tradição religiosa e aqueles albergados pelas normas propriamente jurídicas, as quais continuavam a servir ao culto, embora não se servissem mais do culto para justificar sua imposição.

A ciência do direito era compreendida pelos próprios romanos como “o conhecimento das coisas divinas e humanas” (*Jurisprudentia est notitia divinarum et humanarum*), conforme frase inscrita nas Institutas do Imperador Justiniano.¹⁵ Em trecho do Digesto a conexão material entre o direito e a religião fica ainda mais evidente:

13 NOBREGA, Vandick L. da. *Compêndio de direito romano*, v. 1, p. 120-122.

14 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Digesto de Justiniano*, p. 52 (D. 1.3.32.1).

15 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*, p. 21 (T. I, § 1º).

A fim de que repilamos a violência e a injúria: pois deste direito decorre que o que cada um fizer para a proteção do seu corpo seja estimado como tendo sido feito legitimamente e, como a natureza constituiu entre nós certo parentesco, por consequência é contrário à religião que um homem aja insidiosamente contra outro homem.¹⁶

Todavia, como fim do Império romano e como estabelecimento da Igreja cristã como fundamento unificador da civilização ocidental que se formava, enquanto a distinção que começara a se esboçar, no momento precedente, entre o moral, o religioso e o “jurídico” foi desaparecendo pouco a pouco, o distanciamento entre o político e o sagrado se ampliou significativamente.

O que marcou esse novo momento foi um retrocesso significativo da vida política, jurídica e científica. A ideia, tão cara aos romanos, de que as relações sociais devem ser regidas por um direito composto de regras que representam a própria vontade de seus destinatários (do povo) e que poderiam ser por eles exigidas foi sendo apagada diante das novas relações que se formaram no contexto do feudalismo e do cristianismo medieval. O centro da vida social deslocou-se das cidades para o campo, onde os homens se refugiavam para buscar segurança e novos meios de subsistência, sob a proteção dos poderosos senhores de terra. Com isso, restabelecia-se a primitiva lei do mais forte. Além do mais, as doutrinas cristãs, que tão fortemente influenciaram o espírito medieval, viam o direito laico como um mal que deveria ser afastado. Descrente da capacidade humana de realizar justiça, o cristianismo pregava o abandono das formas jurídicas tradicionais e sua substituição pela prática espontânea do amor e da caridade ou, como último recurso, pelo pronunciamento da própria Igreja sobre o conflito.

Desse modo, houve um significativo retrocesso das formas jurídicas: a legislação tomou importância secundária; uma pluralidade de ordenamentos normativos orais e costumeiros passou a vigorar;¹⁷ os processos de solução de conflitos voltaram a basear-se no sobrenatural, por meio das provas dos ordálios, ou no poder dos mais fortes, por meio dos duelos judiciais. Além disso, não havia nenhum poder constituído que disponibilizasse universalmente a força necessária para garantir ao vencedor da demanda o cumprimento do direito por parte do vencido.¹⁸

O “direito” feudal – se é que de fato podemos chamá-lo assim – voltou a confundir-se, portanto, com a moral e a religião. Tornou-se, pois, a depender da piedade e da caridade alheia na efetivação do conteúdo das normas. O cumprimento delas ficava absolutamente sujeito à consciência moral subjetiva ou à violência dos mais fortes.¹⁹

A religião, agora unificada e organizada sob a égide de uma Igreja cristã extremamente poderosa, capaz de impor-se aos poderes locais e aos reinos que se formavam, apresentava-se como a guardiã do único ethos possível: aquele que se fundava em sua própria doutrina. A ela cabia dizer e resguardar os dogmas (as normas de conduta) que levariam à salvação humana no pós-vida, já que a realização terrena (a realização racional e ético-política do homem) tinha-lhe sido alienada. Às organizações políticas, esvaziadas, pois, de toda finalidade ética, restavam apenas a manutenção da ordem e a preocupação com a conservação do próprio poder.

16 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Digesto de Justiniano*, p. 19 (D.1.1.3).

17 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*, p. 149-150.

18 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 30.

19 RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do Ocidente*, p. 94.

5. O CRISTIANISMO E O DIREITO

O cristianismo²⁰ representou durante mais de um milênio, desde a queda da porção ocidental do Império romano no século V, até o Iluminismo e as revoluções por ele despertadas, a partir do século XVIII, a referência ética exclusiva dos vários povos que se formavam sob as perspectivas culturais da civilização ocidental.

Desse modo, a despeito dos retrocessos que ele infligiu à vida jurídica e política, convencendo-nos durante séculos dos seus deméritos, é preciso reconhecer que sua doutrina forneceu e ainda fornece importantes valores e mandamentos da nossa experiência jurídica.

Aceitar a conexão entre o direito e a religião cristã não significa, todavia, abandonar o pressuposto de racionalidade como ponto de partida de uma ordenação propriamente jurídica. Afinal, essa é a vocação precípua e irrenunciável do direito ocidental, construído sobre o legado greco-romano.

Além disso, há que se observar que a despeito do sentimento religioso individual que um ocidental nutre pela fé cristã, ele é produto de uma tradição cultural da qual o cristianismo é uma parte substancial, tendo, portanto, recebido e incorporado crenças, símbolos e valores cristãos, que influenciam seu modo de perceber o mundo e seu comportamento social.

Ainda, no embate entre mito (fé) e razão que sempre permeou o pensamento ocidental, mesmo nos momentos de radical racionalismo, buscou-se muitas vezes nas crenças os elementos sobre os quais a razão se debruçou para produzir seus conhecimentos.

Com isso, mesmo com o proclamado racionalismo do Iluminismo, a suscitar uma profunda transformação na civilização ocidental, com a revalorização do homem e da razão, os valores da tradição cristã não puderam ser abandonados definitivamente, sob o argumento de que se fundavam na crença em uma verdade revelada pela divindade. Isso porque, naquele momento, eles já estavam profundamente impregnados no imaginário e no patrimônio cultural e ético do Ocidente.

É verdade que o sentido de sujeição da religião cristã, que se opõe ao sentido original de autonomia racional e moral estabelecido pelos gregos antigos (de submeter-se aos critérios de sua própria razão para produzir conhecimentos e princípios de conduta), abre caminho para a construção de uma noção negativa de justiça que afasta definitivamente do homem o critério para sua realização.

Partindo-se da noção de que Deus é o princípio transcendental e pessoal de todas as coisas, criador e senhor amoroso e misericordioso do homem, a oferecer-lhe em troca da fé a graça da salvação eterna, a realização humana é transferida completamente para um outro plano de existência, a depender da vontade divina. Com isso, a autonomia humana, fundamento de todo o ethos da Antiguidade clássica, é fortemente ofuscado. Restou ao homem, em face da sua semelhança e consequente participação na razão divina, uma racionalidade limitada (temporal, mutável e contingente), dependente, portanto, da fé na verdade revelada por Deus (esta sim, perfeita e imutável). Da dependência racional do homem decorre, por conseguinte,

20 Para um completo e profundo exame do pensamento cristão, cf. BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

sua incapacidade moral, que diante do livre-arbítrio concedido por Deus e da impossibilidade de alcançar pela razão a verdade em sua integralidade, precisaria submeter-se à lei divina.

Com isso, a justiça (ou a virtude) cristã acaba por se apresentar como a conformação do homem, pela fé, à vontade divina, revelada nas Escrituras e depositada sob a guarda da Igreja. A injustiça, ou o pecado, é, ao contrário, o afastamento do homem dos preceitos de Deus.

Como a salvação, fim último do homem, só seria possível, segundo os cristãos, pela graça divina, a qual se alcança pela fé sincera em sua palavra e pela conformação do pensamento e da ação a ela, a ordem social deixa de representar o ambiente necessário para a realização do homem. Além disso, diante de sua incapacidade moral, não seria possível qualquer justiça humana, razão pela qual ao cristão não restava outra alternativa senão resignar-se perante a autoridade temporal, visto que tudo é conforme a vontade de Deus e depositar todas as suas energias e expectativas numa realização além-vida junto ao criador.

Nesse sentido, a justiça é entendida por Agostinho como o amor a Deus, a quem o homem deve se entregar inteiramente, cumprindo cabalmente a lei divina. A ordem social deveria, do mesmo modo, conformar-se à reta ordem divina, regendo-se pelo amor a Deus, o qual se desdobra no dever de amar ao próximo, de ajudar aos necessitados e de não causar mal a ninguém.²¹ Todavia, não existindo um Estado capaz de se guiar efetivamente conforme o amor a Deus, caberia à ordem política prover apenas a paz mundana e a ordem na cidade terrena, enquanto só na cidade de Deus se poderia alcançar a salvação futura e a paz eterna. Portanto, a verdadeira justiça, entendida como amor e caridade, só seria possível, segundo Agostinho, na cidade celeste, representada na terra pela Igreja. Com isso, à Igreja caberia o encargo de realizar os valores humanos superiores, restando à comunidade política a tarefa inferior de manutenção da ordem terrena.²²

Mesmo Tomás de Aquino, a despeito de sua orientação francamente racionalista, acaba por apresentar a justiça como sujeição a Deus. Embora, no esteio de Aristóteles, Aquino afirmasse que a justiça era a disposição constante do homem para conformar a ação à sua própria razão, ele acrescenta que, em vista das suas limitações, o homem precisaria recorrer sempre à revelação da Razão divina. Dessa maneira, fazia-se necessário uma lei de Deus, revelada por meio das Escrituras, pela qual o homem poderia ser guiado pela fé, reconduzindo-se, portanto, à beatitude e à justiça. Além disso, entende o filósofo que como a lei divina fora confiada a Igreja, a ela deveriam se subordinar os homens e as ordens políticas.²³

21 Carl J. Friedrich afirma que Agostinho teria substituído a noção de comunidade da lei, recorrente no pensamento antigo, pela noção de comunidade do amor e da caridade. (FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*, p. 53). Nesse mesmo sentido, cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antiguidade clássica à modernidade*, p. 58.

22 AGOSTINHO (Santo). *A cidade de Deus*, v. 3, p. 1.929-1.931.

23 Transcrevemos, aqui, um trecho da *Suma Teológica* de Tomas de Aquino, que resume com clareza tal posição: "Além da lei natural e da humana, é necessário, para a direção da vida humana, haver uma lei divina. E isto por quatro razões. – Primeiro, porque, pela lei, o homem dirige os seus atos, em ordem ao fim último. Ora, se ele se ordenasse só para um fim que lhe não excedesse a capacidade das faculdades naturais, não teria necessidade de nenhuma regra racional, superior à lei natural e à humana desta derivada. Mas, como o homem se ordena ao fim da beatitude eterna, excedente à capacidade natural das suas faculdades, como já estabelecemos, é necessário que, além da lei natural e da humana, seja também dirigido ao seu fim por uma lei imposta por Deus. – Segundo, da incerteza do juízo humano, sobretudo no atinente às cousas particulares, originam-se juízos diversos sobre actos humanos diversos; donde, por sua vez, procedem leis diversas e contrárias. Portanto, para poder o homem, sem nenhuma dúvida, saber o que deve fazer e o que deve evitar, é necessário dirija os seus actos próprios pela lei estabelecida por Deus, que sabe não poder errar. – Terceiro, porque o homem só pode legislar sobre o que pode julgar. Ora, não pode julgar os atos internos, que são ocultos, mas só, dos externos, que aparecem. E, contudo, a perfeição da virtude exige que ele proceda retamente, em relação uns aos outros. Portanto, a lei humana não podendo coibir e ordenar suficientemente os atos internos, é necessário que, para tal, sobrevenha a lei divina. – Quarto, porque, como diz Agostinho, a lei humana não pode minar todos os males, haveria, conseqüentemente, de impedir muitos bens, impedindo, assim, a utilidade do bem comum,

É importante anotar que o impacto da doutrina cristã sobre o direito ocidental foi, sobre vários aspectos, paradoxal. Por um lado, contribuiu fortemente para sua decadência após o fim do Império romano e, por outro, forneceu vários dos valores que passaram a constituir seus princípios fundamentais quando da sua reabilitação definitiva, levada a cabo pelas revoluções que marcaram o início da contemporaneidade.

Ao afirmar a limitação da racionalidade humana e sua inexorável dependência moral, o cristianismo negava os pressupostos basilares da vida jurídica, tal qual produzida pelo mundo grecoromano.

Afinal, o direito fundava-se justamente na capacidade humana de formular juízos sobre o bem e o mal, com base nos quais o cidadão poderia decidir sobre qual padrão de ação deveria ser adotado e imposto como lei objetivamente válida. Era sobre a perspectiva da justiça da norma imposta, segundo o melhor juízo humano, que se justificava sua obrigatoriedade.

O cristianismo, ao contrário, proclamava que todo bem emanava de Deus e só nele poderia ser encontrado. Desse modo, o homem, diante de suas limitações, necessitava, pois, crer na verdade revelada por Deus, submetendo-se e obedecendo cegamente a ela. Afirmava-se, ainda, que só a Deus caberia o julgamento sobre todas as coisas, visto que diante da incapacidade moral do homem, ele não deveria julgar os outros. Com isso, a doutrina cristã negava a possibilidade de qualquer justiça humana, rebaixando, pois, a vida jurídica (e a política) a mero recurso de manutenção da ordem, reservando à Igreja, guardiã da revelação divina, o juízo sobre o bem e o mal.

Destarte, o cristianismo introduzira um ethos da alienação e da submissão, que pregava a resignação (a passividade) diante dos mistérios da vontade divina e a sujeição pela fé, o que implicava a abdicação da vida política e jurídica, nas quais não se poderia encontrar a salvação (só possível em Deus por meio da Igreja).

Além disso, a doutrina cristã apresentava, como substituto do direito, a caridade e o perdão, os quais, a princípio, representavam sua própria antítese. Afinal, o que caracterizava o direito era justamente a atribuição de prerrogativas (correspondentes aos deveres estabelecidos), as quais conferiam aos seus destinatários o poder de exigir dos demais o seu cumprimento, não ficando, portanto, à mercê da boa vontade ou da caridade alheia. Ademais, ao impor o perdão e a resignação, desestimulavam-se as demandas judiciais.

Portanto, o cristianismo, enquanto prosperou como referência cultural e ética quase que exclusiva do Ocidente, submeteu aos seus pressupostos o direito, impedindo, mesmo com a gradual reorganização política da Europa e com o florescimento dos estudos jurídicos a partir do século XI, sua reafirmação como instrumento máximo do ethos humano, a expressar e garantir os valores mais caros eleitos pela cultura em seu processo histórico.

Todavia, se, por um lado, o banimento do cristianismo do pensamento científico e filosófico e da vida política, a partir do Iluminismo, permitiu o reflorescimento do direito, por outro, buscou-se no ethos cristão muitos dos valores sobre os quais ele se reconstituiu.

Sob a inspiração das filosofias gregas, suprimiam-se as afirmações de limitação racional e de incapacidade moral do homem, bem como seus deveres inquestionáveis de submissão

necessário ao comércio humano. Por onde, a fim de nenhum mal ficar sem ser proibido e permanecer impune, é necessário sobrevir a lei divina, que proíbe todos os pecados". (AQUINO, Tomás. Suma teológica: das leis, v. 9, p. 23-25)

e obediência cegas à ordem divina; entretanto, a própria valorização do homem e a afirmação fundamental da igualdade humana buscavam na noção de pessoa e de fraternidade universal, desenvolvidas pela doutrina cristã, seus pressupostos basilares.

Além disso, os valores supremos cristãos do amor e da caridade, a despeito dos seus fundamentos religiosos, apresentavam-se como conquistas sublimes do espírito ocidental, cujo apelo universal transcendia quaisquer limites culturais específicos.

Do dever de amar a todos os homens, incluindo-se aí os amigos e os inimigos, o igual e o diferente, desdobraram-se alguns dos valores mais importantes do Ocidente, os quais, mesmo com a intensiva negação da fé promovida pela contemporaneidade, não puderam ser afastados em vista do seu apelo racional (ou universal) inquestionável: 1) a igualdade de todos os homens; 2) a caridade como dever de participar pessoalmente nas necessidades e sofrimentos alheios (mesmo dos inimigos), tomando-os como se fossem próprios; 3) o perdão, a proclamar a proibição da vingança e o dever de misericórdia para com aquele que tenha errado ou ofendido; e 4) a tolerância para com o diferente, o marginalizado e o excluído.

Portanto, tais valores integraram o patrimônio ético do homem ocidental, orientando significativamente o conteúdo normativo do direito contemporâneo.

Lembremos que o próprio lema da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – albergava, além do valor da autonomia humana (liberdade), de inspiração clássica, os valores da igualdade e da fraternidade universal, cuja inspiração é inegavelmente cristã.

Desse modo, a fraternidade, isto é, o “reconhecimento do outro como semelhante, ainda que diferente”, acaba por ser afirmada, conforme ensina José Luiz Borges Horta, como o novo valor central do Estado de direito, inaugurando a era da cidadania mundial, o que exigia, pois, sua universalização, estendendo, por conseguinte, os seus valores a toda humanidade.²⁴

Além disso, a solidariedade tão proclamada nos dias atuais não é mais que o desdobramento do dever cristão de caridade, a impor juridicamente a corresponsabilidade do todo social para com os mais necessitados. Nesse sentido, é estabelecida e garantida pelo direito uma série de auxílios e benefícios aos mais carentes.

Ademais, os valores do perdão e da tolerância subjazem fortemente nos espíritos do Ocidente, promovendo a proliferação das penas educativas e ressocializantes em detrimento das penas perpétuas e capitais, o que se comprova facilmente mediante um rápido exame dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

6. O DIREITO E A CULTURA

É preciso superar, de uma vez por todas, a compreensão do direito como um conjunto de mecanismos meramente formais não comprometidos com o conteúdo cultural do ethos coletivo, isto é, sem qualquer conexão substancial com o teor das normas sociais, políticas, religiosas, etc.

24 HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do estado de direito: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais, p. 230-232.

Não podem mais prosperar essas teorias que afastam o direito de qualquer reflexão substancial, de qualquer tentativa de compreender o complexo conteúdo cultural dos seus preceitos, em razão do temor infundado de comprometer-lhe a autonomia científica ou seu caráter racional e laico.

Por outro lado, é preciso ter em mente que essa abordagem material do direito só é plenamente possível mediante um mergulho na cultura e, conseqüentemente, nos valores e nos diferentes aspectos normativos que a conformam.

Isso porque o direito constitui um aspecto fundamental do ethos social. Ele é para a tradição ocidental o modo mais sofisticado de normatividade da cultura, apresentando-se como o modo de ordenação por excelência da vida social.

Além de sua forma peculiar, que o distingue dos demais tipos normativos, o direito é o único que busca abranger o ideal de universalidade ética do grupo, assumindo, pois, os valores e os diferentes conteúdos normativos estabelecidos no processo de formação histórico da cultura.

Segundo Joaquim Carlos Salgado,

O direito é a forma avançada e mais elaborada de universalização dos valores éticos, pois se tais valores permanecem regionalizados como valores morais de um grupo, embora a aspirem, não têm a objetividade de valores de toda a sociedade, não são valores como tais (universais) reconhecidos. [...] O direito é, nesse sentido, o maximum ético de uma cultura, tanto no plano da extensão (universal nesse caso significa de todos e reconhecido por todos), como também no plano axiológico – enquanto valores mais altos ou de cumeada, como tais formalizados. [...] Em suma, o que se compreende como maximum ético é que ‘quando certos valores, constituindo um núcleo da constelação axiológica de uma cultura, alcançam a universalidade material reconhecida na consciência ético-jurídica de um povo e a universalidade formal pela sua posição e normatização através da vontade política desse povo, é que adquirem a natureza de direitos’.²⁵

Desse modo, o ethos, em sua forma jurídica, explicitará o processo de construção dos valores universais do grupo. O direito, ao mesmo tempo em que se impõe objetivamente, positivando o conjunto de normas que estabelece a ação exigida pela cultura, bem como os seus mecanismos de garantia coercitiva, promove a participação do sujeito moral, como parte integrante do processo de formação cultural, na sua formação, disponibilizando-lhe instrumentos com os quais pode manifestar sua vontade e reclamar sua efetivação.

O direito é, pois, expressão da cultura ética que se estabeleceu no Ocidente. Ele ordena os valores estabelecidos pelos embates e consensos culturais, impondo-se por todos e a todos como regras obrigatórias. Ele é ao, mesmo tempo, resultado e produtor da cultura, pois, numa perspectiva dialética, a tradição cultural é referência objetiva para a experiência jurídica, que, ao mesmo tempo, reflete-se nela, reconstruindo-a.²⁶

Portanto, conforme dito, se o direito não pode prescindir dos seus aspectos formais, tampouco ele pode ignorar que o conteúdo do modelo de ação que estabelece é produto de uma decisão que é expressão da tradição cultural na qual se insere e que se funda em princípios e

25 SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético, p. 9-10.

26 Nesse sentido, ensina Mariá Brochado: “Considerando dialeticamente, a tradição é ao mesmo tempo produto e referência objetiva para a experiência ética, que, historicamente, constrói e é formada por ela”. (BROCHADO, Mariá. Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico, p. 75)

fins construídos historicamente. Desse modo, não podemos nos esquecer dos valores religiosos que fornecem conteúdos a essa experiência cultural e jurídica.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO (Santo). A cidade de Deus. Tradução de J. Dias Pereira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. v. 3.
- AQUINO, Tomás. Suma teológica: das leis. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1936. v. 9.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.
- BRETONE, Mário. História do direito romano. Tradução de Isabel T. Santos e Hossein S. Shooja. Lisboa: Estampa, 1998.
- BROCHADO, Mariá. Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.
- COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Fernando Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. Perspectiva histórica da filosofia do direito. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do estado de direito: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais. 2002. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2002.
- HYPOLITE, Jean. Introdução à filosofia da história de Hegel. Tradução de José Marcos Lima. Lisboa: Edições 70, 1995.
- JAEGER, Werner. Paidéia: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. Digesto de Justiniano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. Institutas do Imperador Justiniano. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de história do direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Cristianismo e direito. Revista da Faculdade de Direito, Belo Horizonte, v. 9, p. 7-27.
- NOBREGA, Vandick L. da. Compêndio de direito romano. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v. 1.
- PLATÃO. A república. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- RAMOS, Marcelo Maciel. Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do Ocidente. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte. 2007.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de história do direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL Y LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS NUEVOS PROCESOS LABORALES EN URUGUAY¹

DR. GUSTAVO GAUTHIER

SUMARIO

I. Introducción. II. Los principios del proceso laboral. 1. El principio de desigualdad compensatoria. 2. El principio de la búsqueda de la verdad real. 3 El principio de indisponibilidad de las normas de fondo. III. Los principios enunciados en el Capítulo I de la Ley 18.572. IV. Las soluciones de la Ley N 18.572 y los principios del proceso laboral. 1. Proceso laboral ordinario y proceso laboral de menor cuantía. 2. Carácter perentorio e improrrogable de los plazos procesales. 3. Insuficiencia e inexistencia de determinados plazos. V. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del proceso laboral en Uruguay a partir de la aprobación de la Ley N° 18.572 en 2009 – que fuera recientemente modificada por la Ley N° 18.847 de 2011 – al tiempo de crear dos procedimientos especiales para tramitar los juicios laborales que hasta ese momento se regían por el proceso civil del Código General del Proceso, estableció a modo de preámbulo una serie de principios que deben presidir los mencionados procesos.

La tarea de determinar el alcance de la enumeración de principios procesales –en el sentido de si la misma comprende la totalidad de los principios a observar o no- y el contenido de cada uno de ellos, se revela como una tarea de la máxima importancia en virtud de que la propia ley obliga al intérprete a recurrir a ellos al momento de interpretar y/o integrar las soluciones legales y los eventuales vacíos normativos, sobremanera cuando se trata de textos extremadamente breves que hacen que el recurrir a otras disposiciones procesales se torne una tarea inevitable.

2. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL

Si bien en el actual estado de evolución del pensamiento juslaboralista, no es discutible la necesidad de una justicia del trabajo especializada y de un procedimiento también especial o

¹ Este artículo es presentado tal como originalmente escrito. This article is presented as it was originally written. Este artículo se presenta tal como fue escrito originalmente. Questo articolo è presentato nella stessa forma in cui è stato scritto. Cet article est présenté comme il a été écrit. Dieser Artikel wird präsentiert, wie sie ursprünglich geschrieben wurde.

autónomo que contemple en forma cabal y adecuada las peculiaridades de la relación de trabajo y la particular posición de debilidad del trabajador que se proyecta también en el proceso², no existe unanimidad en la doctrina juslaboralista al momento de identificar los principios que deben informar el proceso laboral.

La tarea no resulta sencilla pues como agudamente señala Barreto, “todo autor que se precie...enumera su propio listado de principios procesales”³, no obstante, como sostiene Pasco, “la tarea primordial es separar el trigo de la paja: distinguir entre lo esencial y lo secundario, entre lo que es consustancial al derecho laboral y aquello que es transitorio o coyuntural.”⁴

Una de las primeras dificultades en este campo, siguiendo a Ackerman, se presenta cuando se intenta calificar como *principios* a reglas o instrumentos de diferente importancia y función y en las que es difícil encontrar un denominador común que permita subsumirlos en un concepto con suficiente aptitud abarcativa.⁵

En doctrina se ha señalado la existencia de una diferencia entre peculiaridades y principios. En primer lugar, los principios son necesariamente generales, mientras que las peculiaridades son restringidas, pertenecientes a uno o a pocos preceptos o momentos procesales; en segundo término, los principios informan, orientan o inspiran preceptos legales, por inducción, y pueden extraerse de ellos, por medio de razonamiento deductivo; de las peculiaridades no se extraen principios, ni derivan de ellas normas legales; en tercer lugar, los principios dan organicidad a institutos y sistemas procesales, las peculiaridades no, pues agotan su actuación en ámbito estrecho generalmente perteneciente al procedimiento y no al proceso.⁶

Por otro lado, Mascaro Nascimento, sugiere la distinción entre los principios generales del proceso y aquellos que constituyen principios propios del proceso laboral; pero aún identificando principios generales, el proceso laboral reclama una aplicación especial y esencialmente efectiva de reglas comunes como la oralidad, la inmediatez, la concentración y la celeridad.⁷

La búsqueda en este caso, se orienta a la identificación de aquellos principios procesales generales en la terminología de Giglio, o propios del proceso laboral en la denominación de

2 Por todos ver: Gallart Folch, A. Derecho español del trabajo, Colección Labor, Barcelona, 1936; Giglio, W., *Direito Processual do Trabalho*, 4ª Ed. San Pablo, 1977 y “Los procesos laborales: su autonomía, dogmática y normativa”, en rev. Derecho Laboral, Tomo XXVII, N° 134, pág. 317; Plá Rodríguez, A., “Visión crítica del Derecho Procesal del Trabajo”, ob. cit., De Buen, N. Derecho Procesal del Trabajo, Ed. Porrúa, México, 1988; Barbagelata, H-H, El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales, FCU, Montevideo, 2009; Babace, H., “Los principios del derecho del trabajo y del código general del trabajo”, en rev. Derecho Laboral XLII, N° 196, pág. 868; Mangarelli, C., “La autonomía del derecho procesal del trabajo y el Código General del Proceso”, en AAVV, Derecho Procesal del Trabajo, Treinta Estudios, Grupo de los Miércoles, FCU, Montevideo, 2005; Rosenbaum, J., “La recreación de un proceso laboral autónomo”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LII, N° 236, Montevideo 2009; Fernández Brignoni, H., “Apuntes sobre la nueva ley de proceso laboral”, en rev. Derecho Laboral, tomo LII, N° 236, Montevideo, 2009; Pérez Amorós, F., “Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un derecho del trabajo procesal”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010.

3 Barreto Ghione. H., “Principios de igualdad y protección en el proceso laboral”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010, pág. 66.

4 Pasco Cosmópolis, M., “Reafirmación de los principios del derecho del trabajo, AAVV Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Ed. por SPDTSS, Lima, 2004, pág. 35.

5 Ackerman, M., “El principio protectorio o de protección”, En torno a los principios del derecho del trabajo, Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, Coord. Mario Pasco Cosmópolis, Porrúa, México, 2005, pág. 27-28.

6 Giglio, W. *Direito Processual do Trabalho*, 6ª Ed., Ltr, San Pablo, 1986, pág. 7475, Pasco Cosmópolis, M. Fundamentos de derecho procesal del trabajo, Aale, Lima, 1977; De Buen, N. “Los principios del derecho procesal del trabajo”, En torno a los principios del derecho procesal del trabajo, ob. Cit., pág. 207.

7 Nascimento, A. M., Curso de direito processual do trabalho, 13ª Ed., Saraiva, San Pablo, 1992, pág. 58, cit. por Racciatti, O. “Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo”, en AAVV, Derecho procesal del trabajo, Treinta estudios, ob. cit., pág. 21-22.

Mascaro Nascimento, o aquellos no escritos, pero “actuales” o “*metaprincipios*”, como los denomina Barreto⁸, a efectos de evaluar las soluciones contenidas en la Ley N° 18.572.

En la doctrina uruguaya, Plá Rodríguez⁹, Barbagelata¹⁰ y Sarthou¹¹, con matices, han incurrido en la identificación y desarrollo de estos principios generales o esenciales, no escritos, informadores o *metaprincipios* que deben presidir todo proceso laboral.

Por comprender los principios señalados tanto por Barbagelata como por Sarthou, seguiremos la enumeración que realiza Plá Rodríguez cuando señala los tres principios que deben estar en el proceso laboral y que no están el proceso común: la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad¹², cada uno de ellos tributarios a su vez de tres principios del derecho del trabajo sustantivo: el principio protector, el principio de primacía de la realidad y el principio de irrenunciabilidad.

2.1 EL PRINCIPIO DE DESIGUALDAD COMPENSATORIA

Este principio que en opinión de Montoya Melgar¹³, sintetiza y resume todos los principios específicos del proceso laboral y que informa a todo el derecho del trabajo, también penetra en el Derecho Procesal del Trabajo, resquebrajando la formal concepción de igualdad de los litigantes, al decir de Murgas¹⁴, como un modo de equilibrar la disparidad de poderes de las partes, que –ya notoria en el vínculo laboral- se evidencia también en la contienda laboral, como señala Raso.¹⁵

La desigualdad de los litigantes en el proceso laboral se puede apreciar en lo económico, en el ámbito probatorio y también en los aspectos subjetivos, como ha señalado Sarthou.¹⁶

Como enseña Plá Rodríguez: “El desequilibrio o desigualdad económica se refleja en el conflicto en cuanto compromete valores de distinta jerarquía patrimonial para el trabajador y el patrono. El trabajador pone en juego la satisfacción de un derecho de contenido alimentario en función de las necesidades que tiende a satisfacer. El patrono, en cambio, no asiste en el proceso al debate de problemas esenciales de subsistencia económica sino a una disminución de su margen de utilidad o, en el peor de los casos, de su capital. De ello se deriva el distinto grado de urgencia que reviste para el trabajador que para el patrono.”¹⁷

Es por eso que como afirma Coqueijo Costa “El proceso laboral procura compensar ese desequilibrio de los sujetos en el proceso con otras desigualdades, instituyendo la gratuidad,

8 Barreto Ghione, H. “Principios de igualdad y protección en el proceso laboral”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010, págs. 74 y 76.

9 “Visión crítica del derecho procesal del trabajo”, ob. cit., pág. 571.

10 “Los medios de prueba en el procedimiento laboral”, en rev. Derecho Laboral, Tomo XXIII, N° 119, Montevideo 1980, pág. 560.

11 Sarthou, H., “Proposiciones sobre un derecho procesal autónomo”, en rev. Derecho Laboral, Tomo XIX, N° 104, págs. 865,868 y 871.

12 Plá Rodríguez, A., “Visión crítica del derecho procesal del trabajo”, ob. cit., pág. 571.

13 Montoya Melgar, A., Derecho del Trabajo, Quinta Ed., Tecnos, Madrid, 1984, pág. 691.

14 Murgas, R., La jurisdicción del trabajo en Iberoamérica, Estudios laborales, Paraná, 1983, pág. 231, cit. por Plá Rodríguez, A., “Visión crítica...”, ob. cit., pág. 571.

15 Raso Delgue, J., “El principio protector en el proceso del trabajo”, en AAVV Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios, ob. cit., pág. 50.

16 Sarthou, H., “Proposiciones sobre un derecho procesal laboral autónomo”, en rev. Derecho Laboral, Tomo XIX, N° 104, Montevideo, pág. 857

17 Plá Rodríguez, A., “Visión crítica ...”, ob. cit., pág. 572.

el predominio de la inquisitividad, la mayor celeridad, la protección (*in dubio pro operario*), la simplicidad, la conciliación vigilada, la irrenunciabilidad.¹⁸

En relación con las pruebas, Pasco ha señalado que “es fácil advertir cómo, en la posesión o actuación de todas ellas, el empresario tiene una posición preeminente. Veamos:

– Los documentos, ¿en poder de quién están? Los libros de planillas, los recibos y comprobantes, las instrucciones escritas, los memorandos, todos los documentos en que el trabajo queda registrado o que directamente son generados por éste permanecen en poder de la empresa. El trabajador recibe sólo una parte de los mismos, y conserva una porción muy inferior; y eso, si es muy acucioso. Lo normal, lo común, lo acostumbrado es que conserve sólo unos pocos documentos aislados, no siempre útiles ni pertinentes dentro de un eventual proceso. Al demandar, el trabajador debe recurrir más a su memoria y a lo poco que puede extraer de esa documentación feble y dispersa que conserva. El empleador, en cambio, lo tiene todo; al salir a juicio y contestar la demanda, no sólo sabe lo que tiene en su poder, sino también lo poco que tiene el trabajador, así que conoce desde el inicio las debilidades probatorias del trabajador y sus propias fortalezas.

La declaración de parte del trabajador, ¿quién la presta? Indudablemente él mismo, quien es por lo general persona poco ducha en menesteres judiciales, intimidada por los formalismos y rituales que rodean a tales actuaciones y nervios por su propio comportamiento. La declaración de parte del empleador, en cambio, ¿quién la rinde? Por lo general un funcionario experto o incluso un abogado con poder especial, profesionales entrenados, familiarizados con el asunto. ¿Puede, entonces, calificarse de modo igual la experticia para afrontar la prueba? y las conclusiones que se pueden extraer de ésta?

La declaración testimonial la rinden, en la inmensa mayoría de los casos, otros trabajadores, sujetos como el propio demandante a la sujeción a su empleador, con todo lo que ello significa de carga subjetiva. No son y difícilmente podrían llegar a ser testigos libres e imparciales, dado el temor reverencial y aún el riesgo de eventuales represalias.

Los peritos de parte no actúan *ad honorem*, sino que lo hacen legítimamente a cambio de un honorario. La desigualdad económica hace, por sí sola, que el empleador esté en capacidad para contratar mejores peritos que el trabajador, ya que, aunque el hecho de cobrar honorarios más altos no hace a un profesional mejor que otro, la realidad muestra que los mejores son, por lo general, los que más cobran.

Finalmente, una inspección, ¿dónde habrá de realizarse? Casi siempre en el propio centro de trabajo, el cual, huelga decirlo, está en permanente posesión del empleador y al que un trabajador accionante o su abogado difícilmente podrán tener acceso, salvo durante el limitado tiempo de la diligencia.”¹⁹

Por su parte el desequilibrio subjetivo, se manifiesta en la distinta potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto laboral. Mientras el patrono tiene libertad plena para adoptar cualquier tipo de decisión respecto del conflicto, la voluntad del trabajador, en cambio, está limitada por las condiciones de la relación de trabajo cuando ella está vigente y

18 Coqueijo Costa, C., “Principios característicos del derecho procesal del trabajo”, en rev. Derecho Laboral, TomoXXIII, N° 117, Montevideo, 1980, pág. 149.

19 Pasco Cosmópolis, M, “El principio protector en el proceso laboral”, en Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica, Homenaje a Don Rafael Alburquerque, Tomo I, Librería Jurídica Internacional, República Dominicana, 2007, pág. 73-75.

después, por las restricciones a la libertad derivada de la urgencia de las reclamaciones y su naturaleza alimentaria.²⁰

En el campo procesal, Pasco ha propuesto una definición del principio que Plá Rodríguez denomina “desigualdad compensatoria”, como “La ruptura deliberada de la isonomía procesal, la provocación de privilegios a favor de la parte débil de la relación jurídico-procesal que eliminan o, al menos, atenúen el desequilibrio interpartes, al provocar desigualdades de signo inverso.”²¹

En el artículo III del Título Preliminar de la reciente Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú, N° 29.497, se ha establecido que “En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuesto procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.”

Este carácter tutelar, en opinión de Plá Rodríguez, se revela principalmente en dos aspectos: en la prueba y en la suplencia del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda.

En materia probatoria, la mayor dificultad del trabajador para obtener la prueba de sus afirmaciones, ha conducido a la aceptación de una serie de criterios o procedimientos que pueden resumirse en tres: a) la apreciación amplia o benevolente en cuanto a la determinación de si el trabajador ha cumplido o no, con su carga probatoria; b) la redistribución de la prueba, que como recuerda Plá Rodríguez, no llega a significar la inversión de la carga de la prueba, la que no puede aplicarse sin una norma expresa y que se manifiesta a través de lo que la jurisprudencia uruguaya llama el principio de disponibilidad de la prueba, según el cual la parte que dispone de los documentos en los que consta la prueba de los hechos controvertidos, debe suministrarla al proceso y, si no lo hace, se considera que los documentos le dan la razón a la tesis de la contraparte; y c) la atribución de facultades inquisitivas al juez laboral en materia probatoria.²²

Pasco, por su lado, enumera las que a su entender serían las manifestaciones directas o procesales del principio protector:

1) Iniciación de oficio del proceso. 2) Privilegios procesales del trabajador. 3) Redistribución de la carga de la prueba. 4) Relatividad de ciertas pruebas. 5) Ampliación de facultades del juez: proceso quasi inquisitivo, donde resalta la suplencia de la queja, el fallo inmediato, la facultad de fallo ultra y extra petita; y también da cuenta de las manifestaciones indirectas o para procesales del principio protector: 1) Las reglas pro operario (in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa). 2) Indisponibilidad de derecho. 3) Otras normas de protección.²³

20 Plá Rodríguez, A., “Visión crítica...”, ob. cit., pág 572-573.

21 Pasco Cosmópolis, M, “El principio protector en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 75-76.

22 Plá Rodríguez, A., “Visión crítica...”, ob. cit., pág. 573-574.

23 Pasco Cosmópolis, M, “El principio protector en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 82-95.

En nuestro medio, tanto Barbagelata²⁴, como Plá Rodríguez²⁵, admiten la aplicación de la regla in dubio pro operario en materia de valoración de la prueba, en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba, aunque no para suplir omisiones.

Ackerman lo plantea en estos términos: “en la interpretación de las normas laborales, la regla in dubio pro operario no está destinada a compensar la carencia, imposibilidad o insuficiencia de una acción del trabajador, sino a operar como remedio de último recurso para que el juez pueda pronunciarse y administrar justicia. Las diferencias entre una y otra situación son evidentes:

Mientras que la duda en la valoración de la prueba no impide juzgar, la duda en la interpretación del Derecho pone al juez en un callejón sin salida que obsta al pronunciamiento judicial;

En el segundo caso hay ambigüedad normativa. En el primera insuficiencia probatoria;”²⁶

En el mismo sentido se ha pronunciado Racciatti, para quien la aplicación de la regla in dubio pro operario cuenta con respaldo en el derecho positivo en el artículo 139.2 del Código General del Proceso, vinculado con la apreciación de las omisiones o deficiencias de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, coincidiendo con Plá Rodríguez en que “la existencia de dudas, dificultades, deficiencias u omisiones, no puede asimilarse a la ausencia de prueba.”²⁷

No obstante, no puede dejar de señalarse que la recepción del principio protector o de desigualdad compensatoria en lo procesal, no es absolutamente pacífica, en tanto puede implicar un debilitamiento del principio contradictorio que supone una dialéctica procesal simétrica²⁸ y también porque puede afectar la imparcialidad del juez que parece ser la esencia de la función judicial.

Para Pasco el conflicto entre el principio protector, que provoca una deliberada desigualdad compensatoria y el principio contradictorio, que se sustenta en la absoluta igualdad procesal, es más aparente que real. No se trata de una dicotomía excluyente “igualdad vs. protección”, sino de definir un concepto o tomar una posición acerca de la igualdad.²⁹

Este es el nudo del problema, si las partes del proceso laboral no se encuentran en pie de igualdad, el principio de igualación debe compensar estas desigualdades, equiparando la posición de los litigantes a través de la creación y aplicación de reglas y soluciones diversas para unos y otros, tratando desigualmente a los desiguales, no otro es el alcance del principio de igualdad aristotélico que recoge nuestra Constitución.³⁰

La doctrina española resuelve la tensión entre igualdad procesal y desigualdad sustantiva, afirmando la idea del equilibrio procesal: Baylos Grau, Cruz Villalón y Fernández, señalan que “... en todo proceso de trabajo existe una tensión entre el respeto a la igualdad de las partes como garantía del derecho a su defensa en el proceso, y la alternación de reglas procesales en aras justamente de lograr la igualdad sustancial de las partes. Con fundamento en la prohibición

24 Barbagelata, H-H, “Los medios de prueba en el procedimiento laboral”, ob.cit., pág. 557-558.

25 Plá Rodríguez, A., Los principios del derecho del trabajo, pág. 52-53.

26 Ackerman, M, “El principio protectorio o de protección”, ob. cit., pág. 62-63.

27 Racciatti, O., “Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo”, ob. cit., pág. 31.

28 Pasco Copsmóplis, M., “El principio protector en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 77.

29 Idem., pág. 79.

30 El artículo 8 de la Constitución uruguaya al consagrar el principio de igualdad establece: “Todos las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.”

de indefensión...La resolución de estas tendencias se resume en la idea de equilibrio procesal a que se refiere el art. 75.1 del LPT por el que deben velar de oficio los órganos judiciales”.³¹

En relación a la imparcialidad personal y funcional del juez, Russomano ha planteado el tema en forma por demás clara: “El juez es imparcial pero la ley que él aplica es parcial como todas las leyes de protección.

La imparcialidad personal y funcional del magistrado no está perjudicada por el hecho de que debe aplicar una ley parcial. El juez recibe la acción, instruye la demanda y la estudia con absoluto espíritu de imparcialidad. El carácter protector de la ley sustantiva de trabajo mientras tanto se proyecta sobre el procedimiento e inspira el criterio hermenéutico adoptado por el juez, no solo al formular la sentencia sino también al conducir el proceso.

La interpretación de la ley y de la prueba debe obedecer, por lo tanto, a criterios peculiares a la naturaleza y a las finalidades del Derecho del Trabajo. De esa manera el juez, durante el proceso y en ocasión de dictar la decisión final, se comporta de manera distinta a como lo hace el juez civil en situaciones similares: el juez del trabajo encara a las partes de la relación procesal frente a frente, para identificarlas y conocerlas ya que en función de ese conocimiento y de aquella identidad, él aplicará una ley que sustancialmente se justifica por la desigualdad social entre los contratantes.

Aquí –como fue escrito anteriormente- del Derecho Procesal del Trabajo se modela según el contexto del Derecho del Trabajo por cuanto al contrario de lo que ocurre según la ley física de los líquidos, en el mundo jurídico, el continente se ajusta a la forma del contenido.”³²

No obstante, compartimos con Plá Rodríguez, que la clave de solución de este problema, se puede encontrar en otro de los principios del proceso laboral como es la búsqueda de la verdad real que exige y asegura la imparcialidad del juez.³³

2.2 EL PRINCIPIO DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD REAL

Existe unanimidad en la doctrina laboralista en cuanto a que el principio de la búsqueda de la verdad material o real es o bien un principio procesal propio del derecho del trabajo, o una proyección de sus principios sustantivos o la faceta procesal del principio de primacía de la realidad.³⁴

Como quiera que sea, el principio de la búsqueda de la verdad real, frente a lo que se podría denominar la verdad formal derivada de documentos, informes y de las formalidades, vela por que en el proceso se alcance la verdad verdadera, que se llegue desentrañar lo que ocurrió efectivamente en la realidad más allá de las formas.

31 Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J., Fernández, M.F. Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Ed. Trotta, Madrid, 1991, cit. por Racciatti, O., “Trascendencia procesal de los principios del derecho del trabajo, en rev. Derecho Laboral, N° 196, Montevideo, 1999, pág.

32 Russomano, M.V., Direito procesual do trabalho, Ltr, San Pablo, 1977, pág. 43, cit. por, Plá Rodríguez, A., “Visión crítica...”, ob. cit., pág. 576.

33 Plá Rodríguez, A., “Visión crítica...”, ob. cit., pág. 577.

34 Beñarán Burastero, P., “Principio de búsqueda de la verdad material, en AAVV Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios, Grupo de los miércoles, ob. cit., pág. 124.

Es por ello que se habla de la verdad real. Como afirma Plá Rodríguez, en ésta última palabra se conjugan dos ideas: la de la realidad y la de la autenticidad.³⁵

Para Pasco, este principio que denomina de veracidad, es el primero de los principios del derecho procesal laboral y consiste en la necesidad de que en el proceso laboral prevalezca el fondo sobre la forma, que se de primacía absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente o formal.³⁶

Es la denominación que se utiliza también en el artículo 1 de la reciente Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú N° 29.497, para hacer referencia a este principio.

Proto Pisani, por su parte, ha señalado que la búsqueda de la verdad material implica procurar la justa composición del litigio y no la mera paz jurídica.³⁷

En nuestro país, Nicolliello, difundió la expresión “la verdad de la vida” para hacer mención a la necesidad de buscar la verdad real o verdadera.³⁸

Sarthou por su parte, destaca que “El principio de inquisición surge como respuesta o remedio que aporta la ciencia jurídica del proceso para lograr el proceso-verdad, mediante la restitución del equilibrio violado de las partes y la búsqueda de la verdad real oculta detrás del conflicto.”³⁹

Pérez Amorós, ha señalado recientemente que “la justicia efectiva y real ha de ser algo más que rápida, ha de ser segura por imperio del principio de veracidad, que debe regir en materia laboral, doble exigencia de todo proceso laboral que entendemos tiene mayor proyección en la fase probatoria del procedimiento laboral.”⁴⁰

Así entendido, el principio de la búsqueda de la verdad real no solo se convierte en el objetivo final del proceso laboral, sino que permite revelar el verdadero alcance del principio de desigualdad compensatoria en materia procesal: el objetivo del tratamiento desigual de las partes en el proceso laboral, no es favorecer al trabajador para que la sentencia en definitiva lo favorezca, sino para llegar a la verdad.

Una vez alcanzada la verdad, el juez estará en condiciones de aplicar el derecho sustantivo y esa decisión así concebida no solo brindara las mayores garantías a las partes, sino que será intrínsecamente justa.

2.3 EL PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD DE LAS NORMAS DE FONDO

Para Barbagelata, lo que verdaderamente caracteriza y define al proceso laboral, “es la irrenunciabilidad de los derechos que constituyen el orden público social.

35 Idem, pág 577.

36 Pasco Cosmópolis, M., “Los principios del derecho procesal del trabajo”, exposición efectuada en la reunión plenaria de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrada en la Ciudad de México en octubre de 1990, cit. por Plá Rodríguez, A., “Visión crítica...”, ob. cit., pág. 577.

37 Proto Pisani, Andrea, “Problemi di rito speciale del lavoro”, en Nuovi studi di diritto processuale del Lavoro, Franco Agnelli, Milán, 1992, pág 239, cit. por Racciatti, O., “Los principios...” ob. cit., pág. 32.

38 Nicolliello, N., Apuntes para un posible Derecho Procesal del Trabajo uruguayo, Montevideo, 1967, pág. 11 y ss.

39 Sarthou, H., “Las facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo – Leyes 14.188 y 14.848, en rev. Derecho Laboral, Tomo XXII, N° 113, pág. 104.

40 Perez Amorós, F., “Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal...”, ob. cit., pág. 24.

De tal irrenunciabilidad, deriva una indisponibilidad procesal, que sitúa al proceso laboral sobre bases totalmente diferentes a las del proceso civil. Dicho de otra manera, el proceso civil y el proceso laboral se pueden aproximar, cada vez más, desde el punto de vista del empeño en la busca de la verdad, o en función de la racionalidad, realismo, economía, y hasta celeridad, que tiene también a presidir el proceso civil moderno, pero, como lo han visto muy claramente algunos procesalistas que vienen del campo civil, es profundizando en torno a la indisponibilidad que surgen elementos de diferenciación irreductibles.

Toda la cuestión de la prueba, desde a quien incumbe la carga, pasando por los medios y su actualización, hasta la apreciación de la producida, debe ser pues, reexaminada en función de esa circunstancia. Y cabe acotar que las disposiciones constitucionales en casi todos los países de Iberoamérica, excluyen los escrúpulos de inconstitucionalidad de un trato diferencial en el proceso, que han motivado incluso interpretaciones restringidas de textos aparentemente muy avanzados como la ley italiana N° 533 de 1973⁴¹

Para Pasco, “Los términos indisponibilidad e irrenunciabilidad son claramente afines, casi sinónimos, aunque pueda establecerse alguna sutil diferencia. En realidad, indisponibilidad es un concepto más amplio, que guarda con el de irrenunciabilidad una relación de género-especie. ... Si la ley dispone la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino sólo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia. A la inversa, si la ley consagrara la indisponibilidad, implicaría en todos los casos la proscripción de la renuncia.”⁴²

En el proceso, existen institutos cuya validez, en el caso de derechos laborales, pueden entrar en colisión con la indisponibilidad de los derechos sustanciales o con el orden público laboral⁴³, como es el caso de la transacción, la conciliación, el desistimiento, el abandono o perención de la instancia y la preclusión, que merecen una atención y desarrollo especial que no es posible en este caso.

3. LOS PRINCIPIOS ENUNCIADOS EN EL CAPÍTULO I DE LA LEY N° 18.572

El artículo 1° de la ley establece que “Los procesos laborales se ajustarán a los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales.”

En puridad se trata de caracteres típicos o peculiaridades, a los que la ley uruguaya y gran número de estudiosos ha tomado como principios, sin advertir como afirma Pasco “que son efecto y no causa”.⁴⁴

41 Barbagelata, H-H, “Los medios de prueba en el procedimiento laboral”, ob. cit, pág. 560.

42 Pasco Cosmópolis, M., “En torno al principio de irrenunciabilidad”, en AAVV En torno a los principios del derecho del trabajo, ob. cit., pág. 73-74.

43 Sobre estas cuestiones ver Garmendia, M., Orden público y derecho del trabajo, FCU, Montevideo, 2001.

44 Pasco Cosmópolis, M., “El principio protector en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 95.

En la misma línea, Barreto señala que en realidad “Los principios del art. 1º de la ley serían una especie de “reglas” o desarrollos de este verdadero *metaprincipio* protector, inspirador y orientador del resto, operando como norma fundamental ubicada por encima del ordenamiento.”⁴⁵

Tales peculiaridades, a esta altura, no pueden considerarse especiales o propias del proceso laboral, si bien muchas de ellas son productos del mismo, sin perjuicio que en éste ámbito estén llamadas a tener una actuación más profunda y esencialmente efectiva, como reclama Mascaro Nascimento.^{<?>}

Se trata de reglas generales o comunes a otros tipos de procesos, al punto que aparecen recogidas también como principios orientadores del proceso común regulado en el Código General del Proceso.⁴⁶

La consideración de los “principios” consagrados en el artículo 1º, como reglas o peculiaridades de los procesos laborales previstos en la norma no solo no excluye los principios propios del derecho procesal del trabajo como los que venimos de mencionar, por tratarse de una enunciación abierta a partir de los dispositivos de los artículos 30 y 31, sino que impone, en todo caso, que estas reglas o peculiaridades deben actuar, observarse y estar al servicio de aquellos principios esenciales y especiales del proceso laboral.

En otros términos, la oralidad, la celeridad, la gratuidad, la intermediación, la concentración, la publicidad y la buena fe, no constituyen fines u objetivos en sí mismos, sino medios o herramientas funcionales a la desigualdad compensatoria, a la búsqueda de la verdad real y a la indisponibilidad de los derechos sustanciales.

En consecuencia, cuando determinadas soluciones del procedimiento, aunque inspiradas en las reglas o peculiaridades enumeradas en el artículo 1º, contradigan o cuestionen alguno de los principios esenciales del proceso, deberá otorgarse preeminencia a éstos últimos.

4. LAS SOLUCIONES DE LA LEY N° 18.572 Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL

A modo de preámbulo conviene realizar algunas consideraciones acerca de la finalidad perseguida por la Ley, en torno al tipo de procesos que consagra y particularmente el régimen de la prueba, a efectos de permitir una adecuada valoración de las distintas soluciones que ella propicia en relación con los principios del proceso laboral.

No puede existir controversia, y en los hechos no la hay, acerca de que la abreviación de los procesos y en particular de los procesos laborales, representa un imperativo para obtener la efectiva tutela de los derechos sustanciales del trabajador y desde esta perspectiva resulta plenamente compatible la finalidad perseguida por el legislador, finalidad que ha quedado plasmada en el propio título de la Ley con la que fue distinguida en el Parlamento: “Abreviación de los procesos laborales”.

45 Barreto Ghione, H., “Principios de igualdad protección en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 76.

46 La enumeración de principios del artículo 1º no es distinta a la enumeración contenida en el Código General del Proceso, salvo por cuanto en este caso no se recogió el principio de igualdad y se elevó a la categoría de principio la efectividad de la tutela de los derechos sustanciales que en el proceso común constituía un criterio de interpretación para el Juez.

Por el contrario, mucho se ha discutido y se continuará discutiendo, acerca de las causas de las demoras y la forma o los remedios para lograr el objetivo de abreviar la duración de los procesos, en este punto es donde aparecen las discrepancias y donde se mezclan aspectos ideológicos, técnicos-jurídicos, prácticos y hasta de cotos académicos.

Evitando naufragar en estas cuestiones que excederían el propósito de esta ponencia, corresponde mencionar un fenómeno, característico del derecho del trabajo latinoamericano, y que Rosenbaum ha traído a colación en relación a este tema: la acentuada brecha que se verifica entre derecho y realidad en el terreno práctico: “una cosa es lo que proclaman los códigos y las leyes, detalladas y minuciosas en la conformación de una verdadera ingeniería procesal para cumplir los roles de justicia en materia laboral, consagrando en sus textos principios tan trascendentes como la impulsión de oficio de la litis, la oralidad, la abreviación de los plazos o la amplitud probatoria.

Y otra observación muy distinta es la que se constata en la vida diaria, donde por décadas se han verificado –incluso a pesar del esfuerzo de la magistratura del trabajo- numerosas rémoras que ensombrecen la práctica forense.”⁴⁷

Si se reconoce que la demora de los procesos laborales, es multicausal, todo indica que difícilmente el remedio pueda ser único o monovalente, habida cuenta la cantidad de razones y circunstancias que originan o explican estas demoras.

Para alcanzar la apuntada finalidad, el legislador parece haber recurrido casi exclusivamente al postulado de que la abreviación de los plazos, que evidentemente constituye un factor importante, como “la” solución para obtener la celeridad de los procesos, sin reparar demasiado en las demás causas de las demoras, ni en algunas consecuencias que tal restricción puede representar para las garantías de los justiciables.

No siempre la demora proviene de los plazos que las partes y el Tribunal tienen para desarrollar los actos y las instancias judiciales y es por ello que en algunos casos la limitación excesiva de los mismos no necesariamente redundará en la abreviación de los juicios, aunque puede llegar a comprometer, innecesariamente, el debido contradictorio o la capacidad de producir prueba.

Por otro lado, tanto la doctrina laboralista⁴⁸, como la procesalista⁴⁹, son contestes en que el principio dispositivo se encuentra implícito en ambas estructuras procesales de la Ley N° 18.572, compartiéndose asimismo que ello surge a partir de la consagración expresa en el artículo 1° de las potestades inquisitivas del Tribunal.⁵⁰

El principio dispositivo comprende la iniciativa de parte, la disposición de los derechos del proceso con la limitación que impone la naturaleza del derecho sustantivo, la sujeción del proceso a los hechos invocados por las partes que incluye la carga de contradicción que se

47 Rosenbaum, J., “La recreación de un proceso laboral autónomo”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LII, N° 236, Montevideo, 2009, pág. 770.

48 Fernández Brignoni, H., “Apuntes sobre la nueva ley de proceso laboral”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LII, N° 236, Montevideo, 2009, pág. 787 y Rossi Albert, R., “Primer lectura de la Ley N° 18.572 sobre abreviación de los procesos laborales”, en rev. Derecho Laboral, tomo LII, N° 235, Montevideo, 2009, pág. 453.

49 Varela Méndez, E. J., “Principios aplicables a los procesos laborales”, en AAVV Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral, FCU, Montevideo, 2010, pág. 71 y Simón, L. M., “Régimen de los plazos y potestades de instrucción del tribunal y procedimiento probatorio en la ley N° 18.572”, en AAVV Nuevas especialidades del proceso ... cit., pág. 122, Klett, S., “Proceso ordinario”, en AAVV Nuevas especialidades del proceso ..., cit., pág. 160.

50 Conf. Rossi, Albert, R., y Simón, L.M, en obras citadas en notas anteriores.

deduce del artículo 9 y la congruencia en el sentido de que el límite de la dirección judicial se halla en lo pretendido, salvo los casos en que la ley habilita el exceso, sin perjuicio de la iniciativa probatoria del Tribunal limitada al marco fáctico aportado por las partes y de la dirección del proceso que también le compete.⁵¹

Por último, cabe mencionar que el legislador no ingresó en la regulación de los aspectos vinculados con el *onus probandi*, como por ejemplo a quién incumbe la carga de acreditar determinados hechos, ni estableció presunciones de ningún tipo, como quizás se podría haber establecido en función del principio de desigualdad compensatoria y ello sin mengua de la regla del debido contradictorio.⁵²

La anterior constatación autoriza a plantearse el valor de tal silencio, a efectos de determinar si las nuevas disposiciones han modificado las reglas de juego en esta materia o se mantienen las que se han venido aplicando hasta este momento, básicamente provenientes del proceso común.

En este sentido, Barreto, a partir del *metapprincipio* protector, esboza al menos tres consecuencias procesales vinculadas a la prueba:

“a) la interpretación de las normas sobre prueba debería hacerse en el marco del concepto de cargas probatorias dinámicas, según la cual se impone la carga probatoria a aquella de las partes que se encuentra en mejores condiciones de producirla;

b) pero como se ha adelantado, es posible ensayar una interpretación más a fondo de las soluciones procesales laborales de la ley 18.572. En concreto, las cargas procesales pueden regirse por un criterio todavía más riguroso para el empleador, atento a que, ante la inexistencia de norma precisa sobre cargas probatorias, el art. 31 prescribe la integración con “disposiciones especiales en materia laboral”. Estas disposiciones procesales del derecho laboral son las previstas en el art. 2° de la ley 17.940, el art. 6° de la ley 18.251, el art. 10° de la ley 12.597 y el art. 2° de la ley 13.556. Todos establecen una carga más gravosa para el empleador y esa debería ser la fuente normativa que integre el vacío que presente la ley 18.572 en materia probatoria;

c) por último, el ejercicio de las facultades inquisitivas dispuestas por el art. 1° de la ley tiene un alcance mayor al previsto en el art. 137 del CGP, ya que nada impide que el juez disponga de prueba no ofrecida e inclusive traiga al proceso “hechos nuevos” dentro de lo controvertido. En particular, ha de observarse la fuerza semántica que tiene el término “averiguar” estampado en el art. 1°, y que de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española significa “inquirir la verdad hasta descubrirla”.⁵³

La opinión de Barreto puede compartirse en relación a que la interpretación de las normas sobre prueba, debería hacerse en el marco del concepto de cargas procesales dinámicas,

51 Rossi Albert, R., ob. cit., pág. 453.

52 No es el caso de la reciente Nueva Ley Procesal Laboral del Perú, N° 29.497, donde se establecieron varias presunciones legales: Artículo 23.2: “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.”; artículo 23.5: “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.” y artículo 29: “El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso, Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes.”

53 Barreto Ghione, H., “Principios de igualdad y protección en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 76-77.

camino por el que transita actualmente gran parte la jurisprudencia uruguaya, y que constituye una herramienta fundamental del principio de desigualdad compensatoria.

En cambio, no puede compartirse la posibilidad que el Tribunal incorpore hechos nuevos, en mérito a que las potestades de averiguar o complementar la prueba de los hechos, está referido a los hechos “objeto de controversia” y en el marco de un proceso dispositivo los que controvierten son las partes.⁵⁴

No obstante, si bien el Juez no puede introducir hechos nuevos en el sentido que tal innovación provoque la modificación del objeto de la controversia y con ello una eventual modificación de la petición original, en base al principio de búsqueda de la verdad podría indagar o averiguar sobre otros hechos, que aunque no invocados por las partes, puedan explicar o arrojar luz sobre los hechos controvertidos por las partes. En este sentido, deberá tratarse de hechos que tuvieran relación directa y resulten imprescindibles de conocer para evaluar adecuadamente los hechos controvertidos.

Tampoco puede ser de recibo la posibilidad de integrar el vacío existente en materia de cargas probatorias, creando presunciones o modificando la carga probatoria por vía de integración con otras disposiciones especiales en materia laboral y ello en base a dos fundamentos:

- De un lado, porque la doctrina siempre ha sido conteste en que para invertir la carga de la prueba o establecer presunciones, se requiere texto expreso. En este sentido Wilson de Souza Campos Batalha, señala que las inversiones del *onus probandi* deber ser consagradas a través de presunciones, *juris tantum* u *hominis*, sin que ello implique alterar el equilibrio de las partes en el contradictorio.⁵⁵

Pasco, enseña que existen dos maneras de consagrar la reversión probatoria:

“expresa, cuando las normas legalmente así lo determinan, como es el caso de la ley peruana, que señala que el trabajador sólo está obligado a demostrar su condición de tal, producido lo cual es de cargo del empleador acreditar con prueba que la obligación no existe o que ya ha sido pagada; u oblicua, cuando el ordenamiento consagra determinadas presunciones *juris tantum* a favor del trabajador, que el empleador está en la necesidad de destruir, como lo hacen la ley colombiana y la panameña.”⁵⁶

Por su parte, Ackerman, entiende que si bien el trabajador no tiene la carga de proveer al juez una norma de interpretación unívoca, “esto no impide que, para la acreditación de algunas circunstancias fácticas, y como consecuencia de una decisión de política legislativa, en ciertos casos se atenúe la carga probatoria del trabajador por la vía de presunciones legales, y se traslade así al empleador el deber de probar ciertos hechos.”⁵⁷

En nuestro medio, Plá Rodríguez, al señalar que la redistribución de la prueba no llega a significar la inversión de la carga de la prueba, afirma que ésta “no puede aplicarse sin una norma expresa”.⁵⁸

54 Simón, L.M., “Régimen de los plazos y poderes de instrucción...”, ob. cit., pág. 122.

55 Batalha, W., Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, Ltr, 2° Ed. San Pablo, 1985, pág. 16, cit. por Pasco Cosmópolis, M., “Principio protector en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 77.

56 Pasco Cosmópolis, M, ob. cit., pág. 84.

57 Ackerman, M., “El principio protectorio o de protección”, ob. cit., pág. 63.

58 Plá Rodríguez, A., “Visión crítica...”, ob. cit., pág. 573.

- Por otro lado, porque la integración que se propone puede desembocar en la existencia de presunciones de diverso peso, contorno y definición, en función de las inevitables distintas opiniones de los magistrados, con el agravante de que a efectos de la integración se proponen normas especiales del más diverso alcance, algunas de las cuales incluso resulta dudoso que consagren hipótesis de inversión de la carga de la prueba, como es el caso del artículo 10 de la Ley N° 12.597, donde se establece que corresponde al empleador que despide por notoria mala conducta acreditar la misma y ello es conforme al criterio de que a cada parte corresponde probar los hechos que invoca.

En nuestra opinión, si bien de acuerdo al principio de desigualdad compensatoria el legislador perfectamente puede establecer presunciones a favor del trabajador y ello no importa comprometer la regla del debido contradictorio, el silencio en esta materia no puede autorizar la creación de presunciones por vía integrativa, siendo dable requerir para estos casos la existencia de texto expreso.

Como corolario, se puede establecer que la opción del legislador de no ingresar a la regulación de la prueba, determina que en esta materia rijan las reglas generales, desde la carga de acompañar la prueba con la demanda y la contestación, hasta la carga del actor y del demandado de acreditar los hechos invocados por cada parte.⁵⁹

4.1 PROCESO LABORAL ORDINARIO Y PROCESO LABORAL DE MENOR CUANTÍA

La ley regula en forma diferente dos tipos de procedimientos, en función de la cuantía del reclamo: los asuntos que no superen la suma de \$ 81.000 (aproximadamente unos USD 4.050) deberán tramitar por el procedimiento de menor cuantía, los asuntos que superen esa cifra lo harán por el proceso ordinario.

El proceso de menor cuantía, posee plazos más breves y expeditos para exponer las posiciones de las partes y producir la prueba y fundamentalmente consiste en un proceso de instancia única, donde no es admisible la revisión de la sentencia definitiva por ninguno de los litigantes.⁶⁰

Como afirma Garmendia, con la creación del proceso de menor cuantía “se ha privilegiado la más expeditiva conclusión del litigio por encima de cualquier otro valor en juego en los procesos judiciales. Las susceptibilidades que despierta una opción de esta naturaleza, no distinguen entre potenciales actores o demandados (en principio, trabajadores o empleadores, respecti-

59 Fernández Brignoni, H., “Apuntes sobre la nueva ley ...”, ob. cit., pág. 788.

60 Actualmente existe un debate en el Uruguay sobre la constitucionalidad de las normas que disciplinan el proceso de menor cuantía: a favor pueden verse los trabajos de Ermida Uriarte, O., “La Constitucionalidad de los Nuevos Procesos Laborales Autónomos (Ley N° 18.572)”, en Revista Cade. Doctrina & Jurisprudencia, Tomo VI, Montevideo, abril 2010, págs. 5 y ss; Fernández Brignoni, H., “La constitucionalidad de la ley procesal laboral N° 18.572”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LIII, N° 237, págs. 31 y ss.; en contra: Guerra, W., “Nuevo proceso laboral. Fundabilidad y su constitucionalidad y convencionalidad”, en AAVV, Nuevas Especialidades del Proceso sobre materia laboral, ob. cit., págs. 23 y ss; Pereira Campos, S., “Depósito para apelar y proceso de menor cuantía: dos inconstitucionalidades del nuevo proceso laboral”, en Revista Cade. Doctrina & Jurisprudencia. Tomo VII, junio 2010, págs. 63 y ss. De momento no existen pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia sobre los numerosos recursos de inconstitucionalidad que tiene a consideración sobre esta parte de la Ley.

vamente), pues de antemano no puede preverse qué parte del proceso (actora o demandada) podrá resultar afectada por no lograr acceder a una instancia de revisión.”⁶¹

Una de las posibilidades entonces, es que la sentencia del proceso de menor cuantía rechace la demanda y en ese caso el trabajador no tendrá la alternativa o la garantía de que el fallo sea revisado en otra instancia.

La utilización del criterio de la menor cuantía, si bien tiene como objetivo principal lograr la mayor celeridad en la resolución de las contiendas, encierra un dilema difícil de resolver, pues el concepto mismo depende de la perspectiva con la que se lo analice: ¿menor cuantía para quién?, ¿para el Estado o el sistema judicial?, ¿para el trabajador?, ¿para el empleador?. Seguramente las respuestas en todos los casos sean distintas: evidentemente para el Estado o el sistema judicial, asuntos que rondan los USD 4.000 constituyen asuntos de menor cuantía, que pueden justificar la puesta en marcha del menor andamiaje judicial posible; en cambio para el trabajador, su asunto nunca va a ser de “menor cuantía”, sino de la “mayor y principal cuantía” en mérito a que en la mayoría de los casos la suma reclamada es todo cuanto cuenta para subsistir él y su familia. Para el empleador, no existe una respuesta única, podrá tratarse de asuntos de menor, mediana o máxima cuantía, dependiendo de su condición. (gran empresa, pequeña, mediana o micro empresa, empleadores de servicio doméstico, etc.)

En nuestro caso, el problema se ve agravado por el monto utilizado para limitar la menor cuantía, el que supera casi un 40% a la que le sigue inmediatamente en el derecho comparado, que es el caso de España; expresado en salarios mínimos, el monto recogido en la ley uruguaya, equivale a 18 salarios mínimos nacionales, aproximadamente unas 39 veces Bases de Prestaciones y Contribuciones⁶² y mas de 8 veces el ingreso salarial real promedio de los uruguayos de \$ 9.894 (mayo de 2010), según datos del Instituto Nacional de Estadísticas.

La natural disminución de garantías que supone un proceso de instancia única para las partes y en particular para el trabajador, debería limitarse a aquellos casos donde resulte evidente que no se justifica verdaderamente la doble instancia y para ello debería establecerse una doble límite: por un lado el monto del asunto, el que debería reducirse sustancialmente⁶³ y por otro, limitando los rubros objeto del reclamo, dejando para el proceso ordinario aquellas cuestiones que pueden resultar más complejas.

Si como afirma Hugo Fernández, el límite para el proceso de menor cuantía se basó en los datos estadísticos confiables de los relevamientos de la Suprema Corte de Justicia que indicaban que alrededor del 30% de los juicios laborales tramitados, se limitaban a la pretensión de cobrar los créditos de escaso valor económico devengados por el egreso de un trabajador, donde “el contenido característico de estos juicios es el reclamo de la licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido”, el proceso de menor cuantía podría limitarse a estos rubros, que como bien señala el citado autor, se trata de créditos tarifados en la ley laboral sustantiva que se sustentan con la prueba de uno o dos aspectos fácticos, cuyo

61 Garmendia Arigón, M., “Notas sobre el proceso laboral de menor cuantía”, en Tribuna del Abogado, N° 167, Marzo/mayo 2010, Ed CAU, Montevideo, pág. 24.

62 Garmendia Arigón, M., ob. cit., pág. 21.

63 Al tiempo que podría aprovecharse para establecer con toda claridad los criterios para su determinación, extremo que la ley no aborda. Conf. Garmendia, M., ob. cit., pág. 24.

diligenciamiento no ofrece mayores dificultades, lo que justificaría tramitarlos por la estructura procesal de instancia única.⁶⁴

De este modo, una vez deducida una pretensión para el cobro de licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido, supuestamente no abonados por el empleador al egreso, la prueba se limitaría a demostrar si los mismos fueron o no pagos, prueba que en virtud del principio de disponibilidad del medio probatorio incumbe al empleador, quien deberá aportar la documental correspondiente, sin perjuicio de la utilización de otros medios probatorios para dilucidar otros extremos fácticos como la fecha de inicio de la relación laboral o la causal de finalización del vínculo.

4.2 CARÁCTER PERENTORIO E IMPRORROGABLE DE LOS PLAZOS PROCESALES

El artículo 26 de la Ley N° 18.572, establece que “Todos los plazos previstos en la presente ley son perentorios e improrrogables.”

Esta disposición que tiene como finalidad obtener la celeridad y el impulso de oficio de las actuaciones judiciales, se aplica tanto para los plazos que disponen las partes como los plazos establecidos para el propio tribunal⁶⁵, extremo que acarrea una serie de problemas en el campo de la prueba y de las actuaciones judiciales, que pueden terminar afectando a los principios del proceso laboral.

No obstante entendemos que si bien el carácter improrrogable puede implicar que el Tribunal no esté autorizado a conceder una prórroga solicitada únicamente por una de las partes, pero nada impediría que las partes de común acuerdo y en forma expresa puedan suspender el curso de los plazos de modo previo o durante su desarrollo, por el tiempo que estimen conveniente por aplicación del artículo 92 del Código General del Proceso⁶⁶, desde que si la prórroga es solicitada o aceptada por el actor, se sobreentiende que ello ocurre en su beneficio.

4.2.1 LA PRUEBA

En materia probatoria, el legislador no reparó en que a pesar de las modificaciones operadas, los nuevos procesos continúan rigiéndose por el principio dispositivo y que sigue incumbiendo a cada parte la prueba de sus dichos. Desde esta perspectiva la limitación y perentoriedad de las oportunidades procesales para producir prueba, termina afectando al trabajador quien tiene las mayores dificultades en este campo y no necesariamente al empleador que es quien dispone, o debe disponer, de la mayoría de los medios de prueba válidos; bajo esta premisa debe ser analizado este punto, donde deberá procurarse un adecuado equilibrio entre la celeridad, la búsqueda de la verdad real y la tutela efectiva de los derechos sustanciales.

Por un lado, Simón ha señalado que no se ha previsto “qué sucede si pese a un desempeño correcto del Tribunal y a la efectiva colaboración de las partes, la instrucción probatoria no

64 Fernández Brignoni, H., “La constitucionalidad de la ley procesal laboral n° 18.572”, en rev. Derecho Laboral, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010, pág. 48-49.

65 En el régimen del Código General del Proceso, la perentoriedad solamente alcanza a los plazos establecidos para las partes (art. 92 inciso 1°)

66 Conf. Rossi Albert, R., “Primera lectura de la ley N° 18.572 sobre abreviación de los procesos laborales”, ob. cit., pág. 469.

alcanza a completarse en la audiencia única de cualquiera de los procesos, sin responsabilidad para los litigantes o para el Tribunal, por el simple incumplimiento de un tercero al responder a un informe, medio probatorio que puede ser de vital importancia para la decisión de la litis. ¿Corresponde en estos casos prescindir del medio probatorio y conformarse con una tarea de conocimiento superficial y formalista, o intentar obtener dicha prueba en sesión de prórroga establecida en forma acorde a las pautas de continuidad y contigüidad de las audiencias? ¿Resultaría lícito prorrogar una audiencia por esa u otras razones que pueden ser muy legítimas? ¿Beneficiaría a las partes y a la Justicia no prorrogar?."67

Baste pensar solamente en un juicio donde el trabajador deba probar la realización de horas extras o el trabajo en período de descanso o cualquier otra circunstancia que requiera prueba testimonial: ¿qué sucede si los testigos, aunque citados en debida forma por el Tribunal, no concurren a la audiencia única?, ¿podría solicitarse la conducción por la fuerza pública?, la única solución visto el marco legal sería lograr la conducción en el momento de la misma audiencia, extremo que resulta imposible.

Por su parte, el artículo 1° de la Ley concede al Tribunal potestades para averiguar o complementar la prueba de los hechos objeto de controversia, quedando investido, a tales efectos, con todas las facultades inquisitivas previstas para el orden procesal penal, unas de las herramientas básicas y unánimemente reconocidas del principio de búsqueda de la verdad real.

Va de suyo que, salvo en casos donde las partes hayan omitido medios de prueba fundamentales en sus respectivas presentaciones, el Tribunal recién estará en condiciones de determinar si es necesario ejercer sus facultades inquisitivas solicitando algún otro medio probatorio tendiente a llegar a la verdad, una vez que se hayan diligenciado los medios propuestos por las partes, resultando de toda evidencia que ello ocurrirá recién al final de la audiencia.

Siendo que las audiencias de ambos procesos son "únicas" y que existen determinados plazos u oportunidades para proponer la prueba, el carácter perentorio e improrrogable de los plazos impedirá que ante la necesidad de diligenciar otros medios de prueba que se considere esenciales para llegar a la verdad y que no puedan ser recibidos en la audiencia, el Tribunal vea impedido el ejercicio de sus facultades inquisitivas.

Si anteriormente, en el marco del proceso común que brindaba otras posibilidades para ejercer la facultad inquisitiva, era raro que los Tribunales la ejercieran, ahora prácticamente se torna imposible.

De este modo, se está cercenando seriamente la facultad inquisitiva consagrada entre los principios de la nueva ley, por la previsión del artículo 26 que no distingue entre los plazos de las partes y los del Tribunal y con ello afectando uno de los principios fundamentales del proceso laboral como es la búsqueda de la verdad material.

Dada la amplitud e imperatividad de los términos de la ley, resulta difícil de avizorar una solución que no pase por una reforma normativa que prevea tanto la posibilidad de completar el diligenciamiento de pruebas que se estimen fundamentales en la búsqueda de la verdad, como el real ejercicio de las facultades inquisitivas, permitiendo el diligenciamiento de otros medios probatorios que se estimen fundamentales para la dilucidación de la litis, aunque para ello sea necesario diferir la audiencia, si se trata de un medio a diligenciar en audiencia, o diferir

67 Simón, L.M., "Régimen de los plazos y potestades de instrucción del tribunal y procedimiento probatorio en la ley N° 18.572", AAVV Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral, FCU, Montevideo, 2010, pág. 110.

la etapa probatoria hasta tanto no se diligencie la prueba fuera de la audiencia, estableciendo plazos máximos en uno y otro caso.

La consagración formal de las facultades inquisitivas del Juez, elemento funcional básico del principio de búsqueda de la verdad o de veracidad, puede naufragar en la práctica, si no se tienen en cuenta las oportunidades reales de su ejercicio en cada uno de los procedimientos creados y si no se otorgan al Tribunal los márgenes mínimos que permitan su ejercicio efectivo.⁶⁸

4.2.2 LOS PLAZOS PARA DICTAR SENTENCIA

En el campo de las decisiones judiciales, otra de las consecuencias que acarrea la perentoriedad de todos los plazos, incluidos los del Tribunal, es la nulidad de la sentencia dictada fuera de los términos establecidos, “consecuencia absurda que precisamente no puede haber sido la perseguida por el legislador, quien se preocupó de reducir sensiblemente los plazos para dictar la sentencia en búsqueda de celeridad y pronta tuición de los derechos sustantivos en juego en los procesos laborales.”⁶⁹

La misma situación se puede plantear respecto de los plazos previstos para la “convocatoria” de las audiencias, las que en caso de realizarse fuera de los plazos perentorios establecidos serían nulas.⁷⁰

No obstante haberse propuesto superar estos inconvenientes por vía interpretativa, acudiendo al artículo 30 de la Ley y a los principios del artículo 1° y los demás que integran el bloque de constitucionalidad, para concluir, por ejemplo, que una sentencia laboral dictada fuera de plazo no es nula ni exime al Tribunal de su deber de fallar⁷¹, estimamos que la única alternativa pasa por eliminar la perentoriedad de los plazos que posee el Tribunal para dictar sentencias, por cuanto la claridad de los textos no deja espacio para una interpretación como la que se propone y porque la solución de un tema de la importancia del presente, que puede implicar tener que transcurrir nuevamente por todo el proceso, no puede quedar librado a la interpretación judicial si lo que se pretende es la protección de la parte más débil y también por elementales razones de seguridad jurídica.

5. CONCLUSIONES

Una mirada de las nuevas estructuras procesales desde los principios del proceso laboral, no debe agotarse en aquellos declarados como tales en el artículo 1° de la Ley N° 18.572, sino que debe contemplar los principios especiales o propios del proceso laboral como la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad del derecho sustantivo,

68 En este sentido parecen razonables las facultades excepcionales concedidas al juez en los artículos 22 y 49 numeral 2, de la Ley peruana N° 29.497, en virtud de las cuales se admite la suspensión de la audiencia por un lapso no mayor de 30 días, a efectos de ordenar la práctica de alguna prueba adicional.

69 Simón, LM, ob. cit., pág 108.

70 El término “convocar” utilizado en los artículos 9 y 21 incluso puede llevar a equívocos, pues una cosa es convocar dentro de un determinado plazo, aunque el señalamiento y la realización podría ser posterior.

71 Idem, pág. 108.

que por integrar el bloque de constitucionalidad, deben presidir, informar y orientar la tarea del intérprete según dispone el artículo 30.

La actuación de los principios propios o esenciales del derecho procesal del trabajo, no tiene por finalidad procurar una sentencia favorable para el trabajador, sino dotar al éste de un conjunto de prerrogativas y herramientas capaces de equiparar las posibilidades del empleador dentro del proceso, para llegar a la verdad.

La mirada tampoco puede omitir la consideración de aquellas reglas implícitas en las nuevas estructuras procesales donde rige el principio dispositivo y donde sin perjuicio de poder admitirse la teoría de las cargas procesales dinámicas, la carga de probar los hechos continúa siendo de quien los alega.

Algunas de las soluciones previstas en la Ley y que tienen por finalidad excluyente abreviar al máximo el procedimiento, en algunos casos no están en línea con los principios enunciados o comprometen la actuación o la posición de la parte más débil, y en otros, hacen ilusoria la actuación de los poderes inquisitivos del Tribunal en la averiguación de la verdad.

En algunos casos el intérprete, enfrentado a una solución contradictoria con los postulados de los principios, podrá proponer una solución alternativa conforme a estos últimos, en otras ocasiones y como consecuencia del carácter imperativo de las normas procesales, las soluciones deberán pasar necesariamente por una modificación legislativa.

Montevideo, mayo de 2012.

O PROJETO DE PESQUISA E A INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO

THE RESEARCH PROJECT AND
SCIENTIFIC INITIATION IN LAW

RAFAEL FRATTARI¹

RESUMO

O objetivo com este ensaio é apresentar sugestões aos estudantes dos primeiros passos no desenvolvimento de pesquisas no âmbito do Direito. Para tanto, é importante a distinção inicial entre uma investigação científica e inventários superficiais ou a descrição de proposições doutrinárias ou jurisprudenciais. Em seguida, procura-se identificar, baseando-se na experiência de seus autores, dúvidas e equívocos comuns no início de pesquisas jurídicas. Num segundo momento, são discutidas questões relativas ao projeto de pesquisa, começando pela construção do tema problema, passando pelo marco teórico, pela hipótese, pela justificativa e pelos objetivos, até os elementos finais: o cronograma da pesquisa, o organograma financeiro, a bibliografia preliminar e as referências bibliográficas do projeto.

Palavras-chave: Pesquisa. Iniciação científica. Direito.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to present suggestions to students as to the first steps in developing research in Law. Therefore, it is important to make an initial distinction between scientific investigation and superficial inventories or the description of doctrinal or jurisprudential propositions. Next, based on its authors' experience, it seeks to identify common doubts and misconceptions that often emerge at the beginning of legal research. Afterwards, issues related to the research project are discussed, starting with the construction of the main issue, proceeding through the theoretical framework, by hypothesis, justification, and objectives, up to the final elements: the research timeline, financial chart, preliminary bibliography, and bibliographic references.

Keywords: Research. Scientific initiation. Law.

1. INTRODUÇÃO

A proliferação de espaços destinados à pesquisa jurídica na graduação e o aumento constante do número de alunos na pós-graduação trouxeram a atividade de pesquisa para o centro das discussões sobre o ensino jurídico. Se antes a reflexão sobre a pesquisa jurídica e seu estatuto epistemológico não era comum, ela tornou-se imperativa para os professores e os discentes nas últimas décadas.

¹ Doutor e mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor dos cursos de graduação e de mestrado em Direito na Universidade Fumec. Advogado.

As reflexões que se seguem são fruto da experiência profissional na docência de disciplinas como a metodologia da pesquisa jurídica e sobre o ensino jurídico, pela qual foi possível identificar algumas dúvidas e equívocos comuns entre os alunos de graduação e pósgraduação que iniciam a formulação de suas pesquisas. Assumindo-se o risco da generalização, pode-se dizer que boa parte dessas dúvidas e equívocos é possivelmente reforçada pela deficiência de alguns manuais e livros voltados para metodologia da pesquisa jurídica, por vezes, vinculados aos seus aspectos formais, sem trazer, contudo, uma proposta explicativa pensada nas dificuldades dos discentes. É justamente essa a preocupação externada neste artigo.

Em primeiro lugar, traçam-se, com base na experiência pessoal do autor em sala de aula, questionamentos gerais entre aqueles que se iniciam na pesquisa jurídica. Feito o diagnóstico amplo, faz-se, num segundo momento, uma análise mais específica das dúvidas recorrentes quanto aos elementos de um projeto de pesquisa. Por fim, são discutidos os problemas mais importantes, quase sempre baseando-se em exemplos acessíveis.

Decerto, é possível que a iniciativa aqui desenvolvida sofra a crítica de se voltar para um campo limitado à experiência de seu autor. Em tese, seria possível arguir que este universo é pouco representativo de uma realidade em que se contam mais de 1.200 cursos de Direito por todo o País. Por outro lado, é bastante razoável supor que as dúvidas aqui esmiuçadas encontram eco em um espectro muito mais amplo de discentes, dado que o modelo de ensino jurídico raramente se desvia de um padrão que vem se reproduzindo há décadas.

Aliado a essa premissa, constata-se um notável incremento na discussão sobre o ensino jurídico testemunhado nas últimas duas décadas. Nesse período, houve o aumento significativo de obras e debates sobre o tema², acompanhado da edição de inúmeras normas voltadas para a disciplina do ensino jurídico³, além da adoção de currículos e projetos pedagógicos inovadores e, porque não dizer, o fortalecimento de instituições como o Conselho Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Direito (Conpedi) e a Associação Brasileira de Ensino em Direito (Abedi).

Nesse período, produziu-se um diagnóstico sobre as mazelas do ensino jurídico tradicional, formal, bacharelista e profissionalizante⁴. Em reação a isso, pululam propostas sobre novos currículos, metodologias e abordagens do ensino jurídico⁵, próprias para o desenvolvimento das competências e habilidades exigidas dos profissionais do direito no século XXI. Também há unanimidade em que o desenvolvimento do ensino jurídico deve ser acompanhado do crescimento da pesquisa jurídica, em quantidade, mas, sobretudo, em qualidade, afinal as atividades são indissociáveis, inclusive, por comando constitucional.

Nessa trilha, a adoção da monografia de final de curso trouxe elemento importante para estreitar a relação entre ensino e pesquisa, pois é esperado dos discentes que, além de serem

2 Por todos, confira-se: GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. 2. ed. *Re-pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; BARRAL, Welber Oliveira. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; NOBRE, Marcos (Org). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2006; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação*. 2. ed. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1996; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). *Ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*. 2. ed. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1996.

3 Sobre a importância das normas regulamentadoras no ensino jurídico, confira-se: FRAGALE FILHO, Roberto. Impacto das mudanças legislativas nos projetos pedagógicos. *Anuário ABEDI*, Florianópolis, n. 1, p. 91-104, 2003.

4 Por todos, confira-se: FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

5 Sobre a evolução das matrizes curriculares nos cursos jurídicos: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino de direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

capazes de absorver conteúdos dogmáticos, consigam alocar seus esforços para encarar situações complexas e imprevistas⁶, enfrentando questões jurídicas pontuais que requerem problematização adequada.

Mesmo diante das reações ao ensino jurídico bancário e à ideia de pesquisa tradicional e equivocada, permanece ainda, nas faculdades de Direito, certo estranhamento em relação às atividades de produção científica, sobretudo em relação àquelas em que não há programas de mestrado vinculados à graduação, nem auxílio à iniciação científica dos discentes.

Neste trabalho, procura-se reduzir essa estranheza, seja no que toca ao esforço monográfico daqueles que iniciam a tarefa investigativa na graduação, seja para aqueles que enfrentam trabalhos de pesquisa no âmbito da pós-graduação.

Defende-se a hipótese de que o fomento da atividade de pesquisa entre aqueles que ainda enfrentam dificuldade nos primeiros passos da investigação científica requer, prioritariamente, a definição daquilo que deve ser considerado como pesquisa jurídica, em contraposição a simples resumos ou aprofundamentos de estudo. Além disso, é preciso a adequada compreensão dos elementos de um projeto de pesquisa científica.

Daí a opção por uma linguagem simples, direta e preocupada em indicar os requisitos básicos para que se criem condições de possibilidade para o desenvolvimento de pesquisa em nível de graduação, bem como para a adequada elaboração de projetos de pós-graduação.

2. DOIS EQUÍVOCOS COMUNS NO ÂMBITO DA PESQUISA JURÍDICA

A monografia final de curso, o relatório final de pesquisa e mesmo diversos projetos de pesquisa para pós-graduação, não raro, confundem o simples aprofundamento de estudo (nos quais opiniões doutrinárias sobre um tema são recolhidas, posições jurisprudenciais são recenseadas e apresentadas aos leitores) com uma investigação científica propriamente dita.

Nem sempre o discente tem consciência de que a monografia ou o documento final de projetos de pesquisa são relatórios de investigação. Ora, se o produto é um relatório de pesquisa, obviamente, é sempre necessária a realização de uma investigação que o anteceda – que não deve ser tomada como uma simples coletânea de posições sobre um assunto qualquer⁷. Para que se tenha uma pesquisa, é preciso transcender aos trabalhos de compilação que predominam no meio jurídico, especialmente em nível de graduação.

Embora se tenha dito que as últimas décadas assistiram ao forte incremento na atividade de pesquisa jurídica, infelizmente, as discussões metodológicas ainda não são rotineiras nas instituições de ensino. Ao contrário, esse debate é, na maioria das vezes, desprezado pelos próprios professores – especialmente quando carentes de formação pedagógica adequada, em geral. Por consequência, é fundamental que os professores orientadores, especialmente

6 Cf. RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino de direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

7 Cf. GUSTIN, DIAS, 2006.

na graduação, ressaltem para seus alunos a importância de uma discussão metodológica preliminar ao trabalho de pesquisa. Se o próprio professor não considera importante a abordagem metodológica, como esperar que os alunos o façam? Se o orientador deixar o aluno à mercê de sua sorte, é muito provável que seu trabalho seja pouco útil para todos, inclusive para o próprio discente.

De fato, é comum encontrar situações em que o pesquisador iniciante escolhe um tema de pesquisa sobre o qual são feitos levantamentos bibliográficos restritos aos manuais ou a poucos livros específicos, construindo-se um “grande resumo” das opiniões emitidas pelos autores mais acessíveis. Quando muito, são feitas referências superficiais às posições dos tribunais ou dos órgãos administrativos sobre o assunto escolhido.

A tarefa assim realizada não pode ser considerada pesquisa, mas, quando muito, aprofundamento de estudos. Às vezes, nem isso é alcançado, tendo em vista que, quase sempre, os discentes realizam trabalho de menor qualidade do que aqueles nos quais buscaram apoio⁸.

De modo simplificado, para que a investigação possa configurar-se como pesquisa científica são necessárias duas características básicas: a) a adequada construção do problema a ser pesquisado (e não apenas a escolha de um tema) e b) o planejamento das ações que serão desenvolvidas, mediante a definição de uma metodologia de trabalho adequada ao objetivo pretendido.

Frequentemente essas duas características costumam ser olvidadas pelos iniciantes na pesquisa jurídica. Quando se deseja realizar uma pesquisa que se pretenda científica, é imprescindível que o pesquisador elabore um projeto ou plano que oriente a realização das suas atividades. O projeto de pesquisa deve conter determinados elementos cujo detalhamento nem sempre é observado. Isso costuma ser a principal dificuldade no adequado desenvolvimento do trabalho.

Tem-se, assim, um diagnóstico preliminar e geral da origem das deficiências comumente encontradas na pesquisa científica no âmbito do direito: a) o desconhecimento de que a monografia ou o documento final de projetos de pesquisa deve ser relatório de investigação e b) a inadequada construção do problema a ser pesquisado, agravada pelo divórcio entre os objetivos da pesquisa e a opção metodológica eleita.

Feito o diagnóstico geral, cabe refinar a anamnese inicial em busca de questões mais específicas do projeto de pesquisa, a fim de cumprir o objetivo proposto.

3. OS PRINCIPAIS ELEMENTOS DO PROJETO DE PESQUISA E SEU PLANEJAMENTO

Na trilha da proposta inicial de se decompor as dúvidas recorrentes quanto aos elementos de um projeto de pesquisa, a construção do tema-problema, certamente por ser o passo

8 Os aprofundamentos de estudo são extremamente úteis na vida acadêmica, especialmente porque contribuem para solidificar a noção teórica que se tem de determinado tema. Em suma, são instrumentos essenciais ao ensino e ao estudo de conteúdos jurídicos. Não é por isso, porém, que devem ser confundidos com a atividade de pesquisa, no sentido técnico do termo.

inicial mais comum das investigações científicas em geral, tem lugar privilegiado. É, portanto, o primeiro ponto a ser enfrentado.

3.1 EQUÍVOCOS COMUNS NA CONSTRUÇÃO DO TEMA-PROBLEMA

A maioria das investigações tem início na escolha do tema da pesquisa, que é o assunto sobre o qual o discente iniciará seu trabalho, com o objetivo de problematizar algum aspecto do fenômeno jurídico. A experiência tem revelado uma crença comum entre os iniciantes na pesquisa jurídica de que bastaria a simples escolha do tema para se iniciar uma investigação científica.

Ao serem indagados sobre a pesquisa que pretendem começar, soçobram respostas genéricas como: “Minha pesquisa é sobre direitos humanos”; ou, mesmo, “Investigo a posse no direito brasileiro”; ou, ainda, “Estudo as formas de transferência de responsabilidade por débitos tributários”.

Tais respostas revelam o equívoco inicial de depositar as esperanças de um “bom começo” apenas na escolha de um tema ao gosto do pesquisador. De fato, a escolha do tema deve ser mesmo de gosto pessoal, que, no mais das vezes, costuma vir das ambições culturais, sociais e econômicas de cada qual⁹. A escolha *a priori*, pautada pelo interesse pessoal, costuma guardar sintonia com a pré-compreensão histórica de mundo de cada um, por isso estimula a pesquisa, como constata Paulo Salles Oliveira:

[...] promover a consonância entre pesquisa e biografia é altamente estimulante, pois atribui vida ao estudo, retirando da produção intelectual poeiras de artificialismo, que recobrem parte da pesquisa acadêmica ou, senão isso, que acabam contribuindo para a representação social da universidade como redoma, imagem que ainda encontra ressonância no conjunto da sociedade¹⁰.

A escolha da temática não é tarefa das mais difíceis, mas deve ser vista apenas como o primeiro passo, de resto infrutífero se os próximos não forem dados com rigor e cuidado. Pesquisas dependem de mais elementos do que a escolha do tema. É necessário que se identifique determinado problema. Escolhido o tema, cabe ao pesquisador problematizá-lo.

O tema da pesquisa é apenas o conjunto teórico no qual está inserida a problemática que será enfrentada. Nada mais. Não é o objeto do trabalho. A exclusiva preocupação com a escolha do tema sem a devida problematização é o que conduz à confecção de trabalhos que se denominam pesquisas sem que tenham as características próprias dessa atividade.

Por esse problema, as pesquisas de graduação, em sua maioria, e até algumas em nível de pós-graduação, estão mais próximas de aprofundamentos de estudo¹¹. Para iniciar qualquer

9 De preferência, o tema deve pertencer à área de interesse da qual o pesquisador disponha de conhecimento já razoável. Em geral, essas áreas são, naturalmente, as que mais atraem a atenção do aluno. Esse conhecimento prévio é que permitirá ao discente a possibilidade de sucesso na delimitação do temário e na sua problematização. Nesse ponto, abre-se parêntese para a seguinte observação, já com o pedido de desculpas pela sua informalidade. É salutar que se dê um conselho bastante pessoal aos discentes que procuram os professores ávidos por uma orientação preliminar: investiguem algo de que gostem! Tenham prazer em pesquisar!

10 Cf. OLIVEIRA, Paulo de Salles. Caminhos de construção da pesquisa em ciências humanas. In: _____. (Org.). *Metodologia das ciências humanas*. 2. ed. São Paulo: Hucitec/Unesp, 2001. p. 17-26.

11 É o caso de pesquisadores que se propõem a investigar a obra de determinados autores, sem questionamentos mais específicos. Estudos sobre a obra de Kelsen ou de Kant, ou sobre a obra de quem quer que seja, não passam de um aprofundamento

investigação científica, é imprescindível que se tenha um problema, incluído em determinado núcleo temático, nunca apenas uma obra ou assunto que se considera atraente. A problematização é primordial para a delimitação do tema escolhido.

Problematizar algo deve ser, antes de tudo, uma atitude crítica, que pode se dar de várias maneiras, tais como: inserir um objeto em novos contextos teóricos ou práticos; analisar seus fundamentos teóricos sob perspectiva diferente da tradicional; perquirir sua eficácia, eficiência ou efetividade¹²; enfim, qualquer tarefa que lance um novo olhar sobre um tema bem delimitado.

A pesquisa não pode ser um amontoado de dados ou opiniões sobre algo. Há de ter-se um problema prévio, que mereça a atenção do pesquisador. Esse problema não pode ser resolvido com a leitura de alguns artigos ou livros, sobretudo dos manuais e/ou de materiais de cursos básicos. Quando isso ocorre, não se tem um problema comum à maioria da comunidade acadêmica, mas simplesmente constata-se uma falha no próprio conhecimento prévio sobre o assunto. Se, com uma busca superficial, consegue-se solucionar o problema que foi elaborado, em verdade, não se tinha problema algum¹³ – a não ser, é óbvio, que se discorde da resposta dada à indagação pelas pessoas que já se debruçaram sobre ela.

O importante é que se tenha uma indagação¹⁴. Qualquer indagação, porém, não é suficiente. É preciso, ainda, que o pesquisador tenha fôlego para responder ao problema que se propõe investigar. Isso requer desde condições pessoais e intelectuais para tanto até a existência de tempo hábil, ou ainda o fácil acesso aos dados necessários à elaboração da resposta¹⁵.

Parece haver uma tendência na escolha de pesquisas “grandiosas”. Em geral, os pesquisadores inexperientes querem desvelar problemas de décadas, solucionar conflitos teóricos imensos, descobrir tudo o que lhes for possível. Por um lado, isso é extremamente positivo, pois mostra o entusiasmo com que vários alunos encaram a atividade de pesquisa. Doutro lado, a pretensão pode transformar-se em frustração, diante das dificuldades encontradas pela adoção de problemas enciclopédicos. Enfim, a correta delimitação do tema-problema é elemento, embora insuficiente, essencial ao sucesso de qualquer pesquisa.

Não se pode esquecer de que a ciência, em grande parte, é feita por cumulação, embora cientistas de envergadura digam o contrário, com base na distinção entre ciência normal (cumulativa) e ciência revolucionária (não cumulativa)¹⁶.

sobre o pensamento de determinado autor que se julga interessante. Para que a empresa possa ser identificada com uma pesquisa, a análise da obra do pensador deve ser guiada pela abordagem de um problema restrito, determinado.

12 GUSTIN, DIAS, 2006, p. 75-76.

13 GUSTIN, DIAS, 2006, p. 9.

14 É sempre proveitoso que o aluno busque uma pergunta. De preferência, essa indagação deve causar ao pesquisador certa perplexidade, ou mesmo indignação, seja com a falta de respostas, seja com as repostas que lhe são dadas tradicionalmente. Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias são extremamente didáticas e, ao mesmo tempo, cirurgicamente rigorosas em sua definição de pesquisa: “A definição mais simples de pesquisa poderia ser formulada como a procura de respostas para perguntas ou problemas propostos e que não encontrem soluções imediatas na literatura especializada sobre o assunto.” (GUSTIN, DIAS, 2006, p. 9)

15 Há questões que, mesmo para um exemplar estudante, seriam extremamente complexas. Seria tarefa simples analisar por que o *tipo penal* não corresponde ao conceito de *tipo* utilizado nas ciências sociais, mas sim ao de *determinação conceitual fechada*? (cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988). Outras questões demandariam um tempo de que não dispõe o pesquisador que não pode se dedicar em tempo integral à pesquisa, dadas as pressões da vida cotidiana. Além disso, as condições materiais também devem ser levadas em conta na elaboração e resolução de um problema. Por exemplo, seria quase impossível para um estudante brasileiro analisar a razão pela qual surgiram novas formas contratuais no sul do Irã – a não ser que conheça o idioma árabe ou, quiçá, o dialeto local e vá até tal sítio realizar sua pesquisa. Daí a necessidade de que a escolha do problema seja refletida pelo pesquisador com atenção.

16 Cf. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

Essa noção de acumulação é bem representada pela afirmação atribuída a Isaac Newton de que “se vi mais longe, foi porque estava sobre os ombros de gigantes”. É claro que a pesquisa pode trazer algo de inovador, capaz de subverter concepções até então prevalentes¹⁷, mas já é significativo quando determinada investigação consegue colocar “mais um tijolo” para que outros nela se escorem, ou consegue se apoiar um pouco mais alto no ombro dos antecessores.

Não é necessário que construa um sistema científico completo¹⁸. Aliás, assumindo-se que ciência é um domínio de coerências bem específico, isso nunca ocorre¹⁹. O importante é identificar um problema específico, que será o centro da atenção do pesquisador²⁰. Mas, para que o problema seja definido com precisão, é importante que o pesquisador detenha algum conhecimento mínimo sobre o tema de interesse. Isso quer dizer que, sem qualquer estudo preliminar, o discente terá muita dificuldade em problematizar algo.

Portanto, em lugar da ansiedade comum nesses momentos, o pesquisador tem de começar a estudar o tema definido com afinco, para que consiga encontrar alguma indagação que mereça sua atenção. Neste ponto, faz mais sentido “entrar logo na biblioteca” do que aguardar que a intervenção divina ou celestial lhe traga um ótimo problema de pesquisa.

Problematizar algo não significa isolá-lo das relações com os problemas que lhe são conexos ou apartá-lo da realidade social. Essa perspectiva, outrora assumida com fervor pela ciência moderna, levou ao extremo das especialidades, que acabaram por deformar o conhecimento da realidade, tamanho seu recorte. Um saber pode ser construído sobre um problema bastante limitado sem que seja excludente de suas relações ou sem que seja artificial²¹.

17 Cf. KUHN, 1982.

18 A delimitação do tema mediante a construção de um problema determinado permite que o trabalho seja profundo, pois não se perderá numa imensidão de assuntos. Por exemplo, faz algum sentido o discente elaborar uma monografia sobre “as mudanças processuais necessárias ao nosso sistema”, sobre o “mandado de segurança”, sobre “as ações afirmativas”, sobre “os problemas do sistema penal brasileiro”? É claro que não, pois não se tem a definição de um problema, tão somente a escolha de um tema, que, em geral, é abrangente. Resultado frequente é que tais trabalhos se limitam a abordar superficialmente o conteúdo pretendido, até mesmo em virtude da sua extensão.

19 Uma figura de linguagem bastante apropriada para se ter ideia do que deve procurar o pesquisador pode ser dada com as noções de horizontalidade e verticalidade. É muito mais produtivo que o pesquisador se proponha a fazer um recorte vertical no ponto de pesquisa escolhido. Assim, aumentam suas chances de dar novas contribuições ao estudo do objeto. Na linguagem comum, a atitude pode ser assim resumida: “deve-se escrever muito – e bem –, sobre pouca coisa”, e não “escrever pouco sobre muita coisa”. Quando o recorte dado é horizontal, o perigo quase inevitável é não abordar com profundidade o problema, restringindo-se à sua superficialidade. Sem dúvida, o primeiro aporte tem chance de realmente produzir conhecimento, enquanto o segundo tende à simples reprodução do já feito.

20 Suponha-se que o aluno esteja interessado em pesquisar algo sobre o Direito Tributário. De nada adiantaria pretender investigar os “princípios constitucionais tributários”, dada a amplitude do tema. Um trabalho com essa orientação, provavelmente, seria rasteiro e superficial. A orientação seria para que o discente, depois de estudar os tais princípios, escolhesse um deles. Imagine-se que a escolha tenha recaído sobre o “princípio da progressividade”. Ainda assim, seria necessário, agora, identificar um problema relevante que envolva o princípio escolhido. Isso porque a progressividade fiscal pode ser abordada sobre vários aspectos e em relação a inúmeros tributos. No caso, um bom problema, com delimitação adequada, seria perquirir, por exemplo, se “o imposto predial e territorial urbano (IPTU) pode ser progressivo unicamente em função do valor do imóvel”. Vejam que o ponto de partida para a construção do problema foram os princípios constitucionais tributários, mas sua delimitação restringiu sobremodo o objeto sobre o qual se concentrará a atenção do pesquisador. Imagine-se, noutro exemplo, que o discente seja interessado em direito processual civil e pretenda estudar a “exceção de préexecutividade”. Caso ele não faça nenhum recorte ou problematização do tema, terá que enfrentar a árdua tarefa de abordar múltiplos aspectos que envolvem o procedimento referido. Desde a sua correta terminologia, passando pela forma, até os recursos que são cabíveis no caso haveriam de ser abordados. Melhor e mais interessante seria perguntar se “é possível fazer uma definição exaustiva das hipóteses de cabimento da denominada exceção de pré-executividade”.

21 Se o aluno ainda não conseguiu pensar em algo bem circunscrito, deve procurar por temas ainda gerais e ler o material que encontrar sobre ele, ainda que seja nos manuais. Embora os cursos e manuais não sejam boas fontes de pesquisa, em virtude da sua superficialidade, podem indicar, ao menos, caminhos férteis. Se a leitura dessas obras não for suficiente para que o discente encontre algum problema interessante, resta buscá-lo na jurisprudência, que costuma ser fonte inesgotável de problemas. Se nada disso adiantar, o aluno, então, deve voltar-se para o local mais apropriado de busca de problemas, sua prática profissional, faça o que fizer. Em geral, conhece-se melhor aquilo com o qual se trabalha. Isso dá condição de

3.2 AINDA O TEMA-PROBLEMA: A HERANÇA KELSEANA

Há outra consideração importante, sobretudo na pesquisa em Direito: talvez pela influência formalista, constata-se uma preferência pela pesquisa teórica, geralmente sobre as normas jurídicas e suas possíveis relações com o ordenamento jurídico.

Provavelmente essa abordagem é tributária das contribuições de Hans Kelsen²², para quem o papel da ciência jurídica seria apenas o de descrever as normas que compõem o ordenamento jurídico, em suas relações de hierarquia e coordenação. Qualquer outro estudo que buscasse centrar-se em fatos ou valores seria despiciendo à ciência do Direito.

Na verdade, essa postura, ainda dominante em nossas faculdades, já foi superada, há muito, pelos principais juristas de nossa época. Fato é que os últimos anos assistiram à denúncia da postura formalista, aparentemente neutra ideologicamente, como um dos grandes males da ciência do direito. Por vezes, essa insurgência chegou a ser radical, como mostra o trecho do excelente Prof. Óscar Correias, da Universidade Autônoma do México:

Portanto, não adotaremos a limitada e mesquinha posição que consiste em declarar que, se alguém quer estudar certa parte do fenômeno, distinta da que querem estudar outros, então os primeiros não estudam Direito senão outra coisa e, portanto, não devem ter lugar numa Faculdade de Direito. Isto é muito importante, porque é o discurso com que se ataca, nessas faculdades, as correntes críticas e alternativas. O procedimento é este: primeiro definem o Direito; logo definem a ciência do Direito. E dizem que o Direito é essa classe de discursos; que a ciência jurídica é a que descreve as normas contidas nesse discurso. E logo, que quem não estuda isso, não 'faz' Direito e, portanto, não tem lugar numa faculdade de Direito. Esta é a posição da doutrina tradicional, hoje dominante: existe somente uma ciência jurídica, a dogmática; e a Teoria do Direito tem como objeto produzir conceitos necessários para cultivar essa ciência. Todo o resto deve ser expulso da Faculdade de Direito. Resta dizer que por detrás dessa postura, aparentemente científica, esconde-se uma posição política cujo fundo reacionário é claro: os juristas devem estudar somente o que a lei diz, sem fazerem outras espécies de perguntas incômodas para quem detém o poder²³.

Ora, o fenômeno jurídico é composto por normas, fatos e valores²⁴. Portanto, em Direito, vários tipos de pesquisas podem ter lugar, e não somente os estudos teóricos sobre as normas do ordenamento, ou ainda, sobre a natureza jurídica deste ou daquele instituto.

Temas emergentes como a efetividade dos direitos humanos, as relações de consumo, o controle de práticas antitruste, a cidadania, dentre muitos outros, podem suscitar problemas que permitem abordagens empíricas valiosas. No primeiro momento, os discentes de Direito podem pensar que pesquisas empíricas são mais "*difíceis*" do que as pesquisas eminentemente teóricas. Mesmo correndo o risco de não se ter sustentação comprovada, ousa-se dizer que estão redondamente enganados. O controle metodológico de uma pesquisa empírica costuma ser realizado de maneira mais evidente e objetiva que a aferição do rigor nas pesquisas

pensar criticamente sobre as questões que envolvem nossa atividade, sobretudo nos problemas delas decorrentes. Por isso, a experiência profissional costuma apresentar um bom repertório de problemas interessantes...

22 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

23 CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 49.

24 Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

teóricas. O problema é a falta de conhecimento dos discentes da própria atividade de pesquisa e do seu pouco contato com trabalhos empíricos, mal que atinge, inclusive, os docentes²⁵.

Assunto conexo a esse é o da interdisciplinaridade nas ciências sociais. Estão abertas múltiplas possibilidades de análise aos pesquisadores do Direito em correlacionar seus problemas com as discussões que ocorrem nas outras ciências sociais. A ciência do direito só tem a enriquecer-se com isso, bem como as pesquisas que o fizerem com o rigor devido. Exemplo notório é a ciência da História, que, no decorrer do século XX, viveu uma revolução até hoje inacabada, através do diálogo incessante com outras ciências sociais, tais como a demografia, a economia, a sociologia e a antropologia²⁶. Assim, embora não se tenha tratado do tema com a profundidade que requer, registre-se que a interlocução entre o direito e as demais ciências não é perniciosa, como queria fazer parecer a doutrina formalista, mas, ao contrário, bastante bem-vinda.

Com esses alertas preliminares, com um pouco de estudo e de reflexão crítica, os pesquisadores não encontrarão dificuldades intransponíveis para a elaboração de problemas interessantes.

Há, ainda, outros elementos que interessam para a análise aqui proposta. Um deles, também muito mal compreendido, é a adoção do “marco teórico”.

3.3 AUTOR NÃO É MARCO TEÓRICO

A ciência cartesiana tradicional, influenciada pelo positivismo científico, procurou extirpar qualquer tipo de valoração que pudesse interferir na produção do conhecimento científico. Considerou, durante séculos, que a cientificidade de determinado saber estaria na sua suposta neutralidade axiológica. Construiu-se, então, o mito de que a ciência é um saber neutro, no qual não têm lugar considerações éticas ou valorativas. Ao fazer ciência, o cientista deveria despir-se de todos os seus preconceitos (pré-juízos).

Todavia, a crise da ciência instrumental e a própria mecânica quântica incumbiram-se de espancar esse mito²⁷. A problematização da realidade depende de alguns fatores que se tornam fundamentais no trabalho científico, pois lhe permitem a própria possibilidade de existência, o seu vir a ser, diga-se.

Dessa forma, não se pode negar a importância das précompreensões de vida do pesquisador, de sua subjetividade²⁸.

25 Para uma enumeração exemplificativa dos tipos de pesquisa em Direito, confira-se: GUSTIN; DIAS, 2002, p. 26-30.

26 Cf. LE GOFF, Jacques. A história nova. In: ____; CHARTIER, Roger; REVEL, Jacques (Org.). *A história nova*. 4. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. p. 26-64; AGUIRRE ROJAS, Carlos Antonio. *Os annales e a historiografia francesa: tradições críticas de Marc Bloch a Michel Foucault*. Tradução de Jurandir Malerba. Maringa: Eduem, 2000; FRATTARI, Rafael. A contribuição metodológica da história das mentalidades. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et al. (Coord.). *História do direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 197-222.

27 Uma descrição brilhante desse processo pode ser vista em Boaventura de Sousa Santos (cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Afrontamento, 2001). Interessa apenas indicar que é impossível extirpar nossa pré-compreensão de vida de qualquer uma das nossas atitudes. Desde a escolha da cor das roupas, das opiniões em festas de família até os escritos científicos, tudo está pautado pelas vivências, mesmo que adormecidas no inconsciente. Portanto, qualquer produção de conhecimento estará eivada dos valores de seu autor.

28 Ora, qualquer sujeito tem uma visão de mundo que o informa, em todos os seus atos, sobretudo, os discursivos. Todos vivem inseridos em um círculo comunicativo composto pela escola que frequentam, pela família, pelos amigos (e inimigos!), colegas de trabalho, etc. Assim, todos têm atitudes políticas, filosóficas, sociais que acabam refletindo nas investigações científicas.

Mas, se é assim, ainda é possível a produção de um conhecimento que seja inteligível a todos, que possa ser alvo de discussões objetivas? Se levada a inclusão da subjetividade do pesquisador ao extremo, não se teria o reino da relatividade a impedir qualquer conhecimento objetivo? A pesquisa seria possível?

A resposta a essas perguntas passa por um elemento central: o marco teórico. De fato, é importante a pretensão de objetividade conferida ao conhecimento, sob pena de torná-lo mera opinião²⁹. Essa pretensão de objetividade é marcada pela adoção de determinado sistema de referências que permita direcionar o olhar do pesquisador ao seu objeto. Nesse sistema, estão a ideologia do pesquisador e seu marco teórico, que lhe permitem construir sua problemática, antever suas hipóteses e adotar as técnicas que o autorizam confirmar ou refirmar as soluções prévias por ele ofertadas.

O marco teórico é, pois, peça fundamental para controlar as ideologias do cientista. É uma afirmação de determinado autor pela qual se pode construir um quadro teórico capaz de moldar o olhar do pesquisador ao seu objeto, fixando-lhe as suas possibilidades e limites. Não se confunde, portanto, com o Autor mesmo³⁰. Mais: direcionará desde a escolha do problema, as hipóteses oferecidas ao seu deslinde, até os procedimentos operacionais de pesquisa adotados.

Isso não quer dizer, como é comum encontrar na opinião de pesquisadores inexperientes, que o marco teórico seja a resposta no problema escolhido. Se isso ocorre, há confusão entre o marco teórico e a hipótese do trabalho, que deve ser uma sugestão prévia de resposta ao problema³¹.

O marco teórico, como dito, é uma escolha que vai orientar o trabalho de pesquisa, fruto de todo o sistema de referências de determinado sujeito, ou seja, de como o pesquisador “enxerga o mundo”. Assim, por exemplo, o pesquisador que se põe a indagar a força cogente do princípio da proporcionalidade não pode partir do marco teórico de que as normas jurídicas são apenas aquelas que se estruturam sob a forma do dever ser kelseniano, na sua famosa formulação: se *A* é, deve ser *B*. Seria mais prudente assumir, na trilha de Alexy³², seguido por Humberto Ávila³³, que os princípios jurídicos não se estruturariam e não se aplicariam da mesma forma que as regras de conduta³⁴.

29 Ou seja, se não houver um conjunto de perspectivas objetivamente assumidas pelo pesquisador, ter-se-á como resultado de uma pesquisa apenas a opinião pessoal do pesquisador. Todas as espécies de “achismos” se multiplicariam. Não é assim que funciona a ciência.

30 29 É comum ouvir a seguinte frase: “*meu marco teórico é Habermas*”, ou “*meu marco teórico é o positivismo jurídico*”. A primeira assertiva não é correta, pois o marco teórico é uma afirmação teórica de determinado estudioso, ou o conjunto de sua obra, mas não o autor em si. Kelsen não pode ser marco teórico de ninguém, mas as suas teorias sim! O segundo exemplo erra por não especificar qual afirmação ou princípio do positivismo jurídico é assumida como quadro modelar. Na verdade, existem vários positivismos, cada qual com as suas peculiaridades.

31 O marco teórico é uma afirmação teórica mais ampla, que não se relaciona, especificamente, com o problema e nem responde a ele, senão que orienta a busca das respostas possíveis. Para que o aluno não seja vitimado pelo engano, sugere-se colocar o marco teórico escolhido ao lado do problema. Se ele responder à questão, não se tem marco teórico, mas sim hipótese de pesquisa...

32 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

33 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

34 Os exemplos não param por aí. O discente que quiser pesquisar o lugar do Direito do Trabalho na ciência jurídica terá dificuldades em adotar como marco teórico alguma afirmação que tenha como pano de fundo a tradicional cisão da ciência jurídica entre direito público e direito privado. Portanto, terá de adotar uma afirmação teórica, para dirigir seu trabalho, que esteja fora da dicotomia direito público e direito privado, que a supere. Se determinada investigação pretende defender a punibilidade das pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais, não deve escolher como marco teórico afirmações tradicionais do direito penal de que só a pessoa física pode ser responsabilizada por condutas tipificadas como crimes. Um trabalho que tenha por escopo demonstrar a necessidade da interdisciplinaridade em ciências sociais não pode adotar como marco teórico qualquer afirmação no sentido de que cada disciplina do saber tem objeto completamente apartado das demais. Pretendendo-se aferir a efetividade das normas de adoção no direito brasileiro, não se pode partir do pressuposto de que a

A escolha do marco teórico tem, pois, função de orientar a abordagem do tema-problema. Essa escolha deve ser feita com base em determinado quadro de teorias. Também daí será elaborada a hipótese do problema e definidos os procedimentos operacionais de investigação que permitirão a realização da pesquisa.

Quando se adota certo marco teórico, permite-se que a pesquisa possa ser discutida por pessoas com diversas orientações ideológicas, porque ninguém poderá evocar a seu favor um posicionamento estritamente pessoal³⁵. O debate será orientado pelo marco teórico escolhido, que então balizará a atividade da pesquisa.

4. OUTROS ELEMENTOS DO PROJETO

Além dos equívocos encontrados em relação aos elementos já traçados de um projeto de pesquisa, existem, ainda, outros pontos que suscitam dúvidas recorrentes, mas que podem ser sintetizados de modo menos abrangente. Não por isso, perdem a importância na construção de uma boa pesquisa científica.

Nesse norte, uma vez definido o marco teórico da pesquisa – que, em verdade, precede ou possibilita, inclusive, a formulação do problema –, é preciso elaborar a hipótese a ser proposta como solução provisória ao problema posto.

4.1 A HIPÓTESE DO TRABALHO

A hipótese de pesquisa é a sugestão provisória intuída pelo pesquisador antes de seu trabalho começar, passível de ser confirmada ou não ao final da pesquisa.

Diferentemente do que o senso comum costuma imaginar, a hipótese não é uma pergunta. Ao revés, é uma solução prévia dada pelo pesquisador³⁶. Uma possível resposta que será submetida ao teste de verificação, exatamente pela realização da pesquisa.

É correto afirmar, portanto, que a pesquisa é feita para que seja possível verificar se a hipótese sugerida será confirmada ou não. Ou seja, a atividade de pesquisa é a busca da confirmação ou da rejeição da hipótese elaborada.

Claro que a aferição da validade da hipótese ofertada depende das variáveis dela derivadas. Em razão do caráter introdutório deste ensaio, não se abordará quais são as características das *variáveis de uma hipótese*, bem como dos seus *indicadores*. Segue, apenas, um breve comentário sobre tais conceitos. As *variáveis* são os elementos decompostos da hipótese, constituídos de características, propriedades ou elementos verificáveis, relacionados com a

ciência do direito é apenas normativa, restringindo-se ao estudo das normas. Arestrição desse estudo às normas fatalmente não permitirá que se obtenha sucesso, ao menos no que tange a identificar a efetividade das regras de adoção.

35 Não há problema em alguém divergir dos resultados de uma pesquisa, se essa pessoa parte de outro marco teórico. O problema é se, partindo do mesmo marco teórico, alguém oferece resultados diversos dos encontrados pelo pesquisador. Aí, sim, ter-se-á uma questão a ser solucionada, talvez de cunho metodológico ou, mesmo, de incorreção na metodologia utilizada, de inadequada interpretação de dados, dentre outros.

36 O fato pode parecer estranho aos que não são familiarizados com a atividade de pesquisa. Para que me ponho um problema, se já possuo sua resposta? Os que pensam assim, não reconhecem a provisoriade da hipótese.

solução do problema, aptos a permitirem a objetivação do conhecimento, segundo sua capacidade de relação com a problemática proposta.

Para a análise das variáveis identificadas, são utilizados *indicadores*, que nada mais são do que a identificação dos dados a coletar. Por meio deles, podemos definir o sentido das variáveis da hipótese e, assim, permitir a objetivação do conhecimento, segundo sua capacidade de aclarar e mensurar um fato determinante do problema escolhido.

O que importa ressaltar é que uma pesquisa não é melhor nem pior que outra pela confirmação ou negação da hipótese proposta, como podem imaginar os mais incautos. O pesquisador não precisa distorcer os fatos ou argumentos para que, ao final, sejam eles compatíveis com a hipótese sugerida no projeto de pesquisa. Repita-se: não há problema em não se confirmar a hipótese proposta³⁷. Isso não faz com que a pesquisa tenha menor valor, ao contrário, é indício de honestidade intelectual, isso sim.

4.2 A JUSTIFICATIVA DA INVESTIGAÇÃO

Eleito e elaborado o tema-problema e a possível hipótese, a etapa seguinte na construção de um projeto de pesquisa é justificar a escolha feita. Em termos práticos, isso se dá conjuntamente no raciocínio do pesquisador.

A forma de justificar a escolha de um tema relaciona-se com a importância que a resolução do problema do pesquisador terá na ciência, inclusive na sua prática social. Não se olvide de que a uma ciência sempre corresponde uma prática social³⁸.

Difícilmente, algum problema será totalmente novo. A novidade em ciência é tema complexo e de muitas sutilezas. O importante é que a definição de novos problemas é muito rara, contudo, não é impossível. Mais comum é julgar certa questão relevante porque não houve ainda nenhuma resposta dada a ela pelos autores que a abordaram.

A justificativa também pode nascer da insatisfação das respostas dadas às perguntas já feitas. Nesse caso, essa insurgência deve ficar clara, numa espécie de revisão da literatura existente, que é a principal função da justificativa do problema³⁹. Afinal, é preciso demonstrar aos interlocutores do pesquisador por que sua pesquisa é relevante. Não há como fazer isso sem uma abordagem, ainda que sucinta, de como o problema já fora tratado.

Inúmeras razões podem tornar relevante a realização do trabalho científico. A falta de eficácia de uma norma, por exemplo, ou mesmo a divergência entre interpretações da doutrina ou da jurisprudência são apenas algumas dentre as múltiplas justificativas de pesquisas jurídicas. Por isso, o pesquisador terá de demonstrar quais são as razões que justificam a abordagem daquele problema.

Usando, mais uma vez, a linguagem comum, deve-se procurar “convencer” o interlocutor da importância de se analisar aquele determinado problema.

37 Também há pesquisadores que chegam a uma resposta diferente no final do trabalho e assumem-na como se ela sempre tivesse sido sua hipótese, ocultando que a sugestão prévia feita fora outra. Isso não deve ocorrer, já que o pesquisador tem de apresentar sua hipótese de trabalho no projeto, bem como reafirmá-la na introdução da monografia e rediscuti-la na conclusão, momento em que será verificada sua confirmação ou não.

38 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Porto: Afrontamento, 1995.

39 Cf. GUSTIN; DIAS, 2006.

Uma ressalva, porém, há de ser feita sobre esse assunto. A de que a ciência do Direito é uma ciência social aplicada. Isso lhe dá a responsabilidade de produzir conhecimento apto a interferir na realidade.

Mesmo as pesquisas mais teóricas visam alterar ou incrementar o conhecimento anterior, com a finalidade, ainda que mediata, de interferir no real, transformando-o. Ocorre que, em temas mais teóricos e filosóficos, essa intervenção, normalmente, se dá vagarosamente, numa espécie de longa duração braudeliana⁴⁰. Contudo, isso não exime o jurista pesquisador, seja de qual nível for, de sempre ter como ideia retora o pressuposto de que a ciência jurídica deve produzir conhecimento para ser aplicado⁴¹.

Feita a ressalva, é preciso trabalhar, ainda, os objetivos de uma pesquisa.

4.3 OS OBJETIVOS DA PESQUISA

Devidamente justificada a eleição do tema-problema da pesquisa, necessário se faz apresentar quais são seus objetivos. Diz-se objetivos da pesquisa porque é praxe comum dividir o objetivo da pesquisa em geral e específicos.

Geral é o objetivo que o pesquisador alcançar como resultado final de sua investigação. O ideal, segundo Gustin e Dias, é que seja utilizado um verbo no infinitivo para descrever o objetivo geral do trabalho, que haverá de indicar uma ação ampla, genérica⁴².

Os verbos ideais para essa tarefa são: *compreender, propor, determinar*, etc. Suponha-se que o pesquisador tenha como problema os meios de promover a harmonização da defesa fitossanitária no Mercosul, com a finalidade de evitar que surtos de febre aftosa nos países vizinhos prejudiquem o Brasil. O objetivo geral deste trabalho poderia ser “compreender as possibilidades de harmonização da defesa fitossanitária nos países do Mercosul” ou algo que o valha. A ideia é que o pesquisador diga qual o produto final que espera alcançar ao fim da pesquisa.

De sua vez, os objetivos específicos são os procedimentos por meio dos quais o pesquisador pretende alcançar o objetivo geral. Melhor, então, elencá-los passo a passo. Esses objetivos têm nítido caráter instrumental ou operacional. Veja-se como Gustin e Dias abordam o assunto:

Os objetivos específicos têm, ao contrário do geral, natureza operacional. Ou seja, eles se referem a procedimentos ou operações que deverão ser realizados para que, ao final do cumprimento de todos aqueles previstos, chegue-se ao produto da pesquisa: realizando-se o objetivo geral e ratificando ou não a hipótese de investigação. Dessa forma, os verbos devem indicar ações precisas⁴³.

Os objetivos específicos traçam as etapas que devem ser cumpridas pelo pesquisador para que ele tenha condições de chegar ao seu objetivo geral. No exemplo dado, deve o pesquisador identificar a legislação sanitária dos países do Mercosul, verificar os órgãos administrativos que a aplicam, analisar a eficácia dessas normas, as decisões judiciais existentes etc.

40 Cf. BRAUDEL, Fernand. Histoire et sciences sociales: la longue durée. *Annales: économies, sociétés, civilisations*, Paris, n. 4, p. 725-753, 1958.

41 Cf. GUSTIN; DIAS, 2006.

42 Cf. GUSTIN; DIAS, 2006.

43 GUSTIN; DIAS, 2006, p. 52-53.

4.4 A METODOLOGIA DA PESQUISA: OS PROCEDIMENTOS DE COLETA DOS DADOS DA PESQUISA E AS TÉCNICAS DE ANÁLISE

É comum os estudantes conceberem a metodologia de pesquisa como o conjunto de procedimentos adotados para a realização da pesquisa. Realmente, têm razão. A metodologia, porém, não é só isso. Ela compreende outros elementos fundamentais para a constituição da pesquisa.

Com efeito, o método inclui, também, os fundamentos da pesquisa, sua hipótese, seu marco teórico, além dos procedimentos de execução da investigação, que envolvem o procedimento de coleta de dados da pesquisa e a técnica por meio da qual eles serão analisados. Outra não é a lição de Paulo Salles Oliveira:

Método envolve, sim, técnicas que devem estar sintonizadas com aquilo que se propõe; mas, além disso, diz respeito a fundamentos e processos, nos quais se apoia a reflexão. [...] A superação do entendimento meramente instrumental da metodologia, como se ela apenas representasse um conjunto de técnicas das quais o pesquisador pudesse dispor, independentemente de suas concepções acerca do mundo e as relações entre o sujeito e o objeto da pesquisa, reafirma a importância de uma reflexão, capaz de dar conta dos procedimentos pelos quais se constrói uma pesquisa em ciências humanas⁴⁴.

Desse modo, embora não componham a metodologia do trabalho, alguns elementos teóricos acabam influenciando no tipo de pesquisa que haverá de ser feita. Dentre esses elementos, o marco teórico desempenha um papel fundamental.

É extremamente importante que o pesquisador se lembre de seu marco teórico no momento de identificar quais são as melhores fontes de pesquisa, quais os procedimentos de coleta de material utilizados e, ainda, quais as técnicas que vão orientar a análise dos dados encontrados. Ou seja, a escolha de procedimentos e técnicas não é feita ao léu, mas, sim, de acordo com as possibilidades e necessidades compatíveis com o marco teórico e o problema do trabalho.

É preciso anotar, ainda, que uma investigação pode se valer de fontes construídas por outros atores ou pode buscar construir suas próprias fontes observando a realidade. Isso é o que fundamenta, *grosso modo*, a distinção entre as pesquisas teóricas e empíricas, embora nem sempre ela ocorra de modo claro ou inequívoco. A apresentação da metodologia em projetos de pesquisa, contudo, não deve ser recheada de discussões teóricas, que, se cabíveis, ficam muito bem na introdução teórico-metodológica da monografia.

A objetividade do projeto requer que apenas sejam apresentados os procedimentos metodológicos de coleta de dados e, também, as técnicas que serão utilizadas para a compreensão dos dados recolhidos pelo pesquisador. Na verdade, os procedimentos são as etapas operacionais da pesquisa; relacionam-se com o “como fazer a pesquisa?”.

Os procedimentos de coleta de dados vão depender do tipo de pesquisa idealizado. É oportuno dizer aos alunos que a pesquisa teórica é a mais indicada para o iniciante, embora a ciência do direito careça de abordagens empíricas, um de seus maiores problemas. É que o trabalho de natureza teórica propicia uma introdução às técnicas de pesquisa de forma mais

didática, enquanto o tratamento de dados empíricos requer alguma experiência e, em geral, um grupo de pesquisadores agindo em conjunto.

Ademais, o tempo necessário para uma pesquisa empírica costuma ser maior, pois seus dados encontram-se em estado bruto, precisam ser trabalhados pelo pesquisador com calma, desde sua coleta e tabulação até sua interpretação. Isso requer tempo e orientação adequada, no mínimo.

De qualquer forma, um dos procedimentos de coleta de dados que deve ser descrito no projeto é a pesquisa bibliográfica. No projeto, o pesquisador ainda não precisa descrever a pesquisa bibliográfica que virá no decorrer da pesquisa em todas as suas minúcias. Deve, apenas, apresentar as suas linhas gerais. Dizer se há ou não material bibliográfico adequado sobre o tema; qual é o tipo de material disponível numa análise preliminar; afirmar se vai abordar decisões judiciais, discursos legislativos, etc. Em suma, o pesquisador, no projeto, precisa somente apresentar os contornos da pesquisa bibliográfica que pretende fazer, e não discriminá-la exaustivamente.

Usando a pesquisa bibliográfica (mesmo em pesquisa empíricas), o aluno ainda terá que dizer por meio de qual técnica pretende analisar as informações recolhidas. Assim, deve dizer como procederá à análise dos discursos presentes dos textos trabalhados, cujo aprofundamento recomenda-se seja feito na obra de Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias⁴⁵.

Vista a questão da metodologia, cabe pontuar os elementos restantes do projeto, de modo a completar a empreitada proposta inicialmente de identificar equívocos e propor explicações acessíveis, no intuito de fomentar a adequação da pesquisa científica no Direito.

4.5 ELEMENTOS FINAIS: O CRONOGRAMA DA PESQUISA, O ORGANOGRAMA FINANCEIRO, BIBLIOGRAFIA PRELIMINAR E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DO PROJETO

O projeto de pesquisa deve conter, ainda, o cronograma das atividades planejadas. O cronograma de atividades é a programação do pesquisador, por isso deve relacionar a atividade a ser desenvolvida com a variável de tempo.

Em geral, os cronogramas não passam de peça decorativa, o que é uma pena, pois trabalhar com o tempo requer atenção constante. Demorar demais com a pesquisa bibliográfica, por exemplo, pode reduzir perigosamente o tempo disponível para a pesquisa e para a escrita da monografia. Por essa razão, deve o pesquisador estabelecer marcos temporais definidos para as atividades que serão desenvolvidas e procurar respeitá-los ao máximo.

O organograma financeiro, a seu turno, refere-se ao planejamento dos recursos necessários para o desenvolvimento da pesquisa, especialmente quando financiada por órgãos públicos ou agências de fomento. É preciso prever todas as despesas necessárias à consecução do projeto, inclusive com as datas dos desembolsos.

45 Cf. GUSTIN; DIAS, 2006.

Já no que toca às referências bibliográficas do projeto, estas devem mostrar as obras citadas no decorrer do texto que compõem o projeto de pesquisa e devem ser acrescidas pela bibliografia preliminar, que é constituída, por sua vez, daquelas obras que o pesquisador tem certeza de que vai utilizar na pesquisa. Ele deve lembrar-se de que se fala de bibliografia preliminar – por isso, não é preciso exagerar em sua profundidade ou tamanho.

Isso não quer dizer que a bibliografia preliminar seja descurada pelo pesquisador, ao contrário. É desnecessária a apresentação de uma bibliografia extensa. Nesse momento, o pesquisador deve preferir a qualidade à quantidade, lembrando-se de obras consideradas de referência sobre o problema e não se olvidando de autores fundamentais que já se dedicaram a ele.

É certo que caberiam muitas outras observações sobre esses diversos temas, mas isso fugiria à proposta inicial de se traçar um rol de dúvidas e equívocos recorrentes entre os discentes que se iniciam na pesquisa científica, acompanhados de uma proposta explicativa que lhes seja acessível.

5. CONCLUSÃO

Seguindo a proposta inicial, neste estudo procurou-se, baseando na experiência de seu autor, identificar dúvidas e equívocos comuns aos iniciantes na atividade de pesquisa no âmbito jurídico. Embora se trate de um universo restrito, aceitando-se a premissa inicial de que, mesmo com grandes inovações curriculares, o ensino do Direito, em sua maioria, ainda segue um modelo arcaico de aprendizado, pode-se supor que as constatações aqui lançadas encontrem eco maior que o esperado.

Nessa trilha, constatou-se, em primeiro lugar, a presença de equívocos gerais, quais sejam: a) o desconhecimento de que a monografia ou o documento final de projetos de pesquisa deve ser relatório de investigação e b) a má construção do problema a ser pesquisado, agravada pelo divórcio entre os objetivos da pesquisa e opção metodológica eleita.

Num segundo momento, partiu-se para a identificação de dúvidas mais específicas quanto ao projeto de pesquisa, começando pela construção do tema-problema; passando pelo marco teórico, hipótese, justificativa e objetivos; até os elementos finais: o cronograma da pesquisa, o organograma financeiro, bibliografia preliminar e referências bibliográficas do projeto. Em todos os casos, buscou-se uma explicação acessível a respeito das dúvidas apontadas, em busca de desincumbir-se da tarefa a que se propôs neste estudo.

É preciso reafirmar que este trabalho não tem a pretensão de exaurir o tema, mas somente de dialogar com aqueles que sentem uma dificuldade inicial no seu trato, mostrando que as dúvidas não afligem somente a eles, tampouco são intransponíveis. Trata-se de abrir um diálogo, ao qual se esperam críticas e concordâncias. Tudo com o intuito de reunir informações acessíveis que possam fazer com que o pesquisador iniciante aumente sua familiaridade com o debate acerca da atividade investigativa no Direito.

Em suma, para que o ensino do direito seja reinventado, de modo que possa se adequar às competências e habilidades exigidas do profissional do Direito, é necessário que ele altere a compreensão de pesquisa dominante nas faculdades de Direito. A mudança pressupõe que

também os professores estejam familiarizados com a atividade de pesquisa, que não depende de inventários superficiais ou que se restrinjam a descrever posições doutrinárias ou jurisprudenciais. A razão deste trabalho é fomentar o início deste diálogo que se espera longo e proveitoso.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE ROJAS, Carlos Antonio. *Os annales e a historiografia francesa: tradições críticas de Marc Bloch a Michel Foucault*. Tradução de Jurandir Malerba. Maringá: Eduem, 2000.
- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARRAL, Welber Oliveira. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRAUDEL, Fernand. Histoire et sciences sociales: la longue durée. *Annales: économies, sociétés, civilisations*, Paris, n. 4, p. 725-753, 1958.
- CHARTIER, Roger; REVEL, Jacques (Org.). *A história nova*. Tradução de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho*. Barcelona: Bosch, 1995.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- FRAGALE FILHO, Roberto. Impacto das mudanças legislativas nos projetos pedagógicos. *Anuário ABEDI*, Florianópolis, n. 1, p. 91-104, 2003.
- FRATTARI, Rafael. A contribuição metodológica da história das mentalidades. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et al. (Coord.). *História do direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 197-222.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. 2. ed. *Re-pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1982.
- LE GOFF, Jacques. A história nova. In: ____; CHARTIER, Roger; REVEL, Jacques (Org.). *A história nova*. 4. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. p. 26-64.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NOBRE, Marcos (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- OLIVEIRA, Paulo de Salles. Caminhos de construção da pesquisa em ciências humanas. In: ____ (Org.). *Metodologia das ciências humanas*. 2. ed. São Paulo: Hucitec/Unesp, 2001. p. 17-26.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*. 2. ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação*. 2. ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino de direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Porto: Afrontamento, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Afrontamento, 2001.

L'ACCESSO DEGLI AMMINISTRATORI “NON ESECUTIVI” ALLE INFORMAZIONI SOCIALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO¹

GIANLUCA PERONE

SOMMARIO

– Cenni introduttivi. – 2. Informazione ed attività dell'organo amministrativo. – 3. Contenuto ed esercizio dei poteri di informazione dell'amministratore nella disciplina previgente. – 4. Il nuovo regime dell'informazione consiliare. – 5. Segue: collegialità e poteri ispettivi dei componenti del consiglio di amministrazione. – 6. Conclusioni

1. CENNI INTRODUTTIVI

In questo saggio si intende affrontare il delicato problema, che ha dato occasione a contrasti non marginali nella giurisprudenza italiana, riguardante il potere degli amministratori non esecutivi di acquisire informazioni sulla gestione sociale.

Si tratta, in particolare, di valutare se, in ossequio al principio collegiale, il potere considerato si esaurisca nella facoltà di ciascun consigliere di amministrazione di richiedere che gli amministratori esecutivi comunichino al consiglio tutte le informazioni ed i chiarimenti ritenuti opportuni. Oppure, si traduca in una potestà di accesso personale ed illimitato ai documenti ed alle informazioni della società che ciascun componente dell'organo amministrativo è libero di esercitare individualmente.

La corretta soluzione del quesito, del resto, richiede di essere armonizzata con la più generale disciplina dell'informazione societaria – e di quella consiliare in particolare – che, in occasione della riforma del diritto societario del 2003², è stata introdotta nell'ordinamento italiano e con i principi generali ai quali tale disciplina risulta ispirata.

1 Este artigo é apresentado tal como originalmente escrito. This article is presented as it was originally written. Este artículo se presenta tal como fue escrita originalmente. Questo articolo é presentato nella stessa forma in cui é stato scritto. Cet article est présenté comme il a été écrit. Dieser artikel wird präsentiert, wie sie ursprünglich geschrieben wurde.

2 Al termine di una elaborazione protrattasi per vari decenni e dopo il susseguirsi di numerose proposte di rinnovamento, il diritto societario disegnato dal codice civile italiano del 1942 è stato profondamente innovato dalla riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative dettata, in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, dal D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

2. INFORMAZIONE ED ATTIVITÀ DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

L'accesso all'informazione relativa alla gestione della società costituisce, non di rado, oggetto di tensioni e contrapposizioni tra amministratori esecutivi ed amministratori privi di deleghe operative.

Questi ultimi, esclusi dalla conduzione corrente dell'impresa sociale, rivendicano, nell'esercizio del loro *diritto/dovere* di essere informati in merito alla gestione sociale, l'accesso diretto e l'esame personale della documentazione custodita presso i locali aziendali, onde poter adempiere adeguatamente le proprie funzioni. I primi, di contro, non di rado rifiutano, in specie in presenza di organi amministrativi a composizione *eterogenea*, di acconsentire all'esercizio di simile verifiche. Ciò obiettando che la normativa societaria conferirebbe al singolo amministratore soltanto una mera facoltà di richiesta, nel rispetto dei ruoli e delle procedure proprie del collegio, di chiarimenti al consiglio ed agli organi delegati in merito ai dati da questi comunicati, escludendo la possibilità di consultazioni e/o ispezioni individuali, ritenute idonee a mettere a repentaglio la riservatezza e l'efficienza aziendali.

Alcuni recenti provvedimenti giudiziari pronunciati dai Tribunali nazionali³ offrono al giurista italiano lo spunto per tornare ad occuparsi, nel mutato assetto normativo delineato dalla menzionata riforma organica del diritto societario nazionale introdotta dal D. lgs. 6/2003, delle questioni accennate e, più in generale, delle problematiche, notoriamente connotate di notevole rilievo teorico ed applicativo, inerenti la titolarità e l'esercizio del potere di informazione dell'organo amministrativo di società per azioni, già ampiamente dibattute nel vigore della disciplina previgente.

Il tema muove dal comune convincimento della centralità (dell'acquisizione e della distribuzione) dell'informazione ai fini del corretto esercizio delle funzioni attribuite dall'ordinamento ai componenti dell'organo amministrativo⁴.

Si osserva che la consapevole adozione di scelte imprenditoriali, come noto connotate intrinsecamente da ineliminabili margini di incertezza, per non tradursi in atto eminentemente aleatorio, implica di necessità, in capo a chi sia chiamato a compierla, il possesso e l'elaborazione delle nozioni, dei dati e degli elementi di fatto utili a disporre di una conoscenza ed a compiere una valutazione adeguata delle varie alternative e dei rischi connessi a ciascuna di esse. Questo, in vista di una cosciente comparazione dei vantaggi e dei costi potenzialmente associati a ciascuna opzione e di una consapevole assunzione dei rischi connessi.

3 Ci si riferisce alle ordinanze depositate, all'esito di procedimenti d'urgenza, dal Tribunale di Lecce il 2 dicembre 2010, pubblicata in *il caso.it*, e dal Tribunale di Lecco il 22 agosto 2008 ed il 15 ottobre 2008, inedite, le quali, sulla scorta di iter argomentativi ampiamente convergenti, sono giunte all'affermazione dell'esistenza di un generale ed incompressibile diritto di ogni amministratore, anche se sprovvisto di specifiche deleghe operative, di avere pieno accesso ai documenti aziendali, da esercitarsi anche mediante iniziative individuali. Questo sia allo scopo di acquisire i dati necessari a colmare le asimmetrie informative che, in caso diverso, priverebbero di effettivo contenuto la dialettica consiliare tra organi delegati e consiglieri non esecutivi; sia, più in generale, per consentire a tutti gli amministratori di esercitare, in maniera realmente consapevole ed efficiente, il potere/dovere di controllo sulla gestione che l'ordinamento loro attribuisce.

4 Le questioni accennate nel testo, oggetto di specifico approfondimento anche da parte della letteratura aziendalistica, attraggono da tempo l'attenzione della giurisprudenza pratica e teorica, non solo italiane, ed hanno costituito oggetto di un'ampia messe di contributi. Per una recente sintesi del dibattito e per un'esposizione critica delle conclusioni raggiunte, anche in chiave comparatistica, può sin da ora rinviarsi alla trattazione monografica contenuta in G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, *passim* (in particolare pp. 1 ss. e 45 ss.). Da ultimo, per una rassegna estesa pure ai più recenti orientamenti, si veda G. MeRUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contratto e impr.*, 2010, p. 737 ss.

Occorre, inoltre, che tale nucleo essenziale di informazioni circoli all'interno dell'organo amministrativo e sia reso materialmente attingibile da parte di ciascun componente dello stesso. Ne verrebbe, in caso contrario, pregiudicata la capacità degli amministratori non impegnati nella gestione operativa dell'intrapresa societaria di assolvere al compito, loro assegnato dall'ordinamento, di controllo sull'operato degli organi delegati. E, più in generale, diverrebbe mera apparenza la stessa *collegialità* dell'azione del consiglio di amministrazione – la quale, evidentemente, presuppone la possibilità di una consapevole partecipazione di tutti i suoi membri al processo decisorio – sì da compromettere l'attuazione delle finalità ponderatorie e/o compositive alle quali tipicamente risponde la natura collegiale dell'organo⁵.

In tale prospettiva, la coscienza dell'urgenza che gli amministratori svolgano il loro incarico sulla scorta di un patrimonio di conoscenze sufficiente all'esercizio consapevole ed efficace delle funzioni gestorie e/o di supervisione loro assegnate ha da tempo indotto gli interpreti ad individuare, anche prima di un espresso avallo positivo, nell'informazione l'oggetto di uno specifico dovere dell'amministratore di società di capitali, sino a declinare il generale dovere di vigilanza dei componenti dell'ufficio amministrativo anche (e, si direbbe, soprattutto) in un dovere di *azione informata*. In un dovere, cioè, di partecipare, secondo i loro rispettivi ruoli, all'attività gestoria ed alle decisioni nelle quali la stessa si articola in maniera avvisata e meditata, curando di disporre e, in caso di insufficienze cognitive, di acquisire tutte le informazioni occorrenti ad un'adeguata ponderazione dei rischi alle stesse connesse.

Di qui la tendenza di dottrina e giurisprudenza a ricostruire il sistema della responsabilità degli amministratori di società di capitali attorno al generale principio – il quale parrebbe aver ricevuto conferma positiva ad opera del legislatore della riforma – secondo cui l'insindacabilità, in termini di opportunità, del merito delle valutazioni imprenditoriali alla base degli atti gestori dell'organo amministrativo e la conseguente generale irresponsabilità dello stesso per gli eventuali esiti negativi di simili valutazioni in quanto tali, non impediscono, invece, il vaglio delle *modalità* con cui tali valutazioni ed atti siano stati posti in essere. E, in particolare, non impediscono di accertare e giudicare se il compimento degli stessi sia stato preceduto o si sia accompagnato ad un'istruttoria capace di garantire agli amministratori l'acquisizione delle nozioni, dei dati e delle informazioni che sarebbe stato razionale assumere in relazione alla concreta decisione da adottare⁶. Con la conseguenza che incorre in responsabilità l'amministratore

5 La dottrina italiana, pur con impostazioni e conclusioni non sempre coincidenti, è solita individuare le funzioni alle quali propriamente risponde il principio della collegialità dell'organo amministrativo pluripersonale di società azionarie in quelle di ponderazione nella formazione delle scelte imprenditoriali, di coerenza ed unità dell'azione gestoria e di composizione tra i molteplici interessi che possano assumere rilievo nella dialettica societaria. Per una disamina critica del tema, si veda, per tutti, M. Stella RiCheR jr, *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995, p. 277 ss.

6 La distinzione tra *rischio* e *responsabilità*, tra rischio connaturato all'esercizio dell'intrapresa sociale, come tale addossato dall'ordinamento ai soci destinatari dei relativi risultati, e responsabilità per il compimento di atti di *mala gestio*, da imputarsi all'amministratore che, nell'espletamento del suo mandato, abbia violato gli obblighi gestori imposti dalla norma o dallo statuto, ha rappresentato sin da principio uno dei capisaldi attorno ai quali il codice ha impiantato l'architettura delle società di capitali. E si pone in certo modo alla base del canone – comunemente denominato *business judgment rule* con chiaro riferimento all'omonima regola giurisprudenziale di origine statunitense (per la quale si veda l'enunciazione contenuta nella nota sentenza *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S.2d 807 (Sup.Ct.1976), *aff'd*, 387 N.Y.S.2d 993 (App. div.1976) e, in chiave critica, F.a. GeVURtZ, *The Business Judgment Rule: Meaningless or Misguided Notion?*, 67 S. Cal. L. Rev. 287 [1994]) – accolto, ancorché con cogenza e portata precettiva non sempre coincidenti, nella maggior parte gli ordinamenti moderni, secondo cui sarebbe dato sottoporre a sindacato non già il merito delle valutazioni imprenditoriali compiute dagli amministratori, sì da interferire con la loro sfera di discrezionalità, al fine di accollare a costoro gli eventuali esiti negativi, in termini di perdita e/o danno, dalle stesse derivanti, quanto, invece, il processo decisionale seguito e la sua rispondenza ai canoni di diligenza e perizia di volta in volta fissati dall'ordinamento. In tal senso, valga ricordare il principio, espressione di un orientamento consolidato, enunciato dalla Suprema Corte di cassazione nel vigore della previgente disciplina, ma senz'altro riferibile anche a quella attuale, secondo cui «la responsabilità ipotizzata dall'art. 2392 c.c. discende unicamente dalla violazione di obblighi giuridici, gravanti sui gestori del patrimonio sociale, cui non potrebbe invece essere mai imputato, a titolo di responsabilità,

che assuma o concorra alla decisione di atti gestori, rivelatisi nocivi, in assenza delle cautele, delle verifiche e delle informazioni che, nelle circostanze date, sarebbe stato logico adottare, espletare e possedere⁷, non potendo essere addotta a sua discolta l'ignoranza di circostanze rilevanti ogni qual volta la stessa dipenda da sua inerzia o disinteresse⁸.

3. CONTENUTO ED ESERCIZIO DEI POTERI DI INFORMAZIONE DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ DI CAPITALI NELLA DISCIPLINA PREVIGENTE

Il codice civile italiano del '42 – in ragione del ridotto interesse che l'argomento generalmente suscitava nella cultura giuseconomica del tempo – mancava di una disciplina positiva espressa dell'informazione degli amministratori di società di capitali.

Giurisprudenza e dottrina, a misura che la consapevolezza della rilevanza teorica ed operativa del tema è andata diffondendosi, si sono fatte carico del compito di sopperire alla lacuna, impegnandosi nella ricostruzione di uno statuto giuridico dell'informazione dell'organo gestorio capace di assicurare tutela e composizione ai numerosi interessi coinvolti⁹.

di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico: giacché una valutazione di tal fatta atterrebbe alla sfera dell'opportunità, e dunque della discrezionalità amministrativa [...] Donde consegue che la responsabilità dell'amministratore non può essere semplicemente desunta dai risultati della gestione e che, perciò, al giudice investito dell'azione di responsabilità non è consentito sindacare i criteri di opportunità e di convenienza seguiti dall'amministratore nell'espletamento dei suoi compiti»: CaSS., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giur. It.*, 1998, c. 287 nota di VentURa. Per l'approfondimento delle ragioni, in primo luogo riconducibili alla sfera della opportunità e della politica del diritto, che giustificano una simile approccio e della loro intima derivazione, in una delicata ricerca di equilibrio tra esigenze contrapposte, dalla struttura e dalle logiche dell'economia di mercato può rinviarsi alla classica trattazione di R. Weigmann, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, *passim* e, successivamente alla riforma del 2003, a C. anGeliCi, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675 ss.

7 Ricorrente risulta, in giurisprudenza, la massima per la quale «la scelta tra il compiere o meno un certo atto di gestione, oppure di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze, non è mai di per se sola (salvo che non denoti addirittura la deliberata intenzione dell'amministratore di nuocere all'interesse della società) suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, per l'impossibilità stessa di operare una simile valutazione con un metro che non sia quello dell'opportunità e perciò di sconfinare nel campo della discrezionalità imprenditoriale; mentre, viceversa, è solo l'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministrazione e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società». In tal senso cfr., tra le altre, Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004, p. 1517 nota di FUSi; CaSS., 28 aprile 1997, n. 3652, cit.; tRiB. Milano, 2 maggio 2007, in *Corriere del Merito*, 2007, p. 1116; tRiB. ReGGio eMilia, 23 febbraio 2006, in *Dir. e pratica società*, 2006, p. 64, n. DiSetti; tRiB. Milano, 29 maggio 2004, in *Giur. It.*, 2004, 2333 nota di Cottino; tRiB. Milano, 14 aprile 2004, in *Giur. It.*, 2004, c. 1897 nota di BeRtolotti; tRiB. Milano, 20 febbraio 2003, in *Società*, 2003, p. 1268 nota di PiSelli; tRiB. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 326 nota di tina. Per una completa rassegna dell'orientamento giurisprudenziale in parola si veda F. Bonelli, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 159 ss. E' da notare che le statuizioni enunciate nelle massime citate siano fatte proprie, anche testualmente, dalla Relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma organica del diritto delle società di capitali, al cui paragrafo 6.III.4. è dato leggere che le scelte compiute dagli amministratori «nell'adempimento dei doveri imposti dalla legge e dallo statuto [...] devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabili o negligenti improvvisazioni». Il Testo integrale della Relazione è pubblicato in M. Vietti et al. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, 2006, p. 207 ss.

8 Il rilievo per il quale agli amministratori non è dato mantenere atteggiamenti di inerzia, i quali si esauriscano nel mero atto di presenza alle riunioni consiliari, nell'indifferenza degli interessi della società e senza coscienza delle responsabilità connesse all'ufficio, si rinveniva già in G. FRè, *Società per azioni* 4, in *Comm. cod. civ.* Scialoja Branca (art. 2325-2461), Bologna, 1972, p. 480.

9 Giova, peraltro, rammentare che, nel quadro delineato, a partire dalla fine degli anni '90 il tema della circolazione dell'informazione consiliare ha formato costituito oggetto di interventi autodisciplinari, regolamentari e, quindi, normativi, nell'ambito della disciplina delle società quotate. Ci si riferisce, in particolare, alla necessità che le società anzidette si dotassero di regole organizzative capaci di garantire l'esistenza di adeguati flussi informativi tra i componenti del consiglio di amministrazione disposta dalla Comunicazione Consob 20 febbraio 1997, n. DAC/RM/97001574, recante *"Raccomandazioni in materia di controlli societari"* (in *Riv. dir. soc.*, 1997, p. 2005), e dal Codice di autodisciplina del comitato per la Corporate Governance di Borsa

In tale sforzo, l'affermazione di puntuali obblighi informativi in capo a ciascun componente dell'ufficio amministrativo, strumentali all'adempimento del generale dovere di vigilanza sulla gestione, ha presto attirato l'attenzione degli interpreti sulla definizione dei *poteri istruttori* necessari all'acquisizione dei dati inerenti l'attività sociale occorrenti all'adempimento di un obbligo siffatto¹⁰, ponendosi l'esigenza, tuttora attuale, di individuare contenuti e modalità di esercizio di siffatti poteri che potessero risultare coerenti alla natura pluripersonale tipicamente assunta dall'organo gestorio. Ponendosi, in altre parole, la necessità di appurare, ogni qual volta l'amministrazione della società non avesse struttura monocratica, se i poteri in parola fossero attribuiti all'organo gestorio in quanto tale e, comunque, dovessero essere esercitati secondo i moduli e gli schemi collegiali che ne scandiscono l'attività; oppure se gli stessi potessero dirsi di titolarità di ciascun amministratore, con il conseguente bisogno di verificare la compatibilità di un loro esercizio individuale con i principi della collegialità ai quali l'azione amministrativa risulta informata.

Gli interrogativi così posti hanno ricevuto risposte tra loro discordanti – spesso frutto di opzioni sistematiche di vertice parimenti divergenti – le quali, pur con sfumature diverse, possono essere ordinate in due orientamenti contrapposti, l'eco dei quali è dato rinvenire, nonostante il mutato assetto normativo, nelle più recenti pronunce giudiziarie cui si è accennato in apertura del presente scritto, e che, pertanto, conviene ripercorrere per brevi cenni.

Ricorrendo a necessarie semplificazioni, è dato isolare, da un lato, la posizione di coloro che, prendendo le mosse dalla distinzione delle funzioni amministrative di *vigilanza* da quelle di *intervento*¹¹, hanno inteso limitare alle seconde l'ambito di operatività delle regole collegiali, affermando, di contro, il carattere schiettamente individuale dei poteri di istruzione e controllo nei quali le prime possono essere scomposte: l'esercizio di questi ultimi, svincolato da schemi prefissati, sarebbe rimesso all'iniziativa del singolo amministratore, il quale, non solo sarebbe legittimato a provvedervi autonomamente, ma disporrebbe ulteriormente della facoltà di determinarne discrezionalmente le forme e l'intensità di volta in volta ritenute più convenienti in relazione alle circostanze concrete¹².

Italiana S.p.A., nonché all'obbligo informativo imposto agli amministratori in favore del collegio sindacale dall'art. 150 TUIF, dal quale parte della dottrina ha desunto l'esistenza di un (preliminare) dovere di trasmissione ed elaborazione dell'informazione all'interno dell'organo amministrativo. In tal senso, in particolare, P. Montalenti, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 329 ss.

10 Sostanzialmente incontestato si è presto rivelato il convincimento che l'imposizione agli amministratori, ad opera dell'art. 2392 cod. civ., di uno specifico dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione dovesse indurre ad ammettere, pur in assenza di analogo riconoscimento positivo, il conferimento ai medesimi amministratori di corrispondenti poteri istruttori, strumentali all'adempimento di tale dovere. Rilievo, questo, già rinvenibile in o. CaGnaSSo, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, 1976, p. 100.

11 La dicotomia potere di *vigilanza*/potere di *intervento* evocata nel testo vale, in estrema sintesi, ad identificare e contrapporre i due momenti nei quali, in specie in presenza di organi delegati, si riteneva si articolasse l'azione degli amministratori *non esecutivi*. Consistenti, il primo, nel controllo sul generale (ed intero) andamento della gestione societaria; il secondo, nella successiva adozione delle misure correttive utili a prevenire o far cessare condotte gestorie non corrette e, più in generale, ad impedire il compimento di atti pregiudizievoli per la società o contenerne le conseguenze dannose. Al riguardo, si veda per tutti o. CaGnaSSo, *Gli organi delegati*, cit. p. 93. La rilevanza, sistematica ed operativa, di siffatta contrapposizione nel sistema vigente, peraltro, potrebbe essere revocata in dubbio, ove si aderisca alla lettura incline a ricavare dalle modifiche introdotte dal legislatore della riforma un sostanziale ridimensionamento, se non la soppressione vera e propria, del generale dovere di vigilanza degli amministratori sulla gestione. In tal senso, tra gli altri, cfr. P. aBBaDeSSa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in Abbadessa e Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, p. 501 ss. e F. Bonelli, *Gli amministratori*, cit., p. 51 ss., nonché, in giurisprudenza, CaSS. Pen., 19 giugno 2007, n. 22838, in *Giur. comm.*, 2008, 369 ss. In senso diverso, invece, si vedano F. BaRaChini, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, p. 134; P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, in Abbadessa e Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, p. 835 ss., spec. p. 850 ss.; V. SalaFia, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, p. 293.

12 E, pertanto, si è ritenuto, ad esempio, che i singoli amministratori potessero liberamente consultare i dipendenti della struttura aziendale e formulare loro quesiti e domande, assistere alle sedute dei singoli comitati ed alle riunioni con direttori e dirigenti

In tale prospettiva, una volta identificata, secondo un'impostazione diffusa nel sistema pre-vigente¹³, la funzione del principio della collegialità dell'azione amministrativa nella salvaguardia dell'interesse alla coerenza della gestione societaria – messa, invece, a repentaglio da un agire disgiunto dei singoli consiglieri –, si è osservato che la rilevanza (e la necessità di protezione) di un interesse siffatto si sarebbe profilata nel solo esercizio delle funzioni di *intervento* dell'organo amministrativo. Soltanto in tale contesto si sarebbe manifestata l'esigenza che l'adozione e l'attuazione delle misure all'uopo più opportune fosse rimessa, non all'iniziativa disorganica di ciascun amministratore, ma alla unitaria e concorde determinazione del consiglio, con il concorso ordinato di tutti i suoi componenti. Nel momento, logicamente ed operativamente precedente, del *controllo*, invece, non solo un problema di armonia dell'azione non si sarebbe posto, non giustificandosi, perciò, l'applicazione di uno strumento, quale sarebbe quello collegiale, volto a ridurre ad unità l'operato potenzialmente multiforme degli amministratori. Ma, anzi, l'esercizio autonomo, da parte di ciascuno di essi, di un'attività ispettiva di ricerca di dati ed informazioni in ordine alle determinazioni da adottare avrebbe garantito l'acquisizione complessiva di un maggior numero di elementi di giudizio destinati ad essere trasfusi nelle successive deliberazioni del consiglio, così da accrescere l'efficienza e la precisione dei relativi processi decisionali¹⁴.

La conferma del carattere *individuale* del dovere di *vigilanza* – e, quindi, del correlato potere di controllo ed istruttoria – veniva, inoltre, desunta dalla natura solidale e personale della responsabilità ascritta agli amministratori inottemperanti, dalla quale sarebbe stato lecito evincere la natura parimenti personale del potere necessario al relativo adempimento¹⁵. Ed ancora dal carattere personale dell'obbligo, imposto dal codice in capo ad ogni amministratore, di adoperarsi per prevenire, impedire o attenuare le conseguenze del compimento di atti gestori dannosi e del potere di dissociazione al cui esercizio il codice attribuisce funzione esimente da detta responsabilità¹⁶.

La rispondenza di una simile ricostruzione al dato positivo è stata, tuttavia, revocata in dubbio da un contrastante indirizzo interpretativo, volto a negare l'esistenza di spazi normativi per l'esercizio di poteri individuali di controllo – il cui contenuto e le cui modalità potessero

in genere, avere pieno ed illimitato accesso a tutta la documentazione relativa alla gestione dell'impresa: in termini, cfr. P. aBBaDeSSa, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 816 ss.; o. CaGnaSSo, *Gli organi delegati*, cit. p. 93; a. DalMaRtello-G.B. PoRtale, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 797 ss.; V. GioRGi, *Poteri, doveri degli amministratori e principio della collegialità nell'amministrazione pluripersonale di società per azioni*, in *Riv. not.*, 1990, I, p. 317. L'orientamento considerato risulta accolto, in giurisprudenza da tRiB. Milano, 17 marzo 1986, in *Società*, 1986, 619 nota MaReSCotti e tRiB. Catania, 23 marzo 1995, in *Società*, 1995, p. 1092, nota di MoRelli. Quest'ultima sentenza, tuttavia, ne tempera la portata con l'affermazione della legittimità di deliberazioni consiliari volte a limitare il potere-dovere di controllo spettante ai singoli amministratori attraverso la predeterminazione delle modalità di esercizio di un siffatto potere-dovere.

13 In termini, tra gli altri, cfr. o. CaGnaSSo, *Gli organi delegati*, cit. p. 248 ss.; V. CalanDRa BUonaURa, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, p. 16 ss.; G. ZanaRone, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 90 ss., spec. 136 ss. Per una riconsiderazione critica di tale impostazione, condotta sulla scorta di argomentazioni rimaste attuali anche alla luce della disciplina vigente, si veda M. Stella RiCheR jr, *La collegialità del consiglio di amministrazione*, cit., 286 ss.

14 «L'esercizio individuale [dei poteri istruttori connessi all'adempimento del dovere di vigilanza] non espone [...] la società a rischio alcuno di condotta incoerente, rischio che il principio di collegialità vuole specificamente rimuovere, ma consente piuttosto di acquisire ulteriori elementi di giudizio, destinati a meglio orientare le decisioni del consiglio»: P. aBBaDeSSa, *I poteri di controllo*, cit., p. 816.

15 «Proprio perché è *personale e solidale* la responsabilità che la legge pone a carico di ogni singolo amministratore per la violazione del dovere di vigilanza, non può non essere *personale e solidale* (dal lato attivo) il mezzo che l'amministratore deve avere per non incorrere in *quella* responsabilità: vale a dire l'esercizio della vigilanza considerata nel suo aspetto di "potere"»: A. DalMaRtello-G.B. PoRtale, *I poteri di controllo*, cit. 798.

16 a. DalMaRtello-G.B. PoRtale, *I poteri di controllo*, cit. 798.

risultare rimessi alla discrezionale determinazione dei singoli consiglieri di amministrazione – nella disciplina della società azionaria.

L'affermazione, in sé non necessariamente contrastata, di un *diritto individuale* di ciascun amministratore all'espletamento di un'attività istruttoria (da condursi anche nei confronti della struttura aziendale ed attraverso la consultazione della documentazione sociale) capace di assicurare al consiglio di amministrazione, ed allo stesso amministratore *quale membro del collegio*, l'acquisizione dei dati e delle informazioni necessarie alla vigilanza sul generale andamento della gestione e alla consapevole partecipazione alle decisioni consiliari, non avrebbe, infatti, consentito di escludere che il relativo esercizio rimanesse comunque assoggettato alle regole della collegialità. E dovesse, perciò, avvenire all'interno o per il tramite del consiglio, risultando gli amministratori pur sempre tenuti ad esercitare queste, come tutte le altre loro, competenze nell'ambito dell'organo collegiale e secondo le norme che ne regolano il funzionamento¹⁷.

Quello all'informazione, in altre parole, si sarebbe configurato come un *diritto individuale ad esercizio collettivo*: l'espletamento materiale delle operazioni istruttorie, strumentali ad attuare l'interesse, tutelato dall'ordinamento, dei singoli consiglieri di disporre delle informazioni sulla gestione sociale necessarie al compimento delle funzioni a ciascuno di essi attribuite all'interno dell'organo, lungi dall'essere rimesso all'iniziativa disgiunta dei medesimi, sarebbe rimasto di pertinenza del consiglio. Quest'ultimo, pertanto, ferme restando la legittimazione dei suoi componenti a sollecitarne l'intervento e la necessità di soddisfare i loro menzionati interessi individuali, sarebbe rimasto l'organo chiamato a decidere quali documenti potessero essere esaminati e quali dipendenti interpellati; il luogo e le forme in cui ciò dovesse avvenire (in sede consiliare o presso gli uffici societari); chi dovesse concretamente provvedere ai relativi incombenzi (il consiglio nel suo complesso o suoi singoli membri all'uopo delegati); le cautele da osservarsi a salvaguardia della riservatezza dei segreti aziendali, ecc. Sarebbe rimasto, cioè, l'organo chiamato a determinare contenuto ed intensità, nonché a porre materialmente in essere l'attività istruttoria.

Una simile soluzione, pur ponendo il problema dell'individuazione dei rimedi giudiziali e/o stragiudiziali di cui gli amministratori potessero avvalersi qualora i loro diritti informativi risultassero pretermessi da singole determinazioni consiliari¹⁸, avrebbe risposto, meglio delle altre, tanto ad esigenze di coerenza sistematica, quanto a ragioni di opportunità.

Sotto il primo profilo, l'affermazione di un'esclusiva competenza consiliare all'esercizio dei poteri ispettivi sarebbe risultata maggiormente rispettosa del principio di collegialità cui l'ordinamento ha inteso assoggettare, in via generale, l'amministrazione pluripersonale nelle società capitalistiche¹⁹. Una deroga del cennato principio non avrebbe potuto giustificarsi, come invece assunto dagli autori in precedenza citati, dall'osservazione della natura solidale della responsa-

17 Così, S. SCOTTI CaMUZZI, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 787 ss.

18 Ci si è interrogati, ad esempio, se gli amministratori potessero dirsi, in tali eventualità, legittimati all'esercizio di un'azione di rendimento dei conti nei confronti dell'amministratore delegato o degli altri componenti del consiglio ovvero a proporre la denuncia al tribunale di gravi irregolarità gestorie ex art. 2409 c.c., così come se gli stessi, in sede stragiudiziale, potessero legittimamente formulare richieste di informazioni ai sindaci o rivolgersi direttamente ai soci mediante la comunicazione di relazioni ed avvisi: S. SCOTTI CaMUZZI, *I poteri di controllo*, cit., 792.

19 L'attribuzione agli amministratori di poteri di vigilanza da esercitarsi in regime collegiale deve reputarsi ragionevole e compatibile con le regole di funzionamento della società azionaria, le quali sono organizzate secondo un'articolazione complessa dalla legge stabilita con norme prevalentemente inderogabili, per la tutela variamente composita degli interessi dei soci, dei terzi e della collettività in generale, in un gioco delicato di pesi e di contrappesi, posto che specificamente all'esercizio della funzione di controllo è predisposto, con poteri penetranti, altro organo della società per azioni, il collegio sindacale, cui sarebbe rimesso il compimento di atti di ispezione e di controllo anche individuali: G. MineRVini, *I poteri di controllo*, cit. p. 813.

bilità ascrivibile agli amministratori – trattandosi, a tacer d'altro, di responsabilità conseguente alla violazione di *tutti* i doveri imposti agli amministratori e che quindi mai potrebbe ritenersi indice del loro carattere individuale, pena la negazione sostanziale dello stesso principio collegiale – ovvero dei doveri di prevenzione ed eliminazione di atti dannosi e di dissociazione di cui all'art. 2392 cod. civ., risultando gli stessi ben compatibili con un esercizio collegiale delle relative funzioni²⁰.

Quanto, invece, alle considerazioni di opportunità, la necessaria *mediazione* dall'organo consiliare avrebbe scongiurato il pericolo, particolarmente temuto, che l'esercizio indiscriminato di poteri istruttori individuali da parte di ciascun amministratore, in assenza di criteri e limiti prefissati, onerando la società ed i suoi uffici del compito di provvedere alle relative attività informative, potesse distogliere l'attenzione della struttura aziendale dalla cura degli affari correnti, così da arrecare intralcio all'efficiente gestione dell'intrapresa sociale²¹.

4. IL NUOVO REGIME DELL'INFORMAZIONE CONSILIARE

L'introduzione di una compiuta regolamentazione dell'informazione endoconsiliare probabilmente costituisce – assieme alla modifica del regime di responsabilità degli amministratori, che, del resto, ad essa risulta strettamente connessa e risponde ad una logica comune²² – l'innovazione sistematicamente più rilevante introdotta dalla riforma del diritto societario nella disciplina dell'organo amministrativo della società azionaria²³.

La consapevolezza, ormai sedimentata, dell'importanza di un continuo e completo scambio informativo infra ed inter-organico, quale essenziale strumento di *corporate governance* capace di promuovere, al contempo, la corretta gestione dell'intrapresa societaria e l'efficiente controllo sulla stessa, ha, infatti, indotto il legislatore a colmare la lacuna normativa di cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti mediante la previsione di un articolato regime dei flussi (e dei correlati poteri/doveri) di informazione all'interno del consiglio di amministrazione. L'acquisizione e la circolazione dell'informazione da parte e tra gli amministratori ha, dunque, cessato di essere rimessa alla sola opera conformatrice – nel tempo rivelatasi inadeguata ad assolvere efficacemente ad un simile incombenza – dell'autonomia statutaria ed alla libera (e sostanzialmente indeterminata) iniziativa degli amministratori medesimi. Essa costituisce, invece, oggetto di una complessa trama di obblighi imperativamente ascritti ai componenti dell'organo gestorio, in forme ed intensità commisurate alle funzioni da questi concretamente assolate all'interno dello

20 In tal senso, si veda G. MineRVini, *I poteri di controllo*, cit. p. 812.

21 C. GRaSSetti, *I poteri di controllo*, cit., p. 808; G. MineRVini, *I poteri di controllo*, cit. p. 814.

22 Basti, in questa sede, accennare alla sostituzione dell'indistinto dovere di *vigilanza sul generale andamento della gestione* imposto dalla formulazione originaria dell'art. 2392, 2° comma, cod. civ. – l'arbitraria estensione dell'ambito applicativo del quale, nel sistema previgente, aveva costituito la chiave di volta per preoccupanti abusi interpretativi volti a trasfigurare surrettiziamente la responsabilità per inadempimento degli amministratori delineata dal codice in una onnipervasiva fattispecie di responsabilità oggettiva – con il più puntuale e circoscritto dovere di *agire in modo informato* introdotto dal nuovo art. 2381, 6° comma, cod. civ.

23 Per l'illustrazione del significato sistematicamente centrale, anche in chiave tipologica, della nuova disciplina dell'informazione endoconsiliare introdotta nel 2003 si vedano, tra gli altri, da G.M. ZaMPeRetti., *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 23 ss.; id *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, 1466 e P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 836. Più in generale, per la disamina dei più rilevanti elementi di innovazione introdotti dalla riforma e dei nuovi principi che, per effetto della stessa, governano il diritto italiano delle società di capitali, si rinvia a C. anGeliCi, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, II ed., Padova, 2006.

stesso, onde far sì che ciascuno di essi (e l'organo nel suo complesso) sia sollecitato e posto nella condizione di svolgere effettivamente, e non solo nominalmente, il suo ruolo in forza di un patrimonio di conoscenze a ciò adeguato.

Cercando di sintetizzare le linee generali della nuova disciplina, conviene muovere dal suo primo, e fondamentale, tassello costituito dal generale dovere di «agire in modo informato» imposto dall'art. 2381, sesto comma, cod. civ.²⁴, a tutti gli amministratori di società per azioni *in quanto tali*, indipendentemente dalla configurazione concretamente assunta dall'ufficio amministrativo, dall'esistenza di organi delegati, nonché dalle speciali funzioni dagli stessi eventualmente esercitate (il c.d. dovere *riflessivo* di informazione²⁵).

Riceve, con tale prescrizione, espressa enunciazione positiva il già accennato canone generale al quale è tenuta a conformarsi l'azione di ogni amministratore, i cui tratti caratterizzanti potevano dirsi già in precedenza ricostruiti in via interpretativa da dottrina e giurisprudenza²⁶, in forza del quale ciascun componente dell'organo amministrativo è chiamato a svolgere le sue funzioni – siano esse di gestione attiva, individuale o collegiale, oppure di controllo sull'operato degli amministratori esecutivi – in maniera *effettiva* e *consapevole*, sulla scorta di una conoscenza adeguata degli elementi e delle circostanze all'uopo rilevanti, da acquisirsi, ove necessario, all'esito di apposita attività istruttoria e/o di verifica dei dati appresi²⁷. Canone che, peraltro, risultando intimamente connesso al dovere di diligenza di cui all'art. 2392, primo comma, cod. civ.²⁸ e venendosi a sostituire al previgente obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, dovrebbe concorrere, in termini più ampi, ad una complessiva rimodulazione della disciplina dell'azione e della responsabilità degli amministratori in una prospettiva di contenimento dei c.d. *costi di agenzia* e promozione della maggior efficienza delle scelte imprenditoriali²⁹.

24 Dispone la prima parte dell'art. 2381, sesto comma, cod. civ. che «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato».

25 E' questa la definizione con la quale all'indomani della riforma, nell'opera di riordino sistematico della materia, si è inteso individuare (e distinguere dagli altri) il dovere in parola, così da sottolineare come si tratti di una situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto il compimento di un'attività rivolta verso lo stesso soggetto della stessa onerato: la ricezione ed il possesso dell'informazione necessaria ad una diligente attività gestionale: G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 259 ss., cui si deve, più in generale, la tripartizione, cui nel prosieguo del presente scritto si farà riferimento, dei doveri informativi imposti ai componenti del consiglio di amministrazioni in doveri riflessivi di informazione (degli amministratori non delegati), doveri transitivi di informazione (degli organi delegati) e doveri di interazione informativa (del presidente del consiglio di amministrazione).

26 Sottolinea, peraltro, il carattere fortemente *innovativo* («di rottura») assunto dal riconoscimento normativo del dovere di agire in modo informato in ordine alla configurazione dei compiti e delle responsabilità degli amministratori, pur dando atto come la sua introduzione fosse stata anticipata dalla più avveduta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità degli amministratori (per la quale si rinvia, *supra*, alle nt. 5 e 6), G. M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 272 e 287).

27 In tal senso già si esprimeva la Relazione governativa alla riforma, la quale chiariva come la nuova disciplina si proponesse di far sì che le scelte gestorie fossero «informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione» (§ III.4). E', peraltro, intuitivo che il contenuto precettivo del criterio di condotta dell'agire informato venga ad atteggiarsi diversamente – e da ciò può ricevere probabilmente spiegazione la formulazione *elastica* prescelta dal legislatore – a seconda che lo stesso debba applicarsi all'amministratore investito di piena ed individuale autonomia decisionale (amministratore unico o delegato), oppure all'amministratore più semplicemente chiamato a concorrere alla gestione in qualità di componente di un organo pluripersonale (consigliere di amministrazione non esecutivo). Nell'un caso si esige che l'amministratore adotti le scelte imprenditoriali allo stesso demandate sulla scorta (di un processo istruttorio che garantisca il compimento) di una consapevole e ponderata valutazione del contesto di riferimento, delle alternative disponibili e delle possibili conseguenze; nell'altro, che ciascun consigliere curi di disporre del patrimonio cognitivo adeguato a permettergli di far valere, nel dibattito consiliare, la propria opinione in maniera consapevole, senza recepire supinamente l'indirizzo espresso dagli organi delegati, onde garantire la ponderazione e/o la composizione degli orientamenti espressi e, più in generale, l'efficace controllo sulla gestione operativa dell'impresa sociale. Per una più diffusa disamina dei temi evocati può, nuovamente, rinviarsi a G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 274.

28 La prima parte dell'art. 2392, primo comma, cod. civ., dispone che «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

29 Giova ricordare come già la legge delega avesse individuato nel principio dell'agire in modo informato il fondamentale criterio al quale, in sede di attuazione della delega, avrebbero dovuto vincolarsi tanto le modalità di esercizio delle funzioni gestorie,

Al riconoscimento normativo del dovere di informarsi si accompagna – e non avrebbe potuto essere altrimenti, pena, come già osservato, il sostanziale avvilimento del precetto – quello del convergente *potere* (e non diritto³⁰) degli amministratori medesimi di ricercare, domandare e ricevere, là dove sono serbati, i dati e gli elementi necessari all'adeguata conoscenza della gestione sociale e delle operazioni da intraprendere. Dispone, in tal senso, il cit. art. 2381, sesto comma, secondo cui «ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società». Formulazione, questa, che, per un verso, testualmente legittima – chiaramente con riguardo al funzionamento di strutture amministrative pluripersonali nelle quali si diano deleghe gestorie – ciascun consigliere a pretendere un'esauritiva informativa sull'intera conduzione dell'attività societaria, escludendo che allo stesso siano opponibili veti o rifiuti che, precludendogli la conoscenza della materia sulla quale sarebbe chiamato ad intervenire, lo ridurrebbero ad acritico esecutore degli indirizzi degli amministratori esecutivi. Ma, per altro verso, induce ad individuare nei consiglieri delegati (e, a maggior ragione, nell'eventuale amministratore unico) i soggetti istituzionalmente dotati, in conseguenza delle loro funzioni gestorie di vertice, di un potere di accesso diretto ed illimitato ai dati ed ai documenti della società, in quanto tali costituiti naturali custodi delle informazioni sociali e primaria fonte di loro divulgazione agli altri consiglieri³¹.

Nell'architettura generale dei canali informativi delineata dall'art. 2381 cod. civ., il dovere di informarsi gravante su tutti gli amministratori trova simmetrico complemento nel dovere, imposto – sempre nel ricorrere della distinzione funzionale, reputata tipica della società azionaria, tra amministratori esecutivi e non esecutivi – agli organi delegati, di trasmettere agli altri consiglieri, e pure per loro tramite agli altri organi della società, le informazioni prescritte dall'ordinamento, nei termini e con le modalità dallo stesso specificati (il c.d. dovere *transitivo* di informazione³²).

In tal guisa, il legislatore non solo ha onerato gli amministratori esecutivi dell'obbligo – implicito nel riconoscimento normativo, in favore degli altri amministratori, del già menzionato potere di domandare informative supplementari (cit. art. 2381, sesto comma, cod. civ.) – di offrire al consiglio ogni informazione sulla gestione sociale dallo stesso richiesta e ritenuta necessaria per lo svolgimento delle sue funzioni, così introducendo un dovere di informazione di natura *atipica* ed *occasionale*. Ma si è, ancora prima, premurato di regolare un flusso informativo *tipico* e *costante* tra consiglieri incaricati della gestione corrente e consiglieri chiamati alla loro supervisione, predeterminando e, per quanto possibile, *standardizzando* il contenuto di un nucleo essenziale di informazioni sulla organizzazione e sulla attività della società dovute,

quanto la valutazione della correttezza dell'operato dei singoli componenti dell'organo amministrativo (art. 4, ottavo comma, lett. g, legge 3 ottobre 2001, 366).

30 La relazione intercorrente tra l'amministratore e l'informazione sulla gestione e sull'organizzazione sociali è in prima battuta connotata dal carattere della *doverosità*, venendo l'informazione innanzitutto in rilievo quale oggetto dell'obbligo di azione informata gravante sull'amministratore; e, solo in via successiva e strumentale all'esecuzione del comportamento doveroso, quale posizione pretensiva all'acquisizione dei dati e delle informazioni occorrenti allo svolgimento dei compiti gestori in conformità al canone legale di condotta imposto all'amministratore. La prerogativa considerata, d'altro canto, è assentita e deve essere esercitata per l'attuazione, nuovamente doverosa, di un interesse oggettivamente altrui, quale certamente deve considerarsi l'interesse sociale, indipendentemente dalle varie ricostruzioni nel tempo fornite circa la natura ed il contenuto dello stesso; ed assume una connotazione propriamente organizzativa, quale momento di conformazione dell'organizzazione societaria e dello svolgimento della sua attività, al di fuori della logica orizzontale del rapporto giuridico e del binomio diritto/dovere sul quale la stessa si fonda. Si tratta, dunque, di caratteristiche non compatibili con la figura del diritto soggettivo, tradizionalmente inteso come libera e discrezionale facoltà di realizzazione dell'interesse del suo titolare (alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita) il cui esercizio è rimesso all'incoercibile autodeterminazione dello stesso. E che, invece, devono indurre a qualificare la situazione considerata, al pari delle altre nelle quali si manifestino le attribuzioni organiche dell'amministratore sociale, in termini di potere o, meglio, di potestà.

31 G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 325.

32 G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 176 ss.

anche in assenza di sollecitazione, dai titolari degli organi delegati al consiglio nella sua interezza, nonché la periodicità, le forme, i momenti ed i luoghi della sua comunicazione.

E così, l'art. 2381, quinto comma³³, obbliga gli organi delegati a fornire al consiglio (ed al collegio sindacale), con cadenza almeno semestrale, un'adeguata informativa circa lo stato attuale dell'attività dell'impresa societaria (il «generale andamento della gestione»), lo sviluppo della stessa in chiave prospettica (la «sua prevedibile evoluzione»), ed i più rilevanti affari conclusi nel recente passato (le «operazioni di maggior rilievo, per dimensioni e caratteristiche, effettuate dalla società»). Informativa destinata ad estendersi ulteriormente, come è possibile ricavare dalla lettura del terzo comma del medesimo articolo, alla rappresentazione dell'«assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» ed all'illustrazione, ove elaborati, dei suoi «piani strategici, industriali e finanziari».

Risulta, in tal guisa, delineata un'informazione tipica, articolata e completa, volta a rendere edotto il consiglio in maniera esaustiva della struttura e dell'andamento passato, presente e futuro dell'impresa societaria, da rendersi indifferentemente in forma orale nel corso dell'adunanza consiliare ovvero tramite apposita relazione scritta trasmessa, previamente, a ciascun componente dell'organo amministrativo (e sindacale) in vista di una successiva disamina collegiale del suo contenuto. Purché ciò avvenga in modo sufficientemente analitico, e quindi anche con l'ausilio di un'idonea rappresentazione contabile dei fatti di gestione comunicati e delle relative conseguenze, da non tradire la *ratio* normativa³⁴.

Il regime dell'informazione endoconsiliare risulta, infine, completato – con funzione di chiusura del sistema – dal dovere attribuito dal primo comma dell'art. 2381 cod. civ.³⁵ al presidente del consiglio di amministrazione di soprintendere alla dinamiche informative, curando, a salvaguardia dei vari interessi coinvolti, il coordinamento e la completezza dei flussi di informazione forniti al collegio: dispone in tal senso la norma richiamata che il presidente, nel convocare e coordinare i lavori del consiglio, «provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri» (il c.d. dovere di *informazione* informativa³⁶).

La figura del presidente del consiglio di amministrazione viene, in tal modo, tratta dal sostanziale disinteresse nel quale giaceva alla luce della disciplina dettata dal codice del '42 per levarsi ad una posizione, sostanziale ai fini del corretto funzionamento del nuovo sistema, di garanzia dell'efficienza e della trasparenza dei processi decisionali consiliari³⁷. Risulta, così, come una figura deputata ad assicurare, anche in forza dei penetranti poteri *organizzativi* alla

33 La disposizione recita che «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate». Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

34 In tal senso, per tutti, si veda G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 192 ss., cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti circa il perimetro ed il contenuto dell'informazione gestoria obbligatoria.

35 A norma dell'art. 2381, primo comma, cod. civ. «salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri».

36 G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 97 ss.

37 Per una più ampia disamina dei poteri di impulso, coordinamento e garanzia dell'attività collegiale dell'organo amministrativo che, il nuovo art. 2381 cod. civ., recependo la prassi affermatasi nel vigore del sistema precedente, ha inteso espressamente attribuire al presidente del consiglio di amministrazione, si veda P.M. SanFilippo, *Il presidente del consiglio di amministrazione*

stessa oggi espressamente ricondotti, che il circolo informativo tra gli amministratori che l'ordinamento ha inteso realizzare con l'imposizione dei menzionati doveri a carico dei consiglieri delegati e deleganti si realizzi effettivamente – sollecitando, in caso di inadeguatezza e/o intempestività dell'informazione fornita rispetto alle determinazioni da adottare, ogni più opportuna integrazione – sì da consentire ad ogni componente dell'organo gestorio di partecipare al procedimento deliberativo in modo consapevole ed incisivo³⁸.

5. SEGUE: COLLEGIALITÀ E POTERI ISPETTIVI DEI COMPONENTI DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

L'occasione dell'introduzione di uno statuto legale, articolato e dettagliato, dell'informazione consiliare e, soprattutto, di una specifica regolamentazione del potere di ciascun consigliere di sollecitare agli organi delegati la comunicazione dei dati e degli elementi ritenuti utili per l'esercizio delle sue funzioni, peraltro, non ha offerto al legislatore della riforma lo stimolo – come invece sarebbe stato ragionevole attendersi, considerate la rilevanza sistematica del tema e le ricadute applicative che l'esperienza ha mostrato dallo stesso derivare – per la predisposizione di una disciplina esaustiva del contenuto e delle modalità di esercizio dei poteri ispettivi dei componenti dell'organo consiliare: una disciplina finalmente capace di superare in maniera definitiva le incertezze interpretative che, come illustrato nei paragrafi precedenti, nel vigore della normativa previgente avevano diviso dottrina e giurisprudenza.

Sin dai primi commenti successivi alla riforma, infatti, si è riproposta pressoché immutata le contrapposizione tra coloro che, pur dando atto dell'emersione positiva di una specifica capacità di impulso dei singoli consiglieri, ravvisano comunque nelle nuove norme la conferma della necessità di contenere l'esercizio dei poteri informativi nell'ambito delle sfere collegiale del consiglio; e coloro che, invece, risultano inclini ad una lettura meno restrittiva, volta ad estendere ad ogni amministratore la potestà, da considerarsi, in certo modo, connaturata alla carica, di ricercare autonomamente e liberamente, anche presso la struttura aziendale, tutte le informazioni reputate utili.

A favore della prima opzione, la quale ha sin qui ricevuto il favore dell'orientamento prevalente, viene, innanzitutto, richiamato il tenore letterale dell'art. 2381, ult. cpv., cod. civ. La disposizione – si osserva diffusamente – limitandosi a legittimare il singolo amministratore a richiedere agli organi delegati di riferire «in consiglio» notizie e chiarimenti circa l'andamento della gestione, sembrerebbe, di contro, escludere il potere dello stesso amministratore di ricercare autonomamente quelle stesse informazioni interrogando personalmente dipendenti e collaboratori della società o compulsando la documentazione sociale al di fuori della sede consiliare³⁹. In assenza di diversa disposizione statutaria, pertanto, dovrebbe ritenersi rimesso

nelle società per azioni, in Abbadessa e Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, p. 441 ss.

38 È rimasto, peraltro, irrisolto l'interrogativo circa forme, tempistica ed eventuali limiti che il presidente del consiglio di amministrazione è tenuto ad osservare nel mettere a disposizione dei consiglieri le informazioni dovute, problematica per l'approfondimento della quale si rinvia a P.M. SanFilippo, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, cit., p. 462 ss. e G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 138 ss.

39 Nel senso indicato nel testo si esprimono, tra gli altri, P.aBBaDeSSa, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 506 (modificando, sulla scorta del nuovo dato positivo, la contraria opinione espressa nel vigore della disciplina

al consiglio di amministrazione – e, se esistenti, ai soli amministratori titolari di cariche o funzioni particolari che implicino di per sé una potestà di accesso *diretto* agli atti ed ai documenti della società (quali, ad esempio, quelle inerenti il c.d. controllo interno)⁴⁰ – lo svolgimento di ogni attività di indagine volta all'acquisizione o all'integrazione di un'informazione carente. La quale attività può essere eseguita direttamente dal consiglio, mediante l'audizione dei soggetti in possesso delle informazione e/o la consultazione dei documenti in sede collegiale, oppure tramite uno o più amministratori all'uopo specificamente delegati, con il compito, poi, di trasmettere al consiglio medesimo le risultanze delle loro operazioni ispettive⁴¹.

Una limitazione siffatta, d'altronde, sarebbe giustificata in più ampia prospettiva – e troverebbe in ciò ulteriore supporto – dall'esigenza di offrire adeguata risposta alla preoccupazione, avvertita sin da principio, di evitare che un esercizio ripetuto ed invadente dei poteri ispettivi da parte dei singoli amministratori, in ispecie in presenza di organi collegiali ad ampia composizione, distolga l'attenzione della struttura aziendale dalla cura degli affari correnti e, perciò, finisca per intralciare la normale gestione dell'impresa societaria, così da contravvenire al generale principio di efficienza dell'azione amministrativa, che, invece, tradizionalmente dovrebbe informare l'ordinamento della società azionaria⁴².

La condivisibilità di simili argomentazioni, tuttavia, viene revocata in dubbio da chi propone una diversa lettura dell'ultimo comma dell'art. 2381, la quale desuma dal testo legislativo l'esistenza di una disciplina divergente da quella sin qui tratteggiata e comunemente accettata dall'orientamento maggioritario, sulla cui scorta riconoscere autonomi poteri individuali di indagine ad ogni amministratore.

Si obietta, in tal senso, che la disposizione, nell'accordare a ciascun consigliere di amministrazione un formale potere di interpello nei confronti degli amministratori esecutivi, debba iscriversi (ed in essa esaurisca la sua portata precettiva) nella disciplina dei rapporti tra amministratori deleganti ed organi delegati, apprestando a favore dei primi lo strumento per ottenere dai secondi informazioni sulla gestione corrente. In ispecie quelle la cui acquisizione necessariamente richieda la mediazione dell'esperienza e della sensibilità dell'amministratore coinvolto in prima persona nella conduzione quotidiana dell'attività della società e che, perciò,

precedente); C. anGeliCi, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 692; F. DenoZZa, *L'amministratore di minoranza» e i suoi critici*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 769; P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 845; iD, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 386; F. VaSSalli, *Note in margine all'art. 2381 c.c.*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, t. 3, Milano, 2006, 4041; G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 339. A medesima conclusione giunge pure I. CalVoSa, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in aa. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 363, salvo, poi, mitigarne la rigidità, ammettendo l'eventualità, in caso di insufficienza o inattendibilità dei dati comunicati dagli amministratori delegati, di una sopravvivenza del potere di ciascun consigliere di procedere individualmente al controllo sull'operato dei medesimi amministratori onde ottemperare al suo dovere di perseguire l'interesse sociale, di evitare il compimento di azioni pregiudizievoli, nonché di attenuarne o eliminarne le possibili conseguenze dannose. Nega, ancora, l'esistenza di un'autonoma potestà d'indagine dell'amministratore *uti singulus*, CaSS. Pen., 4 maggio – 19 giugno 2007, n. 22838, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 369.

40 Per tale notazione si vedano P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 845 e G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 340.

41 Così, tra gli altri, P. aBBaDeSSa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 506; P. Montalenti, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, cit., p. 386.

42 Riprendendo notazioni già svolte, anche ricorrendo ad immagini suggestive, in costanza della disciplina previgente da G. MineRVini, *I poteri di controllo*, cit. 814, osservano che la soluzione prescelta dall'ordinamento si proporrebbe di prevenire e/o rimuovere gli intralci alla gestione societaria che potrebbero derivare da continue richieste di informazioni e trasmissioni documentali ad opera di singoli amministratori I. CalVoSa, *Sui poteri individuali dell'amministratore*, cit., p. 363 e G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 339.

difficilmente potrebbero essere ritratte dalla mera consultazione della documentazione e delle scritture sociali da chi da tale conduzione sia escluso⁴³.

Il dettato normativo, in un simile contesto, si limiterebbe a regolare le modalità con cui gli organi delegati sono tenuti ad assolvere ai loro doveri informativi, obbligandoli, una volta che gli altri amministratori abbiano domandato loro chiarimenti ed integrazioni, a riferire in sede consiliare secondo i tipici moduli relazionali dell'organismo collegiale, onde consentire a tutti i componenti del consiglio una conoscenza piena, contestuale ed omogenea dei dati comunicati⁴⁴. Risulterebbe, invece, estranea all'ambito precettivo della norma l'imposizione di una delimitazione dei poteri informativi dei consiglieri di amministrazione alla sola facoltà di sollecitare delucidazioni agli amministratori esecutivi, rimanendo impregiudicato, ove non sia richiesta la collaborazione degli amministratori delegati o non sia diversamente disposto dallo statuto, il potere di ciascun consigliere di compiere individualmente gli atti di ispezione e controllo necessari per adempiere al dovere di agire informato che la norma medesima impone ad ogni amministratore⁴⁵.

I rilievi suesposti, e le diverse soluzioni che, almeno apparentemente, il testo normativo parrebbe capace di legittimare, sembrano, dunque, confortare l'impressione, già accennata, che la risposta all'interrogativo inerente il contenuto e le forme di esercizio del potere dei componenti dell'organo consiliare di acquisire le informazioni occorrenti all'esercizio delle loro funzioni non possa desumersi da un'interpretazione meramente letterale dell'ultimo capoverso dell'art. 2381 c.c.

Non solo, infatti, il ricorso al ragionamento *a contrario*, al quale è, in sostanza, costretto ad affidarsi qualunque tentativo di negare autonomi poteri ispettivi del singolo amministratore sulla sola scorta della contrapposta previsione positiva del potere di interpello in sede consiliare, si rivela tradizionalmente incapace di garantire approdi ermeneutici appaganti⁴⁶. Ma, soprattutto, è la stessa osservazione della dinamica del dibattito sviluppatosi dopo l'introduzione delle nuove disposizioni a confermare come la lettera della norma, isolatamente considerata, si presti ad interpretazioni divergenti, persino antitetiche, le quali, in maniera più o meno consapevole, finiscono per dipendere (e ad essi si ancorano) a più generali convincimenti di cui l'interprete si rende portatore nella ricostruzione del fenomeno considerato, che, pertanto, conviene trarre in superficie e sottoporre a verifica. Il che, del resto, non deve sorprendere ove si consideri come la disposizione in esame, lungi dal costituire una prescrizione isolata ed in sé conclusa, rappresenti soltanto un frammento della più ampia disciplina dell'informazione consiliare dettata

43 Così V. SalaFia, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, cit., p. 292. In tale chiave interpretativa, la funzione della norma consisterebbe essenzialmente nella predisposizione, in favore dei consiglieri non delegati, di uno strumento di accesso a quella che viene comunemente definita con il termine di *soft information*, ossia l'informazione che, riponendo essenzialmente su elaborazioni e valutazioni soggettive, risulterebbe priva del requisito della *verificabilità* che invece contraddistinguerebbe la c.d. *hard information*, idonea ad esser ridotta e rappresentata in termini quantitativi e numerici e, come tale, da chiunque oggettivamente attingibile e comparabile. Per la contrapposizione, invero non aliena da suggestioni positivistiche, tra *soft* e *hard information* e la descrizione dei rispettivi tratti distintivi, si veda M.a. PeteRSen, *Information: Hard and soft*, in *Working Paper*, Kellogg School of Management, Northwestern University, 2004.

44 Lo osserva F. BaRaChini, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, p. 154 ss.

45 In tal senso, F. BaRaChini, *La gestione delegata nella società per azioni*, cit., p. 157 e V. SalaFia, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, cit., p. 292. Ad analoghe conclusioni approda, ancorché sulla scorta di un percorso ricostruttivo più ampio e, per certi versi, divergente, V. GioRGi, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, 61 ss.

46 Per una disamina critica del modello di argomentazione ermeneutica *a contrario* può rinviarsi a G. taRello, *L'interpretazione delle leggi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu - Messineo*, Milano, 1980, 346 e ss. ed a G. CaRCateRRa, *L'argomento a contrario*, in CaSSeSe eD al. (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 177 ss., ove, pure, ulteriori riferimenti bibliografici.

dal codice⁴⁷, alla luce di un esame complessivo della quale, soltanto, appare perciò possibile individuare e selezionare, tra le tante astrattamente prospettabili, la lettura che garantisca la soluzione più soddisfacente del problema affrontato dalle ordinanze in commento.

Né a risultati più convincenti, in diversa prospettiva, parrebbe condurre l'altro argomento interpretativo, di stampo sostanzialistico, già accennato, il quale intenderebbe ricavare conferma della esclusione di potestà informative individuali degli amministratori dall'esigenza di evitare che un loro esercizio eccessivamente zelante, se non, addirittura, emulativo, possa procurare intralcio all'efficiente gestione dell'attività sociale e, così, tradursi in un danno a quello stesso interesse della società alla cui cura, invece, l'esercizio del potere/dovere di informarsi degli amministratori dovrebbe risultare funzionale.

Pur muovendo da preoccupazioni operative tutt'altro che infondate, infatti, un simile approccio argomentativo desta perplessità laddove intenderebbe desumere (o, anche solo, trarre riprova del) la regola applicabile dalla volontà di prevenire le criticità associate a manifestazioni patologiche della fattispecie. Laddove cioè vorrebbe dedurre un generale divieto di iniziative individuali degli amministratori dall'urgenza di evitare che l'abuso che singoli consiglieri possano fare del loro potere informativo danneggi la società e la sua attività. Questo tralasciando di considerare che, se effettivamente la preoccupazione determinante del legislatore fosse quella sopra indicata, risulterebbe certamente più appropriato, pena un eccesso assiologico della disciplina, apprestare idonei rimedi atti a prevenire o sanzionare possibili abusi nell'impiego delle prerogative sociali, così come avviene, ad esempio, per il diritto di voto ed i suoi possibili abusi, piuttosto che inibire in via generale ed indiscriminata l'esercizio dei poteri ispettivi individuali degli amministratori privi di deleghe.

Tali perplessità, del resto, parrebbero ricevere ulteriore conferma dall'osservazione dell'inversione logica sulla quale risulta, in certo modo, fondarsi il ragionamento qui considerato, il quale intenderebbe desumere l'inibizione di iniziative informative individuali degli amministratori dall'affermazione, almeno implicita, di un generale principio di efficienza volto a vietare qualsiasi attività degli amministratori non esecutivi (pur, astrattamente, strumentale all'esercizio delle loro funzioni) capace, anche solo potenzialmente, di distrarre l'attenzione della società, del suo *management* e della sua struttura, dalla conduzione degli affari sociali. Principio la cui esistenza, invece, non solo non potrebbe darsi per presupposta, ma richiederebbe una apposita specifica dimostrazione onde giustificare la compressione dei poteri informativi dei componenti del consiglio di amministrazione; ma, ancor prima, parrebbe contraddetta, almeno in una formulazione così ampia come quella dinanzi tratteggiata, dalla stessa previsione positiva del dovere degli amministratori delegati – e quindi, almeno indirettamente, della struttura aziendale posta alle loro dirette dipendenze – di rispondere in maniera tempestiva ed esaustiva ad ogni domanda di chiarimenti ed informazioni formulata dagli amministratori non delegati, nonché, in termini ancora più generali, dalle funzioni di controllo a questi ultimi confermate anche dal legislatore della riforma.

Simili considerazioni, dunque, inducono ad escludere che il contenuto e l'ambito di operatività del dovere/potere di informazione degli amministratori non esecutivi possano essere identificati e delimitati soddisfacentemente sulla scorta di una mera esegesi letterale dell'ultimo

⁴⁷ Osserva che l'intero sesto comma dell'art. 2381 cod. civ. non rappresenta una previsione isolata, ma è inserito in un contesto normativo di natura circolare, costituito da norme elastiche G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 267.

capoverso dell'art. 2381 cod. civ. o, all'opposto, dell'affermazione di una generica tensione efficientistica sottesa alla disciplina dell'organo amministrativo della società azionaria. Una risposta appagante e sistematicamente coerente agli interrogativi che così si pongono, invece, sembra potersi trarre solo da una considerazione complessiva della disciplina dell'informazione consiliare in cui la questione considerata trova collocazione e, più in generale, dei principi – tra i quali devono includersi, certamente, quelli della collegialità e dell'agire informato⁴⁸ – che, in punto di vertice, regolano l'organizzazione e l'attività dell'organo amministrativo della società per azioni.

In una simile angolatura, interessanti spunti di riflessione possono ritrarsi dall'osservazione delle forme con le quali il legislatore della riforma, nel più generale disegno volto a comporre i vari ed eterogenei interessi coinvolti nel fenomeno societario, ha inteso articolare il funzionamento del consiglio di amministrazione e raccordare le funzioni attribuite ai singoli componenti dello stesso.

Nel nuovo disegno normativo della società per azioni, difatti, l'organo consiliare ha cessato di rappresentare – ed in ciò può ravvisarsi uno dei più rilevanti tratti di divaricazione del tipo azionario da quello della società a responsabilità limitata – un organismo monolitico, composto, così come voleva il codice del '42, da una pluralità di membri collocati in posizione (almeno formalmente) paritetica e titolari, in via generale e per effetto della mera accettazione della nomina, di eguali poteri e doveri. Tale organo, invece, coerentemente alla maggiore complessità dell'attività imprenditoriale che, nella logica normativa, dovrebbe essere preordinata a gestire la società per azioni, si articola in una struttura ben più complessa, alla cui azione ciascun membro è chiamato a concorrere sulla scorta di ruoli e funzioni eterogenei e tra loro non comparabili. E questo sia in termini oggettivi, per effetto della distinzione, tradizionale ma oggi più marcata, tra amministratori delegati e deleganti e della natura dei vari incarichi di cui, di volta in volta, i singoli amministratori possono risultare destinatari, anche nei vari comitati nei quali tende a scomporsi l'attività del consiglio⁴⁹; sia in termini più propriamente soggettivi, dovendo commisurarsi la diligenza con la quale ogni consigliere è chiamato ad adempiere ai suoi doveri – lo dispone espressamente, con previsione dal rilevante significato innovativo, l'art. 2392, primo comma, cod. civ. – alle sue specifiche competenze personali, così confermandosi il riconoscimento positivo della diversa attitudine di ciascuno di essi a concorrere allo svolgimento delle funzioni amministrative.

Da ciò deriva una nuova configurazione della struttura e della disciplina dell'organo amministrativo della società per azioni, la quale, in prima istanza, risponde – sia concesso osservarlo in estrema sintesi – all'esigenza, espressamente enunciata nella relazione governativa e già richiamata nelle pagine precedenti, di contenere i profili di responsabilità di ciascun amministratore entro margini coerenti con la posizione allo stesso attribuita nell'amministrazione dell'ente e con le sue personali competenze professionali. E risponde, del pari, all'obiettivo, sempre più rilevante nelle moderne dinamiche imprenditoriali, di stimolare, in una logica tecnocratica di *divisione del lavoro*, la più ampia integrazione di competenze e, quindi, la convergenza di apporti tra loro eterogenei (per professionalità, conoscenze, impegno, interessi

48 Sottolinea come il tema dell'informazione endoconsiliare debba essere studiato in stretta connessione a quello della collegialità, essendo quest'ultima il tipico modulo di sviluppo del processo decisionale in funzione del quale si pone la disciplina legale dell'informazione G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., 47.

49 Per l'approfondimento delle modalità di organizzazione del controllo interno all'organo amministrativo e della differenza di funzioni in capo agli amministratori che ne derivano, anche ai fini di una differenziazione della loro responsabilità, si veda, da ultimo, M. Stella RiChTeR jr., *Controllo all'interno dell'organo amministrativo*, scritto destinato ad essere pubblicato in U. toM-BaRi (a cura di), *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, atti del convegno tenutosi a Firenze il 14 e 15 aprile 2011, consultato per cortesia dell'Autore.

perseguiti, ecc.) funzionale alla miglior ponderazione delle scelte da adottarsi, alla più puntuale composizione dei diversi interessi (cui l'ordinamento riconosca rilevanza) in esse coinvolte e, in definitiva, alla maggior efficienza dei processi decisionali inerenti l'organizzazione e la gestione dell'intrapresa sociale⁵⁰.

Ne risulta, dunque, una rinnovata collegialità dell'organo consiliare – la cui centralità nell'amministrazione della società si rivela, se possibile, ulteriormente accentuata⁵¹ – nella quale, abbandonata l'irrealistica idea che i consiglieri possano e debbano tutti partecipare in maniera paritetica alle scelte gestorie, ogni amministratore concorre all'azione comune in posizione, con poteri e con responsabilità specifici e differenti da quelli degli altri amministratori.

Una simile ripartizione di funzioni e responsabilità, d'altronde, spiega i suoi riflessi anche sulla disciplina della informazione endoconsiliare, di cui, anzi, costituisce uno dei tratti distintivi.

Come anticipato nelle pagine precedenti, infatti, il regime della circolazione informativa tra i componenti del consiglio amministrativo si fonda su di una netta, e tendenzialmente rigida, separazione di ruoli, diretta conseguenza della più ampia posizione assunta da ciascun consigliere nella struttura dell'organo. Agli amministratori delegati è attribuito il compito di radunare, ordinare e trasmettere periodicamente agli altri consiglieri i dati e le informazioni relativi all'organizzazione ed all'attività della società – a cui i primi hanno naturalmente accesso per effetto della conduzione quotidiana dell'impresa sociale loro attribuita – nel rispetto delle forme, delle modalità e dei termini predeterminati dall'ordinamento (art. 2381, quinto comma, cod. civ.), con obbligo di integrare ulteriormente l'informativa fornita con la comunicazione di tutti i chiarimenti e gli elementi aggiuntivi di volta in volta sollecitati dagli amministratori non esecutivi (art. 2381, sesto comma, cod. civ.). Questi ultimi, per parte loro, oltre ad essere destinatari dei richiamati flussi informativi e disporre del potere, precedentemente esaminato, di provocarne la più opportuna integrazione, hanno il compito di valutare, «sulla base delle informazioni ricevute ... [e] della relazione degli organi delegati», l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, i piani strategici, industriali e finanziari della società, nonché il generale andamento della gestione (art. 2381, terzo comma, cod. civ.⁵²). Spetta, infine, al presidente, nell'esercizio dei poteri di supervisione e garanzia già in precedenza richiamati, assicurare il rispetto degli obblighi normativi e l'adeguata circolazione dell'informazione.

L'articolata architettura organizzativa che ne deriva⁵³ La quale riproduce la tripartizione, già segnalata nelle pagine precedenti, proposta dalla dottrina che più ha approfondito il tema dopo

50 Le determinazioni dell'organo amministrativo non si risolvono più, come invece voleva l'insegnamento tradizionale, nella mera sommatoria delle opinioni espresse, con obbligo di assoluta neutralità, da soggetti assegnatari, per tipizzazione legislativa, di funzioni e responsabilità equiparabili e tra loro fungibili. Ma costituiscono, invece, il punto di approdo di una dialettica intercorrente tra soggetti collocati in posizioni sostanzialmente diverse e chiamati a concorrervi con apporti, quantitativamente e qualitativamente, differenti, alla ricerca di una sintesi nella quale possano trovare recepimento e composizione, spesso non agevole, competenze, patrimoni cognitivi, sensibilità, visioni tra loro anche assai lontane, la cui acquisizione ed il cui vaglio dovrebbero contribuire ad offrire una maggiore garanzia di adeguatezza delle scelte da adottarsi. Per l'approfondimento dei temi evocati nel testo e delle implicazioni sistematiche che dagli stessi derivano si vedano, per tutti, C. anGeliCi, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 677 ss. e Id, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 163 ss.

51 In tal senso, si rinvia a quanto osservato, all'indomani della riforma, da G. FeRRi Jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 636 ss.

52 Dispone l'art. 2381, terzo comma, cod. civ. che «Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione».

53 La quale riproduce la tripartizione, già segnalata nelle pagine precedenti, proposta dalla dottrina che più ha approfondito il tema dopo la riforma del 2003, tra doveri di *informazione trasmissiva*, di *informazione riflessiva* e di *interazione informativa*.

la riforma del 2003, tra doveri di *informazione transittiva*, di *informazione riflessiva* e di *interazione informativa*. si fonda, dunque, su di un circuito stabile, e sostanzialmente unidirezionale, di dati ed informazioni dagli amministratori titolari di deleghe agli altri consiglieri. Circuito nel quale, come autorevolmente osservato, mentre ai primi è coerentemente assegnato il ruolo di fonte informativa, ai secondi è riservata la posizione, complementare, di destinatari dell'informazione societaria (tipica ed atipica), con specifici compiti di suo controllo e sollecitazione⁵⁴. Ed è, appunto, con riguardo a tale precipua posizione che si sostanzia il dovere di azione informata e, più in generale, di controllo della gestione proprio degli amministratori non esecutivi: dovere di esaminare, approfondire e vagliare criticamente, sulla scorta delle specifiche competenze e professionalità di cui ciascuno risulta portatore, i dati e gli elementi periodicamente ricevuti in comunicazione dagli organi delegati, domandandone, se del caso, l'opportuna integrazione; e dovere di esercitare il controllo sulla gestione e sull'organizzazione della società (nello stesso ricomprendendosi il controllo sull'organizzazione dello stesso sistema informativo interno) sulla base del patrimonio di conoscenze così acquisito. Con conseguente limitazione della responsabilità di tali amministratori, a differenza di quanto, invece, avviene per quelli muniti di deleghe, alla sola ipotesi di inadempimento di siffatti, ben circoscritti, obblighi, in aperta, e dichiarata, contrapposizione con la prassi interpretativa previgente, la quale, come già ricordato, si era rivelata incline, in contrasto con la lettera della disciplina normativa ed i più generali principi della materia, ad abnormi dilatazioni di siffatta responsabilità.

E' alla luce di un simile quadro d'assieme, dunque, che il quesito da cui si il presente scritto ha preso le mosse può ricevere ragionevole risposta – ed il testo dell'art. 2381, ult. cpv., cod. civ. trovare un significato sistematicamente appagante – nel senso dell'esclusione di un potere di indagine individuale dei consiglieri privi di deleghe tale da consentire loro di ricercare autonomamente documenti sociali e/o interpellare personalmente i dipendenti della struttura aziendale. Un tale potere istruttorio, difatti, non solo non troverebbe idonea collocazione nella dinamica dei flussi informativi sin qui tratteggiata, nella quale, come detto, l'amministratore non esecutivo si colloca essenzialmente quale ricettore, ancorché vigile e con compiti critici, dei dati e degli elementi forniti dagli amministratori esecutivi, sulla cui base – lo chiarisce il menzionato terzo comma dell'art. 2381 – è chiamato a svolgere le sue funzioni di controllo e partecipazione alle decisioni gestorie; ma eccederebbe lo stesso dovere di controllo in funzione del quale il potere di informazione dovrebbe configurarsi⁵⁵.

54 La centralità di tale contrapposizione (e complementarità) di ruoli nella ricostruzione del sistema è posta in luce da C. anGe-liCi, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 692 ss. e iD., *La riforma*, cit. 186 ss.; ed è, variamente, ribadita da P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 851; G. oliVieRi, *I controlli "interni" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 411; G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 180.

55 Si è, peraltro, osservato come la rinnovata configurazione della struttura informativa dell'organo amministrativo muova dalla presa d'atto della sostanziale ed incolmabile asimmetria in cui gli amministratori privi di deleghe vengono a trovarsi nei confronti di quelli affidatari della gestione corrente. Se, infatti, è lecito ipotizzare che, in linea teorica, il riconoscimento agli amministratori non esecutivi di un potere di accesso diretto ai dati ed ai documenti della società possa stimolare i consiglieri delegati ad una maggiore trasparenza sulla gestione, e quindi favorire una più ampia circolazione delle informazioni tra i componenti dell'organo amministrativo, è al tempo stesso realistico rilevare che tale stimolo il più delle volte rischia di essere solo apparente, dal momento che la capacità di ricercare ed individuare in maniera idonea le informazioni sulla gestione della società e, quindi, di esercitare effettivamente un simile ruolo di pungolo, di norma presuppone – e ciò tanto più quando si tratta della gestione di imprese complesse – una conoscenza dell'attività sociale di cui i soli amministratori in essa personalmente coinvolti possono disporre. Il corretto funzionamento del circuito informativo, pertanto, non può darsi senza l'essenziale contributo degli amministratori esecutivi, i quali soltanto, perché quotidianamente a contatto con i dati e degli elementi necessari a rappresentare lo stato della gestione e dell'organizzazione sociali, possono veramente garantire il trasferimento di un adeguato flusso informativo agli altri consiglieri. Conviene, invece, riservare a questi ultimi, piuttosto che la veste illusoria di liberi ricercatori di un'informazione di cui essi non conoscono esistenza, contenuto e collocazione, quella di soggetti incaricati di passare ad un vaglio critico le informazioni ricevute, provocandone, ove necessario, l'integrazione, e, sulla scorta di esse, di esercitare i poteri di controllo ed intervento loro propri. In tal senso, si veda G.M. ZaMPeRetti, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 325 ss.

Se, difatti, a fronte dell'espressa menzione positiva del solo potere di interpello contenuta nell'ultimo capoverso dell'art. 2381, il riconoscimento a ciascun amministratore privo di deleghe di un più ampio, ed autonomo, potere di attingere *aliunde* informazioni, anche mediante atti ispettivi individuali, dovrebbe dedursi dalla necessità di adempiere ad un corrispondente dovere di generale vigilanza sull'andamento della società, gli è che nella nuova disciplina dell'organo amministrativo non parrebbe residuare più spazio per un dovere siffatto. Lo stesso, come già accennato, risulta oggi sostituito dai più circoscritti obblighi di controllo ed azione informata di cui al cit. art. 2381, da esercitarsi nei limiti e sulla scorta del patrimonio cognitivo sopra precisati, sicché un potere informativo individuale e sostanzialmente illimitato, esorbitante l'ambito della formulazione normativa, non parrebbe poter ricevere giustificazione neppure sotto il profilo considerato.

I superiori rilievi, d'altro canto, se conducono a negare spazio, nell'odierna configurazione dell'organo amministrativo e del suo funzionamento, a poteri ispettivi individuali esercitabili dai singoli amministratori al di fuori dai moduli procedurali dell'organismo collegiale, così incidendo essenzialmente sulle modalità di esercizio del potere informativo, al tempo stesso non devono indurre a sminuire la rilevanza (sistematica ed operativa) e la cogenza del medesimo potere. Ciò sia nel senso della centralità, ulteriormente enfatizzata dalla riforma, della (circolazione e della elaborazione) dell'informazione nella disciplina della gestione della società per azioni; sia nel senso della riaffermazione di uno stringente obbligo degli organi delegati di comunicare e trasmettere al consiglio di amministrazione, senza reticenze o possibilità di appellarsi a esigenze di riservatezza, tutti i dati ed i documenti inerenti la gestione della società domandati dai singoli consiglieri.

6. CONCLUSIONI

In conclusione, quindi, ogni amministratore, pur se privo di deleghe, è titolare di un ampio potere di accesso ai dati ed alla documentazione sociali onde esercitare compiutamente le sue funzioni gestorie e/o di controllo.

Tale potere, tuttavia, si concretizza non già in una, pressoché illimitata, facoltà di ricerca, autonoma ed individuale, di tali elementi presso i locali aziendali, alla quale risponda un generale stato di soggezione della struttura e dei dipendenti della società. Facoltà che risulterebbe non coerente con il dato normativo e con i principi generali di cui lo stesso costituisce espressione.

Il potere in questione si traduce, invece, nella potestà, questa sì ineludibile ed insopprimibile, di esigere la comunicazione al consiglio di amministrazione di ogni informazione e chiarimento di cui sia ritenuta opportuna l'acquisizione ai fini dell'esame e del controllo della gestione sociale. Esercitata una tale potestà agli amministratori esecutivi (e, per quanto di sua pertinenza, al presidente del consiglio) non è data alcuna possibilità di sottrarsi all'obbligo di fornire ogni dato o chiarimento utile a dare compiuta soddisfazione delle richieste ricevute ed eventuali comportamenti omissivi e dilatori integrerebbero specifiche violazioni dei doveri amministrativi sugli stessi incumbenti.

OS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A RAZOABILIDADE, A PROPORCIONALIDADE E OUTROS PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS

THE PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: REASONABLENESS, PROPORTIONALITY, AND OTHER INTERPRETIVE PRINCIPLES

ADOLFO MAMORU NISHIYAMA¹

RESUMO

O objetivo com este trabalho é analisar a interpretação constitucional, estudando suas principais características e os princípios que a norteiam. A supremacia da norma constitucional é fundamental para entender os princípios interpretativos da Constituição de um país. São analisados, também, dois princípios de suma importância – a razoabilidade e a proporcionalidade –, que servem de vetores orientadores para uma interpretação constitucional. Outros princípios interpretativos também são analisados para complementar a ideia de uma interpretação constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Interpretação. Hermenêutica.

ABSTRACT

The aim of this paper is to review constitutional interpretation by studying the main characteristics and principles that guide it. The supremacy of constitutional rule is fundamental to understanding the principles of interpretation of a country's Constitution. Two very important principles are also reviewed – reasonableness and proportionality – which serve as vectors for guiding a constitutional interpretation. Other interpretive principles are also analyzed to complement the idea of a constitutional interpretation.

Keywords: Constitution. Interpretation. Hermeneutics.

¹ Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor adjunto do Instituto de Ciências Sociais e Comunicação da Universidade Paulista, Campus Indianópolis. Relator da 20ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP. Advogado em São Paulo. E-mail: amnadv@uol.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Segundo a lição de Carlos Maximiliano, a hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”². Por outro lado, interpretar significa “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”³. O ato de interpretar, necessariamente, precede a aplicação⁴. A *aplicação do Direito* consiste em enquadrar um caso concreto (mundo do *ser*) em uma norma jurídica (mundo do *dever ser*) adequada⁵. Dessa forma, a diferença entre *hermenêutica*, *interpretação* e *aplicação* pode ser sintetizada no seguinte: “Hermenêutica é a ciência que fornece a técnica para a interpretação; interpretação é o ato de apreensão da expressão jurídica, enquanto a aplicação da norma é fazê-la incidir no fato concreto nela subsumido”⁶.

A necessidade de interpretar, segundo a doutrina, está ligada a três fatores principais⁷.

O primeiro é sua indeterminação, ou seja, o fato de o texto normativo conter vários sentidos. Essa indeterminação está ligada às propriedades da linguagem natural por meio da qual se expressou o legislador constituinte. Assim, a linguagem jurídica é, necessariamente, ambígua e vaga.

O segundo está relacionado à natureza do próprio significado. Pode-se dizer que o significado de um texto normativo é aquilo que o autor quis expressar e que é possível desvelar; no entanto, o texto jurídico não possui um único autor, mas vários. Uma Constituição, por exemplo, é feita por um número expressivo de pessoas, não sendo sempre possível determinar a intenção de cada um dos constituintes. Dessa maneira, “descobrir a intenção de um constituinte pode ser um interessante exercício de psicologia histórica, mas não há nenhuma razão para valorizar essa intenção mais do que qualquer outra”⁸.

O terceiro fator está relacionado com a evolução das concepções políticas e sociais. Por exemplo, o princípio da igualdade proclamado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa não tem o mesmo significado de dois séculos atrás. Seria absurdo considerar que a vontade de homens mortos há tanto tempo ainda devessem prevalecer, porque o sentido de igualdade naquela época era diferente. Uma lei que privasse as mulheres de alguns direitos ou que reservasse o direito de voto aos mais ricos estaria conforme o princípio da igualdade. Na realidade, é preciso admitir que aquela declaração possui um sentido independente do que lhe atribuíram seus autores. Esse sentido, hoje, chama-se “síntese da evolução política e social”.

A interpretação é feita por seres humanos que entendem as normas jurídicas como “condicionantes políticos, morais, socioeconômicos, psicológicos e psicossociais”⁹.

2 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 1.

3 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 9.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 498.

5 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 6.

6 SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*, p. 113.

7 HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*, p. 53-55.

8 HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*, p. 54.

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *Curso de direito administrativo*, p. 497.

Para Kelsen, a interpretação do Direito é feita “dentro de uma *moldura de significações*”. Assim, a interpretação de uma norma jurídica não deve, necessariamente, conduzir a apenas um significado correto, mas a várias soluções possíveis. Nesse sentido, Kelsen ensina:

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral¹⁰.

Aproveitando essa teoria de Kelsen, pode-se dizer que a interpretação decorre de *fatores extrajurídicos*, tais como políticos, ideológicos, sociológicos, morais, econômicos, etc., “dentro de uma *moldura de significações*”, podendo o intérprete escolher, dentre as várias soluções possíveis, a mais razoável.

Dessa forma, o intérprete não possui liberdade total. Ele está limitado à letra da lei, que é o objeto de interpretação, e ao sistema jurídico a que ela pertence. Se o intérprete for além, criará direito com o pretexto de interpretá-lo e estará se afastando do direito vigente.

Destaque-se que até mesmo as chamadas leis interpretativas (*interpretação autêntica*¹¹) necessitam ser interpretadas.

Além disso, quando a lei é clara, diz-se que não há necessidade de interpretação. No entanto, a doutrina pondera:

Afirmamos, algumas vezes, que a interpretação só se faz necessária quando o texto é obscuro e que, em contrapartida, ela é supérflua quando o texto é claro, o que expressamos pelo adágio latino *in claris cessat interpretatio*. Essa tese conduz, na verdade, a um paradoxo, pois para poder afirmar que o texto está claro e que não há lugar para interpretá-lo, é preciso saber qual é sua significação, ou seja, é preciso que ele tenha sido interpretado¹².

Há vários *métodos de interpretação*¹³, ou *moldura de significações*, sejam voltados para a Constituição, sejam voltados para as demais normas jurídicas. São eles: o literal ou gramatical, o sistemático, o histórico ou histórico-evolutivo, o sociológico, o lógico, o teleológico, o restritivo e o extensivo. No entanto, a interpretação constitucional possui certas peculiaridades ou características que serão analisadas a seguir.

10 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 467.

11 A doutrina ensina: “A interpretação varia em função da fonte de que provém. Autêntica, se dada pelo próprio legislador através da lei. É a estabelecida por norma jurídica (lei, regulamento, decreto-lei, tratado etc.), tendo por objeto norma anterior obscura”. (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*, 231, grifos do autor)

12 HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*, p. 52-53.

13 Segundo Paulo Dourado de Gusmão, “para descobrir o sentido objetivo da lei, o intérprete procede por etapas, percorrendo o que se convencionou chamar de *fases, etapas, ou momentos da interpretação*”. (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*, p. 231)

2. CARACTERÍSTICAS DA LINGUAGEM CONSTITUCIONAL

Há muitas peculiaridades que justificam interpretação diferenciada à Constituição. Não se deve levar à interpretação constitucional todos os formalismos exigidos para interpretar as leis em geral. Não que se desprezem os métodos de interpretação ordinariamente utilizados, mas a Constituição, como norma fundante do Estado, possui certas características que a levam para estudo autônomo e destacado no sistema jurídico. Em razão dessas características, torna-se, muitas vezes, difícil ou mais trabalhosa uma interpretação das normas constitucionais. Antes de tudo, torna-se mister analisar as principais características do texto constitucional.

2.1 CARÁTER INICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O caráter inicial do texto constitucional torna mais difícil o trabalho do intérprete. Enquanto as normas infraconstitucionais buscam seu fundamento de validade em outra regra jurídica que lhe é hierarquicamente superior, as normas constitucionais não devem obediência a nenhuma norma positivada.

A própria Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Até mesmo quando se tratar de auferir o sentido de uma norma na legislação infraconstitucional, deve-se buscar elementos na Constituição¹⁴.

2.2 CARÁTER ABERTO E AMPLO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Outra característica importante das normas constitucionais é o seu caráter aberto amplo¹⁵. Celso Ribeiro Bastos explica que

a norma constitucional, muito freqüentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada 'atualização' das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias¹⁶.

Assim, a interpretação da norma constitucional pode sofrer *mutação* com o passar do tempo.

14 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 52-53.

15 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 53.

16 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 54.

2.3 CARÁTER SINTÉTICO E COLOQUIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A linguagem constitucional é lacônica. Suas normas são caracterizadas por palavras *breves* e *concisas*. O fato de as normas constitucionais serem sintéticas faz com que surja uma dificuldade interpretativa, o que não ocorre com os outros ramos do Direito.

A Constituição é elaborada por pessoas que, na maioria das vezes, não detêm a técnica jurídica. Os representantes do povo, que são eleitos em uma Assembleia Constituinte, são compostos por uma variedade de pessoas que nem sempre possuem formação jurídica. São médicos, engenheiros, administradores, sindicalistas, etc. Por essa razão, a Constituição é redigida por palavras e expressões de domínio comum, utilizadas no dia a dia pelas pessoas. A Constituição conterà, então, palavras como capital, povo, saúde, paz, liberdade, vida, desenvolvimento, educação, ou expressões do tipo, justiça social, interesse público, bem comum, função social da propriedade, etc.

Assim, o caráter sintético e coloquial das normas constitucionais amplia a sua dificuldade interpretativa.

2.4 CARÁTER POLÍTICO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Direito Constitucional é considerado o *direito para o político*, pois, por meio de regras normativas escritas, esse direito prescreve um verdadeiro *estatuto jurídico do político* ao:

- (1) definir os princípios políticos constitucionalmente estruturantes, como, por exemplo, o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, o princípio pluralista;
- (2) ao prescrever a forma e estrutura do Estado ('Estado Unitário', 'Estado Federal', 'Estado Regional') e a forma e estrutura de governo (regime político: regime misto parlamentar-presidencial, regime parlamentar, regime presidencialista);
- (3) ao estabelecer as competências e as atribuições constitucionais dos órgãos de direção política (Presidente da República, Assembleia da República e Governo);
- (4) ao determinar os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das subseqüentes tomadas de decisões por parte dos órgãos político-constitucionais¹⁷.

Dessa forma, haverá no texto constitucional uma série de princípios mais de caráter político/ideológico do que uma exata precisão jurídica. É o que ocorre com a República, a Federação, a separação dos Poderes, o Estado Democrático de Direito, etc. Nesses casos, o intérprete extrairá o sentido da norma jurídica, na maioria das vezes, por meio do método histórico evolutivo.

2.5 CARÁTER ESTRUTURANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas jurídicas podem ser subdivididas em normas de conduta e normas de estrutura. No caso da Constituição, haverá a prevalência das chamadas normas de estrutura que

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 35.

terão como destinatário habitual o próprio legislador ordinário¹⁸. O núcleo das Constituições é formado por normas que têm caráter organizatório, porque sua principal função é estruturar o Estado. Isso não significa que inexistam normas de conduta no texto constitucional; pelo contrário, estão previstas em menor número justamente pelo caráter estruturante. O maior número de normas de conduta é verificado na legislação infraconstitucional.

3. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

J. J. Gomes Canotilho¹⁹ propõe um *catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional* que é ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional. Esse catálogo serve para auxiliar a tarefa interpretativa, no sentido de apontar princípios tópicos:

(1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da Constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)²⁰.

O catálogo dos princípios de interpretação da Constituição adotado por Canotilho é o seguinte: a) o princípio da unidade da Constituição; b) o princípio do efeito integrador; c) o princípio da máxima efetividade; d) o princípio da "justeza" ou da conformidade funcional; e) o princípio da concordância prática ou da harmonização; f) o princípio da força normativa da Constituição.

3.1 O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

É princípio autônomo de interpretação significa que a Constituição deve ser interpretada de tal modo que não haja contradições (antinomias) entre suas normas.

Como ponto de partida, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.

O intérprete não deve considerar as normas constitucionais isoladas e dispersas, mas, sim, integradas em um sistema unitário de normas e princípios.

3.2 O PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

O princípio do efeito integrador está associado, na maioria das vezes, ao princípio da unidade. O princípio do efeito integrador significa que na resolução dos problemas jurídico-cons-

18 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 68.

19 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 226-229.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 226.

titucionais o intérprete deve dar preferência aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

3.3 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Esse princípio também é designado como princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva.

O princípio da máxima efetividade significa que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceder. Na realidade, é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer outras normas constitucionais. Embora sua origem esteja relacionada à tese da atualidade das normas programáticas, hodiernamente é invocada no âmbito dos direitos fundamentais; ou seja, no caso de dúvidas, o intérprete deve preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

3.4 O PRINCÍPIO DA “JUSTEZA” OU DA CONFORMIDADE FUNCIONAL

Este princípio é considerado, nos dias de hoje, mais como um princípio autônomo de competência do que propriamente um princípio de interpretação da Constituição. O princípio da conformidade tem como finalidade impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções (competências) constitucionalmente estabelecida. Assim, os órgãos encarregados da interpretação da Constituição não podem chegar a um resultado que subverta o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

3.5 O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO

Este princípio está interligado aos princípios da unidade e do efeito integrador. O princípio da harmonização impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito, de maneira a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

O princípio da harmonização tem sido observado, até agora, na colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Subjacente ao princípio da harmonização está a ideia do igual valor dos bens constitucionais que impede, como solução do conflito, o sacrifício de uns em detrimento aos outros e estabelece limites e condicionamentos recíprocos para se conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses bens.

3.6 O PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A resolução dos problemas jurídico-constitucionais que se apresentam ao intérprete deve se dar mediante a garantia da maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais. Consequentemente, deve-se dar prioridade às soluções interpretativas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a atualização normativa, garantindo-lhe eficácia e permanência.

3.7 OUTROS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Além desses princípios estampados por J. J. Gomes Canotilho, a doutrina aponta outros que podem ser utilizados como vetores de interpretação.

3.7.1 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Nos países que adotam Constituições rígidas, como é o caso do Brasil, que demandam um procedimento mais difícil de modificação do seu texto, cria-se uma espécie de pirâmide normativa em cujo ápice estará a Constituição e, logo abaixo, as demais normas jurídicas. Como decorrência lógica, observa-se uma hierarquia entre as normas. Essa posição vertical do ordenamento jurídico “servirá de vetor para toda a legislação infraconstitucional, fazendo refletir o princípio da supremacia da Constituição”²¹.

Assim, as normas infraconstitucionais são baseadas na Constituição e a ela devem obediência, “quer no aspecto formal (forma de criação), quer no aspecto material (compatibilidade material do texto infraconstitucional com a regra maior)”²².

3.7.2 O PRINCÍPIO DA COLOQUIALIDADE

O caráter coloquial das normas constitucionais é a base do princípio interpretativo da coloquialidade. A Constituição não é elaborada por um técnico, mas, sim, por representantes do povo. A Constituição passa a ser um instrumento da cidadania, voltado para o povo, porque este é o titular do Poder Constituinte Originário. Portanto, “os termos utilizados pela Constituição devem ser interpretados preferencialmente em seu sentido coloquial, sem tecnicidade”²³.

3.7.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

A interpretação constitucional é desenvolvida pelas três funções do Estado – executiva, legislativa e judiciária. Todos os entes públicos devem pautar-se pela conformidade com a Constituição para a realização do bem comum²⁴. Esse princípio está relacionado com a interpretação das leis e dos atos normativos em face do texto da Constituição.

Segundo a doutrina, havendo dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, o intérprete deve considerá-lo hígido, compatível com a Constituição²⁵. Assim, deve o Judiciário, ao dirimir a lide, contornar, no que for possível, a questão da constitucionalidade. A análise sobre a questão da inconstitucionalidade da norma implica, necessariamente, a emissão juízo de valor e censura sobre os atos de outro Poder, “o que deve ser evitado, na medida do possível e desde que não se vulnerem os direitos constitucionais, em nome da

21 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 64.

22 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 64.

23 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 65.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 174.

25 SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*, p. 130.

harmonia entre os Poderes (art. 2º)”²⁶. Assim, a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos

é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável²⁷.

A presunção de constitucionalidade dos atos normativos também é decorrente do *princípio da reserva de plenário*, previsto no art. 97 da Constituição Federal de 1988, *verbis*: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.²⁸ Essa regra, no entanto, não impede ao juiz monocrático de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de ato normativo ao caso concreto, mas que, por óbvio, não se estenderá ao restante da sociedade. Para J. J. Gomes Canotilho, “a legislação seria execução da constituição, pertencendo aos tribunais ou a uma jurisdição constitucional fiscalizar a conformidade formal e material dos actos legislativos (*princípio da constitucionalidade das leis*)”²⁹.

O princípio da presunção de constitucionalidade tem sido proclamado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, no sentido de que a dúvida milita em favor da lei e que a violação da Constituição deve ser manifesta, porque a inconstitucionalidade nunca se presume³⁰. Questão conexa ao princípio da presunção de validade dos atos emanados do Poder Público, diz respeito à possibilidade de o Poder Executivo – ou qualquer Poder – deixar de aplicar a lei se reputar inconstitucional. Nesse sentido: “Lei inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”³¹.

A doutrina aponta também que, como corolário do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, encontra-se a interpretação conforme a Constituição, “método utilizado para aproveitamento de um dos sentidos possíveis de interpretação de uma lei, desde que compatível com o texto constitucional, desprezando outras possibilidades interpretativas que levariam à inconstitucionalidade da norma”³².

3.7.4 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Alguns doutrinadores associam o princípio da razoabilidade ao da proporcionalidade. Luís Roberto Barroso argumenta que a doutrina e a jurisprudência da Europa continental e do Brasil, fazem referência ao princípio da proporcionalidade, conceito que possui relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade³³.

26 SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*, p. 130.

27 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 188.

28 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jan. 2011.

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 219.

30 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 183.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 23.121/92-GO. Lei inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de eficácia. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, p. 23, de 8 nov. 1993, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 184.

32 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 65.

33 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 224.

No entanto, André Ramos Tavares, citando a doutrina de Raphael Queiroz, aponta que os dois princípios são diferentes na classificação e nos seus elementos constitutivos porque a razoabilidade é mais ampla do que a proporcionalidade³⁴, não se aplicando a fungibilidade entre ambas. Autilização da fungibilidade entre os dois princípios seria dar à proporcionalidade uma aplicação maior do que as suas possibilidades. Assim, o princípio da proporcionalidade estaria inserido no de razoabilidade, havendo uma ligação entre a razoabilidade e a *qualidade* da atuação concreta, bem como entre a proporcionalidade e a *quantidade* da razoabilidade, visando à *proibição do excesso*³⁵.

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em diversos julgados. Em algumas decisões, o Pretório Excelso tem aplicado isoladamente o *princípio da razoabilidade*, como ocorreu no julgado que aplicou critério puramente aritmético para a fixação do número de vereadores proporcional à população do Município³⁶, em cumprimento ao disposto no art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, conforme se depreende de sua ementa:

O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência

34 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 514.

35 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 515.

36 Essa decisão do STF foi tomada antes da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009. (Cf. BRASIL. Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro 2009. Altera a redação do inciso IV do *caput* do art. 29-a da Constituição Federal, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais. *Diário Oficial da União*, n. 58, 24 set. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/constitucional-tratando-camaras-municipais-67268290#ixzz1LTmrZMSZ>>. Acesso em: 30 jan. 2011)

do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido³⁷.

Em outros julgados, o Supremo Tribunal Federal utilizou os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* para fundamentar sua decisão. É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, cujo objeto era a discussão sobre a constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.151-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições, que passou a fixar metas de consumo e de regime especial de tarifação de energia elétrica:

1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente³⁸.

Apesar da interligação entre a razoabilidade e a proporcionalidade, é possível fazer um corte epistemológico, apenas para fins didáticos, dos dois princípios. O princípio da razoabilidade tem sua gênese e fomento na garantia do devido processo legal. Sua origem remonta à cláusula *law of the land*, prevista na *Magna Charta*, de 1215³⁹. Hodiernamente, a consagração do princípio da razoabilidade está refletido na cláusula do *due process of law*⁴⁰, prevista expressamente no Direito positivo norte-americano, mormente nas emendas 5ª e 14ª à Constituição.

A 5ª emenda norte-americana estabelece que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Esse preceito, que só vinculava o Governo Federal, foi inserido por ocasião da elaboração das dez primeiras emendas aprovadas em 15 de dezembro de 1791 e foram conhecidas como *Bill of Rights*. A 14ª emenda, aprovada em 21 de julho de 1868, após a guerra civil, estendeu tal preceito aos Estados-membros ao prever: “Nenhum Estado poderá privar pessoa alguma de sua vida, liberdade ou propriedade sem o

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE n. 197.917-8/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 6 jun. 2002, *Diário da Justiça*, 7 maio 2004, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=RE&numero=1977>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 9/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, 23 abr. 2004, p. 6.

39 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 218.

40 Segundo Nelson Nery Junior, “o termo hoje consagrado, *due process of law*, foi utilizado somente em lei inglesa de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por meio de um legislador desconhecido (*some unknown draftsman*)” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 28).

devido processo legal, e nem poderá recusar a pessoa alguma, sob sua jurisdição, a igual proteção das leis”⁴¹.

Para Nelson Nery Junior, o princípio *due process of law* possui um sentido genérico, que se baseia no trinômio vida/ liberdade/propriedade, e sua caracterização se dá de maneira bipartida em *substantive due process* e *procedural due process*, “para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo”⁴².

Com efeito, a doutrina aponta que, nos Estados Unidos, o princípio do devido processo legal foi marcado por duas fases, que na verdade convivem até hoje: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e a segunda, de caráter substantivo (*substantive due process*), que se tornou uma das fontes expressivas da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana⁴³. Assim, o conceito de *due process* foi se alargando com o tempo, aplicado inicialmente apenas para o processo, sendo que a doutrina e a jurisprudência passaram a utilizar tal princípio com uma interpretação elástica, com a maior amplitude possível, em nome dos direitos fundamentais dos indivíduos⁴⁴.

A primeira fase do *due process* foi marcada pelo caráter processual, com a rejeição de qualquer análise material/substantiva que autorizasse o Poder Judiciário a examinar a injustiça ou a arbitrariedade do ato emanado pelo Poder Legislativo. Inicialmente foi uma garantia dirigida ao processo penal e posteriormente estendida ao processo civil e administrativo.

A segunda fase do *due process*, por sua vez, surgiu com a necessidade de controlar os atos do Poder Público. A origem do *substantive due process* é controvertida na doutrina. Para Nelson Nery Junior, teve lugar

com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*⁴⁵.

O referido autor faz referência ao caso *Calder vs. Bull*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1798, portanto antes do famoso caso *Marbury vs. Madison* (1803), que marcou o começo da doutrina do *judicial review*, dizendo que aquela Corte entendeu que os atos normativos, legislativos ou administrativos que ferissem os direitos fundamentais ofenderiam o devido processo legal, cabendo ao Poder Judiciário declarar a sua nulidade.

Já Luís Roberto Barroso aponta que a doutrina do devido processo legal no sentido substantivo teve início no final do século XIX, com a reação ao intervencionismo do Estado na economia norte-americana⁴⁶. A Suprema Corte passou a interpretar o pensamento liberal, consubstanciado na ideia do *laissez-faire*, segundo o qual o desenvolvimento seria mais bem fomentado com o mínimo de interferência do Estado nos negócios dos particulares. Para o autor, o caso *Allgeyer vs. Louisiana*, em 1897, foi um ensaio na aplicação do *substantive due process*, uma vez que a Corte invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia os

41 Cf. COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, p. 200.

42 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 30-33.

43 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 219.

44 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 33.

45 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 35.

46 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 221.

moradores de Louisiana de contratar seguros de seus bens com seguradoras de fora do Estado. Mas, para o referido autor, a melhor decisão que simbolizou a aplicação do devido processo legal em seu sentido substantivo foi proferida no caso *Lochner vs. New York*, em 1905, em que, em nome da liberdade de contrato, a Corte considerou inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. A partir de então, a Suprema Corte norte-americana passou a invalidar inúmeras leis com o mesmo fundamento. Esse período passou a ser conhecido como a era *Lochner*.

Apesar da divergência doutrinária em relação ao surgimento do devido processo legal no sentido substantivo, o fato é que esse princípio se tornou importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais do indivíduo contra o arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. Qualquer lei que não seja *razoável* será contrária ao Direito e, portanto, deverá ser controlada pelo Poder Judiciário. Assim, “viabiliza-se aos juízes que controlem a razoabilidade e racionalidade da produção legislativa através de um processo técnico de adequação das leis aos princípios fundamentais do Direito”⁴⁷.

Atualmente, o princípio da razoabilidade é utilizado não somente pela doutrina do Direito Constitucional, mas também pelas outras áreas do conhecimento jurídico, tendo em vista o princípio da unidade do sistema. Por exemplo, no Direito Administrativo, a Administração

ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente inválidas –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade manejada⁴⁸.

Dessa forma, o Poder Judiciário poderá corrigir ou invalidar o ato discricionário que violar o princípio da razoabilidade porque, nesse caso, não se analisam o “mérito”, a conveniência e a oportunidade do ato administrativo, mas, sim, a violação da lei. Ressalte-se que o administrador possui liberdade *dentro da lei* para atuar quando o ato é discricionário. Por essa razão, “uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos”⁴⁹.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valor voltado para os atos do Poder Público para aferir se eles estão adequados ao valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça⁵⁰. O princípio da razoabilidade é

mais fácil de ser sentido do que conceituado; o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar⁵¹.

Para Celso Ribeiro Bastos,

47 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 509.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 66.

49 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 67.

50 BARROSO, Luís Roberto *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 224.

51 BARROSO, Luís Roberto *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 224.

eleva-se o ‘princípio’ da razoabilidade que, sem oferecer a solução final, ao menos torna o caminho do intérprete da lei não tão diversificado ou aleatório aos olhos do cidadão comum. Vê-se, pois, que o critério da razoabilidade exprime uma tentativa de determinação do critério ou critérios que incidirão no caso concreto⁵².

Nagib Slaibi Filho entende que “a teoria da razoabilidade pressupõe premissas (pré-emitidas) ou pressupostos (“pré-supostos”) identificando-se com os preconceitos (ou valores preconcebidos) que norteiam a aplicação do Direito”⁵³.

Luis Recaséns-Siches expõe uma teoria que muito se aproxima do princípio da razoabilidade norte-americana e da proporcionalidade do Direito alemão, que é a *lógica do razoável*. É a aplicação da lógica no Direito, mas não a lógica tradicional, e, sim, *el logos de lo humano*⁵⁴. Para Siches, a lógica tradicional é meramente enunciativa do ser e do não ser, não contendo pontos de vista de valor, nem estimativas sobre a correção dos fins, nem sobre a congruência entre os meios e os fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação com um determinado fim.

Para o autor, a única proposição válida que se pode emitir sobre a interpretação é a de que o juiz, ao analisar o caso concreto, deve aplicar a conclusão mais justa ao problema que lhe é apresentado, por isso ele pondera:

Al hacerlo de este modo, el juez, lejos de apartarse de su deber de obediencia al orden jurídico positivo, da a este deber su más perfecto cumplimiento. Esto es así, por la siguiente razón: el legislador, mediante las normas generales que emite, se propone lograr el mayor grado posible de realización de la justicia y de los valores por ésta implicados, en una determinada sociedad concreta. Tal es, al menos en principio, la intención de todo sistema de Derecho positivo, independientemente de cuál sea el grado mayor o menor en que haya logrado realizar con éxito esa intención. El legislador se propone con sus leyes realizar de la mejor manera posible las exigencias de la justicia. Entonces, si el juez trata de interpretar esas leyes de modo que el resultado de aplicarlas a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir exactamente al mismo fin que se propuso el legislador. El juez, cuando interpreta las leyes del legislador precisamente de tal manera que la aplicación de ellas a los casos singulares resulte lo más acorde posible con la justicia, es mucho más fiel a la voluntad del legislador y más fiel al fin que éste propuso que cuando las interpreta de una manera literal, o reconstruyendo imaginativamente la voluntad auténtica del legislador, si esos métodos aplicados al caso planteado producen una solución menos justa⁵⁵.

O princípio da razoabilidade deve ser analisado à luz, também, do princípio da proporcionalidade. Para que se chegue à solução interpretativa mais justa, é necessário que haja uma interligação entre os meios e os fins da norma, evitando-se, assim, a arbitrariedade do intérprete. É o que será analisado a seguir.

52 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 175.

53 SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*, p. 127.

54 RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 646.

55 RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 660-661.

3.7.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é regra fundamental à qual os intérpretes devem obedecer. Em rigor, é princípio antiquíssimo. Foi “redescoberto nos últimos duzentos anos e tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo”⁵⁶. Com efeito, o referido princípio dizia “respeito ao problema da limitação do Poder Executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual”⁵⁷. É nesse sentido que a teoria do Estado o considera, no século XVIII, como “máxima suprapositiva” e que posteriormente, no século XIX, foi introduzido no Direito Administrativo como princípio geral do direito de polícia⁵⁸.

Atualmente, no Direito Administrativo, esse princípio enuncia a ideia

de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam⁵⁹.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, em rigor, o princípio da proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade e o seu fundamento está inserido no princípio da legalidade, conforme expresso no Texto Constitucional, nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV⁶⁰.

A regra da proporcionalidade também é aplicada no Direito Penal, na aplicação da pena, no Direito Civil, na noção de abuso do civilista⁶¹, no Direito Processual Civil, notadamente no tratamento das medidas cautelares⁶². Willis Santiago Guerra Filho exemplifica a aplicação da proporcionalidade no Direito Penal e no Direito Civil afirmando que não se pode esquecer a ideia de proporcionalidade da reação a uma agressão sofrida, expressa na *iustitia vindicativa talionica*, regra comum nos tempos primitivos e ainda hoje sobrevivente nos casos em que se admite a chamada ‘autotutela’, o desforço pessoal para se proteger de uma ofensa à integridade física ou ao patrimônio⁶³.

Mas a grande novidade advinda no final do século XX foi, sem dúvida, sua aplicação no campo do Direito Constitucional. J. J. Gomes Canotilho designa o princípio da proporcionalidade em sentido amplo também como “princípio da proibição de excesso” que foi erigido à dignidade de princípio constitucional⁶⁴. O fundamento constitucional da regra da proporcionalidade é discutido pela doutrina, pois, enquanto alguns apontam sua derivação do princípio do

56 BONAVIDES, Paulo *Curso de direito constitucional*, p. 362.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 382.

58 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 382.

59 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 67.

60 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 68.

61 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 506.

62 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 230.

63 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*, p. 240.

64 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 382.

Estado de Direito, outros acentuam que é decorrente dos direitos fundamentais⁶⁵, podendo ser colocado também em face do princípio da isonomia.

Willis Santiago Guerra Filho pondera que o princípio da proporcionalidade é o “princípio dos princípios”, verdadeiro *principium* ordenador do Direito e corresponde

a um *direito* ou *garantia* fundamental, podendo a mesma questão ser colocada em face do princípio da isonomia. Ambos os princípios, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois – como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade – o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica – ou, antes ‘pitagórica’, como prefere Del Vecchio – de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescenta àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações⁶⁶.

O princípio da proporcionalidade como corolário do princípio da isonomia já foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Locação. Despejo. Locatário assistido pela Defensoria Pública. Intimação. O Princípio da Igualdade reclama considerar a desigualdade dos fatos. Só assim, materialmente, ter-se-á a isonomia. Aliás, não se pode deixar de ter em conta também o Princípio da Proporcionalidade. Sabido, infelizmente, que a estrutura da Defensoria Pública não se confunde com a organização dos escritórios de advocacia. Em consequência, o funcionamento, quanto aos resultados, não é o mesmo. O defensor, ao contrário do advogado, não está em contato constante com o assistido [...] Em levando em conta essa distinção, esta 6ª Turma sempre conferiu à Defensoria Pública, antes da lei, o direito ao prazo em dobro para recorrer. A interpretação jurídica, teleologicamente, deve voltar-se para o sentido social da lei⁶⁷.

Paulo Bonavides aponta que o princípio da proporcionalidade, como princípio constitucional, só se compreende em seu conteúdo e alcance ao se considerar o advento histórico de duas concepções ligadas ao Estado de Direito: uma que está em declínio, que é o princípio da *legalidade*, cujo apogeu se deu no Direito Positivo da Constituição de Weimar, e outra, em plena ascensão, ligada ao princípio da *constitucionalidade*, “que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”⁶⁸. Esse segundo Estado de Direito fez nascer, após a Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945), o princípio, na esfera constitucional, da proporcionalidade. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é reflexo do princípio da proporcionalidade. Aliás, esse princípio transformou-se em princípio constitucional por força da doutrina e da jurisprudência, principalmente na Alemanha e na Suíça.

No Direito português, o princípio da proporcionalidade está previsto expressamente em seu Texto Constitucional no art. 18, n. 2, dispondo: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as

65 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 382.

66 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*, p. 242-243.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 130.054/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, p. 198, 1º jun. 1998 *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 518.

68 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 362.

restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”⁶⁹.

Em determinados aspectos, a proporcionalidade induz uma controvertida ascendência do Judiciário (executor da justiça material) sobre o Legislativo, sem chegar, no entanto, a abalar o princípio da separação de Poderes. Nesse sentido, Paulo Bonavides pondera:

Com efeito, a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição⁷⁰.

Na segunda fase do Estado de Direito, o legislador já não é soberano como ocorria na época em que prevalecia o princípio da *legalidade* (primeiro Estado de Direito), pois agora o controle de constitucionalidade promove a ascensão do princípio da *constitucionalidade*. Dessa forma, o legislador deixou de ter inteira liberdade de outrora. O Judiciário, ao contrário, passa a atuar, de certa forma,

num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade⁷¹.

O jurista português Canotilho também aponta que no Direito Constitucional não são desconhecidos casos de controle que, de certa forma, incidem sobre o modo de exercício da atividade legislativa e pondera:

Nos casos de ‘arbítrio’, ‘irracionalidade’, ‘discriminação injustificada’, ‘indeterminabilidade da lei’, é geralmente admitido o controlo jurisdicional baseado na violação dos princípios constitucionais heteronomamente determinantes: o princípio da proibição do arbítrio, o princípio de proibição do excesso, o princípio da determinabilidade e o princípio da igualdade⁷².

O princípio da proporcionalidade está relacionado com a relação adequada entre um ou vários *fins* da norma e os *meios* utilizados para a consecução daquele(s). Haverá violação da regra da proporcionalidade, com a ocorrência de *arbítrio*, sempre que os meios destinados a lograr determinado fim não forem apropriados e ou quando houver desproporção manifesta entre os meios e o fim. Na relação *meio-fim* deve-se sempre *controlar o excesso*.

A base do princípio da proporcionalidade, na relação meiofim, pode ser encontrada na obra de Rudolf von Ihering, publicada no século XIX, com o título: *A luta pelo direito* (*Der Kampf ums Recht*). No início de seu livro, Ihering aponta que “a paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir”⁷³.

69 PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976*. Disponível em: </.../constituicao-republica-portuguesa-2005-integral.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2011.

70 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 363.

71 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 363.

72 CANOTILHO, J. J. Gomes *Constituição dirigente e vinculação do legislado*, p. 260-261.

73 IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*, p. 1.

Paulo Bonavides, citando *Braibant*, aponta um terceiro elemento no princípio da proporcionalidade, a saber: a *situação de fato*, estabelecendo, dessa forma, a relação triangular fim, meio e situação, para corrigir insuficiências da dualidade meio-fim⁷⁴.

O princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina, possui *três subprincípios* ou conteúdos: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade *stricto sensu*.

O primeiro subprincípio da regra da proporcionalidade é o da adequação, designado também como conformidade⁷⁵, pertinência ou aptidão⁷⁶, e significa a utilização do meio certo (adequado) para se chegar a um fim baseado no interesse público. Paulo Bonavides ensina:

Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade⁷⁷.

Luís Roberto Barroso cita o entendimento de Linares Quintana sobre o subprincípio da adequação:

(La razonabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados ou arbitrários, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos. [...] Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse⁷⁸.

J. J. Gomes Canotilho assim discorre sobre o princípio da adequação:

Com esta exigência pretende-se salientar que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*. Este controlo, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controlo do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador⁷⁹.

O segundo subprincípio da proporcionalidade, a necessidade – também conhecido como exigibilidade⁸⁰ –, significa que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo desejado ou ainda, uma medida para ser admissível deve ser necessária⁸¹. Alguns doutrinadores costumam dar tratamento autônomo a esse subprincípio, identificando-o como a proporcionalidade propriamente dita. Pela necessidade, de todos os meios que servem à obtenção de um fim, deve-se escolher aquele menos gravoso aos interesses do indivíduo.

74 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 357.

75 Expressão utilizada por J. J. Gomes Canotilho. (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 382)

76 Expressões utilizadas por Paulo Bonavides. (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 360)

77 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 360.

78 LINARES QUINTANA. *Reglas para la interpretación constitucional*, p. 128 apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 227.

79 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 382-383.

80 GUERRA FILHO, Willis Santiago Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*, p. 245.

81 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 360-361.

O subprincípio da necessidade ou da exigibilidade é designado também como “princípio da escolha do meio mais suave” (*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*)⁸² ou “máxima do meio mais suave” (*Gebot des mildesten Mittels*)⁸³ ou, ainda, princípio da “menor ingerência possível”⁸⁴.

J. J. Gomes Canotilho entende que pelo princípio da necessidade o cidadão tem o *direito à menor desvantagem possível*⁸⁵. Dessa forma, o meio utilizado para atingir determinado fim deve ser o menos oneroso possível para o cidadão. É chamado também pela doutrina de “proibição do excesso”⁸⁶.

Willis Santiago Guerra Filho ensina:

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrandose, assim, ‘adequado’. Além disso, esse meio deve se mostrar ‘exigível’ – o que significa não haver outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais. Sobre essa distinção vale referir a formulação lapidar do Tribunal Constitucional Alemão: ‘O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental’ (*Entscheidungen der Bundesverfassungsgericht*, n. 30, 1971, p. 316)⁸⁷.

O terceiro subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito. Pode-se dizer que esse subprincípio é ao mesmo tempo uma obrigação e uma interdição: “obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados”⁸⁸. J. J. Gomes Canotilho expõe:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à ‘carga coactiva’ da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim⁸⁹.

Em outras palavras, cuida-se da aferição da relação custobenefício da medida, ou seja, a ponderação entre os danos causados e os resultados a obter⁹⁰.

Em suma, o princípio da proporcionalidade existe para combater os excessos legislativos que ao elaborar as normas jurídicas interferem sobre os direitos fundamentais, suscitando o necessário controle jurisdicional por meio de eventuais arestos de inconstitucionalidade⁹¹. É

82 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 361.

83 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*, p. 245.

84 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 383.

85 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 383.

86 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 228.

87 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*, p. 246.

88 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 361.

89 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 384.

90 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 228.

91 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 370.

uma barreira ao arbítrio. Um freio à liberdade do legislador, porque este não pode contrariar valores e princípios constitucionalmente consagrados. Para tanto, devem ser observados os três elementos do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, quais sejam: a) a adequação; b) a necessidade e c) a proporcionalidade em sentido estrito.

3.7.6 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser analisados sob vários ângulos na Constituição Federal de 1988. O princípio da razoabilidade é um princípio que está inserido no princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV), em seu sentido substancial, conforme a teoria norte-americana do *substantive due process*. O princípio da proporcionalidade, estabelecido pela doutrina alemã, pode ser considerado um princípio não escrito no Direito brasileiro, cujo fundamento jurídico pode ser encontrado no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º [...].

[...].

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Pode-se dizer, também, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão implícitos no princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

3.8 O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é basicamente um princípio de controle e ganha relevância autônoma “quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”⁹². Sua principal função é assegurar a constitucionalidade da interpretação. É uma técnica que deve ser obedecida, sempre que for possível, pelo intérprete da norma infraconstitucional. Assim, não se está mais no campo do Direito Constitucional, mas, sim, no das demais normas, sobre as quais incide essa orientação⁹³. Sua formulação elementar é a seguinte: no caso de normas plurissignificativas “deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”⁹⁴. Dessa forma, a *interpretação con-*

92 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 229.

93 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação*, p. 166.

94 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 229.

forme a Constituição somente será possível se a norma infraconstitucional apresentar vários significados, alguns compatíveis com o Texto Constitucional e outros não.

A interpretação conforme a Constituição cuida da escolha de uma linha de interpretação de uma norma infraconstitucional, em meio a outras que o Texto abarcaria. Luís Roberto Barroso aponta os seguintes elementos no processo de interpretação conforme a Constituição: a) trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra, ou outras, possibilidade(s) interpretativa(s) que o preceito admita; b) tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto; c) além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra, ou outras, interpretações possíveis (eis), que conduziram a resultado contrastante com a Constituição; d) por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima determinada leitura da norma legal⁹⁵.

Dessa forma, a supremacia das normas constitucionais, decorrente da rigidez, no ordenamento jurídico, e a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos impõem ao intérprete que busque o significado da norma que seja mais adequado à Constituição Federal; vale dizer, na hipótese de norma infraconstitucional com vários sentidos, deverá o intérprete encontrar a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, procurando evitar sua declaração de inconstitucionalidade e consequente expulsão do ordenamento jurídico.

A finalidade da interpretação conforme a Constituição é “possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional”⁹⁶.

Há duas formas de interpretação conforme a Constituição, a saber:

interpretação conforme com redução do texto: será possível esse tipo de interpretação quando houver *exclusão de expressão* ou *expressões* do texto infraconstitucional impugnado, com a declaração de sua inconstitucionalidade, resultando, a partir de então, uma interpretação compatível com a Constituição Federal. Por exemplo, o STF, na ADi n. 1.127-8, suspendeu, liminarmente, a eficácia da expressão *ou desacato* prevista no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), conferindo aos advogados imunidade material em interpretação, conforme o art. 133 da Magna Carta⁹⁷;

interpretação conforme sem redução do texto: nesse tipo de interpretação, não é possível suprimir do texto impugnado qualquer expressão ou expressões para considerar o texto constitucional.

95 BARROSO, Luís Roberto *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 189.

96 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 46.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADi n. 1.127-8. Ação direta de inconstitucionalidade. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Rel. Paulo Brossard, *Diário do Judiciário*, 29 jun. 2001 *apud* MORAES, Alexandre de *Direito constitucional*, p. 46.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: C. Bastos. 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2010.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro 2009. Altera a redação do inciso IV do *caput* do art. 29-a da Constituição Federal, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais. *Diário Oficial da União*, n. 58, 24 set. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/constitucional-tratando-camaras-municipais67268290#ixzz1LTmrZMSZ>>. Acesso em: 30 jan. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 130.054-RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, p. 198, 1º jun. 1998, *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 23.121/92-GO. Lei inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de eficácia. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, p. 23, 8 nov. 1993 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE n. 197.917-8-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 6 jun. 2002, *Diário da Justiça*, p. 8, 7 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=RE&numero=1977>>. Acesso em: 30 jan. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 9-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, maioria de votos, *Diário da Justiça*, p. 6, 23 abr. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADi n. 1.127-8. Ação direta de inconstitucionalidade. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Rel. Paulo Brossard, *Diário do Judiciário*, 29 jun. 2001 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- GUERRAFILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
- LINARES QUINTANA. *Reglas para la interpretación constitucional*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1987 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril, 1976*. Disponível em: <www.portaldoeleitor.pt/.../constituicao-republica-portuguesa-2005-integral.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2011.

RECASÉNS-SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 9. ed. México: Porrúa, 1986.

SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GÊNERO E PRISÃO: O ENCARCERAMENTO DE MULHERES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

GENDER AND PRISON: THE JAILING OF
WOMEN IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM
BY THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO¹

ANA CAROLINA ANTUNES PEREIRA²

RESUMO

A população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu de forma vertiginosa, sendo esse movimento de encarceramento irrefutável e cada vez mais consistente. Existe, contudo, uma omissão do Estado com relação ao aumento destes números. A entrada de mulheres em atividades criminosas é descrita como subordinada à participação dos homens nessas mesmas atividades. Esta ênfase retira o protagonismo e reforça a invisibilidade feminina na prática de crimes violentos e atividades ilícitas. O contexto social em que as presidiárias se encontram, bem como as discriminações relativas ao gênero que elas enfrentam dentro da prisão são fundamentais para se entender a relação da mulher com o cárcere. Sobre a mulher presa corrobora-se a ideia de que a mesma faz parte das estatísticas da marginalidade e exclusão, sendo a maioria negra, com filhos, nível mínimo de escolaridade e pobre. Não obstante, mais da metade dessas mulheres responde pelo crime de tráfico de drogas. O impulso nas condenações de mulheres por tráfico de drogas causou um aumento significativamente preocupante no número de mulheres encarceradas, passando, este, a ser considerado o crime responsável por colocar cada vez mais mulheres atrás das grades. O objetivo do trabalho será compreender como a opressão de gênero vivenciada por mulheres inseridas no sistema prisional brasileiro e o tráfico de drogas influenciam a criminalidade feminina e proporcionam aumento do percentual de encarceramento de mulheres.

Palavras-chave: Encarceramento feminino; Tráfico de drogas; Gênero; Prisão.

ABSTRACT

The absolute population of women incarcerated in the penitentiary system grew vertiginously, and this incarceration movement was irrefutable and increasingly consistent. There is, however, an omission from the State regarding the increase in these figures. The entry of women into criminal activities is described as subordinate to the participation of men in these same activities. This emphasis takes the lead and reinforces female invisibility in the practice of violent crime and illicit activities. The social context in which female prisoners are found, as well as the gender discrimination they face within the prison, are fundamental to understanding the relationship of women to prison. Regarding the imprisoned woman, it is corroborated the idea that it is part of the statistics

1 Professor Titular do IBMEC/RJ; Professor Adjunto de Direito Processual Penal da FND/UFRJ; Professor Adjunto do PPGD/UCP; Pós-Doutor pela UNIAM-Argentina; Doutor e Mestre pela UFRJ; Mestre pela Universidad de Granada-Espanha.

2 Mestre em Direito pela UERJ; Assessora jurídica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

of marginalization and exclusion, being the majority black, with children, minimum level of schooling and poor. Nevertheless, more than half of these women account for the crime of drug trafficking. The impetus in the convictions of women for drug trafficking has caused a significant worrying increase in the number of women incarcerated, and this has been considered the crime responsible for placing more and more women behind bars. The objective of the study will be to understand how the gender oppression experienced by women in the Brazilian prison system and drug trafficking influence female crime and increase the percentage of women incarceration.

Keywords: Women incarceration; Drug trafficking; Genre; Prison.

1. INTRODUÇÃO

Apesar da evolução legislativa e da instituição de penas alternativas, no Brasil, a criminalidade e o encarceramento crescem de forma constante, sendo a mulher cada vez mais protagonista de práticas delitivas. O presente tema foi escolhido devido ao crescente número de mulheres encarceradas nas penitenciárias brasileiras.

A entrada de mulheres em atividades criminosas, notadamente no tráfico de drogas, é descrita, de maneira geral, como subordinada à participação dos homens nessas mesmas atividades. Não obstante, esta ênfase quase exclusiva na criminalidade feminina como decorrente de suas relações afetivas, tratando o homem como o maior motivador para a entrada da mulher no crime, retira o protagonismo e reforça a invisibilidade feminina na prática de crimes violentos e atividades ilícitas.

Dentro do contexto social de total dominação masculina sobre o qual o sistema penitenciário foi construído, este estudo planeja analisar a posição desigual assumida pela mulher neste sistema e os motivos que elevaram o percentual de encarceramento feminino em comparação ao percentual masculino

Sobre a mulher aprisionada, corrobora-se a ideia de que a mesma faz parte das estatísticas da marginalidade e exclusão, sendo a maioria não branca, com filhos, nível mínimo de escolaridade e conduta delitiva de menor potencial ofensivo. Não obstante, mais da metade das mulheres encarceradas responde pelo crime de tráfico de drogas, podendo seu envolvimento ser desde a venda, até o transporte de entorpecentes para dentro do sistema prisional, esta última prática cada vez mais frequente (ARGIMON; LOPES; MELLO, 2010). Nesse sentido, se pretende investigar o que levou a mulher a praticar principalmente o crime de tráfico de drogas.

É importante mencionar, ainda, que existe uma omissão do Estado com relação ao encarceramento de mulheres no sistema prisional brasileiro. Isto demonstra que tal tema merece um estudo detalhado, de modo a explorar a evolução da mulher dentro da prática delitiva.

O objetivo deste trabalho é, através da revisão bibliográfica, compreender como a opressão de gênero vivenciada por mulheres inseridas no sistema penitenciário brasileiro e o tráfico de drogas influenciam a criminalidade feminina e como a participação dessas mulheres, desde sua motivação para a entrada até os papéis desempenhados no comércio de drogas, está ligada ao aumento do seu encarceramento.

2. GÊNERO E PRISÃO

2.1 A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA PRISÃO: O ENCARCERAMENTO FEMININO SOB OS ASPECTOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS DE GÊNERO

A prisão é um espaço em que se misturam cores, classes, personalidades e, em geral, particularidades que identificam uma pessoa com um grupo determinado. A única categoria legitimada para diferenciar o conjunto de pessoas encarceradas é a sexual, tendo em vista que, na prisão, tudo se mistura, menos os sexos. Desta forma, é importante interpretar o cárcere feminino sob a perspectiva de gênero.

Ao se olhar para as mulheres que cumprem pena privativa de liberdade, o cárcere feminino exprime e revela de forma clara as desigualdades de gênero presentes nos diferentes espaços sociais, mas que ganham maior proporção no ambiente prisional devido a falta de melhores condições de assistência às presas que ali estão confinadas.

Embora aprisionadas em espaços especificamente voltados para o cárcere feminino, as detentas ainda estão submetidas a ideia de que o criminoso é quase que exclusivamente do sexo masculino e, portanto, a formulação dos espaços prisionais deve ser proporcional a esta demanda, isto é, praticamente voltada para os homens. Nesse sentido, a mulher presa não tem reconhecidas as suas peculiaridades de gênero e fica sujeita a um tratamento que inferioriza ainda mais estas características.

A distribuição de vagas por gênero nos estabelecimentos prisionais mostra que a maior parte é voltada ao público masculino, cerca de 75%, como mostra o estudo realizada pelo DEPEN. Somente 7% desses estabelecimentos prisionais é dedicado exclusivamente às mulheres, cumprindo notar que há menos dessas unidades do que estabelecimentos mistos (17%) (INFOPEN, 2014), no sentido de que nestes pode haver uma sala ou ala específica para mulheres dentro de um estabelecimento anteriormente masculino. Saliente-se, neste ponto, que a Constituição Federal impõe, em seu 5º artigo, inciso XLVIII, que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, levando-se em consideração, dentre outros fatores, o sexo do apenado.

Justamente pelas mulheres representarem uma parcela pequena da população carcerária quando comparada a população masculina, elas são tratadas com indiferença e inferioridade, haja vista que, no ambiente penitenciário, elas não usufruem equitativamente do atendimento que é dado aos homens, sendo este, por sua vez, já muito precário. A impressão que se tem é de que, no cárcere feminino, o processo de ressocialização parece ser ainda mais complexo.

O cárcere produz em seus internos, sejam estes mulheres ou homens, efeitos e sentimentos similares. Apesar disso, na prisão, mulheres e homens formam sistemas sociais diversos e são socializados de maneira distinta. As mulheres em situação de prisão possuem demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas, fatores estes comumente agravados por histórico de violência familiar, maternidade, perda financeira, uso de drogas, dentre outras causas. O modo e os vínculos com que estas mulheres estabelecem suas relações familiares, assim como o próprio envolvimento com crime, manifestam-se, de forma geral, de maneira distinta quando comparadas com a realidade dos homens privados de liberdade.

O percentual de mulheres encarceradas é menor comparativamente aos homens, contudo, a reduzida presença numérica das mulheres não pode ser usada como justificativa para a violação de seus direitos. Embora a legislação penal busque, ainda que timidamente, a construção de um sistema que respeite as diferenças dos condenados, tratando-os, teoricamente, de acordo com suas peculiaridades e condições pessoais, para que esta proposta de sistema penitenciário brasileiro se torne, de fato, um sistema que respeite a perspectiva de gênero, é necessário muito mais do que a simples aplicação estrita da lei.

2.2 MULHER, DIREITOS HUMANOS, FEMINISMO E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.

O cárcere é uma instituição totalizante e despersonalizadora (ESPINOZA, 2004, p. 78) em que há o predomínio da desconfiança e onde a violência se torna um instrumento de troca. Embora tais características correspondam às prisões em geral, esta análise será centralizada no estudo da prisão feminina.

No decorrer de sua existência, a prisão se caracterizou por ser majoritariamente masculina, principalmente pelo número de reclusos ser composto em sua maioria por homens. Por meio da atuação do movimento feminista durante os anos de 1960 e início da década de 1970, começou-se a discutir mais efetivamente sobre a divisão de papéis sociais historicamente atribuídos a homens e mulheres e a buscar mudanças no campo de estudos sobre a criminalidade feminina e a posição desigual da mulher no direito penal, uma vez que o aparato legal e as formas de controle estavam organizados dentro de uma perspectiva masculina que reproduzia a violência patriarcal e, por isso, tornavam-se incompatíveis com as demandas das mulheres por desconsiderarem as especificidades femininas.

Hoje, o retrato do sistema carcerário brasileiro revela o desrespeito aos direitos humanos e ao olharmos especificamente para as mulheres que estão inseridas neste sistema, as violações a que estão submetidas são ainda mais aterradoras.

[...] a elas é destinado o que sobra do sistema prisional masculino: presídios que não servem mais para abrigar os homens infratores são destinados às mulheres, os recursos destinados para o sistema prisional são carregados prioritariamente para os presídios masculinos e, além disso, os presos masculinos contam sempre com o apoio externo das mulheres (mães, irmãs, esposas e ou companheiras), ao tempo que as mulheres presas são abandonadas pelos seus companheiros e maridos. Restando-lhes, apenas, a solidão e a preocupação com os filhos que, como sempre, ficam sob sua responsabilidade. (BRASIL, 2008)

Quando o Estado pune penalmente o infrator, ele lhe retira (ou deveria) somente o direito à liberdade. Os demais direitos devem permanecer preservados para que não ocorra a privação dos direitos humanos e muito menos a suspensão da cidadania do preso. Apesar disso, o oposto ocorre atualmente no sistema carcerário brasileiro.

Para as mulheres em situação de prisão, a ausência das garantias fundamentais é ainda mais evidente e cruel. O sistema penitenciário não está preparado para receber a mulher e quando o faz dispensa a ela um tratamento ainda pior do que aquele dado aos homens.

Não obstante, através da leitura do trabalho *Presos que menstruam* (QUEIROZ, 2015), em determinadas situações, o sistema carcerário brasileiro trata as mulheres exatamente como trata os homens. Isso significa que o Estado não lembra que elas precisam de papel higiênico para qualquer uma das idas ao banheiro, de exames ginecológicos (Papanicolau), de exames pré-natais quando gestantes e de absorventes. Muitas dessas mulheres, por exemplo, juntam-miolo de pão para dele se utilizar quando estiverem menstruadas. A luta diária dessas mulheres é por higiene e dignidade.

No Talavera Bruce, no Rio, as presas têm de encarar banho frio, ao contrário dos demais presídios visitados pelo Correio. Não há chuveiro de água quente. Por isso, no Talavera, é comum as presas recorrerem a uma 'pererequinha', como se referem a uma espécie de resistência elétrica que improvisam para esquentar água, fabricada com capas de pilhas, fio elétrico e pregadores de roupa. Na Penitenciária Feminina de Santana (PFS), inaugurada em dezembro do ano passado nas instalações do antigo Carandiru (SP), só há banho quente durante meia hora.

Em Aparecida de Goiânia, Jandira da Silva, de 63 anos, divide uma cela de cinco beliches com outras 12 presas de várias idades. Duas dormem em colchões no chão. A ala tem 27 condenadas e é a única da penitenciária com vaso sanitário. Junto com Jandira, está a terceira presa mais velha, Elcy do Carmo, de 54 anos. Nas demais celas - em geral, de três presas - o que existe é o chamado vaso turco, incrustado no chão do banheiro. O presídio foi concebido para homens, mas as mulheres foram jogadas lá. (DST, AIDS, HEPATITES VIRAIS, 2006)

Os dados obtidos por meio do estudo realizado pelo DEPEN (BRASIL, 2014) permitem a elaboração de um perfil das mulheres que encontram-se encarceradas. Em geral, as mulheres encarceradas são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividade de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento e, a esmagadora maioria dessas mulheres, possui vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas³.

O processo de estigmatização ao qual estão submetidas as mulheres encarceradas é algo que atravessa toda a sua história. Costuma-se atribuir a elas adjetivos do tipo: más esposas, mães más, mulheres sem alma. A mulher delinquente normalmente é vista como alguém que possui muita maldade.

Desta forma, ao adentrarem o caminho da criminalidade e da prisão, as mulheres são excluídas pelo resto da sociedade, que impõe regras, valores e condutas morais a elas. As detentas são vistas como piores que os homens que cometem crimes, uma vez que uma sociedade ainda patriarcal e machista as impõe condutas que não contrastem à ideia de *natureza feminina*.

2.3 EVIDÊNCIAS ESTATÍSTICAS

O Brasil vivencia uma tendência de aumento das taxas de encarceramento em níveis preocupantes. Segundo os dados do INFOPEN Mulheres (BRASIL, 2014) de junho de 2014, obtidos

3 No geral, essas mulheres estão cumprindo pena em regime fechado (45%), com penas de prisão até oito anos (correspondem a 63% do total) e a grande parte responde pela prática do crime de tráfico de drogas, 68%. Em relação a raça, cor ou etnia, destaca-se a proporção de mulheres negras presas, 67% do total, duas em cada três presidiárias são negras. A maior parte das mulheres encarceradas é solteira (57%), o que pode ser explicado, em parte, pelo elevado percentual de jovens no sistema prisional, metade das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos (27% tem entre 18 e 24 anos e 23% das detentas está na faixa etária dos 25 aos 29 anos). Em relação ao grau de escolaridade, 50% das mulheres presas não concluíram o ensino fundamental.

através de estudo realizado pelo Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil conta com uma população carcerária de 579.781 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 37.380⁴ mulheres e 542.401 homens. No período de 2000 a 2014 o aumento da população feminina foi de 567,4% enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres.

O aumento das estatísticas no número de mulheres presas é um reflexo não apenas do aumento real dos delitos cometidos, é também uma elevação dos níveis de reprovação do sistema de justiça criminal em relação às mulheres delinquentes que em outras conjunturas sociais era mais tolerante em relação a mulher criminosa.

Calculando a taxa de aprisionamento de mulheres brasileiras somente entre a população feminina, alcançou-se um índice de 36,4 mulheres presas para cada 100 mil mulheres em 2014 (BRASIL, 2014). Em linhas gerais, no que tange ao crescimento da população carcerária do sexo feminino, pode-se constatar, segundo o relatório INFOPEN Mulheres (BRASIL, 2014), que nos últimos anos houve um aumento real da mesma, superando em mais que o dobro o percentual masculino, fixando-se numa média de quase 600%.

Ao se analisar a evolução da taxa de aprisionamento de homens e mulheres em relação a população nacional separada por gênero, é possível afirmar que, se o ritmo de crescimento da população prisional total o Brasil é acelerado, quando se olha especificamente para a aumento do número de mulheres aprisionadas, esse movimento de encarceramento é ainda mais contundente. Enquanto a taxa total de aprisionamento aumentou 119% entre os anos de 2000 e 2014, o percentual feminino aumentou 460% neste mesmo período (BRASIL, 2014, p. 11).

Apesar de se observar esse aumento na criminalidade feminina, os dados mais recentes mostram que não houve uma elevação tão substancial da participação das mulheres no rol dos crimes comumente praticados pelos homens (BRASIL, 2014, p. 29-30). A população prisional feminina é notoriamente marcada por condenações por crimes de drogas, categoria composta por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Responsáveis por mais da metade das penas das mulheres presas, os crimes de drogas mostram-se como uma parcela bem maior de encarceramento feminino do que entre o total de pessoas presas (28% de condenações por crimes de drogas) (BRASIL, 2014, p. 40).

Cumprir notar, portanto, que o crescimento da criminalidade feminina pode ter relação muito mais com a dinâmica proporcionada pelo tráfico de drogas do que por uma maior disposição das mulheres para cometer crimes. Os crimes envolvendo o comércio ilícito de drogas aparecem como principais determinantes de crimes praticados por mulheres e o consequente encarceramento das mesmas.

Segundo o Ministério da Justiça, entre 2007 e 2012, a criminalidade cresceu 42% entre as mulheres – ritmo superior ao masculino. Uma tese em voga entre ativistas da área é a de que a emancipação da mulher como chefe da casa, sem a equiparação de seus salários com os masculinos, tem aumentado a pressão financeira sobre elas e levado mais mulheres ao crime no decorrer dos anos.

4 Segundo nova pesquisa realizada pelo DEPEN, a quantidade de mulheres privadas de liberdade chega a marca de 33.793, número registrado em dezembro de 2014. Em junho de 2014 foram registradas pelos gestores de unidades prisionais 37.380 mulheres no sistema prisional. A retração no número de mulheres entre junho e dezembro do mesmo ano deve-se a inconsistências nas informações prestadas pelos estados de São Paulo e Rio de Janeiro no levantamento de junho. As inconsistências foram informadas pelos gestores estaduais no momento de validação do levantamento de dezembro de 2014. (BRASIL, 2014)

Dados comprovam a teoria. Os delitos mais comuns entre as mulheres são aqueles que podem funcionar como complemento de renda. [...], tráfico de entorpecentes lidera o ranking de crimes femininos todos os anos no Censo Penitenciário. Os próximos da lista, e para os quais vale o mesmo raciocínio, são os crimes contra o patrimônio, como furtos e assaltos.

Os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles (QUEIROZ, 2015, p. 34).

Desta forma, é de suma importância compreender que, apesar do índice absoluto de detentas ser baixo, não se pode ignorar que, em termos de evolução quantitativa, a mulher tem se evidenciado cada vez mais no mundo do crime. Muitas são as questões a serem estudadas quando se pensa na condição da mulher presa. A partir deste ponto, contudo, a atenção do presente estudo se voltará especificamente para as mulheres envolvidas com o crime de tráfico de drogas.

3. MULHERES E O TRÁFICO DE DROGAS

3.1 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS E O AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA

Dentre as várias facetas do machismo, pode-se citar a política de drogas como uma delas. Isso porque os dados obtidos pelo INFOPEN Mulheres relatam um número vertiginoso de mulheres presas no Brasil, a maioria delas pelo crime de tráfico de drogas. O percentual de mulheres presas pelo comércio de entorpecentes supera, em mais da metade, a quantidade de homens presos pelo mesmo crime.

Segundo Luciana Boiteux (2015), “o encarceramento de mulheres por tráfico só reforça o patriarcado pois [...] a guerra contra as drogas é uma guerra contra mulheres, pois afeta especialmente as mulheres” pobres e negras.

Ao longo dos últimos anos, o que se tem observado é o aumento substancial na quantidade de mulheres presas e, segundo Olga Espinoza (2004, p. 92), “o crime de maior incidência entre as mulheres presas é o tráfico de entorpecentes”. A crescente taxa de encarceramento feminino tem dado a impressão de que há uma escalada da adesão das mulheres à criminalidade, sem levar em consideração, contudo, a criação de uma política criminal que enfatizou em suas estratégias de repressão ao tráfico de entorpecentes o endurecimento da lei, principalmente, por meio do encarceramento.

No Brasil, os crimes de drogas são elencados como problemas de saúde pública. Contudo, a política pública voltada para a repressão ao comércio de entorpecentes é baseada em uma política de criminalização que pretende estabelecer uma relação entre o comércio ilícito e a violência, como se um fenômeno fosse intrínseco ao outro.

Para Vera Andrade⁵ (CARVALHO, 2014, p. 25), “trata-se de uma Política de guerra, combate ou beligerância (genocida)”. Salo de Carvalho (2014, p. 47), por sua vez, entende que a política criminal de drogas, desde o ponto de vista dos processos de criminalização, de sua estruturação teórica e da forma de funcionamento das agências repressivas, define um tipo ideal de repressão e forma de controle do sistema penal nacional. Em outras palavras, a política criminal de drogas assume o papel de definição dos horizontes de punitividade.

[...] a falência do sistema de políticas públicas, resulta na política intolerante de guerra. O fracasso ou a ausência da diplomacia e do diálogo abrem espaço para o caminho da violência. Assim, o Governo compensa suas deficiências através das forças policiais e do sistema Penal, sem tratar dos reais problemas da sociedade. Desviando o foco da ausência dos sistemas básicos de saúde e educação (LATTAVO, 2013).

Lattavo (2013) fomenta a tese de que o Estado precisa implementar políticas públicas que visem um projeto de segurança nacional e, em razão desta necessidade, se elege a figura de um inimigo a ser combatido. A figura eleita, segundo ela, hoje, é a do traficante de drogas.

Não obstante, a autora conclui que o Estado busca fundamentar suas ações de combate ao tráfico na redução da violência, uma vez que o traficante (inimigo eleito) é quem dá ensejo a ela. A autora combate tal suposição demonstrando que, na verdade, a violência deriva da própria política proibicionista implementada pelo Estado.

Não são as drogas que causam violência. O que causa violência é a proibição. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas. [...] Estudos apontam que o aumento da repressão acaba por aumentar também a violência, especialmente homicídios.[1] Sem dúvida, a “guerra às drogas” mata muito mais do que o uso da droga propriamente dita (LATTAVO, 2013).

Neste cenário, a seletividade punitiva escolhe, através de estereótipos, alvos para as ações do sistema penal. Assim, a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, as deficiências da estrutura familiar, o baixo nível de escolaridade, muito antes de se constituírem como causas da criminalidade, aparecem como identificadores do estereótipo do criminoso. “Este é o Estado da Criminalização da Pobreza em que vivemos, travestido por uma Política Criminal de Combate às Drogas” (LATTAVO, 2013).

O aumento do número de encarceramentos de mulheres tem relação direta com o fato da política implementada contra as drogas privilegiar uma abordagem repressiva em vez de uma política preventiva. Este sistema segue regras que violam diretamente princípios básicos e direitos processuais, ensejando o aumento do percentual carcerário feminino em razão do aumento das prisões cautelares e das restrições de garantias individuais.

Atualmente, existem correntes críticas que sugerem a criação de modelos alternativos de controle social para restringir ao máximo a atuação dos agentes de repressão. As políticas criminais alternativas propõem uma nova forma de gestão do fenômeno delitivo, baseado, inclusive, nos discursos de apoio à descriminalização.

O Comitê de Eliminação da Discriminação contra Mulheres, da ONU, expressou grande preocupação quanto ao encarceramento das mulheres por pequenas ofensas, incluindo o tráfico de drogas. O Comitê recomendou que os governos intensificassem os esforços paracom-

5 Prefácio ao Livro “A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06” (CARVALHO, 2014, p. 25)

preender as causas da criminalidade feminina e procurassem alternativas às condenações e prisões para delitos leves (SENA, 2015, p. 46).

Sabe-se que, desde o fim dos anos 1980, as mulheres têm se envolvido de forma crescente nos crimes ligados a drogas, principalmente como consumidoras, como empregadas em pequenas atividades do varejo do tráfico e no transporte nacional e internacional (LIMA, 2015). Contudo, o aumento da quantidade de mulheres presas, resulta da opção por lidar com o tema das drogas por meio de políticas criminais que incidem precipuamente sobre os indivíduos que desempenham funções de pouca relevância e baixa remuneração no mercado transnacional das drogas.

Neste sentido, Luciana Boiteux (2016) leciona:

Acima de tudo, as presas no Brasil são mulheres pobres que não ocupam posição destacada no mercado ilícito [...]. Verifica-se claramente nesse perfil o fenômeno da feminilização da pobreza, que aponta que as mulheres são a maioria entre os mais pobres.[5] Se os homens presos por tráfico no Brasil são os elos mais frágeis desse circuito extremamente lucrativo do mercado ilícito da droga, primários, presos com pequenas quantidades, sozinhos, desarmados (Boiteux e Wiecko 2009, Jesus et ali 2011), as mulheres são ainda mais vulneráveis e estão sendo presas cada vez mais, por crimes sem violência, portando pequenas quantidades de drogas e acusadas de tráfico.

De acordo com Soares (2002), a prisão de mulheres devido ao tráfico está ligada intimamente ao fato delas ocuparem posições de menor importância, subalternas ou periféricas na estrutura criminosa, permanecendo mais expostas a ações policiais, possuindo poucos recursos para negociar sua liberdade quando capturadas pela polícia.

Segundo a pesquisadora Corina Giacomello (2013, p. 17), as mulheres presas por delitos relacionados a drogas são afetadas por três níveis de exclusão que se traduzem em uma sentença de tripla dimensão.

A primeira dimensão da condenação ocorre antes da instauração de qualquer processo. A exclusão da mulher se dá antes mesmo do seu encontro com a justiça criminal, uma vez que está sujeita a fatores de discriminação que se manifestam na assimetria das relações de poder entre homens e mulheres na hierarquia do tráfico de drogas.

Essa assimetria de poder referente ao gênero é constatada no modo como geralmente ocorre o recrutamento das mulheres para trabalharem no tráfico. Enquanto os homens desempenham um papel central na organização do tráfico, às mulheres cabe, na grande maioria das vezes, o trabalho subalterno. A política criminal de drogas reconhece essa assimetria de poder na inserção das mulheres no tráfico, contudo, as pune de forma ainda mais gravosa.

O mundo do tráfico, por ser fruto de uma sociedade com origens patriarcais, é extremamente machista e objetifica mulheres, relegando a elas as posições mais dispensáveis. Penalizar as pequenas atividades do tráfico é uma política que incide de modo mais gravoso sobre as mulheres, pois é o emprego em pequenas atividades de transporte nacional e internacional de drogas que permite que muitas delas cumpram com as expectativas sociais de cuidado dos filhos e da casa que lhes são impostas.

Reconhecer a discriminação de gênero que marca a entrada das mulheres no tráfico de drogas não significa afirmar que as mulheres são meras vítimas de homens ou que não sabem se defender. De todo modo, o que não se deve fazer é criminalizar duramente os empregos de

pior remuneração dentro do comércio de drogas, pois isso é agir de forma seletiva, penalizando por gênero, uma vez que são esses os empregos de que muitas mulheres dependem para a manutenção de suas famílias.

O segundo aspecto da tripla sentencição trata das mulheres após transformadas, juridicamente, em acusadas pelo crime de tráfico de drogas. Uma vez condenadas por tráfico de drogas, as mulheres estão sujeitas a sentenças e regimes penais desproporcionais quando comparados com outros crimes, tendo em vista a política proibicionista de combate às drogas. Esta é uma das razões que explicam por que o crescimento do encarceramento feminino é tão substancial.

Na prisão, o outro crime é ser mulher. Como tem sido exposto, a discriminação contra a mulher acusada de tráfico de drogas se faz presente ao longo de toda a sua trajetória, começando antes mesmo do encontro formal com o sistema de justiça e se perpetuando inclusive após cumprida a pena.

Para Luciana Boiteux (2015):

São as mulheres o elo mais fraco dessa política de drogas repressiva, autoritária e machista. Elas são estigmatizadas por serem “criminosas”, mas ainda mais por serem “mulheres criminosas” [...]. Acrescento que elas ainda ousaram violar a lei dos homens, de “combate” ao tráfico de drogas.

No Brasil, a lei de drogas vigente, Lei n. 11.343 de 2006, seguiu a tendência de endurecimento das penas para o tráfico de drogas. O delito teve a pena mínima aumentada de três para cinco anos, sem possibilidade de conversão da pena de prisão em pena restritiva de direitos. Não obstante, o tipo básico do *caput* do artigo 33⁶ prevê dezoito condutas que caracterizam o tráfico de drogas e, em razão desta pluralidade de verbos, a aplicação do dispositivo é bastante ampla e com larga margem para erros.

Segundo Salo de Carvalho (2014, p. 419), a Lei 11.343/06, no que tange à incriminação do tráfico ilícito, promove a punibilidade, aumentando as quantidades mínimas de pena privativa de liberdade através da imposição de severo tratamento penal, processual e executório, na linha da Lei dos Crimes Hediondos⁷.

Importante mencionar, que em recente decisão, proferida 23 de junho de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. A discussão ocorreu no julgamento do Habeas Corpus (HC) 118.533, que foi deferido por maioria dos votos.

A ministra relatora, Cármen Lúcia, votou no sentido de conceder o HC e afastar o caráter de hediondez dos delitos em questão. Para ela, o tráfico privilegiado não se harmoniza com a qualificação de hediondez do delito definido no *caput* e no parágrafo 1º do artigo 33 da Lei de Drogas. Acompanhando o voto da relatora, o ministro Edson Fachin entendeu que o legislador “não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos nem

6 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

7 Os crimes hediondos, previstos na Lei 8.072/1990, e os equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo) são inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, e a progressão de regime só pode acontecer após o cumprimento de dois quintos da pena, se o réu for primário, e de três quintos, se for reincidente.

nas hipóteses mais severas de concessão de livramento condicional, caso contrário o teria feito de forma expressa e precisa” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Cumprando notar, ainda, que o voto do ministro Celso de Mello ressaltou que o tráfico privilegiado tem alcançado as mulheres de modo grave, e que a população carcerária feminina no Brasil está crescendo de modo alarmante. Segundo o ministro, grande parte dessas mulheres está presa por delitos de drogas praticados principalmente nas regiões de fronteiras do país.

Confirmando esta tese, o então presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016), constatou, também, que a grande maioria das mulheres está presa por delitos relacionados ao comércio ilegal de drogas, e quase todas sofreram sanções desproporcionais às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. Segundo o ministro, “muitas participam como simples ‘correios’ ou ‘mulas’, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica”, ressaltou.

Por fim, o terceiro aspecto da tripla sentencição feminina recai sobre as mulheres que já foram condenadas ou ainda estão respondendo ao processo e estão submetidas ao ambiente carcerário. Dentro da prisão, as mulheres sofrem formas específicas de discriminação, enfrentando a negligência de um Estado que não consegue prover um ambiente satisfatório de ressocialização ao negar direitos e garantias fundamentais às detentas.

Segundo Lima, em condição análoga de negligência estão as Regras de Bangkok⁸. Para a autora, militar pela aplicação e pelo explícito reconhecimento das Regras de Bangkok pode ser uma importante ferramenta normativa para a construção de novos paradigmas de política criminal e penitenciária. Elas podem fornecer o ponto de partida de que mais urgentemente precisamos para reverter o triplo sentenciamento de mulheres: a regra de não prendermos mais mulheres. Simplesmente por elas serem mulheres (LIMA, 2015).

A guerra às drogas falha em seus dois objetivos principais ao não diminuir o comércio de entorpecentes e, principalmente, ao gerar ainda mais violência. É necessário admitir que questão do comércio das drogas é um problema de saúde pública e não de criminalização. Desta forma, a medida mais adequada a se tomar é a de descriminalização das condutas e a implementação de uma política preventiva pelo poder estatal.

A política criminal brasileira ainda caminha em pequenos passos. A única certeza que se tem é que o aumento do encarceramento não traz resultados positivos para o fim da delinquência feminina e que, na verdade, apenas gera mais violência e exclusão. É importante que se destaque a necessidade do Estado repensar suas políticas criminais, buscando amenizar o crescimento massivo do contingente carcerário em relação ao crime de tráfico de drogas.

8 Segundo Lima (2015), trata-se um documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas que aponta para o compromisso da comunidade internacional de priorizar alternativas à prisão de mulheres. A despeito de o Brasil ter participado ativamente das discussões sobre o seu texto, até hoje não há uma tradução oficial para o português produzida pelo governo brasileiro e o Judiciário nacional se mantém ignorante sobre o seu conteúdo. Somente quando os casos chegam ao Supremo Tribunal Federal, a Defensoria Pública de São Paulo tem conseguido a concessão de prisão domiciliar para mulheres grávidas ou com filhos pequenos, ainda que muitas sentenças não cite explicitamente a fundamentação nas Regras de Bangkok.

4. AS MULHERES DO TRÁFICO

Neste ponto, falar-se-á das mulheres envolvidas com o mundo do tráfico de drogas. Trata-se de merecido destaque, uma vez que elas têm presença marcante dentro do mundo da venda e consumo ilegais de drogas. O livro e documentário *Falcão: Mulheres e o Tráfico* (BILL; ATHAYDE, 2007) pautará os estudos deste tópico.

Celso Athayde (2007) identificou pelo menos 16 atividades no tráfico ligadas às mulheres durante os oito anos de pesquisa que realizou no universo do crime.

Eu imagino que 20% dos serviços das bocas-de-fumo sejam desenvolvidos por mulheres. Elas estão em todas as áreas na escala do tráfico. É claro que existem menos mulheres do que homens, mas elas estão ocupando espaços na hierarquia do crime (GUIMARÃES, 2007).

Nem todas as mulheres acusadas e presas pelo crime tráfico de drogas são, necessariamente, traficantes, mas, devido a seletividade punitiva do Estado, todas elas enfrentam condenações pelo fato de serem mulheres, pobres e estarem inseridas no *estereótipo do criminoso* (LATTAVO, 2013).

Essas mulheres são normalmente mais vítimas do que culpadas. Vítimas de uma situação de falta de condições mínimas de sobrevivência, de uma vida digna. Para elas, vender droga passa a ser uma forma de sobrevivência própria e da família, avalia o promotor de Justiça Vetuval Martins Vasconcelos, vice-presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (DST, AIDS, HEPATITES VIRAIS, 2006).

Não obstante, os padrões e imposições sexistas se reproduzem dentro da criminalidade. Isto quer dizer que a divisão sexual do trabalho existente no mercado de trabalho formal se repete no âmbito ilícito, reforçando a ideia da atuação feminina em serviços domésticos e a liderança como papel desempenhado por uma figura masculina, ainda quando inseridos em um contexto criminoso.

Esse aumento de mulheres presas por causa do tráfico teria por causa a maioria das mulheres desempenhar funções subalternas na escala hierárquica, sendo, assim, mais facilmente presas, em ordem decrescente de frequência e importância da função feminina associada ao tráfico: “bucha” (pessoa que é presa por estar presente na cena em que são efetuadas outras prisões), consumidoras, “mula” ou “avião” (transportadoras da droga), vapor (que negocia pequenas quantidades no varejo), “cúmplice” ou “assistente/fogueteira”. Além do evidente aumento da violência por causa do tráfico de drogas em ambos os sexos, haveria uma baixa condescendência por parte do sistema de justiça em relação à condenação das mulheres. (SOUZA, 2009)

A percepção do papel desempenhado pela mulher quando envolvida em atividades criminosas tem a importante função de aprofundar o questionamento acerca da correlação entre a questão de gênero e a opressão feminina. É inegável que muitos discursos pautados na moralidade religiosa (idealização da mulher casta) ou no determinismo científico (a ideia da mulher racionalmente limitada) ainda têm amparo dentro do ordenamento jurídico e vinculam-se diretamente com o aumento da criminalização das mulheres.

Diante de uma sociedade que predestina papéis socialmente aceitáveis às mulheres, surge a concepção de que a mulher que atua de forma criminosa é considerada duplamente des-

viante: além de transgredir a lei, ela também desobedece aos padrões impostos pela sociedade, intimamente ligados àquilo que se considera uma conduta feminina apropriada.

As mulheres estão ocupando posições, até agora, estritamente masculinas no tráfico de drogas. Algumas (poucas) delas já chegaram ao alto escalão da criminalidade e desempenham todas as funções nas bocas-de-fumo. Podem ser as donas do negócio, as responsáveis pela segurança dos chefes ou as que preparam e vendem as drogas. Cumpre notar que estas mulheres são uma ínfima minoria que faz parte da exceção à regra.

O universo feminino constitui ainda uma rede de apoio aos homens envolvidos no tráfico. Há mulheres que sobrevivem vendendo comida, comprando roupas, cuidando dos feridos, ajudando os que saem da prisão, pagando propinas a policiais e até satisfazendo sexualmente os traficantes.

Passará a se analisar agora as mulheres do tráfico, de acordo com a narrativa de MV Bill e Celso Athayde, livro utilizado como parâmetro para a elaboração deste tópico final do presente trabalho.

A primeira personagem da história do tráfico apresentada por MV Bill e Celso Athayde é a *Mina do homi* (sic). Esta mulher, segundo os autores é a *primeira-dama do crime*. Ela exerce o *poder informal* na favela e não dá a palavra final em nenhuma ação criminosa, geralmente está envolvida com eventos culturais, mas os *gerentes* das bocas de fumo sempre prezam sua opinião, ainda que isto os desagrade, pois é ela quem faz o contato entre o traficante, chefe da favela, preso, e o demais *soldados* do tráfico que permanecem na favela (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 28).

Ela era linda e falava compulsivamente, muito diferente das chefonas que eu conheço. [...] Chamavam ela de Meire, se bem quevi várias pessoas chamarem ela de outros nomes. Meire disse que nada tinha a ver com o crime, que odiava o crime, que estava só ajudando o marido...

[...] Na prisão, tive a clareza do quanto o Foca [marido de Meire e chefe da favela] tinha o controle da favela [...] e ela estava com ele por amor (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 36-46).

As mães que têm filhos e filhas envolvidos com o comércio de drogas são, também, mulheres que, indiretamente, estão incluídas na dinâmica do tráfico. Segundo Celso Athayde, muitas mulheres que estão envolvidas com o tráfico nem sempre trabalham para ele; algumas delas são mães cujos filhos estão na vida do crime traficando, tomando conta das bocas ou trabalhando para o tráfico de outras maneiras.

Pode parecer absurdo, mas tem aquelas [mães] que, para protegê-los, passam a noite por perto, nos seus plantões, com receio de que eles sejam surpreendidos pela polícia, e vão dormir na madrugada quando o perigo e o risco de invasão são menores. Elas se tornam cúmplices de seus filhos marginais, porém, para elas, trata-se simplesmente da vontade de proteger e instintos maternos. (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 75)

A terceira figura que Bill e Athayde trazem é a da mulher chefe do tráfico, que controla o crime e domina a favela. É desempenhando funções masculinas e sendo reconhecida, principalmente, pelos homens como a *dona da favela* que essas mulheres destacam-se em meio as outras mulheres do tráfico (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 81).

O seu poder não é somente garantido pelo exercício de tarefas reconhecidas como predominantemente masculinas e pelo grau de violência que envolvem, mas, sobretudo, pela legitimação dos homens de tal poder e da submissão dos mesmos a ele.

[Vacarella] não parecia sentir tristeza por estar preso; pelo contrário, parecia ter orgulho de estar garantindo a liberdade de sua progenitora, cujo nome é Leda. Ele foi se empolgando e começou a falar da técnica da sua mãe para traficar e dominar as favelas. [...] ele disse que o seu pai nunca foi ‘o frente’ das favelas que dominava, que a mãe é quem era o cérebro e o pai executor das ações.⁹ [Dona Leda] não tratava nenhum deles bem. Parecia que os bandidos subalternos precisavam ser maltratados para não perderem o ritmo da opressão e não pensarem em dar o golpe de Estado [...] na patroa (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 116).

Sobre as chefes do tráfico, MV Bill e Celso Athayde, trazem mais um relato, a história de *Ritinha/Robson* (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 209). Ritinha é uma transexual que comanda uma favela. Agredida sexualmente pelo pai quando criança, tentou o suicídio após não conseguir fazer uma autocastração em casa.

Ritinha, segundo MV Bill, assumiu a chefia do tráfico após o dono do morro ser preso e, ela, que era braço direito do mesmo, teve que assumir a favela, “saindo da administração para o confronto direto, para a exposição pessoal”, tendo que decidir se “assumia definitivamente sua condição de mulher ou ficava na discrição. Decidiu assumir seu lado mulher, mas mantendo a seriedade que o trabalho exigia” (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 222-223).

A quarta personagem feminina da dinâmica do tráfico é a mulher que trabalha por falta de dinheiro ou, segundo Athayde, por um motivo ainda pior: devido ao envolvimento de seu marido com o crime organizado.

De acordo com o relato de Celso Athayde essas mulheres, geralmente, não têm oportunidades na vida e trabalham desde crianças para complementarem a renda de suas famílias. Muitas delas se envolvem com parceiros que têm vínculos com o tráfico e, assim, estabelecem a conexão com o mundo do crime.

Outras entram no mundo do tráfico atrás de sustento para suas famílias, ou por não conseguirem emprego no mercado formal ou porque estes não pagam o suficiente para o sustento da casa.

Eu “tava” (sic) trabalhando como doméstica numa casa, mas não “tava” (sic) dando para sustentar meus três filhos mais o barraco. Meu desespero começou a aumentar. Fiquei perdida, enlouqueci por dois dias e resolvi entrar para o crime “pra” (sic) ter uma grana extra, “pra” (sic) sustentar minha família. Parecia que eu já tinha vivido aquilo, eu “tava” (sic) acabando com o mesmo destino da minha mãe. [...]

“Tava” (sic) lá fazendo meu servicinho discretamente [...] quando chegou uma garota [...] perguntando se eu tinha bala. [...] Quando fui botar na mão “pra” (sic) mostrar a mercadoria, ela sacou a arma e disse que eu “tava” presa. Pronto [...] minha vida tinha terminado ali. [...]

9 Segundo relato de Celso Athayde (2007, p. 86), Vacarella era um presidiário inocente, que havia se auto incriminado no lugar de sua mãe, Dona Leda, chefe da favela, quando ela foi pega com um caminhão de cocaína pela polícia em um galpão da família. Com a mãe presa com um carregamento de drogas, o filho resolveu assumir a responsabilidade do crime diante da polícia.

Fiquei quatro anos presa [...], mas eu aprendi muita coisa na cadeia nesta vida. Na cadeia todo mundo sabe disso, por isso a mulherada lá é unida. Várias delas já cumpriram pena e “tão” (sic) lá ainda, porque ninguém tem o interesse de tirar elas dali. Deixa elas apodrecerem lá porque dão menos problemas. É o que os diretores de presídio querem, é o que a sociedade quer.

Aprendi que quem mora na favela ou quem já passou pela prisão é rotulado pela sociedade sempre de favelado ou de preso pelo resto da vida. [...] Qual é? [...] A gente faz tem que pagar por isso o resto da vida?! (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 121-129)

Um mercado de prostituição foi criado dentro das próprias comunidades para atender os *falcões*.¹⁰ Nas favelas as jovens que se prostituem são identificadas como “*boqueteiras*” (sic) *do tráfico* (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 141). A maioria dessas mulheres têm entre 13 e 20 anos e buscam nos jovens traficantes reconhecimento, drogas e dinheiro. Em geral, elas se prostituem na própria boca de fumo enquanto os *falcões* tomam conta das mesmas. Em troca, as “*boqueteiras*” (sic) recebem uma pequena quantidade de cocaína, algumas pedras de crack e, no máximo, cinquenta reais. Às vezes, ganham não mais de cinco reais por *programa* (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 162-167).

Em mais um de seus relatos, MV Bill passa a descrever a *mulher de bandido*, mais uma das mulheres que, indiretamente, entram no mundo do tráfico de drogas. Segundo ele, casar com um homem que trabalhe no tráfico, no contexto social das favelas, representa algo que desperta o fascínio das mulheres, uma vez que são promovidas à posição de esposas do crime.

Priscila [...] era uma menina de 17 anos, mas que já tinha muita coisa de bagagem. Já tinha dois filhos com dois “caras” (sic) diferentes. [...] Os dois eram bandidos. Casou pela primeira vez aos 13. Isso porque não aguentava viver na sua casa, morava com cinco irmãos, a mãe e um padrasto que abusava dela sexualmente. [...] E ainda tinha o glamour, o brilho que representava casar com um cara que trabalhava no tráfico. (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 193)

A sétima história das mulheres do tráfico apresentada por MV Bill e Celso de Athayde é a de uma mãe, Dona Marlete, chefe de família. Ela, junto aos seus dois filhos, ajudava em uma boca de fumo vendendo e entregando a droga. Nas palavras dela, *quem vai desconfiar de uma senhora entrando em qualquer lugar que seja?* (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 232)

Dona Marlete começou a chorar, até soluçava. Suas lágrimas e sua fala não me convenciam de que ela tinha certeza de nada que dizia, mas de toda maneira, dizia o que vinha em sua mente. Não estou dizendo que ela mentia sobre seus sentimentos e convicções. Estou dizendo que ela estava naquela vida, enterrada com sua família inteira e, no fundo, não sabia o porquê. (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 235)

A *tia do lanche*, de acordo com o relato escrito por Celso de Athayde, é uma mulher de meia-idade que percorre a favela empurrando uma bicicleta adaptada, levando seus produtos para vender aos *trabalhadores da noite*. Celso narra que ela saía todas as noites pelas vielas e becos da favela para vender comida aos *falcões* durante o *expediente*.

10 *Falcão* é o jovem que vigia e protege os traficantes, a “boca” e os moradores da comunidade, é aquele que está no tráfico noturno. Não dorme, e para manter-se acordado, na grande maioria das vezes, faz uso de drogas.

Celso: o que a senhora acha desses meninos [falcões], do trabalho deles?

Tia: [...] é necessidade, sabia?... Eles não têm outra coisa “pra” (sic) fazer... ou fazem isso ou morrem de fome e deixam a família morrer também. “É que nem eu” (sic)! Se eu não tivesse esse dinheirinho que ganho aqui, nem sei!!! Tenho meus netos “pra” (sic) alimentar... são três. Meu filho morreu assassinado, e a mãe das crianças foi embora e me deixou os três de presente... [...] Acordo uma e vinte da manhã [...], quando “é” (sic) três e meia, eu desço. Eu saio com tiroteio, com chuva, com sol [...].

Celso: como a senhora age quando começa um tiroteio?

Tia: “teve” (sic) um dia que eu [...] cheguei ali e vi um carro preto [...] mandando bala! Quer saber? Joguei a “bicicreta” (sic) ali, e fiquei abaixada. [...] Esperei o tiro acabar e voltei “pra” (sic) luta... continuei vendendo meus salgados! Quem ficou tinha que trabalhar, comer “pra” (sic) trabalhar de barriga cheia. (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 239)

A última história narrada é a de Leandra, uma jovem de dezessete anos, moradora da favela e que exerce a atividade de falcão do tráfico. Ela conta que decidiu entrar para o *movimento* após a morte de seu pai, quando precisou de dinheiro. Quando começou a trabalhar no tráfico Leandra vendia a *carga*, mas depois passou a trabalhar na boca de fumo, junto ao seu irmão, também falcão.

Governo e polícia “é” (sic) a mesma coisa. Polícia que era “pra tá” (sic) como?... Preso. Já matou “várias gente” (sic), era “pa tá” (sic) preso e “tá” (sic) na rua. Andando assim armado. Solução... acho que não tem mais solução não. Esse bagulho [guerra às drogas] já expandiu muito. “Pra” (sic) mim já expandiu muito... “É” (sic) muitas armas. Tipo um exército já. Eu faço parte de um exército, e o motivo da minha luta é tipo assim a independência. Eu dependo mesmo “de tá aqui” (sic)... Senão não “tava” não. (BILL; ATHAYDE, 2007, p. 252)

Pode-se dizer que o funcionamento do tráfico de drogas se sustenta basicamente pelo pequeno comércio que agrega pessoas e gera renda para todos os envolvidos. As mulheres que fazem parte do cotidiano do tráfico de drogas, raramente, chegam aos postos mais elevados. Como se nota, elas cumprem as funções mais subalternas na hierarquia econômica do tráfico e estão mais sujeitas a política criminal de drogas e a seletividade punitiva do Estado. Este tipo de filtragem começa na instância inquisitória, quando a autoridade policial, baseada em preconceitos e estereótipos, seleciona quem de fato é o criminoso.

Vera Andrade (1995, p. 26) explica que uma conduta não é considerada criminal *em si*, nem seu autor um criminoso por consequência de sua personalidade ou influências do ambiente em que vive. A criminalidade se revela, principalmente, como status atribuído a determinados indivíduos mediante de um duplo processo: a definição legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a seleção que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tal conduta.

O tráfico permeia-se por todas as classes sociais, contudo a repressão se manifesta apenas contra a classe mais empobrecida, estabelecida nas favelas e comunidades com poucos recursos econômicos. Nestes ambientes, o Estado exerce o seu poder punitivo de forma desmedida e desgovernada, violando direitos de cidadão simplesmente por enquadrarem-se em um suposto perfil criminoso. Das áreas do Direito, a que mais se aproxima do pobre e a que mais lhe é empregada é o Direito Penal (JACINTO, 2011, p. 44).

Moura afirma que não são as mulheres que, na maioria das vezes, procuram o tráfico, mas é o tráfico que chega às suas vidas (MOURA, 2005). Seja por necessidade financeira, por influência sofrida por meio do marido/companheiro ou, até mesmo, pela vontade de se destacar dentre as demais mulheres, todas as detentas envolvidas com o tráfico de drogas encontraram neste crime a sua sentença a uma vida de estigmatização e de submissão a tratamentos degradantes sofridos no interior dos estabelecimentos prisionais.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a criminalidade feminina e sua relação com o tráfico de drogas examinando as formas como o sistema carcerário atua na vida da mulher presa ao negar-lhe seus direitos. Faz-se necessário ressaltar que não se pretendeu neste trabalho exaurir as questões que permeiam a criminalidade feminina, tendo em vista, principalmente, a impossibilidade de tal ato.

Por meio de lutas a favor da emancipação criminológica da mulher e de conquistas obtidas por meio dos movimentos feministas, passou-se a notar o aumento da participação das mulheres em comportamentos desviantes que lhes eram atípicos, destacando-se, o tráfico de drogas devido ao crescente número de encarceramentos de mulheres em decorrência da prática deste crime.

Nesse sentido, buscou-se observar, também, as diferentes causas que levam a mulher a participar do tráfico e a sua atuação neste meio. Pretendeu-se, também, examinar de que forma o sistema penitenciário brasileiro trata as mulheres encarceradas e as consequências geradas por este tratamento nas vidas das detentas.

Chegou-se a conclusão que o Estado usa o Direito Penal com objetivo punir a parcela da sociedade que historicamente foi relegada a uma condição inferior. A aplicação do Direito Penal como *ultima ratio* fica somente na teoria, reservada a quem vive em outra realidade, diferente da experimentada por aqueles que são vistos pelo Estado como inimigos a serem combatidos. No dia-a-dia das favelas e comunidades, o Direito Penal é *prima ratio*.

Constatou-se, ainda, que as principais causas que levam a mulher a cometer o crime de tráfico de drogas são, principalmente, a influência da conjuntura socioeconômica em que ela está inserida, a busca de oportunidades para complementação de renda para o sustento da família, associadas ao baixo grau de escolaridade e, em alguns casos, à influência masculina.

Notou-se, também, que a mulher encarcerada é vítima de preconceitos, abusos e violências. Uma vez encarcerada, a mulher perde muito mais que sua liberdade, haja vista que está submetida ao poder punitivo de um Estado que não se atenta à dignidade feminina e que se mostra incapaz de garantir a correta aplicação das determinações legais.

Desta forma, conclui-se que o que se necessita é, na verdade, uma política de drogas que busque a prevenção e não a repressão. Há uma necessidade de soluções alternativas ao cárcere e a criminalização. Enquanto não houver uma reformulação, as mulheres continuarão sendo mais punidas, mais discriminadas e continuarão sofrendo os impactos provenientes de

uma política repressiva que só reforça o patriarcado, uma vez que a guerra contra as drogas é uma guerra contra mulheres, principalmente as pobres e negras.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento de violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, n. 50, p. 71-102, 2005. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

_____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2012. (Coleção Pensamento Criminológico n. 19).

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista CCJ*, Florianópolis, ano 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

ARGIMON, Irani I. de Lima; LOPES, Regina Maria Fernandes; MELLO, Daniela Canazaro de. *Mulheres encarceradas e fatores associados a drogas e crimes*. 2010. 11 f. Artigo Científico. – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2010.

BILL, MV; ATHAYDE, Celso. *Falcão: mulheres e o tráfico*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

BOITEUX, Luciana. Paulo Teixeira: A guerra contra as drogas é uma guerra contra as mulheres. *Agência PT de Notícias*, [S.l.], 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/paulo-teixeira-a-guerra-contra-as-drogas-e-uma-guerra-contra-asmulheres/>>. Acesso em: 23 maio 2016.

_____. Por que precisamos tanto do indulto para mulheres condenadas por tráfico de drogas? *Justificando*, [S.l.], 6 maio 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/05/06/por-que-precisamos-tanto-do-indulto-para-mulheres-condenadas-por-trafico-de-drogas/>>. Acesso em: 23 maio 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. 45. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres – junho 2014. *Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional*, Brasília, DF, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacaopenitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2016.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho 2014. *Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional*, Brasília, DF, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2016.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014. *Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional*, Brasília, DF, abr. 2016. Disponível em: <<http://download.uol.com.br/fernandorodrigues/infopen-relat-2016.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2016.

_____. *Presidência da República*. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de trabalho interministerial: reorganização e reformulação do sistema prisional feminino, 2008. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-epublicacoes/reorganizacao-e-reformulacao-do-sistema-prisional-feminino/at_download/file>. Acesso em 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. atual. e ampl., 2014.

DST, AIDS, HEPATITES VIRAIS. Presas idosas têm um castigo a mais pelo crime cometido: o risco de passar os últimos anos de vida longe da família. *Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais*: portal sobre aids, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites virais, [S.l.], 6 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/noticia/presas-idosas-tem-um-castigomais-pelo-crime-cometido-o-risco-de-passar-os-ultimos-anos-de-v>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

GIACOMELLO, Corina. Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en America Latina. In: *IDPC*. Londres, 2013. Disponível em https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPCBriefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf. Acesso em 31 jan 2017.

GUIMARÃES, Ana Cláudia. Mulheres no tráfico: uma vida nada cor-de-rosa nas bocas de fumo. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 27 out. 2007. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/mulheres-no-traffic-uma-vida-nada-cor-de-rosa-nasbocas-de-fumo-718154.html>>. Acesso em 29 jun. 2016.

_____. Após oito anos de pesquisa, Celso Athayde e MV Bill mostram que é cada vez maior o envolvimento de mulheres no crime. *Jornal Extra*, 01 nov. 2007. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/apos-oito-anos-de-pesquisa-celso-athayde-mv-billmostram-que-cada-vez-maior-envolvimento-de-mulheres-no-crime-730997.html>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

JACINTO, Gabriela. Mulheres presas por tráfico de drogas e a ética do cuidado. *Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 24, n. 02, jul./dez. 2011.

LATTAVO, Marina. A Guerra às Drogas e os Amarildos: uma palestra de Marina Lattavo. *Não passarão*: por Rubens R. R. Casara. Rio de Janeiro, 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://naopassarao.blogspot.com.br/2013/08/a-guerra-as-drogas-e-os-amarildos-uma.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

LIMA, Raquel da Cruz. Mulheres e tráfico de drogas: uma sentença tripla – parte I. *ITTC*: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, São Paulo: 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://itcc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

_____. Mulheres e tráfico de drogas: uma sentença tripla – parte II. *ITTC*: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, São Paulo: 05 ago. 2015. Disponível em: <<http://itcc.org.br/mulheres-etrafico-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-ii/>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

_____. Mulheres e tráfico de drogas: uma sentença tripla – parte III. *ITTC*: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, São Paulo: 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://itcc.org.br/mulheres-etrafico-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-iii/>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

MAKKI, Salma Houssein; SANTOS, Marcelo Loeblein dos. Gênero e criminalidade: um olhar sobre a mulher encarcerada no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8080>. Acesso em: 20 jan. 2016.

MOURA, M. J. de. *Porta fechada, vida dilacerada - mulher, tráfico de drogas e prisão: estudo realizado no presídio feminino do Ceará*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: <http://www.uece.br/politicasuece/dmdocuments/dissertacao_juruena_moura.pdf>. Acesso em: 30 jan 2017.

SOARES, Bárbara Musumeci. Retrato das mulheres presas no Estado do Rio de Janeiro. CESeC – Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – Rio de Janeiro, *Boletim Segurança e Cidadania*, ano 1, n° 1, julho de 2002. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wpcontent/uploads/2016/03/boletim01.pdf> >. Acesso em: 30 jan 2017.

SOUZA, Kátia Ovídia. A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. In: *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 14, n. 4, p. 649/657, out/dez 2009.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras*. 1. ed. São Paulo: Record, 2015.

SÁ, Priscilla Plachá (Org.). Opressão e transgressão: o paradoxo da atuação feminina no tráfico de drogas. *Dossiê: as mulheres e o sistema penal*. Curitiba: OAB/PR, 2015, p. 150-179.

SENA, Ana Beatriz Hernandez. *O tráfico de drogas e sua influência no aumento da criminalidade feminina*, 2015, 56 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/8386/1/21104313.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, decide STF*. Brasília, 23 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>>. Acesso em 28 jun. 2016.

VILELA, Andressa. O triplo sentenciamento feminino nas prisões brasileiras. *Pragmatismo Político*, [S.l.], 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/06/o-triplo-sentenciamentofeminino-nas-prisoas-brasileiras.html>>. Acesso em 23 jun. 2016.

DISCUSSÃO ACERCA DA EFICÁCIA DA LEI ÁUREA

REMARKS ON THE EFFICACY OF “LEI ÁUREA”, THE BRAZILIAN SLAVERY ABOLITION ACT

PATRÍCIA FONTES CAVALIERI MONTEIRO¹

RESUMO

Neste artigo, discute-se a eficácia da Lei Áurea, eis que, embora livres, os ex-escravos não gozaram, efetivamente, dos direitos sociais decorrentes da liberdade. Abre-se o tema tecendo um breve histórico sobre a escravidão no Brasil. Em seguida, propõe-se o seguinte questionamento, cujo enfrentamento norteará esta pesquisa: Se o objetivo da Lei Áurea foi a extinção da escravatura, por que razão tal norma não representou a liberdade definitiva dos negros? A abolição será posta em discussão com os valores éticos da liberdade, dignidade humana e igualdade e, mais à frente, à luz do positivismo kelseniano e da justiça. Tudo isso leva à conclusão do real objetivo desse trabalho, que é demonstrar que a regulamentação teria sido, no momento abolicionista, o único instrumento de eficácia social da Lei Áurea – o *dever-ser* da norma que o Estado Liberal absenteísta, presente no século XIX, preferiu não editar. Finalmente e como decorrência da ineficácia da norma, apresenta-se a Teoria da Justiça Compensatória, cuja finalidade, após 122 anos da abolição da escravatura, por meio de políticas públicas de ações afirmativas, é reparar aos descendentes da raça negra os danos outrora cometidos, mormente a lesão ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e às demais garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Lei Áurea. Regulamentação. Liberdade. Eficácia social. Reparação. Políticas públicas.

ABSTRACT

This paper discusses the efficacy of the Brazilian Slavery Abolition Act, “Lei Áurea”, contending that the former slaves, albeit free, did not enjoy the social rights that should have accompanied their freedom. The discussion starts with a brief history of slavery in Brazil before positing the following research question: If the objective of Lei Áurea was to abolish slavery in Brazil, why did it represent no actual freedom for black people? The abolition will be discussed drawing on ethical values of freedom, human dignity, and equality, as well as in light of Keynesian positivism and justice. This discussion serves as a background to the actual objective of this paper, that of demonstrating that regulation would have been the only instrument for the social efficacy of Lei Áurea – the ought to be issue that the absentee Liberal State of the 19th century refrains from including in the norm. As a result of the Lei Áurea, the conclusion advocates for the application of the Compensatory Justice Theory to put forward affirmative policies aiming to compensate the African slaves’ descendants for damages caused in the colonial times, especially the offence to the fundamental principle of dignity and other fundamental principles enacted in the 1998 Federal Constitution.

Keywords: Lei Áurea. Regulation. Freedom. Social efficacy. Reparation. Policies.

¹ Advogada. Especialista em Direito Processual. Procuradora do Município de Juiz de Fora. Professora da Faculdade do Sudeste de Minas (FACSUM). Mestranda do Programa de Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora (UNIPAC).

1. INTRODUÇÃO

Com a abolição da escravatura, os escravos se viram livres do jugo dos seus senhores, do trabalho forçado e dos castigos cruéis no tronco e nas senzalas aos quais foram submetidos desde o descobrimento do Brasil.

Entretanto, embora sujeitos livres, os negros depararam com deplorável situação social. Passados mais de 122 anos, a liberdade anunciada pela Lei Áurea, por si só, não restituiu aos negros africanos nem aos seus descendentes miscigenados a cidadania e a dignidade das quais gozavam enquanto libertos em seu país de origem.

Ora, se o objetivo da Lei Áurea foi a extinção da escravatura, por que razão tal norma não representou a liberdade definitiva dos negros?

Demonstra-se, neste estudo, que a lei abolicionista careceu de regulamentação legislativa pelo Estado a fim de lhe conferir eficácia social – *dever-ser*.

Embora a questionada omissão legislativa do Poder Executivo imperial não comporte reparação civil dada a ausência de condições da ação, o Estado Democrático hodierno não se desobriga de garantir, a todo custo, a igualdade de oportunidade e de tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização raciais, minimizando, assim, o abismo racial existente no Brasil, em busca do elmo constitucional que é a liberdade.

2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

A escravidão teve início no Brasil no princípio do século XVI. Em razão da estrutura econômica e social do regime colonialista, os índios foram a primeira mão de obra escrava em solo brasileiro. Entretanto, quando as tarefas exigidas iam além daquelas a que estavam acostumados em seu hábitat natural, como caçar, pescar, transportar madeira e guerrear contra outros índios, eles não suportavam a mudança de vida e morriam.

Com a chegada das primeiras expedições colonizadoras e depois de dizimar a população indígena nos primeiros 50 anos de ocupação, os conquistadores europeus das Américas recorreram à captura e comércio de escravos africanos para manter a economia de monoculturas (cana-de-açúcar, tabaco, algodão). Os escravos eram trazidos pelos chamados “navios negreiros” e vendidos pelos comerciantes de escravos. Em todo o período colonial, o tráfico negreiro foi a atividade importadora mais lucrativa do comércio exterior brasileiro. Cerca de 3 milhões de escravos africanos, calcula-se, foram absorvidos pelo cultivo do açúcar, do fumo e do algodão, pela economia mineradora e pelo serviço doméstico.

A dura vida do trabalho pesado, aliada à péssima qualidade da alimentação e de moradia, haja vista que dormiam em amontoados humanos nas senzalas, causava indignação e revolta dos escravos. Ao se rebelarem, ou ante a fraqueza do corpo que os impedia de laborar, sofriam castigos e torturas dos feitores, capangas de confiança de seus senhores. Por vezes, tais castigos – por exemplo, o açoite e as chibatadas no tronco, eram praticados publicamente, com vista à intimidação moral daqueles que pretendessem seguir o mesmo caminho do castigado.

Tais atos cruéis foram formalmente extintos com o advento da Constituição do Império de 1824², documento que foi incapaz, contudo, de extirpar de vez com os castigos nas senzalas dos senhores fazendeiros, o que era tolerável pela sociedade escravagista.

Embora um dos direitos individuais instituídos pela citada Constituição tenha sido o da igualdade entre as pessoas³, os escravos permaneceram tratados como coisa posta a comércio. Exemplo disso é o texto consignado na Lei Hipotecária n. 1.237, de 24 de novembro de 1864, que, mesmo que contemporânea à Constituição de 1824, expressamente estatuiu que os escravos pertencentes às fazendas poderiam ser objeto de hipoteca:

Art. 2º A hypotheca é regulada sómente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Código Commercial, relativas á hypotheca de bens de raiz.

§ 1º Só podem ser objecto de hypotheca:

[...].

Os escravos e animaes pertencentes ás propriedades agricolas, que forem especificados no contracto, sendo com as mesmas propriedades⁴.

O cenário de absoluta ausência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana em relação aos negros escravos é o nascedouro das leis abolicionistas, iniciadas do conjunto de manobras sociais empreendidas entre o período de 1870 a 1888 em prol da libertação dos escravos, dentre elas a Lei do Ventre Livre – n. 2.040, de 28 de novembro de 1871⁵ –, que libertou todas as crianças nascidas de pais escravos; e a Lei dos Sexagenários – n. 3.270, de 28 de setembro de 1885⁶ –, que previu a libertação dos escravos com mais de sessenta anos, embora os beneficiários devessem trabalhar mais cinco anos gratuitamente para o senhor a título de indenização.

3. A LEI ÁUREA COMO FALSA PROMESSA DE LIBERDADE

As citadas legislações de caráter abolicionista insurgentes nos últimos anos culminaram na Lei Áurea, Lei Imperial n. 3.353, de 13 de maio de 1888, sancionada pela Princesa Isabel durante a sua terceira e última regência, aproveitando-se da ausência do Imperador D. Pedro

2 Cf. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição política do Imperio do Brazil*, 1824, art. 179, inciso XIII. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

3 BRASIL, 1824.

4 BRASIL. Lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. In: COLEÇÃO das Leis Império do Brasil, 1864, v. 1, p. 69. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/leis1864/Leis1864_107.pdf#page=9>. Acesso em: 20 ago. 2010.

5 BRASIL. Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871: Lei do Ventre Livre. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1871. v. 1, p. 147. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/legimpcd-06/leis1871/pdf17.pdf#page=6>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

6 BRASIL. Lei n. 3.270, de 28 de setembro de 1885 – Lei dos Sexagenários. Regula a extinção gradual do elemento servil. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1885, v. 1, p. 14. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1885-09-28:3270>. Acesso em: 20 ago. 2010.

II, que se encontrava em viagem ao exterior. Em um único artigo, declarou extinta a escravidão no Brasil: “Art. 1º É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil”⁷.

Procedendo-se à interpretação literal e teleológica da norma, extrai-se que a finalidade da Lei Áurea foi a imediata extinção da escravidão no Brasil. A partir de então, uma a uma as portas das senzalas foram sendo abertas e os negros puderam irromper, pela primeira vez, os limites das cercas das propriedades de seus senhores, como forma de concretizar os ditames literais da lei.

No entanto, se no primeiro momento a Lei Áurea significou a libertação dos escravos do jugo dos seus senhores, no momento seguinte, condenou aqueles a viverem como vítimas do sistema, uma vez que se encontravam livres, sem, contudo, possuírem estudo, documentos, dinheiro, moradia, emprego, escola e nenhuma outra espécie de assistência social proporcionada pelo Estado.

Partindo da premissa de que, ainda que na condição de livres, até os dias de hoje os negros brasileiros se mantêm reféns da elite branca, uma questão surge naturalmente: se o objetivo da Lei Áurea foi a extinção da escravatura, por que razão tal norma não representou a liberdade definitiva dos negros?

Segundo historiadores, a referida lei chegou tardia e inadequadamente, haja vista que “a abolição não foi acompanhada por medidas de inserção dos afro-brasileiros na sociedade como portadores de direitos e não representou melhores condições de vida para os descendentes desse povo”⁸.

Registros históricos trazidos por Braick e Motadão contam que “após a abolição a vida dos negros não sofreu muitas alterações, uma vez que não houve preocupação política em integrá-los à sociedade”⁹. Fátima do Carmo Silva Santos, secretária da União Negra Ituana (UNEI), observa ainda:

Assim é que, desacompanhada de reformas estruturais, a Lei Áurea resultou em uma ‘demissão’ em massa do povo negro, já que eles não tinham emprego, educação ou qualquer condição de conseguir um trabalho que não fosse os oferecidos pelos seus senhores em troca de um teto¹⁰.

Alguns ex-escravos plantaram pequenas roças de subsistência. Os que não quiseram permanecer na atividade agrícola migraram dos campos para os grandes centros à procura de emprego, precários em sua grande maioria, inaugurando, dessa forma, a mão de obra marginalizada.

O mercado de trabalho nas capitais não conseguiu absorver todo o contingente, o que levou, naturalmente, a um grande o número de desempregados e subempregados. Assim, os negros foram considerados preguiçosos, malandros e vadios pelas elites, juízos de valor que, em certa medida, persistem, numa evidência de que o preconceito é continuamente alimentado por uma situação de inferioridade.

7 BRASIL. Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil, art. 1º. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

8 BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião da memória da abolição da escravatura*. 13 maio 2009. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/afro-brasileira/2001-mensagem-da-cnbb-por-ocasio-da-memoria-da-abolicao-da-escravatura>>. Acesso: 19 jul. 2010.

9 BRAICK, R. P.; MOTA, M. B. *História: das cavernas ao terceiro milênio*. São Paulo: Moderna, 2007. p. 488-489.

10 SANTOS, F. C. S. In: CARONI FILHO, G. *13 de maio: da Lei Áurea à essência escravocrata da direita*. Disponível em: <<http://www.sinait.org.br/Site2009/index.php?id=5465&act=vernoticias>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

Sobre as consequências negativas advindas da “Lei 13 de maio”, Souza assinala:

Segundo a previsão do Conselheiro Antônio Prado, decretada de afogadilho a ‘Lei 13 de Maio’, seus efeitos foram os mais desastrosos. Os ex-escravos, habituados à tutela e à curatela de seus ex-senhores, debandaram em grande parte das fazendas e foram ‘tentar a vida’ nas cidades, tentame aquele que consistia em aguardente de litros, miséria, crimes, enfermidades e morte prematura[...]”¹¹.

Nesse ritmo e nessas circunstâncias, dois anos depois do advento da Lei Áurea, metade do novo elemento livre havia já desaparecido!

Por todas essas razões, diz-se que a tão almejada Lei Áurea decretou a liberdade de direito, sem, contudo, concretizá-la de fato, dando aos negros, num primeiro plano, e a toda a sociedade, em segundo, a falsa promessa de liberdade.

4. A ABOLIÇÃO E A COLISÃO ENTRE VALORES ÉTICOS

A liberdade erigida a princípio pelo § 1º do art. 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e promulgada três anos após a abolição da escravatura, foi proclamada nos seguintes moldes: “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”¹².

O termo “liberdade”, segundo Antenor Nascente, significa a “faculdade de fazer ou deixar de fazer uma coisa por vontade própria sem se submeter a imposições alheias; condição de homem livre, não pertencente a nenhum senhor; gozo dos direitos de homem livre, atributo do princípio da dignidade humana”¹³.

Nessa linha de raciocínio, a liberdade dos escravos deveria estar intimamente ligada ao exercício da dignidade humana deles.

Para Kant, “o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa”¹⁴. Estabelecido que a pessoa, distinta do indivíduo, é um valor e o seu princípio correspondente, a dignidade da pessoa humana, é absoluto, há de prevalecer esse sempre sobre qualquer outro valor ou princípio.

Com efeito, a dignidade humana, categoria de valor tão aviltado durante os tempos de escravidão (elevada a princípio por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948¹⁵), somente poderá ser exercitada se o homem, de fato, for livre, pessoa com aptidão e possibilidade de escolha sem qualquer submissão, capaz de possuir e exercer seus direitos, e, ainda, de autodeterminar-se socialmente.

11 SOUZA, E. V. P. Reminiscências em torno do Antônio da Silva Prado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 fev. 1940. Transcrito em: 1º CENTENÁRIO do Conselheiro Antônio Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1946, p. 228.

12 BRASIL, 1891, art. 72, § 1º.

13 LIBERDADE. In: NASCENTE, A. *Dicionário da língua portuguesa*: da Academia Brasileira de Letras. Rio de Janeiro: Bloch, 1988. p. 441.

14 KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 1985 (Coleção Obra-Prima) p. 68.

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jul. 2010.

Comungando desse entendimento, o civilista brasileiro João Baptista Villela, sopesando os bens iminentes da pessoa vida e liberdade, sustentou que “só a liberdade faz da vida um valor caracteristicamente humano”.¹⁶

Ao descrever a liberdade como direito primário, Bobbio distinguiu o termo em “liberdade para” e “liberdade de”:

Essa última categoria de direito é chamada de direitos econômicos e sociais, cujo escopo, ademais de reafirmar sua dignidade, é concorrer para o livre desenvolvimento da sua personalidade. Por sua vez, a ‘liberdade para’ atribui ao indivíduo não só a faculdade, mas também o poder de fazer. Se houvesse apenas as liberdades negativas, todos seriam igualmente livres, mas nem todos teriam igual poder. Para equiparar os indivíduos, quando os reconhecemos como pessoas sociais, inclusive no poder, é necessário que sejam reconhecidos outros direitos, como os direitos sociais, os quais devem pôr cada indivíduo em condição de dispor do poder de fazer aquilo que é livre para fazer¹⁷.

Voltemos o foco para o período pós-abolição. Uma vez libertos e largados à própria sorte sem a mínima condição de igualdade com os brancos daquela sociedade, em cujo seio, por esse motivo, não foram inseridos, os ex-escravos não encontraram meios de gozar do direito às liberdades, anunciada por Bobbio – “para” e “de” – eis que absolutamente desprovidos de direitos sociais (de) e, assim, desprivilegiados quanto a qualquer espécie de poder (para).

Se a liberdade concedida de direito fez-se desacompanhar de concretude social, não há que se falar em liberdade de fato, de igualdade entre as pessoas, tampouco do reconhecimento da dignidade da pessoa humana dos escravos libertos.

Tais circunstâncias redundaram em desrespeito a um terceiro e não menos importante valor ético da primeira geração de direitos humanos: a igualdade.

Prevista no § 2º do art. 72 da 1ª Carta da República de 1981, a igualdade entre as pessoas foi elevada a preceito constitucional nos seguintes termos: “§ 2º Todos são iguais perante a lei”.¹⁸

Três anos haviam se passado após a abolição quando a igualdade foi anunciada aos negros recém-libertos na condição de homens livres, a exemplo dos brancos da sociedade da época. Não obstante a libertação dos escravos ter sido o primeiro passo rumo à igualdade, o livre exercício desse direito foi naturalmente tolhido no cenário pós-abolição nas suas mais diversas expressões: racial, social, política, etc., levando-nos a inferir que ela jamais existiu! Isso porque a isonomia de tratamento só se verifica entre os iguais. Em uma situação de grave desigualdade como aquela em que se encontravam os negros, o princípio da equidade manda tratar de maneira diferente os desiguais.

16 VILLELA, J. B. O novo código civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *Rivista Roma e America: diritto romano comune*, Roma. v. 16, p. 55-64, 2003.

17 BOBBIO, N. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

18 BRASIL. Constituição (1981). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1991. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/Leis1891vlp980/parte-indiceb.pdf#page=7>>. Acesso: 20 ago. 2010.

Equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade. Pode-se dizer, então, que a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o Direito.

Diametralmente oposto ao que se espera da lei justa, os direitos e obrigações dos cidadãos abrangidos pelo dispositivo constitucional foram impingidos a todos sem qualquer distinção.

Disso deriva que, uma vez ferido o *exercício* da liberdade dos negros, lesados restam também os seguintes valores éticos: liberdade, dignidade da pessoa humana e igualdade.

Verifica-se, então, que a liberdade, cujo consectário lógico é a autonomia privada, não pode caminhar à parte da dignidade humana e da igualdade, haja vista que um é pressuposto e instrumento de realização do outro e que entre eles há um entrelaçamento natural.

5. A LEI ÁUREA À LUZ DO POSITIVISMO KELSENIANO E DA JUSTIÇA

Em sua obra *Teoria pura do direito*, escrita no despertar do século XX e posterior, portanto, à abolição, Hans Kelsen releva dois fatores importantes que pertinem à vigência da norma jurídica. O primeiro requisito para a vigência de uma norma jurídica seria a *validade*, que é justificada pela elaboração e a entrada da norma no ordenamento jurídico. Isso significa que, em princípio, a norma retira sua validade de uma norma hierarquicamente superior. Atendido esse requisito, a norma toma entrada no ordenamento e passa a regular os comportamento para os quais ela foi elaborada – *dever-ser*. Mas não basta somente isso. A *eficácia* do comando legal – *ser* da norma – também é pré-requisito para esse comando se tornar válido em sua plenitude. Essa qualidade se refere à aceitação e enquadramento das pessoas para quem a norma se destina. Para Kelsen, uma norma jurídica deixará de ser válida quando duradouramente ineficaz. Assim, o mínimo de eficácia depende da aplicabilidade da norma no mundo fático pelos destinatários finais. Dessa forma, a norma que é colocada à margem pela sociedade e não aplicada pelos tribunais é terminantemente inválida.¹⁹

Noutras palavras, eficácia do Direito, segundo Kelsen, “significa que os homens realmente se conduzem de acordo com as normas aplicadas e cumpridas, porque houve aceitação”²⁰. Embora para o positivista o que distingue a regra jurídica é sua vigência ou validade, a eficácia é atributo da conduta real dos homens e o que interessa aos sociólogos do Direito.

Ainda na seara da filosofia do Direito e transportando o entendimento kelseniano para este estudo, impera-se averiguar se a Lei Áurea reveste-se de eficácia social e, em decorrência disso, de justiça.

Parafraseando Carlos Henrique Bezerra Leite, Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho, que aprofundou o estudo na Teoria da Justiça, “uma norma para ser eficaz deve ser também justa, fim social da norma, dos ordenamentos e do direito como ideal de justiça. O

¹⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁰ KELSEN, 2003, p. 285.

jurista esclarece que há três modos de se examinar o direito: a partir do seu valor ideal – justiça, do seu valor formal –, validade ou do seu cumprimento prático – eficácia”²¹.

No seu turno, Bobbio adverte, porém, que

As três distinções não devem ser concebidas isoladamente, como se fossem compartimentos estanques. Noutro falar, para compreender a experiência jurídica em seus diversos aspectos é preciso levar em conta o ideal de justiça a atingir, as instituições normativas a realizar e as ações e reações dos homens frente a esses ideais e a essas instituições²².

Quanto a esse aspecto, merece destaque a teoria tridimensional de Miguel Reale, citado por Carlos Henrique Bezerra, para quem

é preciso reconhecer-se a essencialidade dos princípios éticos, o que explica o freqüente apelo que se volta a fazer de idéias como equidade, probidade, boa-fé, etc., a fim de captar-se a vida social na totalidade de suas significações para o homem situado ‘em razão de suas circunstâncias’²³.

Dito isso, dado o vasto leque de direitos fundamentais aos quais os negros foram apresentados por meio da liberdade adquirida pela lei abolicionista – *circunstância* –, mereciam também do Estado a aplicabilidade ou, acompanhando o pensamento Kelseniano, a instrumentalidade da norma, garantindo, assim, o mínimo de eficácia no mundo fático pelos destinatários finais.

À luz do conceito de justiça ora esposado é que se pode concluir que, como representante do positivismo, Kelsen trata a questão da eficácia apenas como violação do corte epistemológico, responsável pela exclusão do fato social da análise do fenômeno jurídico, em nome da cientificidade. A questão do direito como fenômeno axiológico-fático é, entretanto, elementar para que se entenda, verticalmente, a relação dos direitos fundamentais como previsões normativas gerais e abstratas, por um lado, e a questão da *eficácia* desses direitos, por outro.

Desta feita, podemos afirmar que a eficácia dos direitos fundamentais dos negros contemplados com a liberdade pela Lei Áurea, retratada pela tela de Pedro Américo (FIG. 3), ou melhor, a implicação dessa norma do mundo dos fatos, não será entendida se não houver um estudo do fenômeno jurídico que se dê também fora das amarras do positivismo jurídico.

6. A REGULAMENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA SOCIAL DA LEI ÁUREA

A razão que mais contribuiu para a chamada “liberdade escravizante” ou, como queiram, para o “fracasso” da abolição, teria sido a falta de regulamentação da Lei imperial n. 3.353/88, norma de complexo conteúdo social que, embora precisa e revestida de eficácia plena, não se preocupou em antever as situações dela decorrentes, tampouco nas consequências da libertação dos escravos, no que resultou em liberdade inarredavelmente dissociada de justiça.

21 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na teoria geral do direito*. São Paulo: LTr, 2000.

22 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 128.

23 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 18 *apud* LEITE, 2000, p. 53.

Anota-se que a lei abolicionista veio ao mundo ainda sob a égide da Constituição de 1824²⁴, que atribuía ao Imperador [*in casu*, representado pela Princesa Isabel] os poderes de Chefe do Poder Executivo, exercitado pelos seus Ministros de Estado. Nesse passo, o art. 102 do diploma em comento, arrolando as atribuições daquele, insculpiu no inciso XII: “expedir os Decretos, Instruções e Regulamentos adequados a boa execução das Leis”, texto cuja íntegra foi, inclusive, seguida pela Constituição de 1988²⁵, competência que decorre do poder regulamentar da Administração Pública.

Havendo previsão legal, pois, poderia o Poder Executivo, caso houvesse preocupação com a boa execução da lei, regulamentar a liberdade proclamada.

Mergulhando na definição de regulamento é que trazemos à baila o conceito do festejado administrativista Hely Lopes Meirelles²⁶, segundo o qual “regulamento é espécie de ato administrativo, explicativo ou supletivo da lei e inferior a ela.” De sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho assinala que “o regulamento é uma norma emanada pela Administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou complementar da lei”²⁷.

Há ainda que se perquirir se a regulamentação da matéria tratada pela Lei Áurea competiria ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, conforme se pretende demonstrar.

Nesse ponto, a manifestação de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de

não serem os regulamentos expedidos pelo órgão encarregado da edição das leis – Poder Legislativo, mas sim pelo Poder Executivo, no exercício de uma das suas funções normativas secundárias, com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública²⁸.

Visando sepultar de vez a discussão sobre o cabimento da função legislativa do Poder Executivo, colocamos a lição de Clèmerson Merlin Clève, que assinala: “A edição de regulamentos, pelo Executivo, só é possível para disciplinar a aplicação das leis que regem relações jurídicas qualificadas pela presença do Estado-poder²⁹.”

Transportando a previsão legal, os conceitos e a doutrina para a lei sob análise, dada que foi promulgada pela Princesa regente, investida, conforme se viu, de poderes de Chefe do Executivo, aliados ao fato de que a lei possuía forte conteúdo social, capaz de criar, num momento estanque, direitos fundamentais a um exército de 720 mil brasileiros negros, não é difícil admitir que caberia ao Estado, sem dúvida, estabelecer com esse contingente fraco da população, relações jurídicas assecuratórias ao exercício dos seus direitos e garantias fundamentais através de um Decreto Regulamentar privativo do Chefe do Poder Executivo.

Considerando que até a presente data os negros engatinham rumo aos direitos primários e secundários adquiridos em 1888, ganha relevo o raciocínio de que a Lei Áurea careceu de regulamento, cuja finalidade seria explicar a lei para sua correta execução, desenvolver os

24 BRASIL, 1824.

25 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, art. 84, IV.

26 MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 391.

27 CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 829.

28 MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 311.

29 CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. p. 283.

comandos legislativos, estabelecer as regras e as providências necessárias ao fiel cumprimento e aplicação da lei pelo Estado, ações que a história não assistiu.

A *contrario sensu*, seria a edição da referida lei sucedida de um decreto regulamentar, de competência do próprio Poder Executivo, o qual, comprometido com a reparação social da escravidão, atrelasse a liberdade recém-concedida aos negros a um mínimo de garantia e benefícios assistenciais que os fizessem sobreviver ao “é declarada extinta a escravidão”, ações afirmativas, por exemplo, a demarcação oficial das terras dos Quilombos como *reserva dos libertos* e o acesso ao trabalho remunerado, à saúde e à educação públicas, interferências administrativas que garantiriam, também e fundamentalmente, a aplicabilidade social da Lei Áurea.

Na atualidade, muitos juristas entendem a aplicação de lei não regulamentada é inconstitucional, sob o argumento de que, ainda que a regulamentação esteja nela prevista, a lei achase desprovida de eficácia. Qualquer ato nela baseado incorre, então, em inconstitucionalidade, uma vez que fere o princípio constitucional da liberdade de agir e da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, válida e eficaz³⁰.

Só o dizendo o Estado, por meio do poder regulamentar de competência da Administração Pública, teriam os destinatários finais da norma meios de cobrar medidas sociais para, de fato, exercerem o direito à liberdade e à justiça.

Vista como fenômeno puramente normativo, eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico. Entretanto, há um segundo sentido de eficácia em direito: o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações ou os valores consagrados no preceito normativo. Nesse caso, a eficácia da norma de Direito é fenômeno que se passa não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos, por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetividade.

Juristas do mundo inteiro envidaram esforços no debate sobre o tema. Para José Afonso da Silva “uma norma pode, destarte, ser juridicamente eficaz, sem, no entanto, ser socialmente eficaz”, como ora queremos provar ser a Lei Áurea. Kelsen³¹ considerou que, “em determinadas circunstâncias, a eficácia da norma é condição da sua própria validade³².” Entre nós, Reale afirmou que “o Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se³³”. Para esse autor, a regra do Direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.

Quanto à eficácia da norma, Tércio Sampaio Ferraz Jr. leciona:

A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos; alguns de natureza fática, outros de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz, ou seja, quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos.

[...].

30 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

31 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Frabris, 1986. p. 177-178.

32 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 55-56.

33 REALE, 1980, p. 112-113.

Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas esse aparelho não existe no mercado nem há previsão para a sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos inexistentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração '*ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém é obrigado a coisas impossíveis'³⁴.

Mutatis mutandi, o exemplo oferecido pelo autor contemporâneo se emoldura perfeitamente ao caso ora trazido à discussão, porquanto a liberdade anunciada pela lei abolicionista prescreveu, com ela, uma gama de direitos que aos quais os negros não tiveram acesso, comprometendo a produção dos efeitos sociais da norma e, assim, sua eficácia.

No afã de tentar justificar a ausência do Estado na regulamentação da Lei Áurea é que se propõe a seguinte questão: será isso consequência exacerbada do Estado Liberal absenteísta, presente no século XIX, que agia apenas em defesa das prerrogativas e garantias do direito de propriedade, sem se preocupar com as demais garantias individuais? Citando Vierkandt, Paulo Bonavides registra:

No liberalismo o valor da liberdade cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse³⁵.

A resposta à questão, segundo Bonavides, se resume no conceito de liberdade, o que aconteceu com os negros libertos pela multicitada lei:

Essa que, no liberalismo só existiria se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais, termina a apregoada liberdade numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.

O problema adquire maior relevo com o advento da 1ª Constituição da República de 1891, promulgada três anos após a abolição, por meio da qual foi inaugurado no Brasil o princípio da igualdade entre as pessoas, que já vigorava na Europa por meio da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "Art. 72. [...] § 2º Todos são iguais perante a lei"³⁶.

Embora o dispositivo já tenha sido esmiuçado neste estudo ao se analisar o conflito dos valores éticos, aqui o trazemos com a finalidade de confrontá-lo com a eficácia social da Lei Áurea.

Isso porque, no momento em que o texto constitucional rompeu o mundo jurídico, persistiam inalteradas as tentativas de sobrevivência por parte dos negros recentemente livres, que, de cativos, passaram a mendigos, cenário diametralmente oposto à igualdade proclamada pelo

34 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199-200.

35 VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart* Zweite verbesserte Auflage. Leipzig: Von Quelle & Meyer, 1921 *apud* BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60.

36 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jul. 2010.

dispositivo transcrito. Esse fato, mais uma vez, suscita o questionamento sobre a plenitude da eficácia do dispositivo constitucional.

Noutro giro, poderia o Estado ter se valido de mais essa oportunidade – promulgação da Constituição – para estabelecer, entre os dispositivos que compuseram a Seção II – Declaração de Direitos –, ou até mesmo no seio das Disposições Transitórias, tratamento diferenciado aos negros libertos.

Apenas a título de ilustração da invocada desigualdade social que desafiou o princípio da igualdade trazido pela Constituição de 1891, registra-se que a mesma Carta que se omitiu em relação aos direitos sociais dos negros, concedeu a D. Pedro de Alcântara, que deixava o cargo de Imperador do Brasil, por meio do qual amealhou incontável fortuna, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garantiu-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente, delegando ao Congresso ordinário, em sua primeira reunião, a fixação do *quantum* dessa pensão³⁷.

Assim, quedando-se inerte a Constituição, os ex-escravos permaneceram contando, tão somente, com a letra fria da Lei Áurea, a qual, tout court, não conseguiu atribuir efetividade social à liberdade, conforme a inspiração da tela de Delacroix (FIG. 4), ou atrelá-la ao princípio da igualdade, postergando, ad eternum, a reparação dos danos relativos aos direitos humanos dos negros.

Como registro histórico vale consignar que somente a Carta Política de 1934, em seu art. 113, veio afirmar a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção de raça³⁸.

7. A TEORIA DA JUSTIÇA COMPENSATÓRIA 122 ANOS DEPOIS E OUTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Já defendemos a tese de que a lei abolicionista padecia de regulamentação, com vistas a salvaguardar a liberdade dos negros aos quais se destinou, com ênfase, sobretudo, nos seus direitos sociais.

Não o fazendo imediatamente após a promulgação da multicitada lei, o Poder Público de 1888 transmitiu ao Estado hodierno o difícil encargo de reparar a omissão do passado, valendo-se, esse, da Teoria da Justiça Compensatória, que se lastreia na retificação de injustiças ou de falhas cometidas outrora contra indivíduos negros, ora por particulares, ora pelo governo.

Segundo assinala Roberta Fragoso Kaufmann, mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB) e atual defensora da teoria sob análise,

o fundamento deste princípio é relativamente simples: quando uma parte lesiona a outra, tem o dever de reparar o dano, retornando a vítima à situação que se encontrava antes de sofrer a lesão. Propriamente dita, a Teoria Compensatória é a reivindicação para que se repare um dano ocorrido no passado em relação aos membros de determinado grupo minoritário. Por meio desta teoria,

37 BRASIL, 1891, art. 7º das Disposições Transitórias.

38 BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

assevera-se que o objetivo dos programas afirmativos para os afro-descendentes seria o de promover o resgate da dívida histórica que os brancos possuem em relação aos negros por havê-los submetidos à escravidão no passado³⁹.

Não obstante revestida de justiça e equidade, a grande crítica que se faz a essa teoria e que ampararia a imposição de políticas afirmativas racialistas, é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, praticaram a escravidão, sob as seguintes alegações: a) torna-se impossível identificar quem seriam os beneficiários legítimos do programa compensatório em um país miscigenado como o Brasil; b) os negros de hoje não são as reais vítimas dos abusos cometidos; e c) eventualmente, podem existir descendentes de escravos que jamais foram tratados como tal.

Com base nessas hipóteses, ofender-se-ia ideias mínimas e elementares da responsabilidade civil⁴⁰.

Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam radicalmente, promove a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade, haja vista que se passaram mais de 500 anos desde o início da escravidão em nosso país.

Tal como posto neste estudo propõe-se, então, que o polo passivo de qualquer medida reparadora de eventuais atos de barbárie cometidos contra os escravos não seja integrado por pessoas físicas que descendam dos antigos senhores daqueles, mas, antes, pelo Estado que, com uma mão, lhes entregou a liberdade e com outra lhes feriu ainda mais a dignidade, ao descuidar da proteção dos direitos fundamentais, o que poderia fazê-lo por meio de um decreto regulamentar. Não o fazendo, potencializou ainda mais a desigualdade e a discriminação racial.

Caberia, então, indenização pecuniária pela omissão legislativa do Estado a título de danos morais, danos materiais e lucro cessante com base no que deixaram os negros de auferir ao longo de mais de 500 anos em que estiveram cativos?

A *quaestio* será analisada aprofundando nas seguintes questões preliminares que se constituem causas extintivas do processo: prescrição, decadência e as condições da ação, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido.

Embora passados 122 anos do *dies a quo* do ferimento do direito ora pleiteado, não se cogita arguir prescrição pela omissão legislativa do Poder Público imperial, porquanto a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XLII, assegura a imprescritibilidade do racismo, discriminação ou preconceito racial, nos seguintes moldes: “XLII – A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”⁴¹.

Na mesma seara está a decadência do interesse dos afrodescendentes em buscarem a justa reparação do Estado, porquanto a decadência começa a correr, como prazo extintivo, desde o momento em que o direito nasce. Ela supõe um direito que, embora nascido, não se efetivou por falta de exercício. Dessa forma, dado que os negros contemporâneos, desde a edição da lei abolicionista, lutam diariamente para se posicionar na sociedade em decorrência da omissão legislativa reclamada, defendemos a ideia de que esse ato continuado resguarda o prazo decadencial.

39 KAUFMANN, R. F. *A política de cotas raciais e a teoria compensatória*. Instituto Millenium, 10 nov. 2009. Disponível em: <www.imil.org.br/artigos/a-politica-de-cotas-raciais-e-a-teoria-compensatoria/>. Acesso em: 20 ago. 2010.

40 KAUFMANN, 2009.

41 BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XLII.

Passando à análise das condições da ação, é indiscutível a aferição, *in casu*, da possibilidade jurídica do pedido. Segundo Frederico Marques, “ninguém pode invocar a tutela jurisdicional formulando pedido não admitido no direito objetivo, ou por este proibido”⁴². Portanto, havendo previsão da reparação de danos no nosso ordenamento pátrio, a providência pretendida pelos interessados estaria assegurada.

Entrementes, não encontra azo no campo da legitimidade passiva *ad causam* do Estado, ainda que pela sua inércia tenha sido o causador do dano social.

Como muito bem ensina a professora Maria Helena Diniz, no caso do Estado,

sendo o dano um pressuposto da responsabilidade civil, será obrigado a repará-lo aquele a quem a lei onerou com tal responsabilidade, salvo se ele puder provar alguma causa de escusa. Assim, de imediato, pode-se afirmar que o réu será aquele que for apontado como causador do dano, isto porque prescreve o art. 927, do CC, que todo aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo⁴³.

Urge investigar a presença dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil: o evento danoso, o nexo causal e a ilicitude do ato, começando por esse último.

Com efeito, considerando-se o contexto histórico liberal absenteísta em que foi editada, a lei libertária não vinculou o Poder Público Imperial à sua regulamentação, ato esse pertencente ao plano da discricionariedade administrativa. Resulta daí a ausência de culpa ou dolo, não havendo dever legal de agir caracterizado pela *faute de service*. Assim, não há que se falar em ilicitude da omissão estatal, o que o isenta de responsabilidade legislativa, conforme ocorre nas hipóteses de edição de leis inconstitucionais em pleno Estado Democrático de Direito.

Para colocar encerrar o assunto, saliente-se, ainda, que a omissão legislativa ensejadora de reparação não se circunscreve às normas programáticas, mas, sim, àquelas definidoras de direitos, as quais, na maioria das vezes, possuem até prazo para edição firmado no texto fundamental.

Desobrigado da reparação civil, conforme restou comprovado, o Estado Social não se isenta, contudo, de aprofundar políticas públicas afirmativas de inclusão social da população afro-brasileira, definidas pelo Ministério da Justiça, como

medidas especiais e temporárias, tomadas pelo Estado e/ou pela iniciativa privada, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Elas caminham no sentido de minimizar e gradativamente reduzir as distâncias sócio-econômicas que permeiam a vida social brasileira, por meio de inclusão e de promoção de uma educação de qualidade, acesso ao ensino superior e um atendimento qualificado em questões de saúde⁴⁴.

Isso porque estudo realizado com base no banco de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), feita anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra que a média de estudo entre os brasileiros brancos é de 7,7 anos, contra 5,8 anos para os negros. Ainda há um abismo entre negros e brancos no índice de analfabetismo:

42 Cf. MARQUES, J. F. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978.

43 DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7, p. 144.

44 BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião dos 120 anos da abolição dos escravos*. Disponível em: <www.cnbb.org.br>. Acesso: 20 ago. 2010.

16% dos negros maiores de 15 anos são analfabetos, enquanto o problema atinge apenas 7% dos brancos na mesma faixa etária⁴⁵. Mas as diferenças não param por aí. Em relação ao mercado de trabalho, as mulheres, mormente as negras, possuem rendimentos mais baixos que os dos homens e, ainda que em média tenham níveis de escolaridade mais elevados, seguem enfrentando o problema da segmentação ocupacional, que limita seu leque de possibilidades de emprego, afirma um recente estudo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ligada à Organização das Nações Unidas (ONU). Quanto à criminalidade, constatou-se que dos homicídios dolosos contra menores, 54% das vítimas eram menores negros e 33,9% eram brancas, inserindo-se as restantes a outras categorias. Da população dos presídios, 68% das pessoas presas têm menos de 25 anos de idade, sendo que 2/3 são negros e mulatos⁴⁶.

Dito isso, se não houver políticas públicas e as denominadas *affirmative actions* voltadas para a reversão do atual quadro de exclusão social nas diversas vertentes sociais, as diferenças raciais tendem a se perpetuar.

A título de exemplo de ação do Poder Público em favor dessa reparação, merece destaque a Constituição do Estado da Bahia⁴⁷, que inseriu no seu Capítulo XV, que regula a cultura estadual, o dever em preservar e garantir a integridade, a respeitabilidade e a permanência dos valores da religião afro-brasileira (art. 275 e incisos).

Há que se frisar que a reclamada compensação refere-se não somente à decisão de subjugar a raça negra ao trabalho escravo no Brasil, mas, sobretudo, à omissão legislativa do Poder Público que não cuidou, ao longo dos 122 anos de abolição da escravatura, de regulamentar a liberdade anunciada pela Lei Áurea para lhe conferir eficácia social.

8. CONCLUSÃO

Não se olvide que a Lei Áurea careceu de regulamentação que orientasse, com clareza, o exército negro que deixava as senzalas, omissão que se deu por abstenção estatal no contexto liberal do século XIX ou por absoluta falta de vontade política.

O fato é que, por absoluta falta de eficácia social da norma – *dever-ser* –, os direitos fundamentais dos ex-escravos, inclusive a liberdade proclamada, restaram tolhidos, situação que se arrasta mesmo após o advento de seis Constituições Federais e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, oportunidades históricas em que o país poderia ter assistido à regulamentação da norma em comento, atrelando de vez aquela liberdade à dignidade da pessoa humana, aos direitos sociais e à igualdade.

45 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa nacional por amostra de domicílios* (PNAD). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/default_pdf.shtm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

46 DROPA. Romualdo Flávio. *Direitos humanos No Brasil: a questão negra*. Acesso em: 16 maio 2012. Disponível em: <<http://web-cache.googleusercontent.com/search?q=cache:JULhifhts9oJ:www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosnegra.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=c>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

47 BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*, 1989. Disponível em: <www.mp.ba.gov.br/institucional/legislacao/constituicao_bahia.pdf>. Acesso: 20 ago 2010.

Em decorrência disso, o Estado Democrático de Direito assiste, complacente, às ações afirmativas promovidas a passos lentos pelos poderes públicos nas mais diversas áreas, visando buscar a equiparação dos direitos de brancos e negros.

Entretanto, a luta pela liberdade é um processo histórico, contínuo e instável. O mínimo de liberdade alcançada representa vitória contra a opressão. E cada cultura, cada momento histórico, cada necessidade social haverão de definir o que se entende por liberdade e por opressão.

REFERÊNCIAS

BAHIA, S. J. C. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*, 1989. Disponível em: <www.mp.ba.gov.br/institucional/legislacao/constituicao_bahia.pdf>. Acesso: 20 ago. 2010.

BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BOBBIO, N. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRAICK, R. P.; MOTA, M. B. *História: das cavernas ao terceiro milênio*. São Paulo: Moderna, 2007.

BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião da memória da abolição da escravatura*. 13 maio 2009. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/afro-brasileira/2001-mensagem-da-cnbb-por-ocasio-da-memoriada-abolicao-da-escravatura>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião dos 120 anos da abolição dos escravos*. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/notase-declaracoes/3317-mensagem-da-cnbb-por-ocasio-da-memoria-da-abolicao-da-escravatura>>. Acesso: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição política do Império do Brasil*, 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1891. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/Leis1891vlp980/parte-indiceb.pdf#page=7>>. Acesso: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. In: COLEÇÃO das Leis Império do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. In: COLEÇÃO das Leis Império do Brasil, 1864, v. 1, p. 69. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=93632>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871 – Lei do Ventre Livre. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1871. v. 1, p. 147. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/legimpcd-06/leis1871/pdf17.pdf#page=6>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 3.270, de 28 de setembro de 1885: Lei dos Sexagenários. Regula a extinção gradual do elemento servil. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1885, v. 1. Disponível em: <[www.lexml.gov.br/urn/ urn:lex:br:federal:lei:1885-09-28;3270](http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1885-09-28;3270)>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Leis/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7.

DROPA, Romualdo Flávio. *Direitos humanos No Brasil: a questão negra*. Acesso em: 16 maio 2012. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JUlhifhts9oJ:www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosnegra.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=c>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD)*, disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/default_pdf.shtm. Acesso: 20 ago. 2010.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 1985 (Coleção Obra-Prima).

KAUFMANN, R. F. *A política de cotas raciais e a teoria compensatória*. Instituto Millenium, 10 nov. 2009. Disponível em: <www.imil.org.br/artigos/a-politica-de-cotas-raciais-e-a-teoria-compensatoria/>. Acesso em: 20 ago. 2010.

KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Frabris, 1986.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, C. H. B. *Direito e processo do trabalho na teoria geral do direito*. São Paulo: LTr, 2000.

LIBERDADE. In: NASCENTE, A. *Dicionário da língua portuguesa*: da Academia Brasileira de Letras. Rio de Janeiro: Bloch, 1988.

MARQUES, J. F. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jul. 2010.

REALE, M. *Filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SANTOS, F. C. S. In: CARONI FILHO, G. 13 de maio: da Lei Áurea à essência escravocrata da direita. Disponível em: <<http://www.sinait.org.br/Site2009/index.php?id=5465&act=vernoticias>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SOUZA, E. V. P. Reminiscências em torno do Antônio da Silva Prado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 fev. 1940: Transcrito em: 1.º CENTENÁRIO do Conselheiro Antônio Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946.

VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart*. Zweite verbesserte Auflage. Leipzig: Von Quelle & Meyer, 1921.

VILLELA, J. B. O novo código civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *Rivista Roma e America: diritto romano comune*, Roma. v. 16, p. 55-64, 2003.

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS ESTADOS MODERNOS (ABSOLUTISTAS) NO MUNDO OCIDENTAL

THE HISTORIC CONSTRUCTION OF MODERN
STATES IN THE WESTERN WORLD (ABSOLUTISTS)

BRUNO ALBERGARIA¹

RESUMO

Com este trabalho objetiva-se *iluminar* – com as devidas desculpas do inevitável trocadilho –, via contornos históricos, a construção social e política da sociedade moderna, considerada *moderna* na perspectiva temporal da assinatura do Tratado de Westfália, em 1648; isto é, com o caminhar inicial na Idade Média, com seus feudos e o poderio da Igreja Católica Apostólica Romana até chegarmos ao surgimento dos Estados Absolutistas. Para tanto, observa-se (aqui dito como mero espectador que apenas “observa” a história e não faz nenhuma análise de valor ou tentativa de interferência...) a transição do mundo teocêntrico da sociedade medieval – em que a Santa Inquisição, em nome dos valores divinos, operou um dos momentos mais árduos e intolerantes da vida européia – ao moderno cosmos homocêntrico, estruturado com o discurso filosófico da racionalidade metodológica cética moderna. Percebe-se, pelo contar das (várias) histórias, que as incipientes igrejas – em defesa do seu único Deus – patrocinaram as inúmeras guerras e que a tão almejada paz não poderia ser estabelecida senão pelo retorno do homem ao seu devido lugar e comando. Assim, vê-se surgir, em detrimento do poder de *Deus* (apesar de nunca querer esquecê-lo, ou até mesmo tentar matá-lo, como fez Nietzsche), a paz na Europa, com o fim das Guerras Religiosas e a instauração de Estados laicos, soberanos, e, no palco internacional, de igualdade formal.

Palavras-chave: História. Idade Média. Transição. Modernidade. Estados Absolutistas.

ABSTRACT

This work aims to illuminate – with due apologies to the inevitable pun – via historical outline, the social and political construction of modern society, considered modern from the temporal perspective of the signing of the Treaty of Westphalia in 1648, i.e., from the initial steps of the Middle Ages, with its fiefs and the power of the Roman Catholic Church, until the emergence of the absolutist states. Toward this end, the transition from the medieval theocentric society – in which the Inquisition, in name of divine values, operated one of the most painful and intolerant periods in Europe – to the modern homocentric cosmos structured around the modern skeptical philosophical discourse of rationality. As denoted in the narration of various stories, the incipient churches – in defense of their faith of one God – sponsored numerous wars and the much desired peace could not be established until the return of man to his rightful place and command. Finally, to the detriment of God's power

¹ Doutorando em Ciências jurídicas-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito empresarial. Ex-Diretor de Secretaria da Justiça Federal (TRF 1ª Região). Professor Universitário. Autor dos livros *Direito ambiental* e *a responsabilidade civil das empresas* (2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2005); *Instituições de direito: para cursos de administração, ciências contábeis, economia, comércio exterior e ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 2008, esgotado; *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011, dentre outros. Advogado. E-mail: bruno@albergaria.com.br. Site www.albergaria.com.br.

(despite never wanting to forget Him or even trying to kill Him, as did Nietzsche), peace arrived in Europe, after the end of the Religious Wars and the establishment of secular and sovereign states, and on the international stage, formal equality.

Keywords: History. The Middle Ages. Transition. Modernity. Absolutist States.

1. JUSTIFICATIVA DA ÓTICA HISTÓRICA

Com este trabalho, objetiva-se reconstruir, sob a ótica da História, a formação – e a construção – do conceito dos Estados Modernos e o porquê do surgimento do Absolutismo. Antes, porém, faz-se a necessária defesa da escolha do tema, notadamente sob o prisma histórico.

Em outrora recente, disciplinas como Filosofia, Economia, Sociologia e até mesmo a História, sob o (falso) paradigma da modernidade pedagógica², foram relegadas ao ostracismo intelectual. Isso quando existentes nas grandes dos cursos de graduação. Quando muito, a análise *jus-histórico-filosófica* operava-se restritivamente nos estágios mais avançados dos estudos, notadamente em cursos de pós-graduação (*lato sensu* ou *stricto sensu*, para uma feitura de monografia ou tese) ou até mesmo para a confecção de obra doutrinal acadêmica. Hodiernamente, porém, essas disciplinas estão (re)adquirindo um *status* já na fase de graduação, tendo em vista, também, a necessidade de uma formação mais humanista dos atuais operadores do Direito, em contrapartida da formação ortodoxa de meros contendores dos fóruns.

Assim, os cursos ditos mais modernos têm garantidos em suas grades – com a real importância acadêmica – de outros debates em sala de aula do que somente formas (jurídicas) de resolver lides. E o ressurgimento da filosofia, bem como da história do Direito, é, por assim dizer, um retorno da verdadeira construção humanista de uma carreira bem-sucedida, seja como advogado, seja como concursado (juiz, promotor, procurador, serventuário da justiça, etc.). Ressalte-se que nos atuais concursos, a Filosofia e a História estão, cada vez mais, presentes nos certames.

Com efeito, o que se ora propõe é, pela História, parafraseando Fábio Konder Comparato, sedimentar a afirmação da necessidade de construção do Estado Democrático do Direito³, tomando-se como paradigma e princípios básicos ser o melhor modelo de governo.⁴

Mas para isso deve-se compreender *prima facie* a construção dos Estados Modernos, que em sua primeira versão foi-nos (im)posto como absolutistas.

2 Verifica-se, aqui, um movimento dialético-histórico no qual, no início do século passado, essas cadeiras eram obrigatórias e valorizadas, mas no limiar do novo milênio, com a eclosão – e a democratização – de novas universidades no Brasil, imaginou-se um ensino mais dinâmico, voltado exclusivamente para o mercado de trabalho, sem se preocupar tanto com a formação humanista dos alunos. Contudo, como se defenderá, (re)inicia-se a valorização dessas matérias pelos motivos que serão analisados.

3 Cf. COMPARATO. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

4 A afirmação do “melhor governo” não deixa de ser, também, fruto histórico. Assim, Aristóteles estipulava uma hierarquia entre as formas de governo no qual a ordem da melhor para a pior seria: monarquia, aristocracia, *politeia*, democracia, oligarquia e tirania. Contudo, hoje se decanta pelo Ocidente que o melhor governo são os Estados Democráticos de Direito. (Cf. melhor em CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004; e, também, BOBBIO, Norberto. *L'Età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1989; ARENDT, H.. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Título original: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*; dentre tantos outros)

Isso posto, pode-se afirmar que, indubitavelmente, o ser humano é essencialmente histórico⁵. Uma das grandes diferenças entre o nós – *Homo sapiens* – e os (demais) animais irracionais é a capacidade de recordar, via linguagem simbólica, os fatos da vida. Assim, sabemos de coisas que nem sequer vivenciamos, apenas ouvimos contar. Com isso, aprendemos ou desaprendemos, porém transmitimos, de forma consciente, nossas experiências. Com efeito, mesmo as *histórias* não contadas ajudam a nos formar como seres humanos⁶.

Assim, fala-se que “ninguém é uma ilha”⁷. Isto é, estamos ligados uns aos outros e aos nossos antepassados. O que nos liga aos outros é a linguagem; o que nos liga aos nossos antecedentes é a tradição, ou seja, o que nos foi transmitido. Nada seríamos sem o trampolim da História, contada ou não. A História não contada é inconsciente; nem temos a percepção de sua importância na nossa formação, porém, certo é que atua de forma incontestável na construção do mundo atual. A História contada nos dá a clarividência do que nos tornamos. É luz; ilumina o caminho que percorremos. Mostra, com os erros e acertos já vividos, o que devemos – ou deveríamos – ser⁸.

Os animais irracionais podem até transmitir um “saber fazer” por meio de suas gerações. Mas esses animais têm tão somente o instinto. Com efeito, não têm percepção consciente da transmissão de *know how*. Nós, humanos, o temos, e isso faz toda a diferença. Somos, ao mesmo tempo, observadores e atores da História. É, nos dizeres de Niklas Luhman, autorreferenciais da nossa própria condição humana⁹. Talvez do mais de todos os sistemas autopoieticos. Temos consciência, pela comunicação, ou seja, sabemos da importância dos fatos em nossa vida e, munidos desses conhecimentos, tentamos modificar tudo aquilo que não nos agrada ou que simplesmente achamos que podemos fazer melhor. Por isso, devemos ouvir as *histórias*, ou seja, senti-las (no original luhmaniano, *sein*).

Mas podem perguntar os jovens de hoje: “Para que ouvir as histórias de tempos tão antigos se a modernidade de hoje é tão marcante e voltada para o futuro? Não será perda de tempo?” A resposta é: não, de forma alguma. Afinal, como já visto, somos fruto dessas histórias, queiramos ou não. Dessa forma, a modernidade de hoje é fruto de “algo” que aconteceu no passado que nos propiciou, em nossa era, sermos tão *científicos*, *modernos* e *futuristas*. Novamente se faz necessária a autorreferência sistêmica como construção dos paradigmas mais elementares do (atual) Direito, qual seja, a formação (histórica) dos Estados Democráticos de Direito, base sedimentar para todo e qualquer “outro” Direito.

Com efeito, para alguns filósofos, a História é como se fosse uma linha reta, em direção ao desenvolvimento uniforme – mesmo que às vezes tenha alguns tropeços nessa evolução –, rumo a um estado sempre mais perfeito. Em linguagem metafórica, diz-se o *trem da História*, como se a História andasse em algum trilho imaginário rumo ao desenvolvimento. À primeira

5 Faz essa afirmação inclusive como dimensão antropológico. (Cf. TITIEV, M. *Introdução à antropologia cultural*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 9. ed. 2002)

6 ALBERGARIA, B. *Histórias do direito: evolução dos fatos, pensamentos e leis*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10.

7 Frase atribuída ao poeta inglês John Donne, no original e na íntegra: *No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as if a manor of thy friend's or of thine own were; any man's death diminishes me, because I am involved in mankind, and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee.* [DONNE (15721631). *Quotes.net*. STANDS4 LLC, 2011. Disponível em: <<http://www.quotes.net/quote/3018>>. Acesso em: 4 maio 2011.]

8 ALBERGARIA, 2011, p. 10.

9 Cf. LUHMANN. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1-2; MIRANDOLA. *De hominis dignitate oratio*. 1486. Disponível em: <www.parodos.it/oratio_de_hominis_dignitate.htm>. Acesso em: 4 maio 2011.

vista, fazendo uma análise das ciências exatas, pode-se deixar induzir por essa ideia. Afinal, ninguém duvida de que o homem está em franco desenvolvimento tecnológico-científico: do domínio do fogo à criação da roda, do carro, do avião, dos foguetes, dos voos espaciais, da chegada do homem à Lua e do projeto de ir à Marte; das ferramentas primitivas às mais novas tecnológicas robóticas; das primeiras inscrições nas cavernas à *internet*; das fundições primitivas da idade dos metais às modernas mineradoras¹⁰.

Enfim, até mesmo em nossa vida percebemos, a cada dia, um crescente desenvolvimento científico que ninguém sabe aonde vai parar; se é que em algum dia a ciência se estabelecerá. Muitos aprenderam a utilizar os teclados nos cursos de datilografia; a *internet* é um fenômeno de pouco menos de 20 anos. Hoje, ninguém imagina como seria a vida sem o *windows*, o *e-mail*, os *browser's* de navegação, o Google, e o Facebook. Vinte anos, em termos históricos, é insignificante. Nunca, na História da humanidade, a aceleração do tempo foi tão sentida. É o que se chama de *hipermodernidade acelerada*¹¹.

Mas ficam dúvidas: Será que as Ciências Sociais também acompanham esse desenvolvimento? Será que a humanidade, como ser histórico-social, também se desenvolve em linha reta sempre em rumo ao desenvolvimento? Ou será que às vezes as evoluções sociais ficam estacionadas no *tempo, quiçá não retrocedem*? Frequentemente, os pensadores se debruçam sobre o tema, mas ainda não se tem uma resposta definitiva.

Hegel e Marx¹², dois grandes pensadores modernos, afirmam que o progresso social é uma das características humanas. A História, cada qual dentro de sua perspectiva, seria um elemento que induziria o homem ao seu desenvolvimento certo, como se fosse um plano racional a ser implementado aos poucos. Por essa visão, é comum até mesmo falar em “infância, adolescência, fase adulta e velhice da História dos povos”¹³.

Há pouco tempo, o autor norte-americano Francis Fukuyama chegou a proclamar que o “fim da História” tinha chegado¹⁴. Defendia que o capitalismo e a democracia, juntos, formariam o sistema social mais perfeito que o homem pode inventar. Por isso, nada mais de novo deveria acontecer na visão das Ciências Políticas.

Contudo, para outro pensador alemão Schopenhauer¹⁵, a História não seria linear. Ele aduz que a História apenas nos fala da vida dos povos e que só sabe nos contar sobre guerras, revoltas e sofrimento. Assim, continua Schopenhauer, a vida de todo indivíduo é uma contínua luta, não apenas uma luta metafísica, com a necessidade de vencer o tédio (diário), mas, uma luta real com os outros indivíduos. A cada passo, encontra-se com o adversário, vive-se uma guerra contínua e, finalmente, morre-se. Dessa forma, a História seria um acaso cego, sem previsão. O progresso social seria, apenas, uma ilusão.

Certo é que para entendermos quem somos, como pensamos e sentimos, é necessário, como dito, que tenhamos consciência da nossa História, do nosso passado. E, assim, quem

10 Cf. ALBERGARIA, 2011.

11 Cf. melhor sobre o tema em: LIPOVETSKY, G.; CHARLES, S. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

12 Cf. MARX, K. *O capital*. Tradução de Paul Singer. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (Os Economistas). Título original: *Das Kapital*.

13 Cf. SMITH, A.. *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1-2.

14 Cf. FUKUYAMA, F. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Maria Goes. Lisboa: Gradiva, 2007.

15 Cf. SCHOPENHAUER, A. *Die Welt als Wille und Vorstellung*, 1918. Versão utilizada: *O mundo como vontade e representação*. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2005.

sabe, poderemos antever um pouco o nosso futuro. Devemos aprender com a História o que o homem já fez e deu certo para repetir esses atos. E devemos aprender o que deu errado e tentar evitar esses erros. É óbvio que quem não conhece a História pode continuar repetindo os mesmos erros e esquecer os acertos. Sem a transmissão do conhecimento, nunca haverá qualquer tipo de desenvolvimento¹⁶.

Importante destacar que o Direito é a própria História da nossa humanidade. Não há como separar os dois elementos. Apesar de a História poder ser vista por várias facetas, tais como pelas artes, pela culinária, pela filosofia, pela medicina, pelo desenvolvimento científico e tecnológico, é justamente pela noção jurídica dos povos que se tem uma correta interpretação do *mundo* pretérito e de cada cultura¹⁷.

Dessa forma, o conhecimento da História serve para nos revelar e iluminar o *nosso caminho* para o futuro. Ao compreendermos como nos formamos, poderemos tentar nos entendermos melhor e, assim, construirmos um futuro melhor. Ou seja, só por meio do conhecimento da nossa História, com os seus erros e acertos, poderemos caminhar para o desenvolvimento social previsto por Marx e Hegel. Sem o conhecimento do passado, as sociedades andam ermas, podendo sempre repetir os mesmos erros, como previu Schopenhauer. É a nau sem rumo.

Portanto, não devemos apenas olhar para o passado de forma *desinteressada* do presente. De nada adianta saber se o conhecimento não for corretamente utilizado. Como afirmou Descartes¹⁸, conversar com a História de outros séculos é quase o mesmo que viajar. Naturalmente é bom saber alguma coisa dos costumes dos povos a fim de julgar melhor nossos próprios hábitos. Mas, quando dedicamos tempo demais a viajar, acabamos nos tornando estrangeiros em nosso próprio país, ou pior, no nosso próprio tempo; de modo que, quem é muito curioso nas coisas do passado, na maioria das vezes, torna-se ignorante das coisas do presente. Pascal¹⁹, outro grande filósofo, concordava com Descarte e afirmou, certa vez, que a História deve ser respeitada, mas não venerada.

Assim, devemos ter sempre um olho para o nosso passado, para a nossa História, mas sabendo que estamos com os pés no presente e o outro olho em direção ao futuro.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE MODERNA

Após essas breves palavras em defesa do estudo da História, mister se faz a análise do segundo tópico proposto, qual seja, a construção dos Estados Modernos.

A transição do sistema teocrático feudal, característico da Idade Média, para os Estados Modernos operou-se por vários fatores. Assim, algumas descobertas tecnocientíficas foram determinantes para o surgimento de uma nova forma de pensar (filosofia) e de construir novas normas de conduta (Direito) para o mundo ocidental.

16 ALBERGARIA, 2001, p. 10.

17 ALBERGARIA, 2011, p. 10.

18 Cf. DESCARTES, R. *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences*. Leiden, Holanda: Ian Maire, 1637.

19 Cf. PASCAL, B. *Pensée*. Paris: Guillaume Desprez, 1660.

Podem-se destacar as grandes navegações: a chegada de Cristóvão Colombo às Américas, em 1492; a descoberta do caminho marítimo da Europa para o Extremo Oriente, por Vasco da Gama, em 1498; e, ainda, a circunavegação do Globo Terrestre por Fernão de Magalhães, em 1518-1522.

Outros acontecimentos também marcaram essa época. Na Itália, surgiu o movimento Renascentista. O Teocentrismo (Deus como centro de todas as coisas) começou a ceder lugar ao Antropocentrismo/Humanismo/Racionalismo (homem no lugar de todas as coisas) com a volta do pensamento grego clássico²⁰. Principalmente por causa da nova classe que acumulava riquezas com o comércio – e não mais com terra –, observou-se também, no Renascimento, a transição entre o regime feudal para o regime capitalista, iniciada com o movimento mercantilista.

Com o deslocar da economia agrária (feudal) para o insipiente capitalismo, porém, clamava-se uma nova forma de organização social, com a necessária construção dos Estados.

A natureza humana passava a ser fator de análise e debates nas academias²¹. O que antes, na Idade Média, se limitava a questões divinas, no Renascimento, o tema de investigação voltou a ser o homem²². Por isso, a identidade grega foi invocada. Dessa forma, para os renascentistas, as questões humanas deveriam ser respondidas pelos homens, e não mais por Deus, por meio da Igreja Católica. Com efeito, descobrir esse novo homem, bem como a melhor forma de governo, era a meta dos pensadores renascentistas iluministas.

Assim, o homem, pelo intelecto (racionalidade), poderia compreender seu ser, sua essência, que era sua dignidade. Dessa forma, o homem poderia admirar o mundo (sem necessariamente se sentir culpado por isso), cultivar as belezas naturais e culturais. Era considerado um otimista em relação ao mundo – principalmente em oposição dialética ao mundo pessimista medieval.

Obviamente que o homem renascentista não poderia (e nem desejava) negar a Deus. Ademais, caso tentasse fazer isso, ainda seria julgado pela Santa Inquisição. Por isso, tentava reunir a fé e os preceitos religiosos às novas ideias humanistas. Era o início de um mundo mais eclético.

Enfim, pode-se dizer que o renascimento, apesar de o homem daquela época se autorreferenciar aos gregos, foi muito mais do que isso. O conhecimento foi elevado à categoria de importância máxima.

Em outras searas que também vieram sedimentar a queda da Igreja Católica como monopólio do saber, estão também as descobertas astrológicas. Assim, a Igreja sempre afirmou que Deus fez o homem à sua imagem e semelhança. Portanto, tudo o que existia ao seu redor foi feito por Deus para satisfazê-lo. Ao homem, conseqüentemente, competiria dominá-lo e conquistá-lo²³. Por causa disso, o homem deveria ocupar um lugar central na Terra, que deveria ocupar um lugar central no mundo. Nada feito por Deus era periférico ao homem e nem a Terra poderia

20 O próprio nome “Renasascimento” deu-se por causa da revalorização das referências culturais da Antiguidade clássica. O homem europeu começou a negar a Idade Média e tentou se aproximar – *re-nascer* – daqueles princípios que nortearam a Grécia Clássica: o retorno do homem como centro de todas as coisas; a palavra que mais caracteriza esse pensamento é o *humanismo*, com seus corolários antropocentrismo, racionalismo, individualismo e, também, certa dose de otimismo. (Cf. ABERGARIA, 2011)

21 Como exemplo, o pensador Pico della Mirandola (1463-1494), que pela primeira vez escreveu sobre a dignidade do homem no livro *De hominis dignitate oratio* (“Discurso sobre a dignidade do homem”), em 1486. Pico della Mirandola, estudioso do direito, da filosofia e da teologia, defendia que Deus tinha criado o homem, mas a grande diferença entre o homem e os outros seres era a capacidade de aprender sobre si mesmo e sobre a natureza das coisas. (Cf. ABERGARIA, 2011)

22 ALBERGARIA, 2001, p. 133.

23 BÍBLIA SAGRADA. *Genêsis*, 1,26; 1,27; 1,28, por exemplo.

ser periférica em relação ao mundo. No Egito, o astrólogo Ptolomeu (90-168 d.C.) defendeu que o mundo era geocêntrico, isto é, a Terra era o centro do universo e o Sol girava ao redor dela, bem como todos os astros e estrelas. Era essa a teoria defendida também pela Igreja.

Nicolau Copérnico²⁴(1473 – 1543), porém, desenvolveu a Teoria Heliocêntrica. Afirmava – e tentava provar via a matemática e física – que não era a Terra que girava ao redor do Sol, mas justamente o contrário: a Terra é que girava ao redor do Sol. A teoria de Copérnico foi confirmada – com algumas alterações e correções – por Galileu Galilei (1564 – 1642), que, para não sofrer as consequências da Santa Inquisição, após um longo processo, foi condenado a abjurar publicamente suas ideias e à prisão por tempo indefinido²⁵.

Com a prisão de Galileu, verifica-se claramente uma ruptura entre ciência e fé, apesar de Galileu ser católico. Assim, os livros de Galileu foram incluídos no *Index*, censurados e proibidos.

A questão, porém, não era “apenas” sobre teorias astrológicas, mas, sim, de fundo filosófico. Como a Igreja Católica Apostólica Romana sempre sustentou que a Terra era o centro do Universo (Teoria Geocêntrica) e a ciência estava comprovando outra verdade, surgiu um questionamento difícil de ser solucionado pela teologia: se a Igreja errou em um ponto tão importante e central, não poderia ter errado em outros assuntos? Será que os homens não deveriam buscar as “verdades” de outra forma?

3. A CONSTRUÇÃO DO RACIONALISMO DE RENÉ DESCARTES (*RENATUS CARTESIUS*)

Assim, com a percepção de que o mundo não era explicado (pelos menos *in totum*) pela religião – leia-se “dogmas e fé” – e que a Igreja também errava, surgiram novas tentativas na busca da verdade. Afinal, se a Igreja tinha errado em tantos assuntos, será que também não poderia estar errada nas questões das ciências?

Por isso, o mundo renascentista não se estruturava mais somente nos dogmas da fé. Dessa forma, surgia o desejo de construir uma nova “ordem”, baseada na racionalidade, ou seja, na razão através do pensamento lógico.

Nessa concepção, destaca-se um dos maiores filósofos da modernidade: René Descartes²⁶ (1596-1650). Por isso Descartes é considerado um dos fundadores da filosofia moderna, na qual sedimentou toda a Revolução Científica da modernidade. Criou um método científico para a busca da verdade: *ceticismo racionalista*, que, segundo suas próprias palavras, seria “a ideia de um método universal para encontrar a verdade.”

A ideia de Descartes consistia na *autoridade da razão* em vez da autoridade eclesiástica. Assim, devemos explicar as coisas pela razão e não porque a Igreja (ou Deus) diz. Como todo

24 COPÉRNICO, N. *De revolutionibus orbium coelestium* (“Da revolução de esferas celestes”). Nuremberg: Johannes Petrejus, 1543. Esta obra foi publicada no ano de sua morte.

25 Diz a lenda que, ao sair do tribunal após a sua abjuração, isto é, se retratar publicamente, Galileu Galilei disse uma frase célebre: *Eppur si muove!*, ou seja, “Contudo, ela se move”. Interessante observar que Galileu Galilei somente foi absolvido pela Igreja Católica em 1999. (Cf. ABERGARIA, 2011)

26 Cf. DESCARTES, R. *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la verité dans les sciences*. Leiden, Holanda: Ian Maire, 1637. Essa foi sua principal obra.

o pensamento anterior era baseado na credence religiosa, Descartes propôs a *dúvida universal*: deve-se duvidar de tudo, e somente o que pode ser comprovado é que deve ser aceito como verdadeiro. Em *suma capita*, seu método, para se chegar a uma verdade, consiste em: i) obter a informação daquilo que se quer ter como verdadeiro, ou seja, não aceitar *a priori* a verdade, ou seja, partir do pressuposto de que não é verdadeiro: cepticismo; ii) análise: dividir o assunto em tantas partes quanto possível e necessário, pois assim a verdade fica mais fácil de ser obtida; iii) síntese: após a divisão dos assuntos, começar a provar os mais fáceis e, a partir daí, elaborar as conclusões progressivamente, de forma abrangente e ordenada, ou seja, parte-se de objetos mais simples e fáceis até os mais complexos e difíceis.

Como efeito, para Descartes, tudo tem que ser provado: não basta ser alegado. Ao elevar a última instância a sua linha de pensamento, ele chega à dúvida máxima do seu método: se tudo tem que ser provado, como faço para provar a própria existência (o que se considera na filosofia como *prova ontológica*)?

A prova da própria existência se dá também pelo raciocínio cético. Afinal, se alguma coisa questiona (existo ou não existo) é porque essa coisa existe! Pelo menos no pensamento questionativo, porque o “nada” não questionaria. A frase é famosa: *Cogito ergo sum* (“Penso, logo existo”).

Finalizando, para Descartes toda a ciência deveria ser estruturada no seu método cético. Uma tese só pode ser considerada válida se for comprovada. Um novo mundo estava para ser (re)descoberto e (re)criado, notadamente nas questões político-sociais.

Conforme visto, a Igreja Católica já se encontrava em “certo estado”, pré-crise, antes do surgimento da cisma religiosa. Os motivos para isso eram muitos, Além dos já analisados, podem ser citados, ainda, a peste negra; o avanço da ciências, comprovando versões diversas da oficial; o injusto sistema jurídico da Santa Inquisição; a incoerência da Igreja no qual pregava a pobreza, mas o alto clero, incluindo aí até mesmo o Papa, vivia em opulência e riqueza; dentre outros fatores.

Nesse contexto de descontentamento do povo e de desconfiança nas próprias instituições, surgiu o alemão Martinho Lutero (1483-1546). Formado em Teologia católica, Lutero foi ordenado padre, porém não concordava com vários pontos fulcrais da Igreja Católica. Inicialmente, propôs várias reformas dentro da Igreja Católica. Tentou, por diversas vezes, convencer o próprio Papa de que a Igreja Católica deveria retornar aos seus paradigmas primitivos, em que a pobreza e a humildade seriam o ponto central da verdadeira Igreja. Por isso, combatia a venda de indulgências e ab-rogação do celibato do clero.

O Papa João X, porém, para construir a monumental basílica de São Pedro instituiu as indulgências por meio dos dízimos. Quem desse mais dinheiro à Igreja era prometido o “reino dos céus”. O que se via, naquela época, era uma verdadeira “venda de pedacinhos do céu”. A venda das indulgências, com garantia da alma ir para o céu, fez com que Martinho Lutero se revoltasse ainda mais contra a Igreja Católica.

Assim, certo de que poderia convencer o Papa do erro das vendas das indulgências, Lutero partiu para Roma, na tentativa de uma audiência com o Papa. Mas, ao chegar no Vaticano, ficou mais revoltado com tamanha opulência. Ao retornar para a Alemanha, em julho de 1520, incitou os nobres a confiscar os bens da Igreja. Obviamente foi excomungado pelo Papa Leão X. Em dezembro do mesmo ano, o ex-padre queimou em praça pública a bula papal de sua excomu-

nhão. Era o início da Reforma Protestante, com o questionamento e a quebra do monopólio religioso da Igreja Católica Apostólica Romana na Europa²⁷.

Para evitar ser condenado pela Santa Inquisição, ficou exilado no castelo de Wartburg, na Alemanha, por ter proteção da população local. Aproveitando o cárcere privado, traduziu a Bíblia para o alemão, o que era proibido pela Igreja. Somente o clero é quem poderia ler a Bíblia, em latim. Afinal, a língua que Deus falava era o latim, o que dava um monopólio da Igreja Católica sobre as palavras de Deus.

Com a tradução de Lutero, o monopólio da “palavra de Deus” caiu e todos puderam ter acesso às leis de Deus. Lutero ainda negava o cargo de sumo magistério da nova igreja – protestante – que, mesmo não querendo, acabou por criar. Mister se faz esclarecer que não era intenção de Martinho Lutero criar uma nova igreja, mas reformar a Igreja Católica ao seu modelo primitivo.

Com o movimento da cisma religiosa provocada por Lutero e mediante sua negativa em ser o único a ler e interpretar (oficialmente) a Bíblia, outros pensadores também influenciaram novas interpretações, com a abertura de novas igrejas. Dentre eles, pode-se destacar Calvino (1509-1564), teólogo francês, que, assim como Lutero, lutou contra a hegemonia da Igreja Católica.

Para Calvino, a Igreja Católica estava completamente corrompida e não havia solução. Por isso, entendeu que não havia como reformá-la (como pretendia Lutero) e fundou uma nova igreja, que teve grande apoio na Suíça e nos Países Baixos, chegando a fundar um Estado Teocrático.

Outro fator importante para a quebra da hegemonia da Igreja Católica Apostólica Romana foi o cisma da Inglaterra. O rei da Inglaterra, Henrique VIII (1491-1547), era casado com Catarina de Aragão, mulher de grande prestígio perante a população e o próprio rei, que, apesar de não amá-la, tinha-lhe muito respeito (para os padrões da época). Como Henrique VIII queria se casar com sua amante, Ana Bolena, o rei pediu o divórcio ao Papa Clemente VII.

Porém, o Papa recusou o pedido de divórcio. Entre matar a atual esposa, Catarina de Aragão ou recusar a se casar com Ana Bolena, Henrique VIII resolveu romper com o Vaticano e criou uma nova igreja, a Igreja Anglicana. Como chefe da nova igreja, permitiu o divórcio e assim fez: separou-se de Catarina e casou-se com Ana Bolena, apesar de, para Catarina, extremamente católica, nunca ter aceitado a separação.

Apesar da tentativa da Igreja Católica em fazer a Contrarreforma, promovida, principalmente, pelo Concílio de Trento e pela Companhia de Jesus, fundada por Inácio de Loyola, com a Escolástica Tardia, a hegemonia religiosa estava quebrada.

Dessa forma, várias outras religiões se apoderavam do território europeu²⁸. Como se percebe, o Sistema Feudal e o domínio da Igreja Católica, definitivamente, estavam em crise. A peste negra e a fragmentação da Igreja Católica com o surgimento do Protestantismo e do Calvinismo, bem com a descrença do saber absoluto divino e o retorno ao pensamento científico, quebraram o monopólio da Igreja Católica e o enriquecimento da nova classe social, a saber, a burguesia, operava uma profunda mudança em toda a sociedade da época.

27 Cf. ALBERGARIA, 2011.

28 Cf. ALBERGARIA, 2011.

De outra forma, cada Igreja (católicos, protestantes e calvinistas) postulava ser o detentor do único Deus (Verdade-UnaUniversal)²⁹. Dessa forma, os povos tentavam impor a sua religião ao outro, inclusive como medida de auto-salvação. A própria Bíblia prega, dentre tantas outras passagens:

Eu lhes darei poder para dominarem os povos daquelas terras, e vocês irão avançando e os expulsando. Não façam nenhum acordo com eles nem com os seus deuses.

Não deixem que esses povos vivam na terra de vocês. Se deixarem, eles farão que vocês pequem contra mim. Se vocês adorarem os deuses deles, isso será uma armadilha mortal para vocês³⁰.

Deve-se observar que todas as igrejas europeias utilizavam a Bíblia como suporte doutrinário. Portanto, cada uma achava que o seu Deus era o único e verdadeiro, por meio do qual, para a salvação e bênção, deveriam combater e destruir a outra Igreja. Não havia outra saída senão uma guerra entre as religiões. Assim, a guerra religiosa acabou instalando-se na Europa: foi a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), uma das guerras mais violentas e sangrentas da história da Europa.

Percebendo que por meio da pregação da palavra de Deus nunca se iria chegar a paz, um novo sistema deveria ser construído na Europa. A ideia de construção de Estados eclodia no pensamento do homem ocidental como forma de combater o antigo sistema.

4. NOVOS PENSADORES QUE DEFENDIAM O ESTADO-NAÇÃO (ABSOLUTISTA)

Influenciados pelos pensamentos racionais de Descartes, a política e a filosofia tentaram desvincular-se da religião. O poder de governar deveria ser do governante, e não da Igreja. Com isso, a doutrina *jusfilosófica* se aproximou da criação de Estados, fortes, em que os governantes deveriam ter mais poder do que o papado.

Dentre esses pensadores, um dos mais importantes foi Maquiavel³¹. Defendia um Estado forte, em que o governante deveria visar à estabilidade interna e à independência externa; em sua obra, pela primeira vez, utilizou-se a palavra “Estado”. Por isso, defendia que ao monarca tudo era permitido (construção teórica do absolutismo). Assim, a famosa frase “os meios justificam os fins” – que muitas vezes é levada ao extremo – tornou-se usual nos meios políticos até hoje.

Na obra *O príncipe*, Maquiavel, desvenda os reais interesses dos governantes, quais sejam, de tomar o poder e se manter nele. Novamente a ideia de que “os meios justificam os fins” é observada na obra de Maquiavel; o governante deve fazer tudo para se manter no poder, mesmo

29 Essa afirmação é encontrada em várias passagens da Bíblia. (Cf. BÍBLIA SAGRADA. Êxodo 20, Deuteronômio 6.4, Isaías 37, 20 e 45.18)

30 BÍBLIA SAGRADA. Êxodo 23, 27.

31 Niccolò di Bernardo dei Machiavelli nasceu na região da Itália, em 1469, e faleceu em 1527. Sua principal obra, *O príncipe – Il principe* –, foi escrita em 1513 e publicada em 1532. (Cf. MAQUIAVEL. *Il principe* ou *De principatibus*. Florença. Antonio Blado d'Asola, 1532)

que para isso tenha de mentir ou enganar. Maquiavel defendia que o rei tinha de ser racional na busca do interesse do Estado, mesmo com o uso da violência e da mentira, por isso dizia que “um rei deve ser temido e amado, mas, se não puder ser os dois, é preferível que seja temido”.

É o surgimento da *real politicks*. Dessa forma, esse pensador é considerado um dos criadores da ciência política moderna. Por não acreditar na bondade intrínseca do ser humano, é considerado um filósofo político cético quando a bondade natural. Hoje em dia, muito se discute se Maquiavel foi realmente maquiavélico. Será que escreveu sua obra para agradar – e ensinar – a nobreza ou para alertar o povo das práticas dos (maus) governantes?

Outro cientista político que marcou o pensamento da época foi o jurista francês Jean Bodin, que nasceu em 1529 e morreu em 1596. Membro do Parlamento francês, combatia a Igreja Católica por ser calvinista. Assim, desejava que a Igreja Católica perdesse seu poder político. Foi defensor do Estado Absolutista: o rei deveria ter todo o poder para poder governar. Afinal, o rei era rei por vontade divina (teoria do “direito divino do rei”). Se Deus escolheu o rei por meio da hereditariedade, é porque assim queria e não competiria ao homem questioná-lo ou desobedecer-lhe.

Jean Bodin também foi árduo defensor da soberania. Em sua principal obra, *Six livres de la république* (“Os seis livros da república”), que foi publicado pela primeira vez em 1576, defendia que a soberania era um poder perpétuo e (quase) ilimitado. Somente haveria limitações pelas leis divinas, ou seja, pelo direito natural. Mas não entendia que a Igreja Católica fosse a legítima propagadora das ideias religiosas. Com isso, entendia que um Estado Soberano deveria concentrar todos os seus poderes nas mãos dos governantes – reis – que teriam, assim, poderes absolutos.

A soberania, elemento essencial de qualquer Estado, deveria ser conferida ao soberano que, conseqüentemente, iria exercê-la de forma plena e absoluta, tendo em vista até mesmo ser uma vontade divina. Dessa maneira, os súditos devem obediência absoluta ao seu soberano.

Outro jurista de igual importância foi Hugo Grotius³², que aos quinze anos já era formado em Direito, inclusive com doutorado. Atuou em Haia e foi advogado dos mercadores e comerciantes da Companhia das Índias Ocidentais. Justamente por advogar pela Companhia, que pretendia navegar livremente pelos mares, publicou a obra *Mare liberum*, ou seja, “Os mares são livres”, em 1606.

Afirmava que os mares não eram, e nem poderiam ser, apropriados por ninguém. Como a Inglaterra, Espanha e Portugal, os grandes países potências na navegação que tinham celebrado o famoso Tratado de Tordesilhas, dividindo o mundo em Espanha (depois da linha de Tordesilhas) e Portugal (antes da linha), os dois países também pleiteavam a posse e o domínio do mar. Mas com a obra jurídica de Hugo Grotius, acentuou-se que os mares não teriam dono. Assim, qualquer Estado ou Companhia poderia navegá-lo sem problemas jurídicos.

Mais tarde, em 1625, defendendo o princípio do direito natural, publicou a obra *De iure belli ac pacis* (“O direito da guerra e da paz”), no qual defendia a ideia de que os Estados deveriam ser laicos, isto é, não vinculados a nenhuma religião. Entendia que a religião deveria ser uma coisa individual e pessoal, não sendo do interesse do Governante-Estado. Também defendia a soberania: os Estados deveriam ter autonomia para se autogovernarem. Com isso, postulava

32 Huig de Groot nasceu na Holanda, em 1583, e faleceu em 1645.

a igualdade internacional dos Estados. Dessa forma, na ordem internacional, todos os Estados deveriam se respeitar igualitariamente, mesmo que um Estado fosse menor ou tivesse um exército mais fraco, ou, ainda, que fosse mais desfavorecido economicamente.

Pela enorme repercussão de sua obra, notadamente nas questões entre Estados, é considerado (juntamente com o espanhol Francisco de Vitória) o pai do Direito Internacional Público.

O inglês Thomas Hobbes³³ foi um dos filósofos que mais influenciaram o modo de pensar ocidental. Para Hobbes, todo ser humano, no estado natural, é dominador e egoísta. Aliás, o homem tem, para Hobbes, três impulsos básicos: rivalidade, mútua desconfiança e paixão pela glória.

Dessa forma, algumas pessoas sempre tentarão dominar as outras, o que leva à guerra. Uma de suas mais famosas frases, encontradas tanto no livro *Do cidadão* quanto no famoso *Leviatã*, retrata bem o pensamento de Hobbes: *Bellum omnia contra omnes* ("A guerra de todos contra todos"), ou seja, "o homem é o lobo do homem" (*Homo homini lupus est*).

Como diz Hobbes, o eterno estado de guerra não é interessante para o homem, porque produz muita destruição. Os homens devem estabelecer entre si um acordo, ou contrato, no qual uns respeitam os outros, impondo-se limites por meio de normas (mínimas) de conduta. É a teoria do "contrato social". Assim, pelo contrato social cada homem cede um pouco da liberdade pessoal para poder viver em uma sociedade.

Hobbes também defendia o absolutismo, tendo em vista que o povo necessitaria de um soberano com poderes absolutos e centralizados (*Leviatã*) para fazer valer o contrato social com a punição rigorosa daqueles que não o cumprissem. Nesse tópico, Hobbes combateu o poder da Igreja e tentou fortalecer o Estado.

Hobbes, portanto, defendia os Estados Absolutistas (*Leviatã*) como forma de controle social e estabelecia a supremacia do soberano em questões de fé e doutrina³⁴.

5. TRATADO DE WESTFÁLIA: INÍCIO DOS ESTADOS MODERNOS

A Europa estava, portanto, envolvida em guerras religiosas. Os maiores filósofos, políticos e doutrinadores combatiam os dogmas e tentavam restabelecer a paz pela razão, tendo em vista que por meio da religião era impossível obtê-la.

Pela razão (jusracionalismo) o Direito tendia a construir Estados fortes e centralizadores (Estados absolutistas), laicos (sem a interferência religiosa) e soberanos. A ideia de dominação do mundo pelo sacro Império Romano fora demolida. A religião passou a ser uma coisa individual e pessoal. Não competia ao governante tentar impor sua religião aos seus súditos.

Assim, foi celebrado o Tratado de Westfália em 1648, no qual se estabelecia a liberdade de culto, com a consagração dos Estados-nação laicos. A soberania dos Estados foi estabelecida:

33 Thomas Hobbes nasceu em 1586 e faleceu em 1679. Suas principais obras foram: o *Leviatã* (*Leviathan or The matter: forme and power of a common wealth ecclesiasticall and civil*), publicado em 1651. Também em 1651 publicou a tradução (para o inglês) a obra *Do cidadão* (*De cive*, de 1641), com o título *Philosophicall rudiments concerning government and society*.

34 Cf. ALBERGARIA, 2011.

um Estado não pode interferir nas questões de outros Estados. Dessa forma, considera-se o Tratado de Westfália como o nascimento dos Estados modernos.

Logo após o Tratado de Westfália, várias obras de Direito Natural e de Direito Internacional foram publicadas. Na Alemanha, destacou-se o jurista Samuel Pufendorf (1632-1694). Após ser condecorado com o título de Barão passou a assinar Samuel von Pufendorf.

Quase como um precursor de Rousseau, Pufendorf defendia que os indivíduos se associavam – *unio voluntatum* – para formar um Estado – *pactum unionis*, ou seja, estabelecia um contrato de sociedade, ou, no original em alemão, *Gesellschaftsvertrag*. Assim, por meio de ações *a priori*, com o somatório das vontades individuais, se constituiriam os Estados, o que faz remeter alguns anos depois à teoria do “contrato social” de Rousseau. Influenciado pela obra de Hugo Grotius e pelos resultados do Tratado de Westfália, inovou na concepção do Estado do qual tinha uma visão transpersonalista.

Com efeito, aduzia que o Estado seria um ente moral, separado das pessoas que o compõem, formando, dessa forma, uma soberania. Em suma, a formação do Estado começa com a soma das vontades individuais, mas, com o seu estabelecimento, torna-se um ente distinto, com soberania.

Defendia, porém, que não bastava apenas uma convenção. Se assim fosse, correria o risco de desagregar-se por causa das paixões. Dessa forma, para que uma comunidade se tornasse viável, ou seja, durável, seriam necessárias três condições, quais sejam: i) aqueles que se unissem para formar uma comunidade tinham de formar uma multidão razoável; ii) os que entravam em tal comunidade deviam convencionar os meios que utilizariam para a consecução do fim da confederação; iii) o acordo de sentimentos deveria ser sustentado por qualquer receio capaz de reter os particulares que desejassem agir contra a vontade do Corpo.

Na seara do Direito Internacional, cada Estado (nação), conforme sua obra, tinha em comum uma forte ligação, supranacional, justamente por formar a humanidade. Com isso, construiu uma teoria de um direito natural supraestatal, constituindo o Direito da humanidade. Dessa forma, em alguns casos específicos, Pufendorf, assim como Hugo Grotius, defendia a guerra justa. Poder-se-ia fazer uma guerra quando um Estado infringisse certos direitos naturais, ou seja, crimes contra a humanidade.

Influenciado pelo método de Descartes, Pufendorf tentou, por meio de um método científico-matemático, fazer uma política arquitetônica do Direito, aplicando a *ars demonstrandi* às coisas morais. Assim, aduzia que cada parte componente devia ser reconduzida a um axioma formulado matematicamente, no qual importaria reduzir a ciência dos costumes a um sistema tão bem ligado quanto os da geometria e da mecânica. Com efeito, tentou reduzir a ciência jurídica utilizando a dedução, com base nos axiomas, e a indução, com base na observação.

Com isso, procurou conciliar o método sintético com o método analítico, como Galileu havia proposto para as ciências naturais.

Por ter forte inclinação religiosa, afinal era luterano, mas de aguçado senso científico, Pufendorf tornou-se ambíguo quanto à defesa do Direito natural. Do mesmo modo que recusava aceitar um Direito divino, conforme visto, também não aceitava a perspectiva do contratualismo hobbesiano, no qual todas as decisões competiam somente aos homens.

Por isso, defendia que Deus, como autor da lei natural, deveria, também, ser considerado autor das sociedades políticas e, conseqüentemente, da soberania. Dessa forma, Deus havia estabelecido, por meio da lei natural, uma ordem de comandar e de obedecer, segundo a qual aí devia existir, em virtude da própria vontade de Deus e luzes naturais da razão, um poder soberano e independente que não derivava de Deus, mas daquele que o representaria na Terra.

6. CONCLUSÃO

Vislumbra-se, obviamente, que o processo de formação dos Estados (europeus) modernos não se deu do dia para a noite. Foi um processo não somente de transição política, mas também cultural, religiosa, científica e, também, econômica.

Na questão cultural e política, o Estado-nação, apesar de se tornar cada vez mais laico, o clero (Igreja) ainda fazia parte do poder. Quem garantia a sustentabilidade política do governante (rei) era o clero com a teoria do “Rei-Divino”. Deus escolhia uma pessoa para nascer na família real e tornar-se rei.

A ciência, porém, foi-se distanciando da Igreja. Copérnico, Descartes, Newton, dentre outros, produziram uma verdadeira revolução do campo das ciências: o método cético cartesiano tornava-se a base estrutural da nova maneira de se fazer ciência.

Para finalizar o processo de “descrença” e conflito entre ciência *versus* Igreja, o naturalista Charles Robert Darwin (1809-1882) publicou a obra *A origem das espécies* (*On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*), em 1859, no qual propunha a teoria da evolução das espécies.

Pela teoria evolutiva de Darwin, todos os seres vivos – inclusive do ser humano – teriam provido de um único ser, no qual foram, ao longo das gerações, adaptando-se ao meio em que viviam. Por meio da competição pela sobrevivência (seleção natural) cada ser vivo foi-se desenvolvendo até chegar às formas mais complexas de vida. Para completo estarrecimento da sociedade europeia, Darwin chegou a propor que o homem e os macacos provinham de um mesmo tronco da árvore das espécies – em completo afronto com os preceitos criacionistas da Igreja (Deus fez o homem à sua imagem e semelhança do barro, em apenas um dia, bem como a mulher da costela de Adão).

No campo econômico, o mundo europeu também sofria enormes mudanças: o sistema feudal, estruturado na agricultura quase de subsistência, transformava-se gradualmente para o capitalismo, passando pelo mercantilismo, cuja base econômica era o comércio.

Os Estados-nação (absolutistas), nos quais o rei era coroado pelo Papa, fortaleceram e incrementaram, em cada cidadão, os sentimentos de patriotismo e cidadania, mas também fomentaram os sentimentos de disputa entre países, bem como a intolerância com o estrangeiro.

Um dos principais Estados-nação absolutistas do período moderno foi a França.

Com efeito, o período áureo do absolutismo-capitalista (mercantilismo)-francês ocorreu com o rei Luís XIV, o “Rei Sol”, que reinou de 1643 a 1715, que, dizem, proferiu a famosa frase: *L’État c’est moi*, ou seja, “O Estado sou eu”. Contudo, Luís XIV foi um político habilidoso. Fortaleceu a França com um exército bem equipado, desenvolveu um sistema tributário eficiente, fomentou o comércio e fez grandes obras. Com isso, a França se tornou um dos países mais ricos da Europa.

Como cediço, nem todos os reis foram iguais a Luís XIV: o absolutismo, como já previra Maquiavel, no qual advertia sobre os cuidados que se deveriam ter com a concentração de Poder Público, criou duas classes que não trabalhavam, mas que consumiam, quais sejam, o clero e a nobreza.

Com o passar dos tempos, os problemas dos Estados absolutistas foram se agravando. Outras teorias jusfilosóficas políticas foram surgindo. O *Iluminismo* se fortaleceu. Os reclames das revoluções liberais, tais como a liberdade e a igualdade (e a esquecida fraternidade) foram sedimentando no universo jurídico. Com efeito, os reis começaram a perder a cabeça – literalmente, com a construção dos Estados Democráticos de Direito... Mas essa é outra *história*...

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, B. *Histórias do direito: evolução dos fatos, pensamentos e leis*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARENDT, H. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Título original: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*.
- BOBBIO, N. *L’età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1989.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- COMPARATO, F. K. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COPÉRNICO, N. *De revolutionibus orbium coelestium* (“Da revolução de esferas celestes”). Nuremberg: Johannes Petrejus, 1543.
- DARWIN, Ch. R. *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life*, 1859. Disponível em: <www.darwins-theory-of-evolution.com/>. Acesso em: 5 fev. 2010.
- DESCARTES, R. *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la verité dans les sciences*. Leiden, Holanda: Ian Maire, 1637.
- DONNE, J. (1572-1631). Quotes.net. STANDS4 LLC, 2011. Disponível em: <<http://www.quotes.net/quote/3018>>. Acesso em: 4 maio 2011.
- FUKUYAMA, F. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Maria Goes. Lisboa: Gradiva, 2007.
- GROTIUS, H. *O direito da guerra e da paz*. Unijuí, 2004. (Clássicos do Direito Internacional). Título original: *De iure belli ac pacis*.
- HOBBS, T. *Leviathan or The matter, forme and power of a common wealth ecclesiasticall and civil*. Andrew Crooke, 1651.
- LIPOVETSKY, G.; CHARLES, S. *Reed: les temps hypermodernes*. France: LGF, Biblio/Essais, 2005.
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I-II. Título original: *Rechtssoziologie*.
- MAQUIAVEL. *Il principe ou De principatibus*. Florença. Antonio Blado d’Asola, 1532.

Bruno Albergaria

MARX, K. *O capital*. Tradução de Paul Singer. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Economistas). Título original: *Das Kapital*.

MIRANDOLA, Pico della. *De hominis dignitate oratio*. 1486. Disponível em: <www.parodos.it/oratio_de_hominis_dignitate.htm>. Acesso em: 4 maio 2011.

PASCAL, B. *Penseés*. Paris: Guillaume Desprez, 1660.

ANTROPOLOGIA, DIREITO E MEDIAÇÃO NO BRASIL: UM CAMPO DIALÓGICO EM CONSTRUÇÃO¹

ANTHROPOLOGY, LAW AND MEDIATION IN BRAZIL: A DIALOGICAL FIELD UNDER CONSTRUCTION

ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER²

RESUMO

Neste artigo destaco, inicialmente, alguns aspectos relacionados ao tema da mediação cultural, em especial no contexto de desenvolvimento do campo da antropologia do direito no Brasil. Em seguida, apresento, brevemente, dois casos emblemáticos de tentativas de mediação cultural no país. Também trago outros exemplos por meio de trabalhos recentemente realizados por pesquisadoras de São Paulo, os quais permitem pensar limites e potencialidades atuais das relações entre antropologia e Poder Judiciário para o acolhimento e incremento de práticas de mediação, conciliação e negociação. Por fim, retomo e aprofundo algumas considerações sobre contribuições da antropologia no campo da resolução consensual de conflitos.

Palavras-chave: Mediação cultural. Antropologia do direito. Justiça estatal brasileira.

ABSTRACT

In this study, I initially highlight some aspects related to cultural mediation, especially in the context of the development of anthropology of law as a field in Brazil. Then, I briefly present two emblematic cases of attempted cultural mediation in the country. I also include other examples from recent work carried out by researchers in São Paulo, which enable us to consider the present limits and potentialities of the relationship between anthropology and the Judicial Branch in its acceptance and increased use in mediation, conciliation, and negotiation. Lastly, I go back and more thoroughly address some considerations on anthropology in the field of consensual conflict resolution.

Keywords: Cultural mediation. Anthropology of law. Brazilian state justice.

- 1 Artigo resultante de reflexões e aprofundamentos derivados da apresentação “La distinction au Brésil” no painel *Dialogues de Droits et Mediations Comparés*, moderado pelo Prof. Pierre Yves Verkindt, da Université Paris I, no Colloque REVISITER LES RELATIONS ENTRE JUSTICE ÉTATIQUE ET MEDIATION, UN ENJEU DE SOCIÉTÉ, ocorrido entre os dias 6 e 7 de junho de 2011. Registro meus agradecimentos à Gilda Nicolau e a toda a equipe do Laboratoire d’Anthropologie Juridique de Paris (LAJP) envolvida na organização do Colloque, em especial a Leandro Varisson e Camila Nicácio, pela atenção dispensada durante todo o tempo de preparação e realização do evento.
- 2 Professora do Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, Brasil, onde coordena o Núcleo de Antropologia do Direito (NADIR). Pesquisadora sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP). E-mail: alps@usp.br

1. INTRODUÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE DIVERSIDADE E MEDIAÇÃO CULTURAL

Sempre foram e se tornaram cada vez mais centrais para a antropologia, especialmente nas últimas décadas, os temas da diversidade e da mediação inter e intracultural, pois, voltando-se a antropologia para reflexões sobre a heterogeneidade entre e no interior de grupos, tornou-se inevitável considerar que contatos e convivências que se pretendam não destrutivos dependem de constantes articulações entre os atores sociais, incluindo os próprios antropólogos em campo.

Os desafios envolvidos no reconhecimento e na avaliação compartilhada de diferenças, responsáveis tanto por aproximações quanto por afastamentos entre grupos, constituem um dos temas mais candentes da antropologia e da política contemporâneas, pois ao menos parece haver algum consenso e alguma esperança de que, ao enfrentarmos tais desafios, as diferenças possam se tornar, em certa medida, comensuráveis e negociáveis.

Embora quando de seu surgimento, nos cenários metropolitanos europeu e norte-americano, a antropologia tenha se colocado como um dos saberes mais aptos a explicar a diversidade cultural, organizando-a com base em estágios evolutivos cujo ápice representava valores hegemônicos desse próprio cenário, logo surgiram, no interior do campo antropológico, outros modelos explicativos da variedade humana. Alguns também se vincularam a pressupostos universais e transcendentais (estruturas, arquétipos, gramáticas subterrâneas) enquanto outros se basearam em particularidades, idiosincrasias e incomensurabilidades³, mas passou a ser regra considerar comparações entre culturas um exercício dos mais difíceis e temerosos.

Atualmente, em pleno “processo de baralhamento” de identidades, em que “fronteiras sociais e culturais têm uma coincidência cada vez menor”⁴, o desafio parece ser escapar, teórica e politicamente, tanto de um etnocentrismo exacerbado (ou narcisismo moral), quanto de um relativismo radical (ou entropia moral), garantindo, assim, o que Lévi-Strauss chamou de *optimum de diversidade*⁵.

“Colagens” identitárias pós-modernas, segundo Geertz, aparentemente suavizadoras de assimetrias morais entre “nós” e os “outros”, e que nos fazem parecer bastante cosmopolitas, na verdade estão longe de celebrar diferenças ou mesmo indiferenças diante do “estranho”. Aliás, para Geertz, tanto as celebrações, como as contidas nos discursos da Unesco, quanto indiferenças apáticas, o culto a heróis provincianos e a demonização de inimigos alienígenas (o que ele considera dominante no mundo atual) denotam uma incapacidade de alargamento da imaginação e dos sentidos, residindo exatamente na tentativa de reverter tal incapacidade a contribuição que a antropologia pode dar ao conjunto de reflexões sobre a diversidade.

Concordando, portanto, com Geertz, considero que a etnografia é ou pode ser facilitadora de mediações culturais:

3 GEERTZ, C. Os usos da diversidade. In: _____. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 68.

4 GEERTZ, 2001, p. 70-71.

5 LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: _____. *Antropologia estrutural dois*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1973. p. 332.

Não se trata de que devamos amar uns aos outros ou morrer [...]. O trabalho da etnografia, ou pelo menos um deles, é realmente proporcionar, como a arte e a história, narrativas e enredos para redirecionar nossa atenção. [...]. Se quisermos ser capazes de julgar com largueza, [...], precisamos tornarmos capazes de enxergar com largueza⁶.

Isto implica dizer que, embora sentimentos, pensamentos e juízos sejam socialmente construídos, alicerçando-se em experiências de vida específicas, o alcance das categorias do pensamento, expressas por meio da linguagem, não precisa se ater ao imediatamente vivido, pois podemos imaginar a vida para além do que nossos sentidos imediatamente percebem. Etnografias, bem como outras formas narrativo-imaginativas, podem ajudar nesse alargamento de espaços e percepções intelectuais, afetivos e morais, apresentando-nos outras combinatórias semânticas que não obscureçam lacunas e assimetrias entre “as nossas” combinatórias e as “dos outros”. Justamente, evidenciar tais lacunas e assimetrias não implica concordar com elas ou destruí-las, mas nos valer delas para melhor pensar.

Eis o cenário amplo e apenas levemente esboçado no qual entendo ser possível situar os atuais debates antropológicos referentes ao tema da diversidade e das mediações culturais. Sem dúvida, há inúmeros detalhes que poderiam ser desenvolvidos, mas como o escopo específico deste texto é abordar relações entre justiça estatal e processos de mediação, passo a me valer de um recorte específico (Brasil) para avaliar outros aspectos que julgo relevantes.

2. DIREITO, ANTROPOLOGIA E OUTRAS LÓGICAS EM TENSÃO NO CAMPO ACADÊMICO-POLÍTICO BRASILEIRO

Entre as notícias mais antigas registradas sobre contatos culturais no Brasil estão documentos produzidos por aqueles que ficaram conhecidos como responsáveis por uma literatura “pré-etnográfica”. Trata-se de relatos de viajantes (cartas, diários, relatórios) elaborados entre os séculos XVI e XIX por missionários, comerciantes, exploradores, militares, cientistas e administradores coloniais.

Embora esses documentos estejam aparentemente distantes das atuais colagens identitárias pós-modernas mencionadas, pois neles a voz narrativa aponta claramente as fronteiras entre “nós” e “eles”, temos, no conjunto desses textos, vários narradores disputando interpretações a respeito de diversos grupos indígenas e baseando-se em posições de poder ligadas a variadas instâncias hegemônicas do Brasil Colônia, Império e República. Será que registros desses contatos indicam situações de mediação cultural? Terá havido a formação de “códigos compartilhados” entre indígenas e esses agentes com quem tiveram contato?

Uma coletânea de artigos de antropólogos, lançada há poucos anos no Brasil, aborda exatamente tais questões. Os autores, com base em estudos de fontes documentais produzidas por missionários jesuítas que estiveram no país no século XVI, trazem para o centro do debate

6 GEERTZ, 2001, p. 81-82, 85.

o modo como o missionário se comunica com a diferença nativa – como ele imagina que o nativo é ou pensa e como incorpora certos modos interpretados como nativos; ao mesmo tempo, procurou-se descrever como o nativo se apropria em parte de algumas dessas representações de si e do missionário⁷.

Um dos debates suscitados nessa coletânea é se, de fato, havia uma disposição comum para a comunicação e a troca de experiências, o que teria possibilitado aprendizados recíprocos de códigos dissonantes, ou se a pretensão universalista dos missionários cristãos teria sido unilateral e não encontrado equivalente nas lógicas indígenas, por essas lidarem com categorias de “menor alcance de generalização”⁸. Segundo um resenhista desse livro, o que parece ter havido foi “o encontro entre duas lógicas bem distintas: uma inclusivista e universalista e outra diferenciante e oposicionista”, cabendo questionar se houve ou não “uma produção de códigos compartilhados na ótica dos dois envolvidos ou apenas na dos missionários”⁹. Afinal, terá havido mediação ou imposição cultural?

No caso dos contatos analisados nessa coletânea, há, ainda, a questão de se fontes documentais, produzidas por missionários, permitem, hoje, ao antropólogo que as analisa, alcançar percepções indígenas ou somente as que os próprios missionários tinham dos indígenas. Questão, por sinal, não muito distinta da que antropólogos, nas últimas décadas, têm levantado a respeito dos próprios textos etnográficos: seriam eles, por mais dialógicos que se pretenda, resultados de uma lógica científico-antropológica- inclusivista-universalista, incapazes de alcançar e comunicar outras lógicas diferenciantes e oposicionistas?

Enfim, o que mais nos interessa neste debate é a ideia de que falar em mediação cultural implica reivindicar, para todos os envolvidos, uma capacidade de simbolização e de compreensão do *Outro* a partir de *Si* e vice-versa. Todavia, para que avaliemos o quanto essas capacidades estão produzindo efetivas interações e trocas e não meras imposições unilaterais, é preciso imergir, com igual profundidade, nos diferentes universos simbólicos, pois, do contrário, não há como avaliar modos diversos de “negociação da realidade” e quais valores são atribuídos à negociação pelos negociadores. Portanto, fontes de dados não são irrelevantes, uma vez que selecionam vozes, perspectivas e lógicas, o que vale tanto para relatos de missionários, quanto para etnografias atuais e quanto, e principalmente, para situações que envolvem a produção de ritos e documentos judiciais.

Façamos, portanto, algumas rápidas ponderações a respeito de como o campo da produção desses ritos e documentos judiciais se configurou e atualmente se configura no Brasil, especialmente no que diz respeito a suas relações com a antropologia, pressupondo serem, tanto esta quanto o direito compostos por códigos e categorias de pensamento que se lançam sobre outros campos, outros códigos e categorias, em disputas interpretativas no grande campo científico-acadêmico.

Que tipos de encontros ocorreram entre antropologia e direito no Brasil? Estará, hoje, uma *antropologia do direito* cumprindo no país tanto um papel de mediação no campo acadêmico (entre saberes antropológicos e jurídicos) quanto no que diz respeito aos conflitos sociais sobre os quais antropologia e direito se lançam?

7 MONTERO, P. (Org.). *Deus na aldeia: missionários, índios e mediação cultural*. São Paulo: Globo, 2006, p. 25.

8 MONTERO, 2006, p. 26, 55-56.

9 DULLO, E. Resenha de MONTERO, P. (Org.). *Deus na aldeia: missionários, índios e mediação cultural*. São Paulo: Globo, 2006. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 49, n. 2, p. 789-795, 2006.

Passemos dos dilemas relacionados a possíveis mediações ou imposições culturais entre missionários e indígenas no século XVI ao Brasil, que, no século XIX, inaugurou seus primeiros cursos jurídicos. Segundo vários pesquisadores, a história desses cursos pode ser dividida em duas fases: a partir da independência (1822)¹⁰ e a partir das mudanças deflagradas em 1930.

Praticamente não há discordância quanto ao fato de que, na primeira fase, a meta das faculdades era formar uma elite intelectual, administrativa e política para o país recém-emancipado de sua condição de colônia. Se houve mediações nesse cenário (e devem ter sido muitas nas elites), elas se deram basicamente entre médicos e juristas, de um lado, e setores atrelados à escravidão e à monarquia, de outro. Com base em uma miscelânea de basicamente três modelos teóricos – o liberalismo, o darwinismo social e o evolucionismo, respectivamente advindos da filosofia política, da sociologia e da antropologia europeias do período –, intelectuais tentavam explicar como o Brasil poderia ser uma república viável, apesar de racialmente miscigenada¹¹.

No Brasil do início do século XX, o positivismo tomou conta das faculdades de direito e se tornou sinônimo de esclarecimento e de bom caminho para o andamento de políticas públicas, inclusive as de saneamento e higienização, daí as primeiras teses sobre pobreza e loucura terem surgido em faculdades de direito e de medicina. Não havia qualquer espaço para, nos campos médico e jurídico, as diferenças serem pensadas a não ser como sinônimos de atrasos e de problemas a serem contidos, transfigurados ou mesmo extirpados. Inúmeras expressões culturais, como complexos sistemas de parentesco indígenas, africanos e camponeses, o rico panteão das religiões de matrizes afro, bem como formas alternativas de fazer política sem poder centralizado sequer eram percebidas e, quando o eram, imediatamente taxavam-nas como atrasos a serem superados¹². Vale, contudo, lembrar que esse mesmo evolucionismo hegemônico também ousou afirmar a *unidade psíquica* de todos os grupos humanos, superando questões referentes, por exemplo, à animalidade de aborígenes e negros que, ainda no século XIX, segundo certos pensadores, estariam às margens da *humanidade*¹³.

A antropologia evolucionista, portanto, se por um lado corroborava com políticas idealmente igualitárias, embora na prática hierarquizantes, por outro trazia para o direito o dilema de como lidar com uma *humanidade* composta por grupos muito diversos. Como aplicar direitos universais a humanos tão diferentes? Impondo aos “atrasados” normas que os levassem ao “progresso”? Respeitando seu “estágio evolutivo” e aguardando sua “escalada”? Intervindo ou protegendo? Formulando leis universais e aplicando-as severamente aos “menos adaptados ao convívio social”? Ou justamente interpretando como atenuantes as “limitações culturais dos mais atrasados”?

10 Logo após a proclamação da independência, iniciaram-se debates nas Assembleias Constituinte e Legislativa objetivando a fundação de universidades e cursos jurídicos. Em 11 de agosto de 1827, foram criadas as Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda.

11 Cf. SCHWARCZ, L. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. cap. 5.

12 Cf. SCHRITZMEYER, A. L. P. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBC-Crim, 2004. cap. 2. Neste livro, resultado de minha dissertação de mestrado, avalio como magistrados julgavam acusados de charlatanismo e curandeirismo, entre 1900 e 1990. Quaisquer práticas mágico-curativas que competissem com a medicina oficial e com os dogmas da religião católica, ainda que não causassem danos efetivos à saúde de ninguém, eram caracterizadas como “crimes contra a saúde pública” e “atraso cultural”. Qualquer dissonância com o que se considerava “evoluído” era objeto de perseguição e, para definir evolução, pedia-se socorro teórico à antropologia evolucionista e ao positivismo.

13 Cf. CUNHA, M. Carneiro da. Pensar os índios: apontamentos sobre José Bonifácio. In: _____. *Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

Podiam mudar as formulações e haver dúvidas, mas praticamente inexistiam espaços para mediações culturais entre representantes do Estado e os que não se enquadravam nas expectativas da nova ordem em curso. Mediações se davam ou no interior das próprias elites, ou na informalidade das ruas e nos espaços domésticos em que se encontravam e conviviam brasileiros de línguas, cores e lógicas muito distintas.

Após 1930, embora algumas mudanças importantes tenham selado um novo momento dos cursos jurídicos no Brasil, inclusive com a criação da OAB¹⁴, as reformas que então se iniciaram foram marcadas pela continuidade de uma postura teórica evolucionista. Tanto nos conteúdos curriculares quanto na política estudantil, as principais “saídas” apontadas para um Brasil considerado “ainda miscigenado e atrasado” eram reformas legais uniformizadoras, modeladoras e controladas por um Estado liberal conservador¹⁵. Mas iniciou-se um desencanto acadêmico e político entre antropologia e direito que durou décadas e ainda hoje se faz presente nas grades curriculares da maioria dos cursos de direito do país, bem como nas práticas de profissionais da área jurídica.

Por volta da década de 1930, referenciais teórico-antropológicos do final do século XIX continuavam vigentes nas faculdades de direito e nos tribunais, embora já em franca superação nos meios acadêmicos europeus e norte-americanos. Nesses referenciais predominavam modelos explicativos culturalistas, relativistas e dialógicos contrários à proposta jurídico-monológica de busca de “verdades” e de classificações universais. A antropologia dos países centrais rompia com hierarquizações classificatórias, enquanto o direito brasileiro seguia aprimorando-as.

Saltando abruptamente para o final da década de 1980, o que implica deixar de mencionar regimes autoritários pelos quais o Brasil passou e os fortes impactos que isso representou em suas leis e instituições, o processo de redemocratização política brasileira abriu espaço para múltiplas facetas de um debate público. Esse debate encontrou nas ciências sociais, em geral, e na antropologia, em particular, bem como em localizados grupos de profissionais do direito, terreno fértil para que frutificassem reflexões sobre a diversidade, as particularidades e a importância de desfazer determinismos diante de diferenças étnicas, de gênero, etárias e socioeconômicas.

Nas últimas duas décadas do século XX, explodiram, no Brasil, em quantidade e qualidade, pesquisas voltadas não apenas para as ditas “minorias”, como também para as elites, dentre as quais as produtoras do direito estatal. Nos principais programas de pós-graduação em antropologia, especialmente a partir de 1990, formaram-se linhas de pesquisa em antropologia do direito, o mesmo ocorrendo em programas de pós-graduação e em centros de estudo multidisciplinares nos quais muitas investigações se situaram na interface entre ciências sociais, direito e Estado¹⁶.

Por meio das “lentes das ciências sociais” passou a ser comum a análise da formação e da atuação de profissionais do direito, alguns dos quais, por sua vez, também se valeram dessas “lentes” para avaliar instituições jurídicas em que eles próprios atuavam. Esta, sem dúvida, foi uma das marcas do encontro entre antropologia e direito no Brasil, na virada do século XX para

14 Após a Revolução de 1930, foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil pelo Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930, o qual garantiu a essa instituição o monopólio da representação e da regulação do exercício da advocacia no país. (Cf. BRASIL. Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação e da outras providências. *Diário Oficial da União*, 23 nov. 1930. Disponível em: <www.oab.org.br/historiaoab/.../ini_dec19408.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

15 Cf. ADORNO, S. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

16 É o caso, por exemplo, do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP), fundado em 1987. [Cf. NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. Universidade de São Paulo (NEV/USP). Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=4&Itemid=4>. Acesso em: 12 dez. 2012]

o XXI, e, portanto, bastante diferente do que se dera um século antes, pois, além de termos, recentemente, um movimento caracterizado pela antropologia buscando o direito como objeto de estudo, também houve, gradativamente, profissionais do direito buscando a antropologia não mais como área meramente auxiliar, mas como interlocutora privilegiada¹⁷.

Nos últimos anos, por parte de alguns membros da magistratura brasileira, vêm se tornando mais frequentes, em fundamentações teóricas de suas decisões judiciais, diálogos com modelos e pesquisas antropológicas¹⁸. No que diz respeito à demarcação de terras indígenas e remanescentes de quilombos, antropólogos se tornaram atores-chave, especialmente no papel de elaboradores de laudos periciais.

Enfim, a antropologia que o direito brasileiro passou a conhecer, nesse novo século, não permitiu mais o acalento de ilusões positivistas, pois se trata de uma antropologia simbólica, hermenêutica, fortemente voltada para a semiótica e a linguística, pautada, portanto, no entendimento de que discursos são produtores de efeitos de verdade e que poder e política perpassam as mais finas malhas de qualquer tecido social. É uma antropologia com vertentes que muito se aproximam da filosofia foucaultiana e deleuziana, bem como da psicanálise. Uma antropologia produtora de linhagens pós-modernas que levam ao limite alguns questionamentos sobre as possibilidades do método científico, seus princípios de objetividade, sistematização de dados e imbricações entre sujeito e objeto do conhecimento. Os próprios textos antropológicos passaram a ser considerados formas narrativas, impregnadas de influências do contexto de seus autores e de forças político-acadêmicas em busca de legitimidade¹⁹, portanto, fruto de contínuas “mediações em campo”.

É nesse contexto que têm crescido debates sobre mediação cultural, mediação judicial, extrajudicial e atuações de antropólogos, até mesmo no interior de instituições governamentais e diante de demandas advindas dos mais diversos grupos étnicos, religiosos, de gênero e etários por reconhecimento do que consideram “direitos”. Passemos, portanto, a analisar alguns casos que sinalizam facetas desse contexto.

3. DOIS CASOS EMBLEMÁTICOS DE TENTATIVAS DE MEDIAÇÃO CULTURAL?

Certa vez, discutindo “antropologia, direito e violência sexual”, a convite das “Católicas pelo Direito de Decidir²⁰”, ouvi questionamentos de líderes comunitárias que atuavam com grupos indígenas sobre como elas deveriam agir diante de costumes nativos de controle de

17 Cf. SCHRITZMEYER, A. L. P. O ensino da antropologia jurídica e a pesquisa em direitos humanos. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica Lucía (Coord.). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 37-153.

18 Alguns magistrados do Rio Grande do Sul, como Roberto Lorêa, com mestrado e doutorado em antropologia social, têm realizado verdadeiros encontros entre antropologia e direito em suas sentenças, o mesmo se podendo afirmar de Roger Raupp Rios, outro juiz gaúcho que muito tem colaborado com antropólogos em pesquisas na área de gênero e sexualidade. (Cf. LORÊA, R. A. Acesso ao aborto e legalidades laicas. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 185-201, 2006; RIOS, R. R. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, 2006)

19 Cf. GEERTZ, C. *Obras e vidas: o antropólogo como autor*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2002.

20 Debates ocorridos durante o Iº Seminário Nacional: VIOLÊNCIA SEXUAL NA IGREJA CATÓLICA, São Paulo-SP, em 11 set. 2004. Esse grupo de mulheres, apesar de católicas, contrapõe-se a várias determinações da Igreja Católica Apostólica Romana, tais como as proibições do aborto e do uso de anticoncepcionais.

natalidade que, “aos seus olhos” colocavam em risco a saúde de mulheres indígenas. A questão me remeteu, imediatamente, ao caso dos índios Tapirapé e das *Irmãzinhas de Jesus*, analisado pelo antropólogo Roberto Cardoso de Oliveira:

Por quais critérios (de objetividade?), poderia ele [antropólogo] agir – como cidadão e como técnico – no encontro entre culturas diferentes, sobretudo quando as sociedades portadoras dessas culturas guardam entre si relações profundamente assimétricas, caracterizadas pela dominação de uma sobre a outra. E o moralmente grave é que ele, enquanto antropólogo, é cidadão da sociedade dominante. [...]. É aceitável, por exemplo, o infanticídio que os Tapirapé praticavam até sua erradicação nos anos 50 pelas Irmãzinhas de Jesus? [...] Os Tapirapé tinham toda uma justificação para não deixar sobreviver o quarto filho, [...]. Já as missionárias, [...] não poderiam aceitar passivamente um costume que destruía uma vida. [...] Duas morais, duas éticas? Sim, todas perfeitamente racionais. [...], como lidar praticamente com tal situação? [...] a solução das incompatibilidades culturais, inclusive as de ordem moral nascidas do encontro interétnico, estaria no diálogo?²¹

Eis a questão central que me parece diretamente ligada ao tema da mediação cultural: como dialogar em condições de fortes assimetrias?

No caso do infanticídio entre os Tapirapé, as *Irmãzinhas* se valeram, no contato com os indígenas, de uma argumentação demográfica e não religiosa para justificar a necessidade deles de terem mais do que três filhos, uma vez que se encontravam com uma população muito reduzida. Parece que essa argumentação surtiu efeito e contemplou tanto interesses do grupo indígena quanto do grupo religioso. A pergunta que persiste é se houve uma prática de mediação cultural ou o que Roberto Cardoso de Oliveira denomina uma *fusão de horizontes*. Alguns consideram que Roberto Cardoso relata esse caso somente baseando-se na lógica das *Irmãzinhas* e na dele próprio, sem fornecer elementos para a compreensão, a partir da lógica Tapirapé, de como e por que os indígenas aderiram à cessação dos infanticídios. Tal crítica aponta que tal tipo de relato configura-se mais como uma *Sociologia do Brasil indígena*²² do que uma antropologia dos Tapirapé. Trata-se de crítica semelhante à apontada, no início deste texto, em relação a se documentos produzidos por missionários cristãos permitem, hoje, conclusões quanto a se houve “uma produção de códigos compartilhados na ótica dos dois envolvidos ou apenas na dos missionários”²³.

Em alguns textos da década de 1990, Roberto Cardoso de Oliveira aborda, de outro modo, o mesmo tema, colocando-se a questão de se é possível uma *ética válida em escala planetária*, bem como indaga sobre a moralidade enquanto objeto suscetível de investigação antropológica:

Como julgar o ato de uma pessoa, membro de uma outra sociedade, e que tenha sido guiada em sua ação por valores próprios de sua cultura? Claro que não cabe ao antropólogo julgar – isso é função de juízes e moralistas, mas também do homem comum, que, imerso em seu cotidiano, é sempre impelido a julgar todo e qualquer ato (seu ou de terceiros) como condição de orientar seu próprio comportamento. Mas o antropólogo [...], no exercício de seu

21 OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. Etnicidade, eticidade e globalização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (RBCS), n. 32, p. 8-9, out. 1996.

22 Título de outro livro do próprio Luis Roberto Cardoso de Oliveira. (Cf. OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Sociologia do Brasil indígena*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1972)

23 DULLO, 2006, p. 793.

métier, sempre terá por alvo procurar o sentido do fato moral, compreendê-lo, [...]. Considero, assim, importante retomar a questão da moralidade [...] como suscetível de investigação antropológica²⁴.

Trabalhando especialmente na fronteira entre filosofia e antropologia, partindo da tradição hermenêutica crítica de Karl-Otto Apel e ideias de Jürgen Habermas, Roberto Cardoso trata de temas como relativismo e etnocentrismo fazendo uso de conceitos como “ética discursiva” e “comunidade de comunicação e de argumentação”, pois considera que eles acrescentam reflexões importantes à possibilidade de uma *antropologia dos direitos humanos* ou ao que talvez possamos denominar de *antropologia da mediação cultural*.

Especificamente sobre relações entre os conceitos de cultura, moralidade e legalidade, Roberto Cardoso considera que eles se reportam a dimensões societárias distintas, apesar de que, “em conformidade com Simmel, [...] há um *continuum* entre o pólo da moralidade e o polo da legalidade, situando-se entre ambos o costume”²⁵. Daí, a seu ver, ser inevitável a tensão entre valores nacionais hegemônicos e outros particulares e não hegemônicos.

Justamente ao tratar do caso do infanticídio entre os Tapirapé e da atuação das *Irmãzinhas de Jesus* para coibir essa prática, Roberto Cardoso propõe uma reflexão a respeito da possibilidade de se estabelecerem *relações interétnicas dialógicas* no interior de Estados oficialmente uniétnicos. A ideia é que horizontes morais são antropologicamente mensuráveis, desde que não se radicalize um relativismo cultural que tornaria impossível qualquer diálogo voltado para a obtenção de acordos.

Respondendo a suas próprias indagações, Roberto Cardoso conclui que juízos de valor, quando são normas sujeitas à argumentação racional, podem ser negociados em comunidades, levando a relações dialógicas. Assim, quando há horizontes em confronto, ele considera possível se chegar a entendimentos ou a uma *fusão de horizontes*, embora também sejam muitos os casos de relações interétnicas em que este objetivo é tentado sem alcançar sucesso.

Como exemplo de uma situação desastrosa, ele relata o caso de um funcionário do antigo *Serviço de Proteção ao Índio* (SPI) que auxilia um indígena Tükuna (do alto Rio Solimões) a se casar com sua enteada. Embora para os Tükuna o casal pertencesse à mesma metade exogâmica e isso implicasse uma união incestuosa e proscrita entre eles, para o funcionário o casal não tinha qualquer relação de parentesco. Conforme relata Roberto Cardoso, as duas concepções de parentesco, a Tükuna e a do funcionário, engendradas em campos semânticos diversos, entraram em choque. “A consequência disso foi o ‘casamento por fuga’, tornando impossível o retorno do casal incestuoso para a comunidade ou para qualquer outro lugar povoado por Tükuna. Vivem hoje [ou viviam então] como lumpens nas imediações [da cidade] de Benjamin Constant”²⁶. Conclui o autor que esse caso “retrata a inexistência de qualquer comunidade de comunicação como pré-requisito ao exercício do diálogo”.²⁷

Teremos, hoje, no campo do Poder Judiciário brasileiro, algo que possamos denominar uma “comunidade de comunicação” responsável por propiciar condições de diálogo entre distintas lógicas em jogo, caracterizando-se os tribunais como espaço viável para o exercício de mediações culturais?

24 OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. Antropologia e moralidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (RBCS), n. 24, p. 111, fev. 1994.

25 OLIVEIRA, 1994, p. 114.

26 OLIVEIRA, 1994, p. 116-117.

27 OLIVEIRA, 1994, p. 117.

4. PESQUISAS RECENTES SOBRE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Há um bom número de pesquisas recentes, no Brasil, voltadas para a análise de formas de resolução consensuais de conflitos, sejam elas judiciais, sejam extrajudiciais.

Cabe pontuar, ainda que muito rasteiramente, que arbitragem, conciliação e negociação, além da mediação, são considerados *métodos alternativos* de resolução de conflitos e que entre eles há nas práticas judiciais e extrajudiciais brasileiras zonas de indiferenciação, embora também haja tentativas de distingui-los.

Somente a partir da década de 1990 surgiram, no país, entidades voltadas para a prática e sistematização da teoria da mediação, sendo de 1998 o primeiro Projeto de Lei (n. 4.827) que versou sobre a mediação de conflitos e que dispôs, em seu art. 3º, que “a mediação poderia ser judicial”²⁸. No entanto, pouco foi esclarecido a respeito do que seria o instituto da “mediação judicial” restando, até o presente, segundo alguns, a necessidade de uma adequada regulamentação do tema.

A arbitragem, regulada pela Lei n. 9.307 de 1996²⁹, é considerada o método em que as partes submetem a solução de seus litígios a um terceiro, escolhido por elas, e que decide de acordo com a lei ou com base em critérios de equidade. Essa decisão deve ser acatada pelas partes, já que o laudo arbitral tem força de título executivo judicial. Alguns consideram a arbitragem mais adequada a conflitos que necessitam de conhecimentos técnicos muito específicos para sua solução.

Já na conciliação, considera-se central a busca de um acordo, com o fim da controvérsia mediante concessões mútuas entre as partes. O conciliador pode sugerir o que fazer, pode opinar, diferentemente do mediador cujo objetivo, a princípio, é facilitar o diálogo para que as próprias partes cheguem a uma solução. Não havendo acordo na conciliação, entende-se que ela fracassou, ao passo que se considera uma mediação bem-sucedida mesmo aquela que não culmina em acordo, bastando que o mediador tenha facilitado a comunicação entre as partes e despertado a capacidade recíproca de entendimento.

A negociação é definida como a forma de solução de um litígio em que as próprias partes resolvem-no sem a participação de um terceiro, ou seja, sem um negociador externo, sendo somente as partes os atores a negociar. Alguns sugerem que a mediação é, portanto, uma espécie de *negociação assistida*.

Diante da ampla gama de conflitos intersubjetivos e intergrupais, a mediação, especialmente judicial, tem sido considerada a mais adequada em casos de conflitos em que as partes não querem romper totalmente suas relações, por serem elas continuadas, como as familiares, empresariais, trabalhistas e de vizinhança. A ideia é que a mediação, por ser um método consensual de resolução de conflitos voltado para a facilitação do diálogo entre as partes para

28 Cf. BRASIL. Projeto de Lei n. 4.827, de 1998. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. *Diário do Senado Federal*, 7 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2002/12/06122002/23780.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

29 BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

que melhor administrem seus problemas e consigam, *por si sós*, alcançar uma solução, seu escopo é justamente permitir o restabelecimento e o aprimoramento das relações em crise. O pressuposto é que o conflito e a crise podem ser positivos, uma vez que se configuram como oportunidades críticas para pensar e gerenciar diferenças, cabendo aos mediadores facilitar resoluções consideradas não autoritárias pelos envolvidos.

No campo da mediação judicial, um dos livros mais recentes, além de relatar os passos da implantação do Setor de Mediação nas Varas de Família de Santo Amaro partindo da perspectiva das mediadoras responsáveis, agrega capítulos de autoria de uma juíza desse setor e de funcionários de outros setores do Fórum, nos quais estão registradas experiências de trabalho e explicitada a necessidade de uma sistemática de conversas intra e entre setores. Ou seja, práticas de mediação de conflitos, voltadas para usuários do Fórum acabam implicando mediações entre os próprios profissionais do Judiciário³⁰.

Exatamente nesse Fórum, uma orientanda minha de mestrado e pesquisadora do NADIR realizou sua pesquisa de campo, entre março e dezembro de 2008, tendo ela também entrevistado, na Vara Distrital de Parelheiros, mulheres que entravam com ações de alimentos contra os pais de seus filhos³¹. As 35 mulheres entrevistadas deixaram claro o quão eram múltiplos os sentidos envolvidos no aparentemente único conflito que as fazia entrar com esse tipo de ação, bem como também eram múltiplos seus papéis sociais de mães, mulheres, ex-companheiras e trabalhadoras.

Tanto os conflitos quanto os papéis eram percebidos pelas mulheres como simplificados e padronizados durante as audiências de *conciliação*, daí a etnografia das audiências ter constatado ser o espaço judicial de resolução consensual dos conflitos, para as mulheres, restrito à discussão do valor monetário da pensão alimentícia. Se, por um lado, essa simplificação contribui para a celeridade processual, por outro acentua uma certa reprodução da desigualdade de gênero, pois o exercício da paternidade acaba restrito à obrigação de arcar com uma parcela do sustento material do filho, enquanto o da maternidade, além de atrelado também a esse sustento, em quase todos os casos é apontado como central para os sustentos moral e afetivo das crianças.

Como a ação de alimentos é normalmente acionada após a dissolução de uma união conjugal (formalizada ou não), o conflito que costuma deflagrá-la envolve muitas questões, como divisão de bens, violência doméstica, guarda e visitas das crianças, questões que são vistas pelas mulheres como tão ou mais importantes do que o estabelecimento de um valor monetário de pensão alimentícia, pois, para elas, esse conjunto abarca a dimensão afetiva da paternidade, da conjugalidade e o reconhecimento de *insultos morais*³². Essas dimensões morais e afetivas não são discutidas nas audiências de conciliação, embora possam se tornar objetos de outras ações judiciais.

Os vários conflitos, portanto, sentidos como múltiplos pelas mulheres e articulados em um todo coeso que as angustia, são fragmentados pelo Judiciário. Apesar disso, a abordagem

30 Cf. CATÃO, A. L.; CRONEMBERGER, L. F.; CAPPANARI, S. *Mediação no Judiciário: desafios e reflexões sobre uma experiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

31 Cf. PERRONE, T. *Quais valores? Disputas morais e monetárias em ações de alimentos: uma etnografia em Varas de Família*. 2010. 127 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de São Paulo, 2010.

32 OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

aprofundada de duas entrevistadas mostrou que o acesso à justiça foi sentido como positivo por essas mulheres, pois o contato com o Judiciário acabou por ressignificar alguns de seus papéis, fazendo com que elas se reconhecessem, mais enfaticamente, como sujeitos de direitos. No que diz respeito aos conciliadores, na maioria dos casos, tratava-se de funcionários de cartórios que eram confundidos pelas mulheres com juízes, confusão que a muitos desses funcionários agradava. Suas posturas e linguagem pouco se diferenciavam das utilizadas por magistrados e a rapidez das audiências não permitia significativas trocas de ideias.

Na mesma época em que esse trabalho se desenvolvia, outra antropóloga, doutoranda da Universidade de Campinas (Unicamp) buscava entender como operava a dinâmica dos atendimentos de mediação extrajudicial e o que essa dinâmica produzia como “justiça”³³. Seu trabalho de campo se voltou para dois projetos do “Balcão de Direitos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República” (o Centro de Mediação de OlindaPE e o Balcão de Direitos da ONG Viva Rio).

Sua pesquisa se baseou em uma etnografia da dinâmica dos atendimentos de mediação em Olinda, na análise de documentos produzidos pelas duas instituições e em entrevistas com mediadores, atendidos, agentes comunitários e gestores dos projetos. Além disso, nessa investigação foram recuperados dados da pesquisa de mestrado da autora, voltada para a conciliação no Juizado Especial Criminal, em Campinas³⁴. Beraldo de Oliveira mostrou que ideais da mediação, como uma dinâmica comunicacional não adversarial, o restabelecimento de laços comunitários, a pressuposição de uma convivência pautada na igualdade e na democracia em que se compartilham noções de ‘justo’ e ‘injusto’, a agilidade e a desburocratização da Justiça e, por fim, os esforços de ampliação do acesso à justiça aparecem mesclados nos atendimentos da mediação, que, por vezes, acabam por orientar a produção de diferenciações e hierarquias econômicas, de gênero e de geração nas relações entre os sujeitos envolvidos (mediadores, agentes comunitários e atendidos) e na relação entre a própria “justiça do diálogo” e a “justiça comum”. As práticas de mediação estudadas acabam produzindo, segundo a autora, não sujeitos de direitos da cidadania, mas mulheres ‘sujeitos da pensão alimentícia’.

Apenas para exemplificar a complexidade do tema na área criminal, outra orientanda minha, também pesquisadora do NADIR³⁵, em diálogo com o contexto nacional e internacional de encarceramento em massa e de crise do sistema de justiça penal, pesquisou os Juizados Especiais Criminais que surgem no Brasil com a dupla tarefa de reduzir a complexidade no processamento de conflitos de “pequena gravidade” sem deixar de puni-los, ainda que “levemente”.

Caracterizados por procedimentos de intervenção mais horizontalizados e flexíveis, segundo os quais se estabelece, em tese, uma troca de interesses entre a justiça penal e as partes em conflito, em favor de uma resposta rápida, não carcerária para o infrator e mais reparadora para a vítima, esse modo de “fazer justiça” tem sido chamado de “justiça negocial”.

33 Cf. OLIVEIRA, M. B. *Justiças do diálogo: uma análise da mediação extrajudicial*. 2010. 340 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, 2010.

34 Cf. OLIVEIRA, M. B. *Crime invisível: a mudança de significados da violência de gênero no Juizado Especial Criminal*. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, 2006.

35 FULLIN, C. S. *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções*. 2012. 256 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (FFLCH-USP), São Paulo, 2012.

Baseando-se na etnografia realizada nos Juizados Especiais Criminais de São Bernardo do Campo, a autora buscou compreender os sentidos de punir mobilizados nessas situações de “negociação”. Constatou que elas são influenciadas por processos de afirmação de identidades profissionais no campo da justiça, sobretudo de promotores de justiça, cujo protagonismo nessas cortes lhes confere hegemonia na punição do infrator em detrimento de um possível espaço para a mediação do conflito. A abordagem etnográfica das audiências também permitiu verificar a predominância de sanções de cunho monetário e a tímida recorrência do trabalho comunitário como forma de punição. Desse modo, concluiu-se que o sistema de sanções mobilizado na “justiça negocial”, uma justiça em princípio “consensual”, guarda, mesmo que de maneira “leve”, vínculos com uma tradicional semântica do sofrimento.

5. CONCLUSÃO: UM CAMPO DIALÓGICO EM CONSTRUÇÃO

À luz das definições de mediação, conciliação, arbitragem e negociação apontadas, bem como das pesquisas brevemente apresentadas, talvez possamos afirmar que nos dois casos relatados por Roberto Cardoso de Oliveira não houve propriamente mediação. As *Irmãzinhas* parecem ter se valido, com sucesso, da prática da negociação, ao passo que o funcionário do SPI fracassou na tentativa de arbitrar em favor do incestuoso casal Tükuna.

A breve história dos cursos de direito no Brasil e os encontros da antropologia com o campo jurídico, por sua vez, podem ser lidos com uma esperança cautelosa, pois, embora as últimas duas décadas de redemocratização no país somem ganhos no que se refere à criação de condições não autoritárias para a resolução de conflitos, persistem, seja na formação de profissionais do direito, seja nas instituições judiciais e sociais, muitos elementos autoritários que demonstram ser ainda frágeis as possibilidades de acordos intersubjetivos e intergrupais diante da força coercitiva e punitiva do Estado.

Quando o Estado entra em cena, os trabalhos recentes que etnografaram tentativas de resoluções consensuais de conflitos nas esferas do Judiciário atestam que nelas prevalecem condições predominantemente inibidoras do diálogo entre as partes e instigadoras de seu antagonismo, pois, quando um conflito é levado aos tribunais, geralmente fórmulas adversariais o incrementam, posições antagônicas são instigadas e instruções sobre o que dizer e como dizer tornam mais rígidos e inescrutáveis eventuais interesse conciliatórios³⁶.

Como sugeri no título deste texto, entendo que há um campo dialógico em construção quando se trata de discutir mediação cultural, antropologia, direito e justiça estatal em um país tão diverso e com tantas desigualdades como o Brasil. Essa construção está apenas começando. Experiências piloto exemplares, como as do Centro de Mediação e Cidadania, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), e do programa *Polos da Cidadania*, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sinalizam a potencialidade da instituição de um campo específico de mediação institucional no Brasil.

36 Cf. VEZZULLA, J. C. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais*. 2004. 137 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

Se seguirmos o conselho de Velho e Kuschnir³⁷ e deixarmos de pensar somente nos extremos irreconciliáveis da cultura brasileira para enfocarmos os agentes sociais que transitam entre os dois polos, “contrabandeando ideias, estilos de vida, práticas/ sociais e objetos” (os *go-betweens*, como os denominam os autores), talvez possamos considerar significativas e intensas as atividades mediadoras existentes no Brasil, especialmente em esferas extrajudiciais.

Indivíduos, em meio metropolitano (dentre os quais eu incluiria alguns atores dos poderes estatais), estão potencialmente expostos a experiências muito diferenciadas, uma vez que se deslocam e têm contato com distintos e contrastantes universos sociológicos, estilos de vida e modos de percepção da realidade. Alguns deles, portanto, mais do que outros, não somente fazem trânsitos como “desempenham o papel de mediadores entre diferentes mundos, estilos de vida e experiências”³⁸. O estudo de biografias e de trajetórias individuais foi o recurso utilizado por Velho e Kuschnir para apresentar “tradutores culturais” e *mediadores* que tentam estabelecer pontes de comunicação entre universos distintos nos campos da música, literatura, política, relações entre patrões e empregados, entre profissionais da saúde e pacientes etc. Creio que também há *go-betweens* na esfera da justiça estatal, bem como espaço e condições para que eles se multipliquem e façam crescer as “justiças do diálogo”.

Portanto, seja na esfera estatal, seja em outras esferas da vida cotidiana, experimentamos, no Brasil, com acertos e erros, novas formas democráticas de resolver conflitos. Torçamos para que elas se alastrem e ganhem destaque, enfraquecendo, de modo geral, concepções e práticas autoritárias de enfrentamento de conflitos e, de um modo particular, diminuindo o monopólio dos profissionais do direito adversarial. Esse movimento, muito provavelmente, implicará o fortalecimento de espaços de mediação e de outras formas de justiça consensual e contribuirá para solidificar experiências multidisciplinares, nas quais se incluem antropólogos que fazem de si próprios e de suas etnografias agentes de mediação cultural.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, S. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BRASIL. Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação e da outras providências. *Diário Oficial da Unia*, 23 nov. 1930. Disponível em: <www.oab.org.br/historiaoab/.../ini_dec19408.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- BRASIL. Projeto de Lei n. 4.827, de 1998. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. *Diário do Senado Federal*, 7 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2002/12/06122002/23780.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- CATÃO, A. L.; CRONEMBERGER, L. F.; CAPPANARI, S. *Mediação no Judiciário: desafios e reflexões sobre uma experiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CUNHA, M. Carneiro da. Pensar os índios: apontamentos sobre José Bonifácio. In: _____. *Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade*. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 165-173.

37 Cf. VELHO, G.; KUSCHNIR, K. (Org.). *Mediação, cultura e política*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2001.

38 VELHO; KUSCHNIR, 2001, p. 20.

- DULLO, E. Resenha de MONTERO, P. (Org.). *Deus na aldeia: missionários, índios e mediação cultural*. São Paulo: Globo, 2006. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 49, n. 2, p. 789-795, 2006.
- FULLIN, C. S. *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções*. 2012. 256 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (FFLCH-USP), São Paulo, 2012.
- GEERTZ, C. *Obras e vidas: o antropólogo como autor*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2002.
- GEERTZ, C. Os usos da diversidade. In: _____. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 68-85.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: _____. *Antropologia estrutural dois*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1973. p. 328- 366.
- LORÊA, R. A. Acesso ao aborto e legalidades laicas. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p.185-201, 2006.
- MONTERO, P. (Org.). *Deus na aldeia: missionários, índios e mediação cultural*. São Paulo: Globo, 2006. Resenha de: DULLO, E. *Revista de Antropologia*. São Paulo, v. 49, n. 2, p. 789-795, 2006.
- NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. Universidade de São Paulo (NEV/USP). Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=4&Itemid=4>. Acesso em: 12 dez. 2012. OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. Antropologia e moralidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (RBCS), n. 24, p. 110-121, 1994.
- OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.
- OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. Etnicidade, eticidade e globalização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (RBCS), n. 32, p. 6-17, out. 1996.
- OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Sociologia do Brasil indígena*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1972.
- OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. *Crime invisível: a mudança de significados da violência de gênero nos Juizado Especial Criminal*. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, 2006.
- OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. *Justiças do diálogo: uma análise da mediação extrajudicial*. 2010. 340 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, 2010.
- PERRONE, T. *Quais valores? Disputas morais e monetárias em ações de alimentos: uma etnografia em varas de família*. 2010. 127 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de São Paulo, 2010.
- RIOS, R. R. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, 2006.
- SCHRITZMEYER, A. L. P. O ensino da antropologia jurídica e a pesquisa em direitos humanos. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica Lucía (Coord.). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.137-153.
- SCHRITZMEYER, A. L. P. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCrim, 2004.
- SCHWARCZ, Lilia. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- VELHO, G. C. A.; KUSCHNIR, K. (Org.). *Mediação, cultura e política*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2001.
- VEZZULLA, J. C. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais*. 2004. 137 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

NINGUÉM: DIREITO, RACIALIDADE E VIOLÊNCIA

NO-BODIES: LAW, RACIALITY AND VIOLENCE

DENISE FERREIRA DA SILVA¹

RESUMO

Quando é que se tornou uma trivialidade – mais do que uma evidência, mas ainda não uma “verdade” óbvia – o fato de que um número considerável (cuja dimensão talvez nunca seja conhecida) de jovens do sexo masculino e do sexo feminino sucumbe como sujeitos da violência infringida para preservação da lei? Neste artigo, esse questionamento guia uma reflexão acerca de uma dimensão da existência global contemporânea que deveria se tornar tema da teoria política. Descreve-se, aqui, um cenário político no qual os braços do Estado – a polícia e o Exército – empregam total violência como tática de regulação. Mais especificamente, faz-se uma leitura das ocupações empreendidas pelo Estado nas regiões economicamente desfavorecidas – onde os traficantes de drogas competem para instituir a “lei do lugar” – como representações de um tipo diferente de contrato de fundação, significantes da violência racial. Nessa abordagem do cenário político (ético-jurídico), os corpos mortos dos adolescentes negros e mulatos contam não como baixas de guerras urbanas, mas como significantes do horizonte da morte, pois a existênciadados sujeitos raciais subalternos resultantes das ferramentas da racialidade (diferença racial e cultura) se revela em territórios onde o Estado atua apenas em nome da sua própria preservação.

Palavras-chave: Direito. Racialidade. Violência.

ABSTRACT

When has it become trivial – more than evidence, yet not an obvious “truth” – to have a substantial (albeit immeasurable) number of boys and girls succumbing as subjects of violence infringed to preserve the law? This article addresses this question by reflecting on a dimension of the contemporary global existence that should become a subject within the political science. It describes a political scenario in which the police and the army use total violence as a means of regulation. More specifically, it reviews the State’s occupations of economically unprivileged regions – where drug dealers compete to implement the “local law” – as representations of a different type of founding contract, as signifiers of racial violence. In this (ethical-juridical) political scenario, the dead bodies of mulatto and black adolescents do not count as urban war casualties, but rather as signifiers of the death horizon, as the existence of subordinate racial subjects derived from the raciality tools (racial and cultural difference) becomes evident in territories where the State is active only in behalf of its own preservation.

Keywords: Law. Raciality. Violence.

- ¹ Professora e Diretora do Centre for Ethics & Politics – Queen Mary, University of London, Inglaterra. “Meus agradecimentos a Joseph Pugliese, Maria Giannacopoulos, Mark A. Harris e a meus alunos de pós-graduação Maile Arvin, Rashné Limki, Kit Myers e Angela (Angie) Morrill, pelos comentários, questionamentos e inspirações. Todos contribuíram enormemente para o que há de bom neste trabalho e não têm responsabilidade alguma pelo que não estiver bom”.

1. INTRODUÇÃO

Ficamos aterrorizados, certo...

O que aconteceu ontem à noite eu não quero que aquilo aconteça a ninguém. Ninguém merece aquilo, sabe, não um ser humano².

Onde fica aquele lugar onde o que não deveria “acontecer a ninguém” acontece todo dia? Por que é que, em tantos lugares encontrados em todo canto do espaço global, tantos seres humanos se deparam com aquilo que “ninguém merece”? O que possibilita um modo de existência que se dissemina para além das fronteiras jurídicas de um Estado e das fronteiras éticas de todas as nações? Neste artigo, descrevo o contexto da emergência, as condições de produção e os efeitos do uso das ferramentas políticas/simbólicas que forjam essa postura ética em particular. Trata-se de uma postura que identifico ao refletir sobre as ocupações que a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e o Exército brasileiro fizeram nas favelas da Cidade do Rio de Janeiro habitadas pelas populações negra e parda. Todas as ocupações foram acompanhadas ou precedidas por confrontos entre a Polícia Militar e os traficantes de drogas – confrontos esses que duraram de algumas poucas horas até algumas semanas. As táticas de aplicação da lei nessas ocupações vão além do patrulhamento ostensivo das ruas; incluem tiros de helicópteros em voos rasantes, carros blindados e armas automáticas. Embora o governo ofereça a essas regiões serviços sociais básicos, como saúde e educação, a presença do Estado se torna mais evidente nessas ações militares, que se tornaram o principal modo de governança dos territórios habitados pelas populações negra e parda economicamente expropriadas da cidade.

Durante essas ocupações, os moradores das favelas participam de cenas semelhantes às das guerras ocorridas no Iraque, no Afeganistão, na Palestina e em outros rincões do planeta. Sem dúvida, a prática do “matar na hora” da política do Rio de Janeiro não faz ninguém se indagar se as favelas do Rio são campos de concentração ou campos de batalha, mas incita reflexões sobre a questão de qual exatamente é a diferença entre um e outro. O que faço aqui é situar essas ocupações das *favelas* do Rio na recente reconfiguração do palco político global (ético-jurídico) que coloca o Estado no comando da subjugação racial. Mais especificamente, neste artigo introduz-se uma formulação da violência racial que captura o modo como a racialidade imediatamente justifica a decisão do Estado de matar algumas pessoas – a maioria (mas não apenas) composta de jovens de cor – em nome da autopreservação. Esses extermínios não desencadeiam uma crise ética porque os corpos dessas pessoas e os territórios que elas habitam quase sempre já significam violência.

O percurso que mostra como a racialidade desvenda os limites do aparato de regulação (administração ou governo) do Estado-Nação – no esfacelamento da justiça que expõe a face violenta do Estado – pode ser dividido em três passos. O primeiro passo consiste em descrever o contexto de emergência e as condições de produção da noção de diferença apropriada nas abordagens sociológicas da existência humana. Essa formulação da diferença, como mostro, está compreendida na racialidade, o arcabouço ontoepistemológico constituído pelos conceitos do racial e do cultural e de seus significantes, aqueles que produzem pessoas e entidades (éti-

2 Este depoimento foi feito pelo primo de um aborígine de 24 anos, Greg Harrison, morto em Melbourne em maio de 2005 por “um grupo de albaneses” que “urravam insultos raciais” e os atacaram com bastões de beisebol, segundo relatos de amigos e parentes que sobreviveram ao ataque. (FATHER of two killed in ‘race attack’ [Pai de dois morto em ‘ataque de racismo’]. *Sunday Ag*, Melbourne, 15 maio 2005)

co-jurídicas) não compreendidas pela universalidade, o descritor moral escolhido para as configurações políticas pós-iluministas. O segundo passo, a análise dos efeitos do uso do arcabouço da racialidade, começa com uma discussão de como, no presente global, o Estado brasileiro justifica o emprego da arquitetura de segurança que está se tornando o modo principal por meio do qual ele se ocupa das suas populações negras e pardas economicamente desfavorecidas. Minha análise dessas ocupações das favelas do Rio de Janeiro enfatiza como elas, uma vez colocadas como necessárias para a reapropriação desses territórios, constituem um modo de subjugação racial, mais precisamente uma violência racial, em cujo comando se encontra o Estado. Por fim, o terceiro passo não é exatamente uma conclusão; ele simplesmente abre espaço para uma reflexão acerca da violência como um tema da teoria política. A razão é que essas ocupações são um exemplo, eu argumento, de um momento do espaço político marcado pelo (des)aparecimento da distinção entre o Direito (como legalidade) e o Estado (como autoridade) – (des)aparecimento que serve de suporte às alegações de legitimidade do Estado-Nação. Perante o sujeito negro, significado em corpos e territórios, a separação entre os mandatos de proteção e de punição do Estado cai por terra, pois, nesse caso, a administração da justiça (julgamento) e a aplicação da lei (punição) se convergem na força de autopreservação do Estado.

2. NECESSITAS

A necessidade como uma alegoria da violência, um significante da determinação, é um elemento predominante nas montagens do teatro da razão encontradas nas escritas sobre universalidade científica e jurídica do século XVII. Nessas escritas, a razão significa um poder universal que atua externamente e a mente (o racional) guarda consigo a autodeterminação, mantendo sozinha o poder de decisão (julgamento) em relação ao saber e à existência política. Isto é, a mente sozinha *determina* (decide, julga, sentencia) as regras e motivações por meio das quais a razão universal governa, respectivamente, os movimentos das coisas e as ações dos seres humanos. Ao discutir a noção de poder, John Locke repete o gesto fundamental que protege a mente na autodeterminação, o deslocamento da exterioridade, mesmo antes da inevitável ascensão da necessidade sob a égide da razão universal. O poder, aquele que garante o início da ação, ele admite, “encerra em si certo tipo de relação” – “uma relação para a ação ou mudança”, para ser mais preciso. Contudo, a desigualdade dessa relação deve ser reconhecida, porque “quase todos os tipos de coisas sensíveis” e as suas “qualidades sensíveis” nos dão apenas uma ideia de “poder passivo”³ – ou seja, reação ou sujeição. Com a distinção entre “poder ativo” e “poder passivo”, ele rejeita o corpo para defender que o poder verdadeiro, a determinação – que é o “início da ação” – reside apenas na mente. A mente, o único exemplar do “poder ativo” (aquele que comanda, ordena, regula), tem, de acordo com Locke, dois poderes, quais sejam, “vontade e entendimento”: a vontade dá a capacidade “para começar ou omitir, continuar ou terminar várias ações de nossas mentes e movimentos de nossos corpos simplesmente pelo pensamento ou segundo a preferência da mente que ordena, ou como se estivesse comandando, para fazer esta ou aquela ação particular”, enquanto o entendimento, percepção, refere-se às capacidade de conhecer as “ideias em nossas mentes”⁴

3 LOCKE, John. *Essay concerning human understanding*. Oxford: Clarendon Press, 1894. p. 311-312.

4 LOCKE, 1894, p. 313-314.

Escritos pioneiros e tardios sobre a determinação, sobre a necessidade como significante do poder, defendem o privilégio da mente no que diz respeito à autodeterminação. Em todos eles, no estágio da exterioridade, aquele ocupado pelo corpo e outras externalidades, a razão universal governa como *necessitas*; na forma de força e ordem, ela restringe, regula ou limita. Ela age como poder externo (como lei ou forma) que cria e destrói as coisas do universo.⁵

2.1 “PODER DE DECISÃO”

Situar o Direito e o Estado na *necessitas*, como dimensões da razão universal como violência (força, poder), parece ter sido a principal tarefa antes dos primeiros escritos sobre universalidade jurídica. O Direito e o Estado consistentemente reconfiguram a *determinação*, mas sem prejuízo da autodeterminação do racional (da mente). Embora esses dois referentes do poder político-jurídico tenham a dupla tarefa de proteger e punir seus sujeitos, o Estado (o soberano) também tem a obrigação de preservar a si mesmo. Em sua afirmação clássica a respeito do soberano moderno, Thomas Hobbes reconhece a origem artificial do Estado, mas insiste que a sua criação resulta do reconhecimento, pelo racional, da sua necessidade.

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos, [ele postula], é o cuidado com sua própria conservação [...]. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de mantê-los em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza⁶.

Em nome da “paz e segurança”, de acordo com os primeiros pensadores do “contrato social”, o racional cria a sociedade política, abandonando, assim, a liberdade gozada no “estado de natureza”. Para Hobbes, a necessidade de proteção individual e autopreservação coletiva define a soberania, “a essência da república” [*commonwealth*], a qual ele define como

Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo que ela possa usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar paz e a defesa comum⁷.

Quando, de fato, instituem esse corpo político protetor, Locke postula, mais tarde, os homens:

autorizam a sociedade [...] a fazer leis por sua conta, quando o bem público exigir, e requerer a sua assistência para fazê-las executar (assim como decretos dos quais ele mesmo seria autor). Os homens passam assim do estado de natureza para aquele da comunidade civil, instituindo um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil [*commonwealth*]; este juiz é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados⁸.

5 “A mecânica racional [como] a ciência dos movimentos que resultam de quaisquer forças, e das forças exigidas para produzir quaisquer movimentos, rigorosamente propostas e demonstradas” (NEWTON, Isaac. *Principia*. Nova Iorque: Daniel Agee, 1846. p. xviii). Isto é, a universalidade das leis – do movimento, da gravidade etc. – é apenas acessível à mente porque esta também faz parte dos atributos da razão.

6 HOBBS. Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1904. p. 115.

7 HOBBS, 1904, p. 119.

8 LOCKE, John. *Two treatises on civil government*. Londres: George Routledge & Sons, 1887. p. 236

O que exatamente significa esse “poder de decisão”? Esse poder formal, a autoridade artificial, instituído em obediência ao mandato divino da autopreservação, habita o momento de violência, é uma força de regulação, restrição e punição. O “poder político”, como Locke o define, é

o direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de consequência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público⁹.

O que ambas as concepções de poder jurídico-político conseguem, na minha opinião, é inscrever o Direito e o Estado na violência – o modo através do qual a razão opera por necessidade – ao se descrever o “estado de natureza” como um cenário de violência. Tanto o Estado quanto o Direito compreendem a violência, tendo autoridade para impedir as ameaças dos indivíduos uns aos outros e as ameaças externas ao coletivo (sociedade política) e tendo autoridade para decidir quando empregar os seus instrumentos de proteção e de punição. Emersos de uma decisão racional, o Direito e o Estado também reconfiguram a autodeterminação; são artefatos da mente racional, a única coisa existente capaz de compreender a necessidade, porque ela é a única que sabe que esses corpos que restringem/regulam manteriam, na sociedade política, a única regra de “natureza divina”, qual seja, a preservação da vida¹⁰.

Ao lembrar como a universalidade jurídica reconfigura a autopreservação, não estou trazendo nenhuma contribuição que já não tenha sido feita no âmbito da teoria política e do Direito. Da ideia de Direito como comandos amparados pelas ameaças (apresentada por Austin) à formalização do Direito (trazida por Hart), e até mesmo a versão de “Direito como integridade” concebida por Dworkin, a restrição continua sendo o atributo definidor do jurídico, seja resultando de regras ou da natureza da adjudicação¹¹. Mais recentemente, Peter Fitzpatrick deu enfoque a essa natureza dual da decisão (jurídica) quando, até mesmo ao reinscrever o Direito na “(ir)resolução”, reconhece que o Direito opera com rigor por causa da sua luta interna contra a violência originária de sua fundação. Ao tratar da interpretação dada por Freud à ordem social, Fitzpatrick afirma:

O Direito encontra sua apoteose no determinante porque é imperativamente instituído contra um caos selvagem; porém, na violência da sua determinação, o Direito também continua tendo algo do selvagem¹².

Contudo, embora o “selvagem” (o significante para violência) sirva como uma espécie de fundamentação, ele não é mais o “outro” negativo das alegorias de estado de natureza dos filósofos modernos ou o “homem” inferior das teorias raciais (porque primitivo, tradicional etc.); ele se torna a fundamentação negativa, porém interna sob a qual se sustenta a força da lei. Para Fitzpatrick, o Direito também traz consigo algo de liberdade e necessidade: por um lado, como autodeterminação (coletiva), o Direito é aquilo que substitui o pai primevo, o

9 LOCKE, 1887, p. 192.

10 “O estado de natureza tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses [...]. Cada um está obrigado a preservar-se, e [...] quando sua própria preservação não estiver em jogo, cada um deve, tanto quanto puder, preservar o resto da humanidade, e não pode, a não ser que seja para fazer justiça a um infrator, tirar ou prejudicar a vida ou o que favorece a preservação da vida, liberdade, saúde, integridade ou bens de outrem”. (LOCKE, 1887, p. 193-194)

11 Cf. AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Londres: Prometheus Books, 2000; DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986; HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford University Press, 1994.

12 FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 3-4.

comandante soberano; por outro lado, o Direito é aquilo que substitui o caos que se seguiu após o extermínio do pai, quando os irmãos assumem a responsabilidade pela sua proteção/preservação. Em suma, a autodeterminação e a autopreservação reconfiguram a violência que constitui o núcleo instável do Direito e a armadura rígida do Estado. E ela opera nos usos da ideia de universalidade para fundamentar qualquer determinação (decisão ou julgamento) com relação ao “mundo das coisas” ou às “sociedades dos homens”.

2.2 ONDE ESTÁ A DIFERENÇA?

Ao descrever o rearranjo que compôs o contexto epistemológico da emergência das ciências humanas, Michel Foucault nota outra herança cartesiana no pensamento moderno. No pensamento clássico, ele afirma, a representação *formal* da comparação trazida por Descartes permite a constituição de uma “ciência da ordem” e suas duas estratégias: medição, pela qual uma unidade comum designada permite a atribuição de igualdade e desigualdade às coisas do mundo; e a ordem, pela qual a enumeração das diferenças permite a demarcação de identidades e a elaboração de um quadro/ tabela de classificação. De maneira bastante semelhante à forma como o cálculo instituiu a física como a explicação científica das leis universais do movimento, o ordenamento aplica a noção de universalidade no domínio do observável, seja simples ou complexo. Isso foi possível, argumenta Foucault, por causa da criação de uma linguagem que transformou (na mente) a abundância infinita de coisas em um número finito de categorias. Aqui, a razão científica governa por meio da *formalização* (e não da *regulação*), o que resulta de três estratégias distintas: *máthêsis* (“ordenamento de naturezas simples”), taxonomia (“quadro das diferenças visíveis”) e gênese (série sucessiva). Como as outras duas estratégias estão compreendidas pela taxonomia, a “*máthêsis* qualitativa”¹³, ele afirma, o quadro é o “centro do saber nos séculos XVII e XVIII”¹⁴.

O que faz do quadro uma representação simbólica da determinação externa, uma instância de *necessitas*? Pertencente ao momento da razão universal que Hegel rebaixa a uma “razão morta”¹⁵, o quadro reconfigura a determinação externa (exterioridade/espacialidade) ao organizar as coisas da natureza (minerais, plantas e animais) em uma rede hierárquica organizada pela igualdade/desigualdade (*máthêsis*), identidade/diferença (taxonomia) e a série de acontecimentos (gênese).

Diferentemente de outros dois arranjos epistemológicos descritos por Foucault, a semelhança (*resemblance*) e a episteme moderna, o quadro clássico apreende a “natureza” na fixidez das suas tipologias abstratas (formais). Na cenografia da formalização, a “natureza” permanece no momento da *necessitas*, no qual a razão determina (externamente) tudo o que pode e vai acontecer às coisas. A formulação da diferença que emergiu nesse contexto ontoepistemológico, que incorpora tanto igualdade/desigualdade e identidade/diferença, nortearia as condições de produção do conhecimento da existência humana em duas configurações epistemológicas distintas. Primeiramente, na física clássica, ela apresenta a diferença humana como um efeito do externo ao corpo e ao território, pois está aqui totalmente no estágio de exterioridade, tornando todas as afirmações que eles manifestam ou expressam na essência

13 FOUCAULT, Michel. *The order of things*. Nova Iorque: Vintage Books, 1994. p. 74.

14 FOUCAULT, 1994, p. 75.

15 HEGEL, G. F. W. *Phenomenology of spirit*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

(interior) do humano e das outras coisas. Já a história natural representa a “natureza” como um conjunto de seres, o qual pode ser distribuído em uma “tabela constante de identidades e de diferenças” por estar dotado de traços tanto mensuráveis quanto classificáveis (externos) e sujeitos a perturbações decorrentes de eventos geológicos.

Começando pela observação, ela faz uso de suas ferramentas de formalização, a “estrutura” e o “caráter”, o que transforma a multiplicidade em algumas poucas noções abstratas – isto é, o saber se dá no ordenamento da “natureza” de acordo com alguns moldes abstratos, quais sejam, forma, número, proporção e situação¹⁶. “No saber clássico”, Foucault diz, “o conhecimento dos indivíduos empíricos só pode ser adquirido sobre o quadro contínuo, ordenado e universal de todas as diferenças possíveis”¹⁷. Em suma, a história natural transformou o Universo em um livro, um texto à espera de interpretação – mais uma vez, uma tarefa que apenas a mente instruída seria capaz de realizar. “É de propriedade exclusiva do homem”, afirma Linnaeus, “contemplar e raciocinar sobre o grande livro da natureza, a qual gradualmente se revela para ele”. Contudo, embora afirme que esse modo de conhecer a natureza ainda depende do “agenciamento dos sentidos”, Linnaeus vê o racional como o único responsável pela interpretação da “natureza”¹⁸.

A formalização regeu o campo epistemológico clássico mediante a noção de ordem. Nesse contexto, emerge uma noção de diferença que significa (des)igualdade vertical (medição) e horizontal (classificação). Por meio da abstração – possível por causa do uso *a priori* de uma unidade comum de medição ou da delimitação *a posteriori* de uma unidade (um tipo ou espécie) com a identificação de uma característica em comum –, esse ordenamento do mundo vivente (humanos, plantas e animais) gerou um mapeamento formal das coisas existentes sem ter de encontrar uma resposta para a questão de como eles vieram a existir que não fosse a do desejo produtivo de um autor e governante divino. Com o quadro, uma representação simbólica do estágio de exterioridade, a razão científica faz sua primeira incursão nas escritas sobre as condições humanas. Mas essa incursão permanece no nível da observação, descrição e classificação de territórios, corpos e modo de existência, que essas escritas usavam para designar variedades humanas. O que faltava – aquilo que marcaria o surgimento da episteme moderna – era o enfoque na interioridade e temporalidade, o pressuposto ontoepistemológico que produziria o corpo e o território como significantes da mente.

Embora Montesquieu, e Locke antes dele, pudesse se referir ao “selvagem” como o “outro” dos seres racionais regidos pela lei, eles não tinham nenhum outro amparo a não ser os traços visíveis que ocupam o quadro da diferença humana. Colocando a questão em outras palavras, além do território e dos diversos modos de existência encontrados entre eles, não havia nada mais a que se pudesse recorrer para dar conta da diferença entre o “selvagem” e o “europeu”. Mas por quê? Basicamente porque a singularidade do racional se fundou na especificidade da sua mente; se essa particularidade mental, a racionalidade, era apenas um efeito do território, poder-se-ia cogitar que a qualquer momento um “outro em relação à Europa” deixaria o seu território “original” e se mudaria para um espaço europeu. Enquanto a classificação do mundo humano dependia unicamente do observável e enquanto o saber continuava ignorando a interioridade (o ser) das coisas, os significantes da diferença racial (traços corporais e geo-

16 FOUCAULT, 1994, p. 134.

17 FOUCAULT, 1994, p. 144.

18 LINNAEUS, C. *Systema naturae*. Holmiae [Stockholm]: Impensis Direct; Laurentii Salvii, 1758 *apud* EZE, Emmanuel Chukwudi. *Race and the enlightenment*. Cambridge, MA: Blackwell, 1997. p. 11.

gráficos) reconfiguravam a razão universal como violência, a força do ordenamento (exterior), mas não reescreveriam a mente como um efeito da necessidade, como é representada nas leis dos filósofos naturalistas (física clássica) e nas formas da história natural (biologia clássica).

Da história natural, portanto, as ciências do homem e da sociedade desenvolvidas no século XIX herdaram uma abordagem da diferença humana que compreendia modos de ser humano nas unidades abstratas (universais) autorizadas pela formalização. Sem dúvida, a apreensão formal do quadro clássico em relação ao corpo e ao território como significantes da diferença humana continuaria efetiva na episteme moderna, ainda que com o suporte da historicidade, da fenomenologia (o texto no qual o corpo e o território significam existência enquanto efeito da autorrepresentação), da biologia (o texto no qual o corpo significa a existência enquanto efeito da determinação externa) e da sociologia (o texto no qual o território significa existência enquanto efeito da autoderminação coletiva).

3. (DI)ANTE DA LEGITIMIDADE

Como essa fundamentação da universalidade na *necessitas*, será que a alegoria epistemológica da razão como violência dá suporte a uma investigação de como a racialidade, um significativo sociológico da diferença humana, molda as estruturas e procedimentos jurídicos do presente global? Será que é possível fazer isso sem repetir a própria produção que a racialidade faz do sujeito racial subalterno enquanto o único agente da violência? Por exemplo, a noção de tecnosoma (*somatechnics*) sugere uma abordagem da significância política da diferença racial que se direciona para o “espaço capilar de conexão e circulação entre estruturas macro-políticas de poder e técnicas micropolíticas de subjugação”¹⁹. Seguindo um caminho paralelo, faço aqui uma leitura da diferença racial e cultural como significantes políticos, momentos de uso do poder na designação dos modos de ser humano – ou seja, na própria formulação da noção de humanidade que agora circula no vocabulário global. Isso é necessário se realmente se deseja que a questão implícita na citação de abertura seja formulada de forma adequada e política; se realmente é a intenção compreender como é possível que aquilo que não deveria acontecer a ninguém, “não [a] um ser humano”, tenha sistematicamente delineado a existência de tantos seres humanos – aqueles cujos corpos significam algo que parece escapar a tudo o que deveria ser compreendido pela noção iluminista de humanidade e os seus descritores ontoepistemológicos, quais sejam, a universalidade e a historicidade.

Nesta seção, desenvolvo o argumento de que a formalização (uma ferramenta e efeito da universalidade científica), o referente da noção de diferença reconfigurada no arcabouço da racialidade (nos significantes da diferença racial e cultural), produz o sujeito racial subalterno como uma mente que não tem lugar à mesa de tomada de decisão. Isto é, como uma caixa de ferramentas políticosimbólicas, a racialidade institui uma posição ético-jurídica que pertence ao estágio da exterioridade, uma posição em que as concepções de universalidade e historicidade do pós-Iluminismo não são capazes de compreender. Com essa abordagem, não estou defendendo que os sujeitos raciais subalternos figuram fora do domínio dos direitos, uma

19 PUGLIESE, Joseph; STRYKER, Susan. The somatechnics of race and whiteness. *Social Semiotics*, Nova Iorque, v. 19, n. 1, p. 3. 2009.

vez que estão mencionados na carta de direitos e nas estruturas e procedimentos da justiça administrativa. Não excluídos totalmente, nem de forma individual nem de forma coletiva, do texto dos direitos, os sujeitos raciais subalternos de hoje, praticamente em todos os lugares, podem reivindicar – e de fato o fazem – o respeito aos seus direitos civis e humanos nos salões da justiça global e nacional. Todavia, como mostrarei adiante, cada um desses direitos cai por terra quando o Estado alega que emprega seus instrumentos até o nível da violência total para fins de autopreservação.

Será que isso significa que, por exemplo, as ocupações das favelas, e os confrontos armados, no Rio de Janeiro constituem uma suspensão *ipso facto* da lei ou uma declaração *ad hoc* do estado de emergência? Possivelmente. Quer a noção de estado de emergência seja ou não adequada para descrever essas ocupações na linguagem jurídica, permanece a questão do seu efeito políticosimbólico, ou seja, sua significância ética. Um questionamento sobre legitimidade vem à tona sempre que o Estado coloca em ação seu “poder executivo”, com (ou à beira da) violação dos direitos do cidadão. Pois, argumenta Foucault, “o papel essencial da teoria do Direito [...] é o de fixar a legitimidade do poder” – o que ela faz dissolvendo “o fato da dominação, para fazer que [apareçam] no lugar dessa dominação, que se queria reduzir ou mascarar, duas coisas: de um lado, os direitos legítimos da soberania, do outro, a obrigação legal da obediência”.²⁰ Tirar a máscara da dominação, revelando a violência autodefinidora do Estado, acredito, requer mais do que uma crítica da noção de direito porque, como discutirei mais adiante, essas ocupações têm lugar sob a máscara de uma demanda mundial pela expansão dos direitos (civis e humanos). Muito do que faço na análise dessas ocupações é trazer à luz uma modalidade de “coerção disciplinar”, aquela que, de acordo com Foucault, tem sido escondida sob a gramática da legitimidade pela “implantação de um direito público articulado a partir da soberania coletiva”.²¹ Enfrentar a questão da legitimidade, creio eu, abre um terreno crítico que, embora similar aos estudos que Foucault faz dos mecanismos de disciplina e biopoder, retoma a centralidade do poder jurídico-político. Destarte, como minha leitura mostra, o mapeamento dos fundamentos das alegações do Estado para a legitimidade da ocupação das favelas coloca em exposição como a racialidade reconfigura os feitos simultâneos do poder disciplinar e do poder jurídico-político, tornando com isso irrelevantes tanto as demandas pelos direitos humanos e civis quanto o reconhecimento dos mesmos.

3.1 COM/SEM LEGALIDADE

Minha discussão de legitimidade enfoca a visão dominante de que a universalidade, como princípio e descritor ontológico, rege o Estado Democrático porque, penso, ela é mais produtiva para tratar da questão de como os direitos humanos e civis de certos seres humanos desaparecem tão imediatamente na decisão do Estado de colocar em ação suas forças de autopreservação nos territórios que ele na realidade deveria proteger. Embora não tenha sido o primeiro, a concepção de universalidade como descritor ontológico moderno apresentada por Max Weber é aquela que mais diretamente responde à questão de como ela compõe os fundamentos éticos do Estado. Exemplificando como a legitimidade tem sido pensada para deslocar o momento de dominação, Weber emprega sua tipologia de motivações para abordar

20 FOUCAULT Michel. *Society must be defended*. Nova Iorque: Picador; Palgrave Macmillan, 2003. p. 26.

21 FOUCAULT, 2003, p. 37.

a lei e o Estado, em suas variações modernas, como efeitos de determinantes internas (culturais)²². Ao definir a organização política, ele postula que

uma associação de dominação será chamada de ‘política’ se, e na medida em que, sua existência e a validade de suas leis dentro de uma área *territorial* definida forem garantidas por um quadro administrativo através da contínua aplicação e ameaça de força, [mas apenas] será chamada de ‘Estado’ se e à medida que, seu quadro administrativo, reivindicar com sucesso a *monopolização* do uso *legítimo* da força física na imposição de sua autoridade²³.

Isto é, na condição de figura espacial (territorial), o Estado tem sua existência e continuação dependente do seu domínio ético, qual seja, a sua legitimidade. No caso do Estado moderno, sua autoridade (dominação) reside na “crença na legalidade”, nas ideias de que: a) o “racional referente a fins ou racional referente a valores” fundamenta normas legais; e b) “todo direito” é um “cosmos de regras abstratas” e “a [sua] judicatura é a aplicação dessas regras ao caso particular”. Além disso, a ordem impessoal (“o direito”) também compreende “o senhor legal típico”, o “superior” e o membro da associação “só obedece [...] ‘ao direito’”.²⁴ Em suma, a legalidade – agora um princípio – dá sustentação a alegações de legalidade baseadas em motivações racionais. A autoridade legal, de acordo com Weber, se baseia na visão de que

a judicatura [do direito] é a aplicação dessas regras ao caso particular e [de] que a administração é o cuidado racional de interesses previstos pelas ordens da associação, dentro dos limites das normas jurídicas e segundo princípios indicáveis de forma geral, os quais encontram aprovação ou pelo menos não são desaprovados nas ordens da associação²⁵.

O que Weber faz aqui – e posteriormente é retomado por Unger – é reescrever o direito como legalidade, o princípio – o determinante interno das ações, relações, associações sociais – que molda as configurações sociopolíticas modernas e, portanto, os fundamentos para o uso legítimo da violência pelo Estado no escopo de determinado território liberal²⁶.

Como poderia o direito posto de Locke, que ele descreve como força externa (objetiva), tornar-se o determinante interno (ainda que formal) da singularidade (política) da Europa Pós-Iluminismo? A resposta exige um entendimento de como a universalidade se transformou no princípio efetivado e expresso nos corpos e territórios da Europa Iluminista – ou, refraseando, como a *necessitas*, tal qual concebido na universalidade científica e jurídica, como uma força determinante (externa), poderia tornar-se o fundamento interno da ação humana, o regulador da moralidade? Para que isso fosse possível, a razão universal teve de passar por transformações que permitiram uma afirmação da sua regulação soberana que não desse cabo à noção de mente como algo autodeterminado.

É central aqui a concepção da noção do transcendental, como defende Foucault²⁷. Essa transformação teve pelo menos dois movimentos. A primeira transformação, a resposta de Immanuel Kant ao desafio de Hume quanto à possibilidade da certeza ou de um conhecimento

22 Max Weber define motivação como “uma conexão de sentido que parece ser, para o indivíduo envolvido ou para o observador, o fundamento da sua conduta”. (WEBER, Max. *Economy and society*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 11)

23 WEBER, 1978, p. 54, grifos do autor.

24 WEBER, 1978, p. 217-218.

25 WEBER, 1978, p. 217.

26 UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society*. Nova Iorque: Free Press, 1976. Disponível em: <www.law.harvard.edu/unger/english/.../lawinmo.pdf>. Acesso em: 9 maio 2009.

27 Cf. FOUCAULT, 1994.

total, introduziu a noção do transcendental, o que transformou a universalidade em um efeito do sistema mental (racional), qual seja, o entendimento. Ao mapear as condições de possibilidade do conhecimento total, Kant introduziu a noção de razão transcendental (pura/formal) como aquela que mune o conhecimento de ferramentas – intuições e categorias – que compreendem as forças objetivas e necessárias que atuam nos fenômenos, os modos por meio dos quais a extensão das coisas do mundo é acessível ao conhecimento científico²⁸. Ao trazer a razão transcendental para a discussão sobre as relações humanas – mais especificamente, a moralidade –, Kant coloca novamente em prática a negação protetora da exterioridade para reinscrever a intimidade da mente e o seu determinante formal (interno). “O imperativo categórico é portanto só um único”, ele afirma, “*age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”²⁹.

Embora em sua formulação do direito moral a autodeterminação permaneça como uma dádiva da razão, ela agora vem junto com a carga da transcendentalidade – ou seja, sem qualquer determinante empírico, externo:

Se eu fosse um mero membro do mundo inteligível [Kant reconhece, então], todas as minhas ações seriam perfeitamente conformes ao princípio da autonomia da vontade pura; mas, como mera parte do mundo sensível, elas teriam de ser tomadas como totalmente conformes à lei natural dos apetites e inclinações, por conseguinte à heteronomia da natureza³⁰.

Em outras palavras, aqui o sujeito moral deve emergir em autorrelação mediada, na suposta identificação da mente racional com seu produtor transcendental (formal). Embora a negação da exterioridade retire a possibilidade de violência (como uma função da heteronomia, sujeição) – sempre ali na relação com o objetivo (externo) de desejo, inclinação etc. –, a determinação kantiana de um sujeito moral (o produtivo gesto simbólico), ou seja, a formalização, por si só, é violenta. A fundamentação da moralidade nos poderes de formalização do conhecimento, segundo Herder, rouba o humano da sua capacidade mais apreciada, qual seja, a autoprodução ou autodesenvolvimento³¹.

Não surpreende que a solução kantiana manteve-se como uma expressão insuficiente da universalidade como orientação moral. Foi necessário resolver a questão da violência – aqui significada como mediação formal (interiorizada) – inerente às expressões científicas da *necessitas*, quais sejam, o cálculo e a formalização.

A segunda transformação, a rescrita que G. F. W. Hegel faz da razão formal como força vivente (em autodesenvolvimento), transformou a *necessitas* em uma etapa produtiva na trajetória de autorrevelação (autorrepresentação) da consciência humana. Na versão de Hegel, a razão universal se torna uma força transcendental autodeterminada (interior/temporal) que se concretiza nas mentes e territórios europeus pós-iluministas. A escrita da razão transcendental como espírito, a força vivente dotada de capacidade de autoprodução e autoconhecimento, transforma a universalidade – e com ela a autodeterminação (liberdade) – em um descritor ontológico, que significa (porque um efeito) uma conjuntura espacial/temporal, qual seja, o momento de transparência, no qual a revelação da transcendentalidade anuncia o fim da tra-

28 KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1990.

29 KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysics of morals*. Nova Iorque: Harper & Row, 1956. p. 88, grifos do autor.

30 KANT, 1956, p. 121.

31 Cf. HERDER, Johann Gottfried von. *Philosophical writings*: Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

jetória temporal do espírito. Nesse momento, a autoconsciência, o racional, torna-se o “eu” transparente – pois aqui, no momento da moralidade objetiva, ela toma conhecimento da sua identidade fundamental com o espírito e tudo mais que existe³². Ao descrever esse momento, Hegel o caracteriza como aquele em que o bem (“a substância universal da liberdade”) e a consciência (“que é princípio de determinação, mas apenas abstrato”) se convirjam em “saber absoluto”³³. A moralidade objetiva é

a ideia da liberdade enquanto vivente bem, que na consciência de si tem o seu saber e o seu querer e que, pela ação desta consciência, tem a sua realidade. Tal ação tem o seu fundamento em si e para si, e a sua motora finalidade na existência moral objetiva. É o conceito de liberdade que se tornou mundo real e adquiriu a natureza da consciência de si³⁴.

Tudo (as coisas de necessidade e as coisas de liberdade) se transforma, aqui, em um cenário de superação, a trajetória temporal autorrealizadora do espírito. “[...] a moralidade objetiva é [...] a liberdade, ou a vontade que existe em si e para si, aparece como realidade objetiva, círculo de necessidade, cujos momentos são os poderes morais que regem a vida dos indivíduos...”³⁵.

A liberdade e a universalidade (um significante abstrato da moralidade) agora podem ser reconciliadas em sua existência, porque o estágio da exterioridade se tornou nada mais que o *hall* de exposição do espírito. A determinação externa, o efeito da exterioridade/espacialidade negada por Kant ao colocar o direito moral em autorrelação (formal) mediada não é mais uma ameaça porque tudo que é externo à autoconsciência nada mais é que a efetivação de um momento (espacial/temporal) do espírito. Quando interiorizada, a universalidade se torna um princípio e descritor ontológico. O Estado, como Hegel o descreve, torna-se

realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever³⁶.

Além disso, a lei (como a Constituição) é singular apenas porque expressa “a natureza e a cultura” da “consciência desse povo”³⁷ – ou seja, o espírito continua sua jornada, não há nada que possa impedir as leis de um povo de se desenvolverem e se transformarem em expressões de universalidade.

Ao abordar “o problema da soberania”, Hegel levanta os pontos que se tornariam centrais nas formulações de Weber, uma vez que tanto o poder quanto a autoridade do Estado e de seus funcionários e agentes individuais se baseiam na universalidade – ou seja,

nem para si nem na vontade particular dos indivíduos têm os diferentes poderes e funções do Estado existência independente e fixa: a sua raiz profunda está na unidade do Estado como ‘eu’ simples deles. São estas as duas condições que constituem a soberania do Estado³⁸.

32 Cf. HEGEL, 1977.

33 HEGEL, 1967, p. 103.

34 HEGEL, 1967, p. 105.

35 HEGEL, 1967, p. 105.

36 HEGEL, 1967, p. 155-156.

37 HEGEL, 1967, p. 179.

38 HEGEL, 1967, p. 179-180.

O que protege o Estado da particularidade (subjetiva) são essas condições infundadas, que não se incorporam à vontade de nenhum governante individual. Sob a égide da historicidade, o modo de transformação do espírito, a universalidade, como um princípio rege a moralidade objetiva por completo apenas porque descreve a totalidade ético-jurídica, configurada pela nação e pelo Estado – no final do século XIX consolidado na entidade política (ético-jurídica) híbrida, qual seja, o Estado-Nação –, o que marca o fim da trajetória do espírito. Ao reescrever a universalidade como um marco do fim da trajetória do espírito, Hegel abre a possibilidade de reformulação de outras versões da universalidade. Ao trazer à luz a razão transcendental pela superação do estágio de exterioridade, o feito de Hegel marca a transformação ontoepistemológica que autorizou a razão científica a se aventurar no terreno sagrado da liberdade.

Ao descrever o contexto de concepção da diferença clássica nos escritos científicos pós-Iluminismo sobre a existência humana³⁹, defendo que Hegel, com sua convergência da espacialidade na temporalidade, a superação da exterioridade, abriu a possibilidade de um projeto de conhecimento que abordasse a mente como um objeto dos instrumentos da *necessitas* sem tirar as coisas racionais do estágio de interioridade (liberdade). O que faço é descrever as condições de produção da diferença racial e cultural como significantes da diferença humana (moral e intelectual) nas versões dos projetos antropológicos e sociológicos dos séculos XIX e XX. Mais especificamente, mostro como o arcabouço da racialidade apreende o corpo e o território – no século XIX como formas ou “tipos raciais”, como significantes de duas espécies de mentes fundamentalmente distintas entre si: o “eu” *transparente*, o branco/ europeu do pós-Iluminismo, aqueles que efetivam/expressam a realização do Espírito, e o “eu” *sujeitado*, “os outros em relação à Europa”, aqueles cujas mentes efetivaram/expressaram os efeitos da razão produtiva conforme compreendida pelas ferramentas de produção (“leis” e “formas”) do entendimento. Não repetirei todo o argumento aqui, limitando-me a dizer que meu mapeamento da lógica da racialidade mostra como, nos escritos científicos do corpo e do território humano, a autodeterminação continua sendo o atributo exclusivo da mente racional, a qual existe no reino da liberdade, onde a transcendentalidade é efetivada, a saber, onde residem as coisas ético-jurídicas da razão, sujeitos modernos cujos pensamentos, ações e territórios reconfiguram a universalidade.

Meu mapeamento da racialidade revela como esse arcabouço político-simbólico que reconfigura um efeito-poder da *necessitas* (formalização) produz os “outros em relação à Europa” em situação de afetabilidade, sujeitos que não atuam na moralidade objetiva. Nele, os outros em relação à Europa habitam sozinhos os domínios da *necessitas*, completamente sujeitos ao poder limitador/ regulador que produz e determina as partes e movimentos dos seus corpos, assim respondendo pela qualidade inferior de suas mentes, o que é significado nos modos de existência que se desenvolvem em seus territórios. Não obstante isso, como o autodeterminado não pode ser assim se ele emerge em uma relação – e os sistemas de conhecimento sociológico não podem outra coisa se não gerar tipos, categorias, itens que necessariamente se relacionam uns com os outros como instâncias do *nomos* produtivo (a forma da *necessitas* quando suplantada pelo espírito) –, as ferramentas da racialidade produzem os outros em relação à Europa como sempre já desaparecendo, seja pela fraqueza de suas mentes afetáveis, seja quando do confronto com o “poder ativo” do “eu” transparente. Em outras palavras, a racialidade produz tanto o sujeito da moralidade objetiva, que é protegido

nos salões da lei e pelas forças do Estado, quanto os sujeitos da *necessitas*, os sujeitos raciais subalternos cujos corpos e territórios, o presente global, se tornam lugares onde o Estado faz uso da sua força de autopreservação.

3.2 A VEZ DA SEGURANÇA

Toda pessoa que viveu nas áreas economicamente desfavorecidas da cidade do Rio de Janeiro (as favelas e projetos habitacionais), nas décadas de 1960 e de 1970, cresceu em espaços onde as forças de aplicação da lei – as polícias civil e militar do Estado do Rio de Janeiro – tinham uma presença mais sistemática do que os aparatos biopolíticos do Estado. Como a resistência armada à ditadura militar se formava principalmente entre a classe média instruída do país, nenhum de nós jamais imaginou que as forças de autopreservação do Estado (Exército, Marinha ou Aeronáutica) seriam empregadas em nossos bairros, nem mesmo em um estado de emergência. Bem, até recentemente, para falar a verdade. Nos últimos poucos anos, o Exército brasileiro tem sido, em diversas ocasiões, chamado a atuar como agente da aplicação da lei. No início de 2006, isso aconteceu porque, em algum momento no começo de março ou no final de fevereiro, foram roubadas armas de um quartel do Exército no Rio de Janeiro. Poucos dias depois, sem uma declaração de emergência, o Exército foi empregado na cidade – cerca de 1.600 tropas ocuparam dez favelas no Rio de Janeiro. Após menos de duas semanas, as tropas federais se retiraram da cidade, com as armas que haviam sido roubadas, deixando pelo menos um morto, denegrado publicamente na imprensa nacional, mas sem qualquer apelo público da esquerda para uma resposta revolucionária ou da esquerda ou da direita para a retomada do Estado de Direito⁴⁰.

Sob que autoridade poderiam as forças de autopreservação do Estado “legitimamente” ser empregadas nas fronteiras nacionais sem uma suspensão oficial do Estado de Direito, uma declaração pública de estado de emergência? Quer uma “sociedade global” (cosmopolita ou fragmentada) ou um novo império seja o que descreve a presente configuração global, não resta dúvidas de que, nos últimos vinte anos aproximadamente, os Estados têm se ocupado com a formação de um programa jurídico-econômico neoliberal que regule a todos. As diretrizes desse “contrato global”, ou mandato global, encontradas nos acordos que estabelecem os organismos multilaterais (como a Apec, o Mercosul ou a União Europeia) têm instituído o mercado livre global: reformas econômicas (desregulamentação, eliminação de barreiras ao comércio e estímulo ao investimento privado); democracia inclusiva (medidas que ampliam os direitos dos cidadãos por meio de mecanismos que promovem a inclusão da mulher, das pessoas de cor e dos grupos socialmente excluídos e que também protegem os direitos humanos); e estruturas de segurança (como o Plano Colômbia e a Iniciativa Merida, que inclui ajuda militar – financeira, de pessoal, de armas e de inteligência)⁴¹.

40 A maioria dos jornais brasileiros cobriu o episódio. Cf., por exemplo, a cobertura coberta feita pela *Folha de S. Paulo*. (Exército ocupa morros após roubo no Rio. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2006. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/foha/especial/2006/exercitonorio>. Acesso em: 9 maio 2009)

41 O acordo mais recente é a parceria para a Segurança e Seguridade, no âmbito do NAFTA 2008 – parceria consolidada pela Iniciativa Merida: “O Acordo hoje disponibiliza US\$ 197 milhões dos US\$ 400 milhões que o Congresso Norte-Americano aprovou para fundos suplementares no ano de 2008. Mais de US\$ 136 milhões já estão sendo utilizados na luta contra o crime através de cooperação militar e contas do Fundo de Apoio Econômico, que também faz parte da Iniciativa Merida. O restante dos US\$ 400 milhões consiste em US\$ 43 milhões, que o Congresso Norte-Americano liberará depois que nós [mexicanos] tivermos cumprido os requisitos de elaboração de relatórios internos, e US\$ 24 milhões para desenvolvimento e administração da iniciativa. . Esses US\$ 400 milhões da conta de despesas suplementar FY2008 representa a primeira

As contradições do capitalismo neoliberal são tanto mais ardilosas quanto mais complexas do que o materialismo histórico clássico poderia imaginar. Por exemplo, quando se olha isoladamente, é impossível imaginar como a juventude negra trabalhadora no Brasil poderia se beneficiar de uma democracia inclusiva (como as políticas de ação afirmativa) se as reformas econômicas não tivessem criado uma situação de trabalho precário (“flexível”, subemprego, desemprego) para seus pais. Além disso, os mesmos ativistas e intelectuais que atacam as reformas econômicas também celebram as medidas de democracia inclusiva, como o reconhecimento dos direitos à terra entre os povos indígenas, a criação de meios institucionais para superar o efeito da subjugação de um gênero pelo outro e o reconhecimento dos direitos das crianças. Mais importante ainda: como as reformas econômicas têm recebido mais atenção acadêmica e da mídia, tem-se ignorado boa parte da reformulação do Estado que tem acontecido sob o mandato global. A forma como o mandato global funciona na condição de uma nova configuração do cenário político global apenas fica evidente, creio, quando se olha simultaneamente para a interseção dos três momentos. Infelizmente, o espaço disponível não é suficiente para o desenvolvimento dessa linha de argumentação no âmbito deste artigo. Restrinjo-me aqui apenas a dizer que essa interseção aponta diretamente para o fato de que, na América Latina, no Caribe e em outros países, tem crescido exponencialmente o número de jovens do sexo masculino e do sexo feminino nos domínios do narcotráfico ao longo dos últimos vinte anos.

Talvez a dimensão menos exposta do programa neoliberal seja o fato de que, embora o Estado em todo o mundo venha drasticamente reduzindo sua presença na economia, a configuração da estrutura jurídica do livre comércio também tem incluído medidas que permitem que ele desempenhe um grande papel na aplicação da lei. Por quase oito anos, as estruturas e procedimentos de segurança nacional se tornaram um fato inevitável nos Estados Unidos. Construído sob a alegação de que era necessário para a proteção contra ameaças externas, esse enorme sistema – o qual é um bom exemplo de como o Estado não tem diminuído sob o mandato global – recentemente desviou seus alvos do fantasma do “terrorismo” para a onipresença de “imigrantes ilegais”, os quais ele procura ao longo das fronteiras do país, em áreas rurais e tanto em cidades pequenas como em cidades grandes. Nessa onda de segurança, o governo brasileiro começou a construir, também, um sistema de “segurança nacional” próprio com o lançamento do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, o Pronasci, que inclui 94 projetos a serem geridos em parcerias formadas pelos governos federal, estadual e municipal com as comunidades economicamente desfavorecidas. De acordo com o Ministro da Justiça, o programa “marca uma iniciativa inédita no enfrentamento à criminalidade no país. O projeto articula políticas de segurança com ações sociais; prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e segurança pública”. No sítio eletrônico, os destaques (provavelmente aquilo que o Ministério da Justiça acha mais atraente para o público) do projeto incluem duas ações sociais: “Mães da Paz”, introduzido para treinar mulheres a instruir suas comunidades acerca dos males da

parcela do montante de US\$ 1,4 bilhão em apoio que os EUA se comprometeram a fornecer ao longo dos próximos três anos” (CARLSEN, Laura. *Extending NAFTA's reach*. 2007. Disponível em: <<http://americas.irc-online.org/am/4497>>. Acesso em: 25 abr. 2009). De acordo com o Embaixador do México nos Estados Unidos, isso mostra como, “juntos, os governos dos EUA e do México continuarão lutando contra o flagelo das drogas e do narcotráfico, mas para termos êxito precisaremos do apoio dos povos de ambos os países. Estou confiante de que, juntos, conseguiremos, com êxito, trazer maior segurança e prosperidade para as nossas nações”. (REMARKS by United States ambassador to Mexico Antonio O. Garza at the signing of the *Letter of agreement on the merida initiative*: as prepared. 2008. Disponível em: <www.usembassy-mexico.gov/eng/Ambassador/eA081203Jointdeclaration.html>. Acesso em: 5 maio 2009)

violência, e o “Protejo” (Projeto de Proteção dos Jovens em Território Vulnerável), que enfoca “a formação da cidadania desses jovens por meio de atividades culturais, esportivas e educacionais”. A maioria das iniciativas supramencionadas, o que inclui a Força Nacional de Segurança Pública, um esquadrão de elite criado em 2004, está direcionada para a formação e proteção de policiais e outros agentes de aplicação da lei⁴².

O que *justifica* essa fusão de forças de aplicação da lei (policiamento no nível do Estado) e de autopreservação (segurança nacional)? Ao comentar sobre as ações dos traficantes de drogas em janeiro de 2007, o então presidente do Brasil, Luís Inácio (Lula) da Silva, fez referência ao clichê do “inimigo comum” para justificar essa reconfiguração das forças do país: “[Isso] não pode ser tratado como crime comum. Isso é terrorismo e tem que ser tratado compolítica forte e a mão forte do Estado brasileiro”. Como é que as ações por si sós, a matança dos moradores das favelas por traficantes de drogas, autoriza a eliminação da distinção entre “crime” e “terrorismo” – uma distinção que se mantém porque este geralmente tem sido circunscrito aos ataques que miram o Estado? Embora o então presidente Lula não tenha achado necessário dar maiores informações para especificar como foi violada a distinção entre “crime” e “terrorismo”, ele menciona duas explicações sociológicas para o crime ao descrever o que ele chama de “ações terroristas”:

Se dentro da família houver desagregação, se pai e mãe não se entenderem, tudo ficará difícil [...]. A violência é resultado de erros históricos acumulados de toda a sociedade, que precisa também assumir a responsabilidade de ajudar os estados, os municípios e o governo federal a encontrar uma solução definitiva⁴³.

A solução que Lula apresentou em seu discurso foi a criação de uma Força de Segurança Nacional, uma força policial federal, cuja função seria ajudar a polícia do Estado do Rio de Janeiro. Mas por quê? “Porque”, disse o presidente, “temos que garantir o direito de homens livres e honestos saírem de casa de manhã e voltarem à tarde com o sustento de suas famílias. Não podemos permitir a inquietação dentro de casa, a inquietação dentro de cada estado. Isso não é tarefa de um homem e de um partido, é de toda uma nação”⁴⁴. O que ele está concebendo é o mandato moral do povo e a responsabilidade do Estado em proteger “homens livres e honestos” da violência dos criminosos ligados ao mundo das drogas, o que ele atribui, como se fosse um bom sociólogo, à “desagregação da família”. O problema, no entanto, está em como essa diferença entre “homens livres e honestos” e os “marginais” já justifica diretamente a existência e o emprego das forças de aplicação da lei – cuja tarefa é proteger os cidadãos uns dos outros.

O que, então, explica o excesso, a criação de um braço adicional – a Força de Segurança Nacional – quando bastaria aumentar o número de policiais para aplicação da lei? Esse excesso, acredito – o emprego das forças de autopreservação do Estado nas favelas – já está pré-configurado na versão sociológica da racialidade, a qual produz as favelas – ou qualquer outra comunidade, bairro ou país que seja – como territórios sujeitados (patológicos), como regiões morais regidas pela *necessitas*. O mesmo campo de estudos que nos dá as estatísticas dos

42 Cf. BRASIL Ministério da Justiça. *Projetos*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B3FD1029C-C70B-4394-A81E-A52F2E42E259%7D&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BFA34A8C4%2DA1F1%2D4C2B%2DBECE%2DDF60C7C0A2AC%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 30 abr. 2009.

43 LEIA a íntegra do segundo discurso de posse de Lula. *BBS Brasil.com*. 2007. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/01/070101_luladiscorso2_ac.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2009.

44 LULA: onda de violência no Rio não é crime comum, é terrorismo. *O Globo*, 1º jan. 2007. Acesso em: 12 dez. 2008.

crimes, geralmente utilizadas em discursos para aumento da presença (jurídica ou biopolítica) do Estado, também nos tem trazido uma abordagem da subjugação que inscreve a diferença cultural (moral) como uma expressão e produtora dos “males sociais” ou “deslocamentos sociais” (“crimes”, “lares chefiados por mulheres”, “famílias instáveis”, “drogas”, “dependência de ajuda do Estado”, etc.) encontrados nesses territórios. Utilizando o “Bigger Thomas”, de Richard Wright, para descrever o sujeito social “associal”, Gunnar Myrdal descobriu como é “vagar pelas ruas desempregado, ficar pelos cantos ou rir, jogar e lutar nos bares e casas de bilhar espalhados nas favelas da população negra das cidades norte-americanas” e mostrou “uma despreocupação generalizada com a sua própria segurança pessoal e pobreza, o que traz às pessoas a sensação de que a indiferença, a associalidade e o medo chegaram ao seu ponto máximo”⁴⁵. Dos estudos sociológicos de meados da década de 1940, passando pela trilogia neoliberal de William Julius Wilson⁴⁶, até chegar a tratamentos mais recentes sobre criminologia e atividade de “gangues”, essa figura “marginal” tem sido sistematicamente escrita como um produto das condições sociais encontradas nos locais habitados, como afirma Kenneth Clark, pelas “patologias da comunidade dos guetos [que] se perpetuam através da acumulação de feiura, deterioração e isolamento e reforçam o sentimento de inutilidade do negro”⁴⁷. Ele diz ainda:

Não é só a patologia do gueto que se autoperpetua, mas também uma espécie de patologia que vai se reproduzindo e produzindo outra. A criança nascida no gueto tem maior probabilidade de entrar em um mundo de lares destruídos e de ilegitimidade; e essa instabilidade familiar e social leva à delinquência, ao vício das drogas e à violência criminosa. Nem a instabilidade nem o crime podem ser controlados pela vigilância policial ou pela confiança nas ditas forças preventivas de punição legal, pois os crimes individuais devem ser compreendidos mais como *sintomas de uma doença contagiosa na própria comunidade* do que o resultado de criminalidade inerente ou violência deliberada⁴⁸.

Meu argumento, neste ponto, é que a justificação para o uso das forças de autoproteção já se encontra na verdade sociológica do ex-presidente Lula, a qual representa as regiões urbanas economicamente desfavorecidas da população negra e parda (i.e., as favelas do Rio) como territórios sujeitados, regiões políticas (éticojurídicas) com/sem lei. Como elas sempre já são construídas como zonas nativas da violência, é lá onde o Estado deve necessariamente mostrar a sua face de autopreservação. Portanto, a (in)distinção do ex-presidente Lula entre “crime” e “terror” é suplantada por como a racialidade sempre já coloca como (in)significante a distinção entre “homens livres e honestos” e “criminosos/terroristas”. Como estes existem na (in)diferença moral, a racialidade inscreve nesses territórios qualquer um, todo mundo, qualquer pessoa, a entidade (ético-jurídica) que ali se encontra não configura o sujeito da moralidade objetiva, as pessoas autodeterminadas que a lei e o Estado protegem; ante essas estruturas, esses sujeitos raciais subalternos não são ninguém, são não seres.

45 MYRDAL, Gunnar. *An american dilemma*. Nova Iorque: Pantheon, 1944. v. I, p. 763.

46 Refiro-me aqui aos livros de Wilson (1978, 1987 e 1997), que têm moldado boa parte do discurso racial neoconservador e da política racial dos Estados Unidos nos últimos 25 anos aproximadamente.

47 Cf. CLARK, Kenneth B. *Dark ghetto*. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1965. p. 12.

48 CLARK, 1965, p. 81, grifo nosso. A descrição de Clark é apenas um exemplo da produção sociológica da racialidade em meados do século XX, no qual a diferença cultural se torna o marcador privilegiado da diferença humana. “Ele afirma que a literatura sociológica sobre o gueto produzida nas décadas de 1960 e 1970 “não apenas funde comportamento com cultura, mas também, quando os cientistas exploram formas culturais ‘expressivas’ ou aquilo que tem sido chamado de ‘cultura popular’ (como a linguagem, a música e o estilo), a maioria o reduz a expressões de patologia, comportamento compensatório ou ‘mecanismos de enfrentamento’ (*coping mechanisms*) criativo para lidar com o racismo e a pobreza”. Esse argumento também desaparece da literatura sociológica”. (KELLEY, Robin. *Yo mama's dysfunctional*. Boston: Beacon Press, 1997. p. 16-17)

3.3 BANDEIRAS PRETAS, CAVEIRAS BRANCAS

Abril 2008. Meus pais e eu estávamos acompanhando pela televisão e pelos jornais os desdobramentos de uma ocupação da favela Cruzeiro, que já durava uma semana, quando surgiram notícias sobre um confronto em outro bairro, a Cidade de Deus. Um jornal de grande circulação noticiou que dez traficantes foram mortos durante a ação, incluindo o líder. “Além deles [os traficantes]”, fomos informados pelo noticiário na TV de que “uma dona de casa de 70 anos morreu vítima de bala perdida. Duas outras pessoas foram feridas. Policiais apreenderam três fuzis, duas granadas, 2,5 quilos de cocaína e duas motocicletas roubadas”. A senhora de 70 anos e duas outras idosas (que ficaram feridas) estavam voltando do supermercado quando foram pegas pelo fogo cruzado. “Para evitar que os moradores [... fizessem] manifestações”, a notícia dizia, o comandante da 2ª CPA, coronel Paulo Cesar Lopes, disse que “toda a região [permaneceria] patrulhada por policiais”⁴⁹. A notícia também fez menção às armas (incluindo fotos) e destacou o fato de que algumas delas eram “normalmente utilizadas pelas forças armadas e pelas forças especiais da polícia militar”. O jornal também incluiu duas notas sobre o líder dos traficantes que foi morto – uma mencionava a sua amizade com os líderes de outras favelas e comentava sobre o fato de que “tinha uma boa relação com a comunidade e evitava participação em confrontos com a polícia”; a outra era sobre a filha de 11 anos desse traficante, que foi morta após ter sido atingida por uma bala perdida durante um conflito entre a polícia e os traficantes na Vila Cruzeiro no mês anterior. Além da garota, ficamos sabendo que mais cinco pessoas, “entre elas duas crianças que brincavam com ela”, foram mortas durante a operação.

Localizada em uma parte da Cidade do Rio de Janeiro que os moradores locais chamam de “A Faixa de Gaza”, a Vila Cruzeiro foi ocupada por diversas vezes nos últimos anos. No começo da operação de abril de 2008, o comandante, Coronel Marcus Jardim, disse à imprensa que a ocupação tinha por objetivo garantir que o Estado pudesse exercer suas tarefas biopolíticas de serviços de saúde pública. “O primeiro objetivo da operação”, disse, “era atender a algumas pessoas que reclamaram da dificuldade de saírem de suas residências por barreiras e obstáculos físicos impostos pelo tráfico”. Quando questionado sobre o número de mortes, disse: “A PM é o melhor remédio contra dengue. Não fica um mosquito em pé”, e afirmou: “A PM está aí para proteger. Se nove pessoas foram mortas, é porque foi uma batalha difícil e sangrenta. Precisamos responder na mesma proporção que os criminosos. A ação é legal, legítima e a corporação tem de agir de acordo com os interesses da sociedade”⁵⁰. Uma semana depois, os policiais membros do esquadrão de elite conhecido como Bope (Batalhão de Operações Especiais) “[hastearam] uma bandeira preta com a imagem de uma caveira”, símbolo do esquadrão, no topo do morro [onde a favela está situada]. “Os policiais disseram que estavam comemorando a expulsão dos traficantes ... [também disseram que] é comum hastear bandeiras” – de acordo com um tenente citado pelo jornal, ela “é o símbolo da ocupação plena do BOPE”. Um dia depois, “cerca de 100 membros do esquadrão de elite continuavam no topo do

49 COSTA, Ana Cláudia. Cerca de 150 policiais militares fazem operação contra o tráfico na Cidade de Deus. *Globo Online*, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/cerca-de-150-policiais-militares-fazem-operacao-contra-trafico-na-cidade-de-deus-500883.html>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

50 COSTA, Ana Cláudia. Policiais voltam a trocar tiros com traficantes na Vila Cruzeiro. *Globo Online*, 16 abr. 2008. Disponível em: <<http://extraglobo.com/noticias/rio/policiais-voltam-trocar-tiros-com-traficantes-na-vila-cruzeiro-495949.html>>. Acesso em: 20 fev. 2009; ONGs criticam coronel que chamou a polícia de ‘inseticida social’. *Globo Online*, 16 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.bengochea.com.br/detnotic.php?idc=1983>>. Acesso em: 20 fev. 2009;

morro. Eles ocupavam as estações de polícia local”. A bandeira preta foi depois “colocada na frente da estação [de polícia]”⁵¹.

Se a polícia interveio para proteger o acesso à “cidadania” e aos serviços de saúde pública pelos moradores da Vila Cruzeiro, por que então que a coreografia da ocupação incluiu apenas significantes visuais e verbais da morte? Parece-me que o objetivo dessas ações é uma reapropriação simbólica do território, mas não necessariamente o retorno de seus habitantes à região protegida da legalidade. Que donas de casas de 70 anos e garotinhas – e muitos outros atingidos por balas perdidas ou moradores desarmados da favela que levavam tiro da polícia – sejam mortas é *justificável* quando a morte ocorre nos territórios onde “os homens livres e honestos e suas famílias”, de um lado, e os “criminosos e suas famílias”, de outro, existem na (in)diferença. São mortes desafortunadas, mas necessárias porque são causadas pelo emprego legítimo que o Estado faz de suas forças de autopreservação em uma tentativa de reapropriar simbolicamente o território da morte – daí a bandeira preta com uma caveira branca bem proeminente exibida nos aparatos de ocupação, incluindo o “caveirão”, o carro blindado cuja aproximação esvazia as ruas das favelas.

O governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, ao ser indagado sobre a morte de “homens trabalhadores” durante a ocupação de outra favela, declarou que a autoridade do Estado considera legítimos esses usos da violência total:

[...] não havia uma operação policial há três anos e meio desse tipo, com 350 policiais. Marginais estavam indo para a pista sem aquele temor de ir apenas na madrugada. Iam de dia, parando os carros, com fuzil, mandando parar, matando as pessoas. O Estado não pode aceitar isso. Essa é uma questão que não é ideológica. Não adianta me chamar de truculento⁵².

O que o governador Cabral sugere aqui é que, nessas ocupações, o Estado intervém não para proteger seus cidadãos, mas para se preservar, reafirmar seu direito exclusivo de recorrer à morte nesses territórios. O fato de que essa (in)diferença reconfigura uma diferença moral (cultural) insolúvel, porque é um efeito da *necessitas*, significada nos corpos e territórios da população negra, é exemplificado na defesa do aborto legal feita pelo próprio governador Cabral alguns meses antes:

A questão da interrupção da gravidez tem tudo a ver com a violência pública. [...] Você pega o número de filhos por mãe na Lagoa Rodrigo de Freitas, Tijuca, Méier e Copacabana, é padrão sueco. Agora, pega na Rocinha. É padrão Zâmbia, Gabão. Isso é uma fábrica de produzir marginal⁵³.

Não é de admirar que, quando o esquadrão de elite das forças da polícia militar do Estado ocupam essa “fábrica de produzir marginal”, a morte (o referente da *Necessitas*, a deusa romana do destino; Ananke na mitologia grega) significa reapropriação do lugar onde a bandeira preta e sua caveira proeminente significam o(s) fim(ns) da ação do Estado.

51 COELHO, Camilo. Bope hasteia bandeira na Vila Cruzeiro. *Globo Online*, 21 abr. 2008. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/bope-hasteia-bandeira-na-vila-cruzeiro-498535.html>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

52 FREIRE, Aluizio. Cabral defende aborto como forma de combate à violência no país. *G1*, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,MUL155710-5601,00-CABRAL+DEFENDE+ABORTO+CONT+RA+VIOLENCIA+NO+RIO+DE+JANEIRO.html>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

53 FREIRE, 2007; e GOVERNADOR de Rio de Janeiro promueve legalizar el aborto... para disminuir criminales. *Aciprensa*, 26 out. 2007. Disponível em: <<http://www.aciprensa.com/noticias/gobernador-de-rio-de-janeiro-promueve-legalizar-el-aborto-para-disminuir-criminales/#.U6NrQ03jg5s>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

O ponto para o qual chamo atenção aqui é que a caveira, um significante da morte, não pode apenas significar o direito de matar das forças mortíferas do Estado. O simples fato de matar uma única pessoa que seja significa uma reapropriação desses territórios. Ou seja, nesses territórios, o direito de matar do Estado está já sempre legitimado. Não porque ele é liberado para a proteção da vida dos moradores das favelas, mas sim porque o Estado atua para proteger a si mesmo.

Durante as disputas territoriais entre o Estado e os traficantes de drogas, os direitos (civis, humanos, sociais) dos moradores são imediatamente suspensos – a administração da justiça cede à aplicação da lei –, pois a lei, como força de proteção, não atende aos moradores da Cidade de Deus, da Vila Cruzeiro e de tantas outras favelas. No fogo cruzado entre a polícia, o Exército e os traficantes de drogas, esses direitos se colocam em uma posição que a teoria política ainda terá de levar em consideração. Dessa posição, daquela que contempla o horizonte da morte, é impossível distinguir entre a aplicação da lei da polícia e as ações de violação da lei dos traficantes de drogas. Essa (in)diferença reconfigura o modo singular como, no presente global, o Estado desempenha seu papel de subjugação racial. Por essa razão, acredito, os corpos mortos dos adolescentes negros e pardos contam não como baixas de guerras humanas, destravadas porque o Estado precisa trazer os moradores desses espaços de volta para a comunidade ética. Nesse território *sujeitado*, o Estado atua na (in)diferença; pois os moradores das favelas são ninguém, tendo em vista que a existência deles acontece ante (de frente à) moralidade objetiva, do território ético-jurídico, das estruturas e procedimentos de aplicação da lei que são criados para proteger.

A designação desse modo de operação da violência racial do Estado a distingue de momentos de uso dos braços violentos do Estado, os quais ou necessitam de mecanismos de administração da justiça, ou demandam que o Estado, mediante a indicação dos inimigos, justifique por que esses mecanismos são desnecessários. A assinalação dos inimigos, nesses casos, se torna desnecessária porque, nesses territórios ocupados, a racialidade institui uma (in)diferença entre as tarefas de proteção e de autopreservação do Estado, o que põe por terra o momento da administração da justiça na/para a aplicação da lei, sendo o recurso ao direito à autopreservação (exemplificado acima pelas declarações do expresidente Lula e do governador Cabral) capaz de anular demandas por condenação ética e reparação legal.

4. NOTAS RUMO A UM PROGRAMA CRÍTICO

Do ponto de vista jurídico, o “matar na hora” no que diz respeito aos moradores da favela – independentemente de estarem ou não envolvidos no tráfico de drogas – pode ser interpretado como uma instância do *jus necessitatis* (direito de necessidade) concebido por Kant – direito que se aplica a um ato subjetivamente determinado, do tipo que está completamente além da condenação (inculpável), mas que “apenas é para ser julgado como isento de pena (impunível)”⁵⁴. Estamos acostumados com o *jus necessitatis* nos casos criminosos em que a autopreservação (autodefesa) é utilizada para justificar a morte de uma pessoa – como no

54 KANT, Immanuel. *The philosophy of law*. Union, NJ: The Lawbook Exchange, 2002. p. 52.

caso dos policiais que foram absolvidos no julgamento do assassinato de Amadou Diallo⁵⁵. Meu argumento na análise ora exposta, contudo, é que a *justificativa*, como no caso dessas ocupações dos territórios da população negra e parda economicamente desfavorecida do Rio de Janeiro, precede o uso das forças mortíferas do Estado. Isso não é, todavia, porque o Estado agora adquiriu algum tipo de dimensão subjetiva, mas porque a autopreservação (enquanto dever e direito) já está expressa nos escritos da soberania moderna. Nem um inimigo preeexiste nem um inimigo indicado, penso eu, *justifica* o uso da violência racial, pois ela, como aqui definida, refere-se ao total regresso à *necessitas*; a (in)diferença que justifica essas ocupações não é nem um pressuposto (divino) nem o efeito que segue o fato “desumanização”. Essa (in)diferença, que marca uma posição ética, está sempre já significada nos corpos e territórios do sujeito racial subalterno que os instrumentos sociológicos da verdade racial inscreve como expressões e produtoras de sujeitos sujeitados, aqueles seres humanos cuja singularidade/diferença as ferramentas formais (externas/espaciais) do conhecimento racial produzem como sujeitos de *necessitas* (determinação externa), e não de vida (autodeterminação).

Por essa razão, não creio que a rescrita de biopoder feita por Giorgio Agamben seja uma diretriz apropriada para a análise dos mecanismos da subjugação racial que estão em jogo no presente global. Embora sua formulação de biopoder retome o “problema da soberania” sem reinscrever a interioridade por meio de uma reconcepção da legitimidade, sua recuperação do Estado como lócus absoluto do poder, com o retorno da violência total aos escritos sobre a política, nega (expõe e rejeita) a exterioridade com um golpe duplo. De um lado, Agamben retorna a soberania à relação com o corpo nu do sujeito, pois “a vida nua, isto é, a vida *matável e insacrificável*” não faz mais do que demarcar as próprias fronteiras da *polis* (um espaço ético-jurídico), onde a soberania emerge como autoridade absoluta⁵⁶.

Relembrando a descrição de punição real apresentada por Foucault, junto com o imaginário da “vida nua” no campo de concentração nazista, ele desassocia sua formulação de poder do mapeamento que Foucault faz dos mecanismos de regulação produtiva por meio dos quais a razão universal rege e produz corpos (individuais e sociais). Em contrapartida, ele converge o político com o social (o espaço político do Estado-Nação), no qual o soberano exerce sua autoridade legítima (legal e moral). Não obstante isso, quando Agamben rejeita o par amigo/inimigo, que situa o político na relação entre soberanos (Estados modernos), ele traz o político de volta da exterioridade, o qual o social ameaça significar reinscrevendo-o no plano potência. Por apontar uma exclusão de autoprodução, a vida nua não se refere ao lado externo da lei, mas a quando ela opera em sua suspensão: “Soberano”, explica Agamben, “é aquele ato que se realiza retirando a própria potência de não ser, deixando-se ser, doando-se a si”⁵⁷. A autodeterminação e a autopreservação, o atributo característico do soberano e do dever maior, são empregadas, mas não protegidas na potência, como autorrelação, o que ocorre entre o soberano que está e não está lá – no que ele chama de “zona de indiscernibilidade”. Para Agamben, o bando, o tipo de relação que a exceção significa, “é a pura forma do referir-se a alguma coisa em geral, isto é, a simples colocação de uma relação com o irrelato”⁵⁸.

55 SILVA, Denise Ferreira da. *Notes towards the end of time*. Londres: Living Commons, 2014.

56 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. Califórnia: Stanford University Press, 1995. p. 8.

57 AGAMBEN, 1995, p. 46.

58 AGAMBEN, 1995, p. 29.

Mesmo que eu admita que as ocupações das favelas do Rio de Janeiro podem ser lidas como declarações *ad hoc* do estado de exceção, a principal diferença entre a vida nua de Agamben e minha leitura de violência racial, acredito, está em como ele escreve o bando como um ato de desumanização, a extirpação da proteção legal e moral (o “bando”), aquilo que produz a vida nua, o corpo nu ante o qual a soberania aparece como violência nua (total). A começar pela concepção de corpo, interpreto o corpo humano como inscrito no arcabouço da razão científica, os instrumentos da violência produtiva, sempre já compreendido pelas ferramentas da racialidade, ou seja, significantes sociológicos da diferença humana (racial e cultural). Agamben, por sua vez, utiliza o corpo para significar vida (enquanto zoé ou “o simples fato de viver comum a todos os seres vivos”⁵⁹).

Se é verdade que a lei necessita, para a sua vigência, de um corpo, se é possível falar, neste sentido, do ‘desejo da lei de ter um corpo’, a democracia responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo⁶⁰.

Isto é, a decisão política que distingue o biopoder, ele afirma, refere-se ao “valor ou (sobre o desvalor) da vida como tal” – ou seja, uma vida nua sem lei e cultura. Essa diferença é explícita em sua análise do Holocausto, em sua interpretação da decisão de Hitler quanto ao desvalor dos judeus, homossexuais e outros. Embora Agamben reconheça que o conhecimento racial (ciência do homem do século XIX) muniu o regime nazista de formulações que permitiram que “a tutela da vida [coincidisse] com a luta contra o inimigo”⁶¹, ele defende que o racismo como uma ideologia política marca o “o paradoxo da biopolítica nazista e a necessidade, à qual esta se encontra presa, de submeter a vida mesma a uma incessante mobilização”⁶². De forma bem semelhante a Foucault, seu uso do modelo nazista de poder racial limita leituras da sujeição racial como um fato político, pois a redução da significação racial a “herança natural”, do corpo a coisa sem história e sem ciência – o que é condizente com o movimento pós-Segunda Guerra Mundial de banir o racial do vocabulário moderno – apenas torna a racialidade uma questão política, seguindo a lógica da exclusão, quando a diferença racial é utilizada de escusa para preconceitos e agendas pessoais e coletivas.

O que, portanto, compreende a violência racial – o fato de que ante sujeitos raciais subalternos o Estado exerce apenas seu direito de autopreservação? Minhas pesquisas da representação moderna em um projeto anterior revelaram que o uso das ferramentas da racialidade tem instituído a globalidade como um horizonte ontoepistemológico moderno. Diferentemente da historicidade, o descritor ontológico preferido que escreve os sujeitos modernos como coisas autodeterminadas (internas/temporais), o arcabouço político-simbólico que criou a globalidade institui os sujeitos modernos do pós-Iluminismo como coisas raciais, entidades universais que significam *necessitas*, estabelecendo, assim, uma distinção insolúvel entre o “eu” autodeterminado e os seus outros sujeitados.

Na referida pesquisa eu também mostro como as análises críticas da subjugação racial perdem os efeitos mais insidiosos da racialidade, uma vez que se baseiam na lógica da exclusão, a qual assume que a universalidade de fato abarca todo modo de ser humano, que a subjugação racial apenas persiste porque as configurações modernas sociais ainda têm de efetivar

59 AGAMBEN, 1995, p. 1.

60 AGAMBEN, 1995, p. 125.

61 AGAMBEN, 1995, p. 145.

62 AGAMBEN, 1995, p. 148.

(plenamente) as suas afirmações universais. O que a noção de violência racial faz é capturar os feitos do mais insidioso efeito-poder da racialidade, a lógica da obliteração, que é inscrita na própria produção de sujeitos raciais subalternos como o “eu” *sujeitado*. Não surpreende que a adoção da lógica da exclusão pelos programas neoliberais, a qual deve ser corrigida com medidas de democracia inclusiva, torna o efeito-poder dessa racialidade ainda mais aparente. Essa questão, porém, escapa sistematicamente aos nossos olhos críticos porque não demanda que se assinale a diferença social, a especificação dos diversos modos pelos quais o sujeito racial subalterno não tem êxito em expressar ou efetivar princípios pós-iluministas, aquilo que a lógica da exclusão nos treinou a reconhecer como a manifestação do poder racial.

Nem o campo é uma metáfora apropriada para a favela, nem o refugiado reconfigura a posição política (ético-jurídica) dos moradores. A violência racial, à solta na (in)diferença que põe ao chão a administração da justiça na/para a aplicação da lei, imediatamente legitimando o Estado a usar suas forças para a autopreservação, não requer extirpar os significantes da humanidade. Pelo contrário, a queda dessa administração já está inscrita na racialidade, que produz a humanidade, a figura política *autodeterminada* (ético-jurídica) que busca uma moralidade objetiva, apenas porque isso a institui em uma relação – unida/ separada pelas linhas do quadro clássico – com outra figura política (o “eu” *sujeitado*), que se depara com o horizonte da morte.

Por essa razão, creio, nem o bando de Angamben nem o par amigo/inimigo de Schmitt são ferramentas úteis para a crítica da subjugação social. A racialidade é operacional porque é um referente da *necessitas*, a reguladora do estágio de exterioridade; seu delineamento da moralidade objetiva resiste tanto a usos pósmodernos da historicidade para falar dos raciais subalternos fora da rigidez moral quanto às medidas neoliberais de democracia inclusiva, que prometem (mais uma vez) efetivar a universalidade em todos os rincões do planeta. Como tal, essa realidade mina os projetos políticos que – por estarem fundados na tese da transparência, o conto ontológico que anuncia a moralidade objetiva – não conseguem reconhecer a tarefa política/simbólica dessa racialidade, o seu efeito de poder, que é a própria escritura das suas fronteiras. Em outras palavras, como a racialidade preconfigura a impossibilidade de ambos os gestos, a crítica da subjugação racial deve mirar o próprio delineamento do território da justiça – isto é, um texto ético que sustente nossas demandas de reconhecimento e recuperação legal deveria tornar-se o objeto da crítica radical.

Ao escrever contra as apresentações do *nomos* como um significante do Direito, Carl Schmitt oferece uma ferramenta útil para essa crítica. O seu objetivo aqui é recuperar enunciações anteriores do conceito, nas quais *nomos* significa a “medida” original, apropriação de terra que “dá fundação ao direito”. “Em todo caso”, ele afirma, a apropriação de terra, tanto interna quanto externamente é o título legal primário que subjaz todo o direito subsequente⁶³. O *nomos*, afirma, “é a forma imediata na qual a ordem sociopolítica de um povo se torna espacialmente visível [...] a apropriação de terra, bem como a ordem concreta contida nela e decorrente dela”⁶⁴; ele é o significante da “ordem e orientação”. Nessa formulação das origens do poder político, Schmitt remove a autoridade política da região weberiana (interna) dos significados (motivações) e, com isso, descarta o “problema da legitimidade” – aquele que Foucault vê como intrínseco à noção de Direito. Definindo normas como a “imedição plena de um poder legal não mediado pelas leis” enquanto o “evento histórico constitutivo – um ato de legitimação,

63 SCHMITT, Carl. *The nomos of the earth*. Nova Iorque: Telos, 2006. p. 46.

64 SCHMITT, 2006, p. 70.

pelo qual a legalidade de uma mera lei adquire significado pela primeira vez”⁶⁵, ele inscreve a soberania no território, dando suporte assim a leituras do Direito e do Estado como significantes de interioridade, como realizações da autodeterminação do racional – da mesma forma que Hegel aborda a ambos.

Encontro na interpretação de *nomos* dada por Schmitt a possibilidade de uma leitura da globalidade como um lugar de aplicação da modalidade de subjugação, violência racial, na qual se fundem os poderes jurídico e disciplinar. Isto é, essa concepção permite uma abordagem do político que compreenda instâncias de violência social, tais como as ocupações das favelas do Rio como momentos de “reapropriação” política/simbólica “de terras”. Pois essas ocupações inscrevem nesses territórios – no “matar na hora” os seus moradores – um tipo de “ordem e orientação” (moralidade objetiva) que não compreende as favelas e seus moradores. A legitimidade é sempre algo já dado – em exterioridade – a esses usos da violência total, porque a racialidade leva à decisão de matar moradores das favelas do Rio de Janeiro *simplesmente* porque é considerado *necessário* para o restabelecimento da autoridade do Estado. Como isso funciona, *a priori*, imediatamente (sempre-já) em representação, o uso das estruturas e procedimentos de segurança – ocupações, intervenções militares, torturas, execuções sumárias etc. – prescindem de maiores justificações. A racialidade assegura que, onde quer que seja, independentemente do lugar deste planeta, aquele “outro” que representa uma constante ameaça existe porque já foi assinalado; como tal, ele é uma ameaça interminável porque sua diferença *necessária* usurpa *sistematicamente* do sujeito a pretensão sobre uma vida ética de autodeterminação.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*. Califórnia: Stanford University Press, 1995.

AUSTIN, John. *The province of Jurisprudence determined*. Londres: Prometheus Books, 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Projetos*. Disponível em: <www.mj.gov.br/data/Pages/MJF4F53AB1PTBRNN.htm>. Acesso em: 30 abr. 2009.

CARLSEN, Laura. *Extending NAFTA's reach*. 2007. Disponível em: <<http://americas.irc-online.org/am/4497>>. Acesso em: 25 abr. 2009.

CLARK, Kenneth B. *Dark ghetto*. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1965.

COELHO, Camilo. Bope hasteia bandeira na Vila Cruzeiro. *Globo Online*, 21 abr. 2008. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/bope-hasteia-bandeira-na-vila-cruzeiro-498535.html>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

COSTA, Ana Cláudia. Cerca de 150 policiais militares fazem operação contra o tráfico na Cidade de Deus. *Globo Online*, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/cerca-de-150-policiais-militares-fazem-operacao-contra-trafico-na-cidade-de-deus-500883.html>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

COSTA, Ana Cláudia. Policiais voltam a trocar tiros com traficantes na Vila Cruzeiro. *Globo Online*, 16 abr. 2008. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/policiais-voltam-trocar-tiros-com-trafficantes-na-vila-cruzeiro-495949.html>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

65 SCHMITT, 2006, p. 76.

EXÉRCITO ocupa morro após roubo no Rio. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2006. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/folha/especial/2006/exercitonorio>. Acesso em: 9 maio 2009.

EZE, Emmanuel Chukwudi. *Race and the enlightenment*. Cambridge, MA: Blackwell, 1997.

FATHER of two killed in 'race attack'. *Sunday Age*, Melbourne, 15 maio 2005.

FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge UK: Cambridge University Press, 2001.

FOUCAULT Michel. *Society must be defended*. Nova Iorque: Picador; Palgrave Macmillan, 2003.

FOUCAULT, Michel. *The order of things*. Nova Iorque: Vintage Books, 1994.

FREIRE, Aluizio. Cabral defende aborto como forma de combate à violência no país. *G1*, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,MUL155710-5601,00-CABRAL+DEFENDE+ABORTO+CONTRA+VIOLENCIA+NO+RIO+DE+JANEIRO.html>>. Acesso em: 15 fev.2009.

GOVERNADOR de Rio de Janeiro promove legalizar el aborto... para diminuir criminales. *Aciprensa*, 26 out. 2007. Disponível em: <<http://www.aciprensa.com/noticias/gobernador-de-rio-de-janeiro-promuelegalizar-el-aborto-para-disminuir-criminales/#.U6NrQ03jg5s>>. Acesso em: 20 fev. 2009

HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HEGEL, G. F. W. *Phenomenology of spirit*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

HERDER, Johann Gottfried von. *Philosophical writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1904.

KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1990.

KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysic of morals*. Nova Iorque: Harper & Row, 1956.

KANT, Immanuel. *The philosophy of law*. Union, NJ: The Lawbook Exchange, 2002.

KELLEY, Robin. *Yo mama's disfuncional*. Boston: Beacon Press, 1997.

LEIA a íntegra do segundo discurso de posse de Lula. *BBS Brasil.com*. 2007. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/01/070101_luladiscorso2_ac.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2009.

LINNAEUS, C. *Systema naturae*. Holmiæ [Stockholm]: Impensis Direct; Laurentii Salvii, 1758.

LOCKE, John. *Essay concerning human understanding*. Oxford: Clarendon Press, 1894.

LOCKE, John. *Two treatises on civil government*. Londres: George Routledge & Sons, 1887.

LULA: onda de violência no Rio não é crime comum, é terrorismo. *O Globo*, 1º jan. 2007. Acesso em: 12 dezembro 2008.

MYRDAL, Gunnar. *An american dilemma*. Nova Iorque: Pantheon, 1944. v. I.

NEWTON, Isaac. *Principia*. Nova Iorque: Daniel Agee, 1846.

ONGs criticam Coronel que chamou a polícia de 'inseticida social'. *Globo Online*, 16 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.bengochea.com.br/detnotic.php?idc=1983>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

PUGLIESE, Joseph; STRYKER, Susan. The somatechnics of race and whiteness. *Social Semiotics*, Nova Iorque, v. 19, n. 1, p. 1-8, 2009.

REMARKS by United States ambassador to Mexico Antonio O. Garza at the signing of the letter of agreement on the merida initiative: as prepared. 2008. Disponível em: <www.usembassy-mexico.gov/eng/Ambassador/eA081203Jointdeclaration.html>. Acesso em: 5 maio 2009.

SCHMITT, Carl. *The nomos of the earth*. Nova Iorque: Telos, 2006.

SILVA, Denise Ferreira da. *Notes towards the end of time*. Londres: Living Commons, 2014

SILVA, Denise Ferreira da. *Towards a global idea of race*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society*. Nova Iorque: Free Press, 1976.

WEBER, Max. *Economy and society*. Berkeley: University of California Press, 1978.

WILSON, William J. *The declining significance of race*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

WILSON, William J. *The truly disadvantaged: the inner city, the underclass, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

WILSON, William J. *When work disappears*. Nova Iorque: Vintage Books, 1997.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO

CLASH OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND EQUILIBRIUM

NADIA CASTRO ALVES¹

RESUMO

A doutrina tem apontado os direitos fundamentais como aqueles considerados essenciais à existência digna do ser humano. No entanto, estudiosos do assunto apontam que uma das características dos direitos fundamentais é precisamente sua limitabilidade, ou seja, nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto. Assim, esses limites serão encontrados quando opostos a outros direitos também considerados fundamentais. Neste artigo, aborda-se a técnica da ponderação como meio de solução de conflitos na colisão de direitos fundamentais e demonstra-se a forma errônea muitas vezes utilizada pela jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Ponderação. Constituição. Direitos fundamentais. Interpretação. Normas.

ABSTRACT

Doctrine has pointed out fundamental rights such as those considered essential to the dignified existence of the human being. However, scholars on the subject point out that one of the characteristics of fundamental rights is precisely their limitability, i.e., no fundamental right can be considered absolute. Therefore, these limits will be found when opposing other rights that are also considered fundamental. In this article, the equilibrium technique is discussed as a means of conflict resolution in the clash of fundamental rights and demonstrates the erroneous way it often used by Brazilian jurisprudence.

Keywords: Equilibrium. Constitution. Fundamental rights. Interpretation. Norms.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento histórico interessante. Estamos passando por uma revolução no pensamento jurídico tanto dos cidadãos quanto dos juristas. Existe, hoje, no País, certa *cultura judiciária* disseminada nos meios de comunicação de massa que não tinha sido experimentada até então.

Trata-se de um momento importante para o Direito brasileiro. Podemos afirmar que o Direito Constitucional atinge seu momento áureo, em especial pelos vinte anos da Constituição Cidadã ocorridos em 2008.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie (2004). Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público (2008). Pós-graduada em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2008). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010). Advogada, sócia de escritório com sede em São Paulo na área de Direito Público, Ações Afirmativas, Direito Internacional Público e Imigração (2008-atual). Professora auxiliar no Curso de Fundamentos de Direito Público I e Direito Constitucional I da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Pesquisadora e membro da Anistia Internacional, sede Portugal (2008-atual) e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Emails: nadia.castroalves@gmail.com e nadia@milhomenscastroalves.com.br.

A República Federativa do Brasil adotou, de forma expressa, em seu preâmbulo constitucional, bem como no art. 1º da sua Constituição, a política do Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais tornou-se questão primordial como meio de proteção e respeito ao próprio cidadão.

Mas não foi sempre assim. O desrespeito à legalidade constitucional já caminhou lado a lado com a política brasileira, desde a dissolução da primeira Assembleia Constituinte, por D. Pedro I. Das rebeliões, ao longo do período da Regência, ao golpe Republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, em que a força bruta se impôs, diversas vezes, sobre o Direito. Foi assim com o golpe do Estado Novo, o Golpe Militar, com os Atos Institucionais e outros tantos. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social passando por cima da Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 marcou um recomeço. Com a perspectiva de narrativa de uma nova história, sem as velhas e ultrapassadas utopias, sem as tais certezas ambiciosas, mas com uma carga de esperança e com legitimidade sem precedentes, e, ainda, com uma novidade: finalmente o povo ingressou na trajetória política brasileira como protagonista do processo de crescimento nacional. A efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da nossa maturidade institucional, tornou-se uma ideia incontestada. As normas constitucionais conquistaram *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar todas as situações que contemplam. A Constituição passou a ser o instrumento pelo qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais, desenvolvendo uma nova fase de interpretação constitucional no ordenamento jurídico nacional.

De forma simplista, podemos afirmar que a Constituição não pode conter normas que se contrariem. De fato não contém. Ocorre que, no caso dos direitos fundamentais, poderá haver uma *aparente contradição* entre estes, em que poderão ser utilizadas diversas técnicas para a solução desse aparente conflito, que concederá ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional.

A Constituição, além de ser o elo que une a política e o Direito em determinado Estado, é também um remédio contra as maiorias. E, por constituir-se em um remédio contra as maiorias, ela traz consigo um núcleo político que somente pode ser extirpado com uma ruptura institucional.²

Durante muito tempo a subsunção (premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos, produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto) foi a única fórmula utilizada para a compreensão e a aplicação do Direito. Mas, nos últimos tempos, o mundo jurídico passou a compreender que a subsunção tem limites e não é, por si só, suficiente para lidar com determinadas situações.

A decisão judicial não é mero conselho. Ela pode ser imposta pela força como manifestação do poder de império estatal. Então, os tribunais, em uma sociedade aberta, devem estar sob o controle da sociedade, e o único meio de “controlar” suas decisões é justificá-las.

Portanto, o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (no caso da Constituição brasileira, art. 93, IX), ou da exigência do direito de defesa das partes. É também uma necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público, ou seja, para que haja manutenção da segurança jurídica.

2 STRECK, Lênio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 306.

E é essa segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si. De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. O objetivo primordial do Direito é a exigência de ordem e de segurança. Da mesma forma que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, mediante o conhecimento científico e da técnica, estabelece, por meio das normas, *uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade*.

Robert Alexy cita, pelo menos, quatro motivos que justificam a chamada *insegurança jurídica*: (i) a imprecisão da linguagem do Direito; (ii) a possibilidade de conflitos entre as normas; (iii) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabem sob nenhuma norma válida existente no ordenamento; e (iv) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.³

Em especial, a existência de conflito entre normas gera sérias dificuldades, uma vez que existe o pensamento de interpretar cada norma de modo que cumpra seu objetivo. Isso acaba levando, muitas vezes, a resultados incompatíveis entre si quando cada um dos intérpretes tem um ponto de vista diferente sobre o objetivo da norma em questão, gerando insegurança jurídica.

Embora o Direito sempre tenha tratado de questões envolvendo antinomias, nunca se falou tanto de colisões normativas e necessidade de ponderação como se fala nos tempos atuais, em especial nas últimas décadas.

Muito se discute que a questão tem se tornado tão popular que corre o risco da banalização, uma vez que os autores e as decisões judiciais empregam a ponderação sem qualquer conteúdo próprio ou cuidado específico. Por esse motivo, começa-se a discutir a necessidade de autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário na abordagem deste tema.

2. O QUE É PONDERAÇÃO?

Muitos autores descrevem a ponderação como uma forma de aplicação dos princípios.⁴ Na verdade, foi assim que a ponderação ingressou nas discussões jurídicas no Brasil. Tanto na doutrina brasileira quanto na internacional, a concepção de Ronald Dworkin⁵ de que os princípios operam em uma dimensão de peso, ao passo que as regras obedecem a uma lógica do “tudo ou nada”, e as ideias de Robert Alexy⁶ sobre o tema ainda são muito populares e discutidas.

Poderíamos pensar o estabelecimento de uma espécie de hierarquização dos direitos individuais como uma solução para os eventuais conflitos. Ocorre que, embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos em determinada ordem constitucional, é bem verdade que a colocação de uma rigorosa hierarquia

3 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 18 et seq.

4 BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 24.

5 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 24-26.

6 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86 et seq.

entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a própria Constituição, sendo ela um complexo normativo unitário e harmônico.⁷

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha fixado especificamente privilégios a determinados direitos, a existência de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição Federal) demonstra que não há dúvida de que os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo na ordem jurídica (art. 1º, III, da Constituição Federal). Logo, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio.

Para ilustrar esse pensamento, podemos pensar no seguinte caso: se o direito à vida fosse sempre superior aos demais direitos, não seria possível admitir na legislação pátria o aborto em caso de estupro.⁸ Nesse caso, conflitam dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e o direito à honra da mulher vítima da violência que resultou na gravidez. Até mesmo o legislador pode efetuar ponderações optando, como nesse exemplo, por prestigiar a honra da mulher em detrimento da vida do feto.

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Eles encontram seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Magna Carta. Por serem direitos de força constitucional, podem sofrer restrição apenas por meio de normas constitucionais. Nos sistemas jurídicos que instituem o controle judicial de constitucionalidade das leis, a primazia da matéria corresponde ao Poder Judiciário, e nesses sistemas não é ao Poder Legislativo que pertence a última palavra com respeito ao sentido e alcance dos dispositivos constitucionais. Tal autoridade recai sobre um órgão judicial supremo, no caso do controle difuso, ou sobre um Tribunal Constitucional (o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro) quando se tratar de controle concentrado.⁹

3. CONCEITO DE PONDERAÇÃO

Sabe-se que o verbo *ponderar* e o substantivo *ponderação* não são privativos do mundo jurídico. Nesse sentido, todas as decisões humanas minimamente racionais envolvem algum tipo de ponderação quando há um choque entre vantagens e desvantagens, prós e contras, ou que demande qualquer tipo de avaliação ou apreciação. Essa ponderação aqui descrita é própria, também, de qualquer decisão judicial. O juiz tem de ponderar as provas produzidas, as razões apresentadas pelas partes e o impacto que sua decisão provocará na sociedade.

Contudo, estamos tratando de outro fenômeno, muito mais específico, que tem se tornado muito comum na doutrina brasileira nos últimos tempos, quando o intérprete, afirmando estar diante de enunciados normativos válidos e em vigor, considera necessário ponderá-los.

7 MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 89.

8 Apenas nas hipóteses previstas no art. 213 do Código Penal brasileiro.

9 SOARES, Guilherme. Restrição aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, p. 332.

Ponderação, também chamada pela doutrina norte-americana de *balancing*, é entendida como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções-políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.¹⁰

Importante ressaltar que há diferença entre o conceito de “ponderação” de maneira geral e abstrata, aplicada no dia a dia (e é certo que o Direito sempre envolve ponderação no sentido comum do termo, isto é, o julgador sempre deve levar em conta, considerar as diferentes razões das partes antes de decidir), e a “ponderação” como método jurídico de solução conflitual, na sua linguagem técnico-jurídica, que é objeto do estudo em questão.

Portanto, devemos tomar cuidado com a afirmação genérica de que “toda interpretação envolve um juízo de ponderação”, pois, nesse caso, o termo está sendo usado em sentido amplo, e não para designar uma técnica específica de solução de conflitos normativos, o que pode autorizar o operador do direito a lançar mão desses poderes em qualquer exercício da atividade interpretativa, mesmo não estando presentes os elementos que o justificam.

Canotilho¹¹ acrescenta que muitas vezes a ponderação é empregada apenas como um elemento do procedimento da interpretação e aplicação da norma tendente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão, quando, na verdade, o *balancing process* recorta-se em termos autônomos para dar relevo à ideia de que no momento da ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas, sim, equilibrar e ordenar bens conflitantes ou, pelo menos, em relação de tensão, num determinado caso.

Para Canotilho,¹² a interpretação começa com a reconstrução e a qualificação de interesses conflitantes, procurando, em seguida, atribuir um sentido ao texto normativo e aplicá-lo. Já a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.

Para Luís Roberto Barroso,¹³ a ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas ou contraditórias para a questão. Para ele, o raciocínio ponderativo, que ainda busca mais objetividade, inclui a seleção de normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar os valores contrapostos na medida do possível.

4. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

A técnica da ponderação se destina a solucionar antinomias que, na verdade, refletem conflitos muito mais complexos, envolvendo valores e diferentes opções políticas. Nestes casos, as decisões jurídicas não são tomadas com base em simples subsunção (produzindo, como

10 BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, p. 83.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 378 et seq.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 378 et seq.

13 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 23 et seq.

consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto) ou de forma facilmente perceptível, uma vez que os critérios utilizados para definir a solução em cada caso não estão no texto jurídico.

Portanto, sua legitimidade não decorre de forma evidente de enunciados normativos e, por isso, com mais razão do que nas decisões judiciais em geral, no caso do uso da técnica de ponderação, a legitimidade depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação.

As regras da ponderação permitem apenas orientar racionalmente um caminho em busca da solução mais correta para um problema concreto, não acarretando, necessariamente, no sucesso da decisão.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade assume importante função como norteador da solução a ser encontrada pelo aplicador do direito, tendo em vista que concilia dois valores primordiais: a segurança jurídica e a justiça, sendo certo que o ponto de contato entre eles se dá com a decisão razoável, justificada por meio de uma argumentação.

A doutrina brasileira tem tentado estabelecer parâmetros para a melhor compreensão da técnica. Alguns autores, como Ana Paula de Barcellos,¹⁴ apresentam a técnica da ponderação de forma didática e esquematizada que, em termos gerais, é compreendida nas seguintes etapas: em uma primeira fase, os enunciados normativos em tensão e as diferentes normas que eles podem justificar devem ser identificados; na segunda fase, os aspectos fáticos relevantes deverão ser selecionados; e na terceira fase, que consiste na etapa decisória, o intérprete precisará de parâmetros jurídicos para orientar sua escolha, o que, no entanto, não é fornecido pela técnica.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso¹⁵ também concebe a técnica da ponderação em três fases.

Na primeira o intérprete detecta no sistema as normas (que não se confundem com dispositivos, pois uma norma pode ser resultado de vários dispositivos) relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Ainda nessa fase, as diversas premissas maiores (ou fundamentos normativos) são agrupadas em função da solução que estejam sugerindo (formando um conjunto de argumentos). Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas dos casos e sua interação com os elementos normativos. E na terceira etapa a ponderação se singulariza, em oposição à subsunção.

Sabe-se que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade sem que isso lhes afete a validade. Então, nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Após, ainda é preciso decidir quão intensamente esse grupo de normas, bem como a solução por ele indicada, deve prevalecer em detrimento dos demais. Ressalte-se que todo esse processo intelectual tem como base o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.¹⁶

14 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 37.

15 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 360.

16 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 360 et seq.

Alexy, também abordando este tema, explica:

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Muitos pensam que a ponderação não é um processo racional. A possibilidade desse modelo de prova em três níveis demonstra que o ceticismo em relação à ponderação não é justificado.¹⁷

O Tribunal não pode limitar-se a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo prevalência ao de maior hierarquia ou significado. Estabelecer hierarquias não é a solução que nos parece acertada. Ao contrário, no juízo de ponderação, o julgador contempla as circunstâncias peculiares de cada caso, afirmando que a solução desses conflitos há de ser feita mediante a utilização do recurso da concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

Temos, então, que, para dirimir a colisão entre direitos fundamentais, a doutrina alemã desenvolveu uma técnica que consiste em dois momentos: (i) um primeiro momento em que se determina o âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos, de acordo com as situações fáticas que a situação subjetiva revela, configurando a efetiva colisão, de modo a eliminar a possibilidade de uma colisão ou conflito meramente aparente. Feito isso, um segundo momento (ii) se caracteriza pela ponderação dos interesses jurídicos em conflito, fazendo com que o aplicador extraia-lhes o núcleo essencial, de modo a causar o menor sacrifício possível, devendo, para tanto, utilizar os princípios da unidade da Constituição e da razoabilidade. Somente dessa forma é que ocorre a máxima proteção e concretização dos direitos fundamentais.

4.1 A QUESTÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS

Outra questão importante a ser tratada antes de avançarmos no tema é a discussão doutrinária acerca das *regras e princípios*, em especial, para entendermos a estrutura das normas.

As normas jurídicas, e dentre elas as normas de direitos fundamentais, dividem-se em princípios e regras. Princípios são as normas jurídicas de natureza lógica *anterior e superior* às regras e que servem de base para a *criação, aplicação e interpretação* do direito. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípio como

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a *lógica e a racionalidade do sistema normativo*, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁸

As regras, por sua vez, são normas jurídicas destinadas a dar concreção aos princípios.

Para Dworkin,¹⁹ dois são os critérios que permitem diferenciar os princípios das regras. O primeiro deles é de ordem lógica: as regras são aplicadas de forma automática, ou seja,

17 Cf. ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra conferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, p. 230.

19 DWORKIN, Ronald. El modelo de las normas (I). In: _____. *Los derechos en serio*, p. 75-80.

ocorrendo a hipótese de incidência, e, sendo a norma válida, a consequência jurídica deve necessariamente ocorrer. Os princípios, por seu turno, não são automaticamente aplicados, comportando inúmeras exceções não previstas pela própria norma. Outra vez podemos exemplificar com a regra contida no Código Civil brasileiro, em seu art. 550, que, ao permitir a aquisição da propriedade imóvel por usucapião “independentemente de justo título e boa-fé”, excepciona o princípio de que “ninguém pode se aproveitar da própria torpeza”.

Outro critério adotado por alguns autores para distinguir regras e princípios é o de natureza axiológica, uma vez que acreditam que os princípios possuem uma dimensão de peso valorativa que não se encontra nas regras. Dessa forma, ocorrendo o conflito entre dois ou mais princípios em determinado caso, o intérprete deve considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, no caso concreto, qual deles deve prevalecer, afastando o princípio incompatível.

Situação diferente ocorre com as regras. Havendo um conflito entre duas regras,²⁰ uma delas será inválida e deverá ser excluída do sistema jurídico. Nesse caso, os critérios para a solução da antinomia são de ordem técnica (*lex posterior derogat priori, lex superior derogat inferioris, lex specialis derogat generali*), não necessitando do aplicador do direito nenhum juízo valorativo.

Portanto, para Dworkin, a dimensão fundamental das regras é a da validade, enquanto a dos princípios é a do peso. Essa diferenciação lógica se mostra mais nítida nas situações de conflito entre regras e de colisão entre princípios.²¹

Esses critérios de distinção entre regras e princípios conduziram Dworkin à conclusão de que as regras fixam antecipadamente uma solução para o caso concreto, enquanto os princípios apenas fornecem *certa orientação* sem determinar previamente um resultado.²²

Alexy, com sua teoria dos princípios, nos ensina que os princípios jurídicos expressam a ideia de otimização²³ de que princípios são mandamentos de otimização. Eles determinam algo que seja realizado na maior medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes. Segundo essa teoria, os princípios poderão ser cumpridos em diferentes graus, estabelecendo um dever *prima facie*. Já as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível, por isso elas são cumpridas ou não. Não há graus de cumprimento das regras. Para Alexy, no conflito de regras a solução leva à exclusão de uma regra ou a uma exceção a ela, enquanto na hipótese de colisão de princípios a solução se dá pelo estabelecimento de enunciados de preferência, aliados às peculiaridades de cada caso. Por esse motivo, os princípios não são excluídos do ordenamento e nem perdem a validade.²⁴

A metodologia indicada para formular esses enunciados de preferência a que se refere Alexy é a ponderação de princípios, que será parte de um processo interpretativo com a finalidade de criar as condições suficientes a uma decisão justa, já que a interpretação do Direito não pode se limitar à mera subsunção.

20 Cf. o que Bobbio chama de antinomia própria em: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 86-110.

21 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 326.

22 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 328.

23 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86-87.

24 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89.

4.2 LIMITES À PONDERAÇÃO: TEORIA DO NÚCLEO ESSENCIAL

Para que seja realizada a ponderação devemos extrair, antes, com base na análise do caso concreto, o assim denominado pela doutrina alemã de “núcleo essencial da norma” (*wesensgehalt*). Esse núcleo essencial é o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito.

O núcleo essencial limita a possibilidade de limitar, ou seja, estabelece um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais.

É possível extrair desse entendimento que é no respeito a esse núcleo essencial da norma de um direito fundamental que se encontra a constitucionalidade de uma eventual restrição a esse direito e, da mesma forma, a inconstitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental que ultrapassar e afetar o seu núcleo essencial, por meio da ponderação.

Abusca da essência de um direito fundamental encontra, hoje, duas teorias, ambas desenvolvidas na Alemanha: a absoluta, para a qual o núcleo essencial extraído de forma abstrata independente de circunstâncias fáticas norteadoras; e a relativa, que entende que o núcleo essencial de um direito fundamental só pode ser obtido da situação concreta, ou seja, só pode ser medido em face do conflito, do caso concreto.

Existem autores partidários da teoria absoluta do núcleo essencial do direito fundamental. Mais condizente com a lógica flexível e com o método concretista, entretanto, é a teoria relativa do núcleo essencial, que acaba cedendo espaço para a aplicação da técnica da ponderação de interesses.

A Constituição brasileira não menciona, ao contrário do que ocorre com a Constituição de Portugal (em seu artigo 18º, n. 3), o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, não há dificuldade de deduzir que ele é inerente à própria natureza desses direitos, inexistindo motivo para que no exercício da jurisdição constitucional das liberdades seja declinada a aplicação da técnica da ponderação de interesses, efetuada com base no núcleo essencial, extraído até mesmo do princípio da razoabilidade.

Já vimos que a ponderação será empregada quando se estiver diante de um conflito normativo que envolva valores ou opções políticas e que não tenha sido solucionado pelas técnicas hermenêuticas convencionais.²⁵ É a busca pela solução do caso, ou seja, a busca pela norma que deverá se extrair do conjunto de diferentes enunciados normativos que incidem sobre aquele determinado caso.

Na doutrina jurídica, muitos são os problemas apontados pelo uso da técnica da ponderação. Críticas a ela são lançadas, o seu uso de forma incorreta ou muitas vezes equivocada se dá constantemente na jurisprudência e, também, por vezes ela é aplicada sem qualquer cuidado ou técnica jurídica.

5. CONCLUSÃO

Ao analisarmos os problemas enfrentados pela ponderação, devemos primeiramente procurar identificar se há de fato enunciados normativos no sistema jurídico fundamentando as normas que se imaginam estar em conflito,²⁶ ou seja, se há efetivamente um conflito normativo em questão.

Nessa primeira etapa, a dificuldade é verificar se todos os enunciados pertinentes ao tema estão sendo considerados e se eles justificam a existência de outras normas capazes de superar o conflito supostamente visualizado.

Nesse momento, é muito comum concluir que de fato não havia conflito normativo algum ou que ele poderia ser solucionado pelos métodos hermenêuticos convencionais. Daí, então, muitas vezes decorre o erro de se entender estar em situação de conflito, quando, na verdade, não se está.

Outro problema que se verifica é o da subjetividade do intérprete na aplicação da norma ao caso. Ocorre que, muitas vezes, há um desvio, um desejo inconsciente do intérprete de fazer prevalecer determinada solução. O aplicador, intuitivamente, poderá até saber qual será o resultado final da ponderação e tenderá a antecipá-lo.

É certo que o propósito de serem ordenadas e explicitadas todas as etapas do raciocínio ponderativo é exatamente submeter esse tipo de “intuição” subjetiva a controles de juridicidade e racionalidade.

Além disso, há parte da doutrina (minoritária, que se diga) que entende a ponderação como um procedimento irracional e incontrolável, que gera incerteza jurídica e confunde a função do Judiciário com a dos poderes eleitos, sendo inconciliável com o próprio conceito de democracia.

No nosso entendimento, o preço que se pagaria por recusar as ideias de possíveis restrições e a ideia da ponderação seria caro demais para a justiça brasileira. Se, por um lado, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem de ser reduzido para evitar potenciais conflitos com outros bens constitucionalmente tutelados, por outro, o simples juízo sobre a adequação das normas aos casos concretos acabaria se revelando ainda mais subjetivo e de difícil controle, muito mais do que a própria ponderação.

Por essa razão, devemos diferenciar a ponderação das demais técnicas de hermenêutica tradicionais. A ponderação se particulariza, comparada com os critérios da especialidade, hierárquico, temporal ou qualquer outra técnica convencional de interpretação, uma vez que estes operam sob a lógica da subsunção, que ainda é a lógica ordinária de aplicação do direito. Essa técnica pretende superar a antinomia, afastar a incidência de outras possibilidades normativas e isolar uma única premissa maior, para que a subsunção possa ter início. A técnica da ponderação se apresenta como uma alternativa à subsunção quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior.

Isso se dá quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia indicando soluções diversas e contraditórias. Nesses casos, a subsunção não pode ser a técnica utilizada por não possuir elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes ao caso.

26 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 108.

A ponderação pretende, portanto, decidir os conflitos considerando todas as premissas pertinentes, com base em uma lógica diversa da subsuntiva, tornando-se, a ponderação, uma alternativa à subsunção. A ponderação deve ser reservada apenas para as hipóteses de insuficiência da subsunção.²⁷

O uso da técnica da ponderação pela comunidade jurídica brasileira ainda não se encontra no modelo ideal. As decisões proferidas na solução de colisões entre direitos fundamentais não abordam o tema com clareza e, muito menos, utilizam os métodos e técnicas específicos, o que acaba provocando menor proteção dos direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição.

Outra crítica que merece ser feita à técnica da ponderação diz respeito à transformação do uso da ponderação como maneira de transformar a aplicação do Direito em um processo político, envolvendo interesses e opções políticas de cunho pessoal ou institucional.

Conforme bem ressalta Daniel Sarmento,²⁸ nota-se que no Brasil os juízes tendem, conscientemente ou não, a furtar os fatores não dogmáticos dos seus julgamentos. Ou seja, há uma forte tendência dos tribunais a ocultar a dimensão retórica das suas decisões.

Por essa razão é que talvez o método da ponderação ainda não tenha “vingado” na jurisprudência brasileira. Como o método pressupõe certa margem para a valoração subjetiva do julgador, adotá-lo explicitamente implicaria o reconhecimento dessa acentuada dose de discricionariedade judicial, o que parece que assusta um pouco nossos juízes.

O tema da colisão de direitos fundamentais é, certamente, um dos mais difíceis e apaixonantes do Direito Constitucional, especialmente por exigir do intérprete a difícil tarefa de harmonização de valores em conflito, que são primordiais para o ser humano que espera uma solução jurisdicional “justa” e bem fundamentada, fazendo com que esse intérprete recorra a um nível mais profundo de fundamento de sua decisão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review and representation*. New York: Oxford University Press; New York University of Law, 2005.

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra conferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Lisboa: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

27 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 34 et seq.

28 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 117.

- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis; UnB, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Fiscalização da Constituição: métodos e princípios da interpretação constitucional. *Direito e Cidadania*, Praia, República de Cabo Verde, ano 5, n. 18. 2003.
- DWORKIN, Ronald. El modelo de las normas (I). In: _____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev14/capa.htm. Acesso em: 23/10/2002.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Lisboa: Coimbra Editora, 2006.
- SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO Daniel; GALDINO Flávio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOARES, Guilherme. Restrição aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Lisboa: Coimbra Editora, 2005.

SOUZA, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos fundamentais: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*, Porto Alegre: Fabris, 2000.

STEINMETZ, Wilson António. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 81, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass. Conflicting values in law. *Fordham Law Review*, n. 62, 1994.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Revista Legislativa*, Brasília, Ano 43, n. 171, p. 19-47, jul./ set. 2006.

“PREFIRO SER UM CIBORGUE A SER UMA DEUSA”: INTERSECCIONALIDADE, AGENCIAMENTO E POLÍTICA AFETIVA

“I WOULD RATHER BE A CYBORG THAN A GODDESS: INTERSECTIONALITY, ASSEMBLAGE, AND AFFECTIVE POLITICS

JASBIR PUAR¹

RESUMO

Nas duas últimas décadas, a interseccionalidade tem sido compreendida por diversos feministas como a noção primária para a teorização da diferença, e atualmente essa é uma abordagem predominante em algumas correntes da teoria *queer* (cada vez mais conhecida como crítica *queer* de cor [do inglês, *queer of color critique*]). A interseccionalidade emergiu das lutas da segunda onda feminista como uma intervenção feminista negra fundamental, desafiando as ideias hegemônicas de raça, classe e gênero que existiam no âmago das correntes feministas, até então predominantemente voltadas para o público branco. No entanto, exatamente por e ao realizar essa intervenção, a interseccionalidade também gera uma irônica reificação da diferença sexual como a uma diferença fundamental que precisa ser rompida – em outras palavras, a diferença sexual e de gênero é entendida como a constante a partir da qual existem variações. A interseccionalidade e o agenciamento não são análogos em termos de conteúdo, de intenção e tampouco de utilidade, sendo às vezes concebidos como incompatíveis ou até mesmo antagônicos. Neste artigo, apresento minhas ideias preliminares sobre os limites e as possibilidades de cada um desses conceitos e o que se pode conseguir quando se reflete um por meio do outro e, também, um com o outro. Quais são os pontos fortes de cada um nos domínios da teoria, política, organização, estruturas legais e método? Baseando-me no mapeamento dessas duas genealogias bifurcadas, apresento algumas ideias sobre a política de produção de conhecimento feminista – a qual tem sido conduzida pelo mandato, por vezes restritivo e indomável, da análise interseccionalista – para compreender quais tipos de futuro são possíveis para a teorização feminista.

Palavras-chave: Interseccionalidade. Agenciamento. Direitos humanos.

ABSTRACT

Intersectionality is thought by many feminists to be the primary rubric for theorizing difference for the past two decades, and is now a prevalent approach in some strands of queer theory (increasingly known as “queer of colour critique”). Intersectionality emerged from the struggles of second wave feminism as a crucial black feminist intervention challenging the hegemonic rubrics of race, class, and gender within predominantly white feminist frames. But, in precisely in the act of performing this intervention, it also produces an ironic reification of sexual difference as a/the foundational one that needs to be disrupted – that is to say, sexual and gender dif-

1 Professora Associada de Estudos de Gênero e da Mulher na Universidade Rutgers. Mestre em Estudos da Mulher pela Universidade de Nova York e doutorado em Estudos Étnicos pela Universidade da Califórnia, Berkeley, concluído em 1999. Autora de *Terrorist assemblages: homonationalism in queer times* (Durham: Duke University Press, 2007), pelo qual foi congratulada com o “Cultural Studies Book Award”, da Association for Asian American Studies. Autora de diversos artigos publicados em *Gender, Place and Culture*, *Social Text*, *Radical History Review*, *Antipode: a radical journal of geography*, and *Signs: journal of women in culture and society*. Seu trabalho também inclui a edição de um volume especial da GLO, intitulado “Queer tourism: geographies of globalization”, e a coedição de um volume da *Society and Space*, intitulado “Sexuality and Space”.

ference is understood as the constant from which there are variants. Intersectionality and assemblage are not analogous in terms of content, intent, nor utility, but they have at times been produced as somehow incompatible or even oppositional. In what follows, I offer some preliminary thoughts on the limits and possibilities of each of these and what might be gained by thinking them through and with each other. What are the strengths of each in the realms of theory, politics, organizing, legal structures, and method? Through the mapping of these two bifurcated genealogies, I offer some thoughts on the politics of feminist knowledge production – which has been driven, sometimes single-mindedly, by the mandate of intersectional analysis – to see what kinds of futures are possible for feminist theorizing.

Keywords: Intersectionality. Assemblage. Human rights.

1. INTRODUÇÃO

Em resposta à minha proposta em *Terrorist assemblages: homonationalism in queer times*² de que a interseccionalidade, entendida como orientação intelectual e ferramenta de intervenção política, deve ser suplementada – e de preferência também envolvida – por uma noção de agenciamento (*queer*), frequentemente me é solicitada uma explanação mais detalhada sobre as possibilidades políticas dos agenciamentos (*assemblages*). Conceito de destaque no trabalho de Gilles Deleuze e Félix Guattari³, os agenciamentos parecem ter tido sua aplicabilidade política pouco validada ao longo do tempo – como se a interseccionalidade permanecesse inabalável na sua condição de modelo bem-sucedido de transformação política. Nas duas últimas décadas, a interseccionalidade tem sido compreendida por diversos feministas como a noção primária para a teorização da diferença, e atualmente essa é uma abordagem predominante em algumas correntes da teoria *queer* (cada vez mais conhecida como crítica *queer* de cor [do inglês, *queer of color critique*]). A interseccionalidade e o agenciamento não são análogos em termos de conteúdo, de intenção e tampouco de utilidade, sendo às vezes concebidos como incompatíveis ou até mesmo antagônicos. Embora, em termos analíticos, ambos os conceitos possam não ser conciliáveis, tampouco precisam ser antagônicos, devendo, em vez disso, gerar atrito. Neste artigo, apresento minhas ideias preliminares sobre os limites e as possibilidades de cada um desses conceitos e o que se pode conseguir quando se reflete um por meio do outro e, também, um com o outro. Quais são os pontos fortes de cada um nos domínios da teoria, política, organização, estruturas legais e método? Baseando-me no mapeamento dessas duas genealogias bifurcadas, apresento algumas ideias sobre a política de produção de conhecimento feminista – a qual tem sido conduzida pelo mandato, por vezes restritivo e indomável, da análise interseccionalista – para compreender quais tipos de futuros são possíveis para a teorização feminista.

2 PUAR, Jasbir K. *Terrorist assemblages: homonationalism in queer times*. Durham: Duke University Press, 2007.

3 Cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *A thousand plateaus: capitalism and schizophrenia*. Tradução de Brian Massumi. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987.

2. A INTERSECCIONALIDADE E SUAS INQUIETAÇÕES

Já se passaram mais de vinte anos desde que Kimberlé Crenshaw escreveu seu artigo de vanguarda intitulado "Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics"⁴, o qual, juntamente com seu artigo de 1991, "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color"⁵, tornou-se seminal para a teorização sobre a interseccionalidade. Constituindo um discurso ativista e teórico sobre a "diferença" desenvolvido ao longo de vários anos por feministas negras nos Estados Unidos (e.g., Audre Lorde e a organização de negras feministas Combahee River Collective⁶), a interseccionalidade consolidou-se como uma heurística feminista com a análise de Crenshaw sobre a doutrina jurídica da antidiscriminação. Crenshaw delineou três tipos de análise interseccionalista por ela considerados essenciais, quais sejam: (i) estrutural (abordando a interseção entre racismo e patriarcado em relação a agressão e estupro contra mulheres); (ii) política (abordando a interseção entre organização antirracismo e organização feminista); e (iii) representacional (abordando a interseção entre estereótipos raciais e estereótipos de gênero, particularmente no caso do grupo norte-americano de *hip-hop* "2 Live Crew"). A intervenção da autora nos paradigmas de identidades mutuamente excludentes consistiu em repensar a política identitária partindo "de dentro", sobretudo de dentro das exclusões jurídicas sistêmicas.

Uma breve análise desses e outros trabalhos de referência deixa evidente que a interseccionalidade emergiu das lutas da segunda onda feminista como uma fundamental intervenção feminista negra desafiando as ideias hegemônicas de raça, classe e gênero que existiam no âmago das correntes feministas, até então predominantemente voltadas para o público branco. No entanto, exatamente por e ao realizar essa intervenção, a interseccionalidade também gera uma irônica reificação da diferença sexual como a/uma diferença fundamental que precisa ser rompida – em outras palavras, a diferença sexual e de gênero é entendida como a constante a partir da qual existem variações. Como apontam teóricos do racismo transnacionalistas, pós-colonialistas e críticos, a centralidade do posicionamento dos sujeitos "mulheres brancas" tem sido reassegurada mediante a forma como a interseccionalidade tem sido empregada. A teoria da interseccionalidade argumenta que todas as identidades são vivenciadas e experienciadas como interseccionais (de tal forma que as próprias categorias são entrecortadas e instáveis) e que todos os sujeitos são interseccionais, independentemente de se reconhecerem ou não como tais. Contudo, o método da interseccionalidade é mais predominantemente utilizado para qualificar a "diferença" específica das "Mulheres de Cor", uma categoria que agora se tornou, eu diria, simultaneamente vazia de significado específico, por um lado, e superestimada em seu emprego, por outro. Dessa forma, a interseccionalidade sempre produz um Outro, o qual sempre é uma "Mulher de Cor", que deve, invariavelmente, mostrar-se como resistente, subversiva ou articuladora de um protesto. Mais precisamente, é a diferença das mulheres negras que domina essa genealogia do termo "Mulheres de Cor" (e, de fato, Crenshaw é clara ao focar a

4 CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *The University of Chicago Legal Forum: feminism in the law: theory, practice and criticism*, Chicago, v. 1989, p. 139-167.

5 CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, Califórnia, n. 6, p. 1.241-1.299, 1991.

6 Combahee River Collective foi um movimento feminista ativo em Boston de 1974 a 1980. Ficou conhecido por desenvolver conceitos como o de "identidade" usados entre os organizadores políticos e os teóricos jurídico sociais.

“experiência das mulheres negras” e postular “as mulheres negras como o ponto de partida”⁷ da sua análise). Portanto, a consolidação da interseccionalidade como uma heurística dominante pode muito bem estar alicerçada em interesses por manter a “integridade” de uma discreta genealogia feminista negra, a qual não necessariamente tem ressonância na forma como a interseccionalidade de fato funciona. Por exemplo, embora o trabalho de Crenshaw esteja voltado para uma reconciliação do que é percebido como opções binárias irreconciliáveis no que diz respeito a gênero e raça, o trabalho seminal de Audre Lorde “Age, race, class, and sex: women redefining difference”⁸, de 1984, consiste em uma proposição dinâmica e afetivamente ressonante das subjetividades interseccionais vividas.

Essa irônica alterização da “Mulher de Cor” mediante de uma abordagem que busca reduzir essa mesma alterização é exacerbada pelo fato de que a interseccionalidade se tornou catéxica para o campo dos estudos da mulher como método primário, senão único, e o paradigma por meio do qual a vida das mulheres é compreendida e teorizada – um problema apontado tanto pelas feministas “Mulheres de Cor” como pelas feministas brancas. Essa questão se dá a despeito do fato de que há amplas diferenças no *locus* de onde emergem os interesses pela interseccionalidade. Na minha atuação profissional com pós-graduandos na Universidade Rutgers (EUA), encontrei diversas respostas desconstruídas e exasperadas quanto à importância da interseccionalidade – diversidade essa em parte determinada por diferenças entre programas de estudos de gênero e da mulher e entre regiões geográficas. Entre os respondentes, estavam desde alunos que tinham considerável domínio do léxico “interseccionalidade” e guardavam confiança absoluta nos seus efeitos até aqueles que ainda precisavam descobrir a centralidade do conceito em pauta.

A afirmação de que a interseccionalidade é o método feminista dominante pode ser colocada com tamanha veemência que um interesse em explorar outras abordagens, como o agenciamento (*assemblage*), acaba sendo considerado problemático e até mesmo faz com que feministas dedicadas à questão das “Mulheres de Cor” sejam enquadradas no âmbito de outras genealogias como “traidoras da raça” (*race traitors*). Essa acusação obviamente reforça o entendimento implícito de que a interseccionalidade é uma ferramenta para diagnosticar diferença racial. Apesar de décadas de teorização feminista sobre a questão da diferença, esta continua sendo uma “diferença ‘em relação a’”, ou seja, a diferença em relação à “mulher branca”. Essa é, também, uma irônica reificação da diferença social – por exemplo, Malini Joshi defende que a maioria do conhecimento formado sobre as “Mulheres de Cor” é produzido pelas próprias “Mulheres de Cor”, enquanto muitas feministas brancas, embora clamando a interseccionalidade como abordagem metodológica primária, continuam considerando basilar a diferença de gênero. De forma bem similar à linguagem da diversidade, a linguagem da interseccionalidade, sua própria invocação, ao que parece, serve amplamente de substituto para a própria análise interseccional.

Outras questões emergem quando a viabilidade da interseccionalidade na condição de marco teórico é reinserida em um cenário histórico e econômico alterado de capitalismo neoliberal e identidade. Em que consiste uma crítica interseccionalista – ou mais precisamente, o que faz essa crítica – em uma era de pluralismo neoliberal, com absorção e acomodação da

7 CRENSHAW, 1991, p. 1.243.

8 Cf. LORDE, Audre. Age, race, class, and sex: women redefining difference. In: _____. *Sister outsider: essays and speeches*, Berkeley: Crossing Press, 1984. p. 114-123.

diferença/ de todos os tipos de diferenças? Se de fato a interseccionalidade se tornou "hegemônica" nas últimas duas décadas – uma forma de tratar a diferença que conspira com as formas dominantes do multiculturalismo liberal – então seria o caso inferir que a força qualitativa da interpelação da "diferença *per se*" foi alterada ou então colocada em dúvida? Cabe aqui sublinhar que minha preocupação não é com a intervenção formativa, gerativa e necessária do trabalho de Crenshaw, mas, sim, com a mudança na geopolítica da recepção e com uma tendência para a reificação na adoção da interseccionalidade. Será que a interseccionalidade se tornou, conforme alega Schueller⁹, um alibi para a recentralização das feministas liberais brancas? Em que consistiria uma teoria pósestruturalista da interseccionalidade que possa vir abordar discursos multiculturalistas e pós-raciais de inclusão e desestabilizar a função protética das "Mulheres de Cor" para as mulheres brancas?

Essas perguntas também trazem à tona os problemas geopolíticos das análises interseccionais. Se, de um lado, como Avtar Brah e Ann Pheonix defendem, "antigos debates sobre a categoria da mulher assumiram nova urgência crítica"¹⁰ no contexto de eventos históricos recentes, como o 11 de Setembro e a ocupação do Afeganistão e do Iraque; por outro, os estudiosos transnacionalistas e pós-colonialistas continuam apontando que as categorias privilegiadas pela análise interseccionalista não necessariamente cruzam fronteiras nacionais e regionais e tampouco se estendem além de exigências genealógicas, presumindo e produzindo versões epistemológicas estáticas das próprias categorias a despeito do *locus* histórico e geopolítico em pauta. De fato, muitas das estimadas categorias do mantra interseccionalista – originalmente voltado para a raça, classe e gênero e agora incluindo sexualidade, nação, religião, idade e deficiência – são o produto de agendas colonialistas modernistas e regimes de violência epistêmica, operantes mediante uma formação epistemológica ocidental/euro-americana através da qual toda a noção de identidade discreta tem emergido, por exemplo, em termos de sexualidade e império. Joseph Massad, com bastante perspicácia, aponta, em seu refinamento das ideias foucaultianas de sexualidade, que o projeto colonialista empregava a "sexualidade" enquanto um conceito que foi amplamente internalizado nos âmbitos intelectuais e jurídicos, mas que não foi desenvolvido enquanto um projeto hegemônico amplamente difundido¹¹. Com efeito, parte do ponto de vista defendido por Massad é de que, embora nos preocupemos, por exemplo, com a globalização do termo *queer*, esquivamo-nos do problema muito mais grave da generalização e assumida transparência do termo sexualidade *per se* – uma categoria assumida como válida pelo projeto imperialista modernista; não apenas um marco epistemológico imposto, mas também ontologicamente presunçoso – ou, na realidade, uma captura epistemológica de um devir ontologicamente irreduzível.

Esses problemas são reproduzidos em discursos de direitos humanos feministas e *gays*/lésbicos. Como aponta Nira Yuval Davis,

a análise e metodologia da interseccionalidade, especialmente em órgãos vinculados à ONU, estão apenas emergindo e frequentemente padecem de confusões analíticas que já foram superadas por estudiosos feministas que há muito trabalham com essas questões...¹².

9 Cf. SCHUELLER, Malini Johar. Analogy and (white) feminist theory: thinking race and the color of the cyborg body. *Signs: journal of women and society*, Chicago, n. 1, p. 63-92, 2005.

10 BRAH, Avtar; PHOENIX, Ann. Ain't I a woman: revisiting intersectionality. *Journal of International Women's Studies*, Bridgewater, v. 5, n. 3, p. 76, 2004.

11 Cf. MASSAD, Joseph. How not to study gender in the arab world. *Lecture at Oberlin College*, Boston, out. 2009.

12 YUVAL-DAVIS, Nira. Intersectionality and feminist politics. *European Journal of Women's Studies*, Londres, v. 13, n. 3, p. 206.

Para complicar ainda mais as excursões da teorização interseccionalista, tem-se que, nos Estados Unidos, a interseccionalidade adveio de um conjunto bastante específico de movimentos sociais, enquanto na Europa, onde o termo vem sendo atualmente adotado de forma ampla, o interesse pela interseccionalidade não emerge de movimentos sociais. Esse interesse renovado pela interseccionalidade indica um reconhecimento bastante tardio da necessidade de teorizar raça e também funciona como uma forma de a área dos estudos da mulher na Europa “alcançar institucionalmente” o nível de desenvolvimento dos estudos da mulher já atingido nos Estados Unidos. Por essas razões, a categoria “nação” parece ser a menos teorizada e reconhecida das categorias interseccionalistas, apresentada sob uma forma de transparência globalizante. Os Estados Unidos são reproduzidos como o local dominante da investigação feminista com o uso da interseccionalidade como uma heurística para ensinar a diferença.

Portanto, a parcialidade euro-americana dos estudos da mulher e da história do feminismo é ironicamente reiterada pela interseccionalidade, ignorando a principal intervenção dos estudiosos feministas pós-colonialistas e transnacionalistas desde 1990, que, em parte, buscam desestabilizar a produção da categoria “Mulheres de Cor” centrada na ideia de nação¹³. Uma questão final é que a interseccionalidade serve de reinvestimento problemático no sujeito, em particular no sujeito X. Rey Chow produziu a crítica mais contundente do que ela chama de “aprisionamento significativo pós-estruturalista”¹⁴, seriamente questionando se o sujeito marginalizado ainda é um *locus* viável para se produzir política e, mais ainda, se o sujeito é um precursor necessário da política. A “diferença” produz novos sujeitos de investigação que, assim, multiplicam infinitamente a exclusão para promover a inclusão. A diferença agora precede e define identidade. Parte da preocupação da estudiosa é que os esforços pós-estruturalistas, para atender à especificidade dos Outros se tornaram: 1) um projeto universalizante e 2) sempre em dívida com a autorreferencialidade do “centro” – o que é irônico, dado que a interseccionalidade agora passou a ser empregada como uma chamada para o antiessencialismo ou mesmo como uma forma deste¹⁵. A fadiga pós-estruturalista descrita por Chow é simples: o sujeito X pode ser diferente em termos de conteúdo, mas, repetidas vezes, é idêntico quanto à forma. (Podemos ver isso com a entrada tanto da identidade “trans” como da “deficiência” no movimento interseccionalista.)

3. CIBORGUES E OUTROS AGENCIAMENTOS AFINS

A literatura sobre interseccionalidade também tem sido incrementada por um foco na política representacional, sobretudo a partir dos trabalhos *Gender trouble*, de Judith Butler¹⁶, e *Can the subaltern speak*, de Gayatri Spivak¹⁷. Raramente os estudiosos voltados para o impacto e desenvolvimento da política representacional dialogam com aqueles convencidos do referente

13 Cf. KAPLAN, Caren; GREWAL, Inderpal. *Scattered hegemonies: postmodernity and transnational feminist practices*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

14 CHOW, Rey. *The age of the world target*. Durham: Duke University Press, 2006. p. 53.

15 Cf. BRAH, PHOENIX, 2004, p. 76

16 Cf. BUTLER, Judith. *Gender trouble*. New York; London: Routledge, 1990.

17 Cf. SPIVAK, Gayatri C. Can the subaltern speak? In: NELSON, Cary; GROSSBERG, Lawrence. *Marxism and the interpretation of culture*. Illinois: University of Illinois Press, 1988. p. 271-313.

não representacional "da matéria *per se*", como é o caso, dentre outros, de Donna Haraway¹⁸, Elizabeth Grosz¹⁹, Elizabeth Wilson, Karan Barad²⁰, Patricia Clough, Dianne Currier²¹, Vicky Kirby, Miriam Fraser e Luciana Parisi²². Despreocupados com a formação do sujeito, porém por diferentes razões, esses estudiosos feministas dos estudos da ciência e da tecnologia, influenciados pelo pensamento deleuziano, têm se voltado para a matéria corpórea, alegando que a sua liminaridade não é passível de ser capturada pelo posicionamento interseccional do sujeito. Esses estudiosos preferem a noção de que os corpos são agenciamentos instáveis que não podem ser decompostos de forma inconspícua em formações identitárias. Elizabeth Grosz, por exemplo, enfatizando suas essencializações espaciais e temporais, considera a interseccionalidade como "um modelo não dinâmico que não dá conta da indeterminação e constituição mútua das configurações corporizadas de gênero, sexualidade, raça, classe e nação"²³.

Donna Haraway tem sido a representante mais influente desse grupo. Em um texto seminal no âmbito dessa literatura, a autora, de forma memorável, afirma, à última linha do seu ensaio original "A manifesto for cyborgs"²⁴, de 1985, que ela preferia ser um ciborgue a ser uma deusa, dando favorecimento à figura pós-moderna e tecnologizada do hibridismo tecno-humano – o corpo como um construto informacional – em detrimento da reivindicação de um passado racializado e matriarcal (assim invocando implicitamente esse binário entre interseccionalidade e agenciamento). Embora diversos teóricos tenham criticado a alegoria de Haraway representando a "Mulher de Cor" como um ciborgue por excelência, dentre os quais se incluem Chela Sandoval²⁵ e Malini Joshar Schueller²⁶ (segundo os quais as "Mulheres de Cor" servem uma função protética para o mito do ciborgue, o que, como apontei anteriormente, não é diferente da função da "Mulher de Cor" em relação à interseccionalidade), vale destacar que ainda há uma séria interrogação quanto ao que essas teorias sobre matéria e materialidade podem trazer para as conceptualizações de interseccionalidade. Com efeito, Schueller argumenta que esse foco na matéria, amparado em estudos da ciência e tecnologia, gera é gerado por um desejo de se evitar teorizações sobre raça. Trata-se, certamente, de uma queixa legítima, a qual, contudo, ignora as questões que estão sendo aqui levantadas, quais sejam: aquelas relativas a uma crítica à performatividade linguística que assume que tudo reside no âmbito da significação. Para Haraway, embora a função dos ciborgues seja acabar com os binários – de homens e animais, de homens e máquinas e de físico e não físico –, um ciborgue na realidade habita uma interseção – de corpo e tecnologia, conforme Vicky Kirby, Dianny Currier e outros já apontaram. Dianne Currier escreve:

Na construção de um ciborgue, são adicionadas tecnologias para se ter impacto em um 'corpo' discreto não tecnológico e, em certo ponto, intersec-tá-lo. Portanto, à medida que o ciborgue híbrido é forjado na amálgama da

18 HARAWAY, Donna. Manifesto for cyborgs: science, technology, and socialist feminism in the 1980s. *Socialist Review*, Londres, n. 80, p. 65-108, 1985.

19 Cf. GROSZ, Elisabeth. *Volatile bodies*. Bloomington: Indiana University Press, 1994.

20 Cf. BARAD, Karen. Posthumanist performativity: toward an understanding of how matter comes to matter. *Signs: journal of women and society*, Chicago, n. 3, p. 801-832, 2003.

21 Cf. CURRIER, Dianne. Feminist technological futures: Deleuze and body/ technology assemblages. *Feminist Theory*, Londres, n. 3, p. 321-338, 2003.

22 Cf. PARISI, Luciana. *Abstract sex: philosophy, technology, and mutations of desire*. London; New York: Continuum, 2004, p. 12.

23 Cf. GROSZ, 1994.

24 Cf. HARAWAY, 1985.

25 Cf. SANDOVAL, Chela. *Methodology of the oppressed*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

26 Cf. SCHUELLER, 2005.

tecnologia com um corpo, em um processo de adição, ele deixa praticamente intactas essas duas categorias – corpo (humano) e tecnologia – que precederam a união, efetivamente reinscrevendo o ciborgue na lógica binária de identidade que Haraway espera superar²⁷.

Haraway, na verdade, não aborda um nexo humano/animal/ máquina, embora teorizações mais recentes da linha divisória natureza/cultura (por exemplo, de Luciana Parisi) busquem delimitar o biofísico, o biocultural e o biodigital²⁸. A despeito disso, a questão sobre como o corpo é materializado – e não o que o corpo significa – permanece dominante nessa literatura.

O termo “agenciamento” (em português) ou *assemblage* (em inglês) é, na verdade, uma tradução desafortunada: o termo original, em francês, no trabalho de Deleuze e Guattari²⁹, é *agencement*, que significa *design*, leiaute, organização, arranjo e relações, tendo como enfoque não o conteúdo, mas as relações – relações de padrões. Tratando-se de *agencement*, como explica John Phillips em um ensaio recente, são precisamente as *conexões* específicas com outros conceitos que dão significado aos conceitos. Conforme escreve Phillips, a prioridade não está nem no estado de coisas (essência), nem na afirmação (enunciação), mas sim na conexão³⁰. Tratando-se do termo *assemblage* utilizado como tradução de *agencement* em inglês e também existente em francês, a ideia é mais de coleção, combinação, montagem, sendo utilizado em ambas as línguas para sinalizar colagem no âmbito da arte de vanguarda. (Então, uma questão quenão posso responder, mas que assombra essa passagem da produção teórica francesa para o uso acadêmico em outros contextos, seria: quais são os efeitos produtivos desse “erro de” tradução?)

Há diversas formas de definir o que são agenciamentos, mas estou aqui mais interessada no que os agenciamentos fazem. Para os meus propósitos, os agenciamentos são importantes porque: a) desprivilegiam o corpo humano como uma coisa orgânica discreta. Como Haraway observa, o corpo não termina na pele. Deixamos rastros de DNA aonde quer que vamos; vivemos com outros corpos dentro de nós, micróbios e bactérias; estamos em meio a forças, afetos, energias; somos compostos de informação; b) os agenciamentos não privilegiam os corpos como humanos, tampouco como alojados em um binário humano/animal. Juntamente com a desexcepcionalização dos corpos humanos, múltiplas formas de matéria podem ser corpos – corpos de água, cidades, instituições, etc. Segundo a teoria da metafísica performática de Karen Barad, a matéria não é uma “coisa”, mas um “fazer”. Em particular, Barad desafia as noções dominantes de performatividade que operam mediante uma distinção implícita entre significação e aquilo que é significado, afirmando que a matéria não se materializa apenas por meio da significação por si só. Barad escreve:

Um entendimento performático das práticas discursivas desafia a crença no poder das palavras no que diz respeito a representar coisas preexistentes. A performatividade, devidamente construída, não é um convite a transformar tudo (inclusive os corpos materiais) em palavras; pelo contrário, a performatividade é precisamente uma contestação do excessivo poder conferido à linguagem na determinação do que é ou não realidade. Por conseguinte, em um irônico contraste com o monismo que considera a linguagem como a fonte da realidade, a performatividade é, com efeito, uma contestação dos

27 Cf. SANDOVAL, Chela. *Methodology of the oppressed*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000; e SCHUELLER, 2005.

28 Cf. PARISI, Luciana. *Abstract sex: philosophy, technology, and mutations of desire*. London; New York: Continuum, 2004, p. 12.

29 Cf. DELEUZE; GUATTARI, 1987.

30 Cf. PHILLIPS, John. *Agencement/Assemblage. Theory Culture & Society*, Londres, n. 2-3, p. 108-109. 2006.

hábitos não examinados da mente que conferem à linguagem e outras formas de representação mais poder na determinação de nossas ontologias do que elas realmente merecem³¹.

Barad apresenta uma abordagem pós-humanista que questiona as fronteiras entre o humano e o não humano, a matéria e o discurso, e interroga as práticas através das quais essas fronteiras são constituídas, estabilizadas e desestabilizadas; c) a significação é apenas um elemento dentre vários que dão a uma substância tanto significado como função. Em seu livro mais recente, *A new philosophy of society: assemblage theory and social complexity*, Manuel DeLanda faz o movimento radical de "tornar a linguagem a última"³². Nessa abordagem pós-estruturalista, o essencialismo, que geralmente é postulado como o oposto do construtivismo social, agora é perfeitamente inserido nos domínios da significação e da linguagem, ao que DeLanda e outros têm denominado "essencialismo linguístico". Como defende Barad, "à linguagem tem sido conferido demasiado poder"³³ (o perigo da noção de "realismo ontológico" é que ele pode perfeitamente privilegiar uma verdade essencializada produzida através da matéria); d) por fim, tem-se que as categorias – raça, gênero, sexualidade – são consideradas eventos, ações e encontros entre corpos, e não meramente entidades e atributos dos sujeitos. Situados ao longo de um "eixo vertical e horizontal", os agenciamentos passam a existir em processos de desterritorialização e reterritorialização. Em *A Thousand plateaus*, Deleuze e Guattari problematizam um modelo que produz uma constante a fim de estabelecer suas variantes. Em vez disso, como argumentam, os agenciamentos não enfatizam uma constante, mas sim uma "variação da variação" e, daí, a eventividade da identidade³⁴. DeLanda, portanto, defende que a raça e o gênero estão situados como atributos apenas no âmbito de um estudo do "padrão de conexões recorrentes, bem como das propriedades dessas conexões"³⁵.

4. REINTERPRETANDO A INTERSECCIONALIDADE COMO AGENCIAMENTO

Um dos exemplos fundacionais de Kimberle Crenshaw – o do cruzamento no trânsito –, com efeito, configura a interseccionalidade como um evento. Crenshaw escreve:

Considere uma analogia com o trânsito em um cruzamento, indo e vindo em todas as quatro direções. A discriminação, tal qual o trânsito em um cruzamento, pode fluir em uma direção, mas também pode fluir em outra. Se acontece um acidente no cruzamento, o evento pode ter sido causado por carros vindo de diversas das direções e, às vezes, de todas elas.

Posteriormente, a autora escreve:

Mas nem sempre é fácil reconstruir o acidente: às vezes, as marcas de deslizamento e as lesões simplesmente apontam que tudo aconteceu simultaneamente, frustrando todos os esforços de determinar quem causou o incidente.

31 BARAD, 2003, p. 802.

32 DELANDA, Manuel de: *A new philosophy of society: assemblage theory and social complexity*. Londres: Continuum, 2006. p. 16

33 BARAD, 2003, p. 801.

34 Cf. DELEUZE; GUATTARI, 1987.

35 DELANDA, 2006, p. 56.

Nesses casos, a tendência parece ser que nenhum dos motoristas é responsável pelo evento; não há o que ser feito, cabendo a cada um dos envolvidos apenas voltar para seu carro e ir embora³⁶.

Como Crenshaw indica nessa descrição, a identificação é um processo e a identidade, um encontro, um evento, um acidente, de fato. As identidades são multicausais, multidirecionais, liminares; os traços nem sempre são claros. Nesse “devir da interseccionalidade”, há ênfase no movimento em vez de na inércia; em como a suspensão do movimento gera a necessidade de se localizar. O próprio acidente indica a emergência dos requisitos jurídicos padronizantes; há algum crime acontecendo? Como se determina de quem é a culpa? A interseccionalidade é, portanto, um paradigma muito mais poroso que o permitido pela padronização de método inerente a uma disciplina; a institucionalização dos estudos femininos nos Estados Unidos tem levado a demandas pela identificação de um sujeito ou sujeitos (sujeito X, na verdade) e um método.

Outra preocupação primária de Crenshaw diz respeito aos preconceitos estruturais da violência doméstica: acesso desigual aos serviços, parcialidades representacionais e representacionais no sistema legal. Nesse caso, quero voltar-me para um momento de *Parables for the virtual*, de Brian Massumi, em que o autor faz uma leitura da violência doméstica por meio do “espaçoevento do lar”³⁷. Para o autor, o evento não é definido como um ato discreto ou como uma série de ações ou atividades, mas, sim, como o “dobramento de dimensões de tempo uma na outra”³⁸. O dobramento e o desdobramento do tempo para dentro e para fora de cada uma das dimensões é o resultado da “conversão da distância superficial em intensidade, [que] também é a conversão da materialidade do corpo em um evento”³⁹. Com particular interesse em um suposto aumento da violência doméstica durante o Superbowl Sunday [dia do campeonato anual da Liga de Futebol Americano], Massumi escreve:

A entrada do jogo nos lares, no auge da sua intensidade, abala o frágil equilíbrio do lar. Os padrões de relações entre os corpos domésticos são reproblematicados. O evento do jogo, momentaneamente, interrompe o padrão de relações extrínsecas geralmente aceitas entre os tipos domésticos, conforme tipificadas pelo gênero. Uma disputa se inicia: um gênero disputa em torno de códigos conflitantes de sociabilidade, direitos de acesso a porções da casa e seus conteúdos, bem como rituais de servidão. O local sócio-histórico do lar se converte em um espaçoevento. A televisão, repentinamente, sobressai entre os móveis, impondo-se como um sujeito-parte catalítico, ordenando corpos domésticos ao seu redor de acordo com os potenciais diferenciais geralmente conferidos ao seu tipo de gênero. Por um momento, tudo está no ar – e em torno do aparelho de televisão e entre a sala de estar e a cozinha. Na proximidade da televisão, palavras e gestos assumem uma intensidade inabitual. Tudo pode acontecer. O corpo masculino, sentindo o seu potencial, converte a heterogeneidade dos elementos da situação em uma prontidão reflexa à violência. O ‘jogo’ é fraudulentamente manipulado pela já constituída propensão masculina ao ataque. O padrão típico de relações é reimposto na unidade de movimento da mão contra a face. O golpe expressa a realidade empírica da situação: recontenção pela formação de poder dominada pelo homem no contexto doméstico. O evento sofre curto circuito. O evento é recapturado.

36 CRENSHAW, 1989, p. 149.

37 MASSUMI, Brian: *Parables for the virtual: movement, affect, sensation*. Durham: Duke University Press, 2002.

38 MASSUMI, Brian: *Parables for the virtual: movement, affect, sensation*. Durham: Duke University Press, 2002.

39 MASSUMI, 2002, p. 14.

O espaço-evento do lar volta ao lugar em que estava antes: um contêiner de relações assimétricas entre termos já constituídos de acordo com o gênero; retornando à domesticação; codificado como pertencimento, não devir⁴⁰.

Então, o que é que temos aqui? Em primeiro lugar, uma intensificação da relação do corpo consigo mesmo (uma definição de afeto), gerada não apenas pela significância do jogo, Superbowl Sunday, mas pela força e energia corpórea cedida a essa significância (saliente-se aqui a diferença entre significação e significância). Em segundo lugar, um foco nos padrões de relações – não nas entidades propriamente ditas, mas nos padrões nos quais elas se arranjam uma com as outras – não uma junção, mas um agenciamento. Em terceiro lugar, os corpos domésticos: a televisão como ator, um actante (Bruno Latour), como matéria com força ao determinar quem move onde, como e quando. A televisão é um condutor afetivo: "Na proximidade da televisão, palavras e gestos assumem uma intensidade inabitual". Em quarto lugar, "tudo pode acontecer". Um devir. Uma desterritorialização. Em quinto lugar, a identidade interseccional: o homem está sempre ideologicamente codificado como mais propenso à violência – um encerramento do devir. Por fim, o golpe: a mão contra a face. Reterritorialização.

Massumi disserta:

O ponto ao trazer essa questão não é entrar no debate sobre se há uma conexão causal empiricamente provável entre esportes profissionais e violência contra a mulher. A efusão da agressão verbal provocada pela mera sugestão de que haveria uma conexão é o bastante para estabelecer o ponto teórico em questão: o que a mídia de massa transmite não é fundamentalmente imagem-conteúdo, mas evento-potencial⁴¹.

Portanto, essa interpretação do trabalho de Massumi não consiste em uma análise textual da possibilidade de que assistir a programas televisivos violentos gera violência ou sujeitos violentos. Não se trata de uma teoria de identificação dos telespectadores, mas, sim, de intensificação afetiva: o encontro entre tecnologia (a boa e velha televisão, nem sempre sendo necessário privilegiar a internet), corpos, matéria, movimentos moleculares, transferências de energia. Massumi insinua que, em última análise, a relação de posicionalidade em relação ao afeto, sentimentos e sensações é arbitrária. Portanto, uma política do afeto ressalta posicionamentos de sujeitos que são aparentemente irreconciliáveis. Diferentemente de Crenshaw, o enfoque aqui não é saber se está ou não acontecendo um crime, tampouco determinar de quem é a culpa, mas, sim, indagar quais são as condições afetivas necessárias para o espaço-evento se desdobrar. Nos termos feministas mais básicos, podemos interpretar o interesse de Massumi em deslindar o roteiro como o oferecimento de uma forma diferente de pensar sobre as questões que causam a violência doméstica e como podemos preveni-la.

5. DISCIPLINA E CONTROLE

Há obviamente muito mais a se dizer sobre tal exemplo. Certamente é verdade que esses teóricos (com exceção de Arun Saldanha) não tinham tido muito a dizer sobre raça. Concluindo,

40 MASSUMI, 2002, p. 80-81.

41 MASSUMI, 2002, p. 269, nota 5.

e em uma tentativa de sinalização das linhas de voo, cabe apontar que restrições de espaço impedem a continuidade deste ensaio, sendo minhas ideias sobre as limitações da interseccionalidade muito mais profundas do que apenas repensar sua especificidade contextual (e os gestos de Massad em relação a isso – não se trata apenas de incongruência epistemológica, mas, acima disso, de irreducibilidade ontológica⁴²). Como defendi em *Terrorist assemblages*,

independentemente do nível de interseccionalidade dos nossos modelos de subjetividade e independentemente do nível de consideração da política locacional de espaço, lugar e escala, essas formulações – esses refinamentos da interseccionalidade, por assim dizer, que continuam sendo demandados – podem ainda nos limitar caso presumam a primazia e singularidade automática do sujeito disciplinar e da sua interpelação identitária⁴³.

Meu interesse em interrogar o predomínio do próprio sujeito é motivado, precisamente, pelas limitações da crítica pós-estruturalista que Rey Chow enfatiza, pelas preocupações com o limiar natureza/ cultura e questões de linguagem e materialidade que os feministas da ciência e tecnologia têm destacado, pela atenção ao poder e afeto que os teóricos do agenciamento centralizam e, por fim, pela relação que eu própria faço de tudo isso com os debates sobre sociedades disciplinares e sociedades de controle com base no trabalho de Michel Foucault e nos desdobramentos dados por Deleuze. Na tradução para a língua inglesa das palestras de Foucault realizadas em 1977-1989, intitulada *Security, territory and population*, Foucault⁴⁴ distingue entre mecanismos disciplinares e aparatos de segurança, ao que Deleuze posteriormente denomina de “sociedades controle”. No que diz respeito à organização disciplinar da multiplicidade, Foucault escreve: “Disciplina é um modo de individualização das multiplicidades, e não algo que constrói um conjunto de múltiplos elementos com base em indivíduos que são trabalhados, antes de tudo, como indivíduos⁴⁵.”

Muitas relações entre disciplina (exclusão e inclusão) e controle (modulação, ajuste fino) têm sido apresentadas ultimamente: primeiramente, como diversas etapas sobrepostas, porém progressivas, do capitalismo de mercado e governabilidade; segundo, como modelos e exercícios coexistentes de poder; terceiro, controle como efeito de aparatos disciplinares – controle como a epítome de uma sociedade disciplinar por excelência (em que formas disciplinares de poder ultrapassam seus lugares para se reproduzirem em outros sítios); e, por fim, como Foucault sugere acima, marcos disciplinares em resposta ao controle. Parece-me – e eu apresento essas questões como preliminares e aponto que estou trabalhando nelas ainda – que a crítica interseccionalista vem tanto intervindo nas estruturas legais e capitalistas que demandam a estabilidade dos direitos que instituem o sujeito como reproduzindo as demandas disciplinares da formação do sujeito⁴⁶. Como Norma Alarcon profeticamente indagou em 1984, em sua crítica à publicação de *This bridge called my back*, vamos fazer do mundo todo um sujeito?⁴⁷ Nesse impasse produtivo, então, está a seguinte contradição: de um lado, a heurística da

42 Cf. MASSAD, 2009.

43 PUAR, 2007, p. 206.

44 FOUCAULT, Michel: *Security, territory, population: lectures at the College de France: 1977-1978*. Tradução de Graham Burchell. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

45 FOUCAULT, 2007. p. 12.

46 MORAGA, Cherrie; ANZALDUA, Gloria: *This bridge called my back: writings by radical women of color*. Nova Iorque: Kitchen Table/Women of Color, 1984.

47 ALARCON, Norma: The theoretical subject(s) of ‘this bridge called my back’ and anglo-american feminism. in: ANZALDUA, Gloria Ed.). *making face, making soul/hacienda caras: creative and critical perspectives by feminists of color*. San Francisco: Aunt Lute, 1990, p. 356-369. p. 361

interseccionalidade tem gerado uma proliferação de trabalhos sobre 'Mulheres de Cor' e, ao mesmo tempo, eximindo as feministas desse trabalho, recentralizando a diferença sexual e de gênero como fundacional e primária; de outro, "nós" podemos estar atingindo uma fadiga pós-estruturalista em torno da noção do próprio sujeito.

Portanto, abandonar o agenciamento em favor da manutenção de abordagens identitárias interseccionalistas é perder as formas pelas quais as sociedades de controle apreendem e produzem corpos como informação, como matéria que funciona ou não predominantemente por meio de significação, como modulação de capacidades, como indivíduos em populações com qualquer matriz de diversos pontos de comutação (e não pela interpelação althusseriana *per se*) e corpos *surveilles* não em posições de identidade apenas, mas mediante tendências afetivas e probabilidades estatísticas. No entanto, conceber a interseccionalidade como uma relíquia arcaica de política identitária é cair na fantasia de inclusão sem fim de corpos dotados de capacidade, ignorando totalmente a possibilidade de alguns corpos – podemos chamá-los de dados estatísticos atípicos, ou aqueles que são destinados à morte prematura, ou aqueles outrora considerados corpos inúteis ou corpos de excesso –, disciplina e punição serem muito bem ainda um modo primário de aparato de poder. Há diferentes problemas conceituais apresentados em cada caso; a interseccionalidade tenta compreender instituições políticas e suas formas corolárias de normatividade social e administração disciplinar, enquanto o agenciamento, em um esforço de reintroduzir a política no âmbito político, indaga o que está antes e além do que acaba sendo estabelecido. Então, parece-me que uma das maiores vantagens de se pensar partindo do entrelaçamento das noções de interseccionalidade e agenciamento é que ele pode nos ajudar a produzir mais caminhos para essas relações não totalmente compreendidas entre disciplina e controle.

Retomando o título deste ensaio, e a justaposição que Haraway (infelizmente, mas prescientemente) apresenta, será que eu realmente preferia ser um ciborgue a ser uma deusa? O primeiro aclama o futuro em um determinismo tecnológico teleológico – cultura – que não somente parece demasiadamente determinante, mas que também excepcionaliza nossas tecnologias atuais. O segundo – natureza – está incorporado nos mitos matriarcais racializados das narrativas de reivindicação feminista. Certamente soa mais sexy nos dias atuais reivindicar a posição de ciborgue do que de deusa. Porém, para que separar os dois quando certamente deve haver deusas-ciborgueanas em nosso meio? Esse seria um agenciamento devir-interseccional que eu realmente gostaria de ver acontecer.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Norma: The theoretical subject(s) of 'this bridge called my back' and anglo-american feminism. in: ANZALDUA, Gloria Ed.). *making face, making soul/hacienda caras: creative and critical perspectives by feminists of color*. San Francisco: Aunt Lute, 1990. p. 356-369.

BARAD, Karen. Posthumanist performativity: toward an understanding of how matter comes to matter. *Signs: journal of women and society*, Chicago, n. 3, p. 801-832, 2003.

BRAH, Avtar; PHOENIX, Ann. Ain't I a woman: revisiting intersectionality. *Journal of International Women's Studies*, Bridgewater, v. 5, n. 3, p. 75-86, 2004.

BUTLER, Judith. *Gender trouble*. Nova Iorque; Londres: Routledge, 1990.

CHOW, Rey. *The age of the world target*. Durham: Duke University Press, 2006.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *The University of Chicago Legal Forum: feminism in the law: theory, practice and criticism*, Chicago, v. 1989, p. 139-167.

CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, Califórnia, n. 6, p. 1.241-1.299, 1991.

CURRIER, Dianne. Feminist technological futures: Deleuze and body/ technology assemblages. *Feminist Theory*, Londres, n. 3, p. 321-338, 2003.

DELANDA, Manuel de. *A new philosophy of society: assemblage theory and social complexity*. Londres: Continuum, 2006.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix: *A thousand plateaus: capitalism and schizophrenia*. Tradução de Brian Massumi. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987.

FOUCAULT, Michel: *Security, territory, population: lectures at the College de France: 1977-1978*. Tradução de Graham Burchell. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

GROSZ, Elisabeth. *Volatile bodies*. Bloomington: Indiana University Press, 1994.

HARAWAY, Donna. Manifesto for cyborgs: science, technology, and socialist feminism in the 1980s. *Socialist Review*, Londres, n. 80, p. 65-108, 1985.

KAPLAN, Caren; GREWAL, Inderpal. *Scattered hegemonies: postmodernity and transnational feminist practices*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

LORDE, Audre. Age, race, class, and sex: women redefining difference. In: _____. *Sister outsider: essays and speeches*. Berkeley: Crossing Press, 1984. p. 114-123.

MASSAD, Joseph. How not to study gender in the arab world. *Lecture at Oberlin College*, Boston, out. 2009.

MASSUMI, Brian: *Parables for the virtual: movement, affect, sensation*. Durham: Duke University Press, 2002.

MORAGA, Cherrie; ANZALDUA, Gloria: *This bridge called my back: writings by radical women of color*. Nova Iorque: Kitchen Table/ Women of Color, 1984.

PARISI, Luciana. *Abstract sex: philosophy, technology, and mutations of desire*. London; New York: Continuum, 2004.

PHILLIPS, John. Agencement/Assemblage. *Theory Culture & Society*, Londres, n. 2-3, p. 108-109. 2006.

PUAR, Jasbir K. *Terrorist assemblages: homonationalism in queer times*. Durham: Duke University Press, 2007.

SANDOVAL, Chela. *Methodology of the oppressed*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000; e SCHUELLER, 2005.

SCHUELLER, Malini Johar. Analogy and (white) feminist theory: thinking race and the color of the cyborg body. *Signs: journal of women and society*, Chicago, n. 1, p. 63-92, 2005.

SPIVAK, Gayatri C. Can the subaltern speak? In: NELSON, Cary; GROSSBERG, Lawrence. *Marxism and the interpretation of culture*. Illinois: University of Illinois Press, 1988. p. 271-313.

YUVAL-DAVIS, Nira. Intersectionality and feminist politics. *European Journal of Women's Studies*, Londres, v. 13, n. 3, p. 193-209, 2006.

A INCLUSÃO DO CASO FORTUITO E DA FORÇA MAIOR COMO EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

THE INCLUSION OF FORTUITOUS CASE AND FORCE MAJEURE AS CIVIL LIABILITY-EXCLUDING INSTANCES IN THE CONSUMER RELATION LAW

ALNEIR FERNANDO SANTOS MAIA¹

RESUMO

A Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e de interesse social. Essas normas têm como principal objetivo o equilíbrio entre as partes que estiverem participando da relação de consumo, e, em caso de danos decorrentes de defeitos em produtos ou serviços inseridos no mercado de consumo, deve o fornecedor responder pelos prejuízos. Entretanto, existem motivos, previstos no Código de Defesa do Consumidor capazes de excluir a responsabilidade do fornecedor, bem como outros que podem ser aplicados com o mesmo objetivo – por exemplo, o caso fortuito e a força maior –, pois são capazes de romper o nexo de causalidade entre o fato e o dano. O instituto da responsabilidade, analisado à luz do Código de Defesa do Consumidor, é de suma importância para a efetividade dos direitos dos brasileiros para a consecução do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Dano. Responsabilidade. Consumidor. Excludentes. Caso fortuito e força maior.

ABSTRACT

Act n. 8078 of 1990, which established the Consumer Protection Code in Brazil, set forth norms of public order and social interest to protect and defend consumers. These norms mostly aim at balancing the parties participating in the consumer relation and holding suppliers liable for damages derived from defective products or poor services. However, the Code posits instances that free the supplier from liability, such as the fortuitous case and force majeure, which break the causal connection between fact and damage. The institution of liability as assessed under the Consumer Protection Code is of paramount importance for the realization of the rights of Brazilians and to achievement of a Democratic Rule of Law.

Keywords: *Damage. Liability. Consumer. Excluding clauses. Fortuitous case and force majeure.*

¹ Mestre em Direito pela Escola de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Civil da Universidade Fumec – Belo Horizonte-MG. Assessor Judiciário no TJMG. Ex-advogado do Procon de Belo Horizonte-MG. Email: alneir@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil, analisado à luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), exerce função fundamental na questão da reparação de danos causados na relação de consumo: a de dar efetividade de direitos aos brasileiros para a consecução do Estado Democrático de Direito. Com este estudo objetiva-se expandir algumas das hipóteses capazes de eximir a responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, de modo a permitir ao intérprete e aplicador do CDC manejar outras formas de eliminação do dever de indenizar os danos decorrentes dos acidentes de consumo.

Dessa forma, incluímos o caso fortuito e a força maior no rol de causas capazes de eliminar o dever de indenizar o consumidor/ vítima, especialmente pelo fato de tais circunstâncias romperem o nexo causal entre o fato e o dano, mediante uma interpretação sistemática entre o Código Civil (CC) e o CDC.

2. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A responsabilidade civil do fornecedor produtos ou serviços é, em geral, objetiva, com exceção da responsabilidade civil dos profissionais liberais, que é subjetiva, bastando ao consumidor, unicamente, no mais dos casos, demonstrar o dano e o nexo de causalidade entre ele e o fato do produto ou serviço, sendo despicienda a discussão de culpa para fins de ensejar o direito à reparação.

Todavia, mesmo sendo de natureza objetiva a responsabilidade do fornecedor, não resulta da simples demonstração do nexo causal entre a utilização do produto ou serviço e o dano provocado. Ocorre que, no intermédio desses dois requisitos, deve interpor-se um “defeito” do produto ou serviço. Esse defeito pode, muitas vezes, surgir depois da colocação do produto ou do serviço no mercado, hipótese em que caberá a alegação de caso fortuito e de força maior. Mas antes de entrarmos nessa discussão, vamos ao estudo das hipóteses excludentes de responsabilidade previstas no CDC.

Segundo o art. 12, § 3º, do CDC², o fornecedor pode produzir prova liberatória da responsabilidade de indenizar, provando que não colocou o produto no mercado, que inexistiu o defeito ou que a culpa pelo evento danoso é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Na primeira hipótese de exclusão prevista pelo CDC, cabe ao fornecedor demonstrar que não colocou o produto no mercado. A partir do momento que o fornecedor tiver colocado o produto no mercado a fim de comercializá-lo, ainda que, por exemplo, simplesmente para teste, ou mesmo oferecendo o produto como amostra grátis, não poderá alegar a eximente.

Todavia, a introdução do produto no mercado deve ocorrer de forma voluntária e consciente por parte do fornecedor, não se cogitando, assim, sua responsabilização em casos que

2 Cf. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 12 set. 1990. Retificado no *Diário Oficial da União*, 10 jan. 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 12 fev. 2012.

envolvam furto ou roubo da coisa e sua consequente inserção no comércio, situação em que poderíamos equiparar o evento a caso fortuito ou de força maior.

Portanto, a circunstância de o produto ter sido introduzido no mercado de consumo gratuitamente, a título de donativo para instituições filantrópicas ou com objetivos publicitários, não elide a responsabilidade do fornecedor.³

Cabe, ainda, não olvidar que, mesmo se o produto tiver sido introduzido no mercado por preposto ou por representante autônomo, não poderá o fornecedor utilizar excludente, uma vez que é solidariamente responsável pelos atos daqueles, nos termos do art. 34 do CDC.

Finalmente, corroborando as afirmações mencionadas, podemos concluir que a questão da gratuidade ou não dos produtos postos em circulação não vem ao caso, uma vez que a norma utiliza a expressão “colocar o produto no mercado”, o que deve ser interpretado da forma mais abrangente possível, de acordo com a finalidade pretendida pelo CDC.

Ressalte-se que, perante a unânime doutrina, a responsabilização do fornecedor somente ocorrerá na hipótese de o produto se revelar defeituoso em relação à sua utilização normal ou razoável.

Destarte, não havendo o defeito, não poderá ser atribuída ao fornecedor qualquer responsabilidade. Todavia, vale lembrar que essa prova liberatória de responsabilidade caberá ao próprio fornecedor, uma vez que milita em favor do consumidor sua condição de hipossuficiente, no sentido de que a ele é difícil comprovar a existência do defeito em muitos casos. Além do mais, a eximente deverá ser demonstrada em razão do momento em que o produto foi colocado em circulação.

Com efeito, a Lei pátria do consumidor se distanciou do Direito português e do Direito italiano, uma vez que nesses ordenamentos a Lei considera suficiente à exclusão da responsabilidade do fornecedor a simples plausibilidade da inexistência do defeito, minorando, consideravelmente, a intensidade probatória por parte daquele⁴.

Finalmente, ao arguir a exceção de defeito, deverá o fornecedor provar a inexistência de qualquer dos defeitos arrolados no *caput* do art. 12, e/ou provar que o defeito ensejador do dano não se encaixa em qualquer daquelas categorias e, portanto, não tem o condão de levar à responsabilização.

Por fim, o inciso III, do § 3º do art. 12 do CDC trata da última causa excludente de responsabilidade do fornecedor, ou melhor, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse caso, em face do direito basilar da inversão do ônus da prova, o fornecedor é quem deve apurar e demonstrar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

É primordial ressaltar que a culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente. No primeiro caso, desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa, e os aplicadores da norma costumam condenar o

3 DENARI, Zelmo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense, 2001. p. 152.

4 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 105.

agente causador do dano a reparar pelo que se apurar de contribuição para o prejuízo, cabendo à vítima arcar com o restante.

Nossa posição, em relação à questão da culpa concorrente, converge com a estabelecida pelo CDC, ou melhor, a de responsabilizar integralmente os sujeitos elencados no *caput* do art. 12 do referido diploma. No caso, somente serve de causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor a culpa exclusiva da vítima (consumidor) na consecução do dano. A culpa concorrente não elide o dever do fornecedor de indenizar, mas apenas minimiza seu encargo.

Assim, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, indicada na norma acima mencionada como hipótese de exoneração de responsabilidade do fornecedor, a rigor, remete-nos ao inciso anterior – inexistência de defeito – eis que, havendo culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, por óbvio, não há defeito juridicamente relevante no produto.

Se, todavia, houver defeito no produto e ocorrer concorrência entre o vício e a ação culposa de terceiro ou do lesado, esta, certamente, passa a não ser de natureza exclusiva, não se prestando como causa excludente de responsabilidade. Entretanto, ainda que se almeje considerar o defeito como existente, este será, quando muito, defeito juridicamente irrelevante para a responsabilização do fornecedor.

Outro fator relevante consiste no conhecimento por parte da vítima quanto a um eventual defeito do produto que represente perigo a ela. Nesse caso, já que o lesado agiu de forma consciente e voluntária, não poderá ser atribuída ao fornecedor qualquer responsabilidade.

Finalmente, em relação aos sujeitos responsáveis pelo fato do produto, entende Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin que a excludente do inciso III não atingiria o comerciante, pois se considera terceiro qualquer pessoa estranha à relação de consumo. Contudo, em face do caráter subsidiário que possui o comerciante no âmbito da responsabilização (art. 13 do CDC), diz-se ser ele considerado parte fundamental da relação de consumo e não terceiro⁵.

Concluímos, ainda, neste tópico, as excludentes de responsabilidade do prestador de serviços, que também pode lançar mão de algumas hipóteses de exclusão que estão expressamente previstas no CDC (art. 14, § 3º, I e II). Pode-se suscitar: a) inexistência do defeito; e b) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Semelhante ao que ocorre com o fornecedor de produtos, quando o prestador de serviços invoca em seu favor as excludentes acima enumeradas, tem total possibilidade de se furtar ao dever de indenizar.

Aplica-se, no caso do prestador de serviços, a inversão do ônus da prova e os demais institutos previstos no CDC, conforme exposto nas discussões sobre as excludentes de responsabilidade do fornecedor de produto.

Merece atenção a questão da taxatividade ou não das causas excludentes da responsabilidade do fornecedor, ou seja, a possibilidade de aceitar outras situações eximentes do dever de indenizar decorrente do fato do produto ou serviço.

Entendemos que as causas de exclusão de responsabilidade não são taxativas, podendo ser aplicadas sobre o dever de indenizar outras formas de eximir o fornecedor, por exemplo, o

5 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 66.

caso fortuito e a força maior, uma vez que são hipóteses que eliminam o nexo de causalidade entre o defeito do produto ou serviço e o dano.

Tratamos ainda, neste tópico, da questão da taxatividade ou não das causas excludentes de responsabilidade do fornecedor, ou seja, da possibilidade de serem aceitas outras situações eximentes, além das já mencionadas nos incisos do § 3º dos arts. 12 e 14 do CDC, quais sejam, a não colocação do produto no mercado, a inexistência de defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Alguns sustentam que o CDC, se quisesse negar a possibilidade de outras eximentes, deveria tê-lo feito de forma expressa, o que leva a crer que admite outras hipóteses e dá guarida a entendimentos como o deste trabalho, no qual admitimos o caso fortuito e a força maior como formas de exoneração da responsabilidade do fornecedor.

Outras discussões atestam que o CDC dispôs que o fornecedor só não será responsabilizado nas hipóteses previstas no texto legal. Entretanto, essa expressão “só não será responsabilizado” não permite afirmar que haja derrogação das outras causas de exclusão.

O fato de não haver previsão legal para as eximentes do caso fortuito ou força maior não impede que sejam elas adotadas, pois a Lei civil, que as inseriu em nosso ordenamento jurídico, sempre será utilizada, ainda que de forma subsidiária, havendo um diálogo entre fontes normativas.

Já Eduardo Gabriel Saad afirma que se trata de impropriedade de redação, pois o Código não pode obrigar o fornecedor a indenizar, se seu inadimplemento, seja contratual, seja extracontratual, se deu em função de caso fortuito ou força maior. Na ocorrência dessas hipóteses, o liame (nexo causal) estaria rompido: “Trata-se, é bem de ver, de uma impropriedade de redação. O Código não pode obrigar o fornecedor a indenizar se sua inadimplência contratual ou responsabilidade aquiliana originaram-se de caso fortuito ou força maior”⁶.

Como se vê, a omissão do CDC não exclui outras causas eximentes de responsabilidade, como as hipóteses do caso fortuito e a força maior em estudo. Assim, preferimos crer que os arts. 12 e 14, quando cuidam das excludentes de responsabilidade, trazem hipóteses meramente exemplificativas, ao contrário daqueles que consideram que a menção do CDC traz termos taxativos (*numerus clausus*).

3. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR COMO CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como exposto neste trabalho, por romper o nexo de causalidade, o caso fortuito e a força maior são capazes de elidir a responsabilidade civil do fornecedor, uma vez que o dano sofrido pelo consumidor deriva de uma situação ou fato necessário que foge à previsibilidade e à evitabilidade. Nessa situação, muito longe de se discutir a culpa do agente, uma vez que a responsabilidade civil no CDC repousa em sua ausência, a aplicação do caso fortuito e da

6 SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 219.

força maior sobre as relações de consumo está ligada ao defeito do produto ou serviço, com a consecução de um dano, que não pode ser imputado ao fornecedor dado o advento das excludentes (caso fortuito e força maior), pois excluem completamente o nexo de causalidade e, consequentemente, o dever de indenizar.

O escopo com este tópico consiste em demonstrar que essas causas excludentes podem habitar o seio das relações de consumo, permitindo àqueles que necessitem manejá-las possam fazê-lo. Até porque, as normas devem operar em um panorama de complementação e não de exclusão.

3.1 CONCEITO DE CASO FORTUITO E DE FORÇA MAIOR E OUTRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS INSTITUTOS

O caso fortuito e a força maior são excludentes de responsabilidade civil previstas no CC, cuja definição, muito embora não esteja descrita na codificação, traz em seu bojo algumas peculiaridades, doutrinariamente estabelecidas, especialmente em relação ao fato de haver ou não diferença entre o caso fortuito e a força maior.

Diz o art. 393 do Código Civil de 2002: “O devedor não responde pelos prejuízos restantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, acrescentando em seu parágrafo único que o “caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”⁷.

Discute-se na doutrina sobre a identidade ou não do conceito de caso fortuito e da força maior. Nada obstante, face ao disposto no art. 393 do Código Civil (art. 1.058 do Código Civil de 1916), transcrito supra, a maioria dos autores opta por tratá-los como sinônimos e ressaltam a inutilidade de estabelecer-se diferenças, justamente por causa dos resultados idênticos que os institutos produzem quando reconhecidos em determinada situação jurídica.

No estudo da doutrina brasileira, segundo o que determina a Lei, podemos subsumir que o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Deve, portanto, ser o fato necessário e os efeitos do fato impossíveis de serem evitados ou impedidos.⁸

Acrescentamos nessa passagem, ainda, a par da discussão da culpa, a cisão do nexo de causalidade provocada pelo caso fortuito ou pela força maior, uma vez que a Lei impõe em sua redação uma relação de causa e efeito, sendo que as consequências do evento eram impossíveis de prever e evitar. Logo, o causador do dano é o evento, não havendo qualquer relação com a conduta ou fato derivado do agente/fornecedor.

Neste trabalho optamos por tratar os institutos do caso fortuito e da força maior como sinônimos, uma vez que a própria lei não faz distinção ou diferenciação, reconhecendo no caso fortuito e na força maior as mesmas características, principalmente em relação aos seus efeitos.

Na conceituação uniformizada, o melhor é entender o fortuito (independentemente da diferenciação entre os dois institutos) como o acontecimento que a inteligência e a força humana não podiam prever, ou que, previsto, não se podia evitar.

7 BRASIL. *Código civil*. 2. ed. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

8 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 31.

Portanto, entendem alguns autores que há sinonímia nas expressões caso fortuito e força maior, com base na equivalência de seus efeitos no âmbito jurídico civilista. O parágrafo único do art. 393 do CC não define tais elementos, preocupando-se exclusivamente com as consequências decorrentes do fato, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Para os autores que defendem a sinonímia nos institutos, a necessidade do fato há de ser observada em face da impossibilidade do cumprimento da obrigação, e não abstratamente adiante das características de cada elemento.

Boa parte da doutrina engloba na expressão “força maior” propriamente dita o caso fortuito, e vice-versa, sustentando que pouco importa saber em face de determinada hipótese, se se trata de caso fortuito ou de força maior, pois ambas possuem idêntica força liberatória.

O foco de tal aceção é sustentado por pressupostos comuns, quais sejam: na ausência da culpa e na inevitabilidade do evento danoso. Uma vez presentes, não há que se falar em distinções. Ousamos ir mais longe, atestando que o caso fortuito e a força maior atentam contra o nexo de causalidade, fulminando esse requisito da responsabilidade civil, até porque, no âmbito do CDC, a responsabilidade nada tem a ver com culpa.

Noutra seara, ainda que se admitisse a imprevisibilidade como requisito exclusivo da força maior, o próprio CC igualou-a ao fortuito considerando ambos fatos necessários, ou seja, eventos inescapáveis a qualquer diligência, cujos efeitos não seriam possíveis evitar ou impedir. A semelhança parece ficar mais clara no momento em que tais acontecimentos ultrapassam as previsões ou forças humanas.

Para outros autores, não se confundem os dois conceitos, divergentes entre si por elementos próprios e específicos. Alertam ser a força maior excludente de maior eficácia do que o caso fortuito, uma vez que aquela escapa a qualquer hipótese de evitabilidade.

Agostinho Alvim define o caso fortuito como aquele impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa, enquanto a força maior advém de um acontecimento externo. Em seguida diz: “Tal distinção permite se estabeleça uma diversidade na maneira de tratar as hipóteses, conforme varie o fundamento da responsabilidade”⁹.

Abstraindo-se da doutrina, podemos dizer que caso fortuito indica o caráter imprevisto, enquanto força maior indica o caráter invencível do obstáculo. Nesta, diligência alguma poderia evitar; naquele, o acontecimento não poderia ser previsto com a diligência mediana. Em ambos os casos, segundo as nossas intenções, percebemos que são capazes de excluir a responsabilidade do fornecedor, ainda que na forma objetiva, por serem capazes de romper um de seus requisitos basilares: o nexo de causalidade.

Resultam do caso fortuito ou da força maior circunstâncias irresistíveis ligadas à pessoa ou à empresa, geradoras do obstáculo que a boa vontade do fornecedor não logra superar. E mais, em razão dessas circunstâncias advém um dano (que somente surge por causa deste evento). Tem-se como exemplo o acidente causado pelo rompimento de cabos elétricos que caem sobre fios telefônicos. Quando se fala em caso fortuito ou de força maior, refere-se a eventos imprevisíveis, físicos ou naturais, de caráter ininteligente. Nessa seara, conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento e ao dano como – por exemplo, um raio que provoca

9 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 207.

um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta via de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria pretendida, ou mesmo um terremoto causando grandes prejuízos.

A conclusão a que alguns chegam diz respeito à abrangência de um sobre o outro. Nem todo caso fortuito é caso de força maior, porém, qualquer força maior é fortuita.

A par das discussões sobre sua diferenciação, tem-se que, por não terem cada excludente sua especificidade, pois recebem tratamento legal igualitário, devem ser levadas conjuntamente em consideração, na análise do caso *in concreto*. Se a lei optou por não fazer distinção entre os institutos, vamos trabalhá-los de maneira unificada.

O melhor mesmo, para eliminar controvérsias sobre os institutos, é seguir o que leciona Caio Mário da Silva Pereira, que opta por não distinguir o caso fortuito e a força maior, alegando que a própria lei não o faz:

Não distingue a lei a *vis maior* do *casus*, e assim procede avisadamente, pois que nem a doutrina moderna nem as fontes clássicas têm operado uma diversificação bastante nítida de uma e outra figura¹⁰.

Por todos os motivos acima, caso fortuito e força maior, para fins de evitar maiores discussões, foram tratados como sinônimos neste estudo.

Portanto, para fins de definição dos institutos, novamente fazemos uso da lição de Caio Mário da Silva Pereira, que reconhece o caso fortuito e a força maior partindo dos seus requisitos:

Necessariedade. Não é qualquer acontecimento, por mais grave e podêravel, bastante para libertar o devedor, porém, aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação.

[...]

Inevitabilidade. Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado¹¹.

E, para concluir, acrescenta o autor que “muito freqüente é, ainda, encontrar-se, entre os doutrinadores, referência à imprevisibilidade do acontecimento, como termo de sua extremação”¹².

Na verdade, em relação ao caso fortuito e à força maior, o que nos interessa é a conclusão do civilista citado nos parágrafos acima, que diz:

Estes e outros critérios diferenciais adotados pelos escritores procuram extremar o caso fortuito da força maior. Preferível será, todavia, não obstante aceitar que abstratamente se diferenciam, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só efeito, como observa Alfredo Colmo, que em última análise é a negação da imputabilidade¹³.

Estão apresentados os elementos caracterizadores do caso fortuito e da força maior, com os quais trabalhamos no desenvolvimento do trabalho.

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2, p. 340.

11 PEREIRA, 2009, p. 341.

12 PEREIRA, 2009, p. 342.

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2, p. 304.

3.2 O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR COMO ÓBICES À CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL

A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem, conforme reiteradamente temos afirmado, que o fornecedor responde pelos danos causados pelos acidentes de consumo, de acordo com a teoria do risco, haja vista a responsabilidade objetiva mencionada no CDC. Essa responsabilidade, segundo defendido neste estudo, permite acatar o caso fortuito e a força maior como excludentes da responsabilidade do fornecedor, por romperem o nexo de causalidade entre o defeito do produto e o resultado danoso (dano).

Portanto, observa-se que para o fornecedor eximir-se de seu dever de indenizar, mister é que a ausência de nexo causal impossibilite qualquer atribuição de responsabilidade a produto ou serviço por ele comercializado, como ocorre na hipótese ora estudada, haja vista que, mesmo sendo objetiva a responsabilidade, diante de evento suficiente para o rompimento do nexo de causalidade entre o defeito do produto ou do serviço e o dano, originado pelo caso fortuito ou pela força maior, não há que se falar em responsabilização. E o caso fortuito e a força maior são formas de rompimento do nexo de causalidade. Nessas hipóteses, o liame de causalidade a conectar o evento danoso ao defeito do produto ou serviço é mitigado pela ocorrência dessas causas. A jurisprudência concede especial atenção à característica de imprevisibilidade do evento, sem o que não há que se falar em caso fortuito ou força maior. Caso não restem comprovados, o fornecedor responde em benefício da vítima, que não deve ver o prejuízo que sofreu restar irressarcido.

Na verdade, o caso fortuito e a força maior atentam contra o nexo de causa entre o defeito e o dano. Sobre essa questão a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, que adiante será esposada, é muito clara¹⁴.

Entretanto, em sua clássica obra, José de Aguiar Dias nos fornece consistente entendimento sobre o caso fortuito e da força maior seccionando o nexo causal, dando uma excelente definição sobre a questão, nos seguintes moldes:

Isso, para nós, pode ser simplificado ainda mais radicalmente: o que anima as causas de isenção no papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexo causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar. Esta noção atende melhor ao que se procura expressar com a noção de caso fortuito ou de força maior e prova, do mesmo passo que a ausência de culpa não satisfaz como critério capaz de caracterizar essas causas de isenção¹⁵.

Assim, podemos certamente afirmar que o caso fortuito e a força maior não estão ligados ao afastamento da culpa, mas, sim, do nexo de causalidade. O elemento subjetivo é dispensando na análise das eximentes em questão. O próprio CC assim o faz, quando imputa ao caso fortuito e à força maior a condição de evento.

A lição de Aguiar Dias nos serve como exato critério para a sustentação do raciocínio aqui construído. Ora, se o caso fortuito e a força maior estão ligados ao rompimento do nexo de causalidade, não sendo a ausência de culpa elemento caracterizador dessas eximentes, sua

14 Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

15 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 687.

aplicabilidade é direta, até mesmo sobre os casos de responsabilidade em que esteja ausente a discussão da culpa, como no CDC.

Dessa forma, ainda que a responsabilidade no CDC seja apurada sem a exposição do elemento culpa, de forma nenhuma poderá ocorrer sem que haja a busca do nexo de causalidade. Esse nexo de causa entre o dano e o defeito do produto, inicialmente imputável ao fornecedor, pode ser elidido diante de caso fortuito e da força maior, haja vista sua potencialidade de seccionar o nexo de causa.

Para eximir-se da responsabilidade objetiva, basta ao fornecedor comprovar que o dano ocorreria independentemente do defeito existente em seu produto ou serviço. Essa é a mola mestra da aplicação do caso fortuito e da força maior sobre a responsabilidade objetiva.

Portanto, muito distante da discussão da ausência de culpa, ou sua prova, o caso fortuito e a força maior disparam contra o nexo causal, que, uma vez rompido, elimina a responsabilidade de indenizar, ainda que na forma objetiva.

3.3 DISTINÇÃO ENTRE FATO DE TERCEIRO E CASO FORTUITO (OU FORÇA MAIOR)

É fundamental estabelecer se para o fato danoso o comportamento do terceiro é a determinante exclusiva do evento. No fato originado de terceiro, a exoneração terá lugar se for identificada a pessoa de cuja participação proveio o dano e não houver qualquer nexo causal que impute responsabilidade ao fornecedor. No que tange ao caso fortuito ou força maior, o dano provirá de um fato necessário, imprevisível, alheio ao fornecedor e aos seus empregados, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

Para que se faça presente a excludente fato de terceiro é mister que o dano seja ocasionado exclusivamente por pessoa estranha. Se por outro lado tiver concorrido o agente, seja na previsibilidade, seja quanto à pessoa do terceiro, não haverá isenção de responsabilidade: ou o agente responde integralmente pela reparação ou concorre com o terceiro na composição das perdas e danos.

O terceiro é qualquer pessoa que não se identifique com os partícipes da relação de consumo. A culpa do terceiro, para caracterizar-se excludente de responsabilidade, deve ser exclusiva, inconfundível com culpa concorrente.

Quanto ao comerciante, apesar de sua responsabilidade ser em regra subsidiária, conforme previsão no art. 13 da Lei Consumerista, não pode ser caracterizado terceiro. Se o dispositivo não fez tal distinção, não caberá ao intérprete fazê-la.

Sobre o fato de terceiro, Caio Mário da Silva Pereira atesta:

O segundo aspecto relevante é a determinação do comportamento do terceiro, na etiologia da responsabilidade. Em linguagem estrita, ocorre neste caso a excludente de responsabilidade, quando se pode estabelecer que o terceiro é o causador do dano¹⁶.

Portanto, para que a definição de terceiro não se equipare a caso fortuito ou de força maior, é fundamental que seja possível a identificação do terceiro e a ele seja imputável o evento danoso.

3.4 A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS PELO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Importa considerar que o CDC adotou expressamente o regime de exclusão acima mencionado em tópico específico; ou seja, incluiu no seu conteúdo um rol de causas de exclusão de responsabilidade, mas deixou de mencionar o caso fortuito e a força maior, de forma a não evidenciar claramente se a sua ocorrência escusa o devedor de responder pelos prejuízos.

Entretanto, o CDC não faz menção à completa inaplicabilidade da força maior e do caso fortuito como causas excludentes de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Nos dispositivos que consignam as causas exonerativas de responsabilidade do fornecedor, não flagramos menção expressa sobre o assunto. Essa omissão se opera tanto no sentido de não autorizá-las expressamente quanto no sentido de não negá-las.

E para que reconheçamos a presença do fortuito nas relações de consumo não é, porém, apenas a imprevisibilidade e a necessariedade que devem caracterizá-lo, mas, também, a inevitabilidade, nos moldes do que orienta a norma do art. 393, parágrafo único, do CC de 2002.

Assim, um dos fatores decisivos para o enquadramento das hipóteses é a inevitabilidade do acontecimento. Já ficou frisado em linhas precedentes que o defeito do produto ou do serviço, muitas vezes, pode ser previsível, mas em muitos casos, inevitável. Essa inevitabilidade denota que o dano pode ocorrer independentemente de defeito do produto ou do serviço, motivo pelo qual não se pode atribuir o encargo de indenizar esse dano ao fornecedor. Embora os riscos da atividade econômica sejam transferidos ao fornecedor nas relações de consumo, esse risco não é integral. No gênero defeito de construção, de produção ou de prestação de serviços, por exemplo, muitas situações são capazes de causar danos, que por vezes não derivam do defeito do produto ou serviço, mesmo que estes apresentem defeitos, vez que aconteceriam de qualquer maneira, motivados por caso fortuito ou de força maior. Assim, essa inevitabilidade gera a exclusão do dever indenizatório, diante do rompimento do nexo de causalidade entre o defeito e o dano.

Em relação à extensão do caso fortuito e da força maior como causas de exclusão de responsabilidade, a doutrina pertinente ao assunto divide-se, geralmente, entre defensores e opositoristas. Defendem renomados estudiosos do Direito do Consumidor, como Zelmo Denari¹⁷, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁸, dentre outros, que os fornecedores beneficiam-se das excludentes da força maior e do caso fortuito como formas de se eximir das responsabilidades advindas de dano causado por produto ou serviço. Outros, como James Marins¹⁹, admitem parcialmente a hipótese, uma vez que distinguem a ocorrência da força maior ou caso fortuito em dois estágios: se ocorre antes ou depois da inserção do produto

17 DENARI, 2001, p. 145.

18 BENJAMIN, 1998, p. 66.

19 MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 154.

ou serviço no mercado. Ocorrendo na etapa inicial, o fornecedor responderá pelos danos. Na segunda etapa, as excludentes afastarão quaisquer formas de responsabilização para o agente produtor ou prestador de serviços. Existe, ainda, uma terceira vertente que nega veementemente a aplicação dos institutos do Direito Civil às relações de consumo, haja vista não haver previsão no CDC.

Sobre os pressupostos para indenizar e sua eliminação Zelmo Denari ensina:

Os acidentes de consumo supõem, como um *primus*, a manifestação de um defeito do produto ou serviço, e como um *posterius*, um evento danoso. O defeito do produto ou serviço é um dos pressupostos da responsabilidade por danos nas relações de consumo. Se o produto não ostentar vício de qualidade ocorre ruptura da relação causal que determina o dano, ficando afastada a responsabilidade do fornecedor²⁰.

Complementando o mencionado, prossegue o autor:

Destarte, milita em prol do consumidor essa presunção de defeito do produto e incumbe ao fabricante desfazê-la, produzindo inequívoca prova liberatória. Da mesma sorte, quanto à ocorrência do dano e ao *quantum* devido cumpre ao fornecedor demonstrar sua inexistência ou inconsistência, conforme o caso²¹.

Segundo a doutrina acima transcrita, se o fornecedor for capaz de demonstrar que houve ruptura do nexo causal entre o defeito e o dano, não há dever de indenizar, ficando afastada sua responsabilidade. Essa ruptura pode acontecer, seguramente, por ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Ainda no rol de doutrinadores que sustentam a aplicabilidade do caso fortuito e da força maior como causas excludentes de responsabilidade, desponta Sílvio de Salvo Venosa, que traz os seguintes termos:

O fato de o caso fortuito ou a força maior não terem sido expressamente colocados como excludentes de responsabilidade, no rol do § 3º aqui transcrito, pode levar à apressada conclusão de que não exoneram a indenização. A questão não pode, porém, ser levada a esse extremo, sob pena de admitirmos o risco integral do fornecedor, que não foi intenção do legislador. Os fatos imprevisíveis obstam que se conclua pela existência de nexo causal. Essa matéria não apenas é de lógica, mas decorre do sistema de responsabilidade civil. Impõe-se, pois, que o juiz avalie no caso concreto se os danos ocorreram, ainda que parcialmente, em razão de defeito ou vício do produto ou serviço²².

Outra consumerista defensora da aplicação do caso fortuito e da força maior em relação aos acidentes de consumo é Ada Pellegrini Grinover, que nos oferece a seguinte lição, principalmente em relação ao dano decorrente da prestação de serviço, sustentando:

As eximentes do caso fortuito e força maior atuam como excludentes de responsabilidade do prestador de serviço de uma forma muito mais intensa, por isso que podem se manifestar durante ou após a prestação de utilidade ou comodidade ao consumidor²³.

20 DENARI *et al.*, 2001, p. 151.

21 DENARI *et al.*, 2001, p. 152.

22 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 228-229.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 171.

Tratando-se de responsabilidade decorrente de fornecimento de produto, Grinover ainda explana:

Quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão a defeito no produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir²⁴.

Arrematando a questão, diz a autora: “A eximente caso fortuito e força maior coloca-se no mundo fenomênico e não será nenhuma disposição normativa que irá suprimi-la do universo jurídico”²⁵.

De tudo o que foi exposto acima, podemos inferir que se o fornecedor provar que o dano ao consumidor ocorreria independentemente de qualquer circunstância derivada de seu produto ou do serviço, diante da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, não poderá ser chamado a indenizar.

No outro polo da discussão, há quem negue a aplicação dos institutos (caso fortuito e força maior), uma vez que as hipóteses de exclusão mencionadas no CDC, conforme mencionado em tópico anterior, seriam exaustivas.

Neste estudo, com o devido respeito aos estudiosos que são contrários à aplicabilidade, abordamos as vertentes sobre a questão e ao final concluímos a que melhor se enquadra. De imediato já nos filiamos àquela que admite o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor.

A doutrina contrária à aplicabilidade dos institutos do caso fortuito e da força maior nas relações de consumo define que para o ressarcimento dos danos não importa que tenha havido caso fortuito ou força maior. A *mens legis* colhida do CDC, quanto às circunstâncias exonerativas, não contempla os institutos referidos. Portanto, excludentes do dever de reparação seriam *numerus clausus* e o fornecedor não poderia livrar-se da obrigação invocando outras situações.

A imputabilidade objetiva, com escora na ação dos agentes fornecedores e na existência efetiva do defeito, espareceria o colóquio de que o defeito seria originado em caso fortuito e na força maior.

A corrente citada por último defende que a força maior e o caso fortuito não são causas de exclusão da responsabilidade objetiva prevista no CDC e apresentam argumentação, para justificar a não aplicabilidade da força maior e do caso fortuito na esfera das relações de consumo. Expõem: a responsabilidade do fornecedor funda-se na existência de um produto defeituoso; o defeito fundamenta-se em um fato necessário, “cujo efeito era impossível evitar ou impedir” (caso fortuito ou força maior). Consideram como dois os momentos da configuração do defeito: quando o defeito ocorrer antes do ingresso do produto no mercado e quando o defeito ocorrer após a entrada do produto no mercado. Na primeira proposição, tendo sido a causa gerada ou produzida antes de o produto ingressar no mercado, o agente econômico ainda teria a oportunidade de corrigir o defeito, evitando que os consumidores suportassem gravames; na segunda, se o defeito for causado após a colocação do produto na rede de

24 GRINOVER, 2001, p. 171.

25 GRINOVER, 2001, p. 171.

consumo, o fornecedor não será responsabilizado. Contudo, não pelos regramentos da força maior e do caso fortuito, mas pelo disposto no art. 12, § 3º, II, do CDC, ou seja, a inexistência do defeito. De qualquer forma, a força maior e o caso fortuito, como excludentes, não se aplicariam às relações de consumo.

Para essa corrente de pensamento, contrária ao caso fortuito e à força maior como causas excludentes, eles não fariam parte do catálogo das cláusulas exonerativas dos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, pois o rol é exaustivo. Diferentemente do que informa o CC, para os acontecimentos na órbita civilista, o CDC não traz a previsão de aplicabilidade do caso fortuito e da força maior.

Para boa parte da doutrina, a redação empregada nos textos é que o fornecedor “só não será responsabilizado quando provar” as situações descritas na Lei. Assim, afasta-se a incidência daqueles institutos.

Defende-se que, em qualquer caso de defeito do produto, antes ou depois de o fornecedor o introduzir no mercado de consumo, deverá este assumir os percalços da responsabilidade por caso fortuito e força maior. Assim, não há que se falar em causa exonerativa.

Entretanto, a tese de oposição à incidência do caso fortuito e da força maior, como causas excludentes da responsabilidade do fornecedor, não é unânime, embora o CDC não inscreva os institutos como fatores de afastamento da responsabilidade.

Diante dessa ausência de unanimidade, preferimos crer que o CDC, embora não tenha feito menção expressa, optou por não excluir o caso fortuito e a força maior, e mais, o art. 7º do estatuto consumerista optou por permitir a aplicabilidade de outras normas nos enlaces de consumo.

Desse modo, para contraditar a tese da inaplicabilidade do fortuito aos acidentes de consumo, podemos destacar que, se o fato danoso for antes ou depois da disponibilização do produto na rede de consumo, pouco importa, a ocorrência da força maior e do caso fortuito promove a ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso e, por via de consequência, exclui o dever de indenizar.

Essa conclusão nos é remetida pela doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, que primeiramente atesta a indispensabilidade do nexo de causalidade em matéria de responsabilidade civil, mesmo objetiva, e mais adiante informa que o caso fortuito e a força maior rompem o nexo de causalidade.

Dessa maneira, diante da ocorrência do caso fortuito ou da força maior, cremos que há rompimento de nexo de causalidade, com a consequente eliminação do dever de indenizar.

Atesta o mencionado doutrinador:

Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal²⁶.

Assim, é elemento fundamental à responsabilidade civil a existência de nexo de causalidade, sem o qual não há que se falar em responsabilidade, nem mesmo na forma objetiva.

Se o caso fortuito e a força maior rompem o nexo de causalidade, por que não seriam aplicáveis nas hipóteses de responsabilidade objetiva, uma vez que os institutos são seccionadores do liame causal?

Novamente a doutrina de Cavalieri Filho nos reporta a essa conclusão quando nos ensina: “O caso fortuito e a força maior excluem o nexo de causalidade por constituírem também causa estranha à conduta da aparente agente, ensejadora direta do evento”²⁷.

Se o caso fortuito e a força maior são capazes de romper o nexo de causalidade, por que não seriam aplicáveis aos defeitos e aos consequentes danos que a eles são imputáveis em caso de produtos ou prestação de serviços, excluindo o dever de indenizar?

A doutrina sustenta a inaplicabilidade do fortuito diante da situação de que deveria o fornecedor cercar-se de todos os cuidados antes de comercializar o produto ou o serviço, não o fazendo em caso de conhecimento da existência do defeito. Mas como falar em responsabilidade em casos em que o dano aconteceria independentemente de existir ou não o defeito no produto? Como responsabilizar o fornecedor por um dano que adveio de um evento necessário, imprevisto e inevitável, e que ocorreria independentemente do defeito do produto ou da prestação de serviço?

Podemos citar como exemplo um acidente automobilístico. Suponhamos que um carro possua um defeito mecânico, derivado de fabricação, capaz de causar um acidente, que ocorreu, por outra circunstância, como uma chuva inesperada que causou obstrução na visão do condutor, que no momento do acidente trafegava de acordo com as normas de segurança no trânsito. O defeito existe, mas o dano não adveio do defeito, tendo em vista a força maior, que foi a chuva. Nessa hipótese, mesmo havendo o defeito, não pode o fabricante do veículo ser chamado a indenizar.

No caso acima, nenhuma das excludentes do CDC poderia ser aplicada, nem mesmo a culpa exclusiva do consumidor, pois o acidente foi causado pela chuva, e não pela conduta do consumidor, que no momento do acidente não agiu com imprudência, imperícia ou negligência.

Muitas vezes o dano foge ao controle do fornecedor ou ao defeito do produto ou serviço.

Sendo um dos requisitos do caso fortuito e da força maior a imprevisibilidade, essa condição faz com que o fornecedor seja excluído do polo passivo da responsabilidade de indenizar. Diante da imprevisibilidade do dano, que pode surgir de uma série de fatores, confiamos que não é possível o fornecedor ser responsabilizado.

Novamente Cavalieri Filho nos oferece a sua lição:

Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação.[...].

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos diante da força maior, como o próprio nome o diz.

27 CAVALIERI FILHO, 2010, p. 91.

A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade é da força maior. Entende-se por imprevisibilidade, conforme já assinalado (item 8.8), a imprevisibilidade específica, relativa a um caso concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc., porque assim não for tudo passará a ser previsível²⁸.

Dessa forma, se a imprevisibilidade é fundamental para o reconhecimento de caso fortuito e da força maior, ela pode ocorrer antes ou depois da inserção do produto ou do serviço no mercado de consumo.

Portanto, ocorrendo o fato necessário, inevitável e imprevisível capaz de causar um dano, e, tendo esse fato sido originado independentemente do defeito do produto ou serviço, o fornecedor não poderá ser responsabilizado. Caso haja um dano e o fornecedor consiga comprovar que o nexo de causalidade entre o dano e o defeito derivou de um caso fortuito ou de força maior, não concordamos com a tese de que não excluiriam a responsabilidade do fornecedor, haja vista a total imprevisibilidade, necessariedade e inevitabilidade do evento, bem como a ocorrência do prejuízo, que adviria de uma forma ou de outra.

Se o evento é imprevisível e, portanto, inevitável, sendo desconhecido do fornecedor, não é crível que se queira chamá-lo a indenizar. Se não há possibilidade de prevenção diante da impossibilidade de previsão e desconhecendo o fornecedor a potencialidade do dano, não teria motivo para deixar de comercializar produtos e serviços e, conseqüentemente, não pode ser chamado a indenizar.

Destarte, diante da inevitabilidade do dano, bem como da imprevisibilidade oriunda do caso fortuito e da força maior, não é possível ao fornecedor ser responsável por ele. Só se pode evitar o que se pode prever. E previsível é o que tem certo grau de probabilidade segundo as regras medianas de experiência, sendo possível evitar o dano se for possível prevê-lo²⁹.

Ademais, os acidentes de consumo pressupõem um defeito no produto ou no serviço e um nexo de causa entre esse defeito e o dano. Não havendo esses requisitos, não há que se falar em responsabilidade.

No caso de defeitos de informação ou de segurança relativos aos produtos ou serviços, fica muito evidente a possibilidade de haver a incidência do caso fortuito e da força maior, uma vez que diante da imprevisibilidade não pode o fornecedor agir de maneira a informar o consumidor; e mais, não sendo conhecedor do evento danoso, fica difícil ao fornecedor atestar sobre a segurança do produto ou serviço.

Por isso, a própria Lei faculta ao fornecedor o chamamento (*recall*) dos consumidores para tentativa de solucionar possíveis defeitos.

Retomando a discussão, no contexto da doutrina do Direito comum, pelo suporte clássico, a inevitabilidade é elemento caracterizador do regime da força maior ou do caso fortuito. No âmbito do CDC, parece-nos que a presença desse requisito (inevitabilidade) é inarredável, pois, não sendo possível ao agente econômico evitar o fato extraordinário (e externo ao seu alcance), principalmente no caso de o produto já se encontrar no mercado de consumo, ele não

28 CAVALIERI FILHO, 2010, p. 91.

29 CAVALIERI FILHO, 2010, p. 60.

poderá ser responsável pela reparação do dano, desde que o defeito seja de fato impossível de ser evitado.

No nosso ângulo de apreciação do tema, não é legítimo que a responsabilidade seja conferida ao produtor ou prestador de serviços, pois o vínculo de causalidade não estaria presente no caso de o produto ou serviço apresentar defeito depois do seu ingresso na rede consumerista e não tendo esse defeito sido o causador do dano, razão suficiente para arrear a responsabilidade do fornecedor. Haveria um rompimento total de ligação entre o dano e o defeito do produto ou serviço.

Imaginemos o caso de um prestador de serviço (pessoa jurídica) que foi contratado para a reforma de uma casa e houve uma falha na execução do projeto. No decorrer do contrato, no entanto, houve uma inundação que destruiu a casa do consumidor e as demais, existentes na vizinhança. Não pode o consumidor acionar o prestador de serviços, uma vez que o dano ocorreria independentemente de sua postura, mesmo tendo existido uma falha na execução do projeto. Esse dano, mesmo em uma relação de consumo, cuja responsabilidade é objetiva, foi causado por caso fortuito ou força maior e não pôde ser evitado. Não seria legítimo o fornecedor ser responsabilizado.

Já na retomada da discussão doutrinária sobre a aplicabilidade dos institutos, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin se posiciona da seguinte forma:

A regra no nosso Direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer, que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar³⁰.

Comungamos o entendimento do consumerista acima citado, uma vez que seus argumentos são severamente poderosos para sustentar a pretensão de aplicar os institutos, sendo que podemos ainda somar outros motivos de convencimento, que já foram e ainda serão apresentados no decorrer deste tópico do trabalho, para garantir a extensão dos institutos do caso fortuito e da força maior como meios de exclusão da responsabilidade nos acidentes de consumo.

Outros autores seguem a mesma linha que Herman Benjamin, tal como James Marins:

Reconhece-se na força maior o caráter de seccionadora do nexo de causalidade, indispensável para que haja responsabilidade civil, mesmo no sistema em que se prescinde de culpa, o que a faz servir como exoneradora da responsabilidade mesmo que não prevista expressamente na lei como eximente, porque permanece válida a regra de Direito Civil que reconhece na força maior a virtude de excluir a responsabilidade aquiliana³¹.

Em suma, caso a hipótese de força maior constitua a única causa ensejadora do dano, impossibilitando o lesado de produzir qualquer prova a respeito do defeito do produto, ou, ainda que venha a demonstrá-lo, não obtém êxito na ligação de causalidade com o dano causado, não há que se falar em responsabilidade civil do fornecedor.

Parece-nos, então, em face do exposto, que o *caput* dos arts. 12 e 14 exigem, para que se possa cogitar da responsabilização do fornecedor pelo fato do produto ou serviço, apenas, que se trate de produto com defeito, e que o dano (fato do produto ou serviço) tenha decorrido

30 BENJAMIN, 1998, p. 67.

31 MARINS, 1993, p. 154.

desse defeito. Na hipótese que ora se cogita, o vício não seria descoberto, e se o fosse o dano não seria originário do defeito, mas, sim, de caso fortuito ou força maior, motivo pelo qual a responsabilidade objetiva prevista nos artigos acima estaria totalmente afastada.

Na ocorrência desse evento, não há que se falar em responsabilização, salientando-se, contudo, que sempre deve militar em desfavor do fornecedor a prova da inevitabilidade do defeito e a imprevisibilidade do fortuito causador do defeito e do dano.

A conclusão a que se chega é que força maior e o caso fortuito podem ser causas de exclusão de responsabilidade civil, não maculando o princípio da responsabilidade objetiva contido nos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

José de Aguiar Dias elucida a questão do caso fortuito e da força maior da seguinte forma:

A noção de caso fortuito ou de força maior decorre de dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento; outro externo, ou subjetivo, ausência de culpa. Adota, pois, um conceito misto e não há senão aceitar-lhe a lição, no sentido de que [...] não há acontecimentos que possam, *a priori*, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência, ou da maior previdência humana³².

Portanto, sendo inevitável o evento, estaremos diante da excludente de caso fortuito e de força maior, e, como já alçado, o Código de Defesa do Consumidor comporta em seu texto essas hipóteses de exclusão da responsabilidade.

Pode-se dizer que o caso fortuito e a força maior podem ou não ser causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, de acordo com o posicionamento que se tome sobre o assunto, mas, diante do que já foi exposto, fica muito evidente a possibilidade de aplicação dos institutos aos acidentes de consumo.

Mas, no fim das contas, rompido o nexo de causalidade, podemos defender a tese de que o caso fortuito e a força maior seriam causas excludentes de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços.

Sergio Cavalieri Filho afirma:

O caso fortuito e a força maior, por não terem sido inseridos no rol das excludentes de responsabilidade do fornecedor, são afastados por alguns autores. Entretanto, essa é uma maneira muito simplista de resolver o problema, como o é, também, aquela de dizer que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade do fornecedor porque a regra é tradicional em nosso Direito³³.

No entender de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes³⁴, a razão básica para a previsão das três excludentes expressas no Código de Defesa é a inexistência de nexo causal entre a atividade do agente econômico e o dano experimentado pelo consumidor ou equiparados, donde se conclui que, se por um lado essa é a razão que exime o dever de indenizar, por outro a mesma razão existe quando há ocorrência de caso fortuito e de força maior, pois nesse caso também se rompe o nexo causal, tendo em vista que o defeito não surgiria por causa da

32 DIAS, 1997, p. 122.

33 CAVALIERI FILHO, 2010, p. 435.

34 BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 123.

atividade do fornecedor ou um defeito do produto ou serviço por ele comercializado, de forma que outras possibilidades fáticas poderão excluir o dever de indenizar.

Na mesma linha de raciocínio encontra-se Cavalieri Filho, que conclui da seguinte forma:

O fortuito externo, em nosso entender verdadeira força maior, não guarda nenhuma relação com o produto, nem com o serviço, sendo, pois, imperioso admiti-lo como excludente da responsabilidade do fornecedor, sob pena de lhe impor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, da qual o Código não cogitou³⁵.

Por tudo o que foi exposto, o que se pode concluir é que não se pretende a eliminação da responsabilidade objetiva, mas apenas torná-la mais legítima, transformando o risco inerente às atividades a que essa forma de responsabilidade é aplicável em um risco razoável, e não em um risco integral, gerando uma responsabilidade sem limites.

4. CONCLUSÃO

Em sede de conclusão e com supedâneo em todo material acima trazido, podemos concluir que o caso fortuito e a força maior são causas capazes de excluir a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços, uma vez que rompem o nexo de causalidade entre o fato oriundo de defeito e o dano.

A relação de causalidade deve ser entendida como o liame que se estabelece entre o comportamento e fato do ofensor e o dano. Podemos, assim, abstrair que, sendo esse liame derivado de um evento para o qual o fornecedor não contribuiu, deverá sua responsabilidade ser elidida, principalmente considerando que sem esse evento o prejuízo não teria existido.

O caso fortuito e a força maior são capazes de romper o liame entre o defeito do produto ou serviço e o dano, de modo a fazer com que a responsabilidade pelo prejuízo seja totalmente eliminada, ainda que não haja previsão expressa dessa possibilidade de exclusão no CDC.

Portanto, manifestando o caso fortuito ou a força maior antes ou após a introdução do produto ou serviço no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao dano.

Diante disso, não há qualquer cabimento aludir ao defeito do produto ou serviço imputável ao fornecedor para fins de pleito de indenização no âmbito da reparação civil, uma vez que o acontecimento causador do dano, na maioria das vezes imprevisível/inevitável, cria obstáculo intransponível para a vontade do fornecedor de suprir.

No caso, o dano sendo acarretado por fato totalmente alheio ao defeito do produto ou serviço ou à conduta do fornecedor, que de forma diligente comercializou o produto ou serviço e se cercou de todos os cuidados necessários à comercialização do bem sem qualquer vício, está afastada a hipótese de se indenizar.

35 CAVALIERI FILHO, 2010, p. 436.

Podemos reconhecer no caso fortuito e na força maior uma hipótese seccionadora do nexo de causalidade, indispensável para que haja responsabilidade civil, mesmo em sistemas como o CDC, que prescinde da culpa, aplicando a responsabilidade objetiva.

Sendo o fortuito a única causa do dano, de modo que o fornecedor possa comprovar o defeito derivado desse evento, não há que se falar em responsabilidade civil.

Ante o que discutimos, deve o fornecedor diligenciar no sentido de cercar-se de cuidados antes de colocar no mercado produtos ou serviços sem defeito, pois, agindo de forma contrária, posteriormente não poderá invocar o caso fortuito ou a força maior para eximir-se de responsabilidade, uma vez que sabedor do defeito ou tendo condições de apurá-lo antes da comercialização, não o fez, e nesse caso deve ser responsabilizado.

Elevando a conclusão para uma visão mais civilista, podemos dizer que o caso fortuito e a força maior são aplicáveis a todas as obrigações contratuais ou extracontratuais, beneficiando tanto consumidores quanto fornecedores. Por ser regra geral, apenas podem as hipóteses de caso fortuito ou força maior ser afastadas por norma específica e expressa, o que não ocorre no âmbito do CDC, que se omite diante das excludentes de caso fortuito e força maior, e mais, admite, em seu art. 7º, a possibilidade de aplicação de outras normas nos enlaces de consumo. Não é possível extrair dos princípios tuteladores do consumidor a inaplicabilidade do fortuito às relações de consumo.

Ao enumerar as causas excludentes de responsabilidade, a Lei n. 8.078/90 não afastou a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços por motivo de força maior ou caso fortuito.

Merece ressalva a observação acima: o caso fortuito e a força maior, para servirem de excludentes de responsabilidade, devem ter origem estranha à atividade do fornecedor, de modo que seja impossível evitar o defeito causador do dano.

Tratando-se de relação de consumo, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90), deve o fornecedor demonstrar que os danos derivados do vício do produto ou do serviço foram originários de caso fortuito ou força maior, sem qualquer relação com sua atividade regular, bem como deve o fornecedor demonstrar que, dado o fortuito, os danos ocorreriam de uma forma ou de outra.

Diante do exposto, concluímos que servem o caso fortuito e a força maior como eventos capazes de causar defeitos geradores de danos ao consumidor, sem que tenha havido a vontade direta ou indireta do fornecedor de produtos ou serviços, uma vez que derivam de condição inevitável e imprevisível. Tais danos não devem ser indenizados, dada a aplicabilidade direta dos institutos como formas de exclusão de responsabilidade, mesmo na seara consumerista.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.
- BONATTO, C.; MORAES, P. V. D. P. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BRASIL. *Código civil*. 2. ed. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 12 set. 1990. Retificado no *Diário Oficial da União*, 10 jan. 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 12 fev. 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DENARI, Zelmo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense, 2001.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

O CONTRATO DE DOMINAÇÃO

THE DOMINATION CONTRACT

CHARLES W. MILLS¹

RESUMO

Para abordar a história de subordinação racial e de gênero, é necessário repensar como fazemos teoria política. Assim, o objetivo consiste em uma análise da tradição revisionista do contrato e de sua transformação em uma teorização da justiça racial e de gênero. Meu argumento é de que o conceito de “contrato de dominação” pode ser empregado de forma produtiva para superarmos os descaminhos dos pressupostos gerais da teoria hegemônica do contrato social e, assim, termos melhores condições de lidar com as questões prementes de uma teoria “não ideal” que, longe de ser marginal, de fato determina o destino da *maioria* da população. É revolucionário o entendimento que considera que a assertiva mais significativa da teoria do contrato social seja a de que a sociedade política é um construto humano, e não um desenvolvimento orgânico. Argumento que essa significância revolucionária ainda não foi valorizada e explorada em sua plenitude. Entendendo até onde vai a “construção”, podemos reconhecer que esse discernimento também se aplica a gênero e à raça. Quando se reconhece quão proteano o contrato historicamente tem se apresentado e quão fundamental do ponto de vista político é sua visão da criação humana de sociedade e de nós mesmos como seres sociais, consegue-se compreender que seu emprego conservador é resultado não de seus aspectos intrínsecos, mas do seu uso por um grupo privilegiado de homens brancos hegemônico na teoria política que tem tido nenhuma motivação para extrapolar a sua lógica.

Palavras-chave: Contrato de dominação. Contrato hegemônico. Contrato social.

ABSTRACT

In order to discuss the history of racial and gender subordination, one needs to rethink how we do political theory. So the purpose is to conduct a review of the contract's revisionist tradition and turn it to the theorization of gender and racial justice. My claim will be that the concept of a “domination contract” can be fruitfully employed to overturn the misleading framework of assumptions of mainstream social contract theory, thereby better positioning us to tackle the pressing issues of “nonideal theory” that, far from being marginal, in fact determine the fate of the majority of the population. The understanding that the most significant claim of social contract theory is that political society is a human construct and not an organic growth is indeed revolutionary. I argue that indeed its full revolutionary significance has yet to be fully appreciated and exploited. For once we understand how far the “construction” extends, we will recognize that it can be shown to apply to gender and race also. Once one recognizes how protean the contract has historically been, and how politically pivotal is its insight of the human creation of society and of ourselves as social beings, one should be able to appreciate that its conservative deployment is a result not of its intrinsic features, but of its use by a privileged white male group hegemonic in political theory who have had no motivation to extrapolate its logic.

Keywords: Domination contract. Hegemonic contract. Social contract.

¹ Professor de Filosofia Moral e Intelectual do Departamento de Filosofia da Northwestern University, Illinois, Estados Unidos. O professor Mills trabalha na área geral de teoria política de oposição e é autor de inúmeros artigos de jornais, capítulos de livros e autor de cinco livros: *The racial contract* (1997); *Blackness visible: essays on philosophy and race* (1998); *From class to race: essays in white marxism and black radicalism* (2003); *Contract and domination* – com Carole Pateman (2007); e *Radical theory, caribbean reality: race, class and social domination* (2010). Atualmente, está trabalhando em um livro que reúne seus artigos mais recentes.

1. INTRODUÇÃO

O contrato sexual, de Carole Pateman², tornou-se um texto clássico da segunda onda feminista e é ampla e merecidamente reconhecido como uma das maiores provocações dos últimos 25 anos aos modelos e pressupostos da teoria política de orientação masculina. Sua influência não é restrita apenas a questões de gênero, haja vista que serviu de inspiração para o meu próprio livro, *The racial contract* [*O contrato racial*]³, o qual também logrou considerável sucesso em uma área afim – e quiçá consolidada –, a dos estudos de raça. O impacto de ambos os livros, obviamente, origina-se, em parte, da recusa de ambos ao isolamento em guetos teóricos de base respectivamente “rosa” e “negra” para um confronto conceitual a um aparato intelectual, uma teoria do contrato social (do homem branco), que historicamente tem servido de base para a tradição política ocidental e que impressionantemente tem sido retomada nas últimas quatro décadas como resultado de *Uma teoria da justiça*, de John Rawls, publicada em 1971⁴. Pateman⁵ e eu estamos dizendo que, para abordar a história de subordinação racial e de gênero, é necessário repensar como fazemos teoria política e que isso não pode ser uma questão de algumas mudanças pontuais, em geral superficiais – algumas poucas “elas” espalhadas onde antes havia somente “eles”, uma condenação *pro forma* (quando muito) do racismo dos teóricos iluministas –, que levam a sociedade a continuar praticamente como era antes. Assim, o objetivo consiste em uma revisitação da tradição – revisitação que nós dois gostaríamos que fosse aceita e incorporada pela maioria masculina branca dos profissionais da área em seus próprios trabalhos.

Mas qual é a natureza específica desse desafio para a teoria do contrato social em geral e para a teoria normativa rawlsiana em particular? Afinal, Pateman é geralmente representada como bastante hostil ao projeto de se tentar resgatar o contrato para fins positivos. Neste e no próximo capítulo, argumento a favor de uma generalização da versão revisionista do contrato e de sua transformação em uma teorização da justiça racial e de gênero. Meu argumento é de que o conceito de “contrato de dominação” pode ser empregado de forma produtiva para superarmos os descaminhos dos pressupostos gerais da teoria hegemônica do contrato social e, assim, termos melhores condições de lidar com as questões prementes de uma teoria “não ideal” que, longe de ser marginal, de fato determina o destino da *maioria* da população.

2. A CARACTERÍSTICA PROTEANA DO “CONTRATO”

Começo – seguindo a tradição lockeniana da filosofia analítica de se fazer o “trabalho braçal” preliminar – com algumas distinções preliminares para fins de esclarecimentos, pois, se o livro de Pateman tem sido interpretado das formas mais diversas e contraditórias, como ele de fato o é, essa variedade interpretativa está em boa medida atrelada ao território conceitual. Há pelo menos três grandes fontes para as ambiguidades no contrato revisionista de

2 Cf. PATEMAN, Carole. *The sexual contract*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1988.

3 Cf. MILLS, Charles W. *The racial contract*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1997.

4 Cf. RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

5 PATEMAN, 1988.

Pateman: uma endêmica à literatura em geral, se não apenas à própria variedade hegemônica; uma distintamente emergente do uso não hegemônico, radical e incomum que a autora faz da ideia; e uma gerada por divergências na terminologia.

O problema geral é a extraordinária quantidade de formas pelas quais a ideia de “contrato” tem sido historicamente empregada, ironicamente – ou mais uma vez, absolutamente em nada ironicamente – atrelada ao fato de que, na maioria dos casos, essa ideia na verdade não serve a propósito algum, constituindo, com efeito, algo inútil, parte dispensável do argumento. (Com apenas uma leve “pitada” de exagero, poder-se-ia anedoticamente afirmar que, na longa história da teoria do contrato social, são poucos os verdadeiros teóricos do contrato social que podem ser encontrados.)

Para começar, existe a noção do contrato como algo que, em certo sentido descritivo/fatual, seja de forma mais ou menos diluída. Por exemplo, ter-se-iam: o contrato como sociologia ou antropologia, fornecendo-nos um relato literal do que de fato aconteceu; ou, de forma mais diluída, o contrato como uma reconstrução hipotética plausível do que poderia ter ocorrido; ou, de forma ainda mais diluída, o contrato como uma forma útil para se pensar sobre o que aconteceu – o contrato “hipotético” –, embora saibamos perfeitamente bem que o ocorrido não se deu dessa forma. Ainda considerando esse sentido “descritivo”, seja sob uma concepção mais rígida, seja sob uma concepção mais diluída, há diferenças adicionais (transversais àquelas já apontadas) relativas, por assim dizer, ao objeto do contrato. Cabe ao contrato criar a sociedade, ou o estado, ou ambos? E, para introduzir complicações adicionais a essas categorias, seria a sociedade um aglomerado de indivíduos ou uma comunidade coletiva transformada e, ainda, seriam os direitos alienados ao estado ou meramente delegados a ele? Existe, ao cabo, o contrato como algo normativo – por exemplo, o contrato como o resultado de um acordo de negociação coletiva que dá vida à moral como um conjunto convencionado de princípios; ou o contrato como um modo de elucidar e codificar princípios morais preexistentes e objetivos, sejam eles fundados no direito natural ou nos interesses humanos; ou o contrato como um experimento mental, um dispositivo para gerar percepções morais sobre justiça mediante a estratégia de combinar prudência nas motivações com ignorância no que diz respeito às características básicas do “eu”.

Portanto, o conceito tem sido aplicado de formas radicalmente distintas – o contrato como um dispositivo de representação literal, metafórico, histórico, hipotético, descritivo, prescritivo, discreto, moral, constitucional, civil, de ideal de regulação. Não se admira que, como concluem David Boucher em um panorama introdutório da teoria do contrato social: “Observa-se que a ideia do contrato social, quando examinada atentamente, apresenta muito poucas implicações, sendo empregada para todos os tipos de motivações e gerando conclusões bastante contrárias umas às outras”⁶. Ou, como afirma Will Kymlicka, “em certo sentido, não há uma tradição do contrato social no âmbito da ética, apenas um *dispositivo* contratual que muitas tradições distintas têm utilizado por razões as mais diversas”⁷.

Como se não bastasse essa miríade desnorteadora de distinções, uma complicação adicional é o fato de que o uso peculiar que Pateman faz da ideia de contrato retoma uma corrente

6 BOUCHER, David. The social contract and its critics: an overview. In: _____. KELLY, Paul. (Ed.). *The social contract from Hobbes to Rawls*. New York: Routledge, 1994b.

7 KYMLICKA, Will. The social contract tradition. In: SINGER, Peter (Ed.). *A companion to ethics*. Cambridge, MA: Blackwell Reference, 1991. p. 191.

da tradição do contrato social que tem sido tão marginalizada e ignorada que nem sequer recebeu nome próprio na literatura secundária: aquela corrente a que eu em outras publicações atribuí a denominação de “contrato de dominação”⁸. Embora a própria Pateman não estabeleça explicitamente a associação em *The sexual contract* e embora eu nunca os tenha visto associados em discussões sobre o trabalho de Pateman, pode-se argumentar que o “contrato sexual” desenvolve uma ideia cujo núcleo, na verdade, pode ser encontrado no “contrato de classe” apontado por Rousseau em sua obra de 1755, intitulada *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*⁹. Sete anos após a publicação de *Do contrato social*, Rousseau, em seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, condena e se dispõe a explicar as *não naturais* desigualdades “políticas” da sociedade de classes, as quais são resultado de “um tipo de convenção” e consistem “nos diferentes privilégios de que alguns gozam em detrimento dos outros, sendo aqueles, por exemplo, mais abastados, mais honrados, mais poderosos do que estes”¹⁰. O filósofo apresentou uma história “hipotética e condicional”¹¹ do progresso no estado de natureza, o qual acabou levando ao desenvolvimento da sociedade nascente, à propriedade privada, às divisões cada vez maiores entre ricos e pobres, bem como ao estado de guerra. Na reconstrução de Rousseau, os ricos, temerosos dessa ameaça à sua propriedade e segurança, prometeram aos pobres novas instituições sociais que aparentemente estabeleceriam justiça, paz e regras sociais imparciais para benefício mútuo de todos. Contudo, na realidade, essas instituições irreversivelmente destruíram a liberdade natural, fixaram para sempre o Direito de propriedade e desigualdade, transformaram uma artificiosa usurpação em um direito irrevogável e, para o lucro de alguns poucos homens ambiciosos, subjugaram desde então toda a humanidade ao trabalho, à servidão e à miséria¹².

O contrato de Rousseau é, portanto, fraudulento, contrato como estratagema – nas palavras de Patrick Riley, “uma espécie de artimanha dos ricos”¹³. Em sua contundente desmistificação das ilusões consensuais da teoria hegemônica do contrato social, o contrato de Rousseau antecipa em um século a crítica de Marx ao liberalismo supostamente igualitário que, na verdade, constituiria uma máscara encobrindo o poder diferencial de uma classe capitalista dominante. O *Contrato social*, escrito mais tarde, em 1962, obviamente, continuaria delineando um contrato ideal que prescreveria como a sociedade *deveria* ser fundada e que tipos de instituições seriam, através da “vontade geral”, necessárias para se alcançar o igualitarismo político genuíno. Porém, em *Discourse on inequality*, de 1754, Rousseau descreve, ainda que apenas em um sentido “hipotético e condicional”¹⁴, o que pode *de fato* ter acontecido.

O ponto é, portanto, que existe um claro precedente na tradição ocidental do contrato social para a ideia de um contrato manipulador excludente empregado pelos poderosos para subordinar outros na sociedade sob o pretexto de incluí-los como iguais. Porém, seja por causa

8 MILLS, Charles W. Race and the social contract tradition. *Social Identities: journal for the study of race, nation and culture*, v. 6, n. 4, p. 441-462, 2000.

9 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discourse on the origin and the foundations of inequality among men, or second discourse. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The discourses and other early political writings*. Edição, tradução e transcrição de Victor Gourevitch. New York: Cambridge University Press, 1997a.

10 ROUSSEAU, 1997a, p. 131.

11 ROUSSEAU, 1997a, p. 132.

12 ROUSSEAU, 1997a, p. 173.

13 RILEY, Patrick. Introduction: life and works of Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). In: _____. (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001b, p. 4.

14 ROUSSEAU, 1997a, p. 131.

do radicalismo inaceitável da ideia, seja por causa da sua incongruência extrema com a concepção hegemônica (para a qual, em todas as variações supracitadas, uma consensualidade legitimadora é o fator comum fundamental), seja por causa da brevidade da sua abordagem, o primeiro contrato de Rousseau dificilmente é discutido na literatura secundária, tanto na teoria do contrato social em geral como nos estudos baseados em Rousseau em particular. A título de exemplo, não há menção a esse contrato nem na antologia sobre a teoria do contrato social de David Boucher e Paul Kelly¹⁵, nem na antologia de Christopher Morris¹⁶, nem na antologia de Stephen Darwall¹⁷, nem em três ensaios integrantes de compêndios envolvendo a temática¹⁸. Até mesmo em o *The Cambridge companion to Rousseau*, Riley¹⁹ dedica apenas alguns poucos parágrafos a esse contrato – nem sequer um ensaio completo ou ao menos uma subseção de um ensaio.

Então, dada a ausência de uma análise bem desenvolvida na literatura, talvez seja menos surpreendente que as características distintas do “contrato” de Pateman não tenham sido reconhecidas como homólogas às do contrato de Rousseau, independentemente de Pateman ter focado o gênero, e não a classe. Em *The problem of political obligation*, cujo subtítulo é “A critical analysis of liberal theory”, Pateman²⁰ apresenta uma discussão detalhada – na verdade uma das mais detalhadas na literatura secundária – desse contrato “fraudulento”, que “não tem base na ‘natureza’”, mas, sim, em “uma forma particular de desenvolvimento social”: “É um contrato que dá ‘tudo para uma das partes’ e se baseia na desigualdade; sua função é manter e fomentar essa desigualdade a partir da legitimação da regulação política pelo estado liberal”²¹. O seu “contrato sexual” posterior, de 1988, pode ser visto como extrapolando essa desmistificação do contrato para a análise das relações de gênero, embora, como já disse, ela própria, nesse livro de 1988, não as se vincule explicitamente à ideia de contrato social de Rousseau. De qualquer forma, gostaria de sugerir que reconheçamos formalmente essa vinculação como uma estratégia para teorizar a dominação pelo referencial do contrato social, uma vez que, como argumento a seguir, essa teoria nos dá um ponto de entrada conceitual para introduzir as questões da teoria política democrática radical em um sistema hegemônico. E como o ato formal de denominar uma entidade ajuda a torná-la real para nós, incorporando-a em nosso universo discursivo, sugiro, como já proposto em Mills²², que a denominemos de “contrato de dominação”.

Por fim, o terceiro fator que explica as ambiguidades na posição de Pateman é de ordem terminológica. O “contratualismo hobbesiano” geralmente é considerado, na teoria política, como coexistente com a teoria do contrato social em geral e, como tal, como um termo bastante abrangente que inclui diversas variantes diferentes entre si (como mostrado anterior-

15 Cf. BOUCHER; KELLY, 1994a.

16 Cf. MORRIS, Christopher. (Ed.). *The social contract theorists: critical essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999b.

17 Cf. DARWALL, Stephen. (Ed.). *Contractarianism/Contractualism*. Malden, MA: Blackwell, 2003.

18 Cf. LASLETT, Peter. Social contract. In: EDWARDS, Paul. (Ed.). *The encyclopedia of philosophy*. New York: Macmillan Publishing Co.; The Free Press, 1967. v. 7; KYMLICKA, 1991; HAMPTON, Jean. Contract and consent. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas. (Ed.). *A companion to contemporary political philosophy* [1993]. 2 v. Cambridge, MA: Blackwell Reference, 2007.

19 RILEY, Patrick (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001a.

20 Cf. PATEMAN, Carole. *The problem of political obligation: a critical analysis of liberal theory*. Cambridge: Polity Press, 1979.

21 PATEMAN, 1979, p. 148, 150.

22 Cf. MILLS, 2000.

mente). Em particular, como apontam Will Kymlicka²³ Jean Hampton²⁴ em ensaios sobre o assunto, a variedade hobbesiana da teoria do contrato, que deduz a moral a partir da prudência com vistas a um conjunto convencionado de regras para coordenar o avanço restrito de nossos interesses em uma estrutura social, é radicalmente distinta, em seus pressupostos básicos, da variedade kantiana, para a qual o contrato é meramente um ideal regulador e a moral é inerente ao imperativo categórico e objetivo de respeito à individualidade do outro. O primeiro tipo leva ao trabalho de David Gauthier²⁵, *Morals by agreement*, e o segundo leva ao trabalho de John Rawls (1971)²⁶, *A theory of justice*, dois livros obviamente bastante diferentes em suas prescrições de justiça social, muito embora tenham o contrato como identidade comum. Por essa razão, alguns filósofos políticos e estudiosos da ética, como T. M. Scanlon e Stephen Darwall acreditam que a distinção é tão contundente que precisa ser explicitada em nossa terminologia e diferenciam, portanto, entre *contractarianism* (o uso hobbesiano da ideia de contrato) e *contractualism* (o uso kantiano da ideia de contrato)²⁷. Nesse vocabulário, Gauthier²⁸ seria “contractarian” (contratualista hobbesiano), mas Rawls²⁹ seria “contractualist” (contratualista kantiano).

Pateman, nas páginas de abertura de *The sexual contract*³⁰ (1988) menciona em termos gerais a “teoria do contrato”. No entanto, a autora está usando o termo em sentido restrito, uma vez que ela especifica que a “propriedade” é fundamental para seu argumento, embora não se trate da “propriedade no sentido com que o termo geralmente entra nas discussões da teoria de contrato” – propriedade que diz respeito a bens materiais e liberdade civil. Pelo contrário, “o aspecto de todos os contratos com o qual [ela está] preocupada é um tipo muito especial de propriedade, a propriedade que se considera que todos os indivíduos tenham em suas próprias pessoas”³¹. Ela diz ainda:

Referir-me-ei à [forma mais radical da doutrina do contrato] que tem sua expressão clássica na teoria de Hobbes, como *contractarian theory* [teoria contratualista de base hobbesiana] ou *contractarianism* [contratualismo hobbesiano] (nos Estados Unidos ela geralmente é chamada de libertarismo...) [...] Para os contratualistas hobbesianos contemporâneos [...] as relações e a vida social não só originam de um contrato social, mas são vistas, com propriedade, como uma série infinita de contratos discretos[...]. Do ponto de vista do contrato, na vida social há contratos o tempo todo³².

Quando Pateman usa o termo *contractarism*, portanto, é realmente esse entendimento restrito de contrato (hobbesiano/ libertário) que ela tem em mente, envolvendo contratos que existem na vida social “o tempo todo”, e não uma teoria do contrato social em geral. Obviamente essa não seria uma caracterização acertada da teoria do contrato kantiana, para a qual a vontade é determinada não por uma disposição subjetiva verificada “o tempo todo”, mas, sim, por

23 Cf. KYMLICKA, 1991.

24 Cf. HAMPTON, Jean. Feminist contractarianism. In: ANTONY, Louise M.; WITT, Charlotte E. (Ed.). *A mind of one's own: feminist essays on reason and objectivity*. Boulder, CO: Westview Press, 2001; HAMPTON, 2007.

25 GAUTHIER, David P. *Morals by Agreement*. New York: Clarendon Press, 1986.

26 Cf. RAWLS, 1971.

27 Cf. DARWALL, 2003.

28 Cf. GAUTHIER, 1986.

29 Cf. RAWLS, 1971.

30 Cf. PATEMAN, 1988.

31 PATEMAN, 1988, p. 5.

32 PATEMAN, 1988, p. 14-15.

uma lei moral universal objetiva. Para Kant³³, o fundamento normativo da interação social é o imperativo categórico deve ser o respeito pelos outros como fim em si mesmo. Então, quando Pateman escreve que, na teoria do contrato, a “liberdade universal” é sempre uma “ficção política”, uma vez que “o contrato sempre gera direito político na forma de relações de dominação e subordinação”³⁴, deve-se ter em mente que sua referência implícita é primordialmente ao contrato no sentido técnico específico que ela estipulara. Considerando, porém, o que vários teóricos têm visto como as diferenças fundamentais entre os dois tipos de contrato, pode-se dizer que a extrapolação da crítica de Pateman para a versão kantiana não é simples. Sigo, portanto, com base no pressuposto de que a própria afirmação de forte impacto encontrada na sobrecapa de *The sexual contract* – “Um dos principais públicos deste livro corresponde àqueles que tentam dar à teoria contratualista de base hobbesiana um uso liberal, e uma das principais teses do livro é que isso não é possível” – é errônea enquanto caracterização geral da teoria do contrato, e tentarei demonstrar exatamente o oposto: a teoria do contrato social, incluindo o contrato sexual de Pateman, *pode*, sim, servir ao uso liberal.

3. HAMPTON, PATEMAN E OKIN: POR UMA SÍNTESE TEÓRICA

Defendo aqui uma versão do contrato sexual que não prescinde do uso da teoria do contrato para tratar de questões de justiça de gênero e que pode ser vista como uma instanciiação particular do contrato de dominação. Como duas das defensoras feministas mais proeminentes da teoria do contrato social foram Jean Hampton e Susan Moller Okin, ambas em seus últimos trabalhos³⁵, tentarei mostrar que, com as devidas alterações, o contrato sexual de Pateman não está de forma alguma em necessária oposição teórica às perspectivas das duas primeiras como se supõe convencionalmente. Com efeito, argumento que se pode pensar o contrato sexual de Pateman como um *complemento* às ideias das duas outras feministas e deve, na verdade, ser sintetizado com estas para gerar uma teoria feminista do contrato que é ainda mais poderosa *precisamente* por esse reconhecimento da restrição patriarcal histórica (e contínua) dos termos do contrato.

Começemos por Jean Hampton. Em seus ensaios sobre o contrato, Hampton³⁶ apresenta um argumento fundamental que nos será útil para o desenvolvimento da ideia de contrato de dominação. Ela lembra que, diferentemente do contrato rawlsiano contemporâneo, que é meramente um experimento mental normativo, pelo menos alguns dos teóricos contratuais clássicos (embora não Kant) “tentaram simultaneamente descrever a natureza das sociedades políticas e prescrever uma forma nova e mais defensável para essas sociedades”³⁷. Em outras palavras, para esses teóricos, o contrato era tanto descritivo como prescritivo.

33 KANT, Immanuel. 2003, p. 65.

34 Cf. PATEMAN, 1988, p. 8.

35 Cf. HAMPTON, 2007; OKIN, Susan Moller. Feminism, the individual, and contract theory. *Ethics*, v. 100, n. 3, p. 658-669, 1990.

36 Cf. HAMPTON, Jean. The contractarian explanation of the state. In: FRENCH, Peter A.; UEHLING JR., Theodore E.; WETTSTEIN, Howard K. (Ed.). *Midwest studies in philosophy: the philosophy of the human sciences*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1990; HAMPTON, 2001; HAMPTON, 2007.

37 HAMPTON, 2007, p. 481.

Hampton acredita que – com as devidas atenuações – esse lado descritivo do contrato deveria ser retomado. A razão é que, uma vez que percebemos que o contrato é basicamente uma questão “simbólica”, uma “imagem”, devemos reconhecer que ele não é vulnerável às objeções padrão dos literalistas (por exemplo, a de que de fato nunca foi feita uma promessa de apoio às estruturas governamentais), uma vez que o contrato está, em sua essência, apenas expressando a ideia de que “as sociedades políticas autoritárias são criações humanas”, “geradas convencionalmente”³⁸.

A primeira grande virtude da teoria do contrato para Hampton é sua apreensão da fundamental verdade fatural/ descritiva de que a sociedade e o Estado são feitos pelo homem – e não desenvolvimentos orgânicos “naturais” ou o produto da criação divina. Esse discernimento é, sem sombra de dúvida, caracteristicamente moderno, demarcando o universo conceitual do período moderno em relação àquele da antiguidade e da Idade Média. Nesse sentido, podemos pensar na famosa caracterização antiaristotélica que Hobbes³⁹ faz do Estado ou coisa pública (*Commonwealth*) como “um homem artificial, embora de estatura e força maior que o homem natural”. A pólis não é natural, mas, sim, construída, artificial. Similarmente, analistas contemporâneos, como Michael Walzer, sugerem: “Talvez a assertiva mais significativa da teoria do contrato social seja a de que a sociedade política é um construto humano [...], e não um desenvolvimento orgânico”⁴⁰. Por mais banal que essa assertiva possa parecer hoje, esse discernimento foi revolucionário no seu próprio tempo e argumento a seguir que, de fato, sua significância revolucionária ainda não foi valorizada e explorada em sua plenitude. Entendendo até onde vai a “construção”, podemos reconhecer que esse discernimento também se aplica ao gênero e à raça.

A segunda verdade importante apreendida pela teoria do contrato é, obviamente, aquela que o contrato contemporâneo *de fato* enfoca: a igualdade moral das partes contratantes e as implicações normativas para as estruturas sociopolíticas. Aqui Hobbes não é a figura representativa mais adequada, uma vez que, como já observado neste texto⁴¹, o padrão é os analistas diferenciarem entre o contrato hobbesiano e o contrato kantiano. O primeiro está enraizado na igualdade física e mental (em vez de moral) dos contratantes no estado de natureza e leva à prudência racional, em vez de a uma consideração altruísta pelos outros *per se*, como seres que têm valor moral intrínseco, o que associamos com o segundo, o de Kant. Portanto, na versão contemporânea mais famosa do contrato moral, o experimento mental de John Rawls é usado para determinar quais são “os “princípios que pessoas livres e racionais preocupadas em promover seus próprios interesses aceitariam em uma posição inicial de igualdade para determinar os termos fundamentais da associação entre elas”⁴², esse cenário não é configurado para ser um processo de negociação, mas, sim, pelo véu da ignorância, a modelagem de uma consideração imparcial pelo outro (*imparcial other-regardingness*).

Provavelmente já fica claro agora que, nesse sentido fraco e mínimo – o de contrato reservado à sociedade como sendo um construto humano criado por contratantes moralmente iguais, a cujos interesses devem ser dados pesos iguais nas instituições sociopolíticas assim

38 HAMPTON, 2007, p. 478, 481-482.

39 HOBBS, Thomas. *Leviathan* [1991]. Editado por Richard Tuck. New York: Cambridge University Press 1996. p. 9.

40 Cf. WALZER, Michael. Contract social. In: HONDERICH, Ted. (Ed.). *The Oxford companion to philosophy*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 164.

41 Cf. KMLICKA, 1991; HAMPTON, 2001; HAMPTON, 2007; DARWALL, 2003.

42 RAWLS, 1971, p. 11.

estabelecidas –, não há coisa alguma que as pessoas, incluindo aquelas que desejam teorizar a subordinação racial e de gênero, possam encontrar e considerar objetável na teoria do contrato social. Certamente, não é o caso que os teóricos dos estudos feministas e de raça querem argumentar, pelo contrário, que as instituições sociopolíticas são naturais, em vez de criadas pelo homem ou que alguns homens são moralmente superiores a outros. Nesse nível altamente abstrato de caracterização, a teoria do contrato social é incontestada.

O problema realmente está intrínseco, eu sugiro, nos pressupostos que começam a ser incorporados, na infraestrutura conceitual que começa a ser estabelecida, em um nível *menor* de abstração, e nas formas como, seja explícita ou tacitamente, eles corrompem a precisão do levantamento descritivo, ofuscam realidades sociais básicas, incorporam certas divisões conceituais tendenciosas (e.g., o modo como é representada a distinção público/privado) e, assim, minam o potencial igualitário normativo e transformativo do sistema. Assim, argumento que nossa atenção crítica deve realmente ser direcionada a esses pressupostos adicionais “mais densos” que dão forma ao conceito, em vez da “tênue” ideia do contrato propriamente dito (no sentido minimalista esboçado acima).

Começemos pelo lado fatural/descritivo. Embora seja verdade que a sociedade e o Estado são criações humanas, é obviamente falso que, como a teoria hegemônica do contrato classicamente sugere, todos os seres humanos (adultos) são contratantes iguais, contribuem causalmente da mesma forma para esse processo de criação e livremente dão consentimento esclarecido para as estruturas e instituições assim estabelecidas. O repúdio a essa ideia foi, obviamente, o cerne da crítica de Rousseau em sua descrição do “contrato de classe”. Os ricos têm mais poder que os pobres e manipulam o restante da população a aceitar arranjos sociopolíticos aos quais estes jamais assentiriam caso estivessem cientes de suas reais consequências. Nesse contexto, a igualdade humana do estado de natureza se torna a não natural desigualdade “política” de uma sociedade de classes regulada pelos ricos; todavia, esse Estado plutocrático não deve ser pensado como o resultado de uma escolha livre e esclarecida entre indivíduos simetricamente posicionados. Pelo contrário, esse Estado é o resultado da colusão de *um grupo social* com influência muito maior que a da própria agenda de interesses individualistas. Os reais “contratantes” (no sentido de aqueles que estão controlando as coisas e sabem o que está acontecendo) são os ricos. De modo similar, no contrato sexual de Pateman e no meu contrato racial, homens e brancos, por meio de um misto de força e ideologia, subordinam mulheres e pessoas de cor sob a égide de um contrato supostamente consensual. Os últimos são as vítimas, os objetos, do “contrato” resultante, em vez de sujeitos, partes livremente contratantes, e são oprimidos pelas instituições sociopolíticas decorrentes.

Observe-se que não há inconsistência alguma em apontar esses fatos geralmente não admitidos de subordinação racial, de classe e de gênero e vincular-se à noção “fraca” (potencialmente delimitadora) de contrato como uma sociedade e um Estado criados pelo homem. A teoria do contrato, nesse sentido minimalista, não é refutada pela história real da opressão social e exclusão política, uma vez que ainda é verdade que são seres humanos (embora um subconjunto em particular) que estão sendo responsáveis por essa história. O problema é que os *reais* “contratos” e seus agentes têm sido bastante diferentes da forma como têm sido representados na literatura hegemônica. Mas longe de os subordinados serem incentivados a *negar* o papel da agência humana na criação do Estado resultante, certamente essa é mais uma razão para que queiram aceitar esse papel – na verdade, insistir nele. A sociedade de clas-

ses, o patriarcado e a supremacia vêm a existir não “de forma natural”, mas como resultado da causalidade humana coletiva – na qual, contudo, alguns seres humanos têm papel causal muito maior que outros e, subsequentemente, beneficiam-se muito mais das instituições socio-políticas e econômicas assim estabelecidas. O contrato social em seu disfarce como contrato de dominação apreende essas realidades “descritivas” fundamentais, ao mesmo tempo que, enfatizando sua gênese “artificial”, as faz ultrapassar a fronteira conceitual do domínio do natural para o domínio do político. A sociedade de classes, o patriarcado e a supremacia branca são, por si sós, “não naturais” e são tão “políticos” e opressivos como a regra (formal e claramente política) absolutista do homem branco (por exemplo, como defende Sir Robert Filmer⁴³), baseada na hierarquia masculina branca e na desigualdade moral, que é o alvo exclusivo dos teóricos contratuais hegemônicos e cuja abolição é prescrita pelo sistema do contrato social.

Passemos agora ao lado normativo/prescritivo. O problema, obviamente, não é que o igualitarismo moral entre os seres humanos seja um ideal moral pouco atrativo, mas, sim, que o igualitarismo nunca esteve presente nesses contratos reais. Pateman⁴⁴ (1988) e diversos outros teóricos do feminismo ao longo das últimas três décadas⁴⁵ têm documentado as formas como as mulheres têm sido vistas como desiguais por praticamente todos os teóricos homens do cânone clássico, incluindo (com a exceção limitada e ambígua de Hobbes) os próprios teóricos do contrato social que, como teóricos paradigmáticos da modernidade, tão veementemente proclamaram a igualdade humana como o seu pressuposto fundacional. Além disso, essa desigualdade tem estado patente em sua representação da distinção público/privado, seus conceitos de casamento e suas visões do lugar adequado da mulher nas instituições sociopolíticas supostamente estabelecidas “contratualmente”. Embora a literatura dos estudos de raça seja menos extensa, um grupo comparável de autores também está emergindo, como Goldberg⁴⁶, Outlaw⁴⁷, Mills⁴⁸, Mehta⁴⁹, Pitts, Valls⁵⁰, Sala-Molins⁵¹, Losurdo⁵² e Hobson⁵³. Esse grupo, similarmente, defende que as pessoas de cor têm sido geralmente excluídas do *status* de iguais no pensamento liberal e têm sido vistas (em minhas palavras) como “subpessoas”, e não como pessoas na íntegra – visão utilizada como justificativa para a subordinação das pessoas de cor em várias estruturas sociopolíticas racializadas (e.g., expropriação dos nativos nos Estados Unidos e na Austrália, escravidão de negros africanos, colonização do Terceiro Mundo) impostas aos não europeus pela Europa na época moderna.

43 FILMER, Robert. *Patriarcha and other political works of Sir Robert Filmer*. Oxford: Blackwell, 1949; FILMER, Robert. *Patriarcha, or the natural power of kings*. Editado por Rafael Gamba. Edición Bilingue. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

44 Cf. PATEMAN, 1988.

45 Cf. CLARK, Lorene M. G.; LANGE, Lynda (Ed.). *The sexism of social and political theory: women and reproduction from Plato to Nietzsche*. Toronto: University of Toronto Press, 1979; OKIN, Susan Moller. *Women in western political thought: with a new afterword* [1979]. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.; PATEMAN, Carole; GROSS, Elizabeth. (Ed.). [1987]. *Feminist challenges: social and political theory*. Boston: Northeastern University Press, 1997.

46 Cf. GOLDBERG, David Theo. *Racist culture: philosophy and the politics of meaning*. Cambridge, MA: Blackwell, 1993; GOLDBERG, David Theo. *The Racial State*. Malden, MA: Blackwell, 2002.

47 Cf. OUTLAW, Lucius T. Jr. *On race and philosophy*. New York: Routledge, 1996.

48 Cf. MILLS, 1997; MILLS, Charles W. *Blackness visible: essays on philosophy and race*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1998.

49 Cf. MEHTA, Uday Singh. *Liberalism and empire: a study in nineteenth-century british liberal thought*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

50 Cf. VALLS, Andrew. (Ed.). *Race and racism in modern philosophy*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2005.

51 Cf. SALA-MOLINS, Louis. *Dark side of the light: slavery and the french enlightenment*. Transcrição de John Conteh-Morgan. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press, 2006.

52 Cf. LOSURDO, Domenico. *Liberalism: a counter-history*. [2006]. Trans. Gregory Elliott. New York: Verso, 2011.

53 Cf. HOBSON, John M. *The eurocentric conception of world politics: western international theory, 1760-2010*. New York: Cambridge University Press, 2012.

Mas obviamente nem os feministas nem os teóricos críticos da raça estão procurando rejeitar o igualitarismo moral *per se*. A reivindicação desses teóricos é que esse igualitarismo tem sido *negado* às mulheres e aos não brancos, tanto na teoria como na prática, e que – pelo menos para aqueles de nós que ainda guardam simpatia pela teoria do contrato – esse legado precisaria ser reconhecido em um “contrato” genuinamente inclusivo que prescreva medidas corretivas e transformativas adequadas à luz das suas injustiças históricas.

Certamente fica clara agora a real fonte do problema. A história hegemônica do contrato erige-se sobre (ou funde-se com) os pressupostos *mínimos* eminentemente plausíveis da agência sociopolítica humana e do igualitarismo humano um conjunto *adicional* de pressupostos que são absolutamente falsos, radicalmente infiéis aos registros históricos. Apenas alguns seres humanos deram uma contribuição causal efetiva; apenas alguns humanos tiveram a sua igualdade moral reconhecida. Dessa forma, essa história hegemônica mistifica completamente a criação (no sentido contínuo, em vez de *ab initio*) da sociedade, negando ou encobrindo a existência de diversas estruturas de dominação que ou são transformadas (classe, gênero), ou vêm a existir (raça) no período moderno. É por isso que, quando Christopher Morris, em sua introdução à sua antologia do contrato social, escreve: “Provavelmente existe uma relevância explicativa na ideia de estados de natureza e contratos sociais que não deve ser ignorada [...]; nossos arranjos e instituições políticas são, em certo sentido, criações nossas”⁵⁴ – a réplica mordaz, óbvia e clássica que se apresenta é: Mas quem é esse “nós”? (“O que você quer dizer com *nós*, homem branco?”) As mulheres por acaso criaram o patriarcado? Os não brancos por algum acaso criaram a supremacia branca? É óbvio que não – esses “arranjos e instituições políticas” foram criados por *alguns* seres humanos, mas não todos. Pelo seu individualismo descritivo indiferenciado, por sua incapacidade de aludir à existência de “arranjos e instituições políticas” de dominação de grupo (e à necessidade de eliminá-los), a versão hegemônica do contrato sabota o potencial radical do sistema.

É aqui, eu sugiro, que a teoria do contato de Hampton se torna deficiente e carece de complementação. Normativamente, Hampton⁵⁵ advoga um contratualismo kantiano feminista baseado no valor intrínseco de todas as pessoas (como parte, mas não a totalidade, de uma ética abrangente). Além disso, como observado no início, ela também defende a retomada da dimensão descritiva da teoria do contrato. Essa proposta é – de acordo com a ênfase que ela dá em outras publicações, como em seu livro sobre filosofia política⁵⁶ – de que a matéria não seja pensada como puramente normativa, mas também como capaz de estender-se a questões fatuais. O filósofo político, defende Hampton, deveria buscar entender a “‘estrutura profunda’ política e social que gera não apenas formas de interação que tornam alguns tipos de distribuições [de recursos] inevitáveis, mas também teorias morais que justificam essas distribuições”⁵⁷. Mas a teórica nunca articula essas ideias no sentido de indagar como a retomada do contrato descritivo por ela defendida deve ser repensada à luz de exclusões sexistas ou como os lados descritivo e normativo do contrato precisariam agora ser relacionados, dado o patriarcado como uma “estrutura profunda” com influência tão fundamental na configuração da sociedade (incluindo, automaticamente, as próprias teorias morais gerais sobre a fundação

54 Cf. MORRIS, Christopher. Introduction. In: _____. (Ed.). *The social contract theorists: critical essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999a, p. x.

55 Cf. HAMPTON, 2001.

56 Cf. HAMPTON, 1997.

57 HAMPTON, 1997, p. xiii, xv.

dessa sociedade). Em vez disso, como Morris⁵⁸, Hampton fala de “sociedades políticas como criações convencionalmente geradas pelos seres humanos”⁵⁹ e, sem indagar quem são esses “seres humanos” e essas “pessoas”, equipara o contrato com a afirmação de que

certas instituições, práticas e regras se tornam convencionalmente arraigadas (em uma variedade de formas) a um sistema social e, na medida em que as pessoas continuem a apoiá-las, essas convenções continuam prevalecendo e, portanto, compõem o sistema político e legal do país⁶⁰.

Apesar do seu feminismo, portanto, Hampton não insiste na questão de como devemos pensar nesse “apoio”, supostamente equivalente ao contrato, ao pensarmos na subordinação de gênero da metade da população. O contrato *sexual* de Pateman preenche essa lacuna teórica, explicitando que um “contrato” de dominação de gênero esclareceria, de forma mais adequada que a versão hegemônica, não apenas a “estrutura profunda” de uma sociedade baseada no patriarcado, mas também a suas teorias morais justificatórias e como elas se tornam “convencionalmente arraigadas”. Estaríamos, então, mais bem habilitados do ponto de vista teórico não apenas para aplicar, de modo que inclua a questão do gênero, a teoria do contrato social kantiana defendida por Hampton, mas também para compreender, em um nível metateórico, por que sua aplicação anterior (masculina) tem sido tão sistemática e estruturalmente – e não apenas contingentemente – excludente. Estaríamos, afinal, em condições de reconhecer o gênero *per se* como um sistema político estabelecido pelo contrato e prescrever, conseqüentemente, as suas próprias regras básicas sobre a cartografia da sociedade e a distribuição apropriada de direitos, privilégios e liberdades no Estado⁶¹.

A relação entre os aspectos normativos e descritivos do contrato social é, portanto, necessariamente mais complicada nesse contratualismo revisionista do que na teoria hegemônica do contrato. No contrato hegemônico, uma fundação (supostamente) consensual estabelece um código moral igualitário e, portanto, esse é um código que podemos apoiar (supostamente) com tranquilidade. No entanto, uma vez que o contrato é desvelado como realmente um contrato de dominação, o próprio código precisa se tornar objeto de escrutínio para nós. Sob a máscara do igualitarismo, o contrato de dominação gera normas, e determinações sobre como aplicar essas normas, que por si só reforçam a dominação e que precisam ser indagadas por aqueles que buscam dar cabo à sua subordinação pelo contrato. É, portanto, necessário um

58 MORRIS, 1999a.

59 HAMPTON, 2007, p. 482.

60 HAMPTON, 2007, p. 481.

61 Em contrapartida, a aparente ingenuidade de Hampton (2001, p. 352) em relação a Kant é bem ilustrada quando ela, a certa altura, escreve: “Kant também tem oponentes que, embora concordem que o nosso valor é não instrumental e objetivo, rejeitam a ideia de que todos os seres humanos são de igual valor – por exemplo, aqueles que pensam que os seres humanos de certo gênero, raça ou casta têm mais valor (e, portanto, merecem melhor tratamento) que aqueles de outros gêneros, raças ou castas”. Mas obviamente o *próprio Kant* era sexista e racista, pois, para ele, as mulheres poderiam apenas ser “cidadãs passivas” e os negros e os nativos norte-americanos eram “escravos por natureza” [cf. SCHRÖDER, Hannelore. Kant’s patriarchal order. Transcrição de Rita Gircour. In: SCHOTT, Robin May. (Ed.). *Feminist interpretations of Immanuel Kant*. University Park, PA: The Pennsylvania State University Press, 1997; EZE, Emmanuel Chukwudi. The color of reason: the idea of ‘race’ in Kant’s anthropology. In: _____. (Ed.). *Postcolonial african philosophy: a critical reader*. Cambridge, MA: Blackwell, 1997a.; BERNASCONI, Robert. Who invented the concept of race? Kant’s role in the enlightenment construction of race. In: _____. (Ed.). *Race*. Malden, MA: Blackwell, 2001b; BERNASCONI, Robert. Kant as an unfamiliar source of racism. In: WARD, Julie K.; LOTT, Tommy L. (Ed.). *Philosophers on race: critical essays*. Malden, MA: Blackwell, 2002; BERNASCONI, Robert. Kant’s third thoughts on race. In: ELLEN, Stuart; MENDIETA, Eduardo (Ed.). *Reading Kant’s geography*. Albany, NY: State University of New York Press, 2011; MILLS, Charles W. Kant’s *Untermenschen*. In: VALLS, Andrew. (Ed.). *Race and racism in modern philosophy*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2005b; KLEINGELD, Pauline. Kant’s second thoughts on race. *The Philosophical Quarterly*, v. 57, p. 573-592, out. 2007]. Os conceitos de contratos sexuais e raciais nos permitem entender como esses compromissos aparentemente contraditórios são reconciliáveis não somente em Kant, mas na maioria dos outros pensadores iluministas do período, por meio dos processos das psicologias morais do homem branco e das fronteiras morais criadas pelo “universalismo particularista” excludente do contrato de dominação.

grau maior de reflexividade, de distanciamento autoconsciente e metateórico em relação a conceitos e valores, bem como um grau maior de questionamento desses conceitos e valores, na medida em que o novo contrato normativo tem que considerar as realidades ignoradas ou mal descritas pelos termos do antigo contrato normativo – certamente em sua forma original, mas também em formas posteriores, mesmo quando nominalmente atualizado e purgado de seu sexismo e racismo original.

Mesmo quando parece dar cabo à dimensão descritiva, como no experimento mental de Rawls, o contrato contemporâneo continua se manifestando tacitamente, ainda que por omissão, em um quadro fatural subjacente, uma versão da história e um conjunto de pressupostos sobre sociedade que continuam reproduzindo as desigualdades e ofuscações do contrato histórico e, conseqüentemente, um sistema que retém muitas de suas ineficiências. A notória crítica feminista que foi feita inicialmente a Rawls era, obviamente, que o conhecimento de gênero não constava como um dos elementos do rol de itens que nos foram extirpados por trás do véu. Tampouco havia qualquer consciência – nos fatos sociais e históricos “gerais” que trazemos conosco – da histórica subordinação da metade da raça humana – certamente “gerais” o suficiente para entrar na lista! Ao assumir os chefes de família como os contratantes prototípicos, ao considerar a família como ideal, ao não questionar o papel da distinção público/privado, Rawls naturalizou a família da mesma forma que o fizeram os teóricos clássicos do contrato social.

Consideremos agora o trabalho de Susan Moller Okin⁶²(1989). A perspicácia de Okin foi reconhecer que o sistema do contrato moral de Rawl tinha o potencial de ir além das próprias conclusões de Rawls, ao admitirmos um conhecimento “velado” dos fatos não ideais fundamentais sobre o gênero:

Na maior parte de *A theory of justice*, há notavelmente pouca indicação de que a sociedade liberal moderna à qual os princípios de justiça são aplicados está profunda e universalmente estruturada por gênero. Portanto, existe uma ambiguidade ao longo de toda a obra. [...] Por um lado, devo sublinhar, uma aplicação consistente e convicta dos princípios liberais de justiça de Rawls pode nos levar fundamentalmente a desafiar o sistema de gêneros da nossa sociedade. Por outro lado, em sua própria apresentação da sua teoria, esse desafio mal é insinuado, muito menos desenvolvido. [...] [Essa] crítica potencial das instituições sociais estruturadas por gênero [...] pode ser desenvolvida considerando seriamente o fato de que aqueles que formulam os princípios de justiça desconhecem o seu sexo [por trás do véu]⁶³.

Okin, portanto, busca apropriar o contrato para o feminismo e, nos capítulos finais do seu livro, mostra como tal crítica a uma ordem social estruturada por gênero pode ser desenvolvida a começar por trás do véu. Conseqüentemente, em um ensaio sobre *The sexual contract*, a teórica critica Pateman por rejeitar em princípio (na perspectiva de Okin) a tentativa de “empregar o pensamento contratual a serviço do feminismo”⁶⁴. Entretanto, eu diria que não precisa haver oposição de princípio entre as duas abordagens se as concebermos como envolvidas em tarefas distintas, com a visão de contrato de Pateman como intrinsecamente subordinante e paradigmaticamente entendida como uma caracterização, em particular, do contrato hobbesiano/proprietarista. O ceticismo de Okin quanto à ideia de contrato social – ela escreve em

62 Cf. OKIN, Susan Moller. *Justice, gender, and the family*. New York: Basic Books, 1989.

63 OKIN, 1989, p. 89, 105.

64 OKIN, 1989, p. 659.

um dado momento que “não [lhe] está claro o que ganhamos em termos de entendimento ao vincularmos [as formas do poder patriarcal] a um suposto contrato feito pelos homens”⁶⁵ – ignora a oportunidade de uma inovação teórica que pode revelar o próprio conhecimento por trás do véu que o contrato idealizado de Rawls evita. As instituições sociais estruturadas por gênero que Okin cita são exatamente aquelas que estão sintetizadas no contrato não ideal de Pateman: o contrato sexual.

Podemos, sugiro, articular as duas autoras como envolvidas em uma divisão de trabalho conceitual voltada para a execução de um projeto *comum*: Pateman fazendo o contrato não ideal real e Okin, o contrato normativo corretivo. Como enfatizado, a relação entre os lados descritivo e normativo do contrato se torna radicalmente diferente nessa teoria alternativa do contrato, uma vez que o contrato da vida real está sendo concebido como de dominação. Portanto, nosso objetivo passa a ser derrubá-lo em vez de endossá-lo. Como “contratante” na posição original, o indivíduo agora está fazendo uma escolha prudente esclarecida pela possibilidade de acabar sendo do sexo feminino em uma sociedade estruturada pelo contrato sexual. A subordinação de gênero, em suas múltiplas dimensões e implicações, pode, por conseguinte, tornar-se objeto da crítica normativa, uma vez que esses “fatos gerais” não são ignorados como no contrato hegemônico. A totalidade das ramificações do patriarcado não apenas para a família, mas também para sociedade em geral (o Estado, o sistema legal, o *status* diferencial do homem e da mulher), bem como a típica psicologia moral masculina e a ideologia androcêntrica dominante, agora pode ser legitimamente considerada inserida em uma estrutura “contratual”.

Dessa forma, defendo, podemos articular as contribuições fundamentais de Hampton, Pateman e Okin para gerar um contratualismo feminista mais forte do que as ideias apresentadas por elas individualmente: o contratualismo *moral* kantiano de Hampton, informado por trás do véu pelo contrato *fatual* rousseauiano de Pateman e ambos combinados para gerar uma variante expandida da versão *não ideal* do contratualismo rawlsiano de Okin, todos empregados com vista a alcançar a justiça de gênero. De Hampton vem a ideia de contrato como uma metáfora descritiva que apreende a ideia básica de sociedade como uma criação humana e o endosso normativo do contratualismo kantiano. De Pateman vem a ideia de que o contrato real é um contrato sexual excludente, e não aquele que inclui o gênero; um contrato baseado na desigualdade e inferioridade da mulher, que assim molda a sociedade e, automaticamente, as nossas ideias sobre sociedade. De Okin vem a ideia de que uma agenda feminista de justiça pode, contudo, ainda ser promovida no âmbito de uma estrutura contratual ao se imaginar por trás do véu de Rawls com conhecimento dessas realidades não ideais de gênero. Se, pois, no contrato hegemônico, as circunstâncias da criação da esfera sociopolítica implicam o endosso moral das instituições por ela criadas, no uso radical do contrato de dominação essa lógica é invertida. A caracterização do contrato descritivo serve, aqui, de alerta para as realidade da opressão institucional sistêmica, a qual precisa ser derrubada.

65 OKIN, 1989, p. 660.

4. O CONTRATO DE DOMINAÇÃO

Passemos agora para maior detalhamento do contraste entre esses dois contratos e das formas que acredito que os liberais podem utilizar o contrato de dominação para tratar de questões de justiça de gênero e de questões sociais em geral. Consideremos o quadro a seguir, que resume o que entendo como as diferenças básicas:

CONTRATO HEGEMÔNICO	CONTRATO DE DOMINAÇÃO
ARCABOUÇO ÉTICO	
Teoria ideal	Teoria não ideal
PONTO DE PARTIDA	
Marco zero (estado de natureza, condição original)	Estágio iníquo da sociedade
PAPEL DA HISTÓRIA	
Não pressuposto	Pressuposição de um relato histórico
AGENTES BÁSICOS	
As pessoas como indivíduos atomizados pré-sociais	As pessoas como membros de grupos sociais em relações de dominação e subordinação
NORMA DE STATUS NA SOCIEDADE	
Igualdade (pretensamente)	Desigualdade (explicitamente)
TRANSAÇÕES ECONÔMICAS	
Tipicamente mutuamente benéficas	Tipicamente exploradoras
ESFERA JURÍDICO-POLÍTICA	
Igualitária	Parcial a favor dos grupos dominantes
DIVISÕES HUMANAS	
Classe, raça e gênero como divisões naturais	Classe, raça e gênero como divisões artificiais
PSICOLOGIA HUMANA	
Basicamente aquela oriunda da natureza	Fundamentalmente transformada pela sociedade (<i>amour de soi à amour-propre</i>)
OBSTÁCULOS À ACUIDADE DA COGNIÇÃO SOCIAL	
Parcialidade, “paixões”, “inclinação”, autointeresse do indivíduo	Interesses de grupo, ideação do grupo dominante
LÓCUS DOS PROBLEMAS	
Natureza humana	Instituições sociais perniciosas
OBJETIVO DO CONTRATO	
Criar uma sociedade justa (leis, governo etc.)	Reforçar e codificar instituições injustas
PROPÓSITO HEURÍSTICO PARA NÓS	
Endosso, pelos leitores, do contrato como criador de uma sociedade idealmente justa	Condenação, pelos leitores, do contrato e subsequente despertar para a injustiça social sistemática e para a necessidade de medidas corretivas adequadas para promover uma sociedade justa

Os principais pontos são arrolados a seguir.

Em primeiro lugar, a estrutura geral é uma teoria não ideal⁶⁶. Na visão histórica do contrato hegemônico, concebido (ainda que falsamente) como consensual e inclusivo, supõe-se que o modo como o Estado é fundado lhe confere um *status* normativo positivo. Como tal, o contrato hegemônico assume circunstâncias ideais: a sociedade e o governo são trazidos à existência de forma justa, respeitando os direitos dos envolvidos. Em contrapartida, sabemos perfeitamente bem pela história que a opressão de um tipo ou de outro tem sido a norma social desde que a humanidade saiu do estágio de caçadores e coletores. O contrato de dominação começa dessa simples realidade. Embora prescindida de todas as razões históricas, o contrato rawlsiano contemporâneo, ainda assim, herda essa orientação quando Rawls se põe a perguntar que princípios as pessoas escolheriam em circunstâncias idealmente justas. O teórico esclarece ao longo do seu livro que o seu contrato é um exercício na teoria ideal, planejado para desenvolver “os princípios de justiça [...] definindo uma sociedade perfeitamente justa, dadas condições favoráveis” e presumindo “adesão estrita”⁶⁷. Contudo, ele defende que esse ponto de partida está em última instância voltado para iluminar o não ideal “Se a teoria ideal é digna de estudo, ela o deve ser porque, da forma como tenho conjecturado, ela é a parte fundamental da teoria de justiça e também é essencial para a parte não ideal”⁶⁸.

Deve-se ressaltar, porém, que um ponto de partida como esse limita os alcances da teoria de Rawls e que a patente incapacidade de seu próprio trabalho, e dos milhares de artigos que ele inspirou nos últimos 40 anos, de aplicar sua teoria para as realidades “não ideais” de gênero e raça certamente não inspira confiança nessa abordagem. Por definição, surgem problemas na teoria não ideal que não aparecem na teoria ideal e vê-se a necessidade de levantar conceitos e conjuntos de dados que não são facilmente extrapoláveis com base naqueles da teoria ideal. Então, levanta-se a questão de qual o grau de utilidade – para não dizer de essencialidade – que essa teoria ideal de fato tem. O contrato hegemônico – o que não surpreende, dada sua ascendência conceitual – tende a abstrações que fogem a questões de subordinação social, uma vez que historicamente ele realmente se baseou na experiência do sujeito homem branco burguês, aquela subseção da população emancipada pela modernidade. Em contrapartida, o contrato revisionista, ao se voltar para o contrato de dominação, dá enfoque primário a essas questões – uma vez que (seguindo Rousseau) este parte não do estado de natureza, mas de uma sociedade injusta *já existente* – e indaga quais seriam as medidas de justiça necessárias para corrigi-las.

Deve-se, então, colocar em xeque a capacidade da “teoria ideal” de Rawls em lidar com o “não ideal”⁶⁹. Como apontado há pouco, o método de Rawls tem sido considerado útil para teorizar a justiça de gênero, com destaque para o trabalho de Okin (1989), mas justamente a partir do *repúdio* ao principal pressuposto rawlsiano da natureza ideal da família, como um suposto paradigma de interação humana a ser veementemente contrastado com a interação entre estranhos, dispensando, portanto, a necessidade de justiça para regulá-la. A desvantagem das

66 Estou usando a distinção teoria ideal/teoria não ideal no sentido demarcado por Rawls. Tanto a teoria ideal como a teoria não ideal envolvem o uso de ideais morais e a tentativa de determinar do que a justiça precisa em uma situação particular; portanto, o contraste não é entre abordagens morais e amorais. A distinção reside no fato de que a teoria ideal visa entender uma sociedade perfeitamente justa, enquanto a teoria não ideal busca determinar o que é necessário para uma justiça corretiva ou retificadora em sociedades que são injustas. O foco de Rawls está quase que exclusivamente na teoria ideal.

67 RAWLS, 1971, p. 351.

68 RAWLS, 1971, p. 391.

69 MILLS, Charles W. “Ideal theory” as ideology. *Hypatia: a journal of feminist philosophy*, v. 20, n. 3, p. 165-184, 2005a.

meninas e das mulheres só é capaz de aparecer na tela do radar conceitual mediante uma reflexão renovada sobre as fronteiras entre o público e o privado e do escrutínio impassível da família fatual, da vida real. No caso da justiça racial, o não ideal surge de forma ainda mais marcada, dado que medidas de justiça compensatória (ações afirmativas, reparações) por definição presumem a necessidade de corrigir uma história de *injustiça* da qual a teoria ideal de Rawls se esquivava. Vale notar que, enquanto em *The Cambridge companion to Rawls*⁷⁰ há pelo menos um capítulo sobre Rawls e feminismo, escrito por Martha Nussbaum⁷¹, não há um capítulo equiparável – na verdade, nem sequer uma seção em *algum* dos capítulos – que aborde a questão da raça. Além do fato de que a “branquidão” da profissão sobressai ainda mais que sua masculinidade e do fato de que a maioria dos teóricos políticos brancos, sejam eles cientistas políticos ou filósofos políticos, dá por certo o que Rogers Smith⁷² descreve como a visão enganosa de “anomalia” do racismo norte-americano, o próprio papel do modelo da teoria ideal deve certamente ser um fator contribuinte para esse padrão de omissão e evasão sistemática. O que supostamente foi pensado para facilitar a discussão sobre a remediação da injustiça tem servido, paradoxalmente, para obstruí-la.

Adicione-se à discussão o fato de que o contrato de dominação é necessariamente *histórico*. Embora o pós-estruturalismo contemporâneo seja uma espécie de exceção, a teoria política radical, seja de classe, seja de gênero ou raça, tradicionalmente enfatiza a importância de investigar a história real que nos trouxe até o momento atual e que explica quem são os principais atores políticos e quais são as suas agendas. Portanto, essa teoria busca contestar tanto as histórias mistificadas como as explicações naturalizadas a-históricas que negam *todas* as histórias, que simplesmente extirpam o passado do presente. Marx⁷³ (para citar uma figura bem *démodée*) foi famoso por desnudar e denunciar os liberais e aqueles que apelidou de economistas “vulgares” por apresentarem um retrato descontextualizado e atemporal da “livre troca” entre capitalista e trabalhador, sem atentarem para a sequência de eventos (por exemplo, o cercamento de terras na Inglaterra) que reduziram as pessoas que antes eram capazes de tirar a subsistência da terra a meros trabalhadores com apenas a força de trabalho para vender. No uso radical do contrato do qual foi precursor, Rousseau abre precedente ao apresentar uma narrativa alternativa das origens da desigualdade de classes – alternativa ingênua pelos nossos padrões, mas mesmo assim capaz de expressar verdades fundamentais. De forma semelhante, Pateman⁷⁴ oferece em seu livro um relato “hipotético” das origens do patriarcado, enquanto eu – comparativamente em vantagem pelo fato de que o expansionismo europeu tem lugar no período moderno, acompanhado por uma quantidade massiva de registros escritos – pude me basear em eventos reais ao descrever como a supremacia global branca foi estabelecida⁷⁵. Mas, nos três casos, o ponto fundamental é que a estrutura não ideal de dominação em questão, seja de classe, seja de gênero ou raça, não é “natural”, não é o resultado do estado de natureza, e sim um produto sóciohistórico. O maior realismo da teoria radical do contrato em oposição à teoria hegemônica se manifesta em seu reconhecimento de que o “contrato” é

70 Cf. FREEMAN, Samuel. (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.

71 NUSSBAUM, Martha. Rawls and feminism. In: FREEMAN, Samuel. (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.

72 SMITH, Rogers M. *Civic ideals: conflicting visions of citizenship in U.S. history*. New Haven, CT: Yale University Press, 1997.

73 MARX, Anthony W. *Making race and nation: a comparison of the United States, South Africa, and Brazil*. New York: Cambridge University Press, 1998.

74 Cf. PATEMAN, 1988.

75 Cf. MILLS, 1997.

realmente (à la Hampton) uma forma de falar sobre a criação das instituições sociopolíticas pelo homem como o resultado de processos sócio-históricos anteriores, e não *ex nihilo* com base no estado de natureza.

Essa história é, obviamente, de dominação e subordinação de grupos, e não a ontologia social classicamente individualista do contrato hegemônico e suas disposições sobre transações entre iguais. De forma alguma estou querendo com isso apoiar a posição comunitarista de vertente sandeliana⁷⁶, uma vez que, em acordo com muitas críticas, acredito, contra Sandel, que as pessoas podem e devem gozar de um distanciamento cognitivo e normativo em relação às suas identidades socialmente atribuídas. Meu ponto é, na verdade, o argumento clássico de Rousseau e, posteriormente, de Marx – agora um axioma político entre os liberais – de que é mais esclarecedor enxergar a sociedade como um sistema de dominação de grupos do que como um conjunto de indivíduos. Portanto, é como membros de grupos sociais que os indivíduos originalmente vêm à consciência e agência, ainda que eles depois reajam contra sua socialização e seu *status* diferencial no contrato seja atrelado à sua afiliação a algum grupo. Os fatos gerais da história e da sociedade que as pessoas assumem por trás do véu de Rawls aparentemente não incluem a subordinação das mulheres ou a subordinação dos não brancos. (Há, obviamente, alguma sensibilidade a questões de classe.) Certamente, porém, não estamos confinados à ignorância de Rawls. O que torna a teoria radical do contrato mais adequada para fazer uso do mecanismo do véu é a sua visão desmistificada, não idealizada, da história humana dos últimos poucos mil anos como basicamente uma história de opressão social, pela qual grupos em padrões interdependentes de dominação constituem a real ontologia social⁷⁷. Cada um dos contratos de classe, sexuais e raciais apreende aspectos particulares (ao mesmo tempo que ignoram outros), pelos quais, seja isoladamente ou (idealmente) em combinação, registra o fato óbvio de que a sociedade é moldada pelos poderosos que atuam em conjunto, e não pelos indivíduos que agem por si sós.

Como tal, o contrato de dominação, que faz dos grupos os principais atores, é obviamente mais fiel à história real do mundo. Se, como apresentado no início desta exposição, o contrato no sentido mínimo não especifica quem são os atores humanos decisivos na criação do mundo sociopolítico, então uma teoria do contrato baseada no grupo não é uma contradição em termos e deve ser aceita por nós como um conceito filosófico mais útil para a teoria política. O lado descritivo do contrato é representado com maior precisão pelo contrato de dominação e, certamente, é bem mais esclarecedor como modelo conceitual para orientação do contrato prescritivo, uma vez que nos aponta as questões morais realmente importantes, isto é, como derrubamos essas estruturas para alcançar o igualitarismo genuíno. Com esse conhecimento por trás do véu, os contratantes rawlsianos não teriam como ignorar a subordinação racial e de gênero como fazem atualmente.

Como corolário, para entender a motivação humana, é necessário levar em conta o pertencimento das pessoas a um grupo e como, sejam privilegiadas, sejam subordinadas, isso molda sua psicologia. A notória crítica de Rousseau⁷⁸ aos seus predecessores do contrato social foi que “[e]les falavam de Homem Selvagem e retratavam o Homem Civil”. Um saudável *amour de soi* foi socialmente corrompido por um nada saudável *amour propre*, que contratualistas

76 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice* [1982]. New York: Cambridge University Press, 1998.

77 Cf. CUDD, Ann. E. *Analyzing oppression*. New York: Oxford University Press, 2006.

78 Cf. ROUSSEAU, 1997a, p. 132.

hobbesianos, não reconhecendo a sua gênese social, consideraram como parte da condição humana como tal. Semelhantemente, na crítica de Marx a uma visão especificamente burguesa do *homo economicus*, no trabalho de teóricos do feminismo sobre a produção de traços “masculinos” e “femininos” pela criação que os pais dão aos filhos com base no gênero, em análises de teóricos críticos da raça à “branquidão” e sua influência psicológica sobre seus detentores, é aberta uma porta conceitual para um conjunto muito mais rico de recursos para a teorização da real motivação humana e sua modelagem social, do que a estrutura psicológica supersimplificada da teoria hegemônica do contrato.

A relação entre igualdade como valor e o contrato também precisa ser repensada. O contrato hegemônico é, obviamente, famoso pelo seu igualitarismo nominal, sua ênfase na ideia de que no estado de natureza todos os homens são iguais, seja em capacidades físicas e mentais, como em Hobbes, seja em *status* moral, como em Locke e Kant. Daí se encontra a conexão profunda entre a teoria do contrato social e as narrativas convencionais de modernidade, a promessa das revoluções Norte-Americana e Francesa. E supõe-se que essa igualdade se traduz (nas sociedades criadas por esses homens iguais) em uma igualdade jurídicopolítica, igualdade perante a lei e igualdade de cidadania, bem como em transações econômicas (e outras) que não são de exploração por natureza.

Todavia, por mais atraente que essa ideia possa ser como ideal, ela não guarda qualquer correspondência com a vida real da maioria da população, até mesmo no período moderno. A preocupação de Rousseau é que as desigualdades de classe artificiais da sociedade dão cabo a essa igualdade moral e, no tratamento mais sofisticado de Marx, essa preocupação é reelaborada a ponto de se poder asseverar que a igualdade formal no nível das relações de troca é substancialmente sobrepujada pela compulsão econômica no nível das relações de produção. Mas, para gênero e raça, a situação é ainda pior. Como as feministas há muito documentam, no caso do gênero, a “igualdade” originalmente não foi sequer nominal, tampouco substancial, uma vez que, com a exceção limitada de Hobbes, todos os principais teóricos do contrato social viam a mulher como inferior ao homem e, portanto, devidamente passível de ser regulada pela autoridade masculina. Além disso, essa inferioridade teórica ficou, obviamente, também patente na prática, na vida real, nas instituições legais e políticas. Portanto, o valor que talvez esteja mais intimamente associado à tradição do contrato social – a igualdade – de forma alguma foi planejado para ser estendido à outra metade da raça humana. Similarmente, como diversos teóricos no campo dos estudos de raça e imperialismo apontam, quando se examinam as representações (“selvagens”, “bárbaros”) e as experiências das pessoas de cor no período moderno – nativos norte-americanos e aborígenes australianos expropriados e exterminados, negros escravizados e posteriormente segregados, não europeus colonizados –, fica evidente que, tanto na teoria como na prática, apenas os homens brancos são iguais. Não apenas como uma questão de fato, mas também como uma questão de normas morais e legais proclamadas, os não brancos contaram com uma agenda de direitos que foi inferior a não existente – e foram, portanto, não cidadãos ou, na melhor das hipóteses, cidadãos de segunda classe. Como, então, pode fazer sentido uma conceptualização da sociedade como se, no período moderno, a igualdade se tornasse a norma geralmente aceita, quando na verdade uma parcela tão pequena da população como essa é que foi de fato vista como igual?

No contrato de dominação, em contrapartida, essa realidade é enfrentada abertamente: a *desigualdade é a norma social real que vale para a maioria*. Exclui-se, portanto, a assemelhação

conceitual evasiva do *status* de mulheres brancas e de não brancos ao *status* de homens brancos que está incorporada no contrato hegemônico – assemelhação que oculta os problemas distintivos enfrentando pelas mulheres e pelas pessoas de cor. Consequentemente, o contrato radical reconhece que as instituições jurídico-políticas básicas tampouco são igualitárias em seu funcionamento, mas, sim, tendenciosas em diversas formas de privilégio de classe, gênero e raça. A grande parte da literatura por padrão ignorada pelos teóricos do contrato – as análises originais de esquerda da atividade do Estado na sociedade capitalista, os trabalhos mais recentes sobre estado racial e de gênero⁷⁹, bem como os apontamentos de todas as parcialidades no sistema legal – pode ter aqui uma porta de entrada legítima, em vez de ser conceitualmente bloqueada pelas imagens sobrenaturais e completamente fantasiosas de um domínio jurídico-político neutro conforme assumido pelo contrato hegemônico. Longe de a vantagem justa e recíproca ser a norma – Rawls⁸⁰ sugere, absurdamente, que pensemos a sociedade como *realmente* (e não apenas idealmente) “um projeto de cooperação para vantagem mútua” –, as explorações de vários tipos – de classe, de gênero e de raça – é que são a norma⁸¹. Assim, um dos principais objetivos do contrato normativo será a eliminação dessas estruturas de exploração – chances desiguais para a classe pobre e operária, exploração sexual, vantagem diferencial e correspondente riqueza para os brancos⁸² – que a perspectiva individualista da teoria hegemônica do contrato tenta ofuscar⁸³.

Ademais, os interesses de grupo dos privilegiados e o seu desejo de manter os privilégios tornar-se-ão um obstáculo ideacional para se conquistar transparência social e um obstáculo material para a mudança liberal, o que precisará ser levado em consideração para a teorização da dinâmica da cognição social e das possibilidades de transformação social. Tanto para o contrato hegemônico quanto para o contrato revisionista, a acuidade da cognição fatural e moral é fundamental. Todavia, para o contrato hegemônico, os obstáculos para se obter a desejada objetividade são geralmente concebidos em termos individualistas. Para o contrato de dominação, em contrapartida, há uma categoria adicional de obstáculos cognitivos que são gerados pelos interesses pessoais do grupo dominante pela ordem estabelecida e seu poder diferencial sobre a ideação social. Então, pode entrar aqui aquele conjunto de problemas que na tradição marxista está associado com a matéria da *ideologia*. Se para a teoria hegemônica do contrato a transparência social é o ideal, aqui a opacidade social é a norma, e as estrutura conceituais e normativas hegemônicas terão sido moldadas pela realidade da dominação de grupos. Assim, novamente, estar-se-ia munido de uma visão mais sofisticada e realista das atividades do Estado e de seus autoconceitos ilusórios dominantes do que se estaria com o contrato hegemônico. Estar-se-ia partindo do fato político elementar – e como isso poderia ser ignorado por uma teoria política séria? – de que os grupos dominantes desejarão em geral pre-

79 Cf. MACKINNON, Catharine A. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989; MARX, Anthony W. *Making race and nation: a comparison of the United States, South Africa, and Brazil*. New York: Cambridge University Press, 1998; GOLDBERG, 2002.

80 RAWLS, 1971, p. 4.

81 Cf. SAMPLE, Ruth J. *Exploitation: what it is and why it's wrong*. Lanham, MD: Rowman; Littlefield, 2003.

82 Cf. SHIPLER, David K. *The Working Poor: Invisible in America*. New York: Alfred A. Knopf, 2004; BARRY, Kathleen. *Female sexual slavery*. New York: New York University Press, 1984; OLIVER, Melvin L.; SHAPIRO, Thomas M. *Black wealth/white wealth: a new perspective on racial inequality*. [1995]. New York: Routledge, 2006.

83 O contrato social democrático, liberal esquerdista de Rawl tem, obviamente, seu forte na questão de classes – de um ponto de vista radical –, embora mesmo aqui alguns da esquerda política argumentem que esse contrato não foi longe o bastante e era irrealista ou evasivo quanto às implicações que as desigualdades econômicas que ele mantinha intacto tinha para o poder político e o status social das pessoas. (Cf., por exemplo, PEFFER, R. G. *Marxism, morality, and social justice*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990)

servar sua hegemonia e, assim, de forma alguma entraria em questão simplesmente inventar uma imagem mais convincente de uma sociedade justa.

Finalmente, além de (eu diria) todos esses méritos óbvios, o contrato de dominação tem a grande e impressionante virtude de conceituar classe, gênero e raça *como artificiais por si sós*, e não como naturais, tal qual ocorre no contrato hegemônico. Então, não é simplesmente que a sociedade é vista como um complexo de grupos em dominância e subordinação; a formação dos *próprios* grupos é um produto do(s) contrato(s). Fica, então, perfeitamente acomodada a familiar afirmação da teoria democrática radical recente de que o gênero e a raça são “construídos” – e não apenas os sistemas (patriarcado, supremacia do homem branco) organizados em torno deles, mas também o que consideramos como gênero e raça propriamente ditos.

Rousseau merece o crédito nessa toada também, embora, conforme já observado, não venha sendo reconhecido em sua plenitude como se atesta com a falta de discussão acerca do seu contrato de classe na literatura secundária e do seu próprio flagrante sexismo. Como enfatizado no início dessa exposição, o contrato social se mostra útil no período moderno ao enfatizar a “artificialidade” da sociedade e do Estado. Ambos são construídos pelo homem, e não desenvolvimentos orgânicos como no discurso da antiguidade; e o lado descritivo do contrato manifesta esse entendimento. Todavia, Rousseau dá um passo além que é decisivamente radical: sugere que, em certo sentido, os próprios seres humanos são artificiais, são produtos criados pelo homem. O que para os seus predecessores foram divisões “naturais” de classe é visto por ele como o resultado de dominação e convenção. Não criamos apenas nossas instituições; criamos também a nós mesmos.

As implicações desse entendimento são que, para o contrato de dominação em geral, é essencial uma transformação social drástica tanto para o bem quanto para o mal. Nesse âmbito, o contrato de dominação contrasta com o escopo mais limitado que o contrato hegemônico reserva para a possibilidade de mudarmos a nós mesmos. Hobbes vê os seres humanos como indivíduos naturalmente egoístas que, para permitir o funcionamento da sociedade, têm de aprender a restringir sua propensão a querer maximizar suas vantagens individuais em curto prazo. Mas essa não é uma metamorfose radical. Tampouco são os seres humanos retratados por Locke – os quais em grande parte já obedecem à lei natural no estado de natureza (embora propensos a parcialidades em causa própria) – drasticamente alterados pela sua entrada na sociedade. E pela visão cristã de Kant, obviamente, somos sempre caracterizados como seres humanos sucumbidos pelo nosso “mal radical”, estejamos ou não em sociedade. Não obstante, Rousseau difere dos demais teóricos do contrato ao oferecer uma “narrativa secular da Queda”⁸⁴, pela qual “uma sociedade corrupta é a causa e a natureza humana aviltada é o efeito”⁸⁵.

Estendendo essa compreensão da classe para o gênero e a raça, chegamos aos contratos sexuais e raciais, os quais, em uma relação dialética, consolidam, em uma relação de oposição umas com as outras, as entidades dos homens e das mulheres, dos brancos e dos não brancos, e cria esses grupos propriamente ditos. Logo, a (má) transformação contratual do contrato de dominação descritivo e não ideal é muito mais profunda do que no contrato descritivo hegemônico. São as instituições sociais que nos formam e nos corrompem, uma explicação que

84 BROOKE, Christopher. Rousseau's political philosophy: stoic and augustinian origins. In: RILEY, Patrick (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 110.

85 HULLIUNG, Mark. Rousseau, Voltaire, and the revenge of Pascal. In: RILEY, Patrick (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001, p. 67)

“situa as origens do mal não em um pecado original do Primeiro Casal, mas nas consequências da organização das sociedades humanas”⁸⁶. E as implicações para a (boa) transformação contratual concebida no contrato prescritivo irreal são, conseqüentemente, muito mais amplas do que na versão hegemônica, uma vez que a teoria radical do contrato então nos aponta a necessidade não de apenas derrubar essas estruturas de dominação, mas os *próprios contratantes* enquanto seres intrinsecamente de gênero e de raça. Assim como Marx concebeu uma sociedade sem classes, os contratos sexuais e raciais, ao enfatizarem a natureza construída do gênero e da raça, abriram caminho para a possibilidade e premência de uma sociedade sem gêneros e sem raças.

5. OBJEÇÕES E RÉPLICAS

Considero agora algumas objeções que podem ser feitas ao contratualismo revisionista ora proposto.

1. O “contrato de dominação” é um sobressalente ocioso, que não tem função alguma e não é indispensável para se teorizar normativamente sobre essas questões.

O argumento não é de que o contrato de dominação é necessário, mas, sim, que ele é útil para nos apontar e destacar certas realidades importantes que geralmente não são discutidas nessa estrutura e que o sistema do contrato hegemônico tende a anuviar. Portanto, não é uma questão de implicação lógica, e sim de orientação conceitual, valor heurístico, apontando-nos para *além d’aqui*. Além disso, a acusação de “sobressalente” é também feita ao contrato rawlsiano, o que mostra que o contrato de dominação é tão vulnerável quanto o contrato rawlsiano.

2. O “contrato” é apenas uma metáfora e não explica coisa alguma, o que também vale para o “contrato de dominação”; o que precisamos é de uma teoria sociopolítica de base empírica sobre os reais mecanismos causais de opressão.

Muitos filósofos há muito argumentam que as metáforas de fato têm função cognitiva. Em todo caso, o contrato de dominação ocupa o mesmo lugar que o contrato hegemônico no que diz respeito a uma investigação sociopolítica empírica.

O contrato de dominação não está competindo com as investigações empíricas, mas, sim, complementando-as, fornecendo no nível de abstração adequado para a filosofia política um arcabouço intelectual que pode ser utilizado por teóricos com visões amplamente distintas quanto às causas da opressão social e, ao mesmo tempo, permanecer agnóstico e descompromissado quanto a qual dessas visões é a mais convincente. Portanto, teóricos com perspectivas bastante divergentes podem, no mínimo, congrega-se nessa plataforma minimalista comum.

3. Se o contrato é uma forma de “dominação” ou não, esse sistema vincula seus defensores a um modelo liberal.

Eu vejo isso como uma virtude, e não como uma fraqueza – uma forma de questões hegemônicas tipicamente discutidas apenas nos círculos radicais aproveitarem-se de um sistema já respeitável (o objetivo dos liberais não é converter, em vez de apenas “ensinar o padre a rezar a

86 BROOKE, 2001, p. 111.

missa"?). Além disso, embora endosse valores liberais, o contrato de dominação explicitamente rejeita a ontologia social de indivíduos atomizados geralmente associada ao liberalismo e se coloca a favor de uma ontologia de indivíduos *na condição de* membros de grupos sociais. Logo, esse contrato potencialmente retém as principais perspectivas da teoria liberal, isto é, o papel opressivo das estruturas de classe, gênero e raça.

4. Os próprios valores liberais são suspeitos.

Existe outra opção? Além disso, o que há de errado com a igualdade moral, autonomia, autorrealização, igualdade perante a lei, devido processo, liberdade de expressão, liberdade de associação, direito de voto etc.?

Para mim, não há problema algum aí. O real problema historicamente tem sido atribuir esses valores a uma população restrita ou o fato de as estruturas sociais opressoras eliminarem o conteúdo real substantivo das liberdades nominais. Mas a questão de se mapear um "contrato de dominação" é conseguir rastrear e, em última instância, eliminar esses problemas. Considerem-se as alternativas: (i) Marxismo: atualmente moribundo na ausência de um projeto socialista atraente, historicamente fraco nas questões normativas e, em todo caso, incontestavelmente parasitário dos valores liberais, apresentando, em sua tradição, pouca argumentação de cunho normativo (por exemplo, afirmações sobre o subjugo da igualdade liberal pela classe dominante); (ii) Comunitarismo: vulnerável à carga de relativismo e, em todo caso, a orientação conservadora da variedade dominante é particularmente alheia a grupos como as mulheres e as minorias raciais, para as quais os "bons velhos tempos" (*coverture*? escravidão? colonialismo) não foram de forma alguma bons e dificilmente inspiram nostalgia; (iii) Pós-estruturalismo: notoriamente melhor em desconstrução do que em reconstrução positiva. Além disso, se as demandas por justiça racial e de gênero são concebidas apenas como a vontade dos subordinados pelo poder, então como essa concepção poderá de alguma forma legitimá-los?; (iv) Ética feminista do "cuidado": muitos feministas têm reduzido o forte apoio inicial a essa alternativa admitindo que, mesmo se (em alguns casos) precisamos de mais do que justiça, definitivamente, estamos precisando de justiça.

5. *À medida que nenhum teórico político (hoje) exclui as mulheres brancas e as pessoas de cor, a teoria hegemônica do contrato social já está levando em consideração os interesses desses indivíduos.*

Precisa-se distinguir inclusão substancial de inclusão meramente formal, nominal. A já conhecida crítica feminista feita por Okin e outras mostra que apenas adicionar as mulheres e sua causa, alterando "eles" por "elas" nos manuscritos, não leva a uma reflexão renovada e séria sobre o Estado e à consequente justiça de gênero. O notório pressuposto original de Rawls de que a família pode ser tratada como uma instituição "ideal" e o descaso geral da literatura hegemônica masculina no que diz respeito à diferença que o gênero faz na sociedade demonstra a contínua marginalização desses interesses. A situação, porém, é ainda pior no caso da raça: nas obras sobre justiça escritas por filósofos políticos brancos, não há qualquer reconhecimento de que os Estados Unidos e as antigas potências colonialistas têm sido historicamente entidades políticas de supremacia branca e que a *injustiça* racial tem sido parte central nessa história.

6. *A crítica à teoria hegemônica do contrato se perde, uma vez que não é que essa teoria está tentando e não está conseguindo fazer o que você quer que ela faça; ela, na verdade (como exercício na teoria ideal, como você reconhece no início), não está de forma alguma tentando fazer o que você quer que ela faça.*

Se a tarefa da filosofia política é articular ideais de uma sociedade justa, então, certamente, em algum estágio – até mesmo para uma teoria ideal – o objetivo final deve ser comparar esses ideais com a nossa sociedade obviamente não ideal a fim de verificar como torná-la mais justa. (Se essa *não* é a intenção e esses ideais são apenas para fins de contemplação estética, então se trata de uma notória abdicação do papel histórico da teoria ética e seu vínculo com a razão prática!) O próprio Rawls afirmou que o ponto de partida da teoria ideal era que ela nos daria um melhor entendimento dos problemas mais prementes da teoria não ideal, mas como apontado no início, quarenta anos depois a promessa continua praticamente não cumprida. Então, levanta-se a questão: os teóricos hegemônicos do contrato estão ou não realmente levando a sério a justiça social?

7. *As origens da teoria do contrato social no pensamento burguês do homem branco, necessariamente, contamina seus pressupostos teóricos e estruturação de seus conceitos centrais – por exemplo, o “individual”, com efeito, necessariamente será concebido como um homem que tem propriedade e uma mulher em casa para fazer o trabalho reprodutivo. Então, esse sistema não pode ser recuperado e transformado para fins liberais.*

Precisamos distinguir implicação lógica (inevitável) de viés teórico (mais fraco). A história do “contrato” mostra que ele é flexível o bastante para ser radicalizado e submetido a reconceituação, como em Rousseau, conforme citado, ou em Rawls sobre desvantagem de classe (tema no qual Rawls é brilhante), ou a adaptação que Okin faz de Rawls aplicada à família. A tarefa é repensar (à luz das estruturas de dominação) o que seria necessário para que os subordinados concretizem sua “individualidade”. Todavia, isso não significa abandono do conceito, mas apenas uma visão expandida dos obstáculos sociais pertinentes – o que é precisamente aquilo que o “contrato de dominação” se propõe a destacar.

8. *Conforme você mesmo reconhece, o atrativo e a contínua retomada da teoria do contrato social se deve, em parte, à sua própria simplicidade como uma imagem e metáfora. Mas essa simplicidade se perde a partir do momento em que você começa a misturar as coisas não com um único contrato, mas vários “contratos” interligados. Se há necessidade de tantos epíclis e complexidades, não se perde a metáfora original e, portanto, não deveríamos simplesmente abandonar o projeto?*

A simplicidade é, indubitavelmente, uma virtude teórica, mas a não a única ou a mais importante. O mais importante é a adequação ao campo de estudo. A sociedade é complexa, e a facilidade de entender o contrato original vem à custa de ofuscar e profundamente deturpar a história social real e nos cegar para as questões prementes de justiça social. Irrefutavelmente, as ideias centrais da teoria do contrato social são a concepção da sociedade e do Estado como criações humanas e o compromisso (mesmo que originalmente limitado) com o igualitarismo moral. Essas ideias são mantidas no contrato de dominação, embora colocadas sobre uma base mais bem informada sociologicamente. Então, eu diria que se ganha mais complicando a ideia de contrato do que se perde abrindo mão da simplicidade.

6. CONCLUSÃO: APROPRIANDO-SE DO CONTRATO

Minha recomendação, então, é que nós – igualitaristas, feministas, teóricos críticos da raça e liberais em geral na teoria política que se ocupam de questões reais de justiça social – trabalhemos para uma mudança de paradigma na teoria do contrato, não abrindo mão do contrato para os teóricos hegemônicos, mas, sim, buscando apropriar-nos dele e voltá-lo para fins emancipatórios. Segundo a citação de Kymlicka⁸⁷ apresentada nesta exposição, o contrato é realmente apenas um “dispositivo [...] que muitas tradições distintas têm utilizado por razões as mais distintas”. Rawls⁸⁸, similarmente, às vezes se refere à sua versão atualizada do contrato (o véu, a posição original) como um “dispositivo expositivo”. Logo, dada essa identidade essencialmente instrumental do contrato, não existe uma barreira forte ao seu desenvolvimento de forma radical: o contrato de dominação como um “dispositivo expositivo” para a teoria não ideal. Quando se reconhece quão proteano o contrato historicamente tem se apresentado e quão fundamental do ponto de vista político é sua visão da criação humana de sociedade e de nós mesmos como seres sociais, consegue-se compreender que seu emprego conservador é resultado não de seus aspectos intrínsecos, mas do seu uso por um grupo privilegiado de homens brancos hegemônico na teoria política que tem tido nenhuma motivação para extrapolar a sua lógica. Longe de ser um modelo necessariamente burguês, necessariamente sexista ou necessariamente racista, a teoria do contrato tem um potencial radical mal explorado e pode servir de veículo para traduzir em discurso convencional a maior parte, se não a totalidade, das principais reivindicações da teoria política democrática radical.

O principal avanço conceitual é simplesmente remover todos os pressupostos e correspondente infraestrutura conceitual de um individualismo outrora restrito à burguesia como homens brancos que ainda molda as características do contrato hoje e substituí-la por uma ontologia de grupos⁸⁹. O contrato de classes de Rousseau, o contrato sexual de Pateman e meu contrato racial (idealmente combinados, obviamente) podem ser concebidos como ainda estando na tradição do contrato no sentido mínimo definido anteriormente, isto é, a afirmação do papel histórico da causalidade humana (na verdade, a insistência nesse papel) em moldar o Estado e o compromisso com a realização substantiva do igualitarismo moral em sua necessária transformação. Em contrapartida, os pressupostos do contrato hegemônico em sua forma contemporânea, presumindo inclusão universal e contribuição geral, dificultam que o sistema enfrente a necessária tarefa de justiça corretiva ao, em certo sentido, assumir o próprio objeto que precisa ser substancialmente alcançado. Ao adicionar as mulheres de todas as raças e os homens de todas as cores (para não falar da classe operária de homens brancos), está-se, com efeito, falando da *maioria* da população, e de seus descendentes, que está excluída, de uma forma ou de outra, do contrato histórico! Um dispositivo teórico cujas pretensões clássicas são representar a inclusão sociopolítica universal na verdade e captar a experiência de apenas uma minoria da população, uma vez que a desigualdade não tem sido a exceção, mas, sim, a *norma* nas sociedades modernas.

Longe de representar os interesses da “minoridade”, portanto, o contrato de dominação com efeito oferece uma descrição precisa da situação para a maioria. E longe de ser anti-iluminista,

87 KYMLICKA 1991, p. 196.

88 RAWLS, 1971, p. 21.

89 Cf. YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990; CUDD, 2006.

eletem um argumento muito mais robusto para dar continuidade ao legado iluminista. Entender os fatos corretamente é parte essencial da missão iluminista, o que não é cumprido pela teoria hegemônica do contrato com sua imagem mistificada das origens e do funcionamento dos Estados modernos. Se se supõe que o Iluminismo está comprometido com o igualitarismo moral e uma transformação da sociedade a fim de concretizar esse imperativo, então ignorar as formas como a classe, o gênero e a raça carecem substancialmente de igualitarismo nominal dificilmente será possível atingir essa igualdade. Por meio de um mapeamento descritivo mais preciso do contrato de dominação, o alcance emancipatório do igualitarismo do contrato prescritivo atingirá, então, seu escopo mais amplo em vez de estar, tal qual no presente, efetivamente confinado à liberdade e à igualdade de poucos.

Em suma, pode-se argumentar que a teoria radical do contrato que emprega o contrato de dominação como um mecanismo de mapeamento descritivo, longe de ser uma usurpação teórica, é a *verdadeira herança* da tradição do contrato social no que ela tem de melhor, sendo a teoria hegemônica do contrato que de fato tem traído sua promessa. Se a guerra é extremamente importante para ser confiada aos generais, pode-se dizer que a teoria do contrato social é importante demais para ser confiada aos teóricos do contrato social. Nós é que devemos reivindicá-la.

REFERÊNCIAS

- ANTONY, Louise M.; WITT, Charlotte E. (Ed.). *A mind of one's own: feminist essays on reason and objectivity*. Boulder, CO: Westview Press, 2001.
- BARRY, Kathleen. *Female sexual slavery*. New York: New York University Press, 1984.
- BERNASCONI, Robert. Kant as an unfamiliar source of racism. In: WARD, Julie K.; LOTT, Tommy L. (Ed.). *Philosophers on race: critical essays*. Malden, MA: Blackwell, 2002.
- BERNASCONI, Robert. (Ed.). *Race*. Malden, MA: Blackwell, 2001a.
- BERNASCONI, Robert. Kant's third thoughts on race. In: ELDEN, Stuart; MENDIETA, Eduardo (Ed.). *Reading Kant's geography*. Albany, NY: State University of New York Press, 2011.
- BERNASCONI, Robert. Who invented the concept of race? Kant's role in the enlightenment construction of race. In: _____. (Ed.). *Race*. Malden, MA: Blackwell, 2001b.
- BOUCHER, David. The social contract and its critics: an overview. In: _____.; KELLY, Paul. (Ed.). *The social contract from Hobbes to Rawls*. New York: Routledge, 1994b.
- BOUCHER, David; KELLY, Paul (Ed.). *The social contract from Hobbes to Rawls*. New York: Routledge, 1994a.
- BROOKE, Christopher. Rousseau's political philosophy: stoic and augustinian origins. In: RILEY, Patrick (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001.
- CLARK, Lorene M. G.; LANGE, Lynda (Ed.). *The sexism of social and political theory: women and reproduction from Plato to Nietzsche*. Toronto: University of Toronto Press, 1979.
- CUDD, Ann. E. *Analyzing oppression*. New York: Oxford University Press, 2006.
- DARWALL, Stephen. (Ed.). *Contractarianism/Contractualism*. Malden, MA: Blackwell, 2003.
- EDWARDS, Paul. (Ed.). *The encyclopedia of philosophy*. New York: Macmillan Publishing Co.; The Free Press, 1967. 8 v.
- ELDEN, Stuart; MENDIETA, Eduardo (Ed.). *Reading Kant's geography*. Albany, NY: State University of New York Press, 2011.

- EZE, Emmanuel Chukwudi. (Ed.). *Postcolonial african philosophy: a critical reader*. Cambridge, MA: Blackwell, 1997b.
- EZE, Emmanuel Chukwudi. The color of reason: the idea of 'race' in Kant's anthropology. In: _____. (Ed.). *Postcolonial african philosophy: a critical reader*. Cambridge, MA: Blackwell, 1997a.
- FILMER, Robert. *Patriarcha and other political works of Sir Robert Filmer*. Oxford: Blackwell, 1949.
- FILMER, Robert. *Patriarcha, or the natural power of kings*. Editado por Rafael Gamba. Edicion Bilingue. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- FREEMAN, Samuel. (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- FRENCH, Peter A.; UEHLING JR., Theodore E.; WETTSTEIN, Howard K. (Ed.). *Midwest studies in philosophy: the philosophy of the human sciences*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1990.
- GAUTHIER, David P. *Morals by Agreement*. New York: Clarendon Press, 1986.
- GOLDBERG, David Theo. *Racist culture: philosophy and the politics of meaning*. Cambridge, MA: Blackwell, 1993.
- GOLDBERG, David Theo. *The Racial State*. Malden, MA: Blackwell, 2002.
- GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas. (Ed.). *A companion to contemporary political philosophy*. [1993]. Cambridge, MA: Blackwell Reference, 2007.
- HAMPTON, Jean. Contract and consent. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas. (Ed.). *A companion to contemporary political philosophy* [1993. 2 v.]. Cambridge, MA: Blackwell Reference, 2007.
- HAMPTON, Jean. Feminist contractarianism. In: ANTONY, Louise M.; WITT, Charlotte E. (Ed.). *A mind of one's own: feminist essays on reason and objectivity*. Boulder, CO: Westview Press, 2001.
- HAMPTON, Jean. *Political philosophy*. Boulder, CO: Westview Press, 1997.
- HAMPTON, Jean. The contractarian explanation of the state. In: FRENCH, Peter A.; UEHLING JR., Theodore E.; WETTSTEIN, Howard K. (Ed.). *Midwest studies in philosophy: the philosophy of the human sciences*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1990.
- HOBBS, Thomas. 1991. *Leviathan*. [1991]. Editado por Richard Tuck. New York: Cambridge University Press 1996.
- HOBSON, John M. *The eurocentric conception of world politics: western international theory, 1760-2010*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- HONDERICH, Ted. (Ed.). *The Oxford companion to philosophy*. New York: Oxford University Press, 1995.
- HULLIUNG, Mark. Rousseau, Voltaire, and the revenge of Pascal. In: RILEY, Patrick (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KLEINGELD, Pauline. Kant's second thoughts on race. *The Philosophical Quarterly*, v. 57, p. 573-592, out. 2007.
- KYMLICKA, Will. The social contract tradition. In: SINGER, Peter (Ed.). *A companion to ethics*. Cambridge, MA: Blackwell Reference, 1991.
- LASLETT, Peter. Social contract. In: EDWARDS, Paul. (Ed.). *The encyclopedia of philosophy*. New York: Macmillan Publishing Co.; The Free Press, 1967. v. 7.
- LOSURDO, Domenico. *Liberalism: a counter-history*. [2006]. Trans. Gregory Elliott. New York: Verso, 2011.
- MACKINNON, Catharine A. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.
- MARX, Anthony W. *Making race and nation: a comparison of the United States, South Africa, and Brazil*. New York: Cambridge University Press, 1998.
- MEHTA, Uday Singh. *Liberalism and empire: a study in nineteenth century british liberal thought*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.
- MILLS, Charles W. "Ideal theory" as ideology. *Hypatia: a journal of feminist philosophy*, v. 20, n. 3, p. 165-184, 2005a.
- MILLS, Charles W. *Blackness visible: essays on philosophy and race*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1998.

- MILLS, Charles W. Kant's *Untermenschen*. In: VALLS, Andrew. (Ed.). *Race and racism in modern philosophy*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2005b.
- MILLS, Charles W. Race and the social contract tradition. *Social Identities: journal for the study of race, nation and culture*, v. 6, n. 4, p. 441-462, 2000.
- MILLS, Charles W. *The racial contract*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1997.
- MORRIS, Christopher. (Ed.). *The social contract theorists: critical essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999b.
- MORRIS, Christopher. Introduction. In: _____. (Ed.). *The social contract theorists: critical essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999a.
- NUSSBAUM, Martha. Rawls and feminism. In: FREEMAN, Samuel. (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- OKIN, Susan Moller. Feminism, the individual, and contract theory. *Ethics*, v. 100, n. 3, p. 658-669, 1990.
- OKIN, Susan Moller. *Justice, gender, and the family*. New York: Basic Books, 1989.
- OKIN, Susan Moller. *Women in western political thought: with a new afterword [1979]*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.
- OLIVER, Melvin L.; SHAPIRO, Thomas M. *Black wealth/white wealth: a new perspective on racial inequality*. [1995]. New York: Routledge, 2006.
- OUTLAW, Lucius T. Jr. *On race and philosophy*. New York: Routledge, 1996.
- PATEMAN, Carole. *The problem of political obligation: a critical analysis of liberal theory*. Cambridge: Polity Press, 1979.
- PATEMAN, Carole. *The sexual contract*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1988.
- PATEMAN, Carole; GROSS, Elizabeth. (Ed.). [1987]. *Feminist challenges: social and political theory*. Boston: Northeastern University Press, 1997.
- PEFFER, R. G. *Marxism, morality, and social justice*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.
- RILEY, Patrick (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001a.
- RILEY, Patrick. Introduction: life and works of Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). In: _____. (Ed.). *The Cambridge companion to Rousseau*. New York: Cambridge University Press, 2001b.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discourse on the origin and the foundations of inequality among men, or second discourse. [1754]. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The discourses and other early political writings*. Edição, tradução e transcrição de Victor Gourevitch. New York: Cambridge University Press, 1997a.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Of the social contract*. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract and other later political writings*. Edição e transcrição de Victor Gourevitch. New York: Cambridge University Press, 1997c.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The discourses and other early political writings*. Edição, tradução e transcrição de Victor Gourevitch. New York: Cambridge University Press, 1997b.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract and other later political writings*. Edição e transcrição de Victor Gourevitch. New York: Cambridge University Press, 1997d.
- SALA-MOLINS, Louis. *Dark side of the light: slavery and the french enlightenment*. Transcrição de John Conteh-Morgan. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press, 2006.
- SAMPLE, Ruth J. *Exploitation: what it is and why it's wrong*. Lanham, MD: Rowman; Littlefield, 2003.
- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. [1982]. New York: Cambridge University Press, 1998.
- SCHOTT, Robin May. (Ed.). *Feminist interpretations of Immanuel Kant*. University Park, PA: The Pennsylvania State University Press, 1997.

Charles W. Mills

SCHRÖDER, Hannelore. Kant's patriarchal order. Transcrição de Rita Gircour. In: SCHOTT, Robin May. (Ed.). *Feminist interpretations of Immanuel Kant*. University Park, PA: The Pennsylvania State University Press, 1997.

SHIPLER, David K. *The Working Poor: Invisible in America*. New York: Alfred A. Knopf, 2004.

SINGER, Peter. (Ed.). *A companion to ethics*. Cambridge, MA: Blackwell Reference, 1991.

SMITH, Rogers M. *Civic ideals: conflicting visions of citizenship in U.S. history*. New Haven, CT: Yale University Press, 1997.

VALLS, Andrew. (Ed.). *Race and racism in modern philosophy*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2005.

WALZER, Michael. Contract social. In: HONDERICH, Ted. (Ed.). *The Oxford companion to philosophy*. New York: Oxford University Press, 1995.

WARD, Julie K.; LOTT, Tommy L. (Ed.). *Philosophers on race: critical essays*. Malden, MA: Blackwell, 2002.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.

O ACESSO À JUSTIÇA: AO PODER JUDICIÁRIO OU À ORDEM JURÍDICA JUSTA?¹

ACCESS TO JUSTICE: ACCESS TO JUDICIARY
POWER OR TO JUST LEGAL ORDER?

JOSÉ CLÁUDIO ROCHA²
CRISTIANO CRUZ ALVES³

RESUMO

O acesso à justiça tem sido compreendido pela nossa tradição jurídica como um dos princípios informadores do processo no âmbito judicial. À luz da Constituição, o acesso à justiça não se realiza apenas pelo direito público subjetivo propondo uma ação, mas pela vedação ao legislador em editar lei que exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Para além desses dois aspectos, buscou-se compreender, neste trabalho, o acesso à justiça deslocado do seu clássico conceito de acesso ao Poder Judiciário para o “acesso à ordem jurídica justa”. Nesse sentido, alguns direitos terminam por constituir alicerces na construção de uma ordem jurídica justa. O município, como ente autônomo da federação, possui competências materiais e legislativas que possibilitam a materialização desses direitos e o acesso à justiça, que compõem o escopo deste trabalho. Entender como o município pode, por meio do seu poder legiferante, contribuir para a diminuição dos obstáculos tradicionais ao acesso à justiça (econômicos, sociais e de informação) e para a previsão de direitos que darão acesso a direitos fundamentais é o objetivo fundamental com este artigo.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direitos fundamentais. Justiça. Município.

ABSTRACT

Access to justice has been understood by our legal tradition as one of the informing principles in the judicial process. Under the Constitution, access to justice is not done only by a subjective public right when proposing an action, but by the legislature in redacting a law that excludes any injury or threat to the law from the consideration of the judiciary. In addition to these two aspects, this paper seeks to understand access to justice, moving away from the classic concept of access to the judiciary to one of “access to a just legal order.” Thus, some rights constitute the ultimate groundwork for building a just legal order. The municipality, as an entity autonomous from the federation, has material and legislative powers that enable the realization of these rights and access to justice, which constitute the scope of this paper. Understanding how the municipality may, through its legislative body, contribute to reducing the traditional barriers to access to justice (economic, social, and informational) and for the prediction of rights that give access to fundamental rights is the primary goal of this paper.

Keywords: Access to justice. Fundamental rights. Justice. Municipality.

- 1 Este trabalho foi apresentado sob a forma de comunicação no dia 3 de dezembro de 2010, no *workshop/seminário Repensando o acesso à justiça no Brasil*, ocorrido entre 29 de novembro e 4 de dezembro de 2010, promovido pela Foundation/CESAL. É resultado da pesquisa e estudo financiados pelo programa de apoio à pesquisa PICIN/UNEB.
- 2 Pró-Reitor de Pesquisa e Ensino de Pós-Graduação da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professor adjunto do Departamento de Ciências Humanas e Tecnologias – *Campus XIX* –, da UNEB. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Doutor em Educação pela UFBA. E-mail: josecrocha@terra.com.br.
- 3 Professor do curso de Pedagogia do Programa REDE UNEB. Mestre em História Social pela UFBA. Especialista em Metodologia do Ensino, Pesquisa e Extensão. Graduado em História pela UFBA. Graduando em Direito pela UNEB. Bolsista PICIN. E-mail: ccalves2@ig.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Por acesso à justiça tem se entendido, majoritariamente, por princípio constitucional que fundamenta o direito de acesso aos tribunais, o direito de recorrer da violação de direito subjetivo. Tal acepção está em perfeita sintonia com o Estado Democrático, que deve ser erguido segundo o mandamento da Constituição em seu art. 1^o⁴. Todavia, o acesso à justiça, no nosso sentir, abarca outras características além da dimensão processual. Consideramos esse aspecto sumamente importante, porém, ao não trazê-lo para a discussão na sua devida relevância – impedimentos que impossibilitam o cidadão o pleno acesso à justiça –, estaremos sobremaneira enfatizando a pura instrumentalidade em detrimento da substancialidade do preceito constitucional⁵.

Neste trabalho, são tecidas algumas considerações sobre o acesso à justiça no sentido mais amplo possível, ao se investigar a história desse princípio na *Lex Legum*, bem como os outros entes federativos podem contribuir para a satisfação plena de justiça que o Estado brasileiro configurou em sua Constituição, notadamente o município, dada sua história de menoscabo das Constituições em preceituar tão poucas competências a esse ente.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

O acesso à justiça tem se feito presente nas Constituições brasileiras desde a Carta de 1946, quando em seu texto foi incluído o seguinte dispositivo: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.⁶

Entretanto, dado o caráter formal e substancial entre os direitos humanos e, ao mesmo tempo, direito fundamental⁷, o acesso à justiça não é exclusividade do direito pátrio e, muito

4 O povo brasileiro declarou, por intermédio dos seus representantes, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Para alguns cultores do direito, o representante constituinte elegeu o regime político democrático para o qual o direito será sua base fundamental [Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 set. 2010]. “Distinguem-se os regimes de governo em democrático e autocrático, com base na existência, ou não de participação do povo – destinatário das ações governamentais – na escolha dos governantes, na elaboração das normas a que o Estado e o próprio povo estarão sujeitos.” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*, p. 260)

5 André Ramos Tavares tenta identificar doutrinariamente qual a distinção entre princípio e preceito: “Quando se fala em ‘princípios’ é evidente que a noção engloba toas as possíveis espécies que a doutrina assinala (toda a tipologia de princípios). Mas nem todos serão preceitos fundamentais. Parcela destes terá natureza principiológica, mas nem tudo que se assinala a natureza principiológica será preceito fundamental. Dessa forma, pode-se afirmar que nem todo princípio constitucional é um preceito fundamental, e nem todo preceito fundamental será uma norma principiológica, apenas adquirindo essa qualidade na medida em que seja pertencente à categoria dos princípios. Assim, todo princípio é, naturalmente, um preceito, mas não um preceito qualquer, antes apresentando natureza principiológica (já que entre os preceitos existem regras). E será preceito fundamental apenas em casos nos quais se agregar a sua condição principiológica a natureza fundamental.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 147)

6 BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946, art. 5º inciso XXXV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 2 out. 2010.

7 Há discussão acirrada acerca da controvérsia da utilização de terminologias como “direito humanos” ou “direitos fundamentais”. Parece-nos que não há dúvida que tais direitos são resultados de conquistas históricas ao limitar o poder do Estado (as chamadas liberdades negativas) e ao obrigar este mesmo Estado a facultar direitos e dispor de meios que os garantissem face ao crescimento econômico de certas classes sociais, evitando o aprofundamento de distorções sociais (as chamadas liberdades positivas). A questão se cinde na concreção positiva ou não desta modalidade de direitos, que segundo Perez Luño é pressuposto indispensável para caracterizar um direito humano como fundamental devido justamente a imprecisão

provavelmente, de grande parte dos países de democracia moderna, como preceitua o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens:

Art. 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele⁸.

Nesse sentido também temos o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966⁹ e o art. 8º, item 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969¹⁰. Sob esse ponto de vista, não há dúvidas de que o acesso à justiça é um direito fundamental presente em diversos textos supralegais, mas também a própria garantia do Estado Democrático de Direito. Isso porque de

nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle da sua observância.¹¹

O acesso à justiça, sem entrar neste momento na justificativa própria dessa expressão, caracteriza-se pela teoria constitucional moderna como um princípio constitucional. Estudos que revelam a teoria dos princípios têm demonstrado que todas as normas constitucionais têm eficácia jurídica, não se devendo cogitar na hipótese da sua não observância baseada em seu maior ou menor grau de coercitividade, ou mesmo na sua generalidade ampla, fundamentando tais argumentos na distorção do pensamento de Boulanger¹², que afirma ser o princípio uma “série indefinida de aplicações”.

Os primeiros, talvez, a estudar os princípios ampliando sua força normativa sem, entretanto, lhes retirar o conteúdo programático, foram Robert Alexy e Ronald Dworkin, que já falavam em normatividade dos princípios constitucionais e nas diferenças entre estes e as regras constitucionais.¹³ A questão que concerne a este ponto do trabalho sobre a teoria dos princípios é a identificação do acesso à justiça como princípio constitucional, visto que este já se encontra disposto no art. 5º, inciso XXX da CF e, portanto, perfazendo-se em norma constitucional limadora do poder de atuação do legislador ordinário.

conceitual daquela terminologia. [Cf. PÉREZ LUÑO, A. E. (Org.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio* apud BRANDÃO, Raimundo dos Reis. *O acesso à justiça: como um direito fundamental*, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18542/O_Acesso_%C3%A0_Justi%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2010]

8 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 7 set. 2010.

9 “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 7 set. 2010)

10 “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional de direitos civis e políticos*, 1966, art. 8º, item 1. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 7 set. 2010)

11 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 273.

12 BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit et droit positif*. In: _____. *Le droit privé français au milieu du XX. siècle: études offertes à Georges Ripert* apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 267.

13 Para maior aprofundamento, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; ALEX, Robert. *Teorias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

A moderna hermenêutica jurídica capitaneada por Norberto Bobbio, e em decorrência dessa a hermenêutica constitucional¹⁴, encabeçada por Ronald Dworkin e Robert Alexy e mais lá atrás Jean Boulanger, indicou algumas características essenciais e imanentes às normas para classificá-las como princípios. Dentre algumas citamos duas que ponderamos ser os traços diferenciadores e até certo ponto determinantes para que o acesso à justiça seja tomado como princípio.

O primeiro é o caráter de justiça que o princípio encerra em si. Está diretamente ligado a ideia etimológica de direito, porque além de delimitar a interpretação da situação fática perante o ordenamento jurídico no sentido da justiça, não obstante seu algo grau de generalidade, faz com que as regras não sejam desvirtuadas do espírito do sistema. Não à toa que Watanabe também utilizou a expressão, “acesso a ordem jurídica justa”.¹⁵

O segundo diz respeito ao seu papel integrador¹⁶ cuja aceitação era pacífica entre aqueles que não concebiam os princípios como norma, mas que, a nosso sentir, não pode ser denegado sua importância, pois se verifica que a interpretação se coaduna com valores e com sentido ético da norma. Soma-se a isso o papel orientador, ainda no escopo tradicional da epistemologia dos princípios, vinculado à doutrina do positivismo jurídico. Nessa fase evolutiva da teoria dos princípios, sobeja-se a natureza integrativa do princípio em relação à norma, como afirma Paulo Bonavides¹⁷.

Dessa maneira, o acesso à justiça, tal como descrito em nossa Lei maior – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” –, tanto estabelece uma vedação clara ao legislador ordinário, num óbvio limite em observância aos valores éticos e da justiça, bem como tem natureza hermenêutica, visto que é, por si próprio, fundamento de regras jurídicas.

3. O GRAU DE HISTORICIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA E SUA CONCEPÇÃO MODERNA

Não se pretende, neste ponto do trabalho, relatar amiúde as fases pelas quais atravessou o acesso à justiça. Somente serão tecidas considerações relevantes para sustentar o escopo argumentativo sobre a inflexão moderna do princípio do acesso à justiça, da passagem do mero acesso ao Judiciário para o acesso a uma ordem jurídica justa.

A história do princípio do acesso à justiça se confunde, como não poderia deixar de ser, já que está inscrito no catálogo dos direitos fundamentais, com a própria evolução dos direitos humanos. Representa um dos direitos negativos¹⁸ que não devem ser violados, (portanto são

14 Há uma tendência em configurar-se por parte dos estudiosos do direito uma hermenêutica como consequência do constitucionalismo moderno que impinge aos ordenamentos jurídicos a constitucionalização do direito privado, por exemplo.

15 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P. (Org.). *Participação e processo*, p. 698.

16 O sentido integrador da norma que baseia o pensamento de parcela da doutrina que não adere à ideia das “normas-princípios” encontra fundamento na própria ordem jurídica, especificamente no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n. 4.657/42. (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.html>>. Acesso em: 19 nov. 2010)

17 BONAVIDES, Paulo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

18 Bobbio os intitula de “liberdades negativas”. (Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

direitos subjetivos públicos), ou seja, o dever do Estado de não interferir na busca do cidadão pela justiça. Esse direito fundamental pertence à primeira dimensão de direitos, que corresponde àqueles direitos oriundos da criação do Estado liberal do século XVIII e são oponíveis ao Estado, como a liberdade, a associação, a manifestação. Norberto Bobbio mostra que essa categoria de direitos surgiu como forma de limitar o Estado quando age em desfavor da liberdade do indivíduo, e que ele chama de “liberdades negativas”, *in verbis*:

Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não agir do Estado¹⁹.

Um dos remédios citados por Bobbio acima para enfrentar as ações tentadoras aos direitos fundamentais é o direito de acesso à justiça, que prescreve que não haverá lesão ou ameaça a direito que não seja submetida à apreciação do Estado-Juiz. Isso se deve ao processo histórico que remonta à formação do poder político moderno, desde a dissolução das bases da sociedade medieval e o erguer-se da modernidade. O marco inicial é a Idade Média, não por acaso. Foi nesse período que a Magna Carta, de 1215, estabeleceu “limitações impostas às prerrogativas do rei, em especial no que tange a questões financeiras e tributárias”.²⁰

O fortalecimento do Estado na Idade Moderna, momento bem representado pela teoria política hobbesiana do *Leviatã*, que surgiu para evitar a guerra de todos contra todos, retirou os poderes dos senhores de terras medievais e, com isso, garantiu o homem contra a sanha do próprio homem. Em seguida, surgiu a necessidade de proteger o homem do próprio Estado.²¹

Seguem-se às transformações do Estado: o constitucionalismo moderno que preconiza a separação de poderes, limitações do Estado às questões eminentemente de ordem pública e não intervenção na esfera privada, além de um catálogo de direitos e garantias oponíveis ao Estado e que constitui o garante dos cidadãos.

Foi nesse bojo que o acesso à justiça se inseriu como princípio constitucional: um dos mecanismos de limitação do Estado que encerrou em si, inicialmente, a vedação ao legislador que restringisse ao Judiciário apreciar quaisquer ameaças ou lesões a direitos, violando frontalmente o princípio da separação de poderes.

No Brasil, o princípio ingressou no nosso ordenamento por meio de uma reação a

atos arbitrários que, aproveitando a inexistência de prescrição constitucional expressa (lembrar que referido direito só adquiriu *status* de preceito constitucional com a Constituição de 1946), muitas vezes, por intermédio de lei ou decreto-lei, excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito²².

O acesso à justiça conheceu três fases, segundo Cappelletti e Garth²³. A primeira se caracterizou pela assistência judiciária que, atualmente, está esculpida no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. A segunda fase se caracterizou pela ampliação do acesso ao Judiciário

19 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 6.

20 PAGANI, Fernando Mattos. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*, p. 29.

21 Cf. PAGANI, Fernando Mattos. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

22 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, p. 698.

23 Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

aos interesses difusos. E a terceira passa pela remoção dos obstáculos que ainda existem para o pleno acesso à justiça.

O acesso à justiça, entendido pela doutrina como acesso ao Poder Judiciário, compõe-se, na visão de André Ramos Tavares²⁴, da inafastabilidade da jurisdição ou o direito de ação, direito de petição, direito de certidão e direito de defesa. Já Fernando Pagani Mattos²⁵ considera que o acesso também se compõe de vários elementos, mas distintos daqueles expostos acima. Seriam eles: a assistência judiciária, a inafastabilidade do Poder Judiciário, a celeridade processual e o devido processo legal. Como se percebe, apesar de o acesso à justiça estar presente em vários dispositivos constitucionais, não há concordância com relação ao que o constitui. O enfoque da doutrina é o acesso ao Poder Judiciário, com instrumento de realização da justiça.

Entretanto, o acesso à justiça não é apenas a possibilidade de acessar o meio judicial de solução de conflitos, tampouco não representa somente obstáculos econômicos, sociais e educacionais, mesmo que se tenha nestes importantes empecilhos para sua realização.

Adotando a perspectiva de Kazuo Watanabe²⁶ de maneira mais ampla, postulamos a ideia de que a existência de condições que na nossa visão seriam direitos que dariam acesso a direitos fundamentais possibilitaria a realização do acesso a justiça, no seu sentido objetivo²⁷. No enfoque zetético²⁸, a justiça aqui referida não é a prestação jurisdicional, mesmo realizada sem os tradicionais obstáculos elencados, cuja atuação é corretiva, ou seja, após a lesão ou ameaça a direito, mas sob o paradigma da virtude da convivência humana que “sem uma atitude de preocupação com os outros e sem a vontade de ser equânime, os fins da justiça não podem ser normalmente atingidos”²⁹.

4. A FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DOS DIREITOS E O ACESSO À JUSTIÇA

Como dito, o acesso à justiça é um direito fundamental que permite o exercício de outros direitos. Posto isso, pode-se inferir que a existência de alguns bens jurídicos, como direitos públicos subjetivos, tem por finalidade alcançar a materialização dos direitos fundamentais.

24 Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva.

25 Cf. PAGANI, Fernando Mattos. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

26 A ordem jurídica justa se baseia no “direito à informação, direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos, direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso e efetivo acesso à justiça com tais características”. [WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, A. P. (Org.). *Participação e processo* apud PARASKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*, p. 143]

27 André Franco Montoro define justiça em dois planos: no plano subjetivo, quando se refere a uma pessoa, “como virtude ou perfeição subjetiva”; já no plano objetivo, a justiça é “uma exigência da vida social”. (MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*, p. 164)

28 O que nos importa é ultrapassar os limites da doutrina que assenta seu posicionamento em torno da atividade judicante do Estado, ressaltando que não a descartamos no plano empírico. O objetivo não é orientar, decidir, mas saber sobre seu objeto nos seus mais variados aspectos. Para maior aprofundamento cf. o clássico FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

29 MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*, p. 165.

Dois pontos a considerar e que terminam, na nossa visão, dando suporte à tese deste trabalho. O primeiro se refere ao termo “garantias”, que vem associada aos direitos fundamentais. Para Luís Roberto Barroso³⁰, essas garantias se subdividem em *jurídicas políticas e sociais*, ligadas, respectivamente, à democracia e ao exercício da cidadania, bem como à geração e à distribuição de riqueza, corroborando com a ideia de que o acesso à justiça não é apenas tão somente o exercício do direito de ação. O direito posto não é necessariamente justo; o acesso à justiça nunca se dará em uma ordem jurídica injusta, mesmo que se tenha o direito de ação e a vedação da inafastabilidade da jurisdição.

O segundo tem a ver com a questão da existência de direitos fundamentais fora do Título II da Constituição Federal. Sobre essa controvérsia, assim se pronuncia, apropriadamente, Luís Roberto Barroso:

A posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de uma dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Esse princípio integra a identidade política ética e jurídica tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do de prestação a que dão ensejo³¹.

Assim, adota-se, aqui, a tese da fundamentalidade material das normas, que prescreve ser um direito fundamental aquele que possui conteúdo materialmente fundamental, mesmo que não pertença ao catálogo de direitos fundamentais. Dessa forma, não apenas os direitos individuais não são suscetíveis de emenda tendente a abolir, mas direitos que não necessariamente pertençam a primeira geração de direitos ou estejam fora do rol de direitos e garantias fundamentais – por exemplo, o direito à educação (CF, art. 208, I).

Compreende-se, então, que o direito à educação, à cultura e ao desporto, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como exemplos, podem ser considerados direitos fundamentais, constantes da fundamentalidade material das suas normas.

Essas matérias são objeto de guarda constitucional cuja competência comum é dos quatro entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios³². Os municípios, por sua vez, como um dos guardiões da Constituição e das leis (CF, art. 23, I), é partícipe e um dos entes que devem garantir o acesso à ordem jurídica justa, na perspectiva que buscamos traçar até aqui, ressalte-se.

Nesse sentido, a legislação municipal pode e deve propiciar um escopo de direitos que serve como *garante* para o acesso a direitos fundamentais. Para tanto, na análise que se transcorrerá vamos nos deter apenas nas questões que têm pertinência com a justiça social, elemento indispensável para a compreensão ao acesso a justiça à luz das reflexões deste trabalho.

30 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

31 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 179-180.

32 No tocante ao desporto, não temos competência comum, chamada também de “competência material”, mas apenas a competência concorrente legislativa a três entes, União, Estados e Distrito Federal. Entretanto é possível aos municípios suplementar e legislação federal e estadual no que couber. [Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 set. 2010]

5. OS MUNICÍPIOS E O ACESSO A JUSTIÇA: O CASO DE CAMAÇARI

Aos municípios não é dada a competência para legislar em matéria processual. Essa competência é conferida à União (CF, art. 22, I). Não haveria, dessa forma, qualquer discussão sobre o acesso à justiça, já que esta é pertinente à União, caso não se fizesse o trajeto teórico para que, neste ponto, a nosso ver, se justificasse o posicionamento já delineado.

No estudo da legislação de Camaçari, entre 1962 e 1985 não foi editada qualquer lei municipal que pudesse ter contribuído para a construção de uma ordem jurídica justa. A explicação para isso se encontra no quadro social e político no qual o Brasil esteve imerso. Um ponto importante há que se ressaltar: o processo político que mergulhou o País em um regime de exceção por mais de vinte anos atrofiou todas as instâncias de participação política e cidadã possível, o que trouxe enorme prejuízo à educação para a *polis*. O atraso social que ocorreu nesse período em decorrência do modelo de desenvolvimento pensado para o Brasil do “Ame-o ou deixe-o” contribuiu sobremaneira para o desestímulo total da discussão e debate sobre as perspectivas de mudança, de alteração do quadro social.

Esse panorama atingiu, como não poderia deixar de ser, os municípios com a perda na prática de sua autonomia, apesar da sua manutenção formal no plano constitucional. A relação desse novo município, castrado em seu poder de organizar-se e deliberar sobre a vida do seu cidadão³³ esperando tudo da União, teve grande reflexo sobre a produção legislativa nas câmaras municipais que se descuidou nesse sentido quanto ao seu papel de instituição mais próxima do cidadão. Em clara e direta vinculação com o enfraquecimento dos direitos do cidadão em âmbito municipal e observando o peso dado à legislação federal pelos cursos jurídicos no país, a legislação municipal vinha sendo deixada ao largo do estudo e crítica quanto a sua produção e implementação – esta última, mais abandonada ainda.

Como se percebeu na pesquisa empírica, boa parte das leis promulgadas durante o regime militar referiu-se basicamente a cinco assuntos: orçamento e finanças, reajuste de salários de servidor, nomes de ruas, utilidade pública de pessoas jurídicas privadas e instituição de datas comemorativas.³⁴ Ou seja, eram leis que não diziam respeito diretamente ao cidadão. O legislador municipal atinha-se mais às questões institucionais.

Esse quadro passou a mudar após a Constituição de 1988, quando, nos seus arts. 1º e 18, estabeleceu que os municípios são entes da federação, autônomos, com capacidades de autoadministração e autogoverno. Como corolário do fim da ditadura, as liberdades civis e políticas voltaram a figurar como bens relevantes para a realização da solidariedade (CF, art. 3º, I) e não por acaso o legislador constituinte originário esculpiu, logo no Título II, entre os

33 Camaçari, juntamente com outros municípios da região metropolitana, foi declarada área de segurança municipal a partir de 1972 até 1985 (PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMAÇARI. Decreto-Lei n. 1.225, de 22 de junho de 1972. Declara de interesse da Segurança Nacional, nos termos do artigo 15, § 1º, alínea ‘b’, da Constituição, os Municípios de Lauro de Freitas, Simões Filho, Candeias e Camaçari, todos do Estado da Bahia e dá outras providências. Revogado pelo Decreto-Lei n. 002183 1984). Segundo a Constituição de 1967, o município que fosse declarado de segurança nacional teria seu prefeito nomeado pelo governador depois da prévia aprovação pelo presidente da República [BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967, art. 15, § 1º, ‘b’ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 29 set. 2010]. Essa disposição foi posteriormente revogada pela Emenda Constitucional n. 25, de 1985.

34 A Câmara Municipal de Camaçari não nos forneceu a relação das leis editadas entre 1963 e 1973. Justifica-se que não houve produção legislativa no respectivo período.

arts. 5º a 17 – os direitos e garantias fundamentais –, algo inédito na história do constitucionalismo no Brasil.

Os municípios passaram a figurar como entes da federação, segundo o art. 1º da nossa constituição e de acordo com o art. 29 passaram a serem regidos por leis orgânicas promulgadas pelos próprios municípios. Comprova-se assim que o constituinte conferiu maior relevância aos municípios em comparação com as constituições anteriores.

A disposição do constituinte originário em atribuir mais importância aos municípios não é mera questão jurídica, mesmo considerando que para a Constituição deve-se emprestar máxima eficácia aos seus dispositivos. Como Carta política, ela estabelece os contornos do Estado e, ao fazê-lo, privilegia certas correntes para realizar normativamente a vontade dele próprio, o titular do poder constituinte, o povo. Cabe ressaltar que, segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, inspirado no já clássico Carl Schmitt, a Constituição é uma decisão política fundamental³⁵.

Nesse sentido, o processo político de ruptura com o sistema político autoritário para se encaminhar ao sistema político democrático envolveu grande parte da sociedade, e os municípios não desconheciam os movimentos mais gerais em torno do fim do regime de exceção. Camaçari, como área de segurança nacional, clamava também por retornar ao regime de normalidade democrática e institucional, com eleições diretas para prefeito, já que este era escolhido pelo governador depois de prévia aprovação pelo presidente da república.

Daí por que as câmaras municipais não exerceram forte papel na conformação da vida social local. Na Constituição que antecedeu a Carta de 1988, não havia a obrigatoriedade de os municípios terem uma lei orgânica e não houve boa vontade quanto às competências dos municípios, visto o que se mencionou a respeito do seu papel reduzido até a Constituição de 1988.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o papel legiferante dos municípios, com clara disposição em retomar as rédeas da sua própria vida administrativa e pretendendo disciplinar questões locais, mudou de foco, não tocando apenas em questões como mudança de nome de rua ou matérias orçamentárias. Ocorreu uma inflexão que atenta para os contornos que do acesso à justiça que se adotou neste trabalho.

O marco dessa mudança, atenta à consecução dos direitos fundamentais, é a própria lei orgânica, que, visando dotar de efetividade os direitos da pessoa humana circunscritos na Carta política, estabeleceu alguns direitos essenciais para que outros sejam efetivados. Há vários dispositivos na lei orgânica do município de Camaçari que tangenciam esse fim implícito – por exemplo, o art. 27, § 1º:

Art. 27. São estáveis, após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público. § 1º É vedada a fixação de limite máximo de idade para efeito de ingresso no serviço público através de concurso³⁶.

Após alguns anos, em 2003, entrou em vigor o Estatuto do Idoso, que também, por coincidência, no art. 27, só que em parágrafo único, o legislador ordinário estabeleceu desta maneira a relação entre idade e ingresso no serviço público por meio de concurso:

35 ALEXANDRINO Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*, p. 7.

36 CAMAÇARI. Câmara Municipal. Lei orgânica do município de Camaçari. *Diário Oficial do Município*, 2-8 fev. 2008. Disponível em: <www.cmcamacari.ba.gov.br/.../f7b567d5ab962f0cc7d2d3f314062ad1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2010, grifo nosso.

Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada³⁷.

Percebe-se que a lei orgânica tinha ido além ao não ressaltar a natureza do cargo como freio para o acesso do idoso ao cargo público. Sem adentrar nessa questão específica, vê-se notadamente que a “participação na comunidade” como direito inscrito no art. 230 da Constituição Federal só se pode concretizar quando existirem direitos que possibilitem o exercício de outro direito ou direitos³⁸.

Neste mesmo sentido, o art. 162 da lei orgânica do Município de Camaçari determina que “é garantida, no Município, às pessoas idosas e aos portadores de necessidades especiais, a gratuidade da condução nos transportes coletivos, na forma da lei”.³⁹

Nesse diapasão e mesmo considerando que a referida norma da lei orgânica seja de eficácia contida⁴⁰, o Poder Executivo sancionou a Lei n. 691/05⁴¹ que terminou restringindo, já que se trata de uma norma de eficácia contida, às pessoas portadoras de necessidades especiais que tenha a carteira de passe livre obtida na Secretaria Municipal de Serviço Social.

Ainda dispondo a respeito dos portadores de necessidades especiais, há a Lei n. 872/08, que estabelece a instalação de semáforo sonoro nas ruas e avenidas mais movimentadas em todo o município de Camaçari.

O art. 162 da Lei Orgânica coaduna perfeitamente com o art. 230, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

37 BRASIL. Lei n.10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2011.

38 Só iremos nos atentar para as normas de eficácia plena ou contida quando se estiver mencionando a Lei Orgânica, aplicando analogamente o estudo feito por grande parte da doutrina acerca da tipologia das normas constitucionais para tipificar as normas contidas na lei orgânica. Assim, as normas de eficácia limitadas, notadamente as programáticas, que encerram em si princípios e diretrizes e contêm um comando ao legislador ordinário, não serão tomadas aqui para efeito de análise, uma vez que elas carecem de outras espécies normativas para produzir todos os seus efeitos. “O universo das normas constitucionais programáticas é identificado como aquele conjunto de normas definidoras de fins sociais o que, por si mesmo (critério material), propõe uma específica conclusão acerca da incompletude dessas normas quanto aos elementos (estruturais internos) capacitadores de uma plena e imediata aplicação ou quanto à sua capacidade de investir o indivíduo em posições jurídicas subjetivas imediatamente”. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 121-122).

39 CAMAÇARI. Câmara Municipal. Lei orgânica do município de Camaçari, art. 162. *Diário Oficial do Município*, 2-8 fev. 2008. Disponível em: <www.cmcamacari.ba.gov.br/.../f7b567d5ab962f0cc7d2d3f314062ad1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2010

40 “Em regra, as normas de eficácia contidas exigem a atuação do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura. Entretanto, a atuação do legislador não será para tornar exercitável o direito nelas previsto (este já é exercitável desde a promulgação do texto constitucional), mas sim para restringir, para impor restrições ao exercício desse direito.” (ALEXANDRINO Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. , p. 59)

41 BAHIA. Câmara Municipal de Barreiras. Lei n. 691/05, de 28 de setembro de 2005. Altera as alíneas ‘a’, ‘b’, e ‘c’ do art. 7º da Lei 658/2004, e dá outras providências. Disponível em: <www.camaradebarreiras.ba.gov.br/leis/2005/lei_691_005.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2011. Essa lei foi sancionada antes de a revisão da lei orgânica ter sido aprovada, por isso faz referência ao art. 169, que corresponde ao art. 162.

Há uma lei no município que atende à norma constitucional de eficácia limitada de tipo programático que concretiza o papel do Estado em amparar os idosos. A Lei n. 830/2007 institui a distribuição de óculos a pessoas idosas com renda até dois salários mínimos, desde que sejam submetidos a exames oftalmológicos na rede municipal de saúde.

Ainda em relação ao transporte, a lei orgânica de Camaçari observa o direito à educação⁴² quando estabelece, em seu art. 163, que, “é garantido ao estudante identificado, o pagamento da metade da tarifa na utilização dos transportes coletivos urbanos, na forma da lei”. O exercício desse direito atende a um dos princípios do ensino esculpido no texto constitucional: a igualdade para o acesso e permanência na escola (CF, art. 206).

Também nesse sentido o art. 194, V, da Constituição Federal:

Art. 194. O município assegurará:

V – o atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

A nosso ver, a primeira lei ordinária que se coaduna com o exercício de direitos que concretizam a ordem jurídica justa pensada neste artigo é a Lei n. 01/1991, que criou o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, uma vez que a Constituição Federal preceitua, em seu art. 227:

Art. 227. é dever da família, da sociedade do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A formulação de diretrizes para a política municipal de atendimento aos direitos da criança e do adolescente com base em um conselho formado por entidades da sociedade civil indica para o mandatário do Poder Executivo que as demandas oriundas do conselho são legítimas e, ao mesmo tempo, atendem, respectivamente, à responsabilidade da família, da sociedade e do Estado.

A referência ao Estado ou ao poder público autoriza os municípios a editar leis que possuam guarida constitucional e não usurpem competência de outro ente da federação. Além, disso a competência dos municípios, tanto as horizontais como as verticais, são amplas em virtude das normas de eficácia limitada de tipo programática que possibilitam boa parte dos direitos que materializam o acesso à justiça.

A criação de conselhos, tal como aquele já referenciado neste trabalho, é uma demonstração do exercício exemplos: Conselho Municipal do Meio Ambiente, Lei n. 004/1992; Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Lei n. 216/91; Conselho Municipal do Bem-Estar Social, Lei n. 251/93; Conselho Municipal de Educação, Lei n. 271/94; Conselho Tutelar do Direito e do Adolescente, Lei n. 282/95; Conselho Municipal de Assistência Social, Lei n. 296/96; Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional Lei n. 678/05; Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural Sustentável, Lei n. 701/05. Conselho Municipal dos Direitos da Mulher, Lei n. 702/05; Conselho Municipal da Juventude, Lei n. 731/06; Conselho Municipal de Cultura Lei n. 769/06; Conselho Municipal do Meio Ambiente, Lei n. 929/08.

42 À luz da Constituição de 1988, o direito público subjetivo recai sobre o acesso ensino público e gratuito (art. 208, § 1º)

Com base nesse fato, atesta-se que o foco da legislação municipal está em grupos reconhecidamente vulneráveis, com normas dispositivas, possibilitando o exercício de direitos públicos subjetivos por parte dos munícipes. Também é possível afirmar que a abertura à gestão democrática coparticipada com a edição de várias espécies normativas que instituíram conselhos comprova a onda de participação popular reprimida durante os “anos de chumbo”.

6. CONCLUSÃO

A análise da legislação municipal em cotejo com a Constituição revela a amplitude da competência que a Carta política confere aos municípios. Não há dúvida de que sejam em menor número em relação às competências concorrentes dos Estados, Distrito Federal e a União, sem mencionar a competência residual ou remanescente e a possibilidade de os Estados de legislarem em aspectos específicos mediante autorização constante de lei complementar nas competências privativas legislativas da União (art. 22, parágrafo único, CF). Contudo as competências do município são substanciais, notadamente a constante do art. 30, I, pela abrangência de situações que se desdobram na melhor doutrina em que, “o interesse local não se verifica em determinadas matérias, mas em determinadas situações”.⁴³

A Constituição de 1988 foi inovadora até em relação ao clássico delineamento da federação para a ciência política, em que somente Estados-Membros fariam parte da União⁴⁴. Os municípios, nos arts. 1º e 18 da Carta política, adquiriram outro patamar em relação aos outros entes, o que refletiu nas competências que lhes foram atribuídas. Isso decorreu do processo de democratização da sociedade, que encontrou ecos na constituinte de 1988, tendo como ponto fundamental o cidadão. Não à toa a Constituição de 1988 é também conhecida como “Constituição-Cidadã”.

Nesse sentido, a questão do princípio do acesso à justiça, principalmente do ponto de vista conceitual, não pode ser enfrentado sob a ótica exclusiva da lógica processualística. Não que o estudo de métodos e meios para que o menos favorecido possa litigar judicialmente em paridade em armas, transpondo a igualdade formal em material. Neste ponto, ressalte-se que as regras processuais e normas constitucionais, ao considerarem a desigualdade social econômica entre as partes, está realizando o valor da justiça em relação às custas judiciais, à assistência jurídica gratuita, etc. Mas, nesse sentido, a justiça é concebida como Poder Judiciário.

Tomando-se o acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, de fato, os municípios pouco poderão fazer, não obstante as tentativas de estruturar assistência advocatícia a expensas do Poder Público municipal, mesmo enfrentando resistência por parte dos Tribunais de Contas. Assim ficamos com a posição de André Luís Alves de Melo:

Existem no Brasil quase seis mil municípios e apenas dois mil são sede de Comarca. Muitos destes Municípios sempre prestaram um serviço de assistência jurídica. Porém, recentemente iniciou-se um movimento que deseja ter

43 Cf. SANTOS, Gustavo Ferreira. O município na federação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 29, 1 mar. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1555>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

44 O constitucionalista José Afonso da Silva discorda frontalmente da posição adotada pelo legislados constituinte originário quanto a considerar o município como ente da federação. (Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005)

monopólio de pobre capitaneado por dois setores jurídicos, os quais alegam que os Municípios estão VEDADOS de prestar assistência jurídica e até processam os que entendem ser possível este serviço. Publicamente alegam que são contra o monopólio de pobre, mas nos bastidores estes dois setores pressionam para que o cidadão tenha menos opções de escolha e fique refém de monopólios para se evitar a concorrência.

Em razão deste *lobby* que tenta dificultar o acesso aos serviços jurídicos, alguns Tribunais de Contas estão considerando irregular despesa com assistência jurídica. Ou seja, os Municípios podem gastar com festas, mas não com assistência jurídica⁴⁵.

Entretanto, salientando que esta concepção da justiça é importante e não poderíamos pensar de outro modo, o acesso à justiça é tomado aqui por acesso à ordem jurídica justa, nas palavras lúcidas de Paulo César Santos Bezerra:

Contudo, como iremos demonstrar, não é só através do processo judicial que se tem acesso à justiça, pelo menos não como valor inerente ao homem.

[...].

É o ordenamento jurídico que, uma vez estabelecido determina o nível de acesso à justiça dos cidadãos que lhe são subordinados. Se o ordenamento é estabelecido por princípios verdadeiramente democráticos, o acesso à justiça é, senão irrestrito, ao menos fator de diminuição das desigualdades. É, portanto, no ordenamento jurídico que se fomenta ou se coarcta o acesso à justiça⁴⁶.

Desse modo, o acesso à justiça entendido como acesso à ordem jurídica justa e, portanto, fundamentado em valores democráticos, não pode, à luz da Constituição, ser construído apenas pelo processo judicial, que envidaria esforços tão somente da União para alcançá-lo. Os municípios, como demonstrado na legislação do município de Camaçari, têm papel relevante, de maneira especial após o fim do sistema político autoritário, na edição de espécies normativas que assegurem direitos no sentido da realização da justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. *Teorias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA. Câmara Municipal de Barreiras. Lei n. 691/05, de 28 de setembro de 2005. Altera as alíneas 'a', 'b', e 'c' do art. 7º da Lei 658/2004, e dá outras providências. Disponível em: <www.camaradebarreiras.ba.gov.br/leis/2005/lei_691_005.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

45 Cf. MELO, André Luís Alves de Melo. *Os municípios e o dever de assistência jurídica*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=38>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

46 BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, p. 94, grifos nossos.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit et droit positif. In: _____. *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*: études offertes à Georges Ripert. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencet, 1950 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANDÃO, Raimundo dos Reis. *O acesso à justiça: como um direito fundamental*, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18542/O_Acesso_%C3%A0_Justi%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. *Emenda Constitucional n. 25*, de 15 de maio de 1985. Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 15 nov. 2010.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>>. Acesso em: 7 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 29 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 set. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.225, de 29 de dezembro de 1972. Amplia o prazo de vigência do artigo 2º, do Decreto-Lei n 291, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1225.htm>. Acesso em: 29 set. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010. *DOU* 9 set. 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.html>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *DOU* 3 out. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2011.

CAMAÇARI. Câmara Municipal. Lei orgânica do município de Camaçari. *Diário Oficial do Município* 240, 2-8 fev. 2008. Disponível em: <www.cmcamacari.ba.gov.br/.../f7b567d5ab962f0cc7d2d3f314062ad1.pdf>. Acesso em: 29 set. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. PortoAlegre: Fabris, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tapa blanda bolsillo, 2007.

MELO, André Luís Alves de Melo. *Os municípios e o dever de assistência jurídica*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=38>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 7 set. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional de direitos civis e políticos*, 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 7 set. 2010.

PAGANI, Fernando Mattos. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

PARASKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

PÉREZ LUÑO, A. E. (Org.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio* (Org.). Madrid: Marcial Pons, 1996 *apud* BRANDÃO, Raimundo dos Reis. *O acesso à justiça: como um direito fundamental*, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18542/O_Acesso_%C3%A0_Justi%C3%A7a.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. O município na federação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 29, 1º mar. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1555>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P. (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO LEGISLATIVO¹

GRASSROOTS PARTICIPATION IN THE LEGISLATIVE PROCESS

EDUARDO MARTINS DE LIMA²

RENATA GOMES EMEDIATO³

RESUMO

Existe um tema primordial para o funcionamento do Legislativo no contexto do Estado Democrático de Direito, que é o da democracia participativa. Do ponto de vista da proposição legislativa, a Constituição de 1988 dispõe que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. Como a Constituição tratou de maneira genérica da participação popular, foi necessária a edição da Lei n. 9.709/1998. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados destinou título específico para tratar da participação social na elaboração legislativa, que se compõe de: iniciativa popular de lei, apresentação de petições e representações e oferecimento de pareceres técnicos e audiências públicas. Ademais, a Câmara criou a Comissão Permanente de Legislação Participativa, cujo objetivo principal é receber sugestões de iniciativa legislativa de organizações sociais. Essa importante experiência de legislação participativa, iniciada pela Câmara dos Deputados, pode ser observada em várias unidades da federação, e a Assembleia Legislativa de Minas Gerais é considerada precursora em iniciativas de participação popular. Neste artigo, busca-se analisar as principais formas de participação popular no processo legislativo brasileiro.

Palavras-chave: Participação popular. Poder Legislativo. Democracia. Processo legislativo.

ABSTRACT

There is a vital theme for the functioning of the Legislature in the context of a democratic state and that is participatory democracy. From the point of view of the legislative proposal, the 1988 Constitution provides that popular sovereignty is exercised by universal suffrage and the direct and secret ballot, with equal value for all, and, under the law, by plebiscite, referendum, and grassroots initiatives. As the Constitution treated grassroots participation in a generic manner, it was necessary to enact Act No. 9709/1998. The Internal Rules of the House of Representatives specifically addresses social participation in law-making, which consists of: grassroots legislative initiatives, submitting petitions, representations, opinions, and public hearings. In addition, the House established the Permanent Commission of Participative Legislation, whose main goal is to get legislative initiative input from social organizations. This important experience in participatory legislation by the House of Representatives can be seen in various units of the federation, and the Legislative Assembly of Minas Gerais is considered a forerunner of grassroots participatory initiatives. This paper seeks to review the main forms of grassroots participation in the Brazilian lawmaking process.

Keywords: Grassroots participation. Legislative Branch. Democracy. Law-making process.

1 Este artigo é um dos produtos da pesquisa intitulada *A participação popular no Poder Legislativo brasileiro*, desenvolvido e financiado pelo Programa de Pesquisa e Iniciação Científica da Universidade Fumec e pela Fapemig, sob a coordenação do Prof. Eduardo Martins de Lima, que contou com a participação dos estudantes de Direito e bolsistas de Iniciação Científica, Renata Gomes Emediato e Lorraine Aparecida de Oliveira Cardoso, e dos estudantes de ensino médio e bolsistas Arlei Vitos Cândido Dias e Carine Madeira Soares.

2 Bacharel em Direito (Fumec). Mestre em Ciência Política (UFMG). Doutor em Ciências Humanas: Sociologia e Política (UFMG). Professor titular II e pesquisador da Universidade Fumec. E-mail: edumlina@fumec.br

3 Bacharel em Direito. Psicóloga clínica, pela Universidade Fumec. E-mail: psiemediato@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, são analisadas as principais formas de participação popular no processo legislativo brasileiro, com suas nuances e dificuldades ao longo dos momentos históricos que marcaram a evolução do constitucionalismo brasileiro.

A importância deste estudo se dá em razão de a sociedade contemporânea, cada vez mais participativa na vida política do país, tornar-se interessada nos diversos assuntos de ordem pública e, conseqüentemente, nas possíveis mudanças que podem ocorrer no cenário atual, principalmente com a participação direta e indireta dos cidadãos nas decisões políticas. Inicialmente demonstra-se como se deu a inserção das espécies de participação popular nas Constituições brasileiras desde 1824 a 1988. Depois de registrados os momentos históricos de cada Constituição brasileira que existiu no nosso ordenamento jurídico, verifica-se até que ponto o constitucionalismo brasileiro adotou o princípio da soberania popular.

A Constituição de 1988, com o advento da democracia, a qual se assenta sobre dois princípios fundamentais, o da soberania popular e o da participação direta ou indireta do povo no poder, é que possibilitou a participação efetiva do povo nos assuntos relevantes para a população de modo geral.

A Constituição de 1988, que elencou, expressamente, no art. 14, as espécies de participação popular objeto do presente trabalho, quais sejam: plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei⁴. Ao passo que a Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou a execução dessas espécies de participação popular, institutos esses que autorizam a manifestação da população no processo de criação das leis, sendo uma forma de exercício da soberania popular. Cada um dos institutos será tratado pontualmente, identificando-se seus aspectos principais⁵.

A Lei n. 9.709/1998 terá um tópico especial com detalhes de todo o procedimento adotado para os três institutos, assim como um título para o processo legislativo brasileiro, já que é por meio desse que se dá a concretização da função legislativa do Estado.

Por fim, é imprescindível mencionar o papel fundamental da Comissão de Participação Popular da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e da Comissão de Participação Legislativa da Câmara dos Deputados, as quais foram criadas como mais uma ferramenta à disposição dos cidadãos a fim de tornar possível a real participação deles na vida política do país.

2. O PROCESSO LEGISLATIVO

A oportunidade de participação popular na vida política, econômica e cultural de uma sociedade é um direito fundamental, que, assim como todos os direitos fundamentais, deve ser protegido. A democracia, além de forma de governo, tem a função de proteger tais direitos. Conforme José Afonso da Silva, democracia

4 Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

5 BRASIL. Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília: 19 de nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

[...] é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem [...]⁶.

Tratando-se de um Estado moderno, como é o caso do Brasil, cuja democracia, segundo Darcy Azambuja, além de ser “[...] um regime político, é também uma forma de vida social, um método de coexistência e cooperação entre indivíduos membros de uma organização estatal”⁷, vive-se, também, em uma democracia representativa, isto é, o povo decide as questões públicas por meio de representantes eleitos por ele. Esse é um sistema comum de governo nos Estados Modernos.

José Gomes Canotilho define o processo legislativo como “[...] um complexo de actos, qualitativa e funcionalmente heterógenos e autónomos, praticados por sujeitos diversos e dirigidos à produção de uma lei do Parlamento”⁸.

Há concepções distintas entre as diversas abordagens teóricas sobre quais e quantas fases compõem o processo legislativo. A título meramente ilustrativo, cabe citar algumas dessas concepções, valendo-se de alguns expoentes dentre os inúmeros doutrinadores. Para Raul Machado Horta, o processo legislativo é uma atividade complexa e compreende várias fases na elaboração de leis: a iniciativa, a preparação, a deliberação, o controle e a comunicação⁹.

De sua parte, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰ observa que o processo legislativo compreende três fases: a de instituição (apresentação do projeto), a de constituição (apresentação de emendas até a sanção) e a de integração de eficácia (publicação).

Já José Afonso da Silva considera que o “processo legislativo é um conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito. Esses atos são: a) iniciativa legislativa; b) emendas; c) votação; d) sanção e veto; e) promulgação e publicação”¹¹. E arremata o autor, em outro trabalho: “Assim, poderíamos dizer que o *processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis*”¹².

Pode-se entender o processo legislativo como o complexo de atos necessários à concretização da função legislativa.

Na Constituição, encontram-se os elementos fundamentais desse processo: órgãos incumbidos da legislação (arts. 2º, 44, 45, 46, 68), a matéria legislativa (arts. 21, 22, 24, 48 49), os órgãos cooperadores da legislação (arts. 84, IV e V, 96, II), os titulares de sua iniciativa (arts. 61, 84, III, XXIII, 165), a discussão, revisão, votação e aprovação ou rejeição (arts. 64, 65, 66 e 69), o veto (arts. 66, §§ 1º a 6º, 84, V) e, ainda, o procedimento na elaboração das leis (arts. 51, 52, 57 e 58)¹³.

6 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007a. p. 43.

7 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2003. p. 239.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 765.

9 HORTA, Raul Machado. O processo legislativo nas constituições federais brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 101, p. 22, jan./mar., 1989.

10 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 525.

12 SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b. p. 42, grifos do autor.

13 Cf. BRASIL, 1988.

Há certos pressupostos que devem ser seguidos na formulação das leis para que haja uma legislação válida. O primeiro deles é a existência de órgãos específicos incumbidos de elaborar as leis. É considerado o requisito mais importante, pois decorre do princípio de distinção de funções ou de separação de poderes, pelo qual se entregou a função legislativa às assembleias de representantes do povo.

O segundo pressuposto é a proposição legislativa, devidamente fundamentada por justificação escrita ou oral. Deve-se atentar para o fato de que o termo “proposição” é no sentido de ato e efeito de propor. Assim, a proposição consubstancia-se na existência de um ato de alguém dirigido a qualquer das Casas do Congresso Nacional.

O terceiro pressuposto diz respeito à competência legislativa, uma vez que a repartição de competência distribui a matéria sobre a qual pode legislar entre os entes da Federação.

Como último requisito, tem-se a capacidade do proponente, decorrente da outorga da titularidade da iniciativa legislativa.

São princípios do processo legislativo o da publicidade, o da oralidade, o da separação da discussão e votação, o da unidade da legislatura e o do exame prévio dos projetos por comissões parlamentares.

Resumidamente, os principais pontos dos princípios são: pelo princípio da publicidade, as deliberações das Câmaras devem se realizar perante o público, salvo as atas das sessões secretas, que são guardadas em sigilo. Consiste o princípio da oralidade em que os debates se façam de viva voz, tanto na discussão como na votação. Para o princípio da separação da discussão e votação, essa só poderá começar depois de encerrada a discussão. Após a discussão, não se pode mais discutir a matéria no ato da votação. Já o princípio da unidade da legislatura determina a duração de quatro anos para a legislatura, a qual corresponde ao período que vai do início do mandato dos membros da Câmara dos Deputados até o seu término. Por fim, o princípio do exame prévio do projeto por comissões parlamentares, pois a matéria, antes de entrar em discussão, deve ser estudada por comissões permanentes, as quais deliberam sobre sua constitucionalidade e conveniência para, depois, ser remetida às conclusões do Plenário, onde a matéria será votada.

A criação de normas jurídicas, ou seja, o chamado processo legislativo, encontra-se, no caso brasileiro, disciplinado na Seção VIII do Capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da organização dos Poderes), disposto nos arts. 59 a 69 da Constituição de 1988, cujo art. 59 dispõe, *in verbis*:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

A iniciativa das leis complementares e ordinárias, por sua vez, de acordo com o art. 61 da Constituição, cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição¹⁴.

Quanto à iniciativa popular¹⁵, no caso de proposição de leis ordinárias e complementares, cabe observar que será exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (conforme disposto no art. 61, § 2º).

A Constituição, ao tratar do município, dispõe no art. 29, inciso XII:

Art. 29 O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estados e os seguintes preceitos:

[...];

XIII – iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;

[...] ¹⁶.

Da leitura da Constituição de 1988 depreende-se que os Estados disporão por lei (art. 27, §4º) as condições para a proposição legislativa por iniciativa popular e que os Municípios, também, a contemplarão, observadas as determinações da Constituição da República e de seu respectivo Estado (CR/88, art. 29, XIII). Por simetria, Uadi Lamego Bulos observa que “[...] esse preceito se aplica ao Distrito Federal”¹⁷.

O pano de fundo para a iniciativa popular, é importante que se frise, é o exercício da soberania do povo, prevista no art. 1º da Constituição de 1988 que estabelece os princípios fundamentais republicanos. Além disso, a Constituição dispõe, no art. 14, que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. A esse propósito, Raul Machado Horta observa:

A extensão da iniciativa legislativa aos cidadãos introduz na Constituição Federal, pela primeira vez, a possibilidade da iniciativa popular das leis, que, juntamente com o referendo e o plebiscito, representam formas do exercício da soberania popular, concretizadoras do poder popular direto, que a Constituição inscreveu no artigo inaugural dos Princípios Fundamentais (art. 1º, parágrafo único)¹⁸.

14 Cf. BRASIL, 1988.

15 Desde a promulgação da Constituição de 1988, foram aprovadas quatro leis de iniciativa popular, como se verá adiante.

16 Cf. BRASIL, 1988.

17 BULOS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.149.

18 HORTA, 1989, p. 23.

Os projetos de iniciativa popular são regulamentados pela Lei n. 9.709/98, que também rege os plebiscitos e referendos, e pelo art. 252 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. A Lei estabelece:

Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Artigo 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no artigo 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno¹⁹.

Os projetos de iniciativa popular seguem a mesma tramitação dos projetos de iniciativa de parlamentar, sendo submetidos à apreciação dos deputados, dos senadores e do Presidente da República. Ademais, poder-se-ia dizer que a iniciativa popular restringe-se à proposição de leis ordinárias e complementares (art. 61, § 2º) e não está contemplada no rol de autores de emendas constitucionais (pelo menos em nível federal). No entanto, alguns Estados (como é o caso de São Paulo, art. 22, inciso IV²⁰, e Bahia, art. 31²¹, por exemplo) admitem a participação popular no processo legislativo de emenda à sua Constituição, enquanto outros (como Minas Gerais, por exemplo, por meio do art. 65²²) admitem essa participação restrita às leis ordinárias e complementares.

3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

3.1 O TEMA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1824 A 1988

O tema "participação popular" é gênero, do qual são espécies o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Antes de adentrar no assunto propriamente dito, é necessário registrar, bre-

19 Cf. BRASIL, 1998.

20 Cf. SÃO PAULO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de São Paulo*, 1989. Atualizada até a Emenda 39, de 28 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

21 Cf. BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*, 1989. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 14, de 17 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.al.ba.gov.br/PlataoPHP/Uploads/26032014174251000000_constituicao_2014.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2014. Atualizada até Emenda Constitucional n. 14, de 17 de junho de 2010.

22 Cf. MINAS GERAIS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Minas Gerais*, 1989. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas à Constituição n. 1 a 93. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

vemente, se tais institutos estiveram presentes nas Constituições brasileiras anteriores, a fim de verificar, conforme apontou José Afonso da Silva, “[...] até que ponto o constitucionalismo brasileiro tem adotado o princípio democrático de que todo poder emana do povo”²³.

No processo de elaboração das Constituições brasileiras, foram notadas formas procedimentais diversas de acordo com a época histórica vivenciada. Nesse sentido, a vontade popular foi usurpada de acordo com o período *histórico* vivenciado – por exemplo, quando da Constituição do Império, que foi outorgada pela titularidade do Imperador. O mesmo se deu em outras Constituições, como a de 1937, por meio da titularidade autocrática do poder constituinte de Getúlio Vargas, depois com o golpe militar de 1964.

3.2 OS INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Entender a história do surgimento das Constituições brasileiras permite inferir como foi tardia e demorada a percepção e a atenção dadas às aspirações da maioria da população, que esperava por mudanças concretas, tendo em vista o predomínio, por um longo período, dos desejos daqueles que detinham o poder econômico, cultural e intelectual.

O balanço que se faz da inserção dos institutos de participação popular traduz o mencionado acima, pois, nas Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934 e 1946 não houve menção expressa a nenhuma forma de participação popular.

Na Constituição de 1937, a única passagem que se faz referência a algum instituto de participação popular, o plebiscito, está no art. 187, transcrito: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”²⁴. Contudo, a Constituição de 1937 não chegou sequer a vigorar, uma vez que não foi aprovada no plebiscito anunciado, previsão nunca concretizada, já que o plebiscito não foi realizado. Waldemar Martins Ferreira, assim escreveu:

Não chegou a carta de 1937, em verdade, a adquirir foros constitucionais. Não os alcançou por faltar-lhe o alento que somente lhe poderia ter vindo de ter sido elaborada pelo povo brasileiro. Não resultou da observância e aprimoramento dos princípios constitucionais pelos quais ele sempre se orientou e se regeu. Não surgiu dele, exprimindo-lhe as aspirações e sentimentos nítida e tradicionalmente democráticos²⁵.

A Constituição de 1946, por sua vez, previu o plebiscito, especificamente, para os casos de incorporação, subdivisão ou desmembramento de estados, anexação ou formação de novos estados²⁶. Foi denominado por Elisa Helena Lesqueves Galante²⁷ de “plebiscito geopolítico”, o qual foi previsto, também, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

23 SILVA, 2007a, p. 82.

24 BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937. Rio de Janeiro: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

25 FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 108-109.

26 BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946. Rio de Janeiro: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

27 GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, p. 436, 2003-2004.

Apesar de não haver, expressamente, menção aos institutos de participação popular no texto constitucional de 1967²⁸, foi por meio de plebiscito que a população manifestou seu desagrado com a implantação do sistema parlamentar, dada pela Emenda n. 4, de 2 de setembro de 1961²⁹, fazendo restituir a tradição presidencialista. Referida emenda estabeleceu que a lei poderia convocar um plebiscito para que a população decidisse sobre o sistema de governo a ser adotado, se presidencialista ou parlamentarista.

Desse modo, a consulta deveria ter sido realizada em 1965. Ocorreu que, em 16 de setembro de 1962, o Congresso aprovou a Lei Complementar n. 2³⁰, antecipando a consulta para 6 de janeiro de 1963, chamando-a de referendo. De acordo com dados do Superior Tribunal Eleitoral, mais de 9 milhões de eleitores escolheram o retorno ao sistema presidencialista – restabelecido pela Emenda Constitucional n. 6/63³¹, contra pouco mais de 2 milhões de eleitores que optaram pela manutenção do sistema parlamentarista.

Foi na Constituição de 1988 que surgiu, pela primeira vez, de forma expressa, menção aos institutos de participação popular. Assim preceitua o art. 14, como já se assinalou: “A soberania é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e nos termos da lei, mediante: I plebiscito, II referendo e III pela iniciativa popular”. Menciona-se, também, a participação popular em outros artigos da Constituição de 1988, tais como nos arts. 1º, parágrafo único, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º³².

Assim, a Constituição de 1988, no seu art. 1º, parágrafo único, ao adotar o princípio democrático da soberania popular de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa semidireta), definiu no art. 14 que o exercício da soberania popular se instrumentaliza, não só pela eleição dos representantes, mas também pelos institutos plebiscito, referendo e iniciativa popular³³.

Ademais, em 18 de novembro de 1998 foi editada a Lei n. 9.709, que regulamenta o art. 14³⁴.

3.3 ESPÉCIES DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

As espécies de participação popular, como já se mencionou, estão expressas no art. 14 da Constituição de 1988. De acordo com Leonardo Avritzer e Fátima Anastasia, trata-se o art. 14 de uma tentativa de combinação entre formas de representação e participação, amplamente distribuída pela Constituição de 1988 em outros artigos, não se tratando de “[...] um artigo iso-

28 BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

29 BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro de 1961. Institui o sistema parlamentar de governo. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 set. 1961. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-4-2-setembro-1961-349692-normapl.html>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

30 BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar n. 2, de 16 de setembro de 1962, ao Ato Adicional. Dispõe sobre a vacância ministerial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp02-62.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

31 BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional n. 6, de 23 de janeiro de 1963. Revoga a Emenda Constitucional n. 4 e restabelece o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jan. 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc06-63.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

32 Cf. BRASIL, 1988.

33 Cf. BRASIL, 1988.

34 Cf. BRASIL, 1998.

lado na formulação das formas de expressão da soberania popular, mas de uma arquitetura que se desdobra para os entes federados”³⁵.

Prevê a Constituição, no art. 27, § 4º, como visto, que a lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual, e no art. 29, XIII, prevê, também, a “iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, mediante manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado”³⁶. Além disso, como já se observou, pelo art. 61, § 2º, “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”³⁷.

3.3.1 REFERENDO

Trata-se o instituto referendo de uma possibilidade de manifestação popular, por meio do voto, pelo qual o eleitor decide pela vigência ou não de uma norma proposta, ratificando-a ou rejeitando-a, após a sua edição. Avritzer e Anastasia assim definiram o instituto, “[...] é uma ratificação pela via eleitoral de uma lei ou de partes de uma lei já aprovada pelo Poder Legislativo”³⁸.

O referendo tem como objeto a matéria normativa, podendo ser convocado para constituir, revogar ou modificar a norma. Para tanto, manifesta-se a vontade popular ao ser-lhe dirigida tal consulta, que é realizada após o ato já praticado pelo Estado. Interessante sua tradução do latim – *referendus*, de *referre* –, que explica assinar a seguir de outrem, para que participe do ato e por ele também se responsabilize. Não basta, pois, a simples participação do povo nas decisões de temas importantes, de interesse geral. Há, também, que se atentar para a responsabilidade que tem sua participação, buscando, antes de tomada a decisão, o conhecimento sobre a matéria em discussão e, principalmente, sobre as mudanças e os efeitos que poderão surgir a partir daquela decisão.

Na história das eleições no Brasil, tem-se o registro de duas consultas formuladas ao povo mediante referendo, ocorridas em 1963 e em 2005. Em 6 de janeiro de 1963, foi realizado referendo sobre a continuação ou não do parlamentarismo no país. O povo rejeitou esse sistema de governo e optou pelo presidencialismo, conforme relatado.

O outro caso ocorreu em 23 de outubro de 2005, acerca da consulta à proibição da comercialização de armas de fogo e munições, com vista à aprovação ou não do disposto no art. 35 da Lei n. 10.826, conhecida como Estatuto de Desarmamento, de 23 de dezembro de 2003, *in verbis*: “É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta lei”³⁹. Nessa consulta, os eleitores podiam

35 AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006. p. 36.

36 BRASIL, 1988.

37 BRASIL, 1988.

38 AVRITZER; ANASTASIA, 2006, p. 36.

39 BRASIL. Lei n. 10.826, de 23 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

votar pelo “sim”, a favor da proibição, ou pelo “não”, contra a proibição. A maioria do eleitorado optou pelo “não”⁴⁰. Os brasileiros rejeitaram a alteração na lei.

3.3.2 PLEBISCITO

O plebiscito, típico da democracia direta, é uma consulta ao povo, a qual se dá antes da elaboração de uma lei, de modo a aprovar ou rejeitar as opções que lhe são propostas. Leonardo Avritzer e Fátima Anastasia definiram o instituto como: “[...] uma decisão soberana da população tomada diretamente, que irá gerar uma lei [...]”⁴¹.

O termo plebiscito vem do latim – *plebiscitum* – que significa decreto da plebe. Isso porque, na Roma Antiga, no Período Republicano, apenas os plebeus, que compunham a maioria da população, eram obrigados a deliberar diretamente sobre os assuntos que lhes interessavam. Caracterizava, também, naquela época, consulta prévia ao povo a respeito da tomada ou não de medida de seu interesse.

No Brasil, pós-1988, foi realizado apenas um plebiscito – em 21 de abril de 1993 –, para a definição da forma (monarquia ou república) e do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo). Da votação dos milhares de eleitores à época, resultou a aprovação da república como forma de governo e do presidencialismo como sistema de governo⁴². Assim, com a consulta manteve-se a república e o presidencialismo.

3.3.3 INICIATIVA POPULAR

O instituto da iniciativa popular confere a determinada parcela da população o direito de apresentar ao Poder Legislativo projeto de lei, o qual, posteriormente, será examinado e votado.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, foram aprovadas quatro leis de iniciativa popular: Lei n. 8.930/94⁴³, que dá nova redação ao art. 1º da Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição, e determina outras providências⁴⁴; Lei n. 9.840/99, conhecida como “Captação ilícita de sufrágios”, que altera

40 Segundo dados do site do Tribunal Superior Eleitoral, foi a maior consulta popular do mundo: cerca de 125 milhões de pessoas (122.042.615), opinaram sobre a comercialização de armas de fogo no país. Na ocasião, foram registradas duas frentes parlamentares pela Mesa do Congresso Nacional, a fim de representarem a dualidade de correntes de pensamento: a Frente Parlamentar por um Brasil sem Armas, presidida pelo Senador Renan Calheiros, e a Frente Parlamentar pelo Direito da Legítima Defesa, presidida pelo Deputado Alberto Fraga. Em 23 de outubro, 95.375.824 eleitores compareceram às urnas. A opção NÃO venceu com 59.109.285 votos, contra a opção SIM, que obteve 33.333.045 votos, na maior consulta popular informatizada do mundo. (Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Plebiscitos e referendos: referendo de 1963. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-de-1963>>. Acesso em: 27 set. 2013; e BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Plebiscitos e referendos: referendo de 2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005>>. Acesso em: 27 set. 2013)

41 AVRITZER; ANASTASIA, 2006, p. 36.

42 Dados do Superior Tribunal Eleitoral registraram 90.256.552 eleitores à época. Compareceram 67.010.409 e o resultado foi a aprovação da república como forma de governo (44.266.608 votos) e do presidencialismo como sistema de governo (37.156.884 votos). (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Museu do voto*: referendo. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/museu-do-voto/referendo>>. Acesso em: 27 set. 2013)

43 BRASIL. Lei n. 8.930, de 6 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 set. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

44 Cf. BRASIL, 1994.

dispositivos da Lei n. 9.504/97 e da Lei n. 4.737/65, o Código Eleitoral⁴⁵; Lei n. 11.124/05, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social/SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social/FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS⁴⁶; e a Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como “Lei da ficha Limpa”, que altera a Lei Complementar n. 64/90, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição, casos de inelegibilidade, prazos de cassação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato⁴⁷.

O primeiro projeto de lei, sob o patrocínio do movimento popular de moradia – Projeto de Lei (PL) n. 2.710/92 –, chegou ao Congresso Nacional em 1991⁴⁸. Tramitou por 14 anos, para, somente ser aprovado pelo Senado Federal, em 23 de maio de 2005 e foi transformado na Lei n. 11.124/2005⁴⁹.

Na década de 1990, chegaram dois projetos, ambos por iniciativa de pessoas motivadas por crimes brutais cometidos contra seus familiares. O primeiro, que teve origem após o assassinato de Daniela Perez, filha de Glória Perez, autora de novelas para a televisão. O segundo, após o assassinato de Ives Ota, menino de 8 anos, em São Paulo, em 1997. Desses dois casos, somente o primeiro resultou em lei.

A iniciativa popular de lei propôs aumentar a pena para crimes hediondos e suprimir a possibilidade de um segundo julgamento em caso de condenação. Teve como resultado a Lei n. 8.930, de 6 de setembro de 1994, que dá nova redação ao art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, a qual dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição e determina outras providências⁵⁰.

Já no segundo caso, projeto de lei que pretende aumentar de 30 para 100 anos a pena máxima para quem cometer crimes hediondos, ainda tramita no Congresso⁵¹.

45 BRASIL. Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

46 BRASIL. Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11124.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

47 Cf. BRASIL. Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

48 Cf. BRASIL. Projeto de Lei n. 2.710/92. Câmara dos Deputados. Cria o Fundo Nacional de Moradia Popular (FNMP), e o Conselho Nacional de Moradia Popular (CNMP), e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 1992. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fic_hadetrmitacao?idProposicao=18521>. Acesso em: 31 mar. 2014.

49 Cf. BRASIL, 2005.

50 Cf. BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

51 A parlamentar Keiko Ota (PSB-SP) e seu marido, Masataka Ota, encaminharam as assinaturas há 11 anos na esteira da comoção popular pelo sequestro seguido de assassinato de seu filho Ives Ota, então com 8 anos de idade. Mas o projeto, que previa prisão perpétua para esse tipo de criminoso, considerado inconstitucional, nem sequer começou a tramitar na Casa. Nenhum político abraçou a causa ou tentou enquadrar a proposta de iniciativa popular à legislação. Agora, na condição de 11ª deputada mais votada em São Paulo com mais de 213 mil votos, Keiko quer tirar a poeira das caixas e usar a força dos 3 milhões de assinaturas para apresentar um projeto aumentando a pena máxima de 30 para 100 anos no Brasil. “As pessoas nas ruas estavam nos cobrando sobre o abaixo-assinado. Vamos mudar o texto inicial, adaptando-o à lei, mas sem perder o espírito da ampliação da punição”, disse ela à ISTOÉ (Cf. A LUTA dos 100 anos. *ISTOÉ Independente*, São Paulo, n. 2.155, 25 fev. 2011. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/126004_A+LUTA+DOS+100+ANOS+ISTOÉ>. Acesso em: 31 mar. 2014).

Observe-se que há uma polêmica sobre a real origem da iniciativa da Lei n. 8.930/94, uma vez que a própria Câmara dos Deputados informa na tramitação de matérias que o Projeto de Lei n. 4.146/93⁵², de autoria do Poder Executivo, é que deu origem à nova Lei.

Sobre a polêmica, Uadi Lamego Bulos assevera que o projeto de iniciativa popular dispendo sobre crimes hediondos não tramitou regularmente porque constava na documentação apenas as assinaturas e número de carteira de identidade dos subscritores e que ele foi “[...] foi encampado pelo Presidente da República e apresentado à Mesa do Congresso como de sua iniciativa”⁵³. Além disso, Bulos afirma que do mesmo problema padeceu a iniciativa popular no caso das inelegibilidades:

Em data de 29 de setembro de 2010, foi apresentado à Mesa da Câmara dos Deputados projeto de lei complementar, de iniciativa popular, prevendo novos casos de inelegibilidade. O projeto, encampado pelo Projeto de lei da Câmara n. 58, de 2010 – complementar (n. 68, de 1993 – complementar na Casa de origem) –, após regular tramitação, foi aprovado, com emendas, pelas duas Casas do Congresso nacional, convertendo-se na Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, que altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990 [...] ⁵⁴.

Em 1999, outro projeto de lei vindo da sociedade organizada foi apresentado ao Congresso Nacional – corrupção eleitoral: a oferta de bens e favores aos eleitores e o uso eleitoral da máquina administrativa. Tal problema fora levantado na Campanha da Fraternidade de 1996, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), como umas das piores distorções da democracia representativa. De forma rápida, o projeto levou um ano e meio para se completar, pois, no dia 29 de setembro de 1999, foi promulgada a Lei n. 9.840/99. De acordo com esta, a Justiça Eleitoral poderia cassar o registro dos candidatos que tentassem comprar o voto dos eleitores ou usassem eleitoralmente a máquina administrativa⁵⁵.

O último projeto de lei que se transformou em norma jurídica, a Lei Complementar n. 135/2010, de 4 de junho de 2010, teve seu processo iniciado em 2008, quando o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), diante do sucesso da iniciativa popular contra a corrupção eleitoral, decidiu, com o apoio da Associação Brasileira de Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais (Abramppe), propor nova iniciativa popular, desta vez, voltada para a lei das inelegibilidades. A proposta era a de assegurar que o registro de candidaturas levasse em conta o comportamento ético dos candidatos. Para tanto, dispor de uma “ficha limpa” seria a condição para o exercício de um mandato eletivo⁵⁶.

52 BRASIL. Projeto de Lei n. 4.146, de 1993. Câmara dos Deputados. Dá nova redação ao artigo 19 da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que “dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 59, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências”. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 set. 1994. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoes-Web/fichadetramitacao?idProposicao=219155>>. Acesso em: mar. 2014.

53 BULOS, 2010, p. 1.029-1.030, nota 12.

54 BULOS, 2010, p. 1.029-1.030, nota 12.

55 Cf. BRASIL, 1999.

56 BRASIL. Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

3.3.4 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

O orçamento participativo constitui ferramenta por meio da qual a população define o destino das verbas que devem ser aplicadas pelo Poder Executivo. Segundo Leonardo Avritzer e Fátima Anastasia⁵⁷, o orçamento participativo é forma de equilíbrio da articulação entre representação e participação ampla da população por meio da cessão da soberania daqueles eleitos. Tal soberania seria partilhada com um conjunto de assembleias regionais e temáticas, onde todos os cidadãos, tornados membros dessas assembleias, teriam igual poder de deliberação.

4. A LEI N. 9.709/1998 E A REGULAMENTAÇÃO DOS INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Editada em 18 de novembro de 1988 e publicada em 19 de novembro de 1988, a Lei n. 9.709 regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição⁵⁸.

Essa lei conceitua os institutos, diferenciando-os, e relata a forma, a matéria e os procedimentos adotados para efetivação deles.

A Lei n. 9.709/98 traz em seu art. 2º o tipo de matéria a que deve se ater o plebiscito e o referendo, cuja diferença básica conceitual entre um e outro está no momento em que o povo é chamado para intervir, ou seja, o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, por meio de voto, a aprovação ou denegação do que lhe for submetido, sendo o referendo convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

No art. 3º claro está que plebiscito e referendo se prestam para casos de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa⁵⁹.

4.1 MATÉRIAS DE RELEVÂNCIA PARA A CONVOCAÇÃO DE PLEBISCITO

Preliminarmente, é importante destacar que, em casos de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, o plebiscito é convocado mediante decreto legislativo por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, cuja tramitação obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional.

Segundo o art. 49, XV, da Constituição, é da competência exclusiva do Congresso convocar plebiscito. Assim, mesmo que a matéria seja de competência do Poder Executivo, como por exemplo, matéria de natureza administrativa, a competência para a convocação do plebiscito acerca do assunto será do Congresso Nacional.

⁵⁷ Cf. AVRITZER; ANASTASIA, 2006.

⁵⁸ Cf. BRASIL, 1998.

⁵⁹ Cf. BRASIL, 1998.

A) A incorporação entre si de Estados, bem como subdivisão e desmembramento para anexação a outros, ou formação de novos Estados ou Municípios ou Territórios Federais, depende de aprovação da população diretamente interessada por meio de plebiscito, realizado no mesmo dia e horário em cada um dos Estados e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as Assembleias legislativas respectivas.

De acordo com o art. 8º da Lei n. 9.709/98, aprovado o ato convocatório do plebiscito (Decreto Legislativo), o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem, nos limites de sua circunscrição, incumbirá: fixar a data da consulta popular, tornar pública a cédula respectiva, expedir instruções para a realização do plebiscito e assegurar a gratuidade nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.

O § 1º do art. 4º, da Lei n. 9.709/98 diz que, proclamado o resultado da consulta plebiscitária, sendo favorável à alteração territorial, o projeto de lei complementar respectivo será proposto perante qualquer das Casas do Congresso Nacional⁶⁰. O plebiscito será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples daquele percentual da vontade popular que se manifestar em relação ao total da população consultada, aferido pelo resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Não sendo o resultado favorável à alteração territorial, estará inviabilizada a incorporação entre si dos Estados, bem como a subdivisão e desmembramento para anexação a outros, ou formação de novos Estados ou Territórios Federais, prevalecendo, então, a soberania da população consultada.

Nesse sentido, segundo o art. 9º, o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado⁶¹.

Observa-se que a lei delega apenas ao Congresso Nacional e ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para a realização dos plebiscitos para a finalidade da incorporação entre si dos Estados, bem como para a subdivisão e desmembramento para anexação a outros, ou formação de novos Estados ou Territórios Federais. Referida lei menciona, nos parágrafos 2º e 3º, que as respectivas Assembleias Legislativas serão apenas ouvidas, às quais poderão opinar, sem caráter vinculativo, sobre a matéria, fornecendo ao Congresso Nacional os detalhamentos técnicos concernentes aos aspectos administrativos, financeiros sociais e econômicos da área geopolítica afetada.

B) O art. 18, § 4º, da Constituição determina que a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios deverão ser feitos por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, que dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei⁶².

Complementa o art. 5º da Lei n. 9.709/98 que o plebiscito destinado à criação, à incorporação, à fusão e ao desmembramento de Municípios, será convocado pela Assembleia Legis-

60 Cf. BRASIL, 1998.

61 Cf. BRASIL, 1998.

62 Cf. BRASIL, 1988.

lativa, de conformidade com a legislação federal e estadual. Então, cada Estado poderá ter disposições próprias para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios⁶³.

A consulta plebiscitária será feita à população diretamente interessada, que, de acordo com o art. 7º, da Lei n. 9.709/98 entende-se por população diretamente interessada aquela tanto do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar, quanto a da que receberá o acréscimo⁶⁴.

Para criação do Município, mesmo que o resultado do plebiscito seja favorável, é preciso, ainda, aprovação por lei estadual. Entende o Supremo Tribunal Federal⁶⁵ que, no processo de institucionalização dos Municípios, a consulta plebiscitária, como instrumento de participação popular na formação das decisões estatais, deve preceder o pronunciamento do Plenário da Assembleia Legislativa, consoante art. 18, § 4º, da Constituição da República⁶⁶.

C) Quanto às questões de competência dos Estados e do Distrito Federal (art. 6º da Lei n. 9.709/98), o plebiscito será convocado de conformidade com a Constituição Estadual, para questões de competência dos Estados e Distrito Federal e com a Lei Orgânica, para questões de competência dos Municípios, nos termos do art. 6º, da Lei n. 9.709/98⁶⁷. Vale apontar que, em razão dos Estados serem detentores de autonomia, as questões de alta relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa poderão ser diversas de um Estado para outro.

D) As questões de relevância de competência dos Municípios, a serem decididas por meio de plebiscito, são definidas na respectiva Lei Orgânica – art. 6º, Lei n. 9.709/98.

4.2 MATÉRIAS DE RELEVÂNCIA PARA O REFERENDO

O referendo é convocado mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem quaisquer das Casas do Congresso Nacional. Da mesma forma que o plebiscito, segundo disposição do art. 12 da Lei n. 9.709/98, a tramitação do projeto obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional⁶⁸.

É da competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar o referendo, mesmo que a matéria seja de competência do Poder Executivo (aquelas arroladas no capítulo II do Título IV da Constituição, somadas as que resultem de Medidas Provisórias ou Leis Delegadas), conforme se extrai do art. 49, XV, Constituição da República⁶⁹. Contudo, o critério é que a matéria deve ser relacionar diretamente com a consulta popular.

63 Cf. BRASIL, 1998.

64 Cf. BRASIL, 1998.

65 Exemplo desse entendimento pode ser encontrado no julgamento do Processo ADI-MC 652/MA. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade – Estado do Maranhão – Lei Complementar n. 10/91 – Disciplina da criação de municípios – Alegada ofensa ao art. 18, § 4º, da Constituição Federal – Princípio da reserva de plenário – Medida liminar deferida em parte. Ação direta de inconstitucionalidade n. 652/MA (ADI-MC 652/MA). Relator: Ministro Celso de Mello. j. 8 dez. 1991. *Diário do Judiciário*, 2 abr. 1993. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2904156/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-652-ma>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

66 Cf. BRASIL, 1988.

67 Cf. BRASIL, 1998.

68 Cf. BRASIL, 1998.

69 Cf. BRASIL, 1988.

A aprovação do ato que autoriza o referendo e o quórum exigido para sua aprovação ou rejeição segue da mesma maneira como apresentado para o plebiscito, consoante os arts. 8º, 9º e 10º, da Lei n. 9.709/98⁷⁰.

A) Nas questões de competência dos Estados e do Distrito Federal, o art. 6º da Lei n. 9.709/98 define que o referendo será convocado de conformidade com a Constituição Estadual.

B) Nos assuntos de competência dos Municípios, o mesmo art. 6º da Lei n. 9.709/98 define, também, que o referendo deve ser convocado de conformidade com a respectiva Lei Orgânica⁷¹.

Quanto ao prazo e limite temporal, por ser posterior a ato administrativo, diz o art. 11 da Lei n. 9.709/98 que o referendo pode ser convocado em trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular⁷².

O ato legislativo ou administrativo colocado sob consulta à população começará a gerar efeitos somente após realizada a consulta, para que lhe seja conferida a respectiva eficácia. Caso ocorra manifestação desfavorável ao ato submetido à consulta, este não passará a gerar efeitos. Caso a manifestação seja favorável, o ato gerará eficácia após homologação do resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

4.3 PROCEDIMENTOS DA INICIATIVA POPULAR

Diz o art. 13 da Lei n. 9.709/98⁷³, em repetição ao já definido no § 2º do art. 61 da Constituição⁷⁴, que a iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Entretanto, não está na Constituição que o projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um assunto somente, conforme § 1º do art. 13 da lei infraconstitucional.

Prevê a lei, ainda, no § 2º do art. 13, que o projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. Após realizadas as correções, o projeto seguirá as normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Conclui-se daí que qualquer manifestação do eleitorado à propositura de nova lei, se atendidos os requisitos atinentes ao número de subscrições, bem como a respectiva abrangência territorial legalmente exigida, é passível de apreciação pela Câmara dos Deputados, independentemente de eventuais imperfeições, pois estas serão corrigidas pelo órgão competente da Câmara dos Deputados.

Cabe à Câmara dos Deputados conferir se o número de assinaturas do projeto de lei preenche o requisito legal.

70 Cf. BRASIL, 1988.

71 Cf. BRASIL, 1998.

72 Cf. BRASIL, 1998.

73 Cf. BRASIL, 1998.

74 Cf. BRASIL, 1988.

4.3.1 ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DA INICIATIVA POPULAR

Segundo o art. 61 da Constituição, restringe-se à iniciativa popular a apresentação de projetos de leis complementares e ordinárias, não se prestando, portanto, a apresentação de emenda constitucional, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos ou resoluções, sendo as medidas provisórias e as leis delegadas elaboradas, exclusivamente, pelo Presidente da República, conforme consta nos arts. 62 e 68⁷⁵.

4.3.2 NÚMERO DE ASSINATURAS E REAPRESENTAÇÃO DO PROJETO

Diante do exposto, cabe a pergunta: e se o projeto de lei de iniciativa popular contiver menos assinaturas do que o necessário?

Devolve-se o projeto ao eleitorado para complementação das assinaturas faltantes ou arquiva-se o projeto?

Defende-se a primeira hipótese sob o argumento de que basta a complementação das assinaturas, já que a irregularidade é passível de ser sanada. Em relação à outra indagação, o arquivamento do projeto ensejaria a coleta, novamente, de todas as assinaturas até o alcance do número exigido, o que seria complicado em face da dificuldade em conseguir que as mesmas pessoas assinassem novamente, em razão de mudanças sociais ou políticas. Levando-se em consideração, assim, o princípio da economicidade processual.

Independentemente de qualquer das duas hipóteses, a apresentação de novo projeto poderia ocorrer somente na sessão legislativa seguinte, a não ser que houvesse proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, como preceitua o art. 67 da Constituição, que a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional⁷⁶.

5. AS COMISSÕES DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA

A sociedade contemporânea tem exigido crescente ampliação dos processos democráticos de decisão. Aliada à democracia representativa, assegurada pelo voto na escolha de governantes e parlamentares, a participação direta dos cidadãos organizados tem garantia constitucional nos conselhos, nos referendos e plebiscitos, nas iniciativas populares de lei. Mais recentemente, a sociedade passou a contar, também, com as Comissões de Participação Popular (CPPs) das casas legislativas. A Câmara dos Deputados, em 2001, criou a Comissão de Legislação Participativa (CLP) com a finalidade de facilitar a participação da sociedade no processo de elaboração legislativa. Vários Estados brasileiros⁷⁷ já adotaram esse tipo de comissão.

75 Cf. BRASIL, 1988.

76 Cf. BRASIL, 1988.

77 Neste trabalho, dá-se enfoque à CPP da Câmara dos Deputados e à CPP da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, contudo, como exemplos de Estados que criaram comissões de participação popular, pode-se citar o Estado do Rio Grande do Sul,

A Assembleia Legislativa de Minas Gerais, por meio da Resolução 5.212, de 9 de maio de 2003, criou a Comissão de CPP, que estabelece de que modo o cidadão pode trazer ao Legislativo suas sugestões. Para tanto, foi elaborada Cartilha destinada aos cidadãos com as informações necessárias para atuação junto à CPP. Nela, o Deputado Estadual, à época, Mauri Torres, tanto na Apresentação como na Introdução, assim definiu o objetivo da instituição: “[...] colocar à disposição dos cidadãos recursos que lhes permitam influir no trabalho legislativo, como é do espírito da democracia”⁷⁸.

5.1 COMISSÃO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A CPP da Assembleia Legislativa de Minas Gerais é uma comissão permanente que tem como objetivo ampliar a participação direta do cidadão nos trabalhos legislativos, recebendo proposições apresentadas pela sociedade e sobre elas opinando. Assim, a sociedade pode apresentar projetos de lei, emendas a projetos de lei e solicitar audiências públicas.

Compete à Comissão apreciar sugestões para aprimorar os trabalhos legislativos; receber e encaminhar propostas de ação legislativa; acompanhar a tramitação de projetos de lei apresentados pela sociedade; promover estudos, pesquisas e debates ou realizar consulta pública sobre tema de interesse geral; realizar audiências públicas para debater as leis orçamentárias e audiências públicas, exclusivas ou em conjunto com as comissões permanentes temáticas, para debater temas de interesse público sugeridos por entidades ou pelos próprios parlamentares.

Podem ser apresentadas à Comissão, como sugestões propostas de aperfeiçoamento dos trabalhos legislativos; propostas de ação legislativa, tais como: requerimento de informações oficiais a órgãos públicos e a autoridades, emenda a projeto de lei em tramitação, projeto de lei e audiência pública, além da consulta popular.

5.1.1 PROPOSTAS DE AÇÃO LEGISLATIVA

As propostas de ação legislativa podem ser apresentadas durante as audiências públicas da CPP ou protocoladas na Assembleia, pelos sindicatos, organizações não governamentais (ONGs), associações profissionais e comunitárias, conselhos ou qualquer entidade legalmente constituída, exceto partido político com representação na própria Assembleia Legislativa. Para tanto, é necessário que a entidade preencha o formulário próprio e apresente, por escrito, uma justificativa para a proposta. Devese, também, apresentar cópia do estatuto da entidade e de suas alterações, ata de eleição da diretoria e comprovante de registro desses documentos no órgão competente.

Após protocolo da proposta de ação legislativa, ela é enviada para as Comissões e recebe o parecer de um relator designado pelo presidente. O parecer é discutido e votado pela Comissão, que pode realizar audiência pública para discussão da proposta. O autor da

com a Comissão Mista Permanente de Participação Legislativa Popular e no Estado da Paraíba, com a Comissão da Legislação Cidadã.

78 MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *Comissão de Participação Popular*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2008. p. 5.

proposta tem a prerrogativa de usar a palavra para defendê-la nas Comissões e no Plenário, pelo prazo de 60 minutos.

Se aprovada, a proposta será transformada em proposição legislativa da CPP e tramitará na Assembleia como as demais, podendo transformar-se em lei ou dar origem a outra medida, dependendo do caso.

Se a proposta apresentada não for da competência da Assembleia Legislativa, mas da União, do Município ou de outro ente da Federação, será encaminhada ao órgão competente, com a indicação de sua origem e autoria.

Em caso de rejeição da proposta, esta será arquivada.

5.1.2 CONSULTA PÚBLICA

A CPP, ao lado de outros atores políticos, pode propor consulta pública, sempre que quiser saber a opinião da sociedade sobre assunto de interesse público, anteprojeto de lei, de resolução ou de emenda à Constituição e questão relacionada com matéria em tramitação.

A consulta pública será submetida à Mesa da Assembleia pela CPP e divulgado um relatório com os dados obtidos.

5.1.3 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E OUTRAS INICIATIVAS SOLICITADAS PELA SOCIEDADE

Desde 2003, a CPP já propôs, em conjunto com outras Comissões permanentes da Assembleia e por meio de sugestões de entidades da sociedade civil, ciclos de debates, seminários legislativos e audiências públicas com resultados concretos nas políticas públicas do Estado: propostas incorporadas a legislações estaduais, projetos de lei em tramitação, iniciativas de organização da sociedade civil, negociações e implementação de programas governamentais, dentre outros.

Nesse aspecto, para exemplificação, podem ser citados vários temas que foram objeto de audiências públicas: fortalecimento da agricultura familiar no Estado; implantação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS); participação da Educação Infantil no Censo Escolar do MEC; inclusão das creches conveniadas com o Poder Público na divisão de recursos do Fundeb; instalação da Frente Parlamentar em defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente; consequências do acidente ambiental na Zona da Mata; elaboração e implementação da Política Estadual de Cultura; políticas para pessoas com deficiência; segurança nas agências bancárias; aumento do trabalho infantil rural em Minas Gerais; passe-livre em ônibus intermunicipais e democratização dos meios de comunicação, além de outros temas.

Há, ainda, o programa *Parlamento Jovem*, uma parceria da Escola do Legislativo com universidades e escolas de ensino médio de Minas Gerais. O objetivo é oferecer aos estudantes a oportunidade de conhecerem o papel e o funcionamento do Poder Legislativo e de se envolverem em projetos de pesquisa, debate e deliberação de temas de interesse público.

As propostas são enviadas à CPP, que aprecia cada uma. Elas podem resultar em requerimentos, audiências públicas ou projetos de lei.

5.2 COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A Comissão de Legislação Participativa (CLP) é uma das 20 CPPs da Câmara dos Deputados. Criada em agosto de 2001, por intermédio da Resolução n. 21⁷⁹, de iniciativa do então Presidente da Câmara, Deputado Aécio Neves, apresenta-se como mais um instrumento que visa aproximar a sociedade brasileira da Câmara dos Deputados, assim como a Ouvidoria Parlamentar, o *Disque Câmara* e o *Fale com o Deputado*.

A CLP não possui campo temático específico, mas tem a incumbência de analisar sugestões de iniciativa legislativa, pareceres técnicos, exposições e propostas apresentadas por organizações da sociedade civil, exceto partidos políticos.

A Comissão pode receber sugestões de projeto de lei ordinária, de lei complementar, de decreto legislativo e de resolução; emendas a projetos de lei de apreciação conclusiva ou de plenário; requerimento de audiência pública; requerimento solicitando depoimento de autoridade ou cidadão para debater matérias da Comissão; requerimento de convocação de Ministro de Estado; requerimento de informação a Ministro de Estado e projeto de consolidação, além de sugestões de emendas às Leis Orçamentárias: Plano Plurianual (PPA)⁸⁰, Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)⁸¹ e Lei Orçamentária Anual (LOA)⁸². Vale destacar, a possibilidade de a Comissão servir como meio de fiscalização dos cidadãos em relação aos administradores públicos.

Em 2005, a Comissão criou o Banco de Ideias, cuja finalidade é receber ideias de cidadãos não vinculados a qualquer entidade da sociedade civil organizada. As ideias são divididas por temas vinculados às áreas temáticas das Comissões Permanentes, como Educação e Cultura, Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e Turismo e Desporto⁸³.

A criação de Comissão Legislativa aproximou, de certa forma, os cidadãos de seus representantes, principalmente ao permitir a inserção de setores organizados nas tarefas legiferante, fiscalizatória e orçamentária.

Amílcar Amaral Couto destacou três particularidades dos principais sujeitos da participação política: desejo, acesso e conhecimento. Assim,

[...] não adianta, todavia, o desejo (de participar da vida política), se não houver, de parte das instituições políticas, legítimos acessos democraticamente estabelecidos, de modo a garantir pleno desenvolvimento dos potenciais de

79 BRASIL. Câmara dos Deputados Resolução n. 21, de 2013. Altera o inciso IX e acrescenta inciso XXI ao art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para desmembrar as competências da atual Comissão de Educação e Cultura. *Diário da Câmara dos Deputados*, 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/2013/resolucaodacamaradosdeputados-21-27-fevereiro2013-775437-publicacaooriginal-139135-pl.html>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

80 BRASIL. Lei n. 12.593, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2012 a 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jan. 2012, retificado em 23 jan. 2012 e em 8 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12593.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

81 BRASIL. Lei n. 12.919, de 24 de dezembro de 2013. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 dez. 2013. Edição extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

82 BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Projeto de Lei n. 09/2013. *Emenda ao relatório preliminar do projeto de lei orçamentaria anual (PLOA/2014)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2014/relpre/emen_relpre4.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014.

83 Essas áreas temáticas ficam à disposição na página da CLP (www.camara.gov.br/clp), podendo ser adotadas por entidades da sociedade civil ou mesmo por parlamentares.

distintos atores políticos. Sem o conhecimento, tampouco é possível adentrar na seara política, a qual exige de seus participantes, pelo menos, o interesse em aprender as regras do jogo⁸⁴.

6. CONCLUSÃO

O Estado, para ser efetivamente considerado Democrático de Direito, necessita da inserção do povo nas decisões tomadas pelos seus representantes, assim como é imprescindível a percepção dos anseios populares por esses mesmos representantes, cujo povo depositou, consciente ou não, suas expectativas para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O Estado Democrático de Direito se aperfeiçoará à medida que conseguir traduzir fidedignamente a vontade popular.

No Brasil atual, grande parte da população, atenta às inúmeras mudanças que ocorrem frequentemente em diversos níveis, entende, cada vez mais, a necessidade de haver participação de fato efetiva junto ao Estado, como uma forma legal, importante e justa de trazer à tona seus anseios, desejos e visão de um país capaz de fazer valer os princípios da constituição garantidores da dignidade humana.

A inserção dos institutos de participação popular no constitucionalismo brasileiro evoluiu de forma bastante lenta, em razão, principalmente, do processo histórico brasileiro marcado por períodos de dominação oligárquica, cujo poder esteve concentrado nas mãos de uma minoria, prevalecendo o interesse dessa minoria. Somado esse fato aos períodos de ditadura, o povo, por um longo tempo, foi impedido de participar das decisões estatais. A participação popular, por meio do povo organizado, somente ganhou força e expressão quando da promulgação da Carta Constitucional de 1988, com o advento da democracia.

A Constituição da República de 1988 previu, em diversos artigos, mecanismos de participação popular. Ao passo que a Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou a execução dessas espécies de participação popular, quais sejam, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Institutos estes que autorizam a manifestação da população no processo de criação das leis, sendo uma forma de exercício da soberania popular.

Contudo, há alguns dificultadores no procedimento desses institutos, os quais barram, e, às vezes, até impedem que as propostas dos representados cheguem ao seu destino final. Para exemplificação do ora exposto, a análise centraliza-se na iniciativa popular de lei, já que, nela, os interesses de participação legislativa são mais bem atendidos, uma vez que a orientação governamental advém, primeiramente, das propostas trazidas pelo povo – os representados –, ao contrário do plebiscito e do referendo, nos quais o povo recebe a matéria pronta, cabendo-lhes apenas aceitá-las ou não.

Diz o § 1º do art. 13, da Lei n. 9.709/98, que “o projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto”⁸⁵. O § 1º limita o princípio de que todo poder emana do povo,

84 COUTO, Amílcar Amaral. *Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados: participação da sociedade civil organizada na elaboração das leis orçamentárias anuais de 2002 a 2006*. 2007. 69 f. Monografia (Conclusão do curso) – Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2007. p. 46.

85 BRASIL, 1998.

até porque não há, na Constituição da República, nenhuma limitação. Assim, questiona-se: e os princípios da soberania popular e da máxima efetividade da norma constitucional?

Além desse aspecto, podem ser citadas as dificuldades encontradas acerca das exigências legais para apresentação de projeto de lei pela população, como é o caso do grande número necessário à apresentação do projeto – 1% do eleitorado nacional. Como lidar com projeto de lei de iniciativa popular que contiver menos assinaturas do que o necessário? Devolve-se o projeto ao eleitorado para complementação das assinaturas faltantes ou archive-se o projeto?

Defende-se a primeira hipótese sob o argumento de que basta a complementação das assinaturas, já que a irregularidade é passível de ser sanada. Em relação à outra indagação, o arquivamento do projeto ensinaria a coleta, novamente, de todas as assinaturas até o alcance do número exigido, o que seria complicado em face da dificuldade em conseguir que as mesmas pessoas assinassem novamente, em razão de mudanças sociais ou políticas.

Independentemente de qualquer das duas hipóteses, a apresentação de novo projeto só poderia ocorrer na sessão legislativa seguinte, a não ser que houvesse proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, como preceitua o art. 67 da Constituição da República:

Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional⁸⁶.

Assim, apesar de todas as ferramentas disponíveis aos cidadãos para que seja possível sua participação mais efetiva nas decisões políticas do país, a democracia semidireta brasileira permite, apenas, uma tímida participação popular nas tarefas de competência dos representados.

Semelhante procedimento ocorre com os projetos de lei apresentados pela sociedade organizada às CPPs. Como visto, haverá sempre barreiras no caminho seguido pelas propostas, as quais passam, essencialmente, pelo crivo dos representantes, que têm a incumbência de “corrigir” os projetos. Correção esta que não é acompanhada pelos seus propositores.

Diferente não poderia ser, pois a democracia semidireta é o tipo predominante no Brasil. Pode-se inferir, então, que as decisões políticas são ditadas, sobretudo, pelos representantes, independente da participação popular.

Ainda assim, as CPPs das Casas Legislativas, sem dúvida, são um meio de aproximação do povo com seus representantes. O canal de aproximação pode vir a se tornar um mecanismo mais eficiente caso seja concedido aos representados um trabalho mais próximo aos representantes, de acompanhamento dos trâmites das propostas, no sentido de averiguar como estão sendo tratadas e analisadas pelos responsáveis.

No que se refere à Lei n. 9.709/98, que veio regulamentar os institutos do art. 14 da Constituição de 1988, interessante seria sua reformulação, a fim de facilitar o mecanismo dos pontos principais para um projeto de lei se tornar efetivamente uma lei, tais como: regulamentação da forma, da matéria e do procedimento das propostas. Precisa-se, de fato, da redução do número exigido de assinaturas de eleitores, bem como de meios que propiciem a participação daqueles que sugerirem projetos de lei até o final do seu trâmite, podendo, desse jeito, discutir e acompanhar de perto o processo de aprovação ou não.

86 BRASIL, 1988.

REFERÊNCIAS

A LUTA dos 100 anos. *ISTOÉ Independente*, São Paulo, n. 2.155, 25 fev. 2011. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/126004_A+LUTA+DOS+100+ANOS+ISTOÉ>. Acesso em: 31 mar. 2014.

AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2003.

BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*, 1989. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 14, de 17 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.al.ba.gov.br/PublitaioPHP/Uploads/26032014174251000000_constituicao_2014.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução n. 21, de 2013. Altera o inciso IX e acrescenta inciso XXI ao art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para desmembrar as competências da atual Comissão de Educação e Cultura. *Diário da Câmara dos Deputados*, 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/2013/resolucaodacamaradosdeputados-21-27-fevereiro-2013775437-publicacaooriginal-139135-pl.html>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro de 1961. Institui o sistema parlamentar de governo. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 set. 1961. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-42-setembro-1961-349692-norma-pl.html>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Projeto de Lei n. 09/2013. *Emenda ao relatório preliminar do projeto de lei orçamentaria anual (PLOA/2014)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2014/relpre/emen_relpre4.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional n. 6, de 23 de janeiro de 1963. Revoga a Emenda Constitucional n. 4 e restabelece o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jan. 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc06-63.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar n. 2, de 16 de setembro de 1962, ao Ato Adicional. Dispõe sobre a vacância ministerial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp02-62.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937. Rio de Janeiro: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946. Rio de Janeiro: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 out. 1969, retificado em 21 out. 1969 e republicado em 30 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.826, de 23 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Ofi-*

cial da União, Brasília, 23 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2005/lei/l11124.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.593, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2012 a 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jan. 2012, retificado em 23 jan. 2012 e em 8 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/Lei/L12593.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.919, de 24 de dezembro de 2013. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 dez. 2013. Edição extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm>. Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.930, de 6 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 set. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 de nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9840.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2.710/92. Câmara dos Deputados. Cria o Fundo Nacional de Moradia Popular (FNMP), e o Conselho Nacional de Moradia Popular (CNMP), e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18521>>. Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.146, de 1993. Câmara dos Deputados. Dá nova redação ao artigo 19 da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que “dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 59, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências”. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 set. 1994. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219155>>. Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade – Estado do Maranhão – Lei Complementar n. 10/91 – Disciplina da criação de municípios – Alegada ofensa ao art. 18, § 4º, da Constituição Federal – Princípio da reserva de plenário – Medida liminar deferida em parte. Ação direta de inconstitucionalidade n. 652/MA (ADI-MC 652/MA). Relator: Ministro Celso de Mello. j. 8 dez. 1991. *Diário do Judiciário*, 2 abr. 1993. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2904156/medida-cautelar-na-acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-mc-652-ma>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Museu do voto*: referendo. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/museu-do-voto/referendo>>. Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plebiscitos e referendos*: referendo de 1963. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-de-1963>>. Acesso em: 27. set. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plebiscitos e referendos*: referendo de 2005. <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005>>. Acesso em: 27. set. 2013.

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTO, Amílcar Amaral. *Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados: participação da sociedade civil organizada na elaboração das leis orçamentárias anuais de 2002 a 2006*. 2007. 69 f. Monografia (Conclusão do curso) – Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, São Paulo, ano IV, n. 4, ano V, n. 5, p. 435-483, 2003-2004.

HORTA, Raul Machado. O processo legislativo nas constituições federais brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 101, jan./mar., p. 5-28, 1989.

MINAS GERAIS MINAS GERAIS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Minas Gerais*, 1989. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas à Constituição n. 1 a 93. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *Comissão de Participação Popular*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2008.

SÃO PAULO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de São Paulo*, 1989. Atualizada até a Emenda 39, de 28 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007a.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

O CONHECIMENTO EM KANT (PARTE I)

KANT'S CONCEPTION OF KNOWLEDGE (PART I)

KARINE SALGADO¹

RODRIGO ANTONIO CALIXTO MELLO²

RESUMO

Este artigo é a primeira parte de um estudo que visa apresentar o desenrolar do processo de conhecimento na filosofia teórica de Kant, notadamente na sua *Crítica da razão pura*. Nesta primeira parte, são abordadas a Introdução e a Estética Transcendental presentes na *Crítica da razão pura*, trazendo a lume temas como: crítica da razão, sujeito e objeto, juízos sintéticos *a priori*, sensibilidade, intuição pura, espaço e tempo.

Palavras-chave: Conhecimento. Kant. Estética transcendental. Sensibilidade.

ABSTRACT

This paper is the first part of a study aimed at investigating how the knowledge process unfolds in Kant's theoretical philosophy, especially in his Critique of pure reason. This part approaches the Introduction and the Transcendental Aesthetic chapter of Critique of pure reason aiming at shedding a light on such topics as: critique of reason, subject and object, synthetic a priori judgments, sensible knowledge, pure intuition, space and time.

Keywords: Knowledge. Kant. Transcendental aesthetics. Sensible knowledge.

1. INTRODUÇÃO

Nascido em 1724, na cidade de Königsberg (atual Kaliningrado), Immanuel Kant foi criado no seio de uma família de poucos recursos. Em atenção a seus precoces dotes intelectuais, porém, conseguiu ser admitido primeiro no colégio e, em seguida, na universidade. Passou a ganhar a vida como preceptor de famílias nobres, tendo obtido o título de Doutor em 1755, e apenas em 1770 (ano que marcou o início do período crítico em sua filosofia), com 46 anos, obteve o título de professor ordinário da Universidade Königsberg com sua célebre dissertação *Sobre a forma e os princípios do mundo sensível e do mundo inteligível*.³

1 Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora adjunta da UFMG.

2 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

3 Cf. VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2012. p. 317-318. Em virtude do caráter extremamente reservado do filósofo, chega a afirmar que "Kant não possui outra biografia senão a história do seu filosofar" (HÖFFE Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 2). Ainda nessa linha, diz que "para el biógrafo de Kant parece como si las fuentes se cegasen en el mismo punto en que empiezan a manar abundantemente para el investigador y el expositor sistemáticos de su obra". (CASSIRER, Ernest. *Kant, vida y doctrina*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1968. p. 1, grifos no original).

Após afirmar ser Kant o filósofo mais importante da Ilustração e, quiçá, de toda a Modernidade, Gonçal Mayos informa ser comum dividir o pensamento moderno entre pré-kantiano e pós-kantino. Tal divisão se refere ao tipo de filosofia que se fazia antes e depois da *Crítica da razão pura* (1781), “ya que es en esta obra donde se sintetizan los principios del criticismo kantiano y de la revolución copernicana en filosofía”.⁴

Sendo Kant “o pensador que, pela primeira vez, voltou todo o interesse da sua investigação filosófica para a questão da liberdade, como exigência racional da possibilidade de eticidade do homem”⁵, a atualidade do seu pensamento, principalmente no que se refere a questões de filosofia política e filosofia do direito, reside, segundo Joaquim Carlos Salgado, no fato de ainda não ter sido possível se “constituir uma sociedade plenamente racional e livre.”⁶

Na *Crítica da razão pura*, Kant estabelece que todo interesse da razão “se concentra nas seguintes três interrogações: 1. *Que posso saber?* 2. *Que devo fazer?* 3. *Que me é permitido esperar?*”⁷ A primeira é uma questão teórica, e Kant a enfrenta na *Crítica da razão pura*; a segunda, uma questão prática, é discutida em seus escritos de filosofia moral (ética e direito); e a terceira, sendo, ao mesmo tempo, teórica e prática, se divide em filosofia da história (a quem cabe investigar a esperança para a liberdade externa – o direito) e filosofia da religião (a quem compete investigar a esperança para a liberdade interna – a moralidade).⁸

Contudo, aos que pretendem se enveredar pelos escritos kantianos sobre ética, direito, filosofia da história ou da religião, um contato prévio com ao menos os principais aspectos de sua filosofia teórica se mostra indispensável. É na *Crítica da razão pura* que a filosofia prática de Kant tem sua origem, nela surgindo o conceito de ideia e, especificamente, da ideia de liberdade, ponto de ligação entre a filosofia especulativa e a filosofia prática. Ademais, a crítica que Kant faz ao uso da razão permitiu que ela fosse preparada para seu uso correto não somente na esfera do conhecimento, como também na esfera do agir.

Neste trabalho objetiva-se exatamente promover uma apresentação das principais ideias presentes na obra *Crítica da razão pura*. Ao apresentá-la, espera-se dar subsídio ao leitor que pretende se concentrar em outros aspectos da filosofia kantiana, notadamente na sua filosofia política⁹, e, ainda, auxiliar aquele que pretende seenveredar por uma das mais notáveis construções filosóficas já produzidas pela cultura ocidental: a filosofia de Immanuel Kant.

Para cumprir tal desiderato, optou-se por dividir este estudo em duas partes. Nesta primeira, são abordadas a Introdução e a Estética Transcendental presentes na primeira Crítica de Kant, sendo reservada à Lógica Transcendental, composta pela Analítica e pela Dialética Transcendental, a segunda parte.

4 MAYOS, Gonçal. El criticismo de Kant. In: _____. *Macrifilosofía de la modernidad*. Sevilla: dLibro, 2012. p. 93.

5 SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1986. p. 14.

6 SALGADO, 1986, p. 14.

7 *KrV*, B 833. As referências neste estudo à *Crítica da razão pura* são feitas segundo a *Akademie Ausgabe*. *KrV* corresponde à abreviatura do título da obra em alemão; as letras, “A” ou “B”, referem-se, respectivamente, à primeira e à segunda edição da obra; os algarismos (romanos e arábicos) se referem à página.

8 Cf. *KrV*, B 833-834. Cf. HÖFFE, 2005, p. 270.

9 Para uma visão geral da filosofia política de Kant, compreendendo sua concepção de Ética, Direito, Estado, Paz e História, recomenda-se: SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant: atualidade e efetivação*. Belo Horizonte: Mandamentos: Fumec, 2008.

2. A CRÍTICA DA RAZÃO PURA

O ano de 1770, ano de publicação da *Dissertação*, é tido como um marco na filosofia de Kant. Marca o início da fase conhecida como criticismo kantiano. Em sua fase pré-crítica, Kant é considerado um representante típico do “racionalismo dogmático”, sendo o contato com a obra de David Hume o fator principal a desencadear seu despertar do “sonho dogmático”. Os questionamentos céticos de Hume abalaram profundamente Kant, que visava empreender uma defesa do racionalismo contra o empirismo cético. O filósofo percebeu, no entanto, a importância das questões levantadas pelos empiristas e acabou por elaborar uma filosofia que caracterizou como racionalismo crítico, pretendendo precisamente superar a dicotomia entre racionalismo e empirismo¹⁰.

Segundo Gonçal Mayos,

el primer aspecto del trabajo prescrítico que lleva Kant al criticismo es la incoherencia a la que se puede llegar cuando se aplica la razón más allá de la experiencia posible. Es sabido que Kant empieza a redactar la *Crítica de la razón pura* por la ‘dialéctica trascendental’, analizando la ‘ilusión trascendental’. Esta apariencia falaz de conocimiento ocurre cuando la razón no se aplica a datos sensibles sino simplemente (y de manera apriorística) sobre las categorías del entendimiento. Es el caso, por ejemplo, de cuando se deja de atender a causas concretas y determinadas empíricamente (la causa del humo es el fuego) y se extrapola en abstracto la relación de causaefecto, pretendiendo determinar la ‘primera causa’ o ‘la causa de todas las causas’ más allá de toda experiencia¹¹.

Ainda de acordo com Mayos, “Kant se queda muy contrariado ante la constatación de que una misma razón tenga éxitos tan considerables como la física newtoniana pero, en cambio, caiga en ‘ilusiones’ de conocimiento y en contradicciones como las que él constata en el racionalismo dogmático”¹². Assim, propõe uma *crítica* da razão a fim de guiá-la a seguir ao seu uso correto, no marco onde se tenha dados empíricos ou, ao menos, uma experiência possível, limitando, assim, sua ambição “presunçosa” de pretender conhecer independentemente da experiência sensível¹³.

Segundo Giovanni Reale e Dario Ansieri, Kant achava que logo depois da *Dissertação* poderia concluir rapidamente “uma obra na qual a ‘grande luz’ advinda em 1769 pudesse iluminar todos os problemas.”¹⁴ No entanto, continuam eles:

[...] essa obra exigiu nada menos que doze anos de meditação: a *Crítica da razão pura* só viu a luz em 1781. Em 1783, Kant publica os *Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar como ciência*, para esclarecer a *Crítica*, que não fora compreendida, e, em 1787, publicaria a segunda edição da *Crítica*, com algumas importantes explicações¹⁵.

10 Cf. MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 212.

11 MAYOS, 2012, p. 99.

12 MAYOS, 2012, p. 99.

13 MAYOS, 2012, p. 99.

14 REALE, Giovanni; ANSIERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. São Paulo: Paulus, 1990. v.2, p. 866.

15 REALE; ANSIERI, 1990, p. 866, grifos no original.

Já no prefácio da *Crítica da razão pura*, Kant adverte que não deve ser tomada uma postura dogmática, que se atém despoticamente à metafísica, tampouco deve ser adotada uma postura cética que até então só apresentou maus êxitos. O criticismo é o instrumento de superação dessas correntes estéreis.¹⁶ Eliminando o unilateralismo, que é, inevitavelmente, fruto de ambas as correntes, Kant uniu o racional e o sensível no processo de conhecimento de modo tal que este se inviabilizou diante da ausência de um deles.

[...] Kant si trova di fronte al contrasto ormai secolare non solo tra empirismo e razionalismo, ma anche tra scetticismo, che è um soggettivismo estremo in quanto incondizionata negazione della conoscibilità del reale, e dogmatismo, che è um soggettivismo altrettanto estremo in quanto affermazione incondizionata della conoscibilità del reale; tra idealismo, per cui la natura dell'oggetto è mentale, e realismo, per cui la natura dell'oggetto è extramentale¹⁷.

Apesar de se deixar convencer pela crítica de Hume à metafísica dogmática, Kant não reconhece suas conclusões empíricas e céticas. Para Hume, por exemplo, o princípio da causalidade, que busca explicar a origem e a finalidade das coisas, bem como as relações entre os seres, tem sua origem no costume; já para Kant, sua origem reside no entendimento puro¹⁸.

A investigação empreendida por Kant não se volta para a questão se a ciência é possível. Segundo ele, tal investigação é inócua, dado que a ciência existe, é fato. A atenção se volta para outra questão de maior pertinência: como a ciência é possível. A possibilidade da ciência será respondida por meio de um tribunal instituído pela própria razão, no qual ela se propõe a analisar os limites e condições do conhecimento, ou seja, suas possibilidades, sem tomar posições extremistas do dogmatismo ou do ceticismo.

Ao anunciar a pretensão de realizar uma *crítica da razão* Kant esclarece o sentido que dá a esse termo: “Por uma crítica, assim, não entendo uma crítica de livros e de sistemas, mas da faculdade da razão em geral, com respeito a todos os conhecimentos a que se pode aspirar, independentemente de toda experiência”¹⁹.

Kant usa o termo “crítica” não para denotar um “juicio que determina el valor de algo, describiendo tanto sus cualidades como sus defectos”²⁰. E, nesse sentido, a *Crítica da razão pura* é descrita por Höffe como “o autoexame e a autolegitimação da razão independente da experiência”²¹. Registra-se, ainda, a advertência de Mayos, segundo a qual

[...] el criticismo no tiene que ser visto sólo como una importante revolución en la teoría del conocimiento, sino también como una decisiva profundización en la concepción de la filosofía y de su tarea primordial.

Elaborando la distinción moderna entre ‘ciencia’ o método científico y filosofía o fundamentación filosófica, Kant concluye que los científicos legítimamente pueden proceder de manera dogmática, pero en ningún caso los filósofos. Por la naturaleza de su investigación, el cientí-

16 SALGADO, 1986, p. 85.

17 PASINI, Dino. *Diritto, società e stato in Kant*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 3. ([...] Kant se situa frente ao conflito secular não só entre empirismo e racionalismo, mas também entre ceticismo, que prega um subjetivismo extremo enquanto negação incondicional da cognoscibilidade do real, e dogmatismo, que prega um subjetivismo também extremo enquanto afirmação incondicional da cognoscibilidade do real; entre idealismo, para quem a natureza do objeto é mental, e realismo, para quem a natureza do objeto é extra-mental.)

18 Cf. HÖFFE, 2005, p. 17.

19 KrV, A XII. Cf.: MAYOS, 2012, p. 115.

20 MAYOS, 2012, p. 115.

21 HÖFFE, 2005, p. 38.

fico centra su atención en explicar determinados fenómenos o teorías en función del marco científico de los que dispone (es decir, hace lo que el actual filósofo de la ciencia Thomas S. Kuhn llama 'ciencia normal' a partir de un 'paradigma científico'). Por lo tanto, normalmente, el científico no puede permitirse cuestionar radicalmente las bases a partir de las cuales trabaja, que es lo que tiene que hacer propiamente el filósofo (y, según afirma Kuhn, los científicos durante los periodos de 'ciencia revolucionaria' en los que no hay un paradigma establecido)²².

Assim, a crítica não se opõe ao procedimento dogmático, utilizado por toda ciência. A crítica se opõe ao dogmatismo empreendido por aqueles que visam trilhar o conhecimento com base em conceitos puros sem se preocupar com a origem dos princípios nos quais se apoia ao produzir o conhecimento.

O conhecimento humano pode ser dividido em dois grupos: conhecimento empírico e conhecimento puro. O primeiro, apesar de carecer de universalidade e necessidade, contribui para o aumento quantitativo do conhecimento. O segundo não aumenta o conhecimento, apenas o desdobra, explica melhor, sem acrescentar nada de novo²³. Esses tipos de conhecimento se expressam através de duas espécies de juízos, os sintéticos e os analíticos.

Os juízos nada mais são que conexões entre dois conceitos, sendo um sujeito e outro predicado. Os juízos analíticos são aqueles nos quais o predicado está implícito no sujeito, não acrescentando nada de novo ao sujeito. São meramente explicativos, decompõem o sujeito. Isso porque o sujeito e o predicado estão unidos por um vínculo de identidade. Os juízos sintéticos têm um predicado não contido no conceito do sujeito. Isso não significa que sujeito e predicado não estejam ligados. A ligação entre eles não é de identidade, o que possibilita a esse tipo de juízo aumentar o conhecimento, dado que se acrescenta algo de diverso ao sujeito. Diz Kant:

Os juízos de experiência, como tais, são todos sintéticos, pois seria absurdo fundar sobre a experiência um juízo analítico, uma vez que não preciso de sair do meu conceito para formular o juízo e, por conseguinte, não careço do testemunho da experiência²⁴.

Os juízos sintéticos, enquanto baseados na experiência, carecem de necessidade e universalidade. A simples observação dos fenômenos e sua descrição não são capazes de fornecer a universalidade e a necessidade, requisitos indispensáveis para qualquer conhecimento que se pretenda científico. Como observa Kant, "a experiência nos diz o que é, mas não o que deve ser, de maneira necessária, deste modo e não de outro. Por isso mesmo não nos dá nenhuma verdadeira universalidade"²⁵.

Aqui se impõe um problema: qual tipo de juízo deve constituir o conhecimento da ciência? Evidentemente, seria inútil falar em uma ciência composta somente de juízos analíticos. Embora eles forneçam a necessidade e a universalidade buscada pela ciência, se mostram incapazes de produzir novos conhecimentos, de aumentar o conhecimento preexistente. Por outro lado, os juízos sintéticos atendem a esta última exigência, mas não são capazes, como ficou demonstrado acima, de fornecer universalidade e necessidade.

22 MAYOS, 2012, p. 108-109.

23 Cf. SALGADO, 1986, p. 86.

24 *KrV*, B 11.

25 *KrV*, A 1.

A ciência precisa, então, de um tipo de juízo capaz de unir esses dois elementos para que possa acrescentar conhecimento, ou seja, carece de um juízo sintético que seja ao mesmo tempo *a priori*, de modo a garantir necessidade e universalidade ao conhecimento. A questão que se põe, portanto, é como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*.²⁶ A resposta a esta indagação atende também à própria possibilidade da ciência. Antes de enfrentar diretamente esta questão, é preciso analisar alguns pontos essenciais indispensáveis à compreensão da solução que Kant dá ao problema.

Para demonstrar a possibilidade da física pura, da matemática pura e da metafísica, faz-se necessário tratar de um ponto-chave da teoria kantiana. Kant dá uma nova abordagem à estrutura do conhecimento. Tal perspectiva é fruto da denominada revolução copernicana.

A matemática, primeiramente, e depois a física sofreram essa revolução que consistiu numa total inversão no modo de conhecer o objeto. Antes dessa revolução, o conhecimento se dava por meio da observação do objeto passo a passo para apreender suas propriedades. Com a revolução, percebe-se que a razão vê aquilo que ela produz. Isto é, a razão conhece através de princípios e juízos *a priori* que ela própria deduz²⁷. É o objeto que, ao ser estudado, se eleva e se encaixa nos princípios da razão. O conhecimento, até então, se regulava pelo objeto, mostrando-se distante da universalidade e da necessidade. Após a denominada “revolução”, o objeto passa a ser regulado pela estrutura de conhecimento do sujeito.

No que se refere à metafísica, Kant afirma que até então não houve essa revolução, o que comprometeria sua condição de ciência. E é diante dessa conclusão que inicia Kant sua revolução, intitulada por ele próprio de “copernicana”²⁸. Fazendo-se valer dessa metáfora, Kant afirma que, no processo de conhecimento, não é o objeto que deve regular a intuição, como até então se pressupunha, mas esta deve regular o objeto. A tônica está no sujeito e no seu modo de conhecer *a priori*. Ortega y Gasset pontua que a revolução operada por Kant é muito maior e mais abrangente que a copernicana propriamente dita: “Copérnico se limita a substituir una realidad por otra en el centro cósmico. Kant se revuelve contra toda realidad [...]. De contemplativa, la razón se convierte en constructiva [...]”²⁹.

Essa submissão necessária do objeto em relação ao sujeito, porém, não implica um idealismo subjetivista. A intervenção do pensamento e, portanto, do sujeito no *ser* das coisas, não traz consigo a absorção das *coisas* no pensamento nem no sujeito³⁰. Segundo Deleuze,

seria legítimo esperar que o problema de uma submissão do objeto pudesse ser facilmente resolvido do ponto de vista de um idealismo subjectivo. Mas nenhuma solução é mais estranha ao kantismo. O *realismo empírico* é uma constante da filosofia crítica. Os fenômenos não são aparências, mas também não são produtos da nossa actividade. Afectam-nos na medida em que somos sujeitos passivos e receptivos. Podem ser-nos submetidos, precisamente porque não se tratam de coisas em si. Mas como o serão, sabendo-se que não somos nós que os produzimos? Como é que um sujeito passivo pode

26 Cf. KrV, B 19.

27 REALE; ANSIERI, 1990, p. 874-878.

28 Cf. KrV, B XII. O nome se justifica pela comparação feita a Copérnico que, ao estudar os astros, percebeu que várias questões ficavam inexplicadas porque se tomava a Terra como centro ao redor do qual os astros giravam. Em outras palavras, a Terra era uma espectadora do movimento dos astros. Com Copérnico esta noção se altera radicalmente, pois passa a se considerar a Terra como se movendo em torno do Sol.

29 ORTEGA Y GASSET, José. *Kant, Hegel, Dilthey*. Madrid: Revista de Occidente, 1958. p. 36.

30 ORTEGA Y GASSET, 1958, p. 54.

ter, por outro lado, uma faculdade activa de tal ordem que as afecções que ele experimenta sejam necessariamente submetidas a esta faculdade? Em Kant, o problema da relação entre o sujeito e o objecto tende, pois, a interiorizar-se: converte-o no problema de uma relação entre faculdades subjectivas que diferem em natureza (sensibilidade receptiva e entendimento activo)³¹.

Já estava consignada no prefácio da segunda edição da *Crítica da Razão Pura* a solução proposta por Kant: considerar os objetos como regulados pelo conhecimento e não o contrário, pois só assim seria possível um conhecimento *a priori*.

Ora, na Metafísica, pode-se tentar o mesmo, no que diz respeito à intuição dos objetos. Se a intuição tivesse que se guiar pela natureza dos objetos, não vejo como deles poderia conhecer algo *a priori*; se pelo contrário, o objeto (enquanto objeto dos sentidos) se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar esta possibilidade³².

A possibilidade da Metafísica como ciência será respondida mediante uma análise crítica da razão para verificar seus limites e evitar que ela incida em erros. Para tanto, Kant lança mão de um método próprio da Filosofia Transcendental. Tal método visa explicar como se dá o conhecimento do objeto *a priori*. Parte-se de um fato para demonstrar, por meio de conceitos *a priori*, como ele é possível.

Faz-se, então, necessário explicitar o que Kant entende por transcendental:

Chamo transcendental a todo o conhecimento que em geral se ocupa menos dos objetos, que do nosso modo de conhecê-los, na medida em que este deve ser possível *a priori*. [...] Um sistema de conceitos deste gênero deveria denominar-se Filosofia Transcendental³³.

Nesse sentido, diz Deleuze, “transcendental designa o princípio em virtude do qual a experiência é necessariamente submetida às nossas representações *a priori*”³⁴.

É preciso destacar, ainda, que a Filosofia Transcendental e a crítica da razão pura não são sinônimas, embora estejam estreitamente relacionadas:

A Filosofia Transcendental é a ideia de uma ciência para a qual a Crítica da Razão Pura deverá esboçar arquitetonicamente o plano total, isto é, a partir de princípios, com plena garantia da perfeição e solidez de todas as partes que constituem esse edifício. É o sistema de todos os princípios da razão pura. Se esta mesma crítica já não se denomina Filosofia Transcendental é apenas porque, para ser um sistema completo, deveria conter uma análise pormenorizada de todo o conhecimento humano *a priori*³⁵.

A Filosofia Transcendental, contudo, não abrange os princípios supremos da moralidade assim como seus conceitos puros. Isso porque o sistema da moralidade inclui também conceitos de ordem empírica – como inclinações e prazer – que são essenciais no sistema e intrinsecamente relacionados a conceitos puros, como o de dever, por exemplo. Essa relação justifica a exclusão de toda a filosofia prática, embora seja composta, também, de princípios e conceitos *a priori*. É lícito, portanto, afirmar que a Filosofia Transcendental nada mais é que uma filosofia da razão pura especulativa³⁶.

31 DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*. Trad. Geminiano Franco. Lisboa: Edições 70, 1983. p. 22, grifos no original.

32 KrV, B XVIII.

33 KrV, B 25.

34 DELEUZE, 1983, p. 21.

35 KrV, B 27.

36 Cf. KrV, B 28-29.

3. O PROCESSO DE CONHECIMENTO

O conhecimento, em Kant, implica sensibilidade e entendimento. Kant investiga inicialmente a sensibilidade, já que no processo de conhecimento os objetos são, em um primeiro momento, dados e somente numa segunda fase é que são pensados. A sensibilidade será analisada pela Estética Transcendental e o entendimento será objeto de análise da Lógica Transcendental.

4. 1 ESTÉTICA TRANSCENDENTAL

A ciência que estuda a estrutura da sensibilidade e o modo pelo qual o homem percebe as sensações formando o conhecimento sensível é a Estética Transcendental. Vale destacar que a palavra “estética” é tomada no seu sentido primitivo, de *aísthesis* – teoria da percepção sensível.³⁷

Note-se que a capacidade de receber representações (causadas pela afetação do objeto) é a sensibilidade, a qual difere da sensação, “efeito de um objeto sobre a capacidade representativa, na medida em que por ele somos afetados”³⁸. A Estética Transcendental não tem como objeto a sensação em si. Ela se refere a princípios *a priori* da sensibilidade.

O processo de conhecimento é de interiorização, cuja origem está no estímulo da coisa, na capacidade sensível, passando pelo entendimento, no qual a coisa interiorizada é pensada por meio de categorias, até se chegar ao conceito. Tal processo se inicia com a intuição. É por meio da intuição que nos relacionamos com os objetos. Contudo, ela só se verifica quando o objeto nos é dado. Nesse processo, é possível destacar a intuição empírica e a intuição pura. A intuição empírica é aquela pela qual o objeto nos é dado pela sensação, impressão causada pelo objeto na nossa faculdade representativa.³⁹ Assim, chegam até nós as representações de um dado objeto que, posteriormente, serão coordenadas por algo diverso da sensação. A matéria é sempre dada *a posteriori*, pela sensação, diferentemente da forma, que é dada *a priori*.

O objeto nos causa a sensação, provocação recebida pela sensibilidade, e é tomado como fenômeno⁴⁰ pela intuição empírica. Esta nada mais é que a intuição relacionada ao objeto por meio de sensações. Daí dizer que o fenômeno é formado por forma, a intuição pura, e matéria, a sensação.

Com isso, Kant pretende demonstrar que o conhecimento tem como objeto o fenômeno, a coisa interiorizada no processo de conhecimento. Não há conhecimento da coisa em si, mas disto não é possível concluir pela negação da existência da coisa em Kant. Nega-se somente sua possibilidade de conhecimento como coisa. Segundo García Morente, Kant chama os objetos no processo de conhecimento de fenômenos “para marcar con más fuerza esta referencia de los objetos a las condiciones del conocimiento, para acentuar que la objetividad misma está sujeta a las leyes que constituyen la conciencia cognoscente”⁴¹. Segundo Salgado,

37 Cf. HIRSCHBERGER, Johannes. *História da filosofia moderna*. Tradução de Alexandre Correa. São Paulo: Herder, 1960.

38 KrV, B 34.

39 SALGADO, 1986, p. 90.

40 O termo “fenômeno” vem do grego e significa aparição, manifestação.

41 GARCÍA MORENTE, Manuel. *La filosofía de Kant*. Madrid: Espasa-Calpe, 1975. p. 108.

a coisa não é negada quanto à sua existência, mas o conhecimento da coisa em si (essência) é que é negado. Temos certeza de que conhecemos o objeto como fenômeno, mas não enquanto objeto em si, pois, sempre que ele se apresenta à nossa sensibilidade, recebe um dadosubjetivo para poder ser conhecido: as formas da intuição sensível *a priori*⁴².

Como já esclarecido, a Estética Transcendental ocupa-se das formas puras de intuição sensível. É intuição sensível porque não é um modo de intuição no qual seja dada a própria existência do objeto da intuição. Ela é dependente do objeto e somente se revela à medida que a capacidade de representação é provocada por esse objeto.⁴³ As formas de intuição sensível são o espaço e o tempo. Ambas são dadas *a priori* em nosso espírito e são pressupostos para a experiência.

O espaço não é um conceito empírico. Sua aprioridade foi demonstrada por Kant da seguinte forma: só é possível relacionar uma sensação a algo exterior a mim (que ocupa um lugar diverso no espaço) ou relacionar duas sensações a coisas diversas (que, portanto, ocupam lugares diversos) partindo-se de uma noção de espaço.⁴⁴

Sem o espaço não é possível representar uma sensação como algo exterior a mim ou como algo exterior a outra sensação. Isso impossibilita a tese segundo a qual a representação do espaço pode ser extraída da experiência. O espaço não somente antecede a experiência, como também se revela imprescindível ao conhecimento, uma vez que é condição de possibilidade dos fenômenos. A noção de espaço só faz sentido se tomada em função da subjetividade do homem. O espaço é um predicado atribuído somente às coisas que são objeto de nossa sensibilidade⁴⁵. Segundo Kant, “as nossas explicações ensinamnos, pois, a realidade do espaço (isto é, a sua validade objetiva) em relação a tudo o que nos possa ser apresentado em relação às coisas, quando consideradas em si mesmas pela razão”⁴⁶.

Do mesmo modo, o tempo não pode ser entendido como um conceito empírico. Kant comprova sua aprioridade ao considerar que a sucessividade e a simultaneidade não surgiriam na percepção, se não tivessem na representação do tempo o seu fundamento *a priori*⁴⁷.

Evidentemente, o tempo não pode ser visto como algo que existe por si ou que reside nos objetos, pois, no primeiro caso, teria realidade concreta, independentemente de qualquer objeto. No segundo, simplesmente não seria *a priori*. O tempo, tal qual o espaço, existe na subjetividade do sujeito e possibilita as representações. Ele não é uma determinação externa dos fenômenos, como é o espaço, mas, sim, uma determinação da relação entre representações internas. “O tempo é a condição formal *a priori* de todos os fenômenos em geral. O espaço, enquanto forma pura de toda a intuição externa, limita-se, como condição *a priori*, simplesmente aos fenômenos externos”⁴⁸.

Pode-se afirmar, então, que, assim como o espaço, o tempo possui uma realidade empírica e uma idealidade transcendental⁴⁹. Ensina Höffe:

42 SALGADO, 1986, p. 97.

43 KrV, B 72.

44 KrV, A 23.

45 KrV, B 43.

46 KrV, B 44.

47 SALGADO, 1986, p. 93.

48 KrV, A 34.

49 KrV, B 52-53.

O caráter do espaço e do tempo é bastante controvertido na metafísica moderna [...]: são eles algo objetivo e real ou algo meramente subjetivo e ideal (Berkley)? e, se são reais, eles representam substâncias (Descartes), atributos da substância divina (Espinosa), ou uma relação das substâncias finitas (Leibniz)? As diversas teorias levam a aporias que Kant tenta superar com sua nova solução: espaço e tempo são algo totalmente diferente de todas as outras entidades conhecidas; são as formas *a priori* da nossa intuição externa e da nossa sensação interna (humana)⁵⁰.

As afirmações de Kant, no que tange às formas puras de intuição, sofreram críticas. Objetou-se que as mudanças são reais (o que se provaria pela sucessão das nossas próprias representações) e que se dão no tempo. Desse modo, o tempo seria real. Kant argumenta que o tempo é, sem dúvida, real, mas tem realidade subjetiva:

Se pudesse intuir-me a mim mesmo ou se um outro ser me pudesse intuir, sem esta condição da sensibilidade, as mesmas determinações que agora nos representamos como mudanças, proporcionariam um conhecimento, no qual de modo algum interviria a representação do tempo e, portanto, da mudança. [...]

É certo que posso dizer: as minhas representações sucedem-se umas às outras; mas isto significa que temos consciência delas como sucessão temporal, ou seja, segundo a forma do sentido interno. O tempo nem por isso é algo em si próprio ou qualquer determinação inerente às coisas⁵¹.

Ainda sobre a Estética Transcendental, é preciso registrar que mudança e movimento não são seus objetos, pois pressupõem algo de empírico, já que no espaço e no tempo, considerados em si mesmos, nada se move ou se muda.

O espaço e o tempo, portanto, revelam-se como fonte de conhecimento sintético *a priori* pelos motivos seguintes: são fontes de conhecimento sintético porque, como intuições, pertencem à sensibilidade e são fontes de conhecimentos *a priori* uma vez que são formas puras de intuição, estando no sujeito como condição de conhecimento.

5. CONCLUSÃO

Recebida a representação pela sensibilidade, é necessário pensá-la. E essa segunda fase do processo de conhecimento cabe ao entendimento, tido por Kant como o poder que o sujeito possui de *produzir* representações (ao passo que a sensibilidade é o poder de *recebê-las*). Sensibilidade e entendimento são fundamentais para que o conhecimento se efetive: sem a sensibilidade o objeto não é dado, e sem o entendimento ele não é pensado⁵².

O entendimento, objeto de análise da Lógica Transcendental, será abordado na segunda parte deste estudo. Por ora resta reafirmar que o ponto de partida de todo conhecimento é a intuição. Intuição que se divide em empírica, a impressão causada pelo objeto na faculdade representativa, e pura, intuição que se encontra *a priori* no sujeito e que se revela com a sen-

50 HÖFFE, 2005, p. 79-80.

51 KrV, B 54.

52 Cf. SALGADO, 1986, p. 99.

sação. Cabe à Estética Transcendental, aqui apresentada, analisar as duas intuições puras existentes: espaço e tempo.

REFERÊNCIAS

- CASSIRER, Ernst. *Kant, vida y doctrina*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1968.
- DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*. Tradução de Geminiano Franco. Lisboa: Edições 70, 1983.
- GARCÍA MORENTE, Manuel. *La filosofía de Kant*. Madrid: EspasaCalpe, 1975.
- HIRSCHBERGER, Johannes. *História da filosofia moderna*. Tradução de Alexandre Correa. São Paulo: Herder, 1960.
- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura (Kritik der Praktischen Vernunft)*. Tradução de Manuela P. dos Santos e Alexandre F. Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos présocráticos a Wittgenstein*. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- MAYOS, Gonçal. El criticismo de Kant. In: _____. *Macrifilosofía de la modernidad*. Sevilla: dLibro, 2012. p. 93-122.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Kant, Hegel, Dilthey*. Madrid: Revista de Occidente, 1958.
- PASINI, Dino. *Diritto, società e stato in Kant*. Milano: Giuffrè, 1957.
- REALE, Giovanni. ANSIERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. São Paulo: Paulus, 1990. v. 2.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
- SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant: atualidade e efetivação*. Belo Horizonte: Mandamentos: Fumec, 2008.
- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

A ÉTICA COMO ORIGEM E FIM DO DIREITO

ETHICS AS THE SOURCE AND AIM OF LAW

HUMBERTO GOMES MACEDO¹

FLAVIA VIEIRA DE RESENDE²

RESUMO

Estudar e discutir Ética no Direito nada mais é que reforçar a idéia de que a ela é o sol para onde todos operadores e profissionais jurídicos devem sempre se voltar, sob pena de perderem seu escopo e fundamento mais vital: a Justiça. Pensar sobre a ação humana é objeto da Ética. Constituem problemas éticos o sentido da vida, a liberdade do homem, se existe um modo de vida capaz de alcançar uma vida boa, os fundamentos do dever, o desejo, a natureza do bem e do mal, dentre outras questões ligadas à ação humana. A dogmática jurídica estática e vigente durante a modernidade não mais serve à sociedade contemporânea, que exige um novo desafio ao Direito, qual seja: aplicar a justiça aos casos concretos pesando a lei com princípios e valores, bem como criando mecanismos para que os preceitos legais possam adaptar-se às novas situações surgidas. Louva-se, portanto, o Direito, na socialização, promoção e funcionalidade de efetivamente realizar a concretização dos objetivos sociais e da pessoa humana, ajustados à filosofia político-constitucional e consolidar avanços normativos e teóricos que, se bem compreendidos e aplicados pelos operadores jurídicos, farão realidade referidas metas.

Palavras-chave: Ética no Direito – Justiça – Dogmática jurídica – Filosofia da Justiça – Paradigma da Segurança

ABSTRACT

The study and discussion of Ethics in Law is nothing less than the reinforcement of the idea that it is the sun around which all legal professionals ought to revolve under the penalty of losing their most vital scope and foundation: Justice. Pondering human actions is the object of Ethics. Ethical problems include the meaning of life, human freedom, whether there is a manner of living that leads to a good life, the basis of duty, desire, the nature of good and evil, along with other questions intimately connected with human action. The static juridical dogma that was in force during the modern age no longer serves contemporary society, which demands a new challenge to Law, which is: to apply justice to concrete cases thinking of law with principles and values, as well as create mechanisms by which legal precepts may be adapted to new situations as they arise. Therefore, Law is to be praised in the socialization, promotion, and operation by which it effectively aids in the concretization of social and personal objectives, adapted to a political-constitutional philosophy and consolidating normative and theoretical advances that, if understood and applied by legal practitioners, will transform the aforementioned goals into reality.

Keywords: Ethics in Law – Justice – Juridical dogma – Philosophy of Justice – Paradigm of Security.

1 Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Professor de Direito. Advogado Autárquico do Estado de Minas Gerais.

2 Filósofa e mediadora do Programa Mediação de Conflitos do Governo do Estado de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

Estudar e discutir Ética no Direito nada mais é que reforçar a idéia de que a ela é o sol para onde todos operadores e profissionais jurídicos devem sempre voltar-se, sob pena de perderem seu escopo e fundamento mais vital: a Justiça.

Isso porque, com a ascensão dos valores, da normatividade dos princípios, da dignidade da pessoa humana, da concretude e da interpretação argumentativo-constitucional que evita aplicação literal e estática da lei, o Direito faz uma verdadeira regressão e volta à sua origem. Como dito, volta à Ética e se curva à Justiça.

E cediço é que a dogmática jurídica estática e vigente durante a modernidade não mais serve à sociedade contemporânea, que exige um novo desafio ao Direito, qual seja: aplicar a justiça aos casos concretos pesando a lei com princípios e valores, bem como criando mecanismos para que os preceitos legais possam adaptar-se às novas situações surgidas. Daí a importância e a atualidade deste discurso.

2. ÉTICA: PRINCÍPIO UNIVERSAL QUE REGE A AÇÃO HUMANA PARA O BEM

Pensar sobre a ação humana é objeto da Ética. Constituem problemas éticos o sentido da vida, a liberdade do homem, se existe um modo de vida capaz de alcançar uma vida boa, os fundamentos do dever, o desejo, a natureza do bem e do mal, dentre outras questões ligadas à ação humana.

Há registros da reflexão sobre a práxis humana desde os tempos mais remotos e nas mais variadas sociedades. Assim é que na Índia, por volta do século IV a.C, aparece o BhagavadGita (A Canção do Senhor), texto religioso Hindu³ que fala sobre a boa vida para o homem. No judaísmo, temos o Pentateuco com os dez mandamentos de Moisés que lhe são revelados por Javé no monte Sinai. Na China, encontramos reflexões sobre a ação humana em textos de Lao-Tse-tung e Confúcio.

Na Grécia, no seu período pré-filosófico, a reflexão sobre a ação está nas obras *Ilíada* e *Odisseia*, de Homero (IX a.C), escritas com base a tradição oral do povo e cujos ensinamentos morais vêm pelos paradigmas e tipos humanos que as personagens representam. Assim, o episódio da *Ilíada* que retrata a escolha de Aquiles, em que este tem de escolher entre lutar na guerra e ter seu nome eternizado no imaginário grego, ou voltar para casa e ter uma vida tranqüila, diz do papel que a coragem como virtude representa para o povo helênico. Aquiles, filho dos deuses, um modelo de conduta para o homem comum, escolhe o primeiro destino, tornando-se um tipo moral ideal para a cidade dele.

3 O texto, escrito em sânscrito, relata o diálogo de Krishna (uma das encarnações de Vishnu) com Arjuna (seu discípulo guerreiro), em pleno campo de batalha, para seu discípulo as ações que o homem deve ter para se ter uma vida feliz. Diz Krishna: "Você tem o controle sobre os feitos apenas da sua responsabilidade, mas não controle ou reclamação sobre os resultados. Os frutos do trabalho não devem ser seu motivo, e você nunca deverá ser inativo". (2.47)

Outras personagens também são tomadas como exemplo de vida moral por possuírem outras virtudes importantes na vida helênica. Assim, na *Odisséia*, vemos o elogio de Homero à fidelidade de Penélope, à sabedoria de Nestor e à audácia de Ulisses.

Já a personagem Clitemnestra, que planeja a morte do marido, é o exemplo que toda mulher deve evitar. Nos poemas homéricos, as personagens que encarnam os ideais de virtude são pessoas escolhidas pelos deuses, formando a classe dos aristoi, os bons, participando do ideal de excelência grego.

Notável passo na direção da reflexão moral de cunho mais filosófico se dá com a obra do poeta Hesíodo (VIII a.C.), também chamado de o profeta da Justiça, tamanho o elogio que ele faz a esta virtude em *O trabalho e os dias*.⁴ O ideal de moral passa a vir da conduta do homem que evita os excessos e se entrega à boa luta, que segundo o poeta, é a luta do trabalho. A vida boa segundo Hesíodo, é, ao contrário de Homero, uma vida cuja virtude depende da ação do homem e não dos desmandos e preferências dos deuses na vida de seus escolhidos. O homem no universo literário de Hesíodo toma as rédeas de suas ações e tem uma vida ou virtuosa ou não, dependendo de suas boas ou más atitudes.

Como se vê nas diversas obras literárias e religiosas do mundo antigo, a reflexão moral é uma herança espiritual de todos os homens em todas as culturas. Os homens usam da razão ou da revelação para exprimir regras, comparar, discriminar e chegar a máximas de condutas. Este tipo de reflexão, no entanto, é chamado pré-filosófico, uma vez que a análise da ação humana fica voltada para o particular, voltada para um povo ou uma cultura, sem elevar-se a princípios universais. Ou ainda, como acontece nas sabedorias orientais e na Grécia pré-filosófica, o pensamento moral fica embebido de representações fantásticas, nele predominando o elemento imaginativo e mítico, carecendo, portanto, do pensamento lógico e totalizante, que é específico do modo de ser da filosofia.

A Ética, portanto, tem o mesmo objeto da reflexão moral, que é a conduta humana, mas não se confunde com esta. A reflexão moral, objeto dos mitos e da literatura, vai cedendo lugar ao pensamento com bases lógicas e argumentativas, próprio da filosofia. Etimologicamente, a palavra Ética origina-se do termogrego *ethos*, que significa o conjunto de costumes, hábitos e valores de uma sociedade ou cultura. No seu sentido mais estrito, ela é fruto do pensamento filosófico nascente na civilização grega.

Após os primeiros pensadores preocuparem-se com a problemática da *physis*,⁵ ou seja, com questões que abarcam o mundo natural, tais como: como surge o cosmos, qual o seu princípio, quais as fases e os momentos de sua geração, a problemática do pensamento passa para a discussão do que é a natureza do homem, de onde nascerá o problema ético.

A ação humana vai sendo analisada na sua totalidade, mediante uma explicação motivada logicamente, com objetivo meramente teórico. A reflexão ética vai além do acontecimento, buscando estabelecer regras que valham para os casos particulares, mas, para caminhar

4 "Tu, ó Perses, escuta a justiça e o excesso não amplies! O excesso é ma ao homem fraco e nem o poderoso facilmente pode sustenta-lo e sob seu peso desmorona quando em desgraça cai; a rota a seguir pelo outro lado é preferível: leva ao justo; Justiça sobrepõe-se ao Excesso quando se chega ao final: o néscio aprende sofrendo". (HESÍODO; LAFER, Mary de Camargo Neves. *Os trabalhos e os dias*: primeira parte, p. 39)

5 Tales de Mileto (640 a.C.-548 a.C.) é considerado o pai da filosofia grega, mas restringiu-se ao conhecimento das coisas da natureza. Foi o primeiro pensador a indagar por que as coisas são e pelo princípio de suas mudanças. E descobre a água como princípio de composição de todas as coisas, ou seja, a água é a natureza da matéria.

para além deles, buscando estabelecer nexos e ligações necessários para as questões da conduta humana.

Para Reale, a reflexão Ética só aparece no imaginário grego após a problemática da *Physis* ser colocada pelos primeiros filósofos. Isso acontece dada a dificuldade de se teorizar num campo em que rege a liberdade, que é a práxis humana:

A condição que permite a algo tornar-se ou poder se tornar objeto da ação sistemática é que ele constituía, ou, pelo menos, apareça como uma unidade orgânica e não como uma multiplicidade desagregada ou sem visíveis conexões. Ora, enquanto o mundo e os procedimentos cósmicos já aparecem à imediata representação sensorial como uma unidade orgânica, os homens e os procedimentos humanos aparecem, ao invés, em forma totalmentediferente: aparecem, precisamente, como uma multiplicidade na qual não se vêem claros nexos e na qual, pelo contrário parecem prevalecer cisões e separações.⁶

3. A FILOSOFIA DA JUSTIÇA

A Ética vai dar nascimento, então, à Filosofia da Justiça ou à Filosofia do Direito. Segundo Bentes, a Ética e a filosofia do Direito são uma invenção particularmente helênica:

A história da Filosofia do Direito deve percorrer os mesmos caminhos onde o pensamento reflexivo começa a desenhar os seus primeiros sinais. [...] A singularidade do grego reside na capacidade de forjar um pensamento paulatinamente liberto de crenças e dos mitos rumo a um patamar de racionalidade que irá abrir caminhos fecundos para a criação de vários campos de investigação: a Ciência, a Ética, a Política, o Direito, a Estética, a Filosofia. Conquanto seja incontroverso que os gregos auferem inúmeros ensinamentos da sabedoria oriental, constitui fato notável que esses conhecimentos, caracterizadamente empíricos e assistemáticos, penetram na Grécia para receber aí um impulso racional extraordinário, fruto de um gênio particularmente helênico que vinha gradativamente manifestando-se nos vários setores da vida humana.⁷

Outros historiadores, como Louis Gernet,⁸ declaram que não se pode falar de uma Filosofia do Direito na Grécia, mas, certamente, de uma Filosofia da Justiça. No entanto, consideramos que na cultura helênica, conceitos como Ética, Direito, Justiça e Política são conceitos extremamente imbricados. O indivíduo ético, que age segundo a natureza racional do homem, vai realizar ações justas, fazendo nascer da sua ação a Justiça e o Direito na pólis. A Ética faz nascer a Justiça ou o Direito. Há um universo harmônico na conduta do homem e a vida na pólis, similar à harmonia do cosmos. Diz Bentes:

Cabe enfatizar que o conceito de harmonia desempenha um papel capital no ideal grego de justiça, de equilíbrio, fixando as premissas básicas da Política, do Direito, da Ética e da estética. A doutrina sobre a harmonia aparece em Pitágoras (540-537a.C), geralmente associada à questão da afinação musical, relacionada à razão numérica. A idéia de harmonia como um princípio funda-

6 REALE, Giovanni. *Historia da filosofia antiga*, p. 77.

7 Apud BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 338.

8 Apud BENTES, apud BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 340.

mental para a ordenação do universo fascinou não somente Pitágoras como filósofos de diferentes orientações. [...] De Hesíodo a Aristóteles, assistimos à condenação da desmedida (*hýbris*) e à busca incessante da moderação (*soprhosýne*) para a consecução de um estado ético.⁹

Foi Platão (427-348 ou 327 a.C.) quem primeiro sistematizou, na Antiguidade, o pensamento filosófico sobre a Justiça nos diálogos socráticos e, mais firmemente, na obra *A República*. Nessa obra, Platão, por intermédio do personagem Sócrates (470-399 a. C.), faz uma reflexão sobre a decadência da democracia ateniense e propõe o modelo de Cidade-Estado ideal. A estrutura deste Estado e o equilíbrio social são comparados ao equilíbrio individual. A Justiça é uma forma interna do homem. O indivíduo precisa ser justo para que essa virtude possa acontecer no plano maior da cidade.

Platão estabelece uma comparação entre a cidade e o indivíduo. E para isso ele faz uma homeologia, analisando a natureza da alma humana. Para Platão, a *pysiché* humana é composta de três elementos, que sempre estão em conflito: a parte apetitiva (*tó epithynetikón*), a parte irascível (*tó thymoéides*) e a parte racional (*tó logistikón*). O homem justo será aquele em que a razão dirige os sentimentos e os desejos. A justiça tem a ver assim, com alma organizada pelo elemento racional, do homem que é senhor de si, que não se deixa levar pelos seus desejos.

Da mesma forma, o equilíbrio da sociedade resulta de uma harmonia hierarquizada dos elementos que a compõem: a economia, a serviço dos desejos; o exército, elemento sentimental da nação; a direção política, semelhante à função racional. O Estado justo será, então, aquele em que os filósofos dirigem as classes dos soldados e dos artesãos, se entendermos por filósofos aqueles indivíduos que cultivam a saúde da alma, guiando-se sempre pelo conhecimento filosófico, o conhecimento das idéias, do Bem em si.

Aristóteles (384-322 a. C.), discípulo de Platão, desenvolve a idéia de Justiça em obras como *Ética a Nicômaco* e *Política*. Como seu mestre, Aristóteles compartilha a visão de que a melhor vida para o homem é aquela de acordo com a razão, que é o elemento que diferencia o homem dos animais. A virtude é uma boa ordenação dos desejos e dos afetos humanos. O homem feliz é aquele que se guia pela reta razão (*ortho lógos*).

No entanto, há uma originalidade em Aristóteles que o diferencia de Platão. É que o saber que guia o homem em Aristóteles não é um saber dos Universais, da Essência ou da idéia do Bem em si, como propõe Platão. O que auxilia a moral do homem é o conhecimento que ele tem do contingente. Essa virtude Aristóteles chama de Prudência (*phrônesis*), que o homem vai desenvolvendo no decorrer de sua vida pela experiência e pelo hábito. Nesse sentido, a virtude tem a ver com a repetição, com o exercício. A virtude não é desenvolvida por uma vida conceitual, pelo fato de o homem conhecê-la pelo seu intelecto, como acontece na ética platônica.

A virtude será, então, a mediania determinada pelo homem prudente. A ação correta do ponto de vista ético deve evitar os extremos, tanto o excesso quanto a falta, caracterizando-se, assim, pelo equilíbrio ou justa medida. É a sabedoria prática que leva o homem a discernir essa medida, que varia nos indivíduos e de acordo com as circunstâncias. A excelência moral é, portanto, um meio-termo entre duas formas de deficiência moral, uma pressupondo excesso e a outra a falta, num cálculo que depende do homem em cada caso particular.

9 Apud BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 340.

A finalidade da Ética nicomaquéia é a busca do Bem, que para Aristóteles é a felicidade do homem. Esse Bem individual está intrinsecamente ligado ao bem comum, pois o exercício da virtude pressupõe outro Bem. A felicidade da comunidade é a realização do Bem soberano. A Ética está inscrita no domínio político, ela é a arquitetônica da Política, do justo e do Direito.

É na cultura grega, portanto, que vemos uma identificação total entre a Ética e o Direito. Tanto na reflexão pré-filosófica, quanto nos sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles, para não falar de outros pensadores tão importantes quanto, mas que aqui não citamos, tais como Epicuro, e os estóicos; o Direito – aqui sinônimo de Justiça – aparece como um prolongamento da moral. Segundo Japiassu, na Antiguidade, o equilíbrio da conduta individual é condição e causa da Justiça, “pois a virtude só se realiza na vida social: a verdadeira humanidade só é adquirida na sociabilidade”.¹⁰

4. O PARADIGMA DA SEGURANÇA: POSITIVISMO, CODIFICAÇÃO E LEI ESCRITA

O paradigma da Justiça, valor fundante do Direito antigo, vai ceder lugar, na Modernidade, ao paradigma da Segurança.

Essa passagem se dá com o Contratualismo¹¹ de Thomas Hobbes (1588-1679).

É que, se na filosofia grega o Estado se institui com vista a um Bem Supremo; em Hobbes, o que antecede a polis é o mal, e não o bem. A origem do Estado é o desejo do homem de se furtar ao mal no estado de natureza. É o medo que faz os homens se reunirem na figura do pacto social e acordarem abrir mão de uma parte de sua liberdade, entregando-a a um poder soberano, que ele chama de Leviatã, a fim de terem assegurados os seus direitos naturais.

Hobbes quer compreender a origem do Estado com base na observação científica do homem, uma vez que, para ele, “a natureza (a arte mediante a qual Deus fez e governa o mundo) é imitada pela arte dos homens também nisto: que lhe é possível fazer um animal artificial”.¹² Com o seu método de análise lógico, Hobbes se afasta da filosofia política da tradição, pois, para ele, não há que se falar na essência das coisas. Assim, não há que se dizer que a Justiça é um valor em si, como o faz Platão, ou que há uma essência de homem. As categorias para

10 JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia, p. 16.

11 A noção de contrato social definindo a sociedade como o produto de uma convenção entre os homens marca o nascimento da reflexão política moderna (século XVIII). Trata-se de uma concepção, bastante controversa entre os filósofos, que define a sociedade como o resultado das convenções pelas quais os cidadãos, de modo livre e voluntário, trocando sua liberdade natural pela paz e segurança, constituem o poder comum.: “O único meio de instituir um poder suscetível de dar segurança aos homens, consiste em conferirem eles todo o seu poder e toda a sua força a um homem ou a um conjunto de homens que pode reduzir todas as suas vontades a uma única vontade” (Hobbes). Para Rousseau, o contrato social é um pacto constituindo o fundamento ideal do direito político e repousando numa forma capaz de “defender e proteger, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada sociedade, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece a si mesmo e permanece tão livre quanto antes. [...] Embora o contrato não tenha constituído um ‘acontecimento’ vivido pelos primeiros homens, nem por isso deixa de constituir a essência do social como tal”. (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia, p. 55)

12 HOBBS, Thomas. Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, p. 7.

Hobbes são lógicas, e não ontológicas, o que faz do filósofo um pensador nominalista,¹³ influenciando mais tarde o fenômeno do positivismo.¹⁴

Disso decorre que o homem não é mais considerado um animal político na perspectiva hobbesbiana. Não há inclinação natural do homem para o Estado. O Estado é consequência de uma escolha racional feita pelos homens no estado de guerra, em que “a vida do homem é solitária, pobre, embrutecida e curta”.¹⁵ O Estado é o que permite o homem escapar das suas paixões e fazer valer as leis naturais, leis estas deduzidas do pensamento lógico.

A autoconservação é o valor que institui o político em Hobbes e, conseqüentemente, a axiologia do Direito na era Moderna. Difere da Antiguidade clássica, em que o Direito era a justiça efetiva, real. Segundo Barzotto,¹⁶ “o Direito, que para os clássicos só faz sentido a partir da alteridade, da presença do outro, agora passa a ver a presença do outro como ameaça aos meus interesses”.

O positivismo, a partir da influência hobbesbiana e outros filósofos iluministas, vai representar, portanto, segundo Barzotto, “a tentativa de fornecer segurança a um mundo em que a presença do outro gera insegurança”.¹⁷

A corrente positivista pensa o Direito como um fenômeno social objetivo. O Direito quer tornar-se uma ciência tão rigorosa quanto as ciências naturais, apartando-se da sua base axiológica a moral, a ética ou a religião. O que serve como fundamento para o fenômeno jurídico são os sistemas de leis escritas nas diferentes sociedades históricas. Para Barzotto,

assim como o positivismo filosófico revela uma era pósmetafísica, na qual o mundo é reduzido à sua descrição científica, o positivismo jurídico também partilha a visão de Direito desencantada própria do mundo contemporâneo, nas quais as práticas sociais, e, portanto, o direito, parecem carecer de um propósito e um sentido últimos.¹⁸

Um dos principais expoentes dessa Escola é Hans Kelsen (1881-1973). Em Kelsen, o objeto da ciência jurídica são as normas válidas em um estado. Segundo Noletto, o filósofo apresenta o

ordenamento jurídico positivo – conjunto das normas válidas – como uma pirâmide de normas, onde se articulam o aspecto estático (normas) e o aspecto dinâmico (atos) do Direito. A noção de validade formal é o elemento que integra esses dois aspectos, pois, nesse arranjo, cada norma retira de uma outra

13 Corrente filosófica que se origina na filosofia medieval, interpretando as idéias gerais ou universais como não tendo nenhuma existência real, sendo apenas nomes. Mediante o estudo do nominalismo em Hobbes, podemos notar que o pensador influencia a corrente positivista no Direito, pois, se não encontramos nas coisas – no fenômeno da justiça, por exemplo – o conceito absoluto de Ser, deixa-se aberta a via do relativismo ético, características do pensamento político hobbesbiano e da doutrina do positivismo jurídico.

14 “Sistema filosófico formulado por Augusto Comte, tendo como núcleo a teoria dos três estados, segundo o qual o espírito humano, ou seja, a sociedade, a cultura passa por três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva. As chamadas ciências positivas surgem apenas quando a humanidade atinge a terceira etapa, sua maioridade, rompendo com as anteriores. [...] O positivismo valoriza o método empirista e quantitativo, defende a experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências”. (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia, p. 217)

15 HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 76.

16 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 647.

17 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 647.

18 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 643.

que lhe é superior, na escala hierárquica do ordenamento jurídico, a sua existência e validade. O ponto final dessa cadeia de validade é o que Kelsen chama de norma fundamental – pressuposto lógico de seu sistema normativo.¹⁹

O objetivo do cientista do Direito é dizer se as normas são válidas ou não num determinado ordenamento, fazendo uma análise lógica da hierarquia das leis. Julgamentos axiológicos tais como opinar se uma regra é justa ou não, se deve ou não ser aplicada em determinado caso concreto, não é da seara do cientista jurídico.

Se por um lado a Teoria Pura do Direito kelseneana delimita o campo da disciplina jurídica dos outros saberes, dando-lhe clareza, objetividade e um método de análise lógico acerca da sua validade, por outro lado, a cisão da ciência jurídica dos valores humanistas faz surgir inúmeras críticas contra o positivismo.

O surgimento do pós-positivismo é a consequência da reação dos filósofos à ortodoxia positivista. Segundo Diniz,

para alguns, o pós-positivismo pode ser descrita como uma espécie de terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista, sem incorrer nos reducionismos e aporias nos quais estes desembocaram historicamente; para outros, seria uma nova geração do positivismo jurídico mitigado pelo peso da principiologia jurídica; e ainda, para terceiros, o pós-positivismo não passaria de mais uma variante fraca do jusnaturalismo, uma fase ulterior na milenar história do Direito Natural.²⁰

É mister que a legislação, em sua forma tradicional, num conteúdo rígido, fechado e estático, não possui espaço para o intérprete em face do caso concreto: falece o sistema assentado em tipos legais com atividade do seu aplicador apenas na adequação das hipóteses fáticas ao modelo normativo.

Destarte, a velocidade e o dinamismo nas estruturas sociais exigiram mudanças no modelo de sistema positivista fechado, que buscava segurança e certeza do Direito em códigos totalizadores, perfeitos e de operabilidade imediata (ou lógico-dedutivo).

Basta ver a gama de novidades tecnológicas – como a internet – e biológicas – experimentação com embriões, indagações em torno do genoma humano, avanços da engenharia genética, etc. – enfrentados pelo Direito contemporâneo “que nem sempre são resolvidos pelos instrumentos tradicionais”, como alertado por Maria de Fátima Freire de Sá.²¹

5. O NOVO DIREITO: A VOLTA AO INÍCIO

O fato é que um novo paradigma de Direito vem se delineando, e pensadores, como John Rawls (1921-), por exemplo, começam a elaborar uma teoria em que o horizonte da Justiça se volta para o campo delimitado do Direito posto, positivo. Segundo Rawls, numa sociedade sem a idéia de justiça, “a desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos de civilidade”.²² Para

19 NOLETO, Mauro Almeida. Direito e ciência na Teoria Pura de Hans Kelsen. 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2644>, p. 2. Acesso em: 2 mar. 2008.

20 Apud BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, p. 650.

21 SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei. n. 10.211/01, p. 12.

22 RAWLS, John. Uma teoria da justiça, p. 2.

tanto, na obra *Uma teoria da justiça*, ele propõe um parâmetro para medir se uma sociedade é ou não justa, contemporaneamente.

Segundo Rawls, os princípios de uma sociedade devem ser escolhidos por indivíduos livres e racionais numa posição original. Essa posição é uma situação hipotética, assim como é o contrato social em Hobbes. Nessa posição, os indivíduos cobertos por um “véu de ignorância”²³ de sua posição social na sociedade a posteriori, vão escolher sob quais princípios serão reguladas as suas instituições.

Rawls conclui que com base na posição original, os indivíduos escolherão dois princípios: o da Liberdade dos indivíduos e o da Diferença, que é aquele que tenta corrigir as contingências naturais mediante a regulamentação das ações de indivíduos e instituições pelo princípio de que “ninguém deve beneficiar das contingências, a não ser de maneira que redundem no bem-estar dos outros”.²⁴

Nesse sentido, Rawls resgata o que ele crê que os ideais burgueses deixaram de lado nas revoluções da Modernidade. Ao lado da igualdade e da liberdade, ele propõe que as sociedades contemporâneas guiem-se também pelo ideal de fraternidade que, na sua obra, corresponde ao segundo princípio regulador das instituições sociais, que é o princípio da Diferença.

O importante fazer notar com essa pequena visão da obra de Rawls é que a idéia de Justiça se volta para o horizonte das instituições sociais e, conseqüentemente, para a ciência jurídica, fato esse impensável em um paradigma positivista.

Está suprimida nos tempos atuais a separação entre o Direito e a Ética. Segundo Diniz,

caminhamos a passos largos para uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a filosofia política e a filosofia moral. Nesta nova etapa, a razão jurídica não é mais identificada exclusivamente com a racionalidade formal, instrumental, dirigida a fins, passando a incorporar também a razão prática. Neste sentido, a mola mestra da atividade jurídica não deve estar orientada – ou pelo menos, não totalmente – pela obtenção de êxito ou vantagem, mas por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça.²⁵

6. CONCLUSÃO

Faz necessário agregar ao valor segurança, base axiológica do Direito moderno, outros valores que essa ciência foi deixando pelo caminho. A Ética, cuja pretensão é a busca de princípios universais para reger a conduta do homem, cujo escopo é a felicidade – se tomarmos um conceito aristotélico –, ou a dignidade do homem – se tomarmos um conceito kantiano –, deve estar imbricada ao fenômeno jurídico.

Louva-se, portanto, o Direito, na socialização, promoção e funcionalidade de efetivamente realizar a concretização dos objetivos sociais e da pessoa humana, ajustados à filosofia políticoconstitucional e consolidar avanços normativos e teóricos que, se bem compreendidos e aplicados pelos operadores jurídicos, farão realidade referidas metas.

23 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 21.

24 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 106.

25 Apud BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 650.

Daí a idéia de propor à ciência do Direito esse eterno retorno às reflexões morais não para tomá-las ao modo místico ou metafísico dos antigos – como é por vezes salientado por autores críticos do jusnaturalismo –, mas para que nós, homens de hoje, possamos ter em vista um horizonte de justiça nas nossas instituições.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. O livre arbítrio. Tradução de N. De A. Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.
- ARISTÓTELES. Poética; Ética a Nicômaco: Organon; política; constituição de Atenas. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 313 p.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo, RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 874 p.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 559p.
- CANTO-SPERBER, Monique. Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003. 2 v.
- EPICURO. Carta sobre a felicidade: a Meneceu. São Paulo: Unesp, 2002. 51 p.
- HESÍODO; LAFER, Mary de Camargo Neves. Os trabalhos e os dias: primeira parte. 3. ed. São Paulo: Iluminuras, 1996. 103 p.
- HOBBS, Thomas. Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. 2 v.
- HOMERO. A Ilíada: em forma de narrativa. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. 275 p.
- HOMERO. Odisséia. Tradução em forma narrativa por Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2002, 316 p.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.
- KANT, Immanuel; QUINTELA, Paulo. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2002. 139 p.
- MACEDO, Humberto Gomes. As cláusulas gerais do código civil e seu papel na nova hermenêutica civil-constitucional. In: MACEDO, Humberto (Org.). A efetivação do direito civil-constitucional: temas e tendências. Curitiba: Bio Editora, 2007.
- MARCONDES, Danilo. Textos básicos de ética: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. 131 p.
- MARQUES, Marcelo. Filosofia e educação: introdução à Leitura de Platão. Belo Horizonte: apostila do curso de Especialização em Temas Filosóficos do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.
- NOLETO, Mauro Almeida. Direito e ciência na Teoria Pura de Hans Kelsen. 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2644>. Acesso em: 2 mar. 2008.
- PLATÃO. A república. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1999. 352 p.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 701 p.
- REALE, Giovanni. História da filosofia antiga. São Paulo: Loyola, 1993- 5 v (História da filosofia).
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei. n. 10.211/01. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história do direito. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 431 p.

A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E OS DESAFIOS DO DIREITO E DA DEMOCRACIA

THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION
IN THE COMMUNICATION MEDIA AND
CHALLENGES TO LAW AND DEMOCRACY

ANÍBAL SIERRALTA RÍOS¹

RESUMO

Neste artigo, aborda-se o impacto da transformação tecnológica e dos novos instrumentos de telemática sobre os meios de comunicação de massa. Discute-se a forma como as transnacionais da comunicação se estruturaram com o aporte de instrumentos como a internet, o *software* e o *podcasting*, bem como os riscos que os abusos associados ao uso desses instrumentos trazem para a democracia quando os interesses econômicos e culturais dessas transnacionais sobrepujam o interesse do indivíduo, o interesse público, a intimidade e a honra. Esse contexto aponta para novos desafios ao direito e à proteção aos direitos do indivíduo.

Palavras-chave: Tecnologia. Transnacionais da mídia. Liberdade de expressão. Regulação. Interesse público.

ABSTRACT

This paper approaches the impact of technological transformation and new telematic devices on mass communication media. It particularly focuses on how transnational communication companies have been structured with the support of such resources as Internet, software programs, and podcasting, and on the potential risks that abuses associated with the use of this technology can have for democracy when the transnational corporations' economic and cultural interests supersede individual interests, public interest, privacy, and the principles of dignity. This scenario identifies new challenges to law and the protection of individual rights.

Keywords: Technology. Transnational media corporations. Free speech. Regulation. Public interest.

¹ Advogado pela Pontifícia Universidade Católica do Peru. Mestre em Administração. Especialista em Comércio Internacional. Curso de Aperfeiçoamento em Negócios. Doutor em Ciências Jurídicas. Professor do Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), do Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Peru, do Mestrado em Economia da Universidade Nacional Mayor de San Marcos, UNMSM. Presidente do Conselho Consultivo da Associação Americana de Professores de Direito Internacional Privado. Presidente do Centro Internacional de Administração e Comércio. Membro de corpo editorial internacional. Professor visitante do Instituto Max Plank (Hamburgo). Oficial Tabelião de Lima. Foi consultor da Organização dos Estados Americanos e Professor da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro). E-mail: anibalsierralta@notariasierralta.com

1. INTRODUÇÃO

A palavra escrita em uma revista ou periódico e, sobretudo, a imagem na televisão adquiriram o *status* de dogma: são verdades inabaláveis. Trata-se de um poder que é utilizado pelos atores do comércio internacional, principalmente pelas empresas transnacionais e pelos Estados, para fortalecer seus interesses e impulsionar suas operações de investimento. De fato, os meios de comunicação são formadores de opinião e exercem grande influência na vida das pessoas, na política nacional, na cultura dos povos e na tomada de decisões no mercado.

A imprensa – tanto a sensacionalista quanto a séria – é um grande referencial, particularmente aquela veiculada em rádio e em televisão. Esta última, desde o fim da década de 1960 e mais concretamente a partir de 1990, é a forma de comunicação de massa com maior poder na vida da sociedade. Tanto é verdade que podemos afirmar que há um novo sentido da realidade: a realidade das imagens e das notícias ao vivo que se apresentam como verdade inabalável para milhões de pessoas. Tamanho poder e influência, contudo, têm impacto no direito e na democracia, demandando uma reflexão sobre a sua regulação.

Enquanto nos últimos vinte anos se tem observado crescente desenvolvimento de novos meios de comunicação pela tecnologia da informação (serviços de Internet, RRS, *podcasting* e similares), esses meios ainda não representam um desafio ao atual domínio da televisão e, decerto, não necessariamente compartilham das características associadas aos verdadeiros meios de comunicação de massa. Até o momento, a influência dominante e o alcance da televisão não estão claramente ameaçados pelo desenvolvimento desses novos meios de comunicação. De fato, parece estar claro que os novos meios de comunicação, pelo menos no curto e médio prazos, não substituem, mas apenas suplementam os preexistentes, coexistindo com eles. Por exemplo, a leitura de um livro não foi totalmente substituída pelo rádio; tampouco os livros e o rádio deixaram de existir com a chegada da televisão, dos CD-ROMs e da navegação na Internet².

Para o direito e a democracia, a forma e a dimensão dos meios de informação são significativas não somente por sua estrutura empresarial, mas também pelos diferentes e diversos interesses que defendem e pelas formas como podem interferir na sociedade para impor esses interesses, afetando, assim, a cultura dos povos e também manipulando a história.

2. AS TRANSNACIONAIS DA MÍDIA

As grandes transnacionais da mídia abarcam não somente o campo da comunicação ou das telecomunicações; elas superam os limites da soberania dos países. A capacidade de transmissão a longas distâncias oferecida pela tecnologia via satélite – seja de forma aberta ou por assinatura – frequentemente supera os limites de qualquer território nacional. Essa realidade, inevitavelmente, sugere a necessidade de se tentar regular essa tecnologia, sobretudo em regiões como a União Europeia ou a América Latina, que não possuem meios de difusão cultural para outros contextos. No entanto, o paradigma do mercado no qual essa tecnologia

2 FEINTUCK, M.; VARNEY, M. *Media regulation, public interest and the law*. Edinburgo: Edinburgh University Press, 2006. p. 2-3.

vive e se fortalece – principalmente por meio da televisão –, aliado à carência de especialistas, pesquisas e estudos jussociológicos, revela um panorama incipiente em propostas.

As principais transnacionais da mídia provêm da União Europeia e dos Estados Unidos, mas também há conglomerados empresariais latino-americanos. Todas elas compartilham as mesmas características e propósitos: dominar a informação e os mercados em que operam, sobrepujando os interesses públicos e os interesses da pessoa humana.

O Grupo Prisa é uma transnacional espanhola que controla rádios e televisoras em toda a região da América Latina – hoje, 1.200 emissoras na Espanha, no México, na Colômbia, em Costa Rica, no Panamá, na Argentina, no Chile – com ramificações até mesmo nos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, dez grupos controlam os jornais nacionais de maior circulação como o *New York Times*, o *USA Today* e o *Washington Post*, centenas de radiodifusoras e as quatro cadeias de televisão que têm os telejornais de maior audiência: American Broadcasting Company (ABC), da Walt Disney Company; Columbia Broadcasting System (CBS), da Viacom; National Broadcasting Company (NBC), da General Electric; e Fox Broadcasting Company, da News Corporation.

Na América Latina, são variados os exemplos, que vão desde imensos monopólios a casos de representação plural, como na Bolívia e no Equador, passando por exemplos singulares como o da Venezuela.

Na Argentina, o Grupo Clarín é um conglomerado que controla vários meios de comunicação: na imprensa escrita, os jornais diários *Clarín*, *Olé* e *La Razón*; na TV aberta, LS 85, Canal 13 e Arter; na TV a cabo, Multicanal S.A. e Supercanal; na TV via satélite, Directv LAe Canal 12 Satelital Córdoba; no âmbito das agências notícias, a DyN; nas rádios AM/FM nacionais, LR6 Radio Mitre, Cadena 100 (FM 99.9) e FM GEN; no mercado de revistas, Internet Surf, Elle Argentina e Genios; no mercado gráfico e editorial, a Arte Gráfico Rioplatense, a Impripost, a Editora Transandina de Revistas S.A. e a Editorial Aguilar; no mercado jornalístico local, o periódico *La Voz del Interior* (Córdoba) e o Canal 7 (Bahía Blanca); na produção de programas esportivos, a Tele Red Imagen S.A. e a Televisión Codificada S.A. O grupo também atua no mercado cinematográfico, com o Patagonik Film Group.

A Bolívia é o país cuja mídia apresenta a menor estrutura monopolista. O *El Deber* (de Santa Cruz), da família Rivera, controla a rede de TV PAT, nove jornais diários (*La Prensa*, de La Paz; *El Alto*, de El Alto; *Los Tiempos*, de Cochabamba; *El Nuevo Sur*, de Tarija; *El Correo*, de Sucre; *El Norte*, de Montero; e *El Potosí*, de Potosí), duas radiodifusoras e dois canais de TV, além de serviços corporativos de impressão e edição. Também atua na Bolívia a transnacional espanhola Prisa, cujo maior destaque é o jornal *La Razón*, de La Paz, e que também controla a Associação de Emissoras de TV da Bolívia.

No Brasil, é significativa a atuação das Organizações Globo, propriedade da família Marinho em associação com o magnata mexicano Carlos Slim. Junto a esse grupo, também se consolidaram nos últimos vinte anos nos meios de comunicação brasileiros poderosas famílias como os Sirotsky, donos do grupo RBS, os Civitas, proprietários da Abril, e os Frias, condutores da Folha. Além desses, há presença estrangeira na Net Serviços, companhia a cabo até o momento propriedade das Organizações Globo.

Uma situação singular é a da Colômbia, onde o consórcio espanhol Prisa controla a Radio Caracol de Colômbia, a qual produz e distribui até dez linhas de programação em diferentes formatos.

No Chile, o grupo espanhol Prisa adquiriu, em 2006, 100% da Iberoamerican Radio de Chile, a qual se somou ao controle que o grupo já tinha sobre a Pudahuel, a FM Dos, a FM Corazón, a Rock and Pop, a FM Hit, a FM Futuro, a FM Imagina, a FM Concierto e outras 140 emissoras. Por sua vez, a família Edwards é dona da cadeia de jornais diários *El Mercurio* e Alvaro Saieh Bendeck é o proprietário do Consorcio Periodístico de Chile S.A. (Copesa), sendo sócio da cadeia *El Mercurio* no duopólio de empresas que controlam os jornais diários de circulação nacional.

O Equador tem uma distribuição mais plural da propriedade dos meios de comunicação, sendo oito os grupos empresariais de representação nacional, como o Grupo Isaías, que possui a Cadena Ecuatoriana de Televisión CA, Canal 10 CETV, a Compañía Televisión del Pacífico Teledos S.A. e a América Visión. No âmbito da TV a cabo, o grupo controla a Cablevisión S.A. e a TV Cable S.A. Na área de radiodifusão, o grupo conta com a Radio Universal, a Radio K 800, a Radio Carrousel e Radio Sucre. Por sua vez, o Grupo Eljuri é proprietário da Televisión Ecuatoriana, da Telerama S.A., da Orovisión Televisión Codificada, da Cosmovisión S.A., da Telesat S.A., da V. Max S.A. Tivimaxsa e da Empresa de Televisión Satelcom S.A. Outro ator significativo é o Grupo Vivanco, que detém estações de radiodifusão como a Planeta FM Stereo, a Pichincha, a Imbabura, a Esmeraldas e a Carchi.

Na Guatemala, Ángel Remigio González, cidadão norteamericano, é proprietário de todos os canais de televisão aberta, que se somam a cerca de 30 estações de TV na América Latina. Por sua vez, a maioria das frequências de rádio está distribuída entre um pequeno grupo de empresários.

Em Honduras, a televisão e a radiodifusão são controladas por José Rafael Ferrari, também presidente da Fundación Teletón.

No México, o Grupo Prisa, por meio da Radiópolis, controla 50% da Televisa e de vários programas de rádio que são distribuídos para diversas cadeias na América Latina.

No Paraguai, cresce vertiginosamente o controle da imprensa escrita nas mãos de um único empresário, Antonio J. Vierci, cujos ativos aparecem entre as dez maiores fortunas do país. Antonio J Vierci também controla várias emissoras de rádio, o canal 4 Telefuturo, o Canal 13 (e as suas retransmissoras), a Radio Cardinal, o Canal 9 (e suas afiliadas) e a Megacadena. Na área de multimídias, o empresário também tem controle sobre a Popular, a TeveDos, a Radio UNO, a ABC Color, o *Vanguardia* (jornal diário editado na Cidade del Este) e a Triplice Frontera, com uma reputação nem sempre ilibada.

No Peru, a empresa Editora El Comercio S.A. é o conglomerado de meios de comunicação mais importante, que controla cinco jornais diários e duas estações de televisão, tendo recentemente fechado um acordo para adquirir a maioria das ações (51%) da Interlatin Corp., titular do segundo portal de notícias mais visitado do país. O acordo foi realizado por intermédio da Orbis Ventures SAC, que opera e administra as versões eletrônicas dos jornais diários da Editora El Comercio S.A.

Na Venezuela, existe um duopólio dos jornais diários *El Nacional* e *El Universal*. Por sua vez, a televisão está sob o controle de Gustavo Cisneros Rendiles, que opera em 39 países com 70 empresas de radiodifusão, televisão, tecnologia, telecomunicações e artigos de consumo.

Esse cenário revela um amplo processo de homogeneização dos meios de comunicação, que estão estruturados em uma rede de oligopólios nacionais vinculados econômica e ideologicamente às transnacionais da mídia. Como nunca e no ritmo da própria crise do capitalismo, esse processo se estabelece como uma estratégia nítida dos grupos dominantes, que têm ditado o peso dos meios de comunicação nesse momento do desenvolvimento tecnológico. Nesse processo, a tecnologia se converteu no vínculo comunicativo e ideológico de tais grupos, sem que, por outro lado, exista uma resposta do cidadão ou indivíduo³.

3. O IMPACTO POLÍTICO E CULTURAL DA MÍDIA

O surpreendente desenvolvimento da tecnologia da informação e dos meios de informação tem dado vazão a uma revolução que afeta diariamente a cultura da sociedade e que, por conseguinte, tem impacto no direito e na democracia. Essa evolução serve a um propósito mercantilista e penetra em todas as esferas da vida pública, uma vez que a informação em massa controlada pelas transnacionais da mídia afeta a consciência popular e o real sentido da democracia.

As ameaças aos meios de comunicação e à liberdade de expressão, como aponta César Hildebrandt, são: a internalização da imprensa, o grau de concentração dos meios de comunicação, o poder econômico que interfere na orientação da mídia, a imposição ideológica e a padronização temática⁴. De todas essas ameaças, podemos concluir que são dois os principais problemas a serem abordados sob a perspectiva do impacto causado à democracia e ao direito, quais sejam: o protagonismo dos recursos tecnológicos, que permitem uma imprensa individual e até mesmo pirata; e a concentração oligopolista e monopolista da mídia, que tem, certamente, um poder econômico e uma agenda comum. Essa realidade reveste a mídia de um poder surpreendente e onipresente que não tem limites, haja vista que transcende fronteiras e se sobrepõe aos limites dos próprios Estados e, naturalmente, do indivíduo.

Uma distinção fundamental entre a democracia e os outros sistemas políticos é a perspectiva de que, no regime democrático, o poder nunca é ilimitado, pois se espera que aqueles que o exercem considerem aqueles que os elegeram como seus pares e trabalhem pelo bem comum, prestando contas de suas ações; além disso, esses atores que exercem o poder político também são passíveis de ser sancionados se seus comportamentos excederem os limites estabelecidos pela Constituição.

Charles Louis de Secondat Montesquieu⁵ reparte o poder do Estado em três grandes estruturas (*i.e.*, legislativo, executivo e judiciário) a fim de que ninguém tenha poder absoluto. Essa fórmula é a base da estrutura do regime democrático e busca evitar o acúmulo de poder nas mãos de um único indivíduo, uma vez que esse acúmulo leva ao despotismo e, nos casos extremos, à tirania.

3 LEVANO, C. *Últimas noticias del periodismo peruano*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011. p. 53.

4 HILDEBRANDT, C. Los nuevos retos de la prensa internacional. In: LÉVANO, C. *Últimas noticias Últimas noticias del periodismo peruano*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011. p. 142-145.

5 Cf. MONTESQUIEU, Ch. L. S. *El espíritu de las leyes*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

Por isso, quase a totalidade das normas constitucionais e das legislações limitam e regulam qualquer excesso de poder – não só político, mas também econômico, como é o caso das regras de concorrência que abominam o monopólio, o truste e o domínio exacerbado do mercado. Por conseguinte, aqueles que exercem o poder econômico privado, como é o caso dos investidores e proprietários de tecnologia, também devem ter seus poderes limitados, sobretudo quando as corporações ou empresas transnacionais adquirem poderes equivalentes ou similares ao Estado.

Os meios de comunicação, hoje em dia, têm e exercem um grande poder ao delimitarem e construírem a informação, mostrando uma visão do mundo que chega a todos os lares por meio dos surpreendentes mecanismos tecnológicos. Aliada a essa realidade, a tendência neoliberal é reduzir o poder e a margem de atuação do Estado, deixando espaço para todos os demais atores: à medida que o poder do Estado diminui, é também diluído o princípio de autoridade pública, que passa a ser suprido pelas transnacionais da mídia e outros autores.

É indubitável a importância dos meios de comunicação como principal fonte de informação na democracia e na construção da justiça, e o próprio fato de que a democracia demanda que os cidadãos estejam bem informados para que possam atuar com pleno conhecimento já é uma justificativa *prima facie* para sua regulação. Esse ordenamento dos meios de comunicação se dá em todos os Estados por meio de quatro mecanismos: (i) por controle direto do governo como nos regimes comunistas ou fascistas; (ii) por órgãos governamentais, como a Comissão Federal das Comunicações (CFC) dos Estados Unidos; (iii) por propaganda ou práticas de *lobby*; ou (iv) por órgãos criados pelas próprias empresas proprietárias dos meios de imprensa, como os Conselhos de Ética ou os Conselhos de Imprensa. No entanto, tudo indica que é necessário regular esses mecanismos para que coexistam os diferentes atores e sua gestão seja benéfica para a população em geral.

O êxito ou fracasso das tentativas de regulação podem ser avaliadas com base no grau com que o mecanismo regulador atinge seus objetivos ou resultados predefinidos. Quando os objetivos não estão estabelecidos de forma clara, dada a falta de discussão tanto dos interesses em jogo como da razão de ser da regulação, o êxito ou fracasso se torna difícil de ser mensurado.

Por causa da rápida mudança tecnológica e estrutural dos meios de comunicação no final do século XX, tornou-se indispensável discutir seu ordenamento e legitimidade. Entretanto, observa-se que os interesses públicos que continuam justificando a regulação foram definidos, muitas vezes, de forma frágil e nem sempre são reconhecidos ou protegidos adequadamente, mesmo com o estabelecimento de novos critérios, argumentos ou concepções. Uma preocupação importante é, portanto, desenvolver um quadro teórico ou um marco institucional significativo que subsidie o estabelecimento de políticas eficazes para afirmar e promover determinados valores⁶.

As tentativas de regulação trazem consigo um enorme desafio e também o perigo de serem censuradas e vilipendiadas. Por conseguinte, é mister indicar até onde vai essa possível regulação, o que exige uma análise cuidadosa das diferentes opções e propostas tendo em vista todos os aspectos da vida social cabíveis em termos de valores democráticos e de justiça. Isso demanda um estudo integral e integrador dos aspectos jurídicos, econômicos, comerciais, históricos e políticos.

6 FEINTUCK; VARNEY, 2006, p. 5-6.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental incorporado em quase todas as constituições e consagrado no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Trata-se do direito que toda pessoa tem, sendo a imprensa o meio para a sua realização.

Embora, qualquer pessoa, é certo, possa manifestar-se livremente, o indivíduo só pode exercer ou manifestar sua liberdade de expressão se as empresas proprietárias dos meios de comunicação o permitirem. De um lado, a liberdade de imprensa ou de publicação constitui o meio mais idôneo para o pleno desenvolvimento da liberdade de expressão⁷; de outro, essa liberdade demanda o estabelecimento de um ordenamento adequado dos meios de comunicação para que se possibilite o exercício pleno da liberdade de expressão.

A liberdade de imprensa, de expressão, de opinião, de informação ou de comunicação e a resistência à sua regulação constituem as bases teóricas sobre as quais se edificaram o poder dos meios de comunicação e também a principal dinâmica que determina a relação entre o Estado, o indivíduo e tais meios. A esse respeito, podem-se vislumbrar várias concepções da liberdade de expressão, que vão desde a total supressão até a ação ilimitada em nome da liberdade de empresa, passando pela proibição seletiva e pela busca dos objetivos educacionais e, finalmente, pelo liberalismo aberto baseado no livre mercado que condena qualquer obstáculo à liberdade em todas as suas manifestações. No entanto, essas concepções estão longe das bases teóricas da liberdade de expressão que caracterizou o pensamento do século XVIII, focado na defesa da liberdade diante da repressão histórica do poder absoluto do Estado.

É com base nesse contexto que o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinala que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras”⁸. No entanto, o novo contexto político, social, econômico e tecnológico em que se desenvolveram os meios de comunicação pode, na ausência de bases filosóficas explícitas, fazer com que a invocação da liberdade de expressão, um pensamento tão próximo do pensamento liberal do século XVIII, seja paradoxalmente sobrepujada pelos interesses e propósitos das transnacionais da comunicação.

A possibilidade de comunicar as crenças, ideias e visões do mundo é um fundamento democrático. No entanto, em todas as democracias são colocados limites à liberdade de comunicação. Até mesmo nos Estados Unidos da América, onde a garantia da Primeira Emenda, a liberdade de imprensa, tem o *status* de decisão absoluta, os tribunais já admitiram, em circunstâncias muito precisas, a limitação da publicação de determinados materiais.

A limitação prévia – a prevenção formal da publicação – parece a mais severa das restrições à comunicação. Na Grã-Bretanha, todavia, existe outras restrições significativas, que vão desde leis gerais contra a obscenidade, blasfêmia, difamação e incitação ao ódio racial até medidas específicas dos meios de comunicação, como o regime não estatutário da censura do cinema reforçada pelo Conselho Britânico de Classificação de Filme, a Lei de Gravações de Vídeo

7 GANGI, W. *Libertad de prensa y libertad de expresión*. Buenos Aires: Bubok, 2009. p. 30-39.

8 7 CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../sanjose.htm>. Acesso em: 31 abr. 2012.

(de 1984) e a proibição pública da transmissão de vozes dos membros de organizações irlandesas banidas pela Lei de Transmissão de 1990. Além disso, aqueles que trabalham com transmissão de notícias na Grã-Bretanha devem obedecer à legislação sobre violação de sigilo (central no caso *Spycatcher*), sobre desobediência à Justiça e, notadamente, sobre violação de sigilo oficial – legislação esta última que foi reformada, mas ainda tem amplo efeito⁹.

As tecnicidades legislativas não devem preocupar no momento e são suficientes para observar que, apesar da retórica da liberdade, existem muitos limites àquilo que se pode comunicar, seja pelos meios de comunicação ou pelos indivíduos de modo particular. Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos possa ter mudado a situação de alguma forma, ela não inverteu completamente cem anos de história em que simplesmente havia liberdades residuais, ou seja, é permitido o que não está expressamente proibido. Podemos observar, nesse sentido a posição dos Estados Unidos, cujo ponto de partida é a garantia à liberdade de expressão ou de imprensa, inclusa na Primeira Emenda da Constituição, que se manteve inabalada até 1919, quando apareceram os primeiros processos ante a Suprema Corte e quando então foram estabelecidas certas restrições leves, como se verifica nos casos *Schenk vs. Estados Unidos*¹⁰, *Gitlow vs. Nova Iorque*¹¹, *Yates vs. Estados Unidos*¹².

A responsabilidade da mídia diante da sociedade foi ressaltada em uma sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na qual o juiz Frankfurter afirma:

Além de ser uma empresa comercial, a imprensa, diferentemente de qualquer outra empresa lucrativa, tem uma relação com o interesse público [...]. O objetivo da imprensa [...] é a promoção da verdade relativa a assuntos públicos, estabelecendo, assim, as bases para o seu entendimento¹³.

Essa intervenção se limitou essencialmente aos assuntos estruturais ou econômicos, mas não atingiu o conteúdo das programações, que continuam gozando da proteção da Primeira Emenda. Até mesmo a indústria pornográfica, historicamente bastante restringida na Grã-Bretanha, continua gozando de proteção constitucional nos Estados Unidos. Notadamente, compete apontar que mudanças relacionadas a assuntos como o acesso a material de sexo explícito agora devem ser observadas no contexto de uma realidade tecnológica em que a informação circula internacionalmente e sem restrições.

Por sua vez, o Pacto de San José de Costa Rica, no mesmo art. 13 supramencionado, estabelece dois limites: o primeiro (inciso 4) relativo aos espetáculos públicos, protegendo a moral da infância e da adolescência; e outro relativo à segurança (inciso 5), quando proíbe qualquer propaganda a favor da guerra e qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à violência ou a qualquer ação ilegal contra um indivíduo ou grupo de pessoas¹⁴.

9 FEINTUCK; VARNEY, 2006, p. 10.

10 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Schenk vs. Estados Unidos*. 249 US 47, 1919. *Justia.com*: US Supreme Court Center. Disponível em: <www.infoplease.com/us/supreme.../ar37.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.

11 ESTADO DE NOVA IORQUE. Suprema Corte do Estado de Nova Iorque. Caso *Gitlow vs. New York*. 268 US, 1925. *Justia.com*: Supreme Court Center. Disponível em: <supreme.justia.com/cases/.../us/268/652/case.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.

12 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals. *Yates vs. Estados Unidos*. 354 US, 1957. *Justia.com*: US Supreme Court Center. Disponível em: <supreme.justia.com/cases/.../us/354/298/case.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.

13 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Associated Press vs. Estados Unidos*. 326 US 1, 1945. *Justia.com*: Supreme Court Center. Disponível em: <supreme.justia.com/cases/.../us/326/1/case.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.

14 Cf. CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../sanjose.htm>. Acesso em: 31 abr. 2012.

Dessa forma, tem-se que essa importante liberdade, assim como as demais liberdades humanas, apresenta certas limitações expressas. Barendt¹⁵ apresenta três argumentos que sustentam a liberdade de expressão. O primeiro é o argumento da verdade, baseado na filosofia utilitarista de John Stuart Mill, segundo a qual a discussão aberta é crucial para o descobrimento da verdade e, assim, se a informação e a expressão estão restringidas, o descobrimento e a publicação de fatos verdadeiros, assim como os juízos emitidos, serão parciais ou limitados. O valor da verdade é intrínseco e autônomo, embora também possa derivar dos argumentos utilitaristas com relação ao desenvolvimento da sociedade. Por conseguinte, é possível identificar uma linha utilitária mais avançada de argumentos subjacentes à verdade. É a ideia de que a defesa da liberdade de expressão como busca da verdade ajuda a assegurar que nenhum conjunto de valores possa dominar a sociedade.

Contudo, a busca da verdade pode levar a desvios, como é o caso da exposição de textos ou informações confidenciais ou sigilosas – caso que nos leva a questionar se a publicação de qualquer documento, conversa ou vídeo, ainda que verdadeiro, é ou não uma forma legítima de busca da verdade. Por exemplo, caberia indagar se seriam uma expressão da verdade a publicação e a difusão de documentos governamentais sigilosos, sob a justificativa de que é uma contribuição ao conhecimento da verdade. Ou, pelo contrário, caberia também questionar se esses documentos devem permanecer restritos em nome da segurança nacional ou do interesse público. As justificativas a essas restrições tendem a colidir com o amplo conceito do que de fato é interesse público, o qual pode ser reforçado pelo argumento de que a liberdade de expressão é fundamental para a democracia.

Os argumentos de busca da verdade podem ser construídos com base na crença de que existe um mercado competitivo das ideias, o qual, como qualquer mercado livre, pode facilmente se autorregular caso realmente haja efetividade da comunicação. Assim, por exemplo, imaginemos dois oradores que falam simultaneamente: nessa situação, será completamente difícil de entendê-los. Ninguém contribuirá para um debate efetivo, claro e significativo para se chegar à verdade, sendo, pois, necessário que o debate ou confronto seja ordenado por algum organismo ou mediador para que seja eficiente e benéfico. Do mesmo modo, se, como frequentemente ocorre, um orador tenta impor suas ideias, o debate acaba caindo no monólogo ou atingindo apenas alguns poucos atores, sendo necessária uma regulação para que não se percam todos os benefícios da livre argumentação e livre concorrência.

O segundo argumento de liberdade de expressão identificado por Barendt parece derivar de um enfoque individualista em vez de um enfoque utilitarista: trata-se do “argumento de autor-realização”. O argumento é que as restrições à expressão inibem o crescimento individual, uma vez que as pessoas não se desenvolverão, a menos que tenham liberdade para formular suas crenças e atitudes políticas mediante discussão e crítica. Essa parece ser uma justificativa de aplicação mais ampla, como se aplica ao direito à moradia digna, à saúde ou à educação. Uma limitação perceptível dessa linha de argumentação é que ela pode facilmente tomar a forma de uma liberdade negativa, isto é, “ir contra o Estado”, em vez de ser uma manifestação positiva. Assim, converte-se a liberdade a uma refém da sorte, sendo muito suscetível a interpretação jurídica, mas de acordo com os padrões constitucionais mais abrangentes. Além disso, no contexto moderno, surge ainda a questão de se a liberdade de expressão também possibilita a imposição de limitações ao exercício do poder das transnacionais.

15 Cf. BARENDT, E. *Freedom of speech*. Oxford: Clarendon Press, 1985. p. 12 et seq.

O terceiro e último argumento de Barendt é o da participação cidadã. Especialmente no contexto dos debates que suscitaram a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos (a qual estabelece que a liberdade de expressão permite que os indivíduos se envolvam nos assuntos políticos e dá-lhes poder para participarem efetivamente como cidadãos na defesa de seus direitos), Barendt observa que, apesar de aparentemente se pautar em um modelo individualista, esse argumento apresenta um forte espírito utilitarista por estar voltado para o interesse da maioria da sociedade. No entanto, o autor ressalta alguns problemas específicos que podem surgir no sistema democrático ao se considerar o contexto da representação parlamentar (em comparação com a representação individual direta), pois tal enfoque permite que os congressistas, eleitos temporariamente, imponham restrições ao interesse público. A única resposta óbvia para esse problema parece ser que certos “direitos”, como a liberdade de expressão, são tão importantes que não podem ser eliminados facilmente por um governo que está temporariamente no poder. Tal ação restritiva pode ser vista como ilegítima ou ilegal, especialmente sob o ponto de vista constitucional. As respostas alternativas a esse dilema parecem ceder ao argumento individualista de autorrealização ou, possivelmente, consistem em um retorno aos argumentos da verdade¹⁶.

Nenhum dos três argumentos pode ser admitido plenamente como as principais linhas de sustentação da liberdade de expressão ou de comunicação. A jurisprudência na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, frequentemente, lança mão de conceitos como “cidadão” ou “direitos humanos” associados com os argumentos de autorrealização e participação cidadã. O fato de que qualquer combinação dos três argumentos pode ou não ser aceita demonstra a centralidade da liberdade de expressão ou informação como base das crenças democráticas, embora existam controvérsias sobre sua natureza e sobre sua abrangência.

Finalmente, cabe apontar que os três argumentos compartilham a crença subjacente em relação ao direito que os indivíduos e grupos sociais têm no que diz respeito ao acesso à ampla gama de informações (políticas e culturais), independentemente do ponto de vista: da sociedade comprovando a verdade, da autorrealização individual ou da ação cidadã ao se participar efetivamente na vida comunitária. Contudo, nas sociedades modernas, essa questão deve ser observada, principalmente, como um assunto de massas, e não como uma comunicação individual, pois, em uma época em que milhões de indivíduos estão intercomunicados por uma rede internacional de computadores pessoais e requerem sempre o acesso aos meios de comunicação de massa como a internet, a transmissão e a recepção da comunicação acabam dependendo dos provedores ou detentores da tecnologia da informação.

Com os valores de liberdade de expressão ou comunicação competem os valores de privacidade e o direito à intimidade, à honra, à dignidade das pessoas (inclusive à vida sossegada e tranquila). Entretanto, esses valores se converteram em um produto no mercado de notícias, uma vez que a intimidade é comercializada nas telas da televisão e nas páginas dos tabloides sensacionalistas. Inclusive os processos judiciais são um produto que se vende e se comercializa rapidamente para evitar sua obsolescência. A grande imprensa quer resultados imediatos para terminar a história e começar uma nova, o que leva, frequentemente, à manipulação da decisão dos juízes para que atuem não apenas de acordo com a tranquilidade e com os termos exigidos pela busca da verdade, mas também no curto prazo que uma notícia dispõe até se desvanecer. Tudo isso exige uma análise da ação das transnacionais da comunicação, que,

16 Cf. BARENDT, 1985, p. 20.

invocando as liberdades de expressão e de imprensa, buscam fortalecer seus fins comerciais, tendo em vista que atuam visando maximizar a oferta de “informação” sobre a qual se pressupõe que se articula uma demanda. Essa é a manifestação concreta da falta de coincidência entre as bases filosóficas do final do século XVIII com o contexto do final do século XX, como ilustra Hertz em sua tese do capitalismo global baseado no *laissez-faire* econômico, na cultura do consumismo, no poder das finanças e no livre comércio. Trata-se, enfim, de um sistema no qual as transnacionais são reis, o Estado é o sujeito e os cidadãos são os consumidores... um resultado silencioso e nulo do contrato social¹⁷. Esse poder dos novos reis absolutos torna plausível uma tentativa de regulação dos limites da liberdade dos meios de comunicação com vista a resguardar o interesse público. O único problema, contudo, é definir inicialmente o que é interesse público.

5. O INTERESSE PÚBLICO

O papel principal dos meios de comunicação gira em torno do conceito de interesse público e na responsabilidade desses meios como guardiões desse interesse. A esse respeito, Jürgen Habermas, aponta: o interesse, o círculo ou espaço público é aquela área da vida social na qual a troca de críticas e visões entre posições divergentes leva a preocupações comuns. O autor considera que existem duas posições distintas: a crítica e a opinião midiaticizada, manipulativa ou representativa que atuam no mundo da vida. O interesse público se configura quando os cidadãos, ao exercitarem seus direitos de reunião e associação, se unem como organismos públicos para discutir assuntos de interesse nacional. Cada reunião dos indivíduos constitui uma porção de espaço público e, quando esse número é mais amplo, são necessários meios que os interrelacionem, como os jornais, as revistas, o rádio e a televisão. Já que a dinâmica da sociedade atual dificulta a possibilidade de aglutinar fisicamente todos os cidadãos como acontecia na antiga ágora, os meios de comunicação se converteram no eixo das grandes convocações públicas, pois une todos os cidadãos de forma simultânea sem que precisem sair de seus domicílios. A ágora foi substituída pela reunião virtual, na qual a voz ou a imagem influencia na concepção ou orientação de determinados interesses¹⁸. Todavia, o conceito de espaço público postulado por Habermas concentra-se na centralidade analítica do discurso racional e crítico. O círculo público existe, resumindo em poucas palavras, no raciocínio ativo das pessoas. É por meio desse discurso que se gera a opinião pública, levando à formação das políticas de Estado e ao desenvolvimento da sociedade como um todo.

Tehrani¹⁹ indica que “as políticas públicas se encontram no processo da comunicação pública – processo esse incrementado pelas instituições democráticas”. É claro que os meios de comunicação podem facilitar a obtenção da verdade, a autorrealização e a participação cidadã, além de terem o potencial de promover a iniciativa de um discurso racional como identificado no círculo público de Habermas. No entanto, as atividades dos meios de comunicação também podem ser vistas, sob uma perspectiva menos benévola, como expositoras

17 HERTZ, N. *The silent takeover: global capitalism and the death of democracy*. Nova Iorque: Simon & Shuster Inc., 2002. p. 5.

18 HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: G.Gili, 1990. p. 60 et seq.

19 TEHRANIAN, M. Global communication and its critics. *Journal of Communication*, Malden, 1995. p. 39.

de agendas políticas particulares manipulando o material informativo para atingirem os fins comerciais e/ou políticos próprios – sobretudo quando, a partir da última década do século XX, as pesquisas de opinião pública se aliaram aos meios de comunicação para se converterem em novas expressões do interesse público e para, o que é mais grave, pretenderem ser a expressão da vontade popular.

É evidente o poder que os meios de comunicação exercem em uma sociedade em que os indivíduos se comunicam pessoalmente com apenas uma pequena proporção de seus concidadãos, mas, se esse poder não é regulado com os mecanismos responsáveis adequados, podem ser afetadas as expectativas constitucionais fundamentais. Por mais que os meios de comunicação possam estar regulados pela Constituição, esse fato não faz desaparecer a suspeita de que seu poder e influência afetam significativamente o destino das pessoas e da democracia.

Da mesma forma que os mercados são passíveis de ser plenamente dominados por um ou mais atores, os meios de comunicação parecem mostrar uma predisposição peculiar para o monopólio ou oligopólio. Basta observar como estão se estruturando e crescendo as transnacionais da mídia no mundo e particularmente na América Latina. Essa realidade é tal que, para continuarem reivindicando legitimamente o poder associado com a liberdade de expressão e o domínio de seus canais, essas transnacionais devem contribuir para que os cidadãos adquiram um rol de “informação” política e cultural com base no qual possam se envolver, individual ou coletivamente, em um processo que lhes permita uma informação verídica e clara em relação ao mundo. Nesse sentido, os meios de comunicação consistem em um recurso público. Se o imperativo comercial orienta os meios de comunicação para o controle monopolista, ou quase monopolista, e traz como consequência um rol mais restrito de informações e opiniões disponíveis, no qual o conhecimento é cada vez menos um bem comum e, pelo contrário, assume uma posição privilegiada, poder-se-ia concluir que esses meios são contrários às expectativas democráticas que têm como premissa a liberdade de expressão²⁰.

É incongruente, então, invocar a liberdade de expressão e de imprensa como fazem os meios de comunicação, já que as suas atividades parecem ser contrárias à democracia, isto é, há um incremento geométrico da posse da informação nas mãos das transnacionais diante da nula posse por outros meios privados que só se alimentam dessas transnacionais ou vivem de reproduzi-las. Basta observar como as grandes cadeias televisivas norteamericanas possuem ou retêm as fontes de informação e como as televisões latino-americanas as copiam ou reproduzem.

Embora, tradicionalmente, a ameaça à liberdade de expressão advenha de um Estado autoritário, essa ameaça, na era atual, vem do poder das próprias transnacionais. A lógica institucional dos meios de comunicação de massa e, particularmente, da indústria da televisão não promove o interesse público, mas, sim, o interesse de seus anunciantes ou patrocinadores, já que sua finalidade principal é maximizar os lucros. Tal questão se reflete na declaração dos próprios meios de comunicação comercial quando afirmam que seu propósito principal não é a promoção de produtos ou a audiência, mas, sim, a dos seus anunciantes e a defesa de seus interesses diante dos seus mudos espectadores ou leitores.

Esse poder é exercido nos processos políticos, influenciando na vida da comunidade e dos Estados, o que demanda certa regulação para se assegurar que seja executado de acordo com

20 FEINTUCK; VARNEY, 2006, p. 16.

os princípios democráticos, defendendo, em vez de preterir, o cidadão e o interesse público. A esse respeito, cabe apontar que a tensão entre as aspirações do interesse público e as aspirações do interesse comercial dos meios de comunicação chegaram a se tornar o principal centro de discussão nos últimos anos.

Se admitirmos que os meios de comunicação são os principais atores do mercado internacional, também temos de reconhecer que desempenham um papel e assumem, por isso, a condição de detentores de um poder real. Assim, os meios de comunicação desempenham um papel de destaque na política, atuando como um contrapeso entre o Estado/governo, o cidadão individual e os grupos sociais que fazem a intermediação entre o país e as potências estrangeiras. Essa função depende do grau de pluralidade que esses meios admitem em sua programação e do grau com que a propriedade se relaciona com o conteúdo do editorial, de acordo com a diversidade de proprietários e os interesses e propósitos que defende cada acionista.

Quando todos os meios de comunicação se encontram sob o poder de um único investidor ou de um pequeno grupo de empresários que simpatiza com o governo vigente, ou quando pertencem unicamente ao Estado, a sua efetividade como mecanismo de contrapeso é bastante discutível. Assim ocorreu na Alemanha Nazista e na União Soviética de Stalin, onde os meios de comunicação controlados pelo Estado, em vez de um mecanismo de equilíbrio, foram um braço do governo, atuando em favor do partido único, totalitário e antidemocrático ao contrário de promover os objetivos cidadãos de responsabilidade e livre escrutínio público. E assim também ocorre quando o setor privado supera a intervenção estatal, assumindo a frente de uma única linha de pensamento ou a defesa dos interesses de um dado grupo político-econômico, o que leva cada vez mais à convicção e à necessidade quanto à regulação dessa seara.

A relação dos meios de comunicação com a democracia é obviamente problemática. Robert McChesney, em sua obra *Rich media, poor democracy* [*Mídia rica, democracia pobre*], demonstra como, no contexto de um mercado altamente concentrado como é o mercado midiático nos Estados Unidos, o contexto econômico no qual operam as empresas de comunicação as obriga a defender e a refletir sobremaneira os interesses corporativos dos oligopólios, o que acaba desestabilizando os valores democráticos. Assim, com respaldo no mito do livre mercado, essas empresas buscam consolidar seu poder controlando todos os sistemas midiáticos e reinterpretando falsamente a história ou mantendo o *statu quo* na esfera das tecnologias de comunicação. Igualmente, reconhece-se a penetração dos meios de comunicação em todas as esferas da vida cidadã com um sentido meramente comercial, transformando-se esses meios na fonte de grandes lucros e em um instrumento efetivo do controle da consciência das massas²¹.

Os meios de comunicação impactam ou interferem na vida pública dos cidadãos de três formas: no período das eleições, propondo uma figura política; estabelecendo e defendendo os interesses de grupos de poder; e como fonte única de conhecimento que impulsiona determinada ação cidadã. Um exemplo foi a campanha eleitoral para a presidência do Peru em 2006, durante a qual toda a imprensa escrita e televisa unanimemente atacou o candidato Ollanta Humala, que ganhou no primeiro turno, mas acabou perdendo no segundo turno para o candidato então reeleito, Alan García, cujo primeiro governo tinha uma grave imagem de corrupção e havia mergulhado o país na maior crise econômica de sua história. Esse mesmo fenômeno se repetiu no verão e no outono de 2011 – e contra a mesma vítima política, e, por

mais que o candidato atacado tenha vencido, nem por isso deixou de ser um caso de abuso e de prepotência da mídia. Outro exemplo é a reforma da lei da moradia na Grã-Bretanha após a manifestação gerada em 1966 com o lançamento do filme *Cathy come home* [*Cathy volta para casa*], de Ken Loach, que é uma mostra do poder que os meios de comunicação têm para influenciar nas reformas sociais.

Nas sociedades atuais, a crença de que compartilhamos expectativas, suposições, valores e, mais amplamente, “uma visão única do mundo” é o resultado da indústria de entretenimento que se sobrepõe ao real significado dos meios de comunicação. Uma vez que são atividades comerciais, as artes visuais, junto com a indústria do ócio, como os esportes e as apostas (bingo, loterias, bancas de aposta e cassinos), fazem parte da indústria do entretenimento, cujos objetivos, embora estejam vinculados, não podem ser considerados como parte dos objetivos sociais dos meios de comunicação de massa. Todavia, a área de sobreposição é grande, já que envolve os programas de rádio e televisão, o mercado de cinema e vídeo, a indústria da música e toda a área dos audiovisuais.

Independentemente de serem vislumbrados como uma força voltada para a solidariedade social, como causa da atomização da sociedade ou como o “ópio dos povos”, é justo concluir que, por causa do uso das tecnologias da informação, os meios de comunicação de massa – especialmente, a televisão – vêm proporcionado, há mais de quarenta anos, muitas das experiências que o mundo compartilha, como: a paixão e a angústia nos esportes e o drama recorrente dos jogadores de futebol no gramado; as centenas de nascimentos, casamentos, mortes na vida real e nas novelas; os crimes de ficção e não ficção; os desastres naturais e as tragédias causadas pelo próprio homem; as brigas e batalhas perdidas e ganhas. Às vezes, choramos e rimos junto com milhares e milhões de pessoas em eventos que se difundem por meio de nossas telas e rádios; independentemente de estarmos sós, em família ou em um círculo social, esses eventos se tornaram o ponto focal de muitas de nossas interações durante dias e semanas. Nunca a história foi tão visualmente expressa como nas últimas três décadas.

Pode-se dizer que a televisão gratuita promove uma “coesão cultural da nação”. A ameaça da difusão cultural em escala global, facilitada pelos meios de comunicação em inglês, chega a ser ostensiva. Porém, independentemente da mensagem transmitida pelos meios de comunicação e de os indivíduos, grupos ou nações a entenderem ou não, bem como de essa mensagem ter o efeito desejado, é a radiodifusão comercial que gera lucros pela publicidade e é indicativa do poder que os meios de comunicação têm em relação àqueles que possuem produtos para vender.

É importante observar, também, com relação a uma expectativa de igualdade social, como os diferentes grupos sociais são mais ou menos influenciáveis pelos meios de comunicação de massa e como mais ou menos se encontram disponíveis para transmitir suas opiniões utilizando diferentes recursos. Em muitos países, as pessoas ricas e sofisticadas são, em geral, paradoxalmente pobres no que diz respeito ao uso dos meios de comunicação de massa, já que não assistem muito à televisão. Em contrapartida, os pobres – e certamente aqueles com menor nível de escolaridade – são ricos no uso dos meios de comunicação de massa, dado que geralmente assistem muito à televisão. Assim, um problema no centro de nossas sociedades modernas é que as pessoas que assistem demasiadamente à televisão tendem a

ter informações pobres, ao passo que as pessoas que não assistem à TV são, em geral, ricas em informação²².

É evidente que o poder existe e, também, que, em todas as sociedades, a propriedade dos meios de comunicação e seus propósitos são temas políticos. Por conseguinte, devemos esperar que o Estado e os governos tenham um interesse ativo com relação à atuação dos meios de comunicação e, particularmente, no que diz respeito ao seu poder na sociedade, o que pode ser sintetizado, ainda que de forma simplista, na denominação de “quarto poder” dada aos meios de comunicação.

Com base em um relato histórico do desenvolvimento das tentativas do Estado para reduzir o poder e a influência do cinema e da imprensa popular, Eldridge²³ conclui que, no século XX, “o controle do mercado e do sistema de informação chegaram a ser o principal tema da estratégia dos governos para lidar com os meios de comunicação”. Embora o acesso à informação e seu controle devam ser uma parte importante do debate, compete destacar que, quando se analisa a regulação dos meios de comunicação, é igualmente conveniente entender o contexto específico em que o debate se realiza. Na era atual, a globalização dos interesses das transnacionais da informação se alia com a mudança tecnológica para formar o que é, pelo menos, um cenário desafiador no qual se desenvolvem e se implementam sua política e seus interesses empresariais. Nesse contexto, é aconselhável enquadrar as tendências e interesses transnacionais e o domínio da ideologia centrada no livre mercado na política moderna, com um conjunto de valores como a tradição e a cultura de cada nação.

6. A TECNOLOGIA, OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A SUA MANIPULAÇÃO

É evidente, hoje em dia, o domínio exercido pelas gigantes transnacionais sobre os meios de comunicação nacionais. Na Itália, Silvio Berlusconi assumiu o poder político para dominar o setor da televisão comercial e, efetivamente, desafiou a primazia que tinha a Radiotelevisione Italiana (RAI). Na Grã-Bretanha, Rupert Murdoch conseguiu o domínio da radiodifusão via satélite e, simultaneamente, formou um *holding* correspondente a cerca de um terço do mercado inglês de jornais e revistas. Nos Estados Unidos, o mercado dos meios de comunicação (televisão, cinema, jornais e revistas) está nas mãos de um pequeno número de gigantes corporativos, o que significa um desafio a qualquer tentativa de ordenação. Na América Latina, estruturas monopolistas que congregam jornais, rádios e revistas são ostensivas e têm uma orientação ideológica que influencia substancialmente na cidadania. Embora o esforço de regulação seja muito maior que o mais poderoso magnata dos meios de comunicação, também se deve reconhecer que qualquer grupo poderoso que seja atingido por uma proposta de regulação logo é substituído por outro (ou outros), exercendo a mesma agenda e representando os mesmos interesses.

²² McCHESNEY, 1999, p. 270 et seq.

²³ ELDRIDGE, J. *The mass media and power in modern Britain*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 23.

Embora a regulação da propriedade dos meios de comunicação venha tradicionalmente ocorrendo em nível nacional, o mercado tem se tornado cada vez mais amplo, principalmente no que tange à transmissão dos diferentes produtos além das fronteiras nacionais e também quanto aos padrões de propriedade. A esse respeito, o mecanismo de regulação mais efetivo tem historicamente sido a revogação de licenças, mas cabe lembrar que, recentemente, ganham destaque outros mecanismos derivados do desenvolvimento tecnológico, os quais estão relacionados com o surgimento e o crescimento constantes de transnacionais nos mercados de comunicação de massa.

Em um primeiro momento, somente as agências de notícias operavam internacionalmente, ao passo que, atualmente, os estilos da Fox, da CNN e da MTV estão difundidos nêvel âmbito global e há, em uma escala transcontinental, a formação de impérios como aquele operado por Rupert Murdoch. Tais manifestações constituem um problema para qualquer tentativa de regulação, haja vista a significância limitada das afiliações nacionais ante as transnacionais globais que atuam em espaços mais amplos e operam em distintos idiomas. Essas manifestações também constituem uma ameaça para valores como o serviço público, a soberania e a democracia, já que a característica principal dos meios de comunicação globais é sua mercantilidade, a qual se apoia no volume da publicidade e transforma os meios de comunicação em dependentes das *trading companies* [empresas comerciais] ou transnacionais do comércio internacional que contratam a propaganda.

A magnitude das transnacionais da comunicação é incrementada constantemente pelos processos de integração horizontal (nos setores individuais dos meios de comunicação) e de integração vertical (por meio dos diversos níveis) que se dão quase que diariamente. O resultado desses processos faz com que até as grandes empresas norte-americanas, como a NBC e a CBS, sejam excluídas do mercado por gigantes como a Disney e a Time Warner, as quais podem fornecer filmes a suas próprias radiodifusoras e canais de televisão a cabo.

A relevância econômica do mercado dos meios de comunicação é cada vez maior e representa de 3% a 5% do PIB de muitos países europeus. Em uma economia global em expansão, não nos surpreende, entretanto, que muitos dos meios de comunicação realmente internacionais se encontrem dominados justamente por transnacionais norte-americanas.

Quando os benefícios de mercado tentam os governos – dependentes das imagens – a buscar algum êxito econômico, permitindo ou fomentando a formação de impérios locais de comunicação de massa que podem competir em escala global, verifica-se, também, a existência de um perigo de fazer com que esses impérios cresçam e venham a dominar o mercado interno, o que representa um desafio para qualquer regulação nacional. No entanto, dada sua importância óbvia para a vida política, cultural e social nacional, tais riscos devem ser enfrentados.

A relação entre os interesses econômicos privados e os interesses públicos é preocupação do direito concorrencial, já que as empresas de comunicação de massa parecem particularmente propensas à concentração da propriedade e ao poder por ela suscitado. Embora, fundamentalmente, o esforço de regulação seja a resolução para os conflitos em nível nacional, o crescimento internacional das transnacionais da informação – combinado com o desenvolvimento tecnológico e a redução de muitas das barreiras institucionais e legais tradicionais à realização de transações fora do país – tem modificado as regras do jogo em razão das assimetrias de poder econômico que transcendem o poder político e jurídico.

De fato, há uma reação dos meios de comunicação global para afastar o enfoque regulatório de tradicional âmbito nacional, aproximando-o do papel atribuído às organizações internacionais. Por outro lado, os esforços acadêmicos e governamentais destinados a estabelecer uma agenda regulatória têm sido lentos e laboriosos se comparados com o desenvolvimento tecnológico e empresarial. Deve-se indicar que, no momento, tais esforços, sob uma perspectiva democrática, poderiam vir a ser limitados com base na proteção aos investimentos estrangeiros diretos (IED) – proteção que vem sendo o enfoque principal em desconsideração à proteção do direito do cidadão comum. Ao contrário do que ocorreu no final do século XX, quando a atenção se centrou na proteção dos interesses nacionais, agora o foco se diluiu para incentivar, promover e proteger os IED.

7. DESENVOLVIMENTO E CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA

A estrutura empresarial das transnacionais da informação reflete um movimento em direção a um mercado global, impulsionado pela significativa mudança tecnológica que permite maior abrangência espacial. Tal mudança possibilita o desenvolvimento dos serviços de teletexto, que permitem que os periódicos e canais de televisão mantenham uma presença significativa na *web*, a televisão internacional, as compras interativas e os serviços bancários, junto com as telecomunicações ponto a ponto por meio de cabos de fibra óptica. Outra manifestação óbvia e atual de tal mudança e influência dos meios de comunicação é a chegada da televisão digital.

As grandes mudanças tecnológicas nos meios de comunicação iniciaram-se na década de 1980, com a introdução da cor na impressão dos periódicos ou talvez anos antes, com o emprego dos linotipos e da fundição automática de caracteres. A grande revolução tecnológica, porém, chegou com a radiodifusão via satélite. Embora seja provável que os cabos de fibra óptica se tornem o futuro dos meios de comunicação, já que podem chegar a todos os lares, a conexão a redes de computadores e os serviços interativos, como os serviços bancários, as compras e transmissão de vídeos por meio das redes de telecomunicação (telefone e fax) constituem uma possibilidade imediata já realizada por um único cabo. Essa realidade permite o acesso do indivíduo a qualquer fonte de informação, mas também afeta a religião, a história, a cultura e a percepção do mundo, além de dar origem a uma nova elite especializada no uso de uma tecnologia em particular que assume um papel de liderança no desenvolvimento de novas ideologias e instituições sociais.

É difícil prever com certeza o impacto da tecnologia. Pode ser que os “meios de comunicação de massa” acabem se tornando obsoletos e cada indivíduo se torne o seu próprio “publicitário em domicílio” e já não precise do material de circulação em massa, podendo escolher por si só o material que quer acessar para ler ou ver. Pode ser que o consumidor final venha a estabelecer sua própria agenda ou horário em vez de depender do editor do jornal ou do programador da televisão que atualmente determinam a pauta e o dia para um dado tema.

É possível que as grandes transnacionais da comunicação de massa venham a se desagregar em empresas de médio porte como resultado da publicação eletrônica por meio do uso da chamada “superestrada da informação” e das redes de cabos de fibra óptica. Portanto, é

factível que a internet e a revolução digital não representem uma ameaça imediata ao poder das transnacionais da comunicação; na verdade, é provável que sejam maximizados os lucros com a internet pelo fato de que essas transnacionais podem comercializar melhor seus produtos por meio de outros canais mais acessíveis, o que novamente demonstra a sua força.

Enquanto o acesso à internet permanecer limitado a uma elite em quase todos os países, será mantida a estratificação social. Assim, a chamada revolução da informática poderia simplesmente ignorar alguns setores da sociedade e levar a uma concentração da informação, resultando em um poder desproporcional para aqueles grupos que já desfrutam de poder.

Sem considerar o futuro, certas consequências imediatas já são visíveis. A digitalização da radiotelevisão significa o fim do número limitado de frequências disponíveis, que é o mecanismo de regulação da radiodifusão mais conhecido. O potencial da compressão digital em criar centenas de novos canais em um espectro inicialmente restrito a cinco canais analógicos de televisão, adequadamente separados de modo a evitar a interferência de canais cruzados, oferece a capacidade de aumentar amplamente as opções de escolha. Hoje em dia, é possível que existam mais canais em um pequeno espaço do espectro e, assim, quem tem atualmente a concessão de um canal tradicional pode – se o Estado não o perceber – fazer uso de maiores sinais e conseguir ainda mais poder. No entanto, cabe destacar que, caso seja cobrado do telespectador um preço pelo acesso a tais formas, estas não estarão disponíveis para qualquer um, mas apenas para aqueles que puderem pagar; se esses serviços extras da televisão não são gratuitos, propicia-se, então, a formação de hierarquias sociais e a desestabilização da coesão cultural. Ao mesmo tempo, se a situação não for regulada de forma adequada, o rol de canais e, portanto, a seleção do conteúdo pode ser controlada por aqueles que possuem os mecanismos de concessão. Enquanto em um momento as preocupações podem estar relacionadas com a intervenção estatal, cada vez mais as preocupações se relacionam com a intervenções diretas dos meios de comunicação no conteúdo dos programas transmitidos. Um exemplo é o caso de Rupert Murdoch, quando retirou o serviço que a BBC oferecia à Ásia pelo satélite Star, e também a decisão de fevereiro de 1998 para que a sua empresa editorial Harper Collins retirasse a publicação das memórias de Chris Patten (último governador Britânico de Hong Kong) com a finalidade de evitar alguma retaliação do governo chinês e, portanto, manter sua capacidade de penetrar naquele imenso mercado²⁴.

Há uma oligarquia planetária que controla a *mass media* [mídia de massa] em todas as suas formas, e essa oligarquia possui métodos repulsivos como é o caso do mencionado Rupert Murdoch, que faz negócios com os governos, facilitando-lhes meios dóceis e submissos que representem interesses econômicos que se impõe aos interesses dos cidadãos²⁵. Tudo isso reitera a necessidade de regulamentar as inovações tecnológicas dos meios de comunicação e seu poder, tendo em vista o direito dos cidadãos e a democracia.

Inicialmente, a atenção deveria dirigir-se para o controle da infraestrutura dos meios de comunicação, exigindo-se, por exemplo, que os serviços de telefonia sejam oferecidos por meio de cabines gratuitas. As novas regras podem considerar a adoção de mecanismos já utilizados em outras áreas, como no das telecomunicações, que possibilitem a ação de novas operadoras. Por outro lado, a disposição de computadores conectados à internet nas bibliotecas públicas, por exemplo, não oferecerá os mesmos benefícios que aqueles desfrutados por quem tem

24 FEINTUCK; VARNEY, 2006, p. 26-27.

25 Cf. HILDEBRANDT, 2011, p. 143.

acesso em caso ou do trabalho. A generalização de tais benefícios para toda a população é um assunto da competência da intervenção estatal nos mercados em que o “interesse público” o exige e também consiste na disposição, em parte, dos governos economicamente liberais de fazer ajustes econômicos em busca de uma forma de justiça social. Embora tais normas possam ser de interesse, sua prática é insuficiente ante a exigência da cidadania, já que os serviços básicos *on-line* não são suficientes para assegurar que a população tenha acesso a um amplo rol de comunicações que habilite os indivíduos a participar como verdadeiros cidadãos e com todos os seus direitos.

De todo modo, as cabines telefônicas não parecem ser a solução mais satisfatória. É altamente duvidoso que aqueles que não tenham, por assim dizer, o equipamento de recepção via satélite cheguem a ir a algum lugar público para assistir à televisão, ainda que as praças públicas possam ser uma opção. Na prática, é necessário que aqueles que controlam os mecanismos de concessão imponham os requisitos a serem cumpridos, exigindo que sejam oferecidos serviços gratuitos no ponto de acesso, juntamente com a assinatura ou os serviços de *pay-per-view* [pagar para ver]. Por outro lado, as televisões estatais poderiam questionar esse serviço gratuito requerendo um subsídio para ajudar o financiamento da prestação desse serviço.

Essas e outras opções podem ser consideradas, mas é bom indicar que o ambiente tecnológico e comercial exige uma mudança do foco regulatório, voltando-se para quem controla a concessão dos meios de radiodifusão, em vez de se focar no conteúdo da programação ou na propriedade das empresas radiodifusoras. Esse é um afastamento da corrente regulatória da estrutura e conteúdo e um passo em direção à regulação do comportamento no mercado midiático. Deve-se considerar a relação mais ampla entre os diferentes conceitos de competição subjacentes à perspectiva do direito de concorrência e à visão paradigmaticamente diferente incorporada em certas considerações do “interesse público”²⁶.

A mudança da radiodifusão analógica para digital suscita perguntas que se mostram relevantes, bem como os esforços para restringir a estrutura monopolista do controle das entradas tecnológicas na infraestrutura de distribuição. Algumas respostas já foram dadas pela União Europeia. No entanto, é possível que tais esforços para limitar tamanho poder não tenham efetividade, a menos que façam parte de uma política extensa e coerente de regulação dos meios de comunicação. O ordenamento do mercado será ineficaz, a não ser que o mercado midiático seja todo regulado.

A radiofrequência, via pela qual se desenvolveram as transmissões convencionais, é, de fato, um “recurso natural público” e, certamente, em uma era de comunicações de massa, inclui o significado dos meios de transmissão quanto à satisfação do interesse público, sendo que, até mesmo em um mercado liberal como os Estados Unidos, o Estado tem investido na regulação das radiodifusões. Entretanto, até hoje essa regulação não ocorreu no que diz respeito ao interesse dos cidadãos, especialmente em relação à internet, que foi deixada sob a influência das operadoras comerciais e sob as forças do mercado.

O desenvolvimento dos meios de comunicação demanda uma resposta original do Estado que também proteja a propriedade privada dos principais atores corporativos dos meios de comunicação. Embora seja possível classificar a regulação como uma restrição ao exercício dos direitos de propriedade privada, é também possível que essa situação leve a um exame

26 FEINTUCK; VARNEY, 2006, p. 28.

novo e engenhoso – como é a própria tecnologia informática – com relação às estruturas de propriedade, com a finalidade de assegurar a liberdade de comunicação para todos no futuro. O acesso à propriedade, particularmente o acesso aos sistemas, teria de ser reexaminado em relação à liberdade de comunicação. Esse fato tem sido enfrentado no novo marco regulatório da União Europeia, onde é empregada a “doutrina das capacidades essenciais” com a finalidade de assegurar que as radiodifusoras possam ter acesso às redes de forma “justa, razoável e não discriminatória”²⁷.

É possível argumentar que, independentemente do grau de impacto dessas medidas, é necessário empreender ações para assegurar a função competitiva do mercado. O esforço por manter essas medidas não é suficiente, sendo necessário repensar a visão da responsabilidade social da propriedade privada dos meios de comunicação digital com a finalidade de assegurar que os cidadãos sintam os reais benefícios oferecidos pelo vasto incremento da capacidade de radiodifusão resultante dos recentes avanços tecnológicos. Uma forma de conceituar essa possível mudança poderia ser por meio de uma equipe de *stewardship* (gerência), um conceito de nova gestão proposto por Mike Feintuck e Mike Varney.

É impossível prever, com certeza, o alcance da nova infraestrutura de informática; contudo, ela, indubitavelmente, é uma parte essencial da democracia e demanda uma análise substancial, já que afeta para o bem ou para o mal, segundo o interesse e a ação dos seus proprietários. Os partidários da regulação buscam ter o poder para restringir a utilização desse meio como um bem comercial quando esse uso infringir sua função democrática. O problema se apresenta quando a ação regulatória vem tardiamente, tornando difícil chegar à legalização da intervenção estatal e à limitação dos direitos de propriedade privada das corporações controladoras. Um problema futuro da regulação é a separação entre a estrutura convencional da radiodifusão tradicional voltada para uma audiência em massa e a nova estrutura de comunicação individual ponto a ponto, uma vez que há atualmente um hibridismo nas comunicações de “transmissão próxima”. Considerando a natureza internacional dos meios modernos de comunicação, esses temas parecem reafirmar a necessidade de uma avaliação cautelosa e prudente da intervenção estatal.

O fundamental é admitir que hoje em dia os meios de comunicação devem ser articulados tendo em vista tanto o interesse privado e a livre concorrência como o interesse público. Parte desse processo deve incluir o reconhecimento do espaço público e a relegitimação da intervenção estatal no âmbito da vida democrática. Hoje podemos admitir e reconhecer que há um “capitalismo tecnocrático” surgido da confiança errônea nos poderes terapêuticos do conhecimento tecnológico incontrollado. A crença de que o livre acionamento das tecnologias traz uma ação benéfica para o mercado e para a democracia não deixa de ser uma percepção errônea, já que o domínio tecnológico sempre se imporá sobre os carentes e sua alta sofisticação faz com que esteja sempre nas mãos de quem detém o domínio econômico e tecnológico.

27 FEINTUCK; VARNEY, 2006, p. 29.

8. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O DIREITO

Qualquer regulação do uso da tecnologia e dos meios de comunicação demanda uma rede de normas jurídicas que envolvam mecanismos destinados a solucionar conflitos, enfrentar desafios e prescrever e impor sanções. É nesse espaço que o direito é necessário para conciliar a realidade vigente com o interesse individual, a democracia e a proteção dos investidores. A Ciência do Direito tem várias respostas, dependendo de cada sistema jurídico. Assim, no sistema latino, a resposta oscila entre o direito administrativo e o direito concorrencial, bem como entre o direito constitucional e o direito civil; e, no sistema anglo-saxão, *common law*, oscila entre o que se entende como direito concorrencial e direito constitucional. Todavia, nos dois sistemas jurídicos, as respostas são similares, pois se orientam quanto à estrutura institucional e às consequências da regulação proposta, em vez de fornecerem uma consideração especial para essa regulação.

Adoutrina constitucional é, paradoxalmente, menos permeável à regulação – ao contrário do que a doutrina civilista tende a admitir – para prevenir maiores danos a certos direitos, como a proteção à infância, à honra e à privacidade das pessoas. O importante dessa abordagem é a categoria juseconômica da intervenção estatal, o que demanda uma significativa interdisciplinaridade entre especialistas tecnológicos, cientistas políticos, economistas, sociólogos, juristas e muitos outros atores, dada a tradição dominante do direito em catalogar ou realizar uma cronologia das regulações na ausência de qualquer análise contextual ou conceitual.

Pode-se, porém, tentar uma visão mais ampla do direito, sobretudo do direito público. Embora esse ramo do direito tenha interesse na norma administrativa e prática aplicável a uma área como a regulação dos meios de comunicação, ele também se articula em um contexto constitucional e examina sua legitimidade e sua racionalidade, o que demanda não apenas o exame das regulações técnicas, mas também sua relação com os valores constitucionais e democráticos fundamentais. Nesse sentido, uma análise do direito público no que diz respeito às instituições reguladoras dos meios de comunicação oferece pautas convenientes para a sociedade.

No marco da democracia, o conceito de cidadania ocupa um lugar transcendente que implica a participação efetiva do indivíduo na sociedade. Essa participação depende, e muito, do livre acesso aos meios de comunicação, pois é a fonte das informações políticas e culturais para a tomada de decisões atinentes à vida em sociedade, além de ser o recurso que se tem para expressar uma preocupação, um desejo ou um protesto. O enfoque democrático é predominantemente o livre acesso da cidadania aos meios de comunicação de modo a subsidiar a obtenção de uma gama ampla e variada de informações, a qualidade dos processos e a forma como eles são realizados. A igualdade de acesso, como um aspecto da igualdade cidadã, deve ser considerada um objetivo quando se examina e se propõe qualquer mecanismo regulatório.

Ante a ausência de clareza quanto às particularidade e as objetivos da regulação, é improvável que as políticas, mecanismos e seus respectivos resultados possam ser analisados de forma contundente. Portanto, talvez seja conveniente encerrar a discussão quanto à necessidade desse nível de análise para que se possa debruçar sobre as formas, justificativas, princípios e metas do ordenamento dos meios de comunicação.

O direito oferece padrões relativos ao comportamento das autoridades regulatórias e àqueles que são regulados – padrões esses que podem ser mensurados. Todavia, seria ingê-

nuo acreditar que o direito, por si só, é suficiente: o âmbito jurídico é importante, mas é apenas um dos aspectos. Independentemente da possibilidade ou não de alteração de uma norma, os governos se preocupam não apenas com a legalidade, mas também com a legitimidade: geralmente permanecem dentro dos marcos estabelecidos pela lei, mas também buscam captar a aceitação cada vez maior dos cidadãos ante suas ações e desejam encontrar-se e permanecer nos limites da legitimidade e da legalidade (sendo o primeiro frequentemente muito mais difícil de ser delimitado e atingido que o segundo). Geralmente, uma Constituição democrática não é clara sobre o que constitui uma ação legítima, o que demanda recorrer aos princípios fundamentais da democracia e, em geral, a noções ainda imprecisas, como a regulação, para determinar a legitimidade de uma ação. Assim, deve-se ter em mente o conteúdo da lei e o marco teórico do significado de moralidade institucional dentro do qual se opera.

A discussão da regulação dos meios de comunicação necessariamente inclui a consideração de aspectos sobre poderes e funções das operadoras, dos usuários, dos cidadãos e dos organismos governamentais. Assim, uma parte do poder regulatório é detida pelos Ministérios das Comunicações ou da Cultura, pelos institutos de rádio e televisão, pelos grêmios de radiodifusão, televisão e imprensa escrita, bem como pelas agências de publicidade – todos os quais podem examinar se a natureza dos meios de comunicação está em consonância com a ideia de livre acesso dos cidadãos, com igual respeito à sua honra e privacidade. A harmonia entre esses diferentes organismos e instituições privadas pode oferecer critérios regulatórios estatais, associativos ou híbridos. Junto a eles, também cabe mencionar as comissões ou tribunais de ética constituídos pelos próprios empresários dos meios de comunicação e os conselhos de imprensa que tentam se autorregular. Igualmente, deve-se considerar a influência exercida pela administração pública e/ou pelas unidades que alcançam caráter de recomendações ou normas. Todas essas questões são preocupações do direito e da economia.

9. REGULAÇÃO E CONSTITUIÇÃO

O debate sobre o significado da regulação iniciou-se em 1885, com o trabalho de Albert Venn Dicey²⁸ no contexto de algumas tradições sociais, econômicas e governamentais que não contam com o cenário tecnológico atual e que são distintas daquelas que predominam no início deste século. Atualmente, busca-se esclarecer seu significado mediante as explicações da doutrina e da jurisprudência, e, embora haja um significado contemporâneo envolvendo as qualidades de um “princípio de moralidade institucional” em vez de uma simples legalidade, o conceito de regulação continua carecendo de clareza e uso específico.

Qualquer Constituição democrática é passível de ser analisada sob três perspectivas no que diz respeito à questão da comunicação e da informação cidadã. A primeira e mais óbvia é que ela pode ser vista como um mapa do poder, pois permite identificar as diferentes estruturas do Estado, e, nesse sentido, cumpre uma função descritiva. Mas há também uma segunda perspectiva: a parte normativa, já que, além de identificar os distintos poderes, a Constituição estabelece os limites ao exercício de cada um deles, especificando os assuntos que o Executivo e o Legislativo devem cumprir e indicando os procedimentos que devem ser seguidos para a

28 Cf. DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. reimp. Londres: Elibron Classics, 2000.

sua própria revisão ou para a modificação das leis. Além do seu papel descritivo e normativo, a Constituição é, sob uma terceira perspectiva, geradora de valores, como os familiares, os comunitários e os democráticos, uma vez que, com base na tradição e na interpretação jurisprudencial, é preciso de um marco valorativo que em linhas gerais oriente um tipo de sociedade.

A alma da Constituição de qualquer Estado está amparada por sua tradição e história, que vão se encadeando através do tempo e, assim, mantendo certas regras. Embora seja provável que a Constituição possa ser alterada drasticamente depois de uma comoção ou crise, como uma revolução, guerra civil, ocupação por uma potência estrangeira ou obtenção da independência em relação a um poder colonial, o novo sentido de estrutura política se consolida por certas constantes e práticas de convivência e respeito. Trata-se dos valores nacionais.

Uma das mudanças consiste no imenso e crescente desenvolvimento tecnológico que revolucionou a vida da sociedade e do homem, alterando o significado da cultura e a percepção da vida e do tempo, fazendo com que as pessoas não tenham o prazer da espera, já que muitos bens e serviços são adquiridos em tempo real. A noção de economizar até mesmo desapareceu com a concessão dos créditos imediatos ou dos cartões de créditos para adquirir bens que proliferaram com o desenvolvimento dos centros comerciais. A ciência e a tecnologia impactaram a vida social, bem como no direito e na economia, uma vez que fizeram desaparecer a noção de economizar e enfraqueceram o valor da persistência ou da espera, dando vazão à importância do prazer imediato.

É necessário, então, contemplar os aspectos aparentemente fechados da regulação dos meios de comunicação nos contextos constitucional, doutrinário e jurisprudencial, assim como da circunstância histórica em que se está vivendo. Nesse âmbito, o direito comparado pode servir de ajuda especialmente para considerar os diferentes antecedentes e tradições constitucionais da atividade reguladora dos meios de comunicação. Uma referência é o art. 61 da Constituição Política do Peru²⁹, que estabelece a seguinte restrição:

Art. 61. A imprensa, o rádio, a televisão e os demais meios de expressão e comunicação social – e, em geral, as empresas, os bens e serviços relacionados com a liberdade de expressão e de comunicação – não podem ser objeto de exclusividade, monopólio ou acúmulo, direto ou indireto, por parte do Estado ou de particulares.

Outra fonte é a jurisprudência internacional. Aqui, pode-se citar o célebre caso *Roth vs. Estados Unidos*³⁰, que diz respeito à censura prévia em relação a uma questão de obscenidade. Também se pode mencionar o caso *Verbisky*³¹, envolvendo a censura prévia a um aviso pago que iria ser divulgado em vários jornais e que manifestava a solidariedade e o reconhecimento em relação ao ex-presidente Jorge R. Videla pela repressão feita durante o seu governo (1976-1979). Tal resolução reconhecia a proibição constitucional da censura prévia, mas admitia exceções em casos de extraordinária importância.

29 PERU. Constituição (1993). *Constituição Política do Peru*, 1993. Disponível em: <pdpa.georgetown.edu/Constitutions/Peru/peru.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.

30 ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema dos Estados Unidos. *roth vs. United States*, julg. 24 jun. 1957. *United States Reports*, v. 354, p. 476. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html>. Acesso em: 21 abr. 2012.

31 ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Caso Horacio Verbisky y Otros: denuncia apología del crimen. Caso 312: 933, 1987, julg. 13 jun. 1989; *Fallos de la Corte Suprema*, v. 51, n. 22, p. 916. Disponível em: <Http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=60800>. Acesso em: 22 abr. 2012.

Tanto o direito comparado e a doutrina como os precedentes podem convergir no sentido de moderar o impacto tecnológico no incipiente edifício democrático que os países latino-americanos estão construindo. Essas fontes podem amparar a população que fica desprotegida ante o poder das transnacionais da mídia, as quais, em alguns casos, podem estar mais vinculadas aos grandes poderes econômicos e passar por cima dos direitos individuais.

É oportuno reconhecer que a questão da regulação tende a se complicar quando, além de pretender harmonizá-la com os diferentes mecanismos tecnológicos da mídia, temos de fazê-lo de acordo com os princípios constitucionais e os valores e tradições de determinada realidade nacional que se vê afetada pela ação sem fronteiras das transnacionais da mídia. No entanto, no âmbito legislativo, já são admitidas, sem restrições, algumas regulamentações, como o horário de proteção à infância e à adolescência, a proibição de se exibirem rostos e nomes de crianças e adolescentes afetados por ações criminosas ou em processos civis que possam perturbar-lhes a imagem e a privacidade. Mesmo assim, ainda fica uma ampla área a ser regulada, como é o acesso das opiniões dos grupos políticos, o uso de espaços publicitários por diferentes grupos sociais, assim como a orientação da publicidade governamental nos canais e rádios nacionais.

10. CONCLUSÃO

As grandes transnacionais da mídia operam não somente no campo da comunicação ou das telecomunicações, mas também superam os limites da soberania nacional.

O desenvolvimento tecnológico tem possibilitado a homogeneização comunicativa estruturada por uma rede internacional de oligopólios vinculados econômica e ideologicamente, que atuam de acordo com uma estratégia dos grupos dominantes acima dos direitos do cidadão.

As liberdades de comunicação e expressão se veem afetadas pela concentração dos meios, já que seu grande poder impõe seus interesses, afetando a democracia e o direito do cidadão.

Os meios de comunicação têm o poder de desenhar e construir a informação, mostrando uma visão do mundo que percorre todos os lares por meio de mecanismos tecnológicos. Junto a ela a tendência neoliberal é reduzir o poder e a margem de atuação do Estado, de tal maneira que, à medida que declina o poder estatal, o princípio da autoridade, pública que é fornecido pelas transnacionais da mídia e por outros atores, se dilui.

O sustento da democracia, desde a divisão dos poderes do Estado, é que ninguém tenha poder absoluto, pois isso leva ao despotismo e à tirania. Por isso, as normas constitucionais e legislações limitam e regulam qualquer excesso de poder não somente político, mas também econômico, como são as regras de competição que fustigam o monopólio, o truste, o domínio exagerado do mercado. Em consequência, a mídia também deveria ser regulada, sobretudo quando as empresas transnacionais adquirem poderes equivalentes ao Estado.

A liberdade de imprensa, de expressão, de opinião, de informação ou de comunicação e sua resistência à sua regulação constituem as bases teóricas sobre as quais se edificou o poder dos meios de comunicação e também a dinâmica principal que determina a relação entre o Estado, o indivíduo e os mencionados meios. A mídia deve contribuir para que os cidadãos

adquiram uma classificação de informação política e cultural, desde que possam se comprometer. Nesse sentido, é um recurso público.

Da mesma maneira que nos mercados existe o risco de que um ou mais atores o dominem, os meios de comunicação parecem mostrar uma predisposição peculiar em relação ao monopólio ou oligopólio.

Os meios de comunicação devem se articular considerando o interesse privado e a livre concorrência diante do interesse público. Parte desse processo deve incluir o reconhecimento do espaço público e a relegitimação da intervenção estatal no âmbito da vida democrática.

Existe um “capitalismo tecnocrático” surgido da confiança errônea dos poderes terapêuticos do conhecimento tecnológico descontrolado. A crença de que o livre acionar das tecnologias traz uma ação benéfica ao mercado e à democracia é uma percepção errônea. Isso porque o domínio tecnológico se imporá sempre sobre os carentes, já que sua alta sofisticação faz com que sempre esteja nas mãos de quem detém a dominação tecnológica e econômica.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Caso Horacio Verbitsky y Otros: denuncia apología del crimen. Caso 312: 933, 1987, julg. 13 jun. 1989; *Fallos de la Corte Suprema*, v. 51, n. 22, p. 916. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?us_ecase=mostrarHjFallos&fallold=60800>. Acesso em: 22 abr. 2012.
- BARENDT, E. *Freedom of speech*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../sanjose.htm>. Acesso em: 31 abr. 2012.
- DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. reimpr. Londres: Elibron Classics, 2000.
- ELDRIDGE, J. *The mass media and power in modern Britain*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- ESTADO DE NOVA IORQUE. Suprema Corte do Estado de Nova Iorque. Caso *Gitlow vs. New York*. 268 US, 1925. *Justia.com*: Supreme Court Center. Disponível em: <supreme.justia.com/cases/.../us/268/652/case.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Schenk vs. Estados Unidos*. 249 US 47, 1919. *Justia.com*: US Supreme Court Center. Disponível em: <www.infoplease.com/us/supreme.../ar37.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Associated Press vs. Estados Unidos*. 326 US 1, 1945. *Justia.com*: Supreme Court Center. Disponível em: <supreme.justia.com/cases/.../us/326/1/case.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals. *Yates vs. Estados Unidos*. 354 US, 1957. *Justia.com*: US Supreme Court Center. Disponível em: <supreme.justia.com/cases/.../us/354/298/case.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema dos Estados Unidos. *Roth vs. United States*, julg. 24 jun. 1957. *United States Reports*, v. 354, p. 476. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html>>. Acesso em: 21 abr. 2012.
- FEINTUCK, M.; VARNEY, M. *Media regulation, public interest and the law*. Edinburgo: Edinburgh University Press, 2006.
- GANGI, W. *Libertad de prensa y libertad de expresión*. Buenos Aires: Bubok, 2009.

HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: G. Gili, 1990.

HERTZ, N. *The silent takeover: global capitalism and the death of democracy*. Nova Iorque: Simon & Shuster Inc., 2002.

HILDEBRANDT, C. Los nuevos retos de la prensa internacional. In: LÉVANO, C. *Últimas noticias del periodismo peruano*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011. p. 142-145.

LEVANO, C. *Últimas noticias del periodismo peruano*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011.

McCHESNEY, R. W. *Rich media, poor democracy*. Illinois: Board of Trustees/University of Illinois, 1999.

MONTESQUIEU, Ch. L. S. *El espíritu de las leyes*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PERU. Constituição (1993). *Constituição Política do Peru*, 1993. Disponível em: <pdha.georgetown.edu/Constitutions/Peru/peru.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.

TEHRANIAN, M. Global communication and its critics. *Journal of Communication*, Malden, 1995.