

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro



17

AGO / DEZ

2000

ISSN 1516-6104

Departamento de Direito

Direção do Departamento de Direito
Francisco Mauro Dias

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Gisele Guimarães Cittadino
Joaquim de Arruda Falcão
José Eduardo Faria
José Ribas Vieira
Tania da Silva Pereira

Coordenação de Publicações

Maria Celina Bodin de Moraes

Programação Visual

Flavia da Matta Design

Impressão

Gráfica Imprinta

Os artigos deverão ser encaminhados à Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar, Gávea - Rio de Janeiro - RJ - 22.453-900 ou por e-mail para webjur@jur.puc-rio.br

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE
nº 17 agosto-dezembro, 2000

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

Poder Parental e Liberdade do Menor <i>Bruno Lewicki</i>	6
Atualidade da Autonomia Universitária (C.F., art. 207) <i>Dante Braz Limongi</i>	31
Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional. Anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A.I. 598.360.402 – São Luiz Gonzaga) <i>Gustavo Tepedino</i> <i>Anderson Schreiber</i>	41
O Princípio da Igualdade entre os Sexos na Relação de Trabalho <i>Lila Carolina Igrejas Lopes</i>	58
Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista <i>Noel Struchiner</i>	83
Direitos Humanos & Globalização <i>Sergio Borges Allan</i>	94
Riqueza, Pobreza & Informalidade <i>Telma Lage</i>	115
Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo <i>Thamy Pogrebinski</i>	121
A Questão do Desenvolvimento: Um Enfoque Ideológico <i>Themis Aline Calcavecchia dos Santos</i>	144

2. Estudos de Direito Comparado

O Afro-Brasileiro e os Direitos Culturais
face à Globalização 156

Sérgio Abreu

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica
no Brasil — Estudo da Recepção do Direito 171

Silvana Batini Cesar Góes

3. Tradução

Sobre a Legitimação baseada nos Direitos Humanos 190

Jürgen Habermas

Artigos

Poder Parental e Liberdade do Menor

Bruno Lewicki *

“Education is not the filling of a pail,
but the lighting of a fire.”

- W. B. Yeats

Introdução

Mesmo com todas as suas turbulências e guerras, o século XX serviu de palco para notáveis avanços. As bombas, a fome e as ditaduras que persistem devem servir de alerta para uma série de mudanças que se apresentam inadiáveis; não podem, contudo, obscurecer as conquistas das últimas gerações. Uma delas, talvez a principal, é apontada por Norberto Bobbio, pensador que testemunhou o século praticamente em sua plenitude: a crescente importância atribuída ao problema do reconhecimento dos direitos do homem¹.

Num processo que se intensificou após as barbáries da II Guerra Mundial, os direitos do homem vêm passando por três momentos de evolução: positivação, generalização e internacionalização. Além destes passos, normalmente ressaltados pela doutrina, Bobbio aponta uma quarta etapa, ou “linha de tendência”: a *especificação*, consistente na “passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direito”, que ocorre “seja com relação ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado

* Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e bolsista da FAPERJ.

¹ Norberto Bobbio, “A era dos direitos”, in: *A era dos direitos*, p.49.

normal e estados excepcionais na existência humana”². Em relação aos direitos da liberdade, de primeira geração, falávamos no homem, abstratamente considerado. Já no debate sobre os direitos da igualdade (ou sociais), de segunda geração, o sujeito vai se concretizando: é o trabalhador, a mulher, o idoso, o doente, a criança.

O reconhecimento da criança como titular de direitos guarda um inevitável paralelismo com as transformações que vêm sendo registradas naquela que é uma das mais antigas instituições sociais: a família, que, como argutamente ressaltava Luiz Edson Fachin, é uma “realidade sociológica”³. Dada esta sua natureza, ela não poderia assistir imóvel aos terremotos culturais vividos nas décadas que se passaram. A disciplina da família (que era regida em caráter quase exclusivo pelas codificações de influência liberal) voltava-se para a manutenção da “paz doméstica”, numa união forçada em torno da autoridade soberana e incontestável do chefe – figura que só em casos excepcionais não se confundia com a do pai. Os códigos esmeravam-se em regular as relações patrimoniais que decorriam da família, que se tornava, deste modo, um fim em si mesma, sobrepondo-se até mesmo àqueles que a compunham.

Com a implementação de cartas típicas do Estado Social, processo que se inicia no México em 1917 e na Alemanha em 1919 (e que começa a repercutir no Brasil em 1934, tendo sua consolidação em 1988), a família ganha *status* constitucional, passando a obedecer a outros valores que não os de índole liberal predominantes no oitocentos. A principal guinada é a visão instrumental da entidade familiar: não mais um bem a ser tutelado por si próprio, mas um meio para a promoção da dignidade e desenvolvimento da personalidade de seus membros⁴. Se não cumpre esta função, fica sujeita a perder a “especial proteção” que o Estado lhe reserva⁵.

² No texto “Direitos do homem e do cidadão”, que integra a supracitada obra, Bobbio lança mão de outros termos, como “multiplicação”, “proliferação” ou “multiplicação por especificação”, que também dizem respeito ao processo através do qual “o homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade” (p. 62).

³ Luiz Edson Fachin, “Em nome do pai”, in *Direito de família contemporâneo*, p. 588.

⁴ Para uma melhor compreensão desta perspectiva, v. Gustavo Tepedino, “A disciplina civil-constitucional das relações familiares”, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 347-366.

⁵ Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um direito civil-constitucional”, in *Revista de direito civil*, vol. 65, p. 30.

Este fenômeno, intitulado por Paulo Luiz Netto Lôbo de “repersonalização” do direito de família ⁶, é caracterizado por Fachin como a “passagem da comunidade de sangue à comunidade de afeto” ⁷.

Há, portanto, de um lado, a especificação dos direitos do homem, que passam a abranger também uma peculiar fase de seu desenvolvimento, a infância; de outro, a nova concepção da família, que valoriza mais os seus membros do que a instituição em si. A soma destes dois fatores, tributários de diversas mudanças culturais e sociológicas, impõe uma nova concepção das relações entre pais e filhos: não mais voltada para um pátrio poder supremo e absoluto, mas como uma função educacional que deve privilegiar sempre o interesse da criança, sem contudo descurar da realização pessoal dos genitores.

A proposta deste estudo é analisar a forma que o Direito vem encontrando para tratar estes relacionamentos, especialmente quando se registra um descompasso entre a real vontade do menor e aquela manifestada pelos que cumprem o papel de representá-lo ou assisti-lo na vida jurídica (no mais das vezes, seus pais). Este possível conflito entre o poder parental e a liberdade do menor era, até pouco tempo, considerado de pouco ou nenhum interesse para o operador do direito – um dado cultural, estranho à gramática jurídica. Direito, contudo, é cultura ⁸; e deve traduzir para a sua linguagem os problemas de seu tempo ⁹. A tarefa é árdua, o que apenas aumenta sua importância.

O poder parental, das origens às codificações

Identificamos os dois pólos que constituem o objeto do nosso estudo: o poder parental e a liberdade do menor. Se a tendência hoje é reconhecer uma cada vez maior harmonização entre eles, é forçoso reconhecer que

⁶ “A repersonalização das relações de família”, in *O direito de família e a Constituição de 1988*. Creemos ser mais acertada a expressão “personalização”, pois o emprego do prefixo passa a idéia de retorno a uma situação que, em realidade, nunca representou a expressão dos fatos.

⁷ *Elementos críticos de direito de família*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 305.

⁸ Assim, Pietro Perlingieri, em conferência proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em agosto de 1998.

⁹ Como forma de permitir esta “atualização” da ciência jurídica, Canaris aponta a importância da abertura do sistema, que “não é estático, mas dinâmico, assumindo a estrutura da historicidade” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª ed., p. 108).

o “embate” iniciou-se com profunda desvantagem para os filhos, que se encontravam totalmente subordinados ao detentor da autoridade parental. Com o passar do tempo, e, por óbvio, alternando avanços e retrocessos ¹⁰, foi instaurando-se um maior equilíbrio, atenuando-se aquele poder antes supremo.

Inúmeras são as referências ao pátrio poder ao longo da História ¹¹. Observadas as particularidades locais e temporais, a origem do instituto guarda indiscutíveis traços de similitude nas mais diversas sociedades e ordenamentos. Como anota John Gilissen, “na maior parte dos direitos arcaicos e antigos, os filhos não são sujeitos de direito, estando submetidos à autoridade do chefe da família, que pode mesmo dispor de sua vida e de sua liberdade” ¹².

Esta idéia de autoridade é central para se entender o papel então atribuído ao pai, cujo poder não se originava apenas do liame biológico. Fustel de Coulanges noticia que o termo *pater*, que servia para designar o pai nos direitos romano, grego e hindu, também era atribuído a deuses como Júpiter, Netuno, Apolo, Baco e Plutão, da mesma maneira que deusas consideradas virgens, como Minerva, Diana e Vesta eram referidas como *mater*. Acrescenta o precursor comparatista que, na técnica do direito romano, o indivíduo poderia ser *paterfamilias* no foro, independente de ter filhos. Logo, o que caracterizava o *pater* não era a existência de prole; era o poder, a “dignidade majestosa” ¹³.

Deve-se em grande parte a Fustel de Coulanges, para quem a religião era a “norma constitutiva da família antiga”, a difusão da noção do *pater* como um líder na pessoa de quem repousava o culto doméstico ¹⁴. Apesar destas referências, como constata Caio Mário da Silva Pereira, serem “mais literárias do que documentais”, é corrente que se encerrava na figura do pai um feixe de poderes e direitos que submetia inteiramente os demais membros do corpo familiar.

¹⁰ Como assinala Michelle Perrot, em “O nó e o ninho”, cit., p.75: “A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”.

¹¹ Sobre esta evolução, v. José Antônio de Paula Santos Neto, *Do pátrio poder, passim*.

¹² *Introdução histórica ao direito*, p.611.

¹³ *A cidade antiga*, p.63.

¹⁴ Em famosa passagem: “O pai é o primeiro junto do fogo sagrado; é ele que o acende e o conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos desempenha a função mais elevada; degola a vítima; sua boca pronuncia a fórmula da oração...”, descreve Fustel de Coulanges (ob. cit., p.61), “como se o tivesse pessoalmente visto”, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, p.18.

Por força do seu rico legado, o direito romano é, da Antiguidade, o que mais elementos nos fornece acerca desta gama de poderes então reunidos na figura paterna. Cabe, a este respeito, lembrar a lição de John Gilissen:

A família romana clássica é de tipo patriarcal: o pai de família (*paterfamilias*), enquanto vive, é o chefe de todos os descendentes (*liberi*). Só ele é *sui iuris*, por oposição aos seus descendentes que apenas são *alieni iuris*. Goza, relativamente a estes, de um poder mais ou menos ilimitado (...). É nas suas mãos que se concentram todos os direitos e todos os bens da família...

Além da plena administração patrimonial da propriedade familiar, os poderes que o *pater* podia exercer sobre as pessoas do círculo familiar eram, a princípio, superlativos. O *filius* podia ser vendido ou emancipado, ou ainda entregue ao ofendido, como uma espécie de “reparação” por ilícito que houvesse praticado. Podia o *pater* determinar ou desfazer o casamento dos filhos, e também deserdá-los. A criança, quando nascia, podia ser rejeitada ou abandonada; o *pater* tinha o poder de vida e morte sobre os *filius*.

Esta supremacia despótica vai sendo atenuada com o tempo, acompanhando as mudanças de mentalidade da civilização romana. O contato com outros povos e a influência do cristianismo vão arrefecendo não só esta autoridade como também a extensão do grupo familiar, iniciando o processo de nuclearização voltado para a ligação sanguínea.

Este também foi, de modo geral, o rumo tomado por outros povos antigos. Vários poderes anteriormente robustos, como a faculdade de abandonar o filho recém-nascido, conhecida de povos tão distintos como os celtas, os sumérios e os persas, foram amenizando-se aos poucos¹⁵. O que não quer dizer, como expressa o Velho Testamento, que a condição desfrutada pelos menores fosse então invejável (“quem poupa a chibata odeia o filho, e quem o ama castiga continuamente” – Provérbios, 13, 24), apesar de ser consideravelmente melhor (“castiga seu filho se há esperança, mas não até fazê-lo morrer” – Provérbios, 19, 18)¹⁶.

¹⁵ Curiosa, a este respeito, a limitação que este poder conheceu em Esparta, fundamentada não no interesse do menor mas na necessidade de contingente para fins bélicos.

¹⁶ Paula Santos Neto, *Do pátrio poder*, p. 33.

Onde também podemos verificar uma notável evolução: é no direito germânico. O *mundium*, poder do pai, recebe uma progressiva restrição, já tornando possível associá-lo a deveres de proteção que desbordam da ótica arcaica, na qual a relação parental assumia traços de propriedade.

Esta herança alcançará o medievo, como nota Paula Santos Neto, que vê na “influência benéfica e civilizadora do sistema germânico” um dos fatores para a maior liberalidade que regeu o instituto do pátrio poder nesta época, em relação ao cotidiano de Roma. Paralelamente, o autor sublinha a expansão do cristianismo como um dos motivos deste abrandamento.

Apesar desta sensível aproximação que ocorreu entre pais e filhos, muito ainda estava por vir. A autora francesa Françoise Dekeuwer-Défossez informa que a origem etimológica da palavra “enfant” encontra-se no latim *infans*, “aquele que não fala”¹⁷. Mais do que não falar, não seria um completo exagero dizer que, de certa forma, a criança não existia, até a Idade Moderna. Como afirma Jacques Gélis, “a criança era considerada um rebento do tronco comunitário, uma parte do grande corpo coletivo que, pelo engaste das gerações, transcendia o tempo”¹⁸; sua importância residia, principalmente, em dar continuidade à linhagem.

Para exemplificar esta concepção, que reduzia a criança a um adulto em miniatura – ou em potencial – Phillipe Ariès analisa a iconografia medieval, concluindo que só no século XIII as crianças começaram a ser representadas como tais. Com relação a esta recusa em representar a tenra idade, ele conclui que não havia lugar para a infância naquele mundo¹⁹; ao menos, ela não era reconhecida como uma época apartada, que merecesse um tratamento voltado para suas cada vez mais inegáveis particularidades.

Progressivamente, contudo, a criança vai deixando de cumprir, apenas, o papel que lhe era destinado. Passa a aprender ofícios e atividades que exprimem suas capacidades e aptidões, e a infância ganha trajés próprios, não mais os destinados aos adultos e apenas diminuídos no tamanho. A morte na infância, tão comum então, passa a ser cada vez mais combatida: importa salvar aquela criança que padece, e não enterrá-la e, conformados, gerar outra que a substitua na linhagem. Da mesma forma, restringe-se o costume de dar aos filhos nomes inspirados nos

¹⁷ *Les droits de l'enfant*, p.3.

¹⁸ “A individualização da criança”, p. 313.

¹⁹ *A história social da criança e da família*, p. 50.

dos avós: a noção da vida circular é sucedida lentamente por uma vida linear, em que cada pessoa ocupa um papel distinto.

Com a aproximação da época moderna e das suas novas exigências, principalmente no que tange ao modo de trabalho e produção que ela inaugura, a família mostra-se extremamente útil como reprodutora de caracteres autoritários, num processo “do qual depende amplamente a sobrevivência da ordem burguesa”, na opinião de Max Horkheimer, no que ele identifica como uma “atitude consciente, especialmente na época da Reforma e do Absolutismo”²⁰:

Graças à divisão espaço-temporal entre vida profissional e familiar, todo pai burguês, mesmo que na vida social ocupe uma posição mesquinha e tenha de curvar o espinhaço, pode agora aparecer em casa como senhor e exercer a função sumamente importante de acostumar os filhos à humildade e à obediência. Assim, é possível que, não só das camadas de alta burguesia, mas também de muitos grupos de trabalhadores e empregados, surjam sempre novas gerações que não questionem a estrutura do sistema econômico e social, mas o aceitem como natural e eterno...

E, com o intuito de corroborar sua tese, cita Marx²¹, para quem

...os homens mais pusilânimes, mais brandos, se tornam irredutíveis tão logo possam fazer valer a autoridade paterna absoluta. O abuso desta é como que a mais rude compensação da vasta humilhação e dependência a que eles, com ou sem vontade, se submetem na sociedade burguesa²².

Para Horkheimer, os valores burgueses induzem à “hábil adaptação às circunstâncias” como o único caminho que pode levar ao poder, fazendo com que desde cedo os filhos aprendam a se subordinar à autoridade paterna. Instaura-se, assim, um círculo vicioso que entroniza

²⁰ *Teoria crítica: uma documentação*, p. 214.

²¹ Inobstante sua ácida crítica, Marx é apontado por Michelle Perrot em “Figuras e papéis”, p. 128, como “pai déspota e minucioso nas escolhas profissionais e matrimoniais das filhas”, forçando Eleanor a desistir da carreira de atriz e a desposar um socialista, que viria a traí-la.

²² A literatura é rica em exemplos deste abuso. Destacamos, pela exatidão com que se encaixa na descrição de Marx, “Contrapartida”, conto de James Joyce em que Farrington, ao chegar em casa, desconta em seus filhos todas as humilhações que sofreu ao longo do dia, no trabalho e na rua (*Dublinenses*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1998, 5ª ed., pp. 85-96).

a correção, em suas formas mais severas, não só como um direito mas como sobretudo um dever para aquele que exerce o poder parental.

A Revolução Francesa, movimento que se fundou no consenso burguês acerca de um ideário liberal clássico²³, abriu o caminho para a implementação de um novo sistema jurídico. Após marchas e contramarchas, em 21 de março de 1804 Napoleão promulgava em sua totalidade o *Code Civil*, pedra fundamental desta nova era. Este Código, “típico de uma sociedade em desenvolvimento pela via capitalista”²⁴, seria a matriz do grande movimento de codificação que se espraiaria pelo Ocidente, gerando monumentos legislativos marcadamente liberais como o código civil italiano e português (datados de 1865 e 1867, respectivamente), o célebre *BGB* alemão, em vigência a partir de 1900, e o Código Civil brasileiro, vigente desde 1917.

O pai é uma das figuras de proa do Código Napoleônico, ao lado do contratante, do marido, do testador e do proprietário: várias facetas de uma só personagem. Subsistem uma série de poderes em relação ao filho, que podia até ser mandado para a prisão, a título de correção paterna. Todas as decisões importantes cabem ao genitor, levando a historiadora Michelle Perrot a afirmar que “a história da vida privada oitocentista pode ser lida como uma luta dramática entre o Pai e os Outros”²⁵. Luta que permaneceu velada por muito tempo, adiando as maiores conquistas para o século seguinte.

O Código Civil Brasileiro, apesar de pertencer ao Século XX, se levarmos em conta apenas a sua promulgação em 1916, é, na verdade, uma lei voltada para o século anterior – imagem já comum entre os comentaristas do nosso direito. Sua cunhagem levou décadas, alternadas entre estudos, projetos, discussões e trâmites burocráticos; devendo ainda ser levada em conta para tal veredicto a organização social do Brasil de então. Nas palavras de Orlando Gomes, “natural, assim, que repercutisse na sua preparação, aquele *primitivismo patriarcal* que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial”²⁶.

²³ Para uma visão concisa do tema, sem embargo de tudo que já foi escrito, v. Eric Hobsbawm, *A Revolução Francesa*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996, *passim*.

²⁴ Fábio Siebneichler de Andrade, *Da codificação: crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.74.

²⁵ “Figuras...”, p. 131.

²⁶ “Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro”, in *Direito Privado (Novos Aspectos)*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961 – grifou-se.

Esta, a perspectiva do nosso Código: mais voltado para a autoridade do pai que para o desenvolvimento do filho, e predominantemente preocupado com os direitos que recaem sobre o patrimônio da prole, descurando-se da educação e do desenvolvimento dos “filhos-famílias”.

Contribuía para ofuscar o papel do menor no tráfego jurídico, além da submissão preconizada pelas codificações, o caráter assistencial e protetivo das primeiras leis extravagantes que, ao longo do século XX, se dispuseram a tratar da matéria no Brasil²⁷. O giro conceitual que alçaria o menor, na expressão de Gustavo Tepedino, ao papel de “protagonista do seu processo educativo”, ainda estava contudo por vir.

O giro conceitual para o “interesse superior do menor”

As mudanças sociais foram tornando a expressão “pátrio-poder” cada vez mais inadequada para descrever a posição jurídica dos pais em relação à prole. A constatação de uma série de deveres que os genitores tinham para com os filhos, quer de natureza educativa, afetiva ou patrimonial, culminou com a difusão de expressões como “pátrio-dever”. Esta percepção de que os poderes inerentes à criação de um filho não poderiam mais ser exercidos ao talante do genitor foi assim expressada por Alicia Pérez Duarte:

La patria potestad es un ejemplo muy claro de estas transformaciones. Antiguamente implicaban derecho de vida o muerte que el *pater* tenía sobre las personas sujetas a ella. Visión que, poco a poco, fue cambiando para dirigir su foco de atención hacia la niñez, estableciendo no sólo derechos para quien la ejerce, sino también deberes y, como ya vimos, *los primeros sólo existen en función de estos últimos y para facilitar su cumplimiento. Así, se convierte de un poder en una función social*²⁸.

É cada vez mais comum definir este “poder-dever” como uma função, que, nas palavras de Fachin, “não toca mais apenas ao pai e se encontra

²⁷ Sobre o tema, v. Tânia da Silva Pereira, *Direito da criança e do adolescente*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, *passim*.

²⁸ *Derecho de familia*, p. 358. Grifou-se.

diluída aos pais, incluindo necessariamente a mãe”²⁹. Também se aponta o pátrio-poder como um *munus* público (“irrenunciável e inalienável”³⁰), ou, finalmente, como defende Pietro Perlingieri, um ofício: “O Pátrio Poder dos genitores assume mais uma função educativa do que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos”³¹.

Neste enfoque mais recente, mostra-se ineficaz a utilização de velhos esquemas para traduzir a relação entre pais e filhos. Contrapondo-se à idéia de sujeição, começa a constatar-se uma *democratização* deste relacionamento, que passa a ser dirigido “ao desenvolvimento da personalidade de quantos a compõem”³². Nas palavras de Perlingieri,

O esquema do Pátrio Poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a ocupar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro³³.

Portanto, para o autor italiano, temos uma “situação complexa”, na qual ao lado dos poderes são atribuídos deveres, cujo exercício se fulcra no interesse do menor, “e, mais genericamente, da coletividade, que vê na tutela do menor um interesse seu”³⁴. Quando este exercício não é

²⁹ “Em nome do pai”, p. 593. Também é alvo de ataques a utilização da partícula “pátrio”, considerada discriminatória, preferindo alguns falar em “poder parental” (nomenclatura utilizada no título deste artigo) ou “autoridade parental”, alcançando assim os dois gêneros.

³⁰ *Ibid.*, p. 595. O autor lembra que esta noção do pátrio-poder como um *munus* já era antecipada por San Tiago Dantas, que o caracterizava como um “técido de direitos e deveres”. Francesco Ruscello, *La potestà*, concorda que “... questa costituisce un vero *munus*, como tale non delegabile”, citando Giorgianni, para quem é “sicuramente illecita la totale delega della custodia del minore e della funzione educativa ad un terzo” (*Della potestà dei genitori*, p. 305, *apud* Ruscello, *La potestà*, p. 32).

³¹ Este termo é utilizado por Pietro Perlingieri, tanto em *Perfis do direito civil* como em *Il diritto civile nella legalità costituzionale*.

³² Nas palavras de Gustavo Tepedino, em seu texto “A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional”, in *Temas...*, p.418.

³³ *Perfis...*, p.258.

³⁴ *Idem*, p.129.

feito com o objetivo de promover o desenvolvimento do menor, ele é indubitavelmente abusivo, devendo ser repellido³⁵.

É noção corrente hoje, portanto, a de que o pátrio poder deve ser sempre exercido no interesse do menor. Presente em todos os ordenamentos modernos, o princípio do interesse superior do menor implica que *“en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones relacionadas con este periodo de la vida humana tendrán que realizarse de tal manera que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidas”*³⁶.

Tal princípio, adotado inclusive pela Organização das Nações Unidas em sua Convenção Sobre os Direitos da Criança, é amplamente reconhecido em nossa jurisprudência e entre os doutrinadores da matéria. A Constituição, em seu artigo 227, prevê “absoluta prioridade” para os direitos da criança e do adolescente³⁷; em seu bojo, foi promulgada a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), diploma que confere “proteção integral” à esta fase do desenvolvimento humano.

Neste diploma, fica explícita a preocupação com o interesse do menor. São garantidos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, reforçando-se a absoluta prioridade propugnada pela Lei Maior. A “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”³⁸ torna-se um critério hermenêutico que representa, nas palavras de Tepedino, “o fim último a que a lei se destina”³⁹.

Todas estas disposições refletem a nova concepção que permeia os estudos sobre a liberdade do menor. Conforme a Exposição de Motivos de um projeto de lei português sobre o tema, “é hoje reconhecido que as crianças e os jovens não são adultos mais novos, mas seres diferentes, que, embora em fase de crescimento e de formação, são já portadores de

³⁵ Em suas lições, San Tiago Dantas pontificava: “Abuso do direito nada mais é do que o exercício anti-social do direito. Vejam-se alguns exemplos. Tome-se logo o mais simples, o do pai que usa do pátrio poder, não no interesse da educação do filho, mas no interesse de sua própria situação financeira ou, apenas, para satisfazer os seus instintos de crueldade. Aí se tem o abuso do direito, porque o pátrio poder está sendo exercido de um modo anti-social” (*Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979, ed. hist., pp. 372-3).

³⁶ Alicia Pérez Duarte, *Derecho de familia*, pp.357-8

³⁷ Outro preceito constitucional que trouxe profundos reflexos para a autoridade parental foi a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres (art. 5º, I), norma de aplicação imediata que tornou ambos titulares do poder-dever.

³⁸ Art. 6º.

³⁹ “A disciplina jurídica da filiação...”, p.419.

projeto de existência próprios”⁴⁰. Portanto, mais que “proteção integral”, como dispõe a Lei nº 8.069/90, deve se buscar também a *promoção* integral dos menores, permitindo o desenvolvimento adequado destes projetos de existência.

Hipóteses de expressão e de colisão

A já citada Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1989, estabelece, entre outras disposições:

Art. 12 - Os Estados partes garantem à criança capaz de discernir o direito de exprimir livremente sua opinião sobre toda questão que seja de seu interesse. As opiniões da criança serão levadas em consideração de acordo com sua idade e sua condição de maturidade.

Com este fim, será dada à criança a possibilidade de ser entendida em todo procedimento judicial ou administrativo que seja de seu interesse, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou de um organismo apropriado, de forma compatível com as normas de procedimento da legislação nacional⁴¹.

Este direito que o menor tem de ser ouvido foi plenamente incorporado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê, *u.g.*, a audição do menor, sempre que possível, quando da colocação em família substituta⁴², e o consentimento do adotando adolescente⁴³, além do direito à liberdade de opinião e expressão⁴⁴.

Uma situação na qual a opinião do menor vem ganhando um peso relevante diz respeito às disputas que os pais travam pela guarda dos filhos. Com o intuito de averiguar qual a solução que melhor atenderá ao interesse superior da criança ou adolescente, sua audição é cada vez mais comum – sempre levando-se em conta sua capacidade de discernimento e com o auxílio de uma equipe multidisciplinar,

⁴⁰ Disponível em <http://www.iec.uminho.pt/cedic/textos/parlcria.htm> (acessado em 11.08.1999).

⁴¹ Tradução livre.

⁴² Art. 28, § 1º.

⁴³ Art. 45, § 2º.

⁴⁴ Art. 16, II.

impedindo que o filho se transforme num joguete entre os contendores⁴⁵. A jurisprudência brasileira é repleta de casos que seguem esta orientação, e próprio Tribunal Pleno do STF já se manifestou sobre o assunto:

As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem à determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais.

(...) Concede-se a ordem para emprestar à manifestação da vontade dos menores – de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe – eficácia maior...⁴⁶.

Hipótese diversa, que a Lei nº 8.069/90 previu expressamente, é a possibilidade do menor contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores, como corolário de seu direito à educação⁴⁷. Este dispositivo, que Tepedino aponta como “reafirmador da educação participativa”⁴⁸, reflete a importância que as opiniões e sentimentos do menor devem ter no seu próprio processo educacional.

⁴⁵ A este respeito, interessante exemplo da jurisprudência belga pinçado da *Revue Trimestrielle de Droit Familial* 4/95, p. 686: “Même si l’audition d’une enfant a fait apparaître qu’elle éprouvait des difficultés de relation avec son père et qu’elle souhaitait être désormais confiée à la garde de sa mère, il paraît nécessaire de confier une mesure d’investigation complémentaire à une personne spécialisée, qui sera mieux à même de décoder le message de l’enfant, de cerner ses difficultés réelles et de déterminer si le souhait qu’elle a émis correspond à ses besoins” (grifouse).

⁴⁶ Habeas Corpus 69303/MG, julgado em 30.06.1992. Relator do acórdão: Ministro Marco Aurélio. Unânime quanto à preliminar e por maioria quanto ao mérito.

⁴⁷ Art. 53, III.

⁴⁸ Esse comentário é tecido no artigo “A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional”, p. 421, ressaltando-se a parcimônia com que este dispositivo deve ser encarado, tendo em vista a pouca experiência do menor.

Nesta sede, sobretudo, Crisafulli lembra que importa distinguir entre a pequena criança e o jovem que já possui um grau de desenvolvimento intelectual e moral elevado⁴⁹.

Tema polêmico por natureza, a liberdade religiosa também merece destaque. O Estatuto da Criança e do Adolescente, como vimos, permite aos seus protagonistas o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais a inviolabilidade da liberdade de crença prevista no art. 5º, VI da Constituição (diploma, nunca é demais lembrar, laico, apesar de invocar Deus em seu preâmbulo).

A controvérsia a este respeito é vasta e encontra-se longe de um termo consensual. Françoise Dekeuwer-Défossez, justificando o não-reconhecimento de liberdade religiosa aos menores franceses, aduz que isso “se explica pelos perigos que outros organismos que não a família podem representar para os menores, manobrando sua liberdade de forma a posicioná-los contra suas famílias e fazendo-os desposar causas contestáveis”⁵⁰.

A jurisprudência européia fornece-nos casos que exemplificam esta tendência – manifestada de forma particularmente clara quando a fé religiosa em questão reveste-se de tons tidos como “fundamentalistas” ou “integralistas”. É o caso das Testemunhas de Jeová, originando decisões como a da Corte de Cassação francesa, que deu ganho de causa à mãe que tentava impedir a filha de dezessete anos de participar ativamente dos cultos da mencionada religião. Como relata Dekeuwer-Défossez, a Corte entendeu que a jovem poderia esperar a chegada da maioridade para escolher qual fé professaria⁵¹.

Francesco Ruscello critica a existência de uma escola doutrinária, na Itália representada, entre outros, por Tulio Ascarelli, que fundamenta este tipo de decisão na necessidade de combater o “fanatismo”, religioso ou não. Para Ruscello, há um mínimo de fanatismo em qualquer opção religiosa, baseada sempre na irracionalidade intrínseca à fé. Conclui o autor italiano que tal argumento não pode prosperar: não é a natureza do credo que será perquirida, mas sim os possíveis danos que possam ser causados ao menor⁵², no caso concreto.

⁴⁹ *La scuola nella costituzione*, p.62, apud Ruscello, *La potestà*, p.75.

⁵⁰ *Les droits...*, p.75 (tradução livre).

⁵¹ *Ibid.*, p. 76.

⁵² *La potestà*, p.62.

Dentre estes possíveis danos, normalmente são aventados aqueles que possam se originar da conversão de um dos genitores, ou da dissonância entre ambos sobre qual religião deverá ser privilegiada na educação dos filhos. Também nestes casos, o que deve ser resguardado é o interesse do menor, buscando protegê-lo de guinadas bruscas que atrapalhem o seu desenvolvimento.

Tal intenção ficou patente em um caso ocorrido em Liège, na Bélgica, onde um pai pedira modificação da guarda de seus dois filhos, de seis e oito anos. Ambos haviam sido batizados no rito católico, tendo inclusive sido educados em estabelecimento de ensino daquela religião. Esta rotina, contudo, foi bruscamente alterada quando a mãe, com quem os menores residiam, passou a participar ativamente das Testemunhas de Jeová. Além da freqüência aos cultos, eles foram proibidos de participar de atividades esportivas e sociais, sendo vedada a presença em qualquer espécie de comemoração, o que acabou gerando problemas de socialização para ambos, tanto no ambiente antigo (a escola) quanto no novo (com os demais religiosos). Citou-se, ainda, na sentença, a proibição de transfusões sanguíneas, um dos mais conhecidos dogmas da referida religião. Ao final, entendeu-se que a contradição entre estas práticas e as que até então lhes eram passadas prejudicava a estabilidade emocional dos menores, sendo deferido o pedido de modificação da guarda⁵³.

Idêntica preocupação é expressa por Dekeuwer-Défossez, para quem “sobretudo, deve-se proteger os menores em caso de conversão dos seus pais”, principalmente em relação aos adolescentes⁵⁴. Também Ruscello defende a continuidade do ensinamento e a estabilidade como critérios válidos para nortear a decisão em casos como estes, sempre amparando-se no interesse do menor. O autor cita um curioso caso julgado pela Magistratura de Oristano, no qual preferiu-se deferir a guarda ao cônjuge que sempre professara a mesma religião, em contrapartida à esposa que oscilou entre diversos cultos. Ruscello, contudo, não deixa de apontar o caráter discriminatório da referida decisão, em que claramente optou-se pelo pai porque este “sempre professou a religião católica-apostólica-romana”, oferecendo assim maiores garantias de que poderia educar os filhos “segundo os elevados princípios morais da sua religião”⁵⁵.

⁵³ *Revue de droit familial*, 3/91, p. 400.

⁵⁴ *Les droits*, p. 76

⁵⁵ *La potestà*, p. 73

De qualquer forma, como já apontado, a decisão em casos como esses não deve fazer uma análise “de mérito” da religião que o menor deseja seguir (ou que lhe está sendo imposta por um ou ambos de seus genitores). Deve-se levar em conta, em cada caso, a capacidade de discernimento do menor acerca de sua opção, além de uma análise objetiva das condições concernentes ao possível novo estilo de vida que ele adote. Tais orientações, de resto, aproveitam-se também em sede de liberdade de associação política, outro tema polêmico e que suscita as maiores controvérsias, principalmente tendo em vista que, no Brasil, desde o início de sua relativa incapacidade os menores têm o direito de voto, verdadeiro atestado que o legislador deu sobre a maturidade daqueles.

A mesma maturidade deverá ser levada em consideração nos casos em que o Judiciário seja chamado para suprir o consentimento paterno, quando este é negado para fins de casamento. Não havendo motivos que justifiquem esta negativa, deve-se viabilizar o enlace, evitando as negativas de quem detém o pátrio poder quando fundadas em “mero ressentimento”⁵⁶.

Tratando-se de consentimento, também merece análise o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 84, II) que condiciona a viagem ao exterior na companhia de apenas um dos pais à expressa autorização do outro. Deve ser concedido o suprimento judicial sempre que a negativa traduzir ato meramente emulativo, sem guardar relação com o interesse do menor.

Outro assunto que não poderia passar sem menção é o direito ao convívio: o detentor da guarda do menor pode proibir que ele receba visitas de alguém cujo contato julgue prejudicial ao seu desenvolvimento?

No mais das vezes, esta questão é levantada com relação aos avós, indagando-se acerca da existência ou não de um direito próprio que eles teriam de visitar os netos. Para os que defendem a existência deste direito, como Adriano de Cupis⁵⁷, ele funcionaria como um verdadeiro limite ao poder dos genitores.

A nosso ver, contudo, este dilema tem todas as características de

⁵⁶ Neste sentido, acórdão do TJRJ, proferido julgamento do Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição 208/98, julgado em 25/08/98 pela Nona Câmara Cível. Unânime no sentido de confirmar a sentença em reexame obrigatório. O Relator foi o Desembargador Wellington Jones Paiva.

⁵⁷ *Ancora in tema di limiti all'esercizio della patria potestà*, apud Ruscello, *La potestà*, p. 55

uma falsa questão. Não importa saber se os avós (ou qualquer outra pessoa) possuem, autonomamente, o direito de visita, ou se os pais podem restringi-lo ao seu talante; importa saber, no caso concreto, qual a solução que melhor atende aos interesses do menor, tendo em vista sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento⁵⁸. Estes critérios, aos quais nos remetemos repetidas vezes, têm o condão de dar o norte em todas as situações que envolvem o interesse de crianças e adolescentes.

As hipóteses aqui reunidas não se pretendem exaustivas. Com efeito, a cada dia multiplicam-se as situações nas quais a opinião e o bem-estar do menor devem, indubitavelmente, ser levados em consideração. Como exemplo, mencione-se outro curioso caso ocorrido na Bélgica, em que um pai requereu judicialmente que seus filhos fossem mantidos na escola em que estudavam, insurgindo-se contra a pretensão materna de transferi-los de estabelecimento. Demonstrou o genitor que a opção da mãe visava impedir os contatos que ele, por estar residindo na Ásia, mantinha com os filhos via Internet. Seu pedido foi deferido, não só se mantendo os filhos na citada escola como autorizando expressamente o contato via correio eletrônico.

Por fim, cabe ser lembrado o direito que Florence Laroche-Gisserot aponta como o mais novo e mais incerto dos que vêm sendo atribuídos à infância, após ser por muito tempo ignorado: o direito de atuar em juízo⁵⁹. A Lei nº 8.069/90, em seu art. 141, garante o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos. O parágrafo único deste artigo prevê a nomeação de curador especial ao menor, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pai ou responsável.

Sem embargo desta concessão legislativa, o debate sobre este tema inevitavelmente esbarra em inúmeros entraves relativos a um dos mais arraigados dogmas da concepção jurídica tradicional: o instituto da capacidade.

Incapacidade: proteção ou exclusão?

A partir de 1988, como já referido, o Brasil passa a ter uma “longa

⁵⁸ Um interessante parecer sobre o assunto é dado por Silvio Rodrigues em *Direito Civil Aplicado*, vol.1, São Paulo, Saraiva, 1982-1988, pp.255-266.

⁵⁹ *Les droits de l'enfant*, p. 85.

constituição”, característica de um Estado que se propõe social. Em um diploma como este é nítida a preocupação do legislador em sublinhar alguns valores, consagrando-os logo de início, quer através de um preâmbulo, quer elencando princípios e direitos fundantes do sistema constitucional. Nosso Texto Maior não foge a este costume, elegendo, entre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a igualdade como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Em seguida, no artigo inaugural, são enumerados os princípios fundamentais, dentre os quais destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III). A desconsideração deste preceito inviabiliza os objetivos fundamentais da República descritos no art. 3º, mormente a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” (inciso I) e a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV – grifou-se).

A observância do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana implica situar o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico⁶⁰. O reconhecimento desta dignidade confirma o que, como ressalta Maria Celina Bodin de Moraes, “parece hoje cristalinamente evidente: todos os seres humanos são pessoas, “no sentido técnico-jurídico”⁶¹. Para Joaquín Arce y Florez-Valdés, que partilha deste posicionamento, na atualidade não há quem, sendo humano, possa não ser considerado pessoa; acrescentando ainda que a dignidade inerente à categoria de pessoa humana tem uma expressão unívoca, insuscetível de medida ou variação. Desta forma, conclui que “... toda persona, por serlo, tiene *el mismo coeficiente de dignidad*”⁶².

Em contraste com esta percepção de um igual “coeficiente de dignidade” para todas as pessoas, congruente à lógica constitucional, o direito privado calcado nas codificações de cunho liberal baseia-se num regime que opta por excluir alguns sujeitos do sistema jurídico⁶³.

⁶⁰ Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 149.

⁶¹ Maria Celina Bodin de Moraes, “Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade”, in *A Nova Família*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p.171.

⁶² Flórez-Valdés, ob. cit., p. 147 (grifou-se).

⁶³ Cf. Fachin, “Em nome...”, *passim*.

Beira o óbvio asseverar que um jovem e um bebê de colo não podem ser tratados da mesma forma; a dificuldade reside em traduzir esta inafastável constatação para a linguagem do direito⁶⁴. Pietro Perlingieri enfrenta o espinhoso tema da incapacidade relativa à idade em trecho lapidar:

Occorre superare la rigida separazione, che si traduce in una formale alternativa giuridica, tra minore e maggiore età, tra incapacità e capacità, dove la contrapposizione, specie nei rapporti personali, non risponde alla realtà: le capacità d'intendere, di scegliere, di volere sono espressioni fondamentali, per definizioni non trasferibili, dev'essere posta nella condizione de esercitarsi parallelamente alla sua efetiva idoneità non giustificandosi la presenza di ostacoli di diritto o di fatto che ne impediscono l'esercizio⁶⁵.

A afirmação do professor italiano deve ser examinada em três momentos diversos: a superação das rígidas dicotomias atinentes a esta matéria, o reconhecimento da necessidade de regimes diferenciados para as situações patrimoniais e para as existenciais e a possibilidade de uma capacidade de exercício paralela à efetiva idoneidade do menor.

Com relação à idade, é particularmente rígido o muro que separa, de um lado, os capazes, aptos a atuar no teatro das relações jurídicas, e, do outro (o lado de fora, poderíamos acrescentar), os incapazes, absoluta ou relativamente, "inseridos no elenco daqueles que não portam convites ao ingresso das titularidades de direitos e de obrigações"⁶⁶. Esta concepção necessariamente binária (capacidade *versus* incapacidade) traduz o que Françoise Dekeuwer-Défossez chamou de "dialética do tudo ou nada", inapropriada para as necessidades concretas que se apresentam no tráfego jurídico hodierno⁶⁷.

O fator que mais contribui para esta inadequação é o excessivo caráter patrimonialista que reveste o instituto, como adverte Michele Giorgianni, ao concluir que a incapacidade dos menores confere plenos poderes ao genitor ("quasi in bianco"), permitindo-lhe que aja como bem entender⁶⁸.

⁶⁴ *Les droits...*, p. 29.

⁶⁵ *Il diritto civile...*, p. 499 (grifou-se).

⁶⁶ Fachin, "Em nome do pai", p. 589.

⁶⁷ *Les droits*, p. 29.

⁶⁸ "In tema di capacità del minore di età", in *Ras. dir. civ.*, 1987, p.109, *apud* Ruscello, *La potestà*, p.4

Esta concepção, patrimonialista e voltada para a capacidade de exercício, reflete o que Pasquale Stanzone chamou de "substancial desinteresse pela situações existenciais"⁶⁹. Se este desprezo era estimulado pelas codificações liberais, na ótica solidarista exigida pela Constituição ele se torna insustentável.

A estreita conexão que Stanzone demonstra haver entre a capacidade de agir e as relações que exprimem valores patrimoniais não pode ser automaticamente estendida às situações existenciais, ligadas ao desenvolvimento da personalidade. A incapacidade de agir é um instituto que se justifica fundamentalmente pela proteção aos bens materiais. Assim sendo, no entender de Francesco Ruscello, deve ser repudiada uma utilização mecânica e indiscriminada de seu perfil estrutural. É preciso distinguir entre a capacidade de agir e a capacidade de "entender, escolher e querer"⁷⁰, que deve ser estimulada em relação às situações existenciais, viabilizadoras das potencialidades do menor.

O que a doutrina mais recente apregoa, no dizer de Ruscello, é a necessidade de um

*"rinnovato rapporto genitori-figli in cui alla tutela della personalità del figlio e delle sue libertà fondamentali corrisponda la possibilità da parte del minore di esercitare tutte la situazione che siano espressione di quelle stesse libertà fondamentali"*⁷¹.

Resta assente, pois, a necessidade de um tratamento diferenciado para as situações que exprimem as liberdades fundamentais do menor, não podendo o exame destas ser reduzido a um dualismo que simplesmente contraponha capacidade e incapacidade de agir. A questão que se coloca é como traduzir para a técnica jurídica a exigência de ductibilidade. Ruscello propõe, como forma de respeitar a personalidade do menor, abandonar a convicção de que se deva fazer referência a uma idade pré-definida⁷². Em sentido parecido, Giorgianni reconhece a inaplicabilidade de critérios rígidos para as relações privadas entre genitor e

⁶⁹ *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, p. 446, *apud* Ruscello, p.8.

⁷⁰ Como dispõe Perlingieri em *Perfis...*, p. 260.

⁷¹ No mesmo sentido, o autor remete a diversos autores italianos, como Stanzone, Vercellone, Zatti e Busnelli.

⁷² *La potestà*, p. 39

filho, entendendo que deve ser observada a índole do menor e a natureza da atividade que suscitou o conflito⁷³; também Défossez advoga a necessidade de uma “capacidade progressiva” para o adolescente, como já se registra, no direito francês, de forma dispersa⁷⁴.

O direito brasileiro abriga um precedente, no supracitado preceito do Estatuto da Criança e do Adolescente que vincula a adoção de adolescente ao seu “consentimento”. Tepedino critica o uso deste termo, por pressupor o discernimento, “do qual é o incapaz desprovido”, concluindo que o termo “consentimento” no art. 45, § 2º do ECA não deve ser entendido no sentido estritamente técnico, mas sim como “forma de se perquirir a satisfação dos anseios” do menor⁷⁵. Cria-se, portanto, como lembra este autor, “uma exceção ao princípio milenar da incapacidade absoluta”.

Conclusão

A indagação que suscitamos no item anterior – como transpor para a linguagem do direito o progressivo incremento no intelecto e na maturidade do menor – não pode, ainda, ser respondida dentro do formalismo jurídico mais estrito. Como propõe Pietro Perlingieri, a tarefa é “realizar instrumentos e técnicas que possam de fato convencer sobre a necessidade de uma participação do menor como cidadão, para a defesa de seus direitos existenciais”⁷⁶, tentando encontrar um equilíbrio que não mortifique o pátrio poder nem anule a participação do menor em seu processo educativo⁷⁷.

Aventam-se propostas, como o “Estatuto da Pré-Maioridade” francês, que pretende permitir ao maior de dezesseis anos decidir sobre as questões que lhe digam direto respeito, facultando aos pais que se oponham, e ao filho que leve a discussão ao Juiz de Família. A nosso ver, contudo, tal caminho não é o mais propício, pois apenas muda-se o lugar do “muro”, sem garantia de que aqueles que estejam com a etiqueta da incapacidade

⁷³ *Della potestà dei genitori*, apud Ruscello, “La potestà...”, p. 40.

⁷⁴ Na França, o maior de 13 anos deve opinar sobre sua adoção, sobre contratos que cedam sua imagem e sobre a interrupção de sua gravidez, entre outros dispositivos.

⁷⁵ “A disciplina jurídica da filiação...”, p. 423.

⁷⁶ *Perfis...*, p. 261.

⁷⁷ *Perfis...*, p. 258.

sejam realmente desprovidos do discernimento necessário, e vice-versa.

Mais do que uma outra separação rígida, é preciso, como indica Tepedino, “inserir o filho, com os seus sentimentos e personalidade em desenvolvimento, no cenário das decisões que lhe dizem respeito, sob a evidente responsabilidade dos pais e educadores”⁷⁸; para alcançar este objetivo, é necessário que o pátrio poder seja encarado como uma função educativa, suscitando gradualmente a capacidade crítica do menor⁷⁹.

O que se prega não é a supervalorização da opinião do menor, reduzindo-se o pátrio poder a uma mera função decorativa. Os pais são os principais guias para um apto desenvolvimento das capacidades e virtudes da criança, além de serem de os responsáveis pelo estabelecimento de limites que ajudem o menor a posicionar-se no mundo. Não se tenciona elevar a vontade do menor a um valor supremo, prejudicando o desenvolvimento de sua própria personalidade e desrespeitando os interesses de outras pessoas. Reconhecer, por exemplo, que um adolescente é portador de uma acentuada capacidade de discernimento em relação às situações existenciais não importa necessariamente em dizer que o posicionamento dos pais, ainda que contrário ao que o menor expressa, não seja o que atende ao seu melhor interesse, em especial numa idade normalmente conturbada.

A este respeito, vale transcrever a lição de Trabucchi:

A verdadeira modernidade não consiste no reconhecimento de uma vasta e indiscriminada abertura à liberdade do menor na formação de sua personalidade (...) consiste na sua participação, viva e fecunda, na vida do grupo, o que deve prevalecer sobre o caráter autoritário do sistema precedente⁸⁰.

Como destacamos no início, o século que se encerra trouxe mudanças que repercutirão de forma intensa no futuro da humanidade. Uma destas novidades foi a conquista da voz por aqueles “que não falavam”. Com a voz assegurada, ficou evidente a distância que separava a inocência com que sempre se tentou pintar esta fase da vida e a realidade – pessoas em

⁷⁸ “A disciplina jurídica da filiação...”, p. 420.

⁷⁹ *Il diritto civile...*, p. 498.

⁸⁰ *Il “vero interesse” del minore e i diritti di chi ha l’obbligo di educare*, apud Ruscello, *La potestà*, p. 82 (tradução livre).

fase de desenvolvimento, com uma capacidade crítica que não corresponde à capacidade de escolha que lhes é ofertada. Interlocutores válidos, enfim, quando se trata dos passos decisivos de suas vidas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente deu um salto importante neste sentido, ao reconhecer, como mencionamos, o direito que o menor tem de ser ouvido em diversas situações. O “consentimento” do adolescente para sua adoção é gesto indubitável de reconhecimento que o legislador teve com relação ao discernimento dos menores, tendo em vista a importância dessa situação para o desenvolvimento daquela personalidade.

Dada a unidade do nosso ordenamento, se pode querer restringir o Estatuto da Criança e do Adolescente a um “microssistema”, sem comunicação com as normas externas. Como legislação especial, certamente é dotado de uma principiologia própria; mas esta subsume-se, sem dúvida, aos princípios maiores da Constituição, centro unificador do sistema. Esta “janela” que reconheceu a importância da opinião do menor, uma vez aberta, não pode mais ser fechada; e as luzes que por ela penetram não iluminam apenas aquele diploma, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Referências bibliográficas

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito de Família*. Edição Histórica, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONNARD, Jérôme. “La garde du mineur et son sentiment personnel” In: *Revue trimestrielle de droit civil*, 90 (1), pp. 49-67. Paris: Sirey, 1991.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Rio De Janeiro, Ediouro, 1996.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Les droits de l'enfant*. 3ª ed., rev., Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

- DUARTE, Alicia Perez.. *Derecho de familia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- FACHIN, Luiz Edson. “Em nome do pai”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 585-604.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.
- GÉLIS, Jacques. “A individualização da criança”. In: CHARTIER, Roger (Org.). *História da vida privada*, vol.3. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, pp. 311-329.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- GISSEROT, Florence Laroche. *Les droits de l'enfant*. Paris: Dalloz, 1996.
- HORKHEIMER, Max. *Teoria crítica: uma documentação*. São Paulo: Perspectiva: EDUSP, 1990.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. “A repersonalização das relações de família”. in BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- NEIRINCK, Claire. *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*. Paris: L.G.D.J., 1984.
- PAULA SANTOS NETO, José Antônio de. *Do pátrio poder*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. *Il diritto civili nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1991
- PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. In: *Veja 25 anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, pp. 75-81.
- _____. “Figuras e papéis”. In: PERROT, Michelle (Org.). *História da vida privada*, vol.4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, pp. 121-185.
- RUSCELLO, Francesco. *La potestà dei genitori: rapporti personali*. Il Codice Civile: Commentario, arts. 315-319. Milano: Giuffrè, 1996.

SERIAUX, Alan. "Honorera tes père et mère". In: Revue trimestrielle de droit civil, année 1986, pp. 265-281. Paris: Sirey, 1986.
TEPEDINO, Gustavo. "A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional". In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp.389-426.

Atualidade da Autonomia Universitária (CF., Art. 207)

Dante Braz Limongi *

O art. 207 da Constituição Federal assegura às universidades *autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial*. Esse dispositivo possui um importante e atual significado, notadamente no momento em que parte expressiva dos estabelecimentos de ensino superior do país é alvo de acirradas críticas.

Trata-se, como se pode desde logo perceber, de um tema importantíssimo e complexo, profundo e polêmico. Mas, sem dúvida alguma, é uma prerrogativa inerente às finalidades das instituições de ensino superior, como adiante recordaremos.

A autonomia universitária é conquista vinculada à história das primeiras instituições de ensino superior.

Desde a fundação das universidades de Paris, por volta de 1170 e de Bolonha, no mesmo século XII, a autonomia foi-lhes reconhecida dada a peculiaridade da instituição universitária. A mesma autonomia faz parte da tradição universitária americana - e quando dizemos americana estamos nos referindo às três Américas - reivindicada como condição indispensável ao desempenho de suas atividades.

Na Península Ibérica as mais antigas universidades foram as de Salamanca, fundada em 1218 e a de Coimbra, de 1290.

As primeiras instituições de ensino superior no nosso continente foram as de São Domingos, fundada em 1538, Lima (1551), Cidade do

* Professor de Direito Constitucional da PUC-Rio. Advogado e Procurador do Estado

México (1553), Córdoba (1613) e Bogotá (1622). Na América do Norte Harvard foi a primeira a surgir, em 1636. O Brasil somente contou com instituições de ensino superior em 1808, quando deixou de ser Colônia, criando-se dois cursos de medicina naquele ano. Mais adiante, em 11 de agosto de 1827 iniciaram-se os cursos jurídicos, no Convento de São Francisco, em São Paulo e em Olinda, no Mosteiro de São Bento.

No Brasil a Lei Orgânica do Ensino Superior e Fundamental da República, de 1911, reconheceu formalmente a autonomia dos estabelecimentos de ensino superior. Com alguns tropeços a legislação nacional seguiu essa diretriz, de modo que, com a Constituição Federal de 1988 o que antes era legalmente reconhecido ganhou o reconhecimento da nossa Carta Maior.

O mandamento constitucional desdobra a autonomia em *didático-científica, administrativa e de gestão patrimonial*.

Esses três aspectos se entrelaçam e se completam para servir ao objetivo maior que é o de assegurar aos centros universitários o espaço de liberdade indispensável ao conhecimento e à difusão do saber.

A entidade universitária, por óbvio, permanece sujeita aos demais princípios que a Constituição estabelece mas, dentro dos marcos constitucionais maiores a instituição de ensino superior deve desfrutar de independência administrativa e de gestão financeira e patrimonial para que bem possa exercer a sua autonomia didático-científica.

Observe-se que o art. 206 da Lei Maior estabelece que *“o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”*.

Segundo NINA RANIERI, em interessante estudo publicado em 1994 (*Autonomia Universitária, Biblioteca Edusp de Direito, Edusp, S.P.*), por *autonomia* deve-se reconhecer,

“poder derivado funcional circunscrito pelo ordenamento que lhe deu causa - (é) condição inerente à existência da universidade enquanto instituição social voltada ao ensino, à pesquisa e à extensão de serviços à comunidade”. (p. 61).

A mesma autora diz que tal autonomia *“não pressupõe, portanto, soberania (é poder derivado), nem independência (a autonomia é restrita ao peculiar interesse da entidade)”* (p. 115) e ainda frisa que *“a autonomia outorgada pela Constituição só aceita os limites impostos pela própria*

Constituição (o que equivale a dizer que a lei ordinária não lhe pode impor limites) (p.116).

A autonomia não significa isolamento e deve ser vista, em todos os casos e mais especialmente nas universidades públicas, articulada com os interesses maiores da sociedade.

Importa ter presente que o mandamento constitucional contido no art. 207 é *“bastante em si”* e a legislação infra-constitucional não pode oferecer resistências ao comando da Lei Magna. Nesse sentido observa NINA RANIERI que *“sob o prisma da incidência normativa, ao art. 207 não se faz necessário o concurso de comandos legislativos complementares”*. E prossegue a mencionada estudiosa do tema da autonomia universitária:

“Sob o ponto de vista prático, essa característica torna inconstitucional qualquer lei inferior que disponha sobre a extensão, o sentido ou conteúdo da autonomia das universidades.”

A autora apoia sua afirmativa, ainda, em CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO, com sua obra *“Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais”*, da qual transcreve a seguinte passagem alusiva ao mencionado art. 207 da Constituição Federal:

“Estamos diante de uma realidade normativa inelástica, insuscetível de modelagem por outro cinzel que não o do próprio constituinte, daí a sua absoluta alergia e repúdio a eventuais atentados da lei infraconstitucional, quanto àquele núcleo mandamental compacto.”

Para as universidades particulares a autonomia deve se traduzir na não intromissão do Poder Público nos assuntos de peculiar interesse das mesmas. Seus administradores, por óbvio, gerindo recursos privados prestam contas aos seus controladores privados. Claro que, no que diz respeito às suas obrigações mínimas no campo educacional - currículos mínimos, corpo docente habilitado, etc. - deve haver o atendimento às determinações legais e regulamentares das autoridades às quais incumbe autorizar a instalação e o funcionamento dos cursos superiores. Nesse sentido o comando do art. 209 da Constituição é preciso, ficando as instituições privadas sujeitas:

- ao cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, como guardião e intérprete maior da Carta Magna, reconheceu a competência fiscalizadora do Poder Público inclusive para atender à *avaliação de qualidade* dos cursos. A propósito o julgamento da ADIn 1.511-UF, a respeito da constitucionalidade do *provão*. Assim, a autonomia das entidades privadas de ensino superior opõe limites à atuação do Poder Público, para que não se imiscua no que disser respeito às opções religiosas, filosóficas e políticas das instituições universitárias.

O sentido e alcance da autonomia para as universidades públicas.

No caso das universidades públicas a questão é mais complexa. A gestão de recursos públicos obriga que se preste contas desses valores. Prestar contas sem que as entidades percam a sua autonomia é questão ainda com opiniões controversas. Já ao tempo da Lei 4.024, de 20.12.1961 (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação*) se estabeleceu que às universidades mantidas pelo Poder Público seriam atribuídas *dotações orçamentárias globais, fazendo-se no orçamento da universidade a devida especificação* (art.82). Ou seja, às universidades se atribuiu, desde então, além de um orçamento aprovado por quem lhe fornece os recursos, uma parcela de competência para mais além do gerenciamento dos valores, poder, limitadamente, legislar para sua vida, inclusive administrativo-financeira.

Seguiu-se a Lei 5.540, de 28.11.1968, denominada Lei da Reforma Universitária. Naquela época JOSÉ FREDERICO MARQUES e MIGUEL REALE, opinaram sobre amplitude da autonomia no caso específico da Universidade de São Paulo (*JUSTITIA*, 128, pp. 37/43 e 44/51). JOSÉ FREDERICO MARQUES manifestou-se no sentido de que mesmo as universidades que adotem a forma autárquica devem merecer tratamento diverso do que é dispensado às demais autarquias *em virtude, precisamente da autonomia universitária*. Defendeu, ainda, que se assegure às universidades públicas que possam *livremente dispor de seus recursos* porque, se assim não for, se estará *recusando essa autonomia, esvaziando a função de tal atributo, esterilizando-lhe o significado concreto que foi dado pelo legislador*.

Para MIGUEL REALE a instituição universitária é

“entidade que além de poder agir descentralizadamente, com os característicos próprios das pessoas jurídicas autárquicas, atua com uma esfera de ampla autonomia”. Tal autonomia, prossegue, “não se restringe apenas às decisões de natureza didático-científica, mas abrange também as questões de ordem administrativa e financeira, tal como a disciplina e a forma de retribuição de serviços “extra” por parte dos que integram o seu quadro administrativo.”

Aplicam-se às universidades públicas as normas e limitações traçadas pela Constituição Federal para os órgãos da administração pública. A autonomia não é poder ilimitado; em se tratando de entidades mantidas pelos poderes públicos, não pode se fazer sem limites mas, se às universidades não for concedido algo mais nesse campo, no que se distinguirão essas entidades dos demais entes da administração indireta?

ADILSON DALLARI, em estudo que publicou em 1993 sob o título *“Autonomia das Universidades Públicas”* (*Revista Trimestral de Direito Público*, 1/93, pags.282/302) adverte que a universidade pública tem contas a prestar à sociedade:

“Uma universidade pública, não obstante dotada de autonomia, não deixa de ser um instrumento de atuação do Poder Público e, como tal, não pode ficar imune aos sistemas de controle criados para que a coletividade, o corpo de cidadãos, o povo, faça prevalecer sua soberana vontade sobre a vontade de qualquer de seus segmentos.”

Para DALLARI, baseado em estudos de EROS GRAU e de REGINA HELENA COSTA, a autonomia administrativa situa-se abaixo dos conceitos de soberania, de autonomia política e de independência (p.287).

Para o festejado autor, entretanto, diferentemente do entendimento de NINA RANIERI acima exposto, a *autonomia administrativa*, é atributo sujeito à lei:

“...a margem de liberdade que pode ser conferida ou pela lei, ou excepcionalmente (caso da Universidade e do Ministério Público) pela Constituição, mas sempre, de qualquer forma, significando uma faculdade ou um poder de tomar decisões em nível infralegal, abaixo da lei, em conformidade com a lei.” (p.287)

Assim,

"Para a Administração Pública o princípio da submissão à lei está no caput do art. 37, que abrange a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios. Ou seja, abrange inclusive as autarquias educacionais, as universidades públicas, criadas por lei, sob a forma de autarquia (ou fundação pública, que é rigorosamente o mesmo que autarquia)" (p.288)

"Cada pessoa jurídica de direito público deve movimentar seus recursos financeiros de acordo com a lei orçamentária anual elaborada na forma prevista na Lei 4.320/64, cujo art. 107 dispõe que os orçamentos das autarquias são aprovados por decreto do Poder Executivo. Dessa forma, como o orçamento da universidade pública integra, faz parte do orçamento anual da pessoa jurídica de capacidade política e de cuja administração é um prolongamento personalizado (art.107, 108 e 109 da Lei 4.320/64), a universidade deverá anualmente encaminhar seu orçamento ao Chefe do Executivo, para aprovação e inclusão no projeto da lei orçamentária anual." (pp.288/289)

E mais adiante ADILSON DALLARI cita ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ com seu estudo "O Regime Especial das Autarquias Educacionais" (*Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 17/201*) no qual aquela autora observa, quanto ao regime jurídico das autarquias educacionais:

"É especial esse regime imposto pela Lei n. 5.540 na medida em que as autarquias educacionais se apresentam, perante as demais autarquias, revestidas de roupagem própria. Tivesse ou não o legislador enfatizado a "especialidade" do regime, e ainda assim seria, pois as autarquias educacionais estão sujeitas às normas específicas dispostas na referida lei que lhes dá regime próprio." (p.296)

Note-se, porém, que FERRAZ se refere à Lei 5.540 e não ao dispositivo da constituição vigente.

HELY LOPES MEIRELLES, distinguindo autonomia de autarquia, dizia ser

"inconfundível (é) autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou"

(*Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed. p. 319*)

O consagrado administrativista, opinando acerca das *autarquias de regime especial*, a que se referia a Lei 5.540/68, criticava a imprecisão conceitual do legislador ao tratar das entidades do ensino superior e afirmava

"...autarquia de regime especial é toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública" (obra mencionada, p. 310).

De modo geral as entidades mantidas pelo Poder Público estão condicionadas nos seus compromissos e nos dispêndios, às disponibilidades e aos termos do orçamento aprovado mas, no que diz respeito às universidades, deve haver uma parcela de liberdade. Caso contrário, no que se distinguiriam as universidades das demais autarquias e fundações?

Já ao tempo da Lei 4.024, de 20.12.1961 (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação*) se estabelecera que às universidades mantidas pelo Poder Público seriam atribuídas *dotações orçamentárias globais, fazendo-se no orçamento da universidade a devida especificação* (art.82).

Ou seja, desde há muito que se entendeu que às universidades se atribui, além de um orçamento aprovado por quem lhe fornece os recursos, uma parcela de competência para mais além do gerenciamento dos valores, poder, limitadamente, legislar para sua vida, inclusive administrativo-financeira.

Por isso que, obediente ao mandamento constitucional, a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9.394, de 20.12.1996, quando se refere às universidades mantidas pelo Poder Público reza:

"Art. 54. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal.

E no parágrafo 1º do mesmo artigo autoriza as universidades a:

I - propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis;

II - elaborar o regulamento de seu pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes;

III - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor;

IV - elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais;

V - adotar regime financeiro que atenda às peculiaridades de organização e funcionamento;

VI - realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos;

VII - efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.”

Portanto, se as demais entidades mantidas pelo Poder Público estão condicionadas nos seus compromissos e nos dispêndios, às disponibilidades e aos termos do orçamento aprovado, no que diz respeito às universidades, admite-se que, para além do respeito ao orçamento, possa haver alguma liberdade.

A autonomia na execução das atividades supõe parcela de liberdade para a utilização dos meios de apoio. Assim, tem-se admitido que as universidades possam realizar convênios e contratos e que possam aplicar os recursos obtidos por intermédio desses instrumentos segundo suas necessidades e seus objetivos, prestando contas posteriormente da movimentação financeira efetuada.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro a Lei 2.208/93 dispõe no seu art. 1º:

“Art. 1º - Ficam as Universidades Estaduais, nos termos do art. 207, da Constituição Federal, autorizadas a movimentarem seus orçamentos decorrentes da geração de recursos próprios e decorrentes de assinatura de convênios diretos, remanejando dotações ou incluindo valores compensados no termos do art. 120 da Lei nº 287/79.

Par. 1º Para cumprimento do que trata o caput deste artigo os Dirigentes das Universidades Estaduais aprovarão o quadro de detalhamento dos seus orçamentos próprios, respeitando inicialmente os limites a eles destinados no orçamento estadual.

Par. 2º Os Atos de movimentação orçamentária deverão ser publicados no D. O. do Estado e comunicados à Secretaria de Planejamento e Controle para acompanhamento, nos termos do art. 122, da Lei nº 287/79”.

Algumas conclusões. Retomando o sentido da autonomia universitária.

Tornando-se ao princípio da presente exposição, tem-se que a autonomia é uma prerrogativa justificada pelo caráter que se atribui às universidades. Fossem elas meras retransmissoras do saber estabelecido, sem papel crítico, e não se justificaria que desfrutassem de autonomia.

Das universidades se espera, por conseguinte, que não se limitem à formação de profissionais, que é sua primeira função, mas não deve ser a única. Delas sempre se esperou que sejam capazes de desenvolver um pensar crítico, de forma que juntamente com a transmissão do conhecimento seja possível pesquisar e desenvolver o novo. O processo cultural estaria interrompido se não houvesse condições para criticar os conhecimentos e ultrapassá-los, abrindo espaço para os avanços a que costumeiramente denominamos de progresso.

Daí porque o dispositivo constitucional, art. 207, assegura a autonomia universitária e prescreve que essas entidades devam se dedicar ao *ensino, pesquisa e extensão*:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

O art. 207 da Constituição exige das entidades de ensino superior que se dediquem ao *ensino*, à *pesquisa* e à *extensão*. Vale dizer: à transmissão dos conhecimentos, à pesquisa de novos saberes e à interligação com as necessidades do desenvolvimento de nosso país. A instituição universitária deve ser depositária do saber, mas deve também ser capaz de criticar esse saber, para fazê-lo evoluir a serviço da sociedade humana e deve formar profissionais capazes de cumprirem com suas responsabilidades para com a sociedade e para com o próprio conhecimento humano.

Vê-se que a reflexão sobre a autonomia universitária remete-nos de volta ao sentido maior que se espera das instituições de ensino superior, notadamente no momento em que todas ou quase todas as instituições de ensino superior são tentadas à competição pelo *mercado*.

Nesse quadro a autonomia universitária é importante e muito atual, pela responsabilidade que a acompanha e porque a autonomia não é um fim em si mas um meio para que a instituição universitária possa bem cumprir com suas finalidades.

Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional

Anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A. I. 598.360.402 – São Luiz Gonzaga)

Gustavo Tepedino *

Anderson Schreiber **

1. Ementa da decisão comentada.

Decisão recente – e altamente polêmica – do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul suscita atenta reflexão. Confira-se a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO 598.360.402 – SÃO LUIZ GONZAGA/RS

Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão atacada: liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos “sem terra”. Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da Justiça Estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art. 526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais com mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

** Professor de Direito Civil da PUC-Rio e mestrando de Direito Civil na UERJ.

união. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proveram o agravo por maioria. (AG.I. nº 598.360.402, 19ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 06.10.1998).

2. Introdução ao tema. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade.

A inércia do Poder Legislativo, na edição de normas previstas na Constituição, e, sobretudo, do Poder Executivo, na adoção de medidas hábeis a impor aos proprietários o cumprimento da função social, têm servido de obstáculo à atuação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, à concretização da reforma agrária. “A inexistência das leis reclamadas pela Carta Política (art. 184, §3º e art. 185, I) impede o exercício, pela União Federal, do seu poder de promover, para fins de reforma agrária, a modalidade especial de desapropriação a que se refere o texto constitucional (art. 184)”¹.

Todavia, diante mesmo da reiterada indiferença dos demais Poderes à feição dramática que adquire a questão fundiária em nosso país, o Poder Judiciário tem abandonado, pouco a pouco, sua postura comedida, para atuar cada vez mais concretamente na resolução dos conflitos no campo. Mostra-se significativo, neste sentido, o número de decisões provenientes de tribunais estaduais, em que se tem buscado soluções inovadoras para aquelas ações reivindicatórias de terrenos sobre os quais já se consolidaram comunidades próprias, reconhecidas, em muitos casos, pelo Poder Público, que lhes dota de equipamentos urbanos, como redes de esgotos e iluminação, “tudo a revelar uma vida urbana estável no seu desconforto”².

Em tais casos, tem se admitido expressamente a impossibilidade fática/social de se retirar, à força, os ocupantes destes terrenos, já, por tudo, integrados no cotidiano da comunidade. Assim, os tribunais têm optado por solução mais condizente com os valores constitucionais: negam o direito à reivindicação do imóvel, mas asseguram aos proprietários direito à indenização. Quando o Poder Público promove

¹ STF, M.S. 21348/MS, Rel. Min. Celso de Mello, 2.9.1993, in DJ 8.10.1993, p. 21012.

² Rel. Des. José Osório, em decisão proferida pelo TJSP, em 16.12.1994, publ. na RT 723/204.

melhorias na comunidade, “estimulando” a permanência da ocupação irregular, a ele tem se transferido o encargo indenizatório, através do reconhecimento de uma desapropriação indireta, sem embargo da controvérsia acerca da necessidade ou não, para tanto, de apossamento do imóvel pelo próprio Estado.

Assim decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a desapropriação indireta, e a conseqüente atribuição ao Poder Público do dever de indenizar o proprietário de imóvel ocupado irregularmente por terceiros, sob o argumento de que “concretizada a invasão, o Município assumiu para si a responsabilidade de oferecer condições de infra-estrutura de esgoto e luz para que a população assentada fosse atendida em suas necessidades. Em tais circunstâncias, a área que era particular passou a ser reconhecida como apossada pela administração pública, pelo que nela foram realizadas obras exigidas pela comunidade”³.

Nem se objete, com voz corrente, que, em matéria de reforma agrária, o Poder Judiciário estaria “de mãos atadas”. Evidentemente, aos juizes não é dado decretar a desapropriação deste ou daquele imóvel para fins de reforma agrária⁴; cabe-lhes, contudo, na resolução dos conflitos que apreciam, deixar de atribuir tutela jurisdicional à propriedade que não atenda aos valores sociais e existenciais, consagrados na Constituição. Delineia-se, na verdade, uma nova ordem pública, em que a tutela da propriedade privada não pode estar desvinculada da proteção de situações jurídicas não patrimoniais, com prioridade axiológica na legalidade constitucional, de modo a servir, segundo a dicção do acórdão comentado, de “garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão”.

3. Novos aspectos jurídicos suscitados pela decisão comentada.

Na esteira de tal processo evolutivo, o Tribunal de Justiça do Rio

³ STJ, REsp 235773/RJ, Rel. Min. José Delgado, 14.12.1999, in DJ 27.3.2000. Cf., em sentido diametralmente contrário, a decisão proferida no REsp 32.222-8/PR, em que foi relator o Min. Garcia Vieira, cuja ementa, lavrada em linguagem peculiar, merece destaque: “Meio ambiente. Danos. Direito de propriedade. O direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais, há de respeitar o direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. Da queda do muro de Berlim e do desmantelamento do império comunista russo sopram ventos liberais em todo o mundo. O Estado todo poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas o interesse coletivo, em detrimento dos direitos e interesses individuais, perde a sobrevivência” (RSTJ 48/412).

⁴ Tal competência é exclusiva do Poder Executivo Federal, conforme o disposto no art. 184, da Constituição da República.

Grande do Sul, na decisão acima transcrita, pondo-se aqui de lado, deliberadamente, a rica e corajosa formulação política que suscita, traz a lume pelo menos dois importantíssimos aspectos jurídicos, até então inexplorados pela jurisprudência brasileira.

Em primeiro lugar, propõe um conceito técnico-jurídico dúctil e dinâmico de função social, com base nos valores constitucionais, forjado não já de forma abstrata e genérica, tão cara ao direito civil tradicional, mas no âmbito da relação concreta em que se insere o domínio, em face das demais situações jurídicas com que interage. Em seguida, afirma a separação dos conceitos de função social e de produtividade econômica do domínio, noções identificadas com inquietante frequência pelos operadores, como se a segunda legitimasse ampla e suficientemente a primeira. A exata compreensão de tais aspectos, com toda a gama de consequência que é capaz de produzir, reclama uma análise, ainda que sucinta, da evolução do conceito de função social no direito civil pátrio.

4. A introdução do conceito de função social da propriedade no ordenamento civil-constitucional brasileiro.

Como se sabe, o primeiro texto normativo a referir-se à função social da propriedade foi a Constituição de Weimar, de 1919, cujo art. 153 foi retomado *ipsis verbis* pela Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949: "A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social"⁵. No Brasil, a função social da propriedade só ingressaria quase meio século depois. O nosso Código Civil, promulgado em 1916, inegavelmente influenciado pelo individualismo e patrimonialismo do Código de Napoleão⁶, não trouxe

⁵ "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit", na expressão traduzida por FABIO KONDER COMPARATO, "Função Social da Propriedade dos Bens de Produção", in *Revista de Direito Mercantil*, nº 63, p. 75. O autor noticia, ainda, que, sem embargo da previsão constitucional, a doutrina germânica não logrou atribuir à função social da propriedade uma aplicação suficientemente prática.

⁶ Seja permitido remeter a GUSTAVO TEPEDINO, "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, notadamente p. 2: "Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil".

qualquer referência à funcionalização da propriedade. O art. 524, *caput*, limitou-se a indicar os poderes do proprietário⁷, detendo-se, portanto, no aspecto estrutural do domínio.

O aspecto funcional só veio a ser previsto em nosso ordenamento com a Constituição de 1946, produto de uma postura intervencionista e assistencialista adotada pelo Estado brasileiro, no primeiro pós-guerra, sobretudo após os anos 30. O dispositivo constitucional pátrio, insculpido no art. 147, em muito se assemelhava àquele estampado na Constituição de Weimar: "O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos".

O preceito repetiu-se no art. 167 do texto constitucional de 1967⁸, elevando-se a função social à categoria de princípio da ordem econômica e social. "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade".

Com a Constituição de 1988, fonte de inúmeras inovações na matéria, a função social da propriedade passou a integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXIII: "a propriedade atenderá a sua função social"), o que lhe atribuiu aplicabilidade imediata e outras vantagens próprias do *status* de direito fundamental. A efetividade do princípio foi assegurada, ainda, pelos arts. 182, § 2º, e 186 da Carta Constitucional, que estabelecem, em termos objetivos, os requisitos para o atendimento à função social da propriedade urbana e rural.

O Constituinte de 1988 apresentou, ainda, instrumentos destinados à realização da função social, como o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo, e a desapropriação (arts. 182, § 4º e 184). Estas medidas limitadoras do direito de propriedade não se confundem com a própria função social⁹; representam meios compulsórios de alcançá-la, direta ou indiretamente.

⁷ "Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

⁸ Cf., ainda, os arts. 153, § 22, e 160 da Constituição de 1967.

⁹ Em sentido contrário, entendendo que a função social nada mais é do que o conjunto de medidas constitucionais limitadoras da propriedade privada, CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998, 19ª ed., p. 210: "A chamada função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal".

5. Conceito de função social da propriedade. Função como causa de atribuição dos poderes do proprietário. Multiplicidade de estatutos proprietários. A propriedade como relação jurídica complexa funcionalizada a interesses não patrimoniais.

A consagração, no texto constitucional, da função social da propriedade, vista por muitos com injustificado ceticismo – como se o legislador, por atecnia ou demagogia, houvesse incorporado ao texto normativo categoria não jurídica, própria da ciência política ou da filosofia – reclama uma sua compreensão técnica, no sentido de se definir o seu conteúdo e a sua eficácia nos direitos subjetivos patrimoniais.

Somente no século XX que, na esteira do pensamento de AUGUSTO COMTE, pai do positivismo sociológico, juristas como KARL RENNER¹⁰ e LEÓN DUGUIT passaram a buscar no interesse social a legitimação para o direito de propriedade, contrapondo-se, assim, ao individualismo jurídico, que impregnava o direito privado, em geral¹¹.

É a DUGUIT que se deve a difusão do termo “função social da propriedade”. Na célebre lição do constitucionalista de Bordeaux, a propriedade não é o direito do proprietário, é a sua função social, é a tarefa que o proprietário tem a obrigação de realizar, em virtude do lugar por ele ocupado na sociedade¹². Note-se que a função social é

¹⁰ FABIO KONDER COMPARATO identifica na clássica monografia de Karl Renner de 1904 (*Die soziale Funktion der Rechtsinstitute*) a primeira formulação científica do que se viria a denominar análise funcional do Direito (in “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, cit., p. 73). Nada obstante, a idéia de submissão do direito de propriedade ao interesse coletivo já encontra raízes filosóficas entre os pensadores cristãos, notadamente Santo Ambrósio e São Tomás de Aquino (cf. D.W. HAMLIN, *Uma História da Filosofia Ocidental*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, pp. 124-145). Mesmo em termos científicos, não se pode deixar de identificar na obra de Augusto Comte o sustentáculo teórico inicial que seria trazido para o âmbito do direito, notadamente por influência de Leon Duguit, também no início do século XX. Por fim, registre-se que na própria doutrina germânica, quinze anos antes da monografia de Renner, Gierke já se referira à ordenação da propriedade não mais no mero interesse individual do proprietário, mas no interesse de todos (“A missão social do Direito Privado”, apud ORLANDO GOMES, *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 271)
¹¹ cf. LEON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*, Paris: Librairie Félix Alcan, 2ª ed., 1920.

¹² De fato, a noção de “dívida social”, utilizada por Comte, servirá de base para a visão funcionalista do direito, desenvolvida por Duguit, que chegará ao ponto de negar o direito subjetivo, na sustentação de que todo indivíduo possui na sociedade uma tarefa a executar. Cf., entre nós, JOSÉ FERNANDO DE CASTRO FARIAS, *A Origem do Direito de Solidariedade*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 222-241.

conceito que nasce como antítese do direito subjetivo à propriedade. Esta abordagem de DUGUIT foi, contudo, considerada radical, e a concepção que acabou se difundindo foi a da função social como característica remodeladora – e não como antítese – do direito subjetivo de propriedade.

Travou-se, na doutrina, sobretudo italiana, extenso debate acerca do exato sentido da expressão *função social da propriedade*. Em sua acepção originária, o termo representava a natureza da propriedade como um dever, uma tarefa, e não mais um direito subjetivo do proprietário. A doutrina italiana soube dar à “função social” melhor sentido, pretendendo-a não como categoria oposta ao direito subjetivo, mas como um elemento capaz de alterar-lhe a estrutura, inserindo-se em seu *profilo interno* e atuando como critério de valoração do exercício do direito¹³, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*¹⁴.

Não se quer com isto dizer que o domínio deve atender exclusivamente ao interesse social. Tampouco se pretende excluir do direito subjetivo sua vocação individualista, voltada para o atendimento de necessidades individuais de seu titular. Cuida-se, ao revés, de dotar o direito subjetivo de uma capacidade expansiva, de modo a que, contemporaneamente à satisfação das necessidades do proprietário, possa atender a interesses não proprietários, estes legitimadores do domínio, segundo a ordem pública definida pela Constituição. Nas palavras de PUGLIATTI, *cogli obblighi imposti al proprietario si vuole la realizzazione di un interesse pubblico, non contro il suo privato interesse, ma insieme e per mezzo della realizzazione di questo*¹⁵.

¹³ Sobre o tema, o texto clássico de SALVATORE PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milão: Giuffrè Editore, 1964, espec. pp. 141 e ss. Entre nós, a matéria é enfrentada por LUIZ EDSON FACHIN, “Da Propriedade como Conceito Jurídico”, in *Revista dos Tribunais* nº 621, p. 24: “Cabe também salientar que a doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime da propriedade privada, no sentido de que sobre o regime tradicional é aplicado o da função social, de indisfarçável utilidade contemporânea; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização, em que pese a todo o esforço de eminentes Autores agraristas para demonstrar o inverso”.

¹⁴ A eloqüente expressão é empregada diversas vezes por STEFANO RODOTÁ: “Proprietà (diritto vigente)”, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1968, p. 137; e anteriormente em *Note critiche in tema di proprietà* p. 1270; e ainda, com significativa ampliação do conceito, “Il sistema costituzionale della proprietà”, in *Il terribile diritto, studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, p. 405.

¹⁵ SALVATORE PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milão: Giuffrè Editore, 1964, p. 154.

A propriedade permanece, desta forma, como direito subjetivo, embora remodelado em seu conteúdo interno, vinculado ou gravado com deveres de atuação negativa e positiva, em atendimento aos interesses sociais, que variam de acordo com a concreta relação jurídica em que se insere. Daí o ensinamento de PIETRO PERLINGIERI:

“A função social, constituída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa (...) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento”¹⁶.

A função social não se limita, assim, a um mero conjunto de restrições externas ao domínio, mesmo porque restrições desta natureza sempre existiram¹⁷. *A funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade.*

A propriedade afasta-se, deste modo, de sua tradicional feição de

¹⁶ PIETRO PERLINGIERI, *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 226. Cf. entre nós, no mesmo sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO, “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, cit., p. 75: “Cumprido, preliminarmente, definir os conceitos e evitar os contra-sensos. Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”.

¹⁷ “(...) é facile rinvenire nei vari ordinamenti giuridici e nelle diverse epoche delle particolari disposizioni di legge che impongono limitazioni specifiche alla proprietà nell'interesse pubblico” (SALVATORE PUGLIATTI, *La Proprietà nel Nuovo Diritto*, Milano: Giuffrè Editore, 1964, p. 143). No mesmo sentido, SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, v. 5, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 81: “Talvez se possa dizer que a evolução histórica do direito de propriedade se manifesta, em linhas gerais, no sentido de uma incessante redução dos direitos do proprietário”.

direito subjetivo absoluto, ou, ainda, limitado apenas negativamente, para converter-se em uma situação jurídica complexa¹⁸, que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo passa a depender de interesses extra-proprietários, a serem regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Pode-se dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em sua essência, constituindo “*il titolo giustificativo, la causa dell'attribuzione*”¹⁹ dos poderes do titular, ou seja, “*il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale*”²⁰.

Disso decorre que se uma determinada propriedade não cumpre sua função social, perde o seu título justificativo. De fato, se a função social é noção que surge exatamente na busca de uma legitimidade da propriedade privada, não seria excessivo afirmar que, em sua ausência, seja retirada a tutela jurídica dominical, em situações concretas de conflito, para privilegiar a utilização do bem que, mesmo desprovida do título de propriedade, condiciona-se e atende ao interesse social.

Por outro lado, percebe-se, desde logo, quão infrutífera resulta a tentativa de atribuir conceito unitário para a função social, visto tratar-se de noção flexível, variável, em virtude mesmo da variedade e relatividade da noção de propriedade, como se constata inclusive no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

De fato, consolida-se pouco a pouco o pensamento doutrinário que trata a propriedade em perspectiva pluralista, em face das diversas disciplinas jurídicas sobre ela incidentes. A diversidade de propriedades, seja sob o aspecto qualitativo (propriedade urbana x rural; propriedade de bens de consumo x de bens de produção etc.), quantitativo (e.g., propriedade de até 250 metros quadrados x propriedade maior que 250 metros quadrados) ou subjetivo (e.g., propriedade privada x pública), e dos regimes legais a elas aplicáveis desaconselham e desautorizam a sua

¹⁸ Nas palavras de PIETRO PERLINGIERI “una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa” (*Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino: Napoli, 1970, p. 91).

¹⁹ PIETRO PERLINGIERI, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, Atti del Convegno, 27-28 maggio 1982, Camerino: Napoli, 1983, p. 449.

²⁰ STEFANO RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 139.

análise unitária, cuidando-se, afinal, de situações jurídicas díspares²¹, reguladas por estatutos distintos.

Também a função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

6. Função social da propriedade rural e propriedade produtiva.

Diante da flexibilidade do conceito de função social, o Constituinte de 1988, esquivando-se de conceituações, definiu, em termos objetivos, os requisitos necessários ao atendimento da função social da propriedade rural²².

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Como se vê, a Constituição de 1988 dá conteúdo positivo à função social, condicionando a legitimidade do domínio ao atendimento, pelo titular, de valores sociais e existenciais não proprietários, notadamente no que concerne às relações de trabalho e ao meio ambiente. Se a função social, assim concebida pelo constituinte, insere-se no rol das garantias fundamentais, não se pode deixar de vincular a proteção da titularidade dominical ao seu cumprimento. Mais ainda, verifica-se como os deveres

²¹ PIETRO PERLINGIERI, *Perfis de Direito Civil*, cit., p. 220: “O mínimo denominador comum entre as diversas figuras de propriedade privada é tão tênue que ao intérprete interessará evidenciar mais as diferenças que as afinidades. A unidade da defesa processual (...) não dá direito de construir unitariamente também a situação substancial”.

²² Quanto à propriedade urbana, limitou-se a exigir o atendimento às instruções do Plano Diretor. A reserva legal, todavia, tem, aqui, um conteúdo pré-determinado pela Constituição. O legislador ordinário não poderá esquivar-se da proteção da pessoa humana, de acordo com os princípios e objetivos fundamentais da República, fixados nos arts. 1º e 3º.

impostos pelo art. 186 não são taxativos, constituindo-se em expressão exemplificativa da funcionalização das situações jurídicas patrimoniais à tutela da dignidade da pessoa humana, segundo os princípios e objetivos fundamentais da República, contidos nos arts. 1º e 3º da Carta Constitucional.

Revela-se assim o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade: um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada.

7. O cumprimento da função social na hipótese examinada. O conceito de produtividade constitucionalmente tutelado.

É hora de retomar a hipótese dos autos: A empresa arrendatária de imóvel rural (Fazenda Primavera) viu sua posse esbulhada por cerca de 600 famílias integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que invadiram o terreno, ocupando-o. Propôs, em virtude disto, ação de reintegração de posse com pedido liminar, concedido pela juíza de primeiro grau, em decisão agravada pelo MST com pedido liminar de efeito suspensivo da liminar, deferido pelo Des. Rui Portanova, em regime de plantão.

A decisão judicial que ora se examina deu provimento ao Agravo impetrado pelo MST, fundamentando-se, basicamente, no não cumprimento da função social da propriedade arrendada, e na prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas. A constatação do desatendimento da função social foi levada a cabo pelo juízo, com base nas relações jurídicas concretas, instauradas entre o arrendatário e os titulares da posse, incorporando, nas razões de decidir, quase que intuitivamente, o conceito de propriedade como situação jurídica complexa e dinâmica, funcionalizada ao atendimento de necessidades não patrimoniais.

Ao lado dessa visão renovada da propriedade e das situações jurídicas patrimoniais, o acórdão enfoca um segundo importantíssimo aspecto, já antes enunciado, consistente na distinção entre *atendimento de função social* e *produtividade econômica*, conceitos frequentemente tomados como sinônimos, conforme se vê do voto da Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos:

“A posse da agravada está comprovada não só pela identificação e instrumento acima referido, como pelo uso efetivo da área para atividade agrícola. A agravada mantém empresa em pleno funcionamento. Existem escritórios, casas, demais prédios para uso de empregados e oficinas, armazéns, silos e outros.

Conforme consta de peças e relação, existem 300ha de trigo prestes a serem colhidos, 300ha de aveia e também milho, 80 animais, utensílio maquinaria, 20 mil sacos de soja no silo e 1.200 de soja semente, bem como outros produtos a pleno funcionamento e produção.

Não tenho qualquer dúvida que a Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais tem a posse, sendo a área útil e produtiva, portanto, observando o fim social a que se destina.”

Como efeito, o atendimento à função social da propriedade rural tem sido, comumente, confundido com o seu aproveitamento econômico. A produtividade, todavia, é apenas um dos requisitos para que a propriedade alcance sua função social, desde que associada, entretanto, à promoção de valores existenciais, consagrados pela Constituição nos princípios e objetivos fundamentais da República.

O Constituinte já se manifestara neste sentido, ao indicar, no art. 186, outros valores (*e.g.*, preservação do meio ambiente) que devem ser atendidos pela propriedade rural, em sua disciplina constitucional. O art. 184, por sua vez, coloca à disposição da Administração Pública meios hábeis a garantir a efetividade desta disciplina; efetividade que, aliás, não pode ser obstada por uma interpretação literal do art. 185, II, segundo o qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. Chegou-se a afirmar que tal dispositivo consistiria em grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação da tutela constitucional contra a desapropriação de latifúndios que apresentassem qualquer forma de produtividade.

A afirmação torna-se absurda, à luz dos princípios constitucionais. A Constituição de 1988 cuidou de funcionalizar a propriedade a valores inerentes à pessoa humana. A mera produtividade econômica não resguarda a propriedade, se não restarem atendidos os valores extrapatrimoniais que compõem a tábua axiológica da Constituição. O latifúndio utilizado para fins especulativos, ainda que produtor de alguma riqueza, estará descumprindo sua função social, por desprezar as

situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Não merecerá, por conseguinte, a tutela jurídica, devendo ser desapropriado, em caráter prioritário, para fins de reforma agrária.

Na espécie, constatou-se que, inobstante pudesse vir a ser produtiva, do ponto de vista dos resultados econômicos, a Fazenda Primavera não cumpria sua função social, o que se extrai da existência de débitos fiscais em favor da União. De fato, não cumpre sua função social a propriedade cujo titular, embora granjeando lucros, esquiva-se de suas obrigações fiscais, as quais se destinam justamente a interesses sociais de grande repercussão, depauperando-se o erário e retirando do Estado os instrumentos para a consecução de políticas públicas.

“Gize-se que, ainda que a área seja produtiva, se não obstante tal produção, seus proprietários não vêm atendendo aos impostos, incidentes ou não sobre a área discutida, a função social da propriedade não está sendo atendida. Ocorre que a produção singelamente considerada tem função direta de lucro ao produtor, que a vende pelo preço melhor possível, e somente secundária, de alimentação do povo. A função social direta da empresa produtiva é o recolhimento de impostos, taxas públicas, encargos sociais, e a geração de empregos”.

Da decisão comentada resulta evidente que somente no conflito concreto de interesses poderá o Judiciário valorar a utilização da propriedade, quanto ao cumprimento dos deveres impostos por sua função social.

Esta tem sido, de resto, a tendência do Superior Tribunal de Justiça, em diversas hipóteses. A título exemplificativo, no conflito entre o interesse do proprietário de hospital particular e o “direito do médico ao livre exercício de sua arte”, a Corte considerou prevalente este último, negando-se alegada ofensa ao direito de propriedade por médico que, mesmo não integrando os quadros de determinada clínica particular, vale-se de suas instalações para atender a cliente seu, que necessitava de cuidados. Entendeu que a propriedade desempenhava, em tal caso, específica função social.

“Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. (...) Decisão que reconheceu o direito do médico (...) de internar e assistir seus pacientes

em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido ao art. 524 do Código Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações (...)”²³.

No caso em tela, contrapondo-se as situações jurídicas em jogo, tem-se, de um lado, o interesse genérico da arrendatária, inadimplente de obrigações tributárias, em gerar riquezas; de outro, o interesse de cerca de 600 famílias de trabalhadores em constituir moradia, e extrair da terra trabalho e “ganha-pão”, meios necessários para alcançarem patamar elementar de dignidade social, ou, como designado pelo acórdão comentado, “garantia a bens fundamentais como um mínimo social”, que lhes foi negado pelo Estado.

A Fazenda Primavera, segundo constatou a Corte do Rio Grande do Sul, não cumpre sua função social; esta constatação deriva, de um lado, do inadimplemento de obrigações tributárias (débitos fiscais), e também – e indissociavelmente – da necessidade de proteção aos direitos fundamentais (mínimo social) das 600 famílias acampadas, que se encontram no outro pólo do conflito. No confronto de tais valores, e diante da inércia do Poder Público em proceder ao assentamento, atentaram os magistrados à tábua axiológica da Constituição, e, tal como o texto de 1988, concederam primazia aos direitos fundamentais e aos valores existenciais.

“Os doutrinadores afirmam que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a outra opção for esta.”

Restaram, assim, sacrificados os interesses patrimoniais (e a potencialidade econômica) da arrendatária, em favor dos direitos fundamentais dos trabalhadores sem terra, cuja tutela tem estado constantemente à espera de uma atuação eficaz do Poder Executivo, em prol da reforma agrária. Exsurge da decisão a responsabilidade coletiva

²³ STJ, REsp 27.039-3/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 8.11.1993, DJ 7.2.1994.

derivada da inoperância governamental. Vale dizer, a omissão do governo não pode mais ser considerada, segundo realidade fática insofismável, e agora reconhecida pelo Judiciário, um problema circunscrito aos excluídos, desgraçadamente sem terra, sem teto, sem roça, sem eira nem beira, mas deve, ao contrário, ser encarada como um drama social que atinge toda a nação e cuja superação não se pode alcançar sem se interferir no controle da riqueza e nos limites da propriedade privada.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se não tem, como advertia o Des. Rui Portanova, o condão de dar o rumo da reforma agrária no Brasil, possui o inegável mérito de abordar a questão em consonância com a disciplina constitucional da propriedade, enfrentando os obstáculos à sua aplicação, revelando uma atuação incisiva por parte do Poder Judiciário, já não mais disposto a aguardar soluções políticas, distantes na sua sempre iminente realização.

A funcionalização da propriedade ao interesse social alcança, com esta e outras decisões, maior densidade, alterando a concepção tradicional do domínio, de modo a legitimá-lo e justificá-lo no seio das relações sociais de aproveitamento da riqueza e de efetivação dos direitos fundamentais, sempre na perspectiva, inserida no rol das garantias constitucionais, de que a propriedade deva fornecer algo mais que a simples posse individual.

8. Reflexões conclusivas. A proteção da posse e a tutela da propriedade privada.

O acórdão oferece, ainda, material de reflexão para o abandono de duas falsas questões que comumente cativam o intérprete, aprisionando-o em injustificados preconceitos, em tema de função social da propriedade. A primeira seria a objeção de que a propriedade privada, tendo *status* constitucional, teria tutela privilegiada em relação à posse, disciplinada infraconstitucionalmente. Em segundo lugar: a função social, assegurada na Constituição, seria a da propriedade, não já a da posse, esta protegida como expressão do exercício dominical, desprovida, portanto, de função social própria, que merecesse inserção no rol das garantias constitucionais fundamentais.

Tais preocupações não se justificam. A posse, antes de ser um direito subjetivo, é a expressão fática do exercício de faculdades inerentes ao

domínio. Daí ter sido tratada, na cultura jurídica romano-germânica, como uma vanguarda avançada do domínio, subserviente, portanto, ao direito de propriedade²⁴. Na medida em que esta expressão fática, erigida a direito subjetivo, com suas ações autônomas e disciplina jurídica próprias, descola-se da proteção dominical, podendo ser exercida independentemente do domínio, sem o domínio ou mesmo contra o domínio, não há como se sustentar uma dogmática da posse vinculada ou acessória da dogmática da propriedade²⁵.

Daí decorre que, como situação jurídica subjetiva, a posse só se justifica em razão dos interesses que o possuidor visa a proteger. A posse é intrinsecamente instrumental a tais interesses, que se constituem em sua função social, dispensando-se o legislador constituinte de previsão expressa que, neste sentido, representaria verdadeiro truísmo. Já a propriedade, sendo o direito subjetivo patrimonial e individualista por excelência, tendencialmente pleno, com amplas faculdades deferidas pelo Código Civil, que não lhe impõe restrições, exige do ordenamento constitucional uma tomada de posição política, limitando-a internamente, mediante a função social.

Por outro lado, toda atividade econômica privada, tanto na titularidade dominical, quanto no exercício de quaisquer direitos patrimoniais, encontra-se vinculada aos princípios fundamentais da República, inscritos no Título I da Constituição Federal, que têm como fundamentos, dentre outros, na dicção do art. 1º, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Tais postulados, recorrentes, de resto, nos princípios gerais da atividade econômica, de que trata o art. 170 da Constituição, permeiam e funcionalizam a posse, como exercício de direitos patrimoniais, ao valor social da atividade desenvolvida, tutelada exclusivamente e na medida em que promove a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A posse, portanto, como exercício do direito de propriedade, justifica-

²⁴ V. por todos, as obras clássicas de RUDOLF VON IHERING, *Teoria Simplificada da Posse*, São Paulo: Saraiva, 1986 (edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr.), pp. 67 e ss; e *O Fundamento dos Interdictos Possessorios*, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves – Editor, 1908, esp. o interessantíssimo capítulo VI, *A posse é uma posição avançada da propriedade*, p. 71 e ss..

²⁵ V., no direito brasileiro, para um tratamento dogmático autônomo da posse, LUIZ EDSON FACHIN, *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

se pelo desempenho de sua função social. Como expressão de atividade privada, exercida independentemente e em face do domínio alheio, justifica-se pela função social da livre iniciativa de seu titular, de acordo com os interesses de que é portador – habitação, trabalho, educação de seus filhos, formação da família –, que deverão estar comprometidos, indissociavelmente, com a tutela da dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Igualdade entre os Sexos na Relação de Trabalho

Lila Carolina Igrejas Lopes *

I – O princípio da igualdade

Todo movimento no sentido de eliminar-se as discriminações e promover a equalização dos diferentes, têm sido visto como um avanço nas relações sociais. Se a liberdade foi a “menina dos olhos” do século XIX, dentro de uma perspectiva liberal de Estado (hoje retomada sob as vestes do que se convencionou chamar “neoliberalismo”), a igualdade tem sido a palavra de ordem deste século, no qual as fontes principais de desigualdades entre os homens – raça, sexo e classe social – foram profundamente questionadas. Assim, tivemos a edição de diversas leis, tanto no âmbito nacional quanto internacional, de combate ao racismo e repúdio a odiosos regimes como o nazismo e o *apartheid*; a mobilização das mulheres em todo o mundo trazendo importantes conquistas, das quais o direito de voto é significativo exemplo; o questionamento das estruturas sociais tradicionais, tendo como marco fundamental a Revolução Russa de 1917, e que hoje é luta de muitos no cenário político tanto nacional quanto internacional.

O tema da igualdade pode ser estudado sob os mais diversos aspectos e, por si só, seria capaz de dar origem a volumosos trabalhos, sem que se esgotasse todo o seu significado e alcance. Nosso objetivo, contudo, é a análise do princípio da igualdade, tal como ele se coloca hoje, e portanto não nos deteremos numa retrospectiva histórico-filosófica do entendimento da igualdade até a sua positivação.

* Advogada, ex-aluna da PUC-Rio e da Escola de Magistratura Trabalhista do Rio de Janeiro

É interessante notar que raros autores que tratam do tema da igualdade de aventuram a conceituá-la, dando-lhe uma definição estanque. De fato, nos parece improdutivo cercear um valor tão complexo e com múltiplas possibilidades como a igualdade nas amarras das definições.

José Afonso da Silva¹ menciona três correntes que buscaram conceituar a igualdade.

Para os *nominalistas*, a desigualdade é uma característica universal insuscetível de modificação; os homens nascem desiguais e assim permanecem. A igualdade, por conseguinte, não passaria de um *nome*, sem significado real.

Já os *idealistas* pregam um igualitarismo absoluto entre as pessoas, estando este entendimento vinculado à noção de estado de natureza, no qual todos seriam absolutamente iguais.

Por fim, temos os *realistas*, que reconhecem a desigualdade entre os homens, mas afirmam que estas diferenças são fenomênicas, ligadas a fatores sociais, políticos etc. Isto porque, em essência, todos os homens seriam iguais, tanto que pertencem à mesma espécie.

Independentemente destas questões, de cunho eminentemente filosófico, hoje se reconhece a igualdade como um valor fundamental da democracia, por abolir os privilégios, discriminações e desequiparações injustificadas. Um regime que consagrasse a liberdade, mas não a igualdade, daria ensejo a inúmeros disparates sociais e, nesse sentido, é importante que a exaltação da liberdade não acabe por obscurecer a igualdade, como, por vezes, tem ocorrido. Estas noções devem caminhar juntas, sob pena de, consagrando-se a liberdade sem igualdade, promover-se a injustiça social² e, em contrapartida, valorizando-se a igualdade em detrimento da liberdade, termos o autoritarismo.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª edição, São Paulo, 1990, p. 189.

² CANOTILHO ressalta que na idéia de justiça está sempre presente a noção de igualdade: “direito a ser considerado como um igual” (RAWLS), “direito a ser titular de igual respeito e consideração” (DWORKIN), “direito a iguais atribuições na comunicação política” (HABERMAS) in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, 3ª edição, Coimbra, 1999, p. 241.

BOBBIO pontua que o conceito de igualdade mal se distingue do conceito de justiça, afirmando que tanto é assim que “a expressão liberdade e justiça é frequentemente utilizada como equivalente da expressão liberdade e igualdade”. Contudo, o autor diferencia estes dois valores ao dizer que “enquanto a justiça é um ideal, a igualdade é um fato” in *Igualdade e Liberdade*, Ed. Ediuoro, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1997, p. 14.

"A liberdade real depende da inexistência de obstáculos ao seu exercício e a condição básica para que ela se efetive é a igualdade".³

Bobbio chega a afirmar que a democraticidade de um regime se mede pela maior ou menor liberdade de que desfrutaram os indivíduos e pelo grau de igualdade que existe entre eles.⁴ É, portanto, importante correlacionar estes dois valores, para que haja uma sociedade efetivamente democrática.⁵

A liberdade é uma qualidade individual, ou seja, é livre a pessoa que possui liberdade (física ou de consciência) relativa a determinado aspecto. Por sua vez, a igualdade pressupõe uma relação formal: uma pessoa é igual a alguém, em determinado ponto. Assim, a liberdade é considerada um bem para um indivíduo ou ente coletivo (grupo, Estado...), ao passo que a igualdade é um bem para os componentes singulares de uma totalidade, na medida em que estes tenham alguma relação entre si. A proposição *Fulano é livre* guarda coerência lógica, já a proposição *Fulano é igual* carece de sentido⁶. Afinal, igual a quem?

Transpassando estes conceitos para o tema em estudo, qual seja, o princípio da igualdade entre os sexos na relação de trabalho, a igualdade será um bem para as obreiras quando haja homens em situação análoga a delas, de modo a que se possa relacionar os dois gêneros. Assim, não faz sentido propor a igualdade de tratamento entre homens e mulheres relativamente a um ofício que só possa ser exercido por homens. Contudo, pode-se propor que uma profissão tradicionalmente ocupada por homens, como a de bombeiro, possa ser também exercida por mulheres, por medida de igualdade, quando se inferir que a exclusão das mulheres não for por um motivo razoável.

Ressalte-se, entretanto, que ao estabelecer-se que a mulher é igual

³ STAMATO, Dione Prado. "A liberdade e a mulher" in Anais da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Manaus, 1980, p. 338.

⁴ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 8.

⁵ No dizer de José Afonso da Silva "democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente pelo povo e em proveito do povo." (op. cit. p.112).

⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 12. Faz este autor a ressalva de que a proposição "Todos os homens são iguais" é dotada de sentido, porque, neste caso, o atributo da igualdade não se refere a uma qualidade do homem enquanto tal, mas à relação entre os homens dentro da categoria "humanidade".

ao homem em determinada questão, está-se utilizando o modelo masculino como ponto de partida. Note-se: a mulher terá, por aquele raciocínio, alcançado o bem igualdade, quando obtivesse tratamento isonômico ao conferido aos homens, no âmbito da relação de trabalho. Ora, neste caso, a neutralidade de gênero adviria de um padrão masculino...

Para Aristóteles, em célebre assertiva, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida e proporção de sua desigualdade. Para Canotilho⁷, através desta fórmula, conseguiu-se extrair como resultado satisfatório a proibição do arbítrio, de forma a que não se pudesse regular diferentemente situações de fato iguais ou igualmente situações de fato desiguais. Não obstante reconheçamos o avanço que representou a afirmação aristotélica, por reconhecer que os desiguais merecem tratamento diferenciado, permanece a indagação: quem são os iguais e quem são os desiguais? Neste ponto, voltamos ao que foi dito antes: a verificação da igualdade é um conceito relacional. Mas qual o critério a ser utilizado para distinguir-se pessoas e situações?

Antes de abordarmos o tema das classificações normativas e da validade das discriminações previstas em lei, é preciso se cogitar da origem das desigualdades, tema no qual a bibliografia é bastante escassa. Em verdade, reconhecendo-se que a desigualdade é uma realidade, preocupam-se mais os autores em estudar meios de minimizá-la do que em qual teria sido sua origem, aspecto que envolve questões de ordem filosófica, científica e até, para alguns, religiosas.

Em seu *Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, Jean-Jacques Rousseau teorizou sobre esta questão. Afirma Rousseau:

"Concebo na espécie humana duas formas de desigualdade: uma que chamarei natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e que consiste na diferença de idades, de saúde, de força corporal e de qualidades do espírito ou da alma, outra que se pode chamar desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e porque é estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios de que

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Ed. Coimbra, Reimpressão, Coimbra, 1994, p. 382.

gozam alguns em prejuizo dos outros, como o ser-se mais rico, mais honrado, mais poderoso que os outros, ou mesmo o fazer-se obedecer por eles".⁸

Da leitura da mencionada obra, se depreende que, para Rousseau, as desigualdades políticas teriam tido sua origem no surgimento da sociedade e das leis que "puseram novos entraves ao fraco e deram novas forças ao rico, destruíram irremediavelmente a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade (...)".⁹

Assim, no estado de natureza só haveria a desigualdade natural, e a desigualdade política teria surgido juntamente com a propriedade, a lei e o governo. Ressalva, contudo, que esta última, não obstante autorizada pelo direito positivo, é contrária ao direito natural, todas as vezes em que não aparecesse na mesma proporção da desigualdade física. Vemos, nesta assertiva que condiciona a desigualdade política à desigualdade natural, um critério para as diferenciações normativas, assunto do qual nos ocuparemos por ora.

As leis discriminam situações para regulá-las, e cabe ao intérprete analisar se esta discriminação normativa atende ao princípio da igualdade, ou seja, se o critério utilizado pelo legislador é tolerável. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta três questões para o reconhecimento das diferenciações que não ofendem à isonomia:¹⁰

"a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;

b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;

c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados".

Pela primeira questão, se entende que a lei não pode estabelecer um critério diferencial tão específico que só atingisse um indivíduo, visto

⁸ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, Publicações Europa-América, edição nº 40.640/2213, Mem Martins, Portugal, 1976.

⁹ *Idem*, p. 67.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 23.

que isto significaria a imposição de um gravame ou um benefício particular, o que, logicamente, agrediria o princípio da igualdade¹¹. Além deste aspecto, a lei, para ser isonômica, não pode discriminar pessoas ou situações mediante traço diferencial que não resida nelas, ou seja, não pode eleger um fator neutro para promover esta diferenciação.

Na segunda alínea, temos que é violada a igualdade quando o fator diferencial não guardar pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta e que vem consagrada na lei. Seria o exemplo de se estabelecer que mulheres não poderiam mais exercer a advocacia: qual a relação entre o traço distintivo - o sexo - e o exercício da advocacia? Ainda podemos citar como exemplo a norma que até a edição da Lei nº 7.855/89 vigorava: a da proibição do trabalho noturno da mulher. Ora, esta norma encerra uma discriminação injustificada, já que o fator gênero "mulher" não parece guardar nexos com a proibição de trabalho noturno.

A terceira questão trazida significa que não basta estabelecer-se uma ligação lógica entre a diferença e o tratamento diferenciado. É preciso que as situações legais de diferenciação mostrem-se compatíveis com os interesses acolhidos constitucionalmente.

No tocante ao tema em apreço, qual seja, o princípio da igualdade entre os sexos, reconhecemos que homens e mulheres diferem em diversos aspectos, e que estas diferenças têm sido apontadas como elemento para promover-se a classificação normativa de sorte a conferir às mulheres tratamento jurídico distinto. Contudo, essa discriminação normativa, em nosso entender, somente seria aceitável, e mesmo constitucional, quando justificáveis os motivos a orientam. Neste sentido, diferenciações decorrentes de fatores biológicos ou físicos (como as relativas à maternidade ou ao limite de levantamento de peso) são perfeitamente plausíveis para estabelecer-se normas diferentes entre os sexos, bem como as que visem tornar efetiva a igualdade formal consagrada constitucionalmente, através de mecanismos como a ação afirmativa, de que nos ocuparemos mais adiante. Desta forma, a classificação normativa que não esteja calcada em critérios razoáveis, mas apenas sirvam para fortalecer os estereótipos sócio-culturais femininos e masculinos, devem ser rechaçadas. Modernamente,

¹¹ Ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 25), que não haveria agravos à isonomia se a lei atingisse um sujeito indeterminado e indeterminável no presente. Cita como exemplo a seguinte norma hipotética: "Será concedido benefício tal ao primeiro que inventar um motor cujo combustível seja a água".

trabalham os autores com as idéias de igualdade formal e igualdade material, noção ainda não desenvolvida à época de Rousseau, quando o seu maior mérito foi o de propor a igualdade jurídica, entendida aí como a igualdade perante a lei.

A igualdade formal seria aquela que determina que a lei deve tratar a todos de modo igual, vedando, portanto, tratamento desigual para os iguais. Foi consagrada pela Revolução Francesa, no contexto de reação contra os privilégios pessoais e a severa estratificação social, tendo sido pela primeira vez positivada, a nível constitucional, na Constituição Francesa de 1791, que repetiu os termos do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "*Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*".

No dizer de Siqueira Castro:¹²

"(...) a regra de que todos são iguais perante a lei, ou de que todos merecem a mesma proteção da lei, entre outros enunciados expressivos da isonomia puramente formal e jurídica, traduz, em sua origem mais genuína, a exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se crie tratamento legislativo diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato."

Bobbio¹³ desenvolve a idéia de que o enunciado da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, se referiu a uma igualdade nos direitos, que teria um âmbito mais amplo do que a igualdade perante a lei, entendida aí como aquela que exclui qualquer discriminação não justificada. Abrangeria, ainda, a igualdade jurídica, que por sua vez, significaria a possibilidade de todos os membros de uma determinada sociedade serem sujeitos de direito, isto é, dotados de personalidade jurídica. Afirma o autor italiano que, se esta igualdade perante a lei surgiu tendo como "alvo polêmico" a sociedade de estamentos, a igualdade jurídica tem como "alvo polêmico" a sociedade escravista, na qual nem todos os membros têm personalidade jurídica.

Não obstante esta leitura ampliativa de Bobbio acerca da igualdade

¹² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 36.

¹³ BOBBIO, Norberto. Op. cit, p. 30.

formal, certo é que os autores têm apontado a igualdade formal como aquela que não admite diferenciações jurídicas, de modo a que a lei atinja a todos igualmente.

Percebemos que a idéia de igualdade formal afiniza-se com os ideais liberais, dentro de uma concepção burguesa da igualdade, significando a igualdade política, mas produzindo enormes desigualdades socio-econômicas. Não nos olvidemos que a Revolução Francesa foi, antes de mais nada, uma revolução articulada pela burguesia, que detinha o poder econômico, mas ansiava pelo poder político. Nesse sentido, a igualdade consagrada nesta época, e repetida até hoje na maior parte das Constituições, desprezou a questão da igualdade substancial ou material, entendida como aquela que resulta em um real acesso de todos os homens aos bens da sociedade, proporcionando a igualdade de fato e reduzindo, por via de consequência, as desigualdades sociais.

Não se está desprezando o avanço representado pela posituação da igualdade formal, abolidora dos privilégios pessoais. Contudo, é preciso pontuar que a igualdade formal não foi capaz de produzir uma igualdade de fato entre os cidadãos, por não se preocupar em corrigir as distorções sociais e econômicas, traduzindo-se, tão somente, em uma igualdade jurídica.

*"(...) o princípio isonômico oriundo do liberalismo jamais foi impeditivo de toda ordem de classificações e discriminações legislativas (...) requerendo apenas (o que é muito pouco) o igual tratamento jurídico para todos ou, pelo menos, para todos quanto estejam na mesma situação fática. Tal se deve, porquanto, resultando a regra igualitária da explosão de liberdade vivida pela sociedade política na virada do século XVIII, sua noção nasceu individualista, ao invés de coletivista, nada aduzindo, por isso, no tocante à distribuição da riqueza e dos meios de sobrevivência no organismo social."*¹⁴ (grifo nosso).

A partir da crítica à igualdade formal, surge a idéia de igualdade material, ou como alguns preferem denominar, igualdade substancial.

Consiste a igualdade material, como apontado *supra*, na oportunidade conferida a todos os membros da sociedade de acesso aos bens produzidos, de forma a que, efetivamente, haja uma igualdade econômica

¹⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. cit, p. 36.

com relação a estes bens materiais. Portanto, uma sociedade será mais ou menos igualitária na medida em que ocorra uma melhor distribuição dos bens relevantes, e nesse sentido, o critério escolhido para a distribuição da riqueza é fundamental.

Pode-se afirmar que a igualdade material plena é uma utopia, no sentido de que não se verificou na história das sociedades humanas (talvez tenhamos como exceção algumas comunidades indígenas). Os modelos políticos e econômicos, a ambição humana, a pluralidade de interesses, dentre outros fatores, fizeram com que essa igualdade não se tornasse realidade.

Afirmam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva¹⁵:

"(...) no campo político-ideológico, a manifestação mais acendrada deste tipo de igualdade foi traduzida no ideário comunista, que procura ainda tradução na realidade empírica, na vida das chamadas democracias populares. Ainda aqui, entretanto, a procura da igualdade material não foi de molde a eliminar as efetivas desigualdades existentes na vida das sociedades sujeitas a tal regime".

Partindo-se do pressuposto de que a igualdade substancial decorreria de uma distribuição igualitária da riqueza, coloca-se a seguinte questão: qual o critério a ser adotado nessa distribuição? Ora, evidente que este critério deva ser justo, sob pena de termos o arbítrio no lugar da igualdade.

Bobbio¹⁶ aponta o critério da igualdade de oportunidades, que seria a aplicação da regra de justiça às situações, de modo que, na competição por um objetivo único, as pessoas tivessem o mesmo ponto de partida, sem distinção de religião, sexo, raça etc. Desta forma, o princípio da igualdade de oportunidades teria por escopo colocar todos os membros da sociedade em condições equivalentes de luta pela conquista dos bens.

Será que homens e mulheres, no âmbito da relação de trabalho, possuem igualdade de oportunidade? Se levarmos em conta que, usualmente, as mulheres recebem salários inferiores aos dos homens por trabalhos que se equiparam, o ponto de partida para a obtenção de

¹⁵ *In Comentários à Constituição do Brasil do Brasil*, vol. 2, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989 apud SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio da Igualdade: realidade ou ficção?*, dissertação de mestrado em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1999.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 30.

bens materiais é diferente... Contudo, esta é somente a conseqüência de outras tantas desigualdades de oportunidades que se verificam entre homens e mulheres, desde a discriminação no momento de uma entrevista para um emprego, até o fato de que os cargos hierarquicamente superiores e de mando ainda são vistos, no ideário coletivo, como "trabalho para homem".

Canotilho também desenvolve a idéia da igualdade de oportunidades, não mais como um critério para a verificação da igualdade material, mas como um princípio autônomo:

*"Independentemente do problema da distinção entre 'igualdade fática' e 'igualdade jurídica' e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (...) o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (Equality of opportunity) e de condições reais de vida."*¹⁷

Para Canotilho, esta igualdade relaciona-se com uma política de "justiça social" (consistente na concretização das imposições constitucionais relativas à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais) e com a idéia de igual dignidade social e dignidade da pessoa humana.¹⁸ Desta forma, a igualdade não significaria apenas um fundamento contra as discriminações, mas também um princípio "jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)".¹⁹

Além da distinção entre igualdade material e igualdade formal, diferencia-se a igualdade perante a lei da igualdade na lei, isto dentro da vertente da igualdade formal.

Por igualdade perante a lei, entende-se a correta aplicação da norma aos casos concretos, independentemente de seu conteúdo. Desta forma, a igualdade perante a lei tem por destinatário o aplicador da lei.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 402.

¹⁸ Para Canotillo, a dignidade humana significa: o indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto individual; o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República e a idéia da comunidade constitucional pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico. (*Idem*, p. 221).

¹⁹ *Idem*, p. 403.

Hans Kelsen assim pronunciou-se sobre a questão:²⁰

“Colocar (o problema) da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral (...).”

Portanto, se a igualdade perante a lei é entendida como aquela que visa, tão somente, a aplicação exata da lei ao fato, dentro de uma concepção legalista do direito, nota-se que não há uma preocupação com o conteúdo da norma. Nesse sentido, mesmo que a lei tenha cunho discriminatório, deveria ser aplicada pelo juiz ou administrador, sob pena de violação ao princípio da igualdade perante a lei.

Entretanto, a igualdade perante a lei, expressão máxima da igualdade formal, não se constituirá em uma garantia para os cidadãos contra o arbítrio se não for acompanhada de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo desta.

Já a igualdade na lei, por sua vez, significa que a norma deve atentar para a fixação de critérios igualitários, daí dizer-se que é este princípio dirigido ao legislador. Já vimos que legislar implica, necessariamente, em classificar, e nesta tarefa deve o legislador respeitar o princípio isonômico.²¹

Canotilho chama a igualdade na lei de *igualdade através da lei* e afirma que tanto a igualdade perante a lei quanto a igualdade através da lei são controláveis apenas no momento da criação do direito, por serem mecanismos de controle do arbítrio legislativo. Assim, estaria-se desprezando o que o constitucionalista português chama de *“função social da igualdade”*, chegando a afirmar que *“a igualdade da lei, executada ou completada pela igual aplicação da lei, revela-se mais apropriada para conservar juridicamente as desigualdades fáticas do que para as alterar”*.²² Isto porque, nem uma nem outra, seriam capazes de conferir a *“igualdade*

²⁰ *In Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, Dalloz, Paris, 1962, p. 190 apud Bandeira de Mello, op. cit, p. 10.

²¹ *Supra*, apontamos as questões trazidas por Bandeira de Mello para a verificação se o princípio da igualdade foi observado pelo legislador.

²² *In Constituição Dirigente*, p. 382.

de oportunidades”, que pressupõe a eliminação das desigualdades de fato. Daí o sentido do princípio da igualdade social, desenvolvido por Canotilho, como aquele que tem por função reconhecer a certas pessoas, *“sob pressupostos ainda a determinar”*, uma pretensão contra o Estado de extinção das desigualdades fáticas, coadunando-se; por conseguinte, com a igualdade de oportunidades.

No Mandado de Injunção nº 58-DF, o Supremo Tribunal Federal assim pronunciou-se sobre a distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei, *verbis*:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua própria função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade, puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.” (grifo nosso)

Feito o estudo do princípio da igualdade e de seu alcance, segundo suas diversas acepções, passemos à análise de como a igualdade se estruturou na Constituição da República de 1988.

II - A igualdade na Constituição da República de 1988

Neste sub-item, intentamos demonstrar que a igualdade aparece como sustentáculo do Estado Democrático de Direito e que a Constituição de 1988 consagrou em seu texto não somente a igualdade formal, como também a igualdade material.

O termo *“igualdade”* aparece logo no preâmbulo da Constituição:

"(...) instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)" (grifo nosso)

Conforme aponta Carmen Lúcia da Rocha²³, percebe-se pela leitura do preâmbulo que não se pretendeu apenas coibir toda sorte de desigualdades, mas primordialmente instituir²⁴ o modelo democrático, para se assegurar, dentre outros, o direito à igualdade, que aparece aí como *"valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido"*.

Nesse sentido, a democracia aparece como pressuposto para o exercício da igualdade - noção esta já desenvolvida no tópico anterior - e a igualdade, por sua vez, como alicerce de todo o sistema normativo constitucional. Em outras palavras: apenas o Estado Democrático garante o exercício da igualdade e esta deve embasar e permear todo o texto constitucional. Afirma Carmen Lúcia que o princípio da igualdade:²⁵

"É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual dá a servir: o da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição da República)".

Assim, a igualdade já se infere do artigo 3º da Constituição, que elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mais especificamente dos seguintes incisos:

*"I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...)"*

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

²³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica* in Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996, p. 91.

²⁴ Interessante perceber que, ao dizer-se que a Assembléia Constituinte pretendeu instituir o Estado Democrático através da Constituição, reconhecia-se que, antes da promulgação desta, não vivia o Brasil uma democracia.

²⁵ Op. cit, p. 91.

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (grifo nosso)

Ora, esses objetivos só são alcançáveis a partir da eliminação das desigualdades fáticas e de todas as formas de discriminação.

O artigo 5º da Carta Constitucional, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos traz, logo em seu *caput* e seu inciso primeiro, a consagração do princípio da igualdade. Vale transcrevê-los:

"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:

A Constituição da República de 1988 previu, neste dispositivo, tanto a igualdade formal quanto a material. Com a expressão *"todos são iguais perante a lei"* repete a Carta Constitucional o mote da igualdade formal, consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Contudo, tem-se apontado que, pelo fato de o dispositivo constitucional reiterar a igualdade, na qualidade de uma garantia, estaria-se aí a falar no seu aspecto material. Isto porque, em uma interpretação que prezasse pela otimização do texto constitucional, o constituinte não mencionaria duas vezes a igualdade caso não pretendesse referir-se a dois princípios constitucionais diversos.²⁶

Nesse sentido, o constituinte da mesma forma que quis vedar o tratamento desigual, ao estabelecer a igualdade perante a lei, estabeleceu que ao Estado cabe garantir a inviolabilidade do direito à igualdade; e neste mister cabem as diferenciações normativas, as ações afirmativas e todo o instrumental para proporcionar uma equivalência real entre os indivíduos desiguais de fato.

Nas Constituições anteriores a igualdade constava de um dos incisos que tratavam dos direitos fundamentais. Agora, na nova Carta Constitucional, a igualdade está consagrada logo no *caput* do artigo que trata dos direitos e garantias individuais e coletivas, tanto em seu aspecto

²⁶ MELO, Carolina de Campos. *Ação Afirmativa*, monografia para bacharelado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1998.

formal quanto material, ganhando relevância dentro da sistemática do texto constitucional. Neste particular, salienta Carmen Lúcia que, transformado o princípio da igualdade em sua dicção e alocação no corpo da nova Constituição, não se pode pensar que o seu conteúdo se manteve o mesmo, concluindo a autora que houve “*uma preocupação maior do que a mera estática antes vislumbrada e assegurada*”.²⁷

No inciso I do mencionado artigo 5º da CRFB, temos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Essa igualdade entre os sexos propalada pela Lei Maior reflete-se em diversos outros dispositivos constitucionais, que tivemos a oportunidade de mencionar no sub-item 1.4. Contudo, por estarmos tratando mais especificamente neste trabalho da igualdade entre os sexos na relação de trabalho, entendemos oportuna a transcrição de dois incisos do artigo 7º, o qual trata dos direitos sociais:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

(...)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”

Portanto, percebemos a importância dada pela Constituição de 1988 ao princípio da igualdade, estruturante de todo o edifício normativo constitucional, bem assim a mudança em sua concepção. O princípio da igualdade, antes positivado apenas sob seu aspecto formal, enquanto proibição de tratamentos discriminatórios, passou a conviver, no texto constitucional, com a igualdade material, ao determinar-se para o Estado uma obrigação positiva de garantia da inviolabilidade da igualdade.

²⁷ Op. cit, p. 94.

III – Ação afirmativa²⁸

Iniciamos o tópico com uma frase de Rousseau, extraída de sua obra *Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*:

*“Se um gigante e um anão caminham lado a lado, cada passo que derem dará nova vantagem ao gigante”*²⁹.

Na época em que foi escrita esta assertiva, ainda não havia sido sequer desenvolvida a noção de igualdade material, quanto mais a de ação afirmativa, que, como veremos, apresenta-se como uma forma de efetivação daquela. Contudo, esta frase retrata perfeitamente o que ocorre

²⁸ Ao estudar-se a ação afirmativa, percebe-se o quanto o seu desenvolvimento teórico está ligado à questão racial, problemática muito presente na realidade social norte-americana. Isto porque a Suprema Corte Americana exerceu um importante papel relativamente ao tema dos direitos humanos, especialmente no tocante ao princípio da igualdade, tendo sido esta Corte responsável pelo impulso dado à idéia da ação afirmativa, a partir de casos concretos levados a sua apreciação.

Nesse sentido, há dois casos freqüentemente citados pela doutrina que trata do assunto e a partir dos quais DWORKIN, um dos principais filósofos contemporâneos, desenvolveu sua argumentação em favor da “*affirmative action*”.

No primeiro deles, datado de 1945, um negro chamado Sweatt tentou concorrer à Faculdade de Direito do Texas, mas frustraram-lhe a intenção pois naquele tempo a referida faculdade só aceitava brancos. Recorreu à Suprema Corte, que deferiu seu pedido argumentando que a atitude da faculdade violava a 14ª emenda à Constituição, cujo teor dispunha que nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção de suas leis.

Em 1971, um judeu de nome DeFunis concorreu ao curso de direito na Universidade de Washington. Se fosse integrante de alguma minoria racial, teria sido aprovado, pois a universidade adotava um critério mais benéfico para aquelas; contudo, foi reprovado, e invocou a 14ª emenda em seu favor. A Corte Suprema omitiu seu parecer, depois que a faculdade decidiu aceitar DeFunis em virtude da decisão de uma Corte inferior.

Ambos os casos geraram amplo debate nacional e dividiram opiniões. Dworkin conclui que o critério raça pode ser adequado para determinar o ingresso em uma universidade e que De Funis não tem o direito a que o Estado lhe garanta uma vaga na Faculdade de Direito ou a que o critério “*inteligência*” seja elegido como o melhor (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ed. Ariel Derecho, 2ª reimpressão, Barcelona, 1995, p. 330/331).

Citamos os casos acima apenas a título ilustrativo, para que o leitor possa situar-se em que contexto nasce o debate acerca da necessidade e da legalidade da instituição da ação afirmativa, bem como ter notícia da relevante atuação da Suprema Corte Americana relativamente ao assunto. Contudo, não nos deteremos nessa discussão, que foge ao objeto do presente trabalho. Desta forma, concentraremos esforços no estudo da “*ação afirmativa de gênero*”, ou seja, ligada à questão da mulher e, mais especificamente ainda, no que diz respeito ao mercado de trabalho e à representação política feminina.

²⁹ Op. cit, p. 51.

quando o Estado preocupa-se tão somente em assegurar a igualdade formal e, por via de consequência, em punir as discriminações.³⁰

A igualdade formal há pouco mais de dois séculos está positivada. Entretanto, percebe-se que esta não foi suficiente para assegurar uma igualdade de fato³¹, permanecendo grandes contingentes de pessoas à margem das instâncias decisórias, da participação política, dos postos de trabalho melhor remunerados, não lhes sendo conferida igual oportunidade de acesso aos bens materiais e igual expressão no cenário político e cultural. Como bem salienta Carmen Lúcia Antunes Rocha “do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco”.³²

Desta forma, negligenciou-se o aspecto dinâmico de que pode revestir-se o princípio da igualdade, rumo à igualdade material, que consiste em uma atuação positiva do Estado promotora da igualdade de fato.

Particularmente, defendemos que é a igualdade de oportunidades, tal como apontado por Bobbio³³, o melhor critério para a distribuição equitativa dos bens materiais, dentro da concepção de igualdade material. Assim, a partir da constatação de que a certos grupos não são dadas as mesmas oportunidades sociais, econômicas e políticas, acarretando uma desvantagem destes grupos na competição capitalista, é que pretendemos desenvolver a idéia da ação afirmativa. Em outras palavras: reconhecendo-se que alguns grupos, por motivos históricos e culturais que levam a sua discriminação social, acabam por não ter igual oportunidade de condições de competir com o grupo do “homem médio branco” na conquista por bens da vida, exsurge a ação afirmativa como proposta de mudança deste quadro de exclusão.

³⁰ Já que constantemente falaremos em discriminação no presente sub-item, entendemos importante conceituá-la. A discriminação é fruto do preconceito (é uma atitude, um fenômeno intergrupar, dirigido a pessoas ou grupos de pessoas, implicando predisposição negativa) e será sempre motivada por interesses em manter privilégios. Poderá ser provocada por indivíduos ou instituições e levará a que características como raça ou gênero sejam vistas como capazes de definir as qualidades de uma pessoa.

Será *direta* quando adotar disposições gerais que estabelecem distinções fundamentadas em critérios proibidos, sendo de fácil caracterização quando, por exemplo, proíbe-se a entrada de uma pessoa em um clube por ser negra. Por sua vez, será *indireta* quando relacionada com situações, regulamentações ou práticas aparentemente neutras, mas que, na realidade, criam desigualdades em relação a pessoas que têm as mesmas características. (Gugel, Maria Aparecida. “Discriminação nas relações de trabalho” in Revista de Direito do Trabalho Gênese, nº 79, Ed. Genesis, Curitiba, julho/1999, p. 34).

³¹ Questão esta já desenvolvida no sub-item 2.1, *supra*.

³² Op. cit., p. 86.

³³ Op. cit., p. 30.

Dentro deste contexto, a ação afirmativa³⁴ pode ser definida como:

“Um conjunto de medidas legais, modo de vida e políticas sociais que pretendem aliviar os tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais. Um esforço voluntário ou obrigatório, imposto pelo governo federal, estadual e municipal; instituições públicas e privadas, escolas para combater a discriminação e para promover a igualdade de oportunidades na educação e no acesso ao emprego”.³⁵

Podemos entender que representa a ação afirmativa uma “quarta onda” relativamente a regulamentação dos direitos trabalhistas das mulheres.³⁶

Como já abordado no primeiro capítulo desta trabalho, “a primeira onda” teria sido a falta de regulamentação específica para o trabalho feminino, por época da Revolução Industrial, levando à exploração de mulheres e crianças.

A segunda consubstanciou-se numa legislação que, alegando a proteção à mulher trabalhadora, consistiu em normas de cunho paternalista e discriminatório, que terminaram por excluir as mulheres de determinados setores da atividade produtiva e por reforçar o estereótipo da fragilidade feminina.

A terceira onda correspondeu à libertação da mulher dos grilhões do casamento, através do rompimento da indissolubilidade da união conjugal e da aquisição da plena capacidade civil, possibilitando que a esposa não

³⁴ O termo ação afirmativa foi usado pela primeira vez por um oficial afro-americano na administração Kennedy, Hobart Taylor, para descrever a Comissão de Práticas de Emprego Justas (Fair Employment Practices Commission), que possibilitava a uma pessoa discriminada em razão de sua raça reclamar junto à Comissão. O primeiro critério de definição de ação afirmativa ocorreu, sob a administração Nixon, na orientação a empregadores, situados em áreas demográficas estratégicas, de ofertar empregos a pessoas qualificadas pertencentes a diferentes grupos raciais. A Suprema Corte referendou o plano e em 1974 foi assinada ordem executiva colocando também a mulher sob a proteção da Lei de 1964 (Lei dos Direitos Civis). A ação afirmativa americana não está fundada em cotas rígidas para que os empregadores contratem através de porcentagens fixas membros de grupos específicos, independentemente de qualificações, mas em objetivos contratuais flexíveis o que, para alguns, impediu uma maior efetividade destes programas.

³⁵ GUGEL, Maria Aparecida. Op.cit, p. 35.

³⁶ BESTER, Gisela Maria. “Globalização e previsão de ações afirmativas para a proteção do trabalho das mulheres nas Constituições dos países integrantes do Mercosul” in Revista ST 114, dezembro/1998, p. 149.

tivesse mais necessidade da permissão marital para trabalhar fora do lar.

E, finalmente, vivemos a quarta onda, que ainda está em desenvolvimento, e significa a tendência do reconhecimento da insuficiência da igualdade formal e da necessidade de mecanismos, como as ações afirmativas, que tornem concreta a igualdade jurídica entre homens e mulheres. Desta forma, frisamos, a ação afirmativa implica em passar-se de uma postura que encare a igualdade como uma obrigação de não fazer (não discriminar) para um dever de o Estado agir positivamente com vistas à efetividade do princípio da igualdade.

Certo é que a interpretação literal do art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, ao prescrever que "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*", poderia fazer supor a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo que estabelecesse ações afirmativas de gênero, ou seja, vantagens competitivas para as mulheres. No entanto, se as mulheres são possuidoras da igualdade jurídica, não a possuem de fato e, por conseguinte, necessitam de incentivos e proteções legais de caráter temporário.³⁷ Ademais, a própria Constituição estabelece discriminações inversas ao preservar, por exemplo, vagas para deficientes (art. 37, inciso VIII) e este dispositivo não teve sua constitucionalidade questionada face ao art. 5º, *caput*, do Texto Constitucional, que estabelece que "*todos são iguais perante a lei*". E, por fim, onde residiria a inconstitucionalidade de uma lei que visasse à proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, se a própria Constituição Federal a prevê no art. 7º, inciso XX?

Portanto, falacioso o argumento de que a ação afirmativa de gênero é inconstitucional por violação ao artigo 5º, inciso I, da Carta Constitucional.

Poderia haver, ainda, quem argumentasse que a *affirmative action*, historicamente ligada à defesa das minorias, não se coaduna com a problemática da mulher, já que o contingente feminino representa, aproximadamente, metade da humanidade e, portanto, não se poderia falar em minoria. Contudo, conforme esclarece Carmen Lúcia Rocha³⁸:

"Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de

³⁷ *Idem*, p. 148.

³⁸ *Op. cit.*, p. 87.

qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder. Na verdade, minoria no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime de representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (...), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o número menor de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito, etc) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira".

Ressalte-se que a ação afirmativa pode atender a diversos modelos de atuação estatal. Assim, podemos tanto ter normas que proíbam condutas discriminatórias (como a Lei nº 9.029/95) e impliquem na criação de mecanismos para que as vítimas possam apelar e obter reparações, quanto políticas que abordam o fenômeno em termos mais amplos, a partir do reconhecimento de que a discriminação se produz num complexo sistema de relações e possui múltiplas manifestações. Esta última abordagem leva em conta a segregação no mercado de trabalho e pode considerar a adoção do regime de cotas³⁹, bem como outras medidas com o fito de remediar os efeitos de discriminações no passado contra um determinado grupo. Importante salientar que tais medidas não se tratam de paternalismo, mas de conferir oportunidades às mulheres de alcançar melhores colocações no mercado de trabalho. Daí porque defendemos que a ação afirmativa de gênero deva ter caráter temporário, até que o preconceito tão arraigado em nossa sociedade ceda lugar a uma visão mais igualitária entre os sexos, quando então,

³⁹ Sucintamente, consiste o regime de cotas na reserva de um determinado número ou percentual de vagas, para uma minoria, relativamente a um determinado objeto de disputa. Assim, por exemplo, a reserva de "x%" das vagas de uma universidade para negros.

naturalmente, as mulheres ganharão maior destaque social. Nesse sentido, sendo a ação afirmativa um mecanismo excepcional de promoção da igualdade de fato, não pode ter caráter permanente, sob pena de desfigurar-se o seu objetivo e o Estado colocar-se como administrador vitalício de interesses de determinados grupos.

Interessante perceber que a ação afirmativa traz uma nova visão do pensamento secular de que consiste a igualdade em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais⁴⁰. Isto porque esta máxima leva em consideração apenas o momento presente, ou seja, constata-se a desigualdade e a partir daí surge o imperativo de conferir tratamento diferenciado às pessoas. Já através da ação afirmativa irá se atentar para a igualdade a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize não somente um instante da vida social desvinculado da realidade histórica de determinado grupo. E, nesse sentido, esta política de igualação proporciona uma reflexão a respeito dos preconceitos originados no passado e que continuam a produzir efeitos indesejáveis no presente.

Não poderíamos deixar de mencionar que, no Brasil, já temos a experiência da instituição das cotas para as mulheres parlamentares, como reconhecimento de que os direitos legais básicos da cidadania - de votar e ser votado - não foram suficientes para reverter a disparidade entre a representação parlamentar masculina e a feminina⁴¹.

⁴⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 90.

⁴¹ Embora as ações afirmativas e/ou cotas tenham passado a ocupar maior espaço no discurso feminista a partir do final da década passada, na Europa adota-se esta política desde os anos 70, notadamente entre os países nórdicos. Como consequência, Suécia, Noruega e Finlândia possuem, respectivamente, índices de 40,4%, 39,4% e 35,5% de mulheres no parlamento. Na França e na Itália a tentativa de estabelecer cotas na legislação eleitoral foi considerada inconstitucional, alegando-se violação ao princípio da igualdade de tratamento. Na Inglaterra, a partir de 1993, o Partido trabalhista estipulou, como meta a ser alcançada em três eleições, o preenchimento de 50% dos assentos em disputa por mulheres. Também nesse caso, a cota tem sido indicada como fator importante na elevação do número de mulheres eleitas no parlamento, que passou de 6% para 18% (resultado ainda insatisfatório). Contudo, essa medida também foi julgada inconstitucional pela Corte Inglesa. Apesar de as experiências de cotas mais citadas serem as europeias, diversos países fora deste continente também a adotam. Assim, Taiwan, desde 1953, reserva 10% das vagas do parlamento para mulheres. Na Índia, os governos locais também fazem uso das ações afirmativas. Na Nova Zelândia, vários partidos implementaram a cota e hoje as mulheres já correspondem a 29% do total de representantes. Medidas semelhantes foram tomadas no Zimbábue, na África do Sul e no Canadá. Na América Latina, Argentina, Peru, Bolívia e Equador adotam o sistema de cotas.

Apenas 7% dos integrantes da Câmara Federal são mulheres. Os índices nas Assembléias Legislativas são um pouco mais elevados, mas é nas Câmaras Municipais onde a presença feminina é maior: 11%. Saindo-se do âmbito da representação para a participação partidária, percebe-se que esta tem crescido, principalmente devido à iniciativa de alguns partidos políticos de estabelecer cotas nas direções nacionais. Contudo, ainda assim, as mulheres não ultrapassam a margem de 10% do total dos dirigentes, média ainda extremamente insatisfatória.⁴²

A Lei nº 9.100/95, que tratou das eleições municipais de 03 de outubro de 1996, estabeleceu, no seu artigo 11, d 3º, que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Nesta mesma esteira, sobreveio a nova Lei Eleitoral, de nº 9.504/97, estipulando, em seu artigo 10º, d 3º, que cada partido deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais.

É interessante perceber a mudança de foco do movimento feminista relativamente à questão da representação política. Até meados dos anos 80, as feministas, em sua maioria, centravam suas críticas à estrutura do estado capitalista e de seus mecanismos geradores de exclusão. Contudo, com a derrocada dos regimes socialistas do leste europeu, hoje poucos grupos buscam alternativas ao sistema capitalista e as reivindicações, dentro de uma visão mais pragmática, centram-se na inclusão de segmentos tradicionalmente excluídos das esferas de decisão. Este processo, que emerge privilegiando a afirmação do "eu" e de novas referências de identidades sociais, tem sido designado como um *novo pluralismo* ou como *multiculturalismo*.⁴³

Argumentos de natureza distinta são levantados em defesa do regime de cotas. Para alguns, a justificativa das cotas estaria no seu aspecto simbólico, pois estas impactariam o "imaginário feminino" e a idéia de prática política das mulheres. Outros falam na importância das cotas para a afirmação da identidade e dos interesses das mulheres como

⁴² Estes dados foram retirados do artigo "Mulheres e Representação Política: a experiência das cotas no Brasil" in Revista Estudos Feministas, nº1, vol. 6º, Ed. da UFRJ - Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, 1998, p. 82, da autoria de Clara Araújo.

⁴³ ARAÚJO, Clara. Op. cit., p. 73.

categoria e a justa representação política dos mesmos (esta justificativa está ligada à idéia de multiculturalismo apontada *supra*). Há ainda os que, deixando de lado estas elucubrações mais teóricas, apontam apenas os resultados políticos mais imediatos que as cotas poderiam trazer, como o aumento do número de candidaturas femininas e da confiança e familiaridade do eleitorado com relação às mulheres.

Seja qual for a justificativa, o fato é as ações afirmativas e as cotas, como forma de acesso das mulheres aos postos políticos vêm se generalizado e, indubitavelmente, a pressão e atuação das mulheres dentro dos próprios partidos políticos foi um fator decisivo para a implementação destes mecanismos.

Cumpra, por fim, ponderarmos que, se como consequência da política econômica adotada pelo Brasil nos últimos anos, temos o desemprego alcançando índices alarmantes e questões como a flexibilização das normas trabalhistas ameaçando direitos conquistados pelos trabalhadores, são as mulheres ainda mais atingidas por este quadro⁴⁴. E, nesse contexto, pode a ação afirmativa exercer importante papel de eliminação das desigualdades de gênero no mercado de trabalho, acentuadas pela chamada “política neoliberal”, que apregoa intervenção estatal mínima nas relações de trabalho.

⁴⁴ Tivemos oportunidade de verificar, no sub-item 1.2, que o desemprego atingiu mais as mulheres do que os homens, pois que, com a diminuição da oferta de emprego, diversos trabalhadores do sexo masculino migraram para atividades tradicionalmente ocupadas por mulheres, as quais, por via de consequência, perderam postos de trabalho.

Referências Bibliográficas:

- ARAÚJO, Clara. “Mulheres e Representação Política: a experiência das cotas no Brasil” in Revista Estudos Feministas, nº1, vol. 6º, Ed. da UFRJ – Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, 1998.
- BANDEIRA, Lourdes Maria. “Divisão Sexual do Trabalho” in Relações de Trabalho, Relações de Poder, Ed. da UnB, Brasília, 1997.
- BARROS, Alice Monteiro de. “Protecionismo legal e os efeitos no mercado de trabalho da mulher” in Boletim de Doutrina e Jurisprudência, nº3, Ed.do TRT-3ª Região, Belo Horizonte, jul-set/93.
- BARROS, Alice Monteiro de. “Isonomia Salarial” in Revista LTR, Ed. LTR, vol. 62, nº 06, junho de 1998.
- BESTER, Gisela Maria. “Globalização e previsão de ações afirmativas para a proteção do trabalho das mulheres nas Constituições dos países integrantes do Mercosul” in Revista ST 114, dezembro/1998
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, Ed. Ediouro, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Ed. Coimbra, Reimpressão, Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, 3ª edição, Coimbra, 1999.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- CAUBET, Yannick. “Questões acerca da ação afirmativa”, março/1998. <http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/jornal.html> (20.08.99)
- DINIZ, José Janguê Bezerra. “Igualdade jurídica entre homens e mulheres: realidade ou ficção?” in Revista Trabalho e Doutrina, nº 9, Ed. Saraiva, junho/1996.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (título original: *Taking Rights Seriously*, tradução de Marta Guastavino). Ed. Ariel Derecho, 2ª reimpressão, Barcelona, 1995.
- GUGEL, Maria Aparecida. “Discriminação nas relações de trabalho” in Revista de Direito do Trabalho Gênesis, nº 79, Ed. Gênesis, Curitiba, julho/1999.

- MELO, Carolina de Campos. *Ação Afirmativa*, monografia para bacharelado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Ed. Malheiros, 3ª edição, São Paulo, 1993.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica* in Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, Publicações Europa-América, edição nº 40.640/2213, Mem Martins, Portugal, 1976.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª edição, São Paulo, 1990.
- TABAK, Fanny. *O Papel da lei na Implementação de Novos Direitos Sociais*, CNPq, 1990.

Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivistista

Noel Struchiner *

A discussão sobre os chamados “*hard cases*” do direito, os “casos difíceis” ou “casos insólitos” que ocorrem no âmbito jurídico, surge a partir das investigações de Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Dworkin acerca da objetividade do direito, isto é, sobre a capacidade do direito de determinar uma única solução correta para cada caso que surge ou possa surgir sob a égide do seu domínio¹. Tal debate preserva ainda a mesma vivacidade da sua origem e permeia o circuito jusfilosófico de uma maneira fulminante. Objetivando atingir uma maior clareza intelectual acerca da noção de casos difíceis, o presente trabalho tem por escopo realizar uma análise desse conceito, investigar as principais causas responsáveis por sua existência e, finalmente, tecer algumas considerações a respeito das suas conseqüências para o direito e para a filosofia do direito, especialmente para o esclarecimento dos conceitos de lacuna e incompletude.

É importante salientar que a expressão “casos difíceis” tem sido usada com significados diferentes, abarcando situações diversas². Conseqüentemente, faz-se necessário demarcar o uso que será empreendido

* Doutorando em Filosofia na PUC-Rio.

¹ Essa questão é tratada, por exemplo, nos seguintes livros: HART, H. L. A., *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998 (ver principalmente o capítulo VII, *Formalism and Rule-Scepticism*), DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*. Oxford: Oxford University Press, 1977 (ver principalmente o capítulo IV, *Hard Cases*).

² A noção de casos difíceis se transforma dentro do conjunto de obras do próprio Hart. O professor de Oxford não usa os termos “casos fáceis” (*easy cases*) e “casos difíceis” (*hard cases*) no livro *The Concept of Law*. Não obstante, ele faz uso da distinção entre “casos claros” e “casos de penumbra” e parece identificar os casos difíceis do direito com os casos de penumbra,

por meio da expressão “casos difíceis” neste trabalho: aqui a expressão mencionada será utilizada para fazer referência aos casos do direito para os quais não é possível encontrar uma solução trivial, ou uma única solução correta e que, portanto, deixam a comunidade jurídica perplexa sobre a maneira pela qual eles devem ser resolvidos. O foco dessa empreitada reside na elucidação e investigação dos desdobramentos dessa definição dentro de um contexto, ou pano de fundo, positivista, que concebe o direito como um sistema de regras.

Embora a discussão sobre os *hard cases* do direito tenha surgido dentro do cenário construído pelas obras de Hart e Dworkin, a existência de casos difíceis no âmbito do direito não é um privilégio dos sistemas jurídicos complexos e sofisticados contemporâneos. Os casos difíceis existem desde a Antiguidade. O físico e matemático Douglas Hofstadter, em um artigo escrito para a revista *Scientific American*, relata um caso muito interessante que teria ocorrido na Grécia Antiga, e que se enquadra facilmente dentro da definição de “casos difíceis” supramencionada³.

O caso envolveu o mais proeminente professor de retórica, do séc. V a.C., o inventor da antilógica⁴ e das técnicas erísticas⁵, Protágoras de

os casos que não se enquadram dentro do núcleo de significado dos termos gerais que compõem as regras jurídicas. Para entender como a definição de casos fáceis e casos difíceis vai se transformando no transcorrer das obras de Hart veja: VIDAL, I. L. *La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999 (p.224-226). De acordo com ela, nas obras posteriores ao livro *The Concept of Law*, Hart passa a considerar os casos fáceis como aqueles acerca dos quais existe um acordo geral sobre a sua inclusão no campo de aplicabilidade de uma regra. Enquanto isso, os casos difíceis passam a ser caracterizados como aqueles nos quais qualificados juristas não conseguem entrar em acordo sobre qual seria o direito em algum ponto. Portanto, nessa nova fase, a caracterização de um caso como fácil ou difícil é mais ampla, não dependendo apenas da determinação ou indeterminação semântica. Um caso pode se encontrar no núcleo de significado dos termos gerais classificatórios e, ainda assim, ser um caso difícil em função do propósito da regra. Por outro lado, um caso pode se encontrar na região de penumbra do significado dos termos gerais e, ainda assim, ser um caso fácil em função do propósito da regra.

³ HOFSTADTER, D. “About Nomic: A Heroic Game that Explores the Reflexivity of Law”. *Scientific American*, 246 (Junho, 1982), p. 16-28.

⁴ Protágoras teria escrito um tratado intitulado Antilogia, no qual supostamente desenvolveu a antilógica, a arte de argumentar a favor e contra qualquer assunto independente do conteúdo ou tese proposta, indicando que ambas as posições são igualmente verdadeiras e defensáveis. Infelizmente esse tratado foi perdido. Ver: MARCONDES, D. *Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 43.

⁵ A palavra grega *éris*, significa controvérsia. Portanto, as técnicas erísticas constituem o conjunto de procedimentos utilizados para vencer uma discussão contraditória. Ver: REBOUL, O. *Introdução à Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 7.

Abdera, e um indivíduo chamado Eulathus. De acordo com a história, Eulathus teria procurado Protágoras para aprender retórica, a arte do “bem falar”, para se tornar um advogado. Entretanto, os sofistas cobravam quantias exorbitantes pelas suas aulas. Diz Olivier Reboul, em seu livro *Introdução à Retórica*, que os sofistas ganhavam por dia de trabalho o fabuloso salário de cem minas, o equivalente ao que recebiam dez mil operários como salário diário⁶. Portanto, Protágoras e Eulathus estabeleceram o seguinte contrato entre eles: Eulathus disse que iria pagar a primeira metade do valor do curso assim que começasse suas lições, e que pagaria a outra metade assim que ganhasse o primeiro caso na justiça. Todavia, após ter completado o curso de retórica, Eulathus ficou procrastinando o exercício da advocacia. Em função disso, Protágoras, preocupado tanto com sua reputação quanto em receber o restante do pagamento, e sendo o sofista sagaz que era, resolveu iniciar um processo contra Eulathus.

O argumento formulado por Protágoras perante a corte do Areópago consistia na seguinte colocação: “Ou eu vou ganhar essa causa ou vou perdê-la. Se eu ganhar, então Eulathus terá que me pagar por determinação da corte. Se eu perder, Eulathus terá que me pagar em função do contrato. Portanto, ganhando ou perdendo o litígio, Eulathus deverá me pagar”.

Eulathus, demonstrando que havia assimilado bem os conhecimentos passados por seu mestre durante o curso de retórica, respondeu: “O que Protágoras propõe é um absurdo, já que eu também vou ganhar ou perder esta causa. Se eu ganhar, não precisarei pagar, por determinação da corte, e se eu perder, não precisarei pagar, em função do contrato. Portanto, ganhando ou perdendo, não precisarei pagar”.

Diante das argumentações expostas acima, a corte do Areópago ficou extremamente perplexa e não conseguiu encontrar uma solução. O paradoxo criado pela estratégia argumentativa dos envolvidos fez com que a corte do Areópago entrasse em recesso durante cem anos⁷.

É importante ressaltar, também, que aquilo que é considerado como sendo um caso difícil do direito vai variar em função da concepção que

⁶ REBOUL, O. *Introdução à Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 6.

⁷ Entretanto, esse impasse que indica um transtorno insanável do ponto de vista lógico, não pode persistir no mundo jurídico atual. Hoje, impera a proibição do *non liquet*, isto é, o juiz não pode se eximir da responsabilidade de oferecer uma solução alegando a falta de clareza do caso.

se tem sobre a natureza do direito. Portanto, para aqueles que adotam uma visão jusnaturalista do direito, isto é, para aqueles que identificam direito e moral, que consideram que a aplicação do direito deve estar norteada por critérios morais e de justiça, então um caso difícil vai ser aquele no qual não se sabe qual é a solução justa ou moralmente correta. Se o direito é analisado sob o ponto de vista econômico então um caso difícil sob essa ótica ocorre quando não se consegue estabelecer a solução mais interessante do ponto de vista econômico.

Todavia, a posição preponderante nos dias de hoje é a visão positivista, que concebe o direito como um sistema de regras. Como um dos expoentes dessa posição pode-se destacar o professor de Oxford, H. L. A. Hart, anteriormente mencionado. De acordo com Hart o direito é um sistema de regras e a sua principal função é fornecer pautas de conduta para possibilitar o controle social. O direito pretende exercer uma pressão no mundo, canalizar comportamentos. Para alcançar esse objetivo, o direito qualifica deonticamente certos tipos de comportamentos em certas circunstâncias, e dessa forma ele regula as ações de indivíduos que pertencem a um certo grupo social. Para que o direito possa funcionar, para que o direito seja eficaz, é necessário que essas pautas de conduta (regras) sejam expressas em uma linguagem clara, que elas possam ser obedecidas e que elas possam ser conhecidas de maneira prévia. As regras devem deixar claro o comportamento que o direito espera das pessoas. Se as pessoas, olhando para as regras do direito, não fossem capazes de aferir por si próprias e de antemão aquilo que o direito determina (obriga), permite ou proíbe, então as regras existiriam em vão e nada daquilo que nós entendemos como o direito poderia existir⁸. Conforme diz Hart:

Se não fosse possível comunicar critérios gerais de conduta, que um grande número de pessoas pudessem entender, sem mais instruções, como

⁸ O filósofo inglês, Jeremy Bentham (1748-1832), criticava o sistema do direito consuetudinário de sua época, o sistema do *common law*, justamente, porque dentro desse sistema não existem regras expressas de uma forma clara, passíveis de serem conhecidas de antemão. De acordo com ele, um sistema desse tipo seria um "law fit for dogs", um direito adequado para cachorros. Afinal, os cachorros só aprendem o que eles devem fazer depois que fazem alguma coisa errada e são punidos por isso, não conhecem as regras que devem obedecer de uma maneira prévia. Ver: TEBBIT, M. *Philosophy of Law, an Introduction*. New York: Routledge, 2000, p.19.

demandando delas certas condutas quando a ocasião aparecesse, nada daquilo que nós conhecemos como o direito poderia existir. Portanto, o direito deve predominantemente, mas não exclusivamente, se referir a classes de pessoas, classes de ações, coisas e circunstâncias; e o sucesso da sua operação sobre vastas áreas da vida social depende da capacidade amplamente difundida de reconhecer ações particulares, coisas e circunstâncias, como instâncias das classificações gerais feitas pelo direito⁹.

Quando se concebe o direito dentro dessa perspectiva positivista, como um sistema de regras, são vários os motivos pelos quais se pode ficar em dúvida sobre a solução que deve ser dada para um caso particular, ou seja são vários os motivos para existência dos casos difíceis. Analisemos.

Às vezes, a classificação normativa de uma certa ação num caso particular não é sabida em função de um defeito no sistema jurídico. O defeito no sistema jurídico pode ocorrer pela falta de uma regra confeccionada para tratar de um determinado tipo de caso¹⁰, ou como consequência da existência de regras inconsistentes no repertório de regras do sistema jurídico. O primeiro defeito no sistema jurídico (a inexistência de uma regra) resulta na falta de uma solução para um caso particular. Por outro lado, o segundo defeito no sistema jurídico (a existência de regras inconsistentes) resulta na existência de uma pluralidade de soluções incompatíveis para um mesmo caso particular. Ambos os defeitos no sistema jurídico geram dúvidas sobre como um caso particular deve ser solucionado: na primeira situação não sabemos a solução porque não existe uma regra para tratar do caso; e na segunda situação, ficamos em dúvida em relação a qual solução, dentro das possíveis e excludentes soluções, deve ser aplicada.

Em outras ocasiões, as dúvidas sobre a solução que deve ser fornecida para um caso particular não são provenientes de defeitos no sistema, mas são produzidas em função de problemas empíricos e semânticos. Às vezes, o direito tem regras que oferecem soluções para certos casos genéricos, mas não sabemos em qual caso genérico o caso particular

⁹ HART, H. L. A., *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p.124.

¹⁰ De acordo com Hart, as regras de reconhecimento estabelecem quais serão as regras válidas de uma determinada sociedade. Um caso que não esteja regulado por nenhuma das regras que passaram pelo crivo das regras de reconhecimento pode surgir. Nesse caso existe uma lacuna no sistema normativo, ou seja, uma falta de solução para um caso particular.

deve ser incluído. Trata-se do problema clássico da subsunção¹¹: determinar quais os casos individuais que se enquadram dentro de um determinado predicado factual da regra¹². Os problemas que afetam a subsunção dos fatos específicos dentro dos termos gerais da norma podem ocorrer por falta de conhecimento fático (não temos informação sobre um fato relevante do caso), ou porque o caso individual que surge se encontra na região de penumbra de significado da regra e não sabemos se ela se aplica ao caso ou não. Nessas duas hipóteses, os casos individuais têm solução, mas não sabemos em qual predicado factual previsto pelo sistema jurídico os casos devem ser incluídos.

Diante do exposto, podemos destacar três tipos de lacunas¹³. Em primeiro lugar, quando o sistema é defeituoso por não conter uma regra geral, podemos falar em “lacunas normativas” (*normative gaps*). Segundo Alchourron e Bulygin, representantes da filosofia jurídica analítica argentina, o problema da não existência de regras gerais no sistema jurídico e da conseqüente falta de solução para o universo de casos que pode surgir, é um problema lógico ou conceitual.

O problema lógico derivado das lacunas normativas, que caracterizam

¹¹ “Cabe apontar que o problema da subsunção não é um tema especificamente jurídico, mas sim um problema do uso empírico da linguagem em geral, isto é, da aplicação de termos gerais de uma linguagem a objetos particulares do mundo. Em outras palavras, se trata do velho problema filosófico da relação entre palavras (gerais) e coisas” (ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Análisis Logico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.305).

¹² Os “predicados factuais” especificam o escopo da regra. O predicado factual estabelece as condições, necessárias e suficientes, para que a aplicação da regra seja acionada. O Professor de Harvard, Frederick Schauer diz que o predicado factual pode ser entendido como uma “hipótese” (SCHAUER, F. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 23). As regras prescritivas podem ser colocadas da seguinte forma: “Se x então y ”. O predicado factual x é a hipótese que deve ser verificada para que a regra seja aplicada. O predicado factual é, portanto, uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona o “conseqüente”. O conseqüente ou “*apodosis*” é o outro componente da regra. O conseqüente funciona como o operador deontico da regra, indicando se o predicado factual é proibido, permitido ou obrigatório.

Ex: Na regra “Se algum veículo entrar no parque ele será multado” o predicado factual é “ser veículo no parque”. Se a situação descrita pelo predicado factual for conferida, o conseqüente (aplicação da multa) deve ser acionado.

¹³ Será adotada a classificação das lacunas sugerida pelos jusfilósofos argentinos Alchourron e Bulygin, elaborada no livro *Normative Systems*. Ver: ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971.

um defeito no sistema, não se confunde com os problemas que ocorrem no momento de se classificar fatos particulares dentro dos termos gerais utilizados nas regras, (o problema da subsunção). Quando não se sabe se um caso particular deve ser inserido dentro de uma norma geral por falta de conhecimento a respeito dos fatos relevantes do caso, os argentinos falam de lacunas de conhecimento (*gaps of knowledge*). O exemplo que eles utilizam para ilustrar o significado das lacunas de conhecimento diz que toda transferência de propriedade é onerosa ou não (envolve um pagamento ou não). A solução para ambas as formas de transferência é prevista no Código Civil. Porém, podemos não saber qual solução deve ser oferecida porque não temos a informação pertinente: se Tício pagou a Simprônio pela casa ou não¹⁴.

O outro problema que pode ocorrer no ato da subsunção é o problema da indeterminação semântica dos termos gerais empregados na norma. Mesmo se conhecemos todos os fatos de um caso particular, ainda assim é possível não sabermos se ele deve ser inserido dentro da regra geral ou não. A incerteza que paira sobre a inclusão ou não inclusão do caso limite (caso de penumbra) dentro dos termos gerais da regra é caracterizada por Claudio Luzzati como uma incerteza “intrínseca”, já que “não se deve a uma carência de informação, mas depende, na verdade, das regras de formação de sentido”¹⁵. Nós podemos saber que Tício pagou a Simprônio uma quantia x pela casa. Porém, podemos não saber se essa quantia é suficiente para considerar a transferência como sendo onerosa ou não. Se a quantia paga é muito inferior ao valor de mercado da casa, talvez a transferência não seja uma venda, mas sim uma doação ou um presente disfarçado¹⁶. Quando temos uma regra do tipo “Se a transferência de uma propriedade for onerosa, então ela será tratada da maneira y ” e “Se a transferência não for onerosa, então será tratada da maneira z ”, então não existe uma falta de solução oferecida pelo sistema jurídico. A nossa perplexidade se dá em função da indeterminação semântica da palavra “onerosa”. Nos casos em que não sabemos a solução

¹⁴ ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971, p. 31.

¹⁵ LUZZATI, C. “Indeterminação”. In: ARNAUD, A. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p.404.

¹⁶ ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971, p.32.

de um caso particular porque não sabemos em qual predicado factual ele deve ser incluído, fala-se em lacunas de reconhecimento (*gaps of recognition*).

De acordo com Alchourron e Bulygin, as lacunas de conhecimento são supridas, de um modo geral, pelo dispositivo engenhoso das presunções legais. As presunções legais, como o *onus probandi* (ônus da prova) e a boa fé, permitem que o juiz seja capaz de determinar os fatos que possuem uma existência legal, mesmo quando ele não sabe sobre a existência real de todos os fatos que poderiam ser relevantes para sua decisão. O ônus da prova, por exemplo, é a presunção legal segundo a qual se a parte que deve produzir a prova não consegue realizar essa tarefa, então o fato alegado pela parte incumbida pelo ônus da prova é declarado inexistente do ponto de vista legal (o que não significa que realmente não tenha acontecido). Assim, o juiz pode solucionar os casos sem conhecer todos os fatos reais. Se Tício alega ter pago Simprônio pela casa, (e o ônus da prova é de Tício), se ele não conseguir provar, o juiz vai declarar que nenhuma quantia foi paga a Simprônio (mesmo que na verdade ele tenha entregue o dinheiro a Simprônio).

Por outro lado, as lacunas de reconhecimento, que são geradas em razão da indeterminação semântica dos termos gerais que constituem as regras, não podem ser superadas definitivamente. No máximo, os problemas provenientes das lacunas de reconhecimento podem ser mitigados por meio do emprego de termos técnicos, mais bem definidos, ou pelo menos mais precisos. Mas, em função do fenômeno da textura aberta da linguagem¹⁷, a indeterminação lingüística é indelével. O mais preciso dos termos pode sempre se mostrar impreciso, ou vago¹⁸. Para

¹⁷ Para uma explicação sobre a transposição da discussão sobre a textura aberta da linguagem para o campo do direito ver: Struchiner, N. "Aplicação e Conseqüências da Noção de Textura Aberta da Linguagem para a Filosofia do Direito". *Analógos - Anais da I SAF-PUC Semana dos Alunos de Pós-Graduação em Filosofia PUC-Rio*. Booklink, 2001, p. 92-100.

¹⁸ A diferença entre a vaguidade e a potencial vaguidade (textura aberta da linguagem) é que enquanto a vaguidade pode ser corrigida pelo fornecimento de regras mais precisas sobre a aplicação do termo geral, a potencial vaguidade não pode ser corrigida. A potencial vaguidade decorre da chamada "incompletude essencial das nossas descrições empíricas". Nós nunca conseguimos criar um modelo ou uma definição capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos porque nós nunca podemos ter certeza de que incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído. Isso ocorre em função da nossa própria natureza e da natureza do mundo. Afinal, nós somos falíveis, nossos valores estão em constante mudança e o próprio mundo está em constante mudança. Todas essas coisas fazem com que seja impossível esgotar todas as características relevantes para a aplicação de um conceito. Sempre vai poder surgir um caso na região de penumbra do significado do termo geral que vai suscitar dúvidas sobre se ele deve ser aplicado ou não.

tanto, basta surgir um caso particular na região de penumbra da aplicação do termo geral utilizado na regra. Mesmo quando definimos um termo de maneira explícita, indicando como ele deve ser usado, sempre é possível que um dos termos utilizados na própria definição se torne vago. O fenômeno da textura aberta da linguagem garante que os termos empíricos são sempre potencialmente vagos. Os termos gerais empregados nas regras jurídicas compartilham essa qualidade. Sempre é possível surgir um caso fronteiro onde não sabemos se a regra se aplica ou não.

Alchourron e Bulygin fazem uso de um exemplo extremamente interessante para delinear o modo de operação das lacunas de reconhecimento¹⁹. O exemplo apresentado versa sobre um problema originado pela textura aberta dos termos empregados no código comercial alemão. O código regulava os contratos celebrados de duas formas diferentes, dependendo se eles eram realizados por partes presentes ou partes ausentes. Quando o telefone foi inventado, surgiu um caso de penumbra: será que o contrato celebrado por telefone é um contrato entre partes presentes ou partes ausentes? Existem razões tanto para classificar esse novo caso como um contrato realizado por pessoas ausentes quanto presentes. Da mesma forma que os contratos celebrados por carta, os contratos celebrados por telefone não envolvem a presença física das partes contratantes dentro do mesmo ambiente. Por outro lado, da mesma forma que os contratos celebrados pelas partes *tête-à-tête*, nos contratos feitos por telefone o acordo também ocorre de forma simultânea. A dificuldade de se aplicar a regra no caso concreto, ou de se encontrar uma solução para ele, é conseqüência de uma incerteza intrínseca, já que não se deve a uma carência de informação, mas depende, na verdade, das regras de formação do sentido dos termos "ausente" e "presente". As regras de formação do sentido são imprecisas em função do fenômeno da textura aberta da linguagem.

Entretanto, a existência de imprecisões no momento da aplicação das regras não leva à incompletude do sistema jurídico. Segundo Alchourron e Bulygin, o conceito de "completude" é construído por uma "relação entre um conjunto de normas (um sistema normativo), um conjunto de possíveis circunstâncias ou casos (um Universo de

¹⁹ ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971, p.115.

Casos), e um conjunto de possíveis respostas ou soluções (um Universo de Soluções)”²⁰. Isso quer dizer que a incompletude é gerada pelas lacunas normativas (quando as normas existentes não oferecem uma solução para o caso particular).

No exemplo do contrato por telefone não existia uma falta de solução. O código comercial alemão determinava uma solução para todos os contratos entre partes ausentes e partes presentes. Portanto, do ponto de vista genérico, todos os tipos possíveis de contrato receberiam uma solução prevista pelo código. Logo, não se pode falar que o sistema jurídico não previu uma solução para todos os contratos. As dúvidas não são provenientes de defeitos no sistema, mas são concernentes à classificação dos casos particulares dentro dos casos genéricos previstos pelo código. A dificuldade encontrada é decorrente da natureza da linguagem, que é sempre potencialmente vaga. Existe uma solução para o contrato feito por telefone, que é necessariamente um contrato celebrado entre partes ausentes ou presentes, embora não saibamos em qual predicado factual o caso particular deva ser incluído. Alchourron e Bulygin dizem:

O fato de um sistema normativo ser completo (normativamente), no sentido de que ele resolve todos os casos possíveis, tanto genéricos quanto individuais, não exclui a possibilidade de lacunas de reconhecimento... Sempre existe a possibilidade de que um caso individual cuja classificação é duvidosa possa surgir. Mas isso não significa que o caso não é resolvido pelo sistema; nós podemos saber que o caso é resolvido sem saber como ele é resolvido²¹.

Em suma, dentro de um contexto positivista, onde se concebe o direito como um sistema de regras, o surgimento dos casos difíceis está intrinsecamente conectado com a existência de possíveis defeitos no sistema de regras ou problemas no momento de adequar as regras aos fatos concretos de um caso determinado (o problema da subsunção

²⁰ ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971, p.4.

²¹ ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971, p.33.

jurídica). Nessas circunstâncias não é possível encontrar uma solução trivial para o caso em questão, ou uma única solução correta. Os casos difíceis são acompanhados por lacunas. Entretanto, o termo “lacuna” deve ser usado de maneira precisa. Os casos difíceis surgem em função de uma pleora de motivos distintos. Os tipos de lacuna vão variar em função das razões para o surgimento de um caso difícil, e vão apresentar naturezas distintas. Portanto, não podemos generalizar e dizer que a existência de lacunas implica na incompletude do sistema jurídico. O termo “incompletude” se refere a uma ausência de solução e, portanto, está, exclusivamente, atrelado à noção de lacuna normativa. Assim, as tarefas propostas no início do trabalho foram enfrentadas: o conceito de casos difíceis foi analisado, suas principais causas foram demonstradas e, finalmente, as suas conseqüências foram discutidas, principalmente o surgimento das lacunas no direito é a relação dos diferentes tipos de lacunas com a questão da incompletude do direito²².

²² Uma questão importante que fica pairando no ar, e que será tratada num trabalho futuro, é a questão de como lidar com os casos difíceis. Se as regras jurídicas são exaustivas do direito dentro de um contexto positivista, então o que fazer quando essas mesmas regras não são capazes de abarcar os casos concretos que surgem sob seu domínio? Nesses casos os juízes utilizarão o seu poder discricionário. Entretanto, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, e mostrar em que consistem os limites e pautas do raciocínio jurídico levado a cabo nos casos difíceis constitui uma tarefa estimulante para a filosofia do direito.

Direitos Humanos & Globalização: Uma Visão Crítica

Sergio Borges Allan *

Introdução

O presente ensaio versa sobre a atual questão neoliberal e a dificuldade de se sustentar, de forma coerente, os Direitos Fundamentais do Homem, como constam na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, publicada em 1948 sobre os auspícios da ONU. O que se quer demonstrar é a contradição entre o que se expressa perante a Comunidade Internacional e o que se pratica na realidade, existindo, pois, um paradoxo entre a busca ilimitada de novos mercados e consumidores e a defesa dos princípios básicos da Declaração. Em auxílio à hipótese, uma breve leitura sociológica de vertente marxista será necessária para entendermos as origens do Estado moderno como intimamente ligadas aos interesses da classe mercantil. Isso reforçará, portanto, a idéia de que a força motriz do poder estatal alimenta-se de considerações econômicas geradas por uma determinada classe. A partir dessa noção, entende-se a impossibilidade de uma defesa legítima dos Direitos Humanos, especialmente quando estes entram em conflito com as atividades financeiras. Este ensaio termina com algumas reflexões sobre o momento presente onde o paradoxo entre Direitos Humanos e capital torna-se assaz claro.

* Historiador.

I.

Ao chegarmos no limiar do século XXI, os debates acerca dos Direitos Humanos têm tomado a atenção de boa parte da mídia internacional, sendo tema de inúmeras monografias acadêmicas e palestras de intelectuais de notório saber. Os Direitos Humanos, como assunto da atualidade, estão sempre na ordem do dia, nunca faltando opiniões tanto leigas quanto especializadas sobre o tema; do simpático jornalista ao diplomata de carreira, do loquaz motorista de táxi às idéias abalizadas do professor emérito, há sempre algo a ser dito sobre os Direitos Humanos e o tratamento dado a estes pela Comunidade Internacional.

Mas se os Direitos Humanos, que comemorou recentemente o cinquentenário de sua declaração formal, são sempre alvo de opiniões das mais diversas, parece ser pertinente perguntarmos a sua legítima função dentro da nossa realidade globalizada. Ou seja, temos que nos ater ao significado desse processo globalizante e, assim, refletirmos melhor sobre a justa colocação dos Direitos Humanos na atualidade. À luz dos processos financeiros paridos pelas sofisticadas técnicas do capitalismo oriundo das economias centrais, das nações ditas “pós-industriais”, para utilizarmos jargão já conhecido, testemunhamos ingerência cada vez maior de considerações eminentemente econômicas em praticamente todas as esferas da atividade humana; não é preciso mencionar que os Direitos Humanos, malgrado revestidos das mais altas e nobres aspirações, carregando o archote do liberalismo político clássico, também serão maculados, e até manipulados, pelos interesses capitalistas vigentes. Será, justamente, essa aura sacra, assaz explorada pela dita “Nova Ordem Mundial”, que servirá como uma espécie de *trompe l’oeil* convenientemente montado para se propagar os beneplácitos do regime atual. Acreditamos, e eis o cerne do presente trabalho, que tal exploração dos ideais imbuídos nos Direitos Humanos acabe por vazar, provocando rupturas num discurso aparentemente bem montado; são nas brechas legadas pela encenação, no *silence du texte* para lembrarmos Barthes, onde encontramos a tensão dialética insolúvel entre Capital e Direito, entre finanças e moral. Mas diferente da velha concepção hegeliana, não há síntese possível nesse jogo de espelhos; o que há é uma contínua redefinição do papel do capital utilizando-se dos meios necessários para formular novas justificativas para sua penetração. Entendemos, pois, ao

que tange essa relação entre Capital e Direito, nada mais vemos do que o desenrolar da História via a célebre leitura de Marx na sua clássica obra “Dezoito de Brumário de Napoleão III”, i.e., a História é um desencadeamento de farsas continuamente encenadas em proveito de forças estruturantes e hegemônicas. O que se necessita é ver além da cortina de fumaça e, assim, recontextualizar, até onde possível, os Direitos Humanos dentro de seus moldes originais, ou seja, como um parâmetro mínimo aceitável para a determinação dos povos e não um mero joguete nas mãos de lobbies transnacionais e das altas finanças.

II.

Os Direitos Humanos como entendidos pela “Declaração Universal dos Direitos Humanos” publicada pela Organização das Nações Unidas em 1948 têm uma longa trajetória e que, em muito, antecede o período do pós-guerra. Se optarmos por compreender, mesmo que parcialmente, os interesses da Comunidade Internacional em relação aos Direitos Humanos, mister se faz entendermos as origens desses Direitos dentro da cultura política e jurídica Ocidental. Se observarmos com devida atenção, será possível ver que sempre existiu uma dicotomia entre aquilo que se expressa daquilo que efetivamente acontece no plano das relações internacionais. Não é de hoje, portanto, que os Direitos Humanos são utilizados para outros fins que não aqueles que se explicitam. A idéia de que a moral está a serviço de fins menos nobres, mais escusos, não é nova, tendo suas raízes com o nascimento do sentimento nacionalista no fim da Idade Média e começo do Renascimento.

É com a formação das primeiras cidades-estados ao norte da Itália que testemunhamos o desenvolvimento gradual do discurso estadista, servindo como estandarte para a nova classe burguesa e mercantil. O mercado, que se desenvolve paralelamente com os grandes centros urbanos europeus, seja, talvez, o elemento mais importante para a consolidação dos primeiros baluartes “capitalistas” (ou “proto-capitalistas”) como Veneza, Gênova ou Florença, centros que encontravam o devido financiamento pela lendária riqueza dos Sforza ou dos Médici. O discurso estadista moderno tem o seu ponto de partida na consolidação dessas Repúblicas Italianas, pois, diferentes dos reinos feudais e milenaristas movidos por crenças religiosas e não raramente

escatológicas, estes encontravam, parcialmente, sua razão no lucro e no interesse do capital. É bem verdade que ainda não podemos mencionar, de forma explícita, o capitalismo como força motriz, já que a sua maturidade ainda estava por se constituir; é fato sabido que os Médici só conheciam, de forma incipiente, a idéia de investimento, utilizando – e perdendo – muito de seus ganhos de maneira pouco lucrativa, ou seja, ainda favoreciam uma lógica demasiadamente aristocrática, quicá feudal, para serem considerados plenamente enquadrados na lógica capitalista, do ideal de fazer brotar dinheiro de dinheiro. De qualquer forma, é importante entendermos a formação das Repúblicas Italianas pelo prisma do capital (mesmo que longe do financeiro) e como o nascimento nacionalista, que, aos poucos, tomava conta de toda Europa, está intimamente ligado ao comércio.¹

Tal ligação encontraria, subsequentemente, expressão mais clara a partir do século XVII, ou mais especificamente, com o Tratado de Westfalia de 1648 que oficialmente reconheceu a independência das Províncias Unidas, libertando os Países Baixos do jugo de Felipe IV da Espanha. O significado do Tratado de Westfalia é crucial ao desenvolvimento do comércio internacional, pois, além de livrar os holandeses do obscurantismo espanhol, país este que ainda se encontrava na penumbra medieval, o documento forjou a convenção de que nenhuma guerra deveria se sobrepor à livre circulação de mercadorias entre as nações. O que nos interessa aqui é justamente compreender as motivações oriundas da “paz” de Westfalia; a paz, em primeira instância, é motivada não por causa humanitária, mas, sim, por necessidade comercial. Há, no tratado, a idéia implícita e que mais tarde se tornaria uma das principais concepções do liberalismo econômico de que o bom desenvolvimento do comércio só pode ocorrer se houver uma determinada margem de estabilidade política; temos o desenvolvimento da equação entre paz e capital, reprimindo a guerra não por ser algo moralmente condenável, mas porque era lesivo ao comércio. Diferente

¹ O sociólogo Giovanni Arrighi deixa claro que a lógica capitalista foi decisiva na formação das cidades-estados italianas: “Territorial acquisitions were subjected to careful cost-benefits analyses and, as a rule, were undertaken only as the means to the end of increasing the profitability of the traffics of the capitalist oligarchy that exercised state power” – Giovanni Arrighi, “The Long Twentieth Century – Money, Power and the Origins of Our Time” (Verso, London & New York 1994), 37.

dos renascentistas italianos, que ainda estavam presos a um capitalismo embrionário, os holandeses compreenderam muito bem que não bastava assegurar a soberania nacional, era preciso ir além, era preciso criar um sistema consolidado para garantir o fluxo contínuo de bens e matérias-primas. Com o auxílio do discurso puritano e calvinista, o que seria muito bem notado por Weber como um dos pontos de partida do chamado “espírito capitalista”, os holandeses lançaram-se na conquista de novos mercados mundo afora, disseminando as idéias de Westfalia, ou seja, que a *bon santé* econômica só poderia florescer com a devida estabilidade. Os holandeses conseguiram unir, em quase perfeito tom sinfônico, a moral e o lucro; tal união representará um marco na maneira como os discursos humanitários, mais tarde, seriam aplicados pela Comunidade Internacional.

Será o século XIX que irá coroar a longa marcha inaugurada com os italianos, onde tanto os revolucionários franceses quanto os constitucionalistas ingleses cuidadosamente elaborarão os benefícios a serem auferidos pela missão civilizatória – i.e., implementação da cultural Ocidental – no resto do mundo; será a época de ouro do liberalismo clássico e do clímax europeu. Já não existe mais a necessidade de consolidar o Estado, empreendido pelo absolutismo barroco, bem financiado pelos banqueiros emergentes que sabiamente abasteciam os cofres público, que suplantou, de vez, o feudalismo, passando este a existir apenas na mente reacionária de uma plutocracia nostálgica, mas em pleno declínio. O advento do liberalismo, por sua vez, serve como um *coup de grâce* nas residuais pretensões aristocráticas de nações avançadas como a França ou Inglaterra, os carros-chefes da política e da economia do Velho Mundo. O que o século XIX demonstra é a ascensão definitiva do domínio da lógica burguesa no que tange à esfera política; não é mais necessário considerar as antigas aspirações universalistas de monarcas decaídos. O Estado moderno encontra-se firmemente estabelecido e a nova elite burguesa cultivará as raízes da soberania para, assim, colher os seus fartos divididos comerciais.

O momento liberal ocorre, como já vinha ocorrendo, pelo refinamento de seu discurso e a ascensão dos ideais humanitários. No caso, a “Declaração dos Direitos do Homem” de 1789 consegue difundir as principais idéias contidas no constitucionalismo inglês, universalizando, outrossim, a racionalidade capitalista, revestida, porém, de

concepções humanitárias. É importante notarmos, em especial, o artigo 4º da referida Declaração, onde consta o seguinte: “A liberdade consiste no poder que cada indivíduo tem de fazer aquilo que lhe assiste, não atingindo a liberdade de terceiro ... o exercício natural do Direito só é limitado pela necessidade de salvaguardar a liberdade dos outros indivíduos, que também possuem Direitos iguais”. De início, o artigo 4º demonstra que não há restrição ao poder individual além daquele necessário ao bom funcionamento da sociedade. Kant entendeu esse artigo como um princípio universalizante da liberdade humana, pois seu fundamento seria basicamente metafísico, i.e., na plena concordância entre homens do que seria uma sociedade justa e perfeita, fundada numa moral obviamente platônica, marca indelével da *Humanitas* alemã durante o Iluminismo. O *rechtsprinzip* kantiano, como expresso pelo artigo 4º, era essencial as premissas ideológicas que concederam ímpeto à Revolução Francesa, já que a tão afamada idéia de *fraternité* parte de tal ponto. Mas, e é sempre bom lembrarmos, toda idealização metafísica tem sua condenação quando se insere no reino concreto da política, envolvido pelas reais necessidades do poder, onde acaba por se tornar um ingrediente ideológico a serviço do *status quo* vigente (novamente testemunhamos a profética farsa descrita no “Dezoito do Brumário”). No que diz respeito ao princípio revolucionário enaltecido por Kant, Habermas, de forma incisiva, assevera que a esfera de liberdade concedida, num primeiro momento, ao Homem seria, subsequentemente, usurpado pelo Estado. Se durante o caos instaurado nas nebulosas gestões de Robespierre e Danton houve crença que o Direito se definiria exclusivamente pelo potencial de cada indivíduo em agir concreta e subjetivamente, não demoraria para que os Bonapartes, tio e suposto sobrinho, transferissem o que deveria ser imanente ao indivíduo para o Estado, criando um Direito imposto – de *Herrschaft* ao *Staat*.²

Como explicitado por Habermas, as concepções do liberalismo revolucionário acabariam mescladas às vicissitudes do Estado; se o Estado moderno, como já visto, necessita de requisitos econômicos para sua gerência e até para sua gênese, teremos, portanto, o liberalismo clássico revestido pelos mesmos requisitos. É possível, então, notarmos que a

² Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. (MIT Press, Cambridge MA 1998), pp. 83 – 85.

“Declaração Universal” acaba por redefinir os termos encontrados no Tratado de Westfália sem, no entanto, abalar a sua estrutura. A redefinição de Westfália pela Declaração ocorre no “disfarce”, por máximas de cunho político e libertário, de necessidades financeiras, o Graal do Estado liberal burguês. O “texto” emitindo mensagens sobre os benefícios do moderna cultura política Ocidental devidamente encobre o “subtexto” que, mais tarde, será empregado pelo pragmatismo Capitalista. É lógico que não podemos negar o caráter revolucionário da Declaração no momento de sua formulação; o sangue dos Bourbon estava ainda demasiadamente fresco para que o Terceiro Estado esquecesse a *raison de être* de sua luta. Malgrado autenticidade desse momento inicial, quando a Revolução de 1789 ainda se portava como essencialmente ecumênica e vanguardista, que concedeu forças suficientes até culminar na fugacidade de 1848, não haveria de demorar a passagem caracterizada por Habermas. O discurso continuaria vigente, com seus temas de política liberal e radicalismo democrático, mas o teor revolucionário seria esmaecido pela imposição do célebre código de 1804 e pela consolidação das castas burguesas após o Congresso de Viena; o que interessava na [re]construção do Estado francês era a garantia da “liberdade”, sacrificando a “igualdade”, sendo um antitético ao outro.³ Como recorda Hobsbawm, o burguês liberal estava mais empenhado em garantir a empresa privada e em instituir um governo de contribuintes e proprietários do que ceder a vez à fúria da malta heterogênea que ilustrava os quadros de David e Ingres.⁴ Não obstante, o ideário lançado pelos franceses foi útil para conter os ânimos dos mais exaltados e criar a falsa noção de solidariedade entre as classes (Marx notaria bem esse ponto ao analisar o desastroso

³ “If, in the Declaration, equality was associated with freedom, this was more a statement of principle, legitimizing the downfall of the aristocracy and the abolition of noble privilege, than the authorization of popular aspirations ... Voting rights were granted in accordance with a predetermined financial contribution [i.e., o voto censitário], in other words, according to affluence and wealth. Thus the rights which the constitutional bourgeoisie had recognized as belonging to Man in general and citizen in particular were really only valid for the bourgeoisie; for the mass of ‘passive’ citizens, they remained theoretical abstractions” – Albert Soboul, citado em: Steven Lukes, *Equality & Liberty – Must They Conflict?*, in: David Held (org.), “Political Theory Today” (Stanford University Press, Stanford CA 1991), Pp. 49 – 50.

⁴ Para uma discussão mais aprofundada sobre as transformações do liberalismo francês pós-1789, ver: Eric Hobsbawm, “The Age of Revolution, 1789 – 1848” (Pantheon Books, New York 1987), em especial, o capítulo terceiro.

romantismo presente na Comuna parisiense). Esse jogo de sombras seria de suma importância ao Imperialismo europeu durante todo século XIX e, como veremos adiante, servirá, de forma oportuna, ao maniqueísmo discursivo correntemente empregado para legitimar o posicionamento hegemônico das economias centrais.

Se, por um lado, o liberalismo serviu para justificar o posicionamento dos interesses mercantis inerentes aos processos nacionais, por outro, contribuiu para fincar o estandarte europeu, e até norte-americano, por todo o globo. Paralelamente aos desdobramentos da Revolução Industrial pelo continente europeu, houve a necessidade de encetar a procura de novos mercados para escoar a vasta produção, um quantum não mais possível de ser consumido a nível doméstico. Não se mediu esforços para formular uma linguagem suficientemente aceitável para justificar a penetração da cultura Ocidental nos mais longínquos e exóticos cantões do mundo. É aqui que nos deparamos com o embrionário discurso sobre Direitos Humanos, cria do universalismo intrínseco à linguagem do liberalismo clássico. Não se exigiu esforço hercúleo para encontrar as palavras certas e forjar a *lingua franca* que demonstrasse aos “povos bárbaros” da Ásia, África e América Latina que, finalmente, ao surgir no horizonte alguns *men-of-war* da Real Fragata Britânica, carregados de armas e os ubíquos representantes dos Bancos Rothschilds e Barings, chegava a “civilização” – os princípios de Smith e Ricardo via um tiro de canhão. Como vimos, desde a origem das Repúblicas Italianas, já, naquela época, envoltas pela espessa pátina da História, fácil era complementar o idioma do capital com os benefícios da política. Mas o Imperialismo impôs transplantar o discurso, remodelar o liberalismo para uma nova realidade, a de um mundo globalizado. Não mais as justificativas de governantes ressoariam apenas aos ouvidos de seus súditos, pois, agora, urdia-se que tal fosse adaptado e amplificado, para ser proclamado em toda parte. Exportava-se a ideologia do liberalismo tanto econômico quanto político e dos benefícios a quem se rendesse à fórmula (aqueles, como os chineses ou os Zulus, que teimassem em não compreender a “boa nova” seriam severamente punidos); foi, durante todo o século passado e boa parte deste, o melhor e mais eficaz produto na construção de um comércio internacional. A dita Comunidade Internacional, gradualmente, ia se perfilando à medida que houvesse necessidade de emoldurar filosoficamente a livre circulação de bens e materiais. Como

bem lembra Arrighi, a Inglaterra dava ênfase à implementação dos princípios constitucionais antes de pactuar com qualquer nação; apesar dos louvores tecidos a favor do beneplácito britânico, os motivos para o político tinha estreita ligação com o econômico: "... constitutionalism was such an important point for the British [that it] functioned as a way to prevent reactionary tendencies in other states to take form and hinder British lead within a given state".⁵ De qualquer forma, era importante, mesmo por uma crença na superioridade moral e intelectual, manter sempre afinado o discurso liberal para convencer o resto do mundo que o domínio europeu se legitimava mais por uma questão de missão e dever do que por um exclusivo interesse comercial:

Western imperialism had never depended entirely on superior arms, nor were its rationales and rewards entirely economic and strategic. Power and interest were accompanied by a sense of righteousness based on higher civilization, important elements of which the colonized internalized. Beyond military and economic power, Western privilege rested on a shared sense of legitimacy.⁶

Parecia ser mais fácil, e isso serviu como uma desculpa para a investidura do darwinismo social por décadas afins, justificar-se por meio de credos bem arquitetados de progresso moral e bem-estar social do povo a ser redimido do seu desalento e da letargia tropical do que o emprego da exploração pura e simples.

O lendário despotismo asiático, que tanto encheu o imaginário da intelligentsia desde os tempos de Marco Polo e Montaigne, seria suplantado pela máquina a vapor e pelo pastor protestante. É lógico que estamos na Europa pré-Hitler, pré-Stalin, num mundo onde, segundo Adorno, na famosa alusão ao cinismo pseudo-humanitário, era possível "pensar a poesia", pois os horrores do século presente ainda estavam por vir. Em outras palavras, mister não se fazia respeitar, em concreto, aquilo que se defendia; ao fincar a Cruz de Malta ou o *imperium* belga e francês em solo alheio bastava a abstração do discurso para

⁵ Arrighi, 56.

⁶ Jack Donnelly, *Human Rights: A New Standard of Civilization?*, "International Affairs", vol. 74, no. 1, January 1998, Pp. 12 - 13.

persuadir o nativo. Civilizar significava, essencialmente, colher os frutos advindos do esforço de uma consciência pura e imaculada; era abastecer os celeiros europeus com o senso de dever cumprido em relação àqueles "salvos" pelo suposto progresso iluminista. Sem precisar explicitar os inúmeros e graves tropeços empreendidos em nome da cultura Ocidental, bastava simplesmente empregar um tom condescendente, desculpando-se em nome da Humanidade; era, como intitulou Kipling, um dos maiores arautos do imperialismo do século XIX, uma versão literária de Cecil Rhodes, "o fardo do Homem branco". Chegaria o dia em que os aborígenes neozelandeses, se sobrevivessem, agradeceriam a nobreza dos *Junkers* prussianos.

Mesmo que de forma rudimentar, estava lançado as sementes para um discurso universal e abrangente sobre o que se poderia definir como "Humanidade"; os parâmetros dessa definição encontravam-se, de forma menos clara, mais indireta, na sua razão de ser. Como visto, tal se imiscuiria com a procura pelo lucro e chegaria aos nossos dias por meio das complexidades da diplomacia e do salvacionismo de propostas humanitárias desenvolvidas pela Nova Ordem Mundial.

III.

Como demonstrado, o Estado surge por meio da consolidação comercial e mercantil e muito daquilo que nutre a ideologia nacional é tingido por interesse econômico. Com o passar do tempo, há uma sofisticação maior ao nível retórico, pois o áspero pragmatismo do capital causa acrimônia se for ingerido a seco. Homólogos aos processos de mercado, desenvolvem-se ideologias complementares que servirão para atenuar a aparência à ânsia do lucro fácil. Durante o século XIX, testemunhamos a cooptação do liberalismo revolucionário aos acossos e ameaças das nações imperialistas, ávidas por expandir seus mercados para além-mar. Imprimido as máximas do pensamento revolucionário francês à *mentalité* da Belle Époque, marchava-se um Burton ou um Conrad ao "coração das trevas" imbuído de um sentimento de superioridade, ou seja, na certeza de pertencer-se à civilização certa, aquela guiada por lógica e razão; tal encontraria respaldo filosófico em Spencer e Comte e sua conclusão funesta nas políticas fascistas da primeira metade do deste século, da *Action Française* de Charles Maurras aos fornos

crematórios de Bergen-Belsen. Os Direitos do Homem serviriam para encobrir as verdadeiras intenções dos agentes a serviço da “civilização”. Seria, pois, demasiadamente tosco conquistar o mundo sem um pretexto à altura de tal missão. Ressoava como um rugido primitivo, pouco adaptada aos maneirismos aristocráticos da época, a busca, por si só, de tesouros ultramarinos; os intelectos maturados na tradição judeo-cristã jamais poderiam aceitar tal coisa. Eis que a conquista efetuada pela cultura Ocidental teria que ser expressa como um benefício à Humanidade. Os Direitos Humanos nascem, em parte, desse pressuposto, encontrando sua aceção plena nos refinamentos discursivos de nossa época.

Como visto, conseguiu-se, de uma forma ou outra, conciliar o discurso com a prática até meados do pós-guerra. Mas vislumbrando a situação atual do pós-Guerra Fria, onde não existe mais um “Outro” a ser combatido em nome da liberdade e dos Direitos do indivíduo, fica mais complexo revestir os argumentos em prol do capital com pinceladas humanitárias. Ao depararmos com o renascimento do credo liberal, testemunhamos, unilateralmente, o exercício do que Gramsci denominou de “poder subliminar”, ou seja, uma nação em condições de manter a liderança moral e intelectual sobre um determinado sistema de nações soberanas. Mas essa liderança deve ser efetuada de maneira sutil, onde a hegemonia de um será vista como o interesse de todos. Segundo a clássica tese de Gramsci, o que o país hegemônico almeja é fazer que os países sob sua esfera de poder sigam um caminho previamente traçado, que contribuam para reafirmar sua posição central dentro da Comunidade Internacional. Tendo em vista nossa realidade atual, os EUA procuram se colocar como força propulsora no cenário mundial, afirmando que doutrina liberal, ou, como querem alguns, neoliberal, é a forma acertada para rompermos o século vindouro. É lógico que há uma forte conotação econômica no que tange o discurso liberal – basta lembrarmos que foi Adam Smith o pai desses princípios. Há, porém, um elemento atenuante que impede que a via escolhida se apresente como uma mera corrida ao ouro. Adotar as medidas econômicas ditadas pelo mantra liberal (i.e., a auto-regulação dos mercados) traz, como consequência, os méritos do desenvolvimento e do progresso, de uma melhoria generalizada em todos os aspectos sociais. Em outras palavras, o que se quer atingir não é o enriquecimento de uns poucos em detrimento de uma vasta maioria, mas, sim, a elevação ao nirvana de todos. Ao que parece, esse é o fundo

moral dos argumentos de economistas como Hayek e Friedman, pois entendem que a idéia de justiça social, sem a devida ênfase na livre circulação de bens e serviços, é inócua, desprovida de sentido real e maculada por um viés dogmático há muito descartado. A liberdade ilimitada do comércio é o bem comum que se deve objetivar, sendo o restante apenas um óbice ao potencial humano. Em contraposição, temos os Direitos Humanos como complementos necessários ao mercado libertário. A liberdade deverá ser ampla tanto no comércio quanto na política. Não é difícil notarmos que os Direitos Humanos surgem aqui como um agente ideológico, procurando dar substância ao agenciamento do poder vigente. A sutileza, como imaginado por Gramsci, vai gradualmente lapidando o poder do *status quo*, auxiliando este a manter sua posição hegemônica. Mas isso não ocorre de forma homogênea, pois à medida que se esclarece as verdadeiras intenções que sustentam o discurso, fica mais difícil, quicá impossível, de manter-se fiel aos princípios jurídicos e morais declarados. Há, portanto, uma série de ambigüidades que acaba por revelar a falácia política que se quer sustentar.

Faz-se, assaz claro, que os Direitos previstos na “Declaração Universal” da ONU só têm algum valor se houver intenção de ir até as últimas consequências para defendê-las; caso contrário, de pouco ou nada valerão. É exatamente essa problemática que tem enfraquecido bastante não só o valor dos Direitos considerados universais, como também a Carta que rege a organização, questionando, assim, a própria validade institucional das Nações Unidas. Malgrado abalos atualmente sofridos pela Declaração, a reformulação do pensamento jusnaturalista no pós-guerra ocorre num clima relativamente propício à retomada de idealismos diversos. Em 1948, ano de publicação da Declaração, personalidades como Eleanor Roosevelt, a esposa daquele que implementou o New Deal, René Cassin, advogado de de Gaulle, e John Humphrey, um canadense professor de Direito e com inclinações socialistas, redigem uma carta, em conjunto com delegações chilenas e brasileiras, com elevado teor liberal (delimitado já no artigo 1º, estabelecido que todos nascem livres e iguais), resgatando, portanto, a herança deixada pelo Iluminismo, readaptada para uma nova realidade. O que se procurava era a proteção do indivíduo perante as eventuais arbitrariedades cometidas pelo Estado, lembrando a idéia básica jusnaturalista que o Homem vem antes do Estado, e que este existia para garantir os Direitos fundamentais daquele:

... if human beings found their civil and political rights as citizens were taken away, they could still appeal for protection on the basis of their rights as human beings. Beneath the civil and political ... stood the natural.⁷

Estava vivo na memória dos redatores da Declaração os horrores da Segunda Grande Guerra, demonstrando que havia instâncias onde a Comunidade Internacional deveria ferir o princípio da soberania estatal para defender aqueles à misericórdia de governantes irracionais e regimes totalitários. Como escrito por Hanna Arendt em “As Origens do Totalitarismo”, um Homem quando despido de seus Direitos mais básicos acaba por perder suas qualidades humanas, permitindo que se torne objeto das práticas mais bárbaras. Com isso em mente, o artigo 6º da Declaração garante o Direito a uma personalidade jurídica a todos, implicitamente fazendo valer os Direitos de qualquer um diante do Estado; a personalidade jurídica implicaria uma garantia contra o atentado injustificável do governante na esfera do governado. A Declaração concede ao indivíduo a autonomia perdida, limitando o poder político ou fazendo que esse poder se submetesse ao Homem, e dá, como garantia, a intervenção da Comunidade Internacional caso houvesse excesso por parte do soberano.

Os primeiros anos após a guerra foram tempos áureos para liberalismo romântico, crédulo nas expectativas daquele momento, mas não demoraria para que a tensão da Guerra Fria frustrasse essas expectativas, transformando os Direitos Humanos num mero brinquedo dentro da lógica do balanço de poder entre americanos e soviéticos. Estabeleceu-se, na década de 50, o clima de tensão por meio do terror atômico, do Comunismo na China e da caça-às-bruxas McCartista. John Foster Dulles, Secretário de Estado durante a gestão Eisenhower, deu um duro golpe na Declaração ao retirar todos os esforços de seu país ao apoio aos princípios ali expressos. De Dulles a Kissinger, os Direitos Humanos foram apenas um tênue obstáculo aos verdadeiros objetivos da *realpolitik*; vemos isso em exemplos notórios e infelizes como no histórico encontro entre Nixon e Mao no auge da carnificina da Revolução Cultural e no

⁷ Michael Ignatieff, *Human Rights: The Midlife Crisis*, “The New York Review of Books”, vol. 46, no. 9, May 20, 1999, 58.

apoio dos EUA ao governo criminoso do Khmer Rouge na Assembléia Geral da ONU durante os anos 70. Os Direitos Humanos existiam tão somente para servir aos interesses em jogo das potências mundiais. Se, por um lado, o bloco Socialista agia de forma grosseira e cretina, chegando ao ponto de simplesmente derrogar o Estado de Direito, por outro, o bloco Ocidental esteve longe de atuar de forma exemplar. Os Direitos Humanos eram um palimpsesto, tábua de inscrição dos abusos praticados pelas grandes potências mundiais à procura da liderança suprema.

Até a queda do Muro de Berlim, os Direitos Humanos foram distorcidos em proveito da ambição política vigente durante a Guerra Fria; pouco importava se um determinado regime respeitasse ou não os padrões mínimos expressos pela Declaração desde que se inserisse dentro de determinada esfera de poder. O interessante aqui é a preponderância da política em relação ao capital, pois durante o Interim da Guerra Fria, o que se procura não é o questionamento de regimes isolados devido a interesses econômicos, mas sim a insistência de se enquadrar dentro da lógica da época; os Direitos Humanos, em geral invocados pelos norte americanos, eram instrumental na condenação de regimes socialistas ou não-alinhados – eram perseguidos pois estavam ou do lado errado do jogo político ou simplesmente não faziam parte dele (e.g., o movimento terceiro mundista de Bandung e o Grupo dos 66). Não obstante os americanos sempre relacionarem Direitos com dinheiro,⁸ na medida que a Guerra Fria avançava os Direitos Humanos eram utilizados como suposto conteúdo para diatribes formulados ante à Comunidade Internacional (mais uma vez vemos a “sutileza” de Gramsci). Mas ao apagar das luzes na antiga União Soviética e com o desmembramento de seus satélites, a força motriz da Guerra Fria, pelos motivos óbvios, se dissipa. O que vem preencher o vácuo deixado pelo mundo bipolar é

⁸ Como no caso da célebre visita de Nikita Khrushchev aos EUA, quando o premier soviético foi reprimido pelo então vice-presidente Nixon e pela jovem atriz Shirley Maclaine, pois no regime que ele presidia as pessoas não contavam com as vantagens de uma moderna geladeira Frigidaire ou de um aspirador Eletrolux. Tal fato – que ficou conhecido na história como os “Kitchen Debates” – demonstra bem a natureza da antipatia americana em relação ao regime socialista; a falta de Direitos implicava, diretamente, na ausência de bens materiais. Assim entendido, o elogio do sistema capitalista está relacionado à liberdade de consumir; os Direitos políticos, portanto, relacionam-se ao poder de compra. O feiticismo consumista e as implicações na esfera política estão descritas em: Jean Baudrillard, *Consumer Society*, in: Mark Poster (org.), “The Selected Writings of Jean Baudrillard” (Stanford University Press, Stanford CA 1987).

uma realidade marcada pela égide do mercado e comércio global. De uma certa forma, voltamos, malgrado todas as ressalvas e diferenças sublinhadas, aos interesses econômicos que têm impulsionado as relações internacionais desde o surgimento das Repúblicas italianas. Não há mais como esconder-se atrás de um "Outro", de um Estado pária, condenado pelo seu socialismo totalitário que fere os princípios básicos do Homem; não há mais um componente para se construir uma política externa maniqueísta, onde por uma equação simplória temos o bem e o mal, de um lado, os partidários do iluminismo e, de outro, seus inimigos. A atualidade tem nos mostrado que os imperativos do capital são cada vez mais difíceis de encobrir por meio das ingênuas maquinações de passado recente; vivemos, pois, um processo de esboroamento contínuo de fronteiras em que não se pode culpar agentes já falecidos. As brechas do discurso tornam-se mais aparentes, sendo o discurso em si não mais que um caráter meramente semântico, cuja realidade somente recobre de tinta ornamental, num mar de retórica, os detentores do poder e do capital. É por esse prima que assinalamos as contradições visíveis ao se proclamar os Direitos do Homem.

O universalismo imbuído nos Direitos Humanos acabam por se confundir com a agenda do capital internacional, resultando no fim de sociedades tradicionais em nome de valores mercadológicos; a cidadania vai, por meio de céleres processos tecnológicos, abdicando de seu lugar em favor do consumo:

As the global market economy pulverized traditional societies and moralities and drew every corner of the planet into a single economic machine, human rights emerged as the secular creed that the new global middle class needed in order to justify their domination of the new cosmopolitan order.⁹

É bem verdade que numa visão menos abrangente, a nível local, os Direitos Humanos, agindo por meio de Organizações Não-Governamentais, têm assistido no fim de abusos cometidos por sociedades patriarcais; vemos, e.g., grupos ao norte da África que tentam abolir as

⁹ Michael Ignatieff, *Human Rights: The Midlife Crisis*, "The New York Review of Books", vol. 46, no. 9, May 20, 1999, 59.

abomináveis práticas de circuncisão feminina e outros, no sudeste asiático, que tentam coibir o costume de queimar viva a esposa que desobedece ao marido. Sem dúvida, em exemplos de esforço hercúleo temos a concretização do que consta na Declaração. Mas o que nos interessa é a manipulação a nível macro, quando os Direitos Humanos são empregados em elaborados discursos de política externa a serviço de uma diplomacia multilateral preocupada com os ganhos a serem colhidos nos chamados "mercados emergentes".

Ao analisar o destino do quantum financeiro que trafega diariamente na economia mundial, é possível notar que muito desse financiamento é destinado a um reduzido número países; os chamados "Foreign Direct Investments" – ou simplesmente "FDI's" – concentram-se em algumas áreas-chaves enquanto passa à margem do resto. Os FDI's, ingrediente elementar no que tange a boa saúde financeira da nossa atual realidade global, ao se concentrarem em algumas economias avançadas, sedimenta a posição destas criando um cenário de uma minoria de nações ricas *vis-à-vis* uma vasta maioria de nações pobres, esquecidas pelo progresso e pelo desenvolvimento. A falta de regulamentação na economia mundial acaba por reforçar a diferença entre ricos e pobres, onde os ganhadores se beneficiam das desvantagens dos perdedores (e.g., adoção de legislações ambientais frouxas, exploração da farta e mal-remunerada mão-de-obra, isenções e privilégios fiscais para as transnacionais, etc.). O imenso quintal, degradado e empobrecido do terceiro mundo serve como uma espécie de galpão de entulho para os tropeços e erros das forças motrizes da globalização. Como expressa um estudioso no assunto, para tentar diminuir o abismo entre ricos e pobres mister se faz a regulação do fluxo financeiro, tornando-o mais homogêneo e menos conspícuo, ou seja, reverter a tendência atual onde os FDI's acabam por se concentrar na tríade EUA-UE-Japão.¹⁰ Se tal reversão não for feita a tempo, as implicações serão desastrosas.

Na esperança de escapar do empobrecimento e da marginalização, muitas economias periféricas tentam se adaptar aos novos processos

¹⁰ Paul Hirst, *The Global Economy – Myths & Realities*, "International Affairs", vol. 73, no. 3, July 1997, Pp. 409 – 425. Hirst aprofundou sua tese sobre globalização e o perigo da concentração dos FDI's em recente palestra proferida durante uma conferência sobre o assunto na Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

exigidos pelos países centrais; o mais notório deles têm sido a abertura de mercados aos moldes da Escola de Chicago. Vários dos órgãos que hoje regem, em tom dodecafônico, a comunidade financeira internacional, acabam por influenciar as políticas internas de muitos dos Estados menos favorecidos, causando fortes abalos no princípio da soberania, que se vê empenhado por um punhado de dólares:

*The IMF, the World Bank, the WTO all seek to influence and determine a State's macroeconomic policy. Various corporations form pressure clusters around these supranational organizations, indirectly influencing various weaker states who need the stamp of approval from these agencies.*¹¹

Muitos países pobres, temendo que o capital internacional bata em retirada, vão sucumbindo as exigências impostas por órgão como o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio, desmontando o Estado de Bem-Estar Social, ou "Welfare State" keynesiano. A abertura exacerbada ao comércio internacional e a busca a qualquer preço de investimento estrangeiro implicam em sérias conseqüências não só na esfera econômica como também política, pois há uma grande dificuldade, até mesmo impossibilidade, do desenvolvimento de políticas domésticas que não sejam influenciadas pela ordem financeira mundial; o que resulta são esquemas *ad hoc* que somente almejam seduzir o poder financeiro externo. Em última instância, a implementação de um Estado ultra-liberal corre contrária à instituição da democracia representativa e ao respeito aos Direitos Fundamentais. A teoria política tradicional demonstra que o consentimento popular é o mecanismo que legitima o governante e, por extensão, a organização política adotada: "... from the outset, consent has for democrats been the undisputed principle of legitimate rule".¹² Com o ressurgimento da globalização, a premissa democrática deixa de ser considerada como elemento necessário à medida que os governantes passam a serem presas fáceis das imposições do grande capital. Em outras

¹¹ Jan Aart, *Global Capitalism and the State*, "International Affairs", vol. 73, no. 3, July 1997, 445.

¹² David Held, *Democracy, the Nation-State & the Global System*, in: David Held (org.), "Political Theory Today" (Stanford University Press, Stanford CA 1991), 203.

palavras, o processo de intensificação global é proporcionalmente inverso ao poder de controle que o governante tem sobre os governados – "accountability", vai, aos poucos, perdendo o seu sentido.

A nova ordem internacional, como ditada pelas necessidades do capital globalizado, será moldada segundo os desígnios da classe executiva, daqueles credenciados por uma cidadania cosmopolita, auferido plenamente das mais ousadas descobertas nos campos da comunicação e da tecnologia. Este é um mundo sem fronteiras, adornado por logotipos *radical chic* (vide a esperta definição de Tom Wolfe) como Body Shop ou Audemar Piguet, alimentado por "drive thru's" 24-horas, abastecidos com refrigerantes *king size*, e informado pela Sky News e CNN. As guerras geoestratégicas e territoriais serão substituídas por considerações de caráter meramente financeiro, como foi o caso da Guerra do Golfo (que Baudrillard intitulou de "guerra pós-moderna"), um acontecimento que, aos olhos dos espectadores globalizados, simulava uma espécie de vídeo game, jogado à noite, de forma higiênica, sem os habituais corpos mutilados e terra chamuscada. Os Hitlers e Churchills de outrora são substituídos por indivíduos como Rupert Murdoch e William Buffet, com os seus respectivos interesses e agendas. É lógico que em tal contexto não é possível florescer uma política coerente de defesa dos Direitos Humanos; como dito, esses Direitos passam a ser vistos apenas como um meio para se alcançar um determinado fim. Não importa que os esforços para retirar Saddam Hussein do Kuaite resultaram na reinstituição de xeques neo-feudais com pouca ou nenhuma tolerância em relação aos Direitos Fundamentais de seus súditos. A Guerra do Golfo foi mais para satisfazer os ditames de uma Royal Dutch ou YPF do que os preceitos assegurados pela Declaração. Isso fica patente quando a Comunidade Internacional faz silêncio em relação aos recentes e brutais genocídios ocorridos em Ruanda e Serra Leoa, terras-de-ninguém, itens prontamente descartados pelos poderes vigentes, não interessando se numa cova rasa estejam enterrados cinco ou cinco mil.¹³

¹³ Quando interessa, os Direitos Humanos são espertamente inseridos em contexto; basta analisarmos a política atual entre os EUA e a China. Os chineses insistem em serem admitidos à Organização Mundial do Comércio com o estatuto de "Nação Mais Favorecida", que daria amplas vantagens na penetração de mercados externos ao mesmo tempo protegendo da competição setores industriais embrionários. Os EUA, temendo a invasão – dumping – de produtos chineses dentro de uma economia de déficit comercial já considerável, rejeitam a entrada da China na OMC. O discurso norte-americano contrário ao ingresso chinês tem se

Fustigados pela Nova Ordem Econômica e afugentados de seus nichos tradicionais, muitos dos marginalizados, ao notar que a deterioração de seus costumes e hábitos, optam por retraírem-se ao fundamentalismo e ao radicalismo cultural. A xenofobia torna-se, portanto, subproduto das céleres transformações provocadas pelo capitalismo tardio. Enquanto os grandes conglomerados financeiros arrombam as portas e derrubam muros a procura de novos consumidores e mercados, a resistência ocorre pelo recolhimento ao conservadorismo político e social, ao regresso de práticas arcaicas e muitas vezes bárbaras. Não estamos diante de uma salvaguarda da cultura como forma de manter a tradição, mas sim de um grito de guerra, de culturalismo defensivo em tom ameaçador. Se, por um lado, temos o advento do pós-moderno, por outro, há a volta ao pré-moderno, sendo um conseqüência do outro:

*Revealingly, only by retreating to pre-modern, traditionalist orientations does it now seem possible to seal off sovereign territory, partially at least, from encroachments associated with globalized lifestyles and the necessities of business operations ...*¹⁴

A penetração do capital e sua forte ingerência, para não dizer desrespeito, aos mais diversos modos e práticas civilizatórios está fragmentando o mundo e tornando o terreno propício para a eclosão de conflitos localizadas:

*... the fundamental source of conflict in this new world will not be primarily ideological or primarily economic. The great divisions among mankind and the dominating source of conflict will be cultural.*¹⁵

sustentado sobre os pilares da Declaração (via a emenda Jackson-Vanik de 1974, onde consta que os EUA não farão comércio com países desrespeitadores dos Direitos Humanos), escondendo os reais interesses comerciais. Nesse caso, os Direitos Humanos passam a ser valioso critério para deter a entrada de um ambicioso competidor na arena do comércio internacional. A despeito da intermediação européia, os norte-americanos têm tido sucesso via os argumentos humanitários em barrar o avanço chinês. Sobre o assunto, ver: Michaela Eglin, *China's entry into the WTO with a little help from the European Union*, "International Affairs", vol. 73, no. 3, July 1997, Pp. 489 – 508.

¹⁴ Richard Falk, *State of Siege: Will Globalization Win Out?*, "International Affairs", vol. 73, no. 1, January 1997, 132.

¹⁵ Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations?*, "Foreign Affairs", vol. 72, no. 3, May/June 1993, 22.

A euforia causada ao fechar dos anos 80, com o fim definitivo da Guerra Fria, levou alguns a postular o nascimento de um novo mundo baseado em fantasias utópicas com um quê de exagero liberal. Como expresso na controversa mas já corrente hipótese de Huntington, a célebre idealização de Francis Fukuyama, como simbolizada na sua tese sobre "o último Homem", naufraga num mar de simulacros teóricos e na parca acuidade de suas observações.

Mesmo o indivíduo mais alienado tem conhecimento do paradoxo aqui explicitado; basta citar o Islamismo dos Talibãs, as atrocidades cometidas na Argélia ou a recente vitória do reacionário BJP na Índia (que tem ressuscitado, para o temor de todos, as tensões pela disputa de Cashmir com o Paquistão) para ilustrar os exemplos mais extremos. Mesmo em países de economia avançada, pode-se salientar divisões culturalistas, como no caso dos separatistas quebeçois liderados pelo conservador Lucien Bouchard ou nas agitações fascistas provocadas por operários e jovens desempregados – os excluídos do Euro – em países como França, Alemanha e Itália. A recente guerra em Kosovo é cria direta dos tropeços provocados pela globalização, ou como expressou, em tom crítico, um estudioso, o conflito deriva das verdadeiras intenções que se escondem por meio de políticas externas mal elaboradas.¹⁶ O dilema parece ser óbvio: enquanto o capital tenta unificar o mundo a sua imagem e semelhança, há correntes contrárias que lutam em sentido contrário, perfilando um cenário de redutos étnicos prontos para explodir ao mais leve toque. No que tange aos Direitos Humanos e aos princípios expressos na Declaração, tudo isso é lançado ao vento diante da dialética *fin-de-sécle*, onde os Direitos Fundamentais ou são invocados pelos interesses já vistos ou simplesmente rejeitados como marca indelével do Ocidentalismo.

Enfim, chegamos ao final da era moderna indagando se realmente houve algum real avanço desde os longínquos tempos das Repúblicas Italianas; no que se refere ao aperfeiçoamento do sistema de transações financeiras e comerciais, parece não restar dúvida quanto à resposta. Mas se a demanda pender para o lado das garantias fundamentais do

¹⁶ Sobre a relação entre o recente conflito em Kosovo com o processo de internacionalização do capital, ver: Slavoj Žižek, *Against the Double Blackmail*, "New Left Review", no. 234, March/April 1999, pp. 76 – 82.

Homem, a certeza fica esmaecida. Malgrado avanços perpetuados pelos iluministas e enciclopedistas franceses e pela internacionalização nos últimos dois séculos do constitucionalismo inglês, os interesses do capitalismo tardio acabam por colocar à deriva maiores considerações em relação aos Direitos Humanos; a desregulamentação excessiva que insiste na praticabilidade do “Estado mínimo” e o avanço em todas as frentes da ambição mercadológica marcham sob a égide da última ilusão moderna, ou seja, do avanço irrestrito das altas finanças como pré-requisito ao bem-estar de toda Humanidade. Acreditarmos em tal ilusão é somente chafurdar na própria ingenuidade.

Riqueza, Pobreza & Informalidade

Telma Lage *

Acredito que foi no governo Sarney (final da década de 80) que as expressões ‘trabalho informal’ e ‘economia subterrânea’ adquiriram conotação positiva. Significavam que a grave situação de pobreza, revelada nos indicadores econômicos e sociais, não deviam ser levadas a sério. As estatísticas, na realidade, é que se mostravam incapazes de captar os movimentos da economia real. Haveria, neste entendimento, uma economia subterrânea, que produzia riquezas e consumo e elevava a renda per capita dos brasileiros para patamares aceitáveis. Da mesma forma as taxas de desemprego estavam altas porque ignoravam o ‘trabalho informal’, que absorvia importante segmento da mão-de-obra, e tornavam o Brasil uma economia de pleno emprego. De maneira que a questão seria metodológica, fórmulas inventadas para outras economias não refletiriam a realidade mais complexa e rica dos trópicos.

Podemos aceitar a explicação sociológica de que de fato já estávamos experimentando as mudanças no mundo da produção (e por via de consequência no mundo do trabalho - desverticalização da produção, terceirização, franchising, internacionalização do mercado, privatização, por exemplo) - que explodiriam mais à frente sob forma de crise e desemprego, e isto levava a um ‘envelhecimento’ dos indicadores econômicos, e alguma distorção em seus resultados. Mas o que não podemos aceitar é a leniência dos governos para o gravíssimo problema

* Professora de Direito do Trabalho da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio

da desinstitucionalização, que serve de moldura à informalidade e à subterraneidade. (Vê-se que o caráter 'informal' e 'subterrâneo' da economia guarda afinidades com o 'jeitinho brasileiro': uma maneira de se obter por vias transversas aquilo que a via institucional, direta e transparente teima em negar).

Esclareça-se de antemão que pelo menos o índice de desemprego do IBGE, que adota os critérios sugeridos pela OIT, já levava em conta a 'informalidade', na medida que, definida a PEA, considera empregadas as pessoas que: - (1) trabalharam em emprego assalariado, ou não trabalharam mas tinham emprego com vínculo formal de trabalho; Isto significa (i) continuidade do recebimento de salário; (ii) garantia de reintegração no trabalho ao término do período de interrupção da atividade; (iii) duração definida do período de ausência, com recebimento de benefício sem obrigação de aceitar outro trabalho; (2) exerceram trabalhos autônomos ou tinham um negócio do qual estiveram ausentes no período de referência por qualquer razão específica. Neste contexto só são considerados desempregadas as pessoas em idade de trabalhar (definidas na PEA) que, durante o período de referência, atendem simultaneamente aos seguintes requisitos: (i) estão sem trabalho (ii) têm disponibilidade para trabalhar (iii) procuraram trabalho assalariado ou autônomo em um período recente, sendo capazes de identificar procedimentos efetivos neste sentido.

Dá-se de deduz que há grande amplitude na definição do 'empregado'; basta ter feito qualquer trabalho no período de tempo imediatamente anterior à pesquisa (que pode ser arbitrado em uma semana, ou em até um mês, dependendo da pesquisa), para ser considerado empregado. Por outro lado o 'desalentado', isto é, o indivíduo que não trabalha, mas não procurou emprego naquele período por falta de alento, desencorajado pelas seguidas recusas, não engrossa o universo dos desempregados. O mesmo se diga das pessoas que não trabalham, porque não precisam, dispõem de outras fontes de sustento; naturalmente não são consideradas desempregadas. Assim os números do IBGE são bastante confiáveis e dispõem de respaldo internacional.

O que há de errado, então, com o trabalho informal? Além de indicador de pobreza - o trabalho informal tem sido identificado a priori com os "setores mais pobres do meio urbano que não tiveram acesso ao processo de modernização da economia", acreditamos que há aí um indicador de

desordem institucional de graves consequências para a economia imediatamente e para a administração, a médio e longo prazo.

De fato, a princípio, a identificação do setor informal tinha por foco "a unidade produtiva ou estabelecimento produtivo - número de empregados no estabelecimento; inclusão, ou não, de um elemento adicional referente à legalização do estabelecimento frente à regulamentação fiscal, trabalhista, sanitária etc.; e à inclusão, ou não, do serviço doméstico;" - como ensina CACCIAMALI. Neste momento já tinha sido detectada a coincidência entre trabalho informal e desobediência à ordem legal, o que podia significar desrespeito a normas sanitárias, trabalhistas e de natureza fiscal.

Sabemos que o 'cipoal legislativo' brasileiro dificulta muitas vezes as ações dos médios e pequenos empresários (além de onerar brutalmente seus empreendimentos) e que muitos destes estabelecimentos não-registrados desenvolvem atividades lícitas e que atendem a demanda da sociedade. No entanto, isto não justifica a frouxidão das autoridades administrativas, que deviam, isto sim, pressionar pela racionalização do aparato legal, uma vez que o desrespeito às normas vigentes constitui por si só uma ameaça ao sistema político democrático, como veremos.

A autora já citada esclarece ter havido uma evolução do ponto-de-vista acadêmico quando o foco de análise da informalidade foi deslocado da unidade produtiva para "as relações do trabalhador com os meios e instrumentos de produção". Isto se deu na década de 70, quando uma análise da economia do KENYA, revelou a insuficiência das categorias analíticas 'setor moderno/setor tradicional' da economia para dar conta da realidade do mercado de trabalho com que se depararam os técnicos da OIT. Aí se usaram as expressões 'setor formal/setor informal', definido o "estabelecimento informal" como aquele onde não há "separação entre capital e trabalho", o que supõe: (i) o produtor direto proprietário dos instrumentos de trabalho e/ou estoque de bens para realização de seu negócio e se insere na produção sob a forma simultânea de patrão e empregado; (ii) emprega a si mesmo e pode lançar mão de trabalho familiar ou de ajudantes como extensão de seu próprio trabalho; obrigatoriamente participa diretamente da produção (de bens ou serviços) e conjuga essa atividade com aquela de gestão."

A autora faz ainda distinção entre setor informal e economia submersa: nesta última se encontrariam os "assalariados não-registrados;

os pequenos produtores; mão-de-obra familiar e ajudantes; trabalho por conta própria e ajudantes; serviço doméstico; todas essas modalidades apresentando a característica de não se submeter a nenhum registro ou formalidade legal.

Eis o quadro que nos chama a atenção, muito mais do que a precisão dos índices estatísticos. É o fato de serem atividades à margem da regulamentação legal que deve causar alarme, e que torna injustificável o caráter festivo com que se saudou a existência dessas formas de trabalho entre nós. Porque neste painel de simpática tolerância à livre iniciativa, saem perdendo os mais fracos, os trabalhadores, os consumidores, os desamparados que devem ser assistidos pela previdência social. Atinge-se ainda a livre concorrência, na medida que se livram os informais dos custos das obrigações fiscais e dos encargos sociais.

E não é só. Muitas atividades execráveis, como o tráfico de armas e entorpecentes, o tráfico de crianças com vistas à exploração da prostituição, o emprego de menores em atividades criminosas, e em diversas formas de trabalho escravo, desumano e degradante podem estar sob o manto da economia subterrânea.

Acredito que a deterioração dos indicadores sociais, a elevada concentração de renda, a incapacidade de financiar os serviços públicos, a 'colombização' do país, em suma, pode ser explicada nesta atitude do Estado, que não se constringe com a ordem de grandeza que o IBGE aponta para o trabalho informal no país: 57% da PEA. Quantos direitos trabalhistas sonogados a trabalhadores brasileiros - inclusive apropriação indébita, no caso em que se descontam dos salários os percentuais de contribuição da previdência e o devido repasse não é feito - quanto custo com ações na Justiça, quanta oportunidade de fomentar corrupção, prevaricação e concussão, crimes ligados à fiscalização deficiente e leniente.

Lembramos que foi no Kenya, economia ainda mais frágil que a nossa, que pela primeira vez se falou nestas formas precárias de trabalho convivendo com formas civilizadas, ou de alguma maneira reguladas por leis, o que garante uma transferência de renda do capital para o trabalho. Pelo menos, foi este o caminho das metrópoles, ou seja, dos países matrizes da sociedade industrial. Após um século de graves desequilíbrios sociais, em que o fosso entre ricos e pobres - iguais juridicamente - se aprofundou, por força de um modelo liberal de contratação da mão-de-obra, que não admitia a intervenção do Estado

nas relações de produção, os próprios agentes (empregadores/ empregados) mediram forças, experimentaram modelos totalitários à direita (fascismos e nazismo) e à esquerda (stalinismo), mas acabaram por firmar um Direito do Trabalho, cujo resultado foi uma melhor distribuição das benesses do modo de produção capitalista, entre trabalhadores e empresários.

Portanto toda prestação de trabalho por conta alheia submeteu-se às regras dos mínimos (salários) e dos máximos (duração das jornadas) que reduziu a desigualdade social a níveis civilizados, equalizou as condições de concorrência, na medida que todos os empresários estavam sujeitos aos encargos sociais do contrato de trabalho, e isto em todos os países 'centrais'.

Enfim não era possível apropriar mão-de-obra de maneira informal, ou seja ao arrepio da legislação reguladora dessas relações. O ciclo de expansão, e a ação dos sindicatos, dos partidos políticos socialistas, fez avançar este arranjo, e o projeto democrático se estendeu do sufrágio universal para o consumo universal. Ou seja, de direitos políticos a direitos sociais.

Também nós tivemos industrialização e legislação trabalhista, esta inclusive mais avançada do que aquela, na medida que transplantada diretamente do continente europeu para cá, mas não tivemos equanimidade social. Como entender isto? Uma resposta pode ser buscada exatamente na tolerância ao 'trabalho informal'. Assim é que a formulação de políticas públicas de seguridade social, de tributação, de saúde e educação alcançarão eficácia na medida que o Estado assumir sua função fiscalizadora.

Desta maneira os números reveladores da economia submersa em vez de absolverem as políticas econômicas denunciam graves distorções e perversidade. Significam exploração dos mais fracos e vulneráveis pelos mais fortes; condenam as políticas públicas de distribuição de renda já em seu nascedouro; significam agressão a vários princípios informadores de uma ordem democrática: o princípio da livre concorrência; o princípio da universalidade da seguridade social, o princípio da moralidade administrativa, em uma palavra, resta ferido o princípio fundante do Estado de direito, a sujeição de todos à lei.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho* SP: Cortez, 1995.

CACCIAMALI, Maria Cristina. "Informalização recente no mercado de trabalho". MinT Secretaria do emprego e salário. Nov.89

CARDOSO DE MELLO, J. M.. *O capitalismo tardio*. Rio: Brasiliense, 1982.

HALL, John. *Estado e desenvolvimento econômico*. In Os Estados na História. Rio: Imago, 1992

Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo

Thamy Pogrebinschi¹

1. Introdução

Um dos temas que mais vem ganhando espaço atualmente na agenda das ciências sociais é o da judicialização da política. E ele não chega sozinho. Traz consigo para o centro do debate uma velha disciplina, o direito, e um novo ator político, o juiz. Com efeito, a ampliação do exercício do poder judicial nas democracias contemporâneas tem recebido a atenção de sociólogos, cientistas políticos e também de juristas.² Frequentemente associado às discussões sobre a judicialização da política está também o tema do ativismo judicial. Este trabalho objetiva examinar como algumas das principais teorias do direito contemporâneo – o pragmatismo, o interpretativismo de Dworkin, o procedimentalismo de Habermas e o positivismo jurídico – lidam com a questão do ativismo judicial. Intentaremos, portanto, indagar, entre outras coisas, se: a) esta prática vincula-se, no plano teórico, a alguma abordagem jurídica determinada.; b) a defesa do ativismo está presente nestas matrizes teóricas; c) a defesa do ativismo vincula-se a defesa da judicialização da política e, d) é possível traçar

¹ Mestranda em Ciência Política no IUPERJ e Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-Rio.

² Veja-se, por exemplo, C. Neal Tate e T. Vallinder (orgs.) *The Global Expansion of Judicial Power*, Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* e, entre nós, Werneck Vianna et alli, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*.

um perfil do juiz ativista a partir dos compromissos que cada uma destas teorias jurídicas impõem sobre este agente. Para que seja possível passar ao nosso exame e responder estas perguntas, é preciso antes tecer algumas prévias considerações sobre o tema.

Embora semelhantes, são muitas as definições de ativismo judicial encontradas na literatura sobre o tema.³ Para efeito deste trabalho, gostaríamos de propor um critério próprio para identificar um juiz ativista.⁴ Assim, consideraremos ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de cada uma das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste trabalho, um ativista.

É preciso ainda distinguir o ativismo de um outro conceito, a discricionariedade judicial. Esta última será melhor explicada mais adiante, quando tratarmos do positivismo jurídico. Por ora, gostaríamos apenas de contrapor-lá ao conceito de ativismo. Assim, temos que o ativismo pode manifestar-se em qualquer caso concreto, esteja ou não o juiz diante de normas jurídicas aplicáveis a ele. Já a discricionariedade manifesta-se apenas quando o juiz admite a inexistência de uma norma aplicável ao caso em decisão. Ao usar ativamente seu poder judicial, o juiz apela sempre para razões públicas. O juiz discricionário, por seu turno, recorre a razões privadas. Por fim, o ativismo judicial implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político. O mesmo não é válido para o uso discricionário do poder judicial.

No campo da teoria constitucional contemporânea o ativismo judicial

³ Veja-se, por exemplo, Kenneth M. Holland, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, p. 01; T. H. Rasmussen et alli, *American Government*, p. 245, Michael J Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, p. 07.

⁴ Este critério tem por base, além das definições de Holland, Perry e Rasmussen, as variáveis da análise sobre o padrão de intervenção do Poder Judiciário brasileiro utilizadas por Werneck Vianna et alli em *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, cap. 5, seção 1, p. 258 e segs.

é freqüentemente associado ao debate entre “interpretativismo” e “não-interpretativismo”.⁵ A primeira corrente determina que os juízes devem se limitar a aplicar as normas estabelecidas, implícita ou explicitamente, na constituição. Já a segunda, roga que os juízes superem estas referências e apliquem normas que transcendam o texto constitucional.⁶ Esta é a corrente usualmente vinculada ao ativismo. Juízes “não-interpretativistas” são tidos, pela literatura norte-americana, como juízes ativistas. Isto corrobora a idéia de que o ativismo prescinde o respeito à coerência do direito e à segurança jurídica. Um juiz não-interpretativista, ou ativista, não se considera limitado pelos textos legais.

Outra observação nos importa aqui. Ativismo judicial e poder de revisão constitucional (*judicial review*) são conceitos diferentes, que não podem ser equiparados. Um estudo comparativo coordenado por K. M. Holland analisou o ativismo judicial em onze países, demonstrando que este se mostra desenvolvido mesmo em países que não adotam o *judicial review* e que, em alguns casos, nem possuem constituições escritas.⁷ Por outro lado, alguns países que adotam a revisão constitucional nos moldes norte-americanos não apresentam um quadro de ativismo judicial.⁸ Esta distinção é interessante para mitigar a associação “ativismo-não-interpretativismo”, uma vez que o ativismo pode prescindir de uma constituição escrita, conforme acabamos de verificar.

O ativismo judicial é também freqüentemente vinculado ao fenômeno da judicialização da política. Esta associação também deve ser abrandada. C. Neal Tate, em estudo sobre o tema, demonstrou que os dois fenômenos são independentes.⁹ O ativismo judicial é possível em um cenário ausente de judicialização da política e vice-versa. A judicialização, segundo Tate, jamais ocorre na ausência das condições que classifica como favoráveis (democracia, separação de poderes, sistema de direitos, uso da corte por grupos de interesse e pela oposição, entre outras) e quando as instituições majoritárias são efetivas e respeitadas.

⁵ Veja-se, sobre o assunto, John H. Ely, *Democracy and Distrust*.

⁶ John H. Ely, *Democracy and Distrust*, p. 01.

⁷ É o caso, por exemplo, de Israel. *Judicial Activism in Comparative Perspective*, p. 02 e 03.

⁸ É o caso, por exemplo, da Suécia e do Japão. *Judicial Activism in Comparative Perspective*, p. 02 e 03.

⁹ Veja-se, “*Why the Expansion of Judicial Power*” in *The Global Expansion of Judicial Power*, p.27 e segs.

O ativismo também não se desenvolve, diz o autor, quando os valores dos juízes identificam-se com os das instituições majoritárias, pois neste caso eles não terão incentivo para judicializar o processo político.¹⁰ Adotaremos estas premissas ao longo deste trabalho, de forma que iremos tentar demonstrar que determinadas teorias do direito defendem a judicialização da política, mas refutam o ativismo judicial e, outras sustentam a hipótese reversa.

Uma última observação importa ser feita. O conceito de ativismo judicial que tentamos cunhar aqui aproxima-se do modelo norte-americano de ativismo, freqüentemente exemplificado com referências ao período da “Corte de Warren” (*Warren Court*), isto é, quando Earl Warren liderava a Suprema Corte daquele país. Queremos afastar nosso conceito de ativismo, portanto, do caso italiano, freqüentemente lembrado quando se trata do tema. A Itália representa, em nosso entendimento, uma hipótese de politização do judiciário e não de judicialização da política.¹¹ Os juízes que se tornaram conhecidos naquele país – e mesmo mundialmente – pelo seu “ativismo” estavam, ao nosso ver, comprometidos com interesses político-partidários – em última instância, interesses privados – e não com o bem público. A concepção de ativismo que adotamos aqui pressupõe que os juízes exerçam seu poder fazendo uso de uma razão pública.

2. Pragmatismo Jurídico

O Pragmatismo Jurídico representa, dentre os paradigmas do direito contemporâneo a serem discutidos neste ensaio, o caso mais puro de ativismo judicial. Com efeito, a própria definição desta doutrina e o método através do qual operam seus adeptos implicam em uma compreensão ativa da prática judicial. Mas, para que isso possa ser demonstrado é preciso antes retomar-se brevemente alguns aspectos do pragmatismo jurídico.

¹⁰ *Idem.* p. 34.

¹¹ Sobre o poder judicial na Itália, veja-se, Carlo Guarnieri, “*Judicial Independence and Policy-Making in Italy*” in *The Global Expansion of Judicial Power*, p. 243 e segs.

¹² Veja-se, a respeito, Richard Posner, “*What Has Pragmatism to Offer Law*” in *Pragmatism in Law and Society*, e também do mesmo autor, “*Pragmatic Adjudication*” in *Cardozo Law Review*, volume 18, setembro de 1996.

O que denominamos hodiernamente de pragmatismo jurídico consiste na revivescência de um movimento preponderante na esfera jurídica norte-americana do início do século XX, o Realismo Jurídico – também conhecido como Jurisprudência Sociológica.¹² Esta tendência doutrinária teve entre seus principais idealizadores Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Oliver Wendell Holmes, os dois últimos juízes em atividade naquele período. Introduzindo um conceito de direito puramente instrumental, os realistas foram responsáveis por um período de efervescência na Suprema Corte daquele país, bem como por decisões que entraram para a história de seu ativismo.¹³ De fato, entre 1910 e 1919, a Suprema Corte norte-americana experimentou um dos períodos de maior crescimento de seu poder judicial, registrando um aumento de 31% no total de atos normativos estaduais e federais invalidados em relação ao período anterior.¹⁴ Kenneth Holland, conhecido estudioso do ativismo judicial, afirma que, embora este aumento se deva em parte ao concomitante crescimento do número de leis aprovadas pelo Congresso, é inegável que reflete também uma mudança na postura dos juízes, fortemente influenciados pelo Realismo Jurídico.¹⁵

O Realismo Jurídico com sua concepção instrumental de Direito foi retomado na década de oitenta, porém então renomeado de pragmatismo jurídico. Entre seus propagadores estão professores, principalmente de Direito, e juízes. Com efeito, diversos são os juízes da Suprema Corte norte-americana que nas últimas décadas foram classificados de pragmatistas, entre eles Brandeis, Frankfurter, Jackson, Douglas, Brennan, Powell, Stevens, White e, mais recentemente, Breyer.¹⁶ Interessantemente,

¹³ É o caso do julgado 198 U.S 45, mais conhecido como *Lochner v. New York* freqüentemente citado pela doutrina. Kenneth Holland, por exemplo, afirma que este caso melhor exemplifica um novo padrão de decisões incorporado pela Suprema Corte sob os auspícios da influência do realismo jurídico. Cf. “*Judicial Activism in the United States*” in *Judicial Activism in Comparative Perspective*, já citado, p. 17.

¹⁴ Os dados são de Kenneth Holland. O período compreendido entre 1970 e 1988 representou o segundo momento de maior ativismo judicial da Suprema Corte. Cf. “*Judicial Activism in the United States*” in *Judicial Activism in Comparative Perspective*, já citado, pp. 15 e 16.

¹⁵ Cf. “*Judicial Activism in the United States*” in *Judicial Activism in Comparative Perspective*, já citado, pp. 15 a 17.

¹⁶ Richard Posner, “*Pragmatic Adjudication*” in *Cardozo Law Review*, volume 18, setembro de 1996. Veja-se também, Daniel A. Farber “*Reinventing Brandeis: Legal Pragmatism for the Twenty-First Century*”, *University of Illinois Law Review* 163, 1995.

vários destes juízes são identificados por Kenneth Holland como líderes do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana.¹⁷

Esclarecido o marco histórico do pragmatismo jurídico, cabe ainda explicitar – antes de prosseguirmos na nossa análise – três elementos fundamentais que operam nesta doutrina, quais sejam, contexto e consequência e anti-fundacionalismo. A idéia de contexto de que se vale o pragmatismo implica que quaisquer proposições sejam julgadas pela sua conformidade com necessidades humanas e sociais. Estas mesmas proposições devem também ser testadas por suas consequências e resultados, configurando assim o elemento consequencialista. E, por fim, o pragmatismo rompe com qualquer crença em entidades metafísicas.¹⁸ A partir de agora veremos, portanto, como que a concepção instrumental de direito do pragmatismo e a combinação destes seus três elementos principais implicam em uma definição e um método necessariamente vinculados a um ativismo judicial.

O pragmatismo não é uma teoria do Direito, mas sim uma teoria sobre como usar teoria.¹⁹ Melhor ainda, o pragmatismo é uma teoria sobre a atividade judicial. Pensar o Direito sob a ótica pragmatista, implica em compreendê-lo em termos comportamentais, como a atividade dos juízes. Nas palavras de Richard Posner, um dos maiores nomes do pragmatismo contemporâneo, “o Direito é uma atividade, mais do que um conceito ou um grupo de conceitos”.²⁰ Ao adotarmos esta definição de pragmatismo, nos remetemos necessariamente ao papel do juiz enquanto agente desta prática, ou desta atividade, que é o Direito. O juiz pragmatista é necessariamente um juiz ativista.

A afirmação acima feita pode ser melhor demonstrada ao refletirmos sobre o método empregado pelos juízes pragmatistas, isto é, o processo através da qual exercem a sua atividade. Os juízes pragmatistas fazem o Direito, e não o “encontram”. Eles são verdadeiros criadores do Direito, e não meros reprodutores. Pensar o Direito de forma pragmatista implica

¹⁷ Cf. “Judicial Activism in the United States” in *Judicial Activism in Comparative Perspective*, já citado, *passim*.

¹⁸ A descrição destes elementos baseia-se na definição de Richard Posner sobre o pragmatismo. Cf. “What Has Pragmatism to Offer Law” in *Pragmatism in Law and Society*, p. 37.

¹⁹ Neste sentido, Thomas Grey, “What Good is Legal Pragmatism” in *Pragmatism in Law and Society*, p. 25.

²⁰ Cf. *The Problems of Jurisprudence*, p. 459

mesmo em desconsiderar a idéia de interpretação judicial. O juiz pragmatista não interpreta, ele considera consequências de decisões alternativas. E estas decisões alternativas podem ser embasadas por diferentes fontes, jurídicas ou não. As fontes autoritativas são apenas fontes de informação para o juiz pragmatista, como são todos os recursos que lhe são disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos, jurídicos ou extrajurídicos. Pode-se então afirmar que os juízes pragmatistas operam com um método comparativo-consequencialista. Vale dizer, o juiz pragmatista avaliará comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, o pragmatista tentará supor consequências, e do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor.

E a melhor decisão, para o juiz pragmatista, é aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais. Ora, um juiz pragmatista é então um juiz preocupado em intervir na realidade social, criando, com suas decisões, políticas públicas. O juiz pragmatista tampouco está fechado dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico. A concepção pragmatista de Direito implica que ele adote recursos não-jurídicos em sua aplicação e que receba, constantemente, contribuições de outras disciplinas em sua elaboração.

Ao afirmar que os juízes pragmatistas “fazem” o Direito e não simplesmente o encontram ou interpretam, Posner explica que eles se valem também – ao lado de todas as fontes, autoritativas ou não – de considerações éticas e políticas. Estas considerações, no entanto, Posner identifica com uma compreensão moderna do direito natural: “O significado moderno do Direito natural não é o de um corpo de normas objetivas, mas uma fonte de argumentos éticos e políticos que os juízes usam para desafiar, mudar ou elaborar o direito positivo, em outras palavras para produzir direito positivo novo”.²¹ Com esta abordagem Posner pretende abandonar a dialética entre direito positivo e direito natural.

Assim, é possível compreender que o pragmatismo jurídico é essencialmente uma teoria sobre o ativismo judicial no sentido de que o que confere validade para as normas, no âmbito do pragmatismo, é a aplicação das mesmas. Isto é, tendo-se em referência a prescindência do antagonismo direito natural-direito positivo de Posner, não faria sentido

²¹ Posner, *The Problems of Jurisprudence*, p. 459

falar-se em um direito positivo preexistente à aplicação do juiz. O direito tornar-se-ia positivo ou positivado após ser aplicado pelo juiz e não quando promulgado pelo legislador. Ou seja, antes de ser aplicada, a norma jurídica constituiria apenas um dentre os diversos recursos e materiais dos quais o juiz pode se valer. Ela seria, sim, uma fonte autoritativa, mas não seria ainda uma norma válida. O que confere validade às normas para os pragmatistas é a sua aplicação.

O pragmatismo jurídico também não apresenta nenhum compromisso com a segurança – ou certeza – jurídica. Seu compromisso é com as necessidades humanas e sociais. O pragmatismo jurídico quer que os conceitos e normas jurídicas sirvam constantemente a estas necessidades, e isso implica que o Direito ajuste suas categorias para se adequar às práticas da comunidade extrajurídica.²² O juiz pragmatista não se preocupa em manter uma coerência lógica do sistema jurídico se isto não servir a um resultado socialmente desejável e benéfico.²³ A certeza do direito não é um dogma para o juiz pragmatista cujo ativismo sempre importará em inovação.

Os juízes pragmatistas rejeitam um suposto dever de consistência com o direito pré-existente e o vêem como uma restrição ou constrangimento à atividade judicativa.²⁴ O juiz pragmatista, afinal de contas, quer olhar para o futuro, decide de acordo com as conseqüências que o seu julgamento pode acarretar. Ele não tem o dever de olhar para o passado, para a tradição e só o faria estrategicamente.²⁵ Vale dizer, o juiz pragmatista, que quer tomar uma decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, apenas buscaria uma certa consistência com o direito pré-existente não como um fim em si, mas como um meio de atingir os melhores resultados, de formar a melhor decisão.²⁶ Afinal, muitas vezes, uma decisão judicial incongruente e que desestabiliza o direito, é uma má decisão. E o juiz pragmatista, como já sabemos, quer sempre a melhor decisão.

O pragmatismo jurídico não é, portanto, apenas uma teoria sobre a

²² Ver, neste sentido, Richard Posner, "What has Pragmatism to Offer Law", já citado, p.39.

²³ Neste sentido, David Luban. "What's Pragmatic about Legal Pragmatism?" in *Cardozo Law Review* volume 18, setembro de 1996, pp. 44 e segs.

²⁴ Richard Posner, "Pragmatic Adjudication" in *Cardozo Law Review*, volume 18, já citado, p. 04.

²⁵ Neste sentido, Ronald Dworkin. *Law's Empire*, p. 162.

²⁶ Richard Posner, "Pragmatic Adjudication" in *Cardozo Law Review*, volume 18, já citado, p. 05.

prática do direito, mas também um modo de se desempenhar esta própria prática. Prova disso é o fato de que a versão jurídica do pragmatismo não se desenvolveu isoladamente no meio acadêmico sob a forma de fórmulas teóricas, mas ganhou substância na própria atividade dos magistrados. Como já mencionamos, são muitos os juízes norte-americanos tidos como pragmatistas. É ainda de se notar que um dos grandes responsáveis pela formulação doutrinária do pragmatismo, Richard Posner, é um juiz.²⁷

3. Dworkin

Se o pragmatismo jurídico não oferece muitas dúvidas quanto à sua conexão com o ativismo judicial, já a teoria de Dworkin parece ser um caso um pouco mais complexo. Esta complexidade se deve, principalmente, à dificuldade de encontrar em seu pensamento a conciliação entre uma forte defesa da judicialização da política – que lhe é incontestável – e a defesa um juiz que a promove atrelado ainda aos pressupostos do Estado de Direito, do liberalismo e do positivismo jurídico.

Um exame atento da questão do ativismo judicial em Dworkin revela, com efeito, um diagnóstico bastante paradoxal. O juiz de Dworkin não é, certamente, um juiz passivo.²⁸ No entanto, os indicadores que nos possibilitam vê-lo como um juiz ativista esbarram em pressupostos qualificadores de uma atitude diametralmente oposta. O juiz dworkiniano quer exercer plenamente o poder de rever os atos dos órgãos políticos do Estado, criando para isso – quando necessário – direito novo. Mas, ele quer fazê-lo com um olho na preservação do *rule of law* e da primazia dos direitos e liberdades individuais e, com outro na manutenção dos princípios da segurança jurídica e da coerência do Direito.

O Direito, em Dworkin, deve ser entendido como uma questão de interpretação. De fato, a principal motivação que parece orientar sua obra é a de refutar o positivismo jurídico e todas as demais teorias do direito que, em sua opinião, não considerem de forma apropriada o tema da interpretação. Estas são, para Dworkin, teorias semânticas e

²⁷ Posner é indubitavelmente uma das referências centrais do pragmatismo na academia tendo publicado diversos artigos e livros sobre o assunto.

²⁸ Cf. *Law's Empire*, pp. 369 e segs.

não interpretativas.²⁹ A elas, Dworkin opõe um conceito interpretativo de direito e uma nova teoria para explicá-lo, o direito como integridade.

O direito como integridade deve orientar os juízes em sua tarefa diária de interpretar o direito. Interpretar, e não simplesmente decidir. Os julgamentos judiciais são, para Dworkin, necessariamente atos interpretativos. O juiz não “encontra” e tampouco simplesmente “inventa” o direito, mas o interpreta.³⁰ E ao fazê-lo consolida o processo democrático, cumprindo o seu papel de manter íntegra a história e a prática constitucional de seu país.³¹

Os juízes estão, portanto, no centro da teoria dworkiniana. São eles, afinal, que vão lidar com o direito em sua essência, a interpretação. São eles que vão ser responsáveis por dar a palavra final nos casos difíceis e controversos, os *hard cases*, constantemente no centro dos debates da esfera pública norte-americana. São eles, portanto, que poderão rever as decisões dos outros poderes do estado e optar por uma atitude ativista. Mas, como afinal o juiz dworkiniano ideal, o juiz Hércules, opera com estas possibilidades?

Dworkin não quer separar o direito da política, reconhece que a atividade dos juízes – especialmente os da Suprema Corte – é uma atividade política e que esta se realiza em bases políticas. Mas, Dworkin quer também que esta tarefa se realize e se legitime no marco de uma visão estritamente liberal do estado de direito. Dworkin defende a idéia de que os cidadãos possuem direitos morais e políticos pré-estatais que podem ser exercidos contra o Estado. Estes direitos devem ser reconhecidos no direito positivo, de modo que possam ser garantidos pela atividade judicial mediante requisição dos cidadãos.³² As Cortes, portanto, são chamadas a decidir com o objetivo de garantir aos cidadãos direitos que lhes são pré-existentes e que são, em sua essência, direitos individuais.³³ Esta idéia pode ser facilmente ilustrada pela insistência de Dworkin de que a atividade judicativa deve contemplar apenas questões de princípios e não de políticas (*policies*).

²⁹ Veja-se *Law's Empire*, pp. 31 e segs.

³⁰ Cf. *A Matter of Principle*, pp.01 e 167 e segs.

³¹ Veja-se o capítulo introdutório de *Freedom's Law*.

³² *A Matter of Principle*, pp.11 e segs.

³³ *Idem*. pp. 11 e 69.

Mais sucintamente, podemos explicar esta problemática apelando para a distinção que Dworkin faz entre argumentos de princípios e argumentos de políticas (*policies*). Para Dworkin, ambas as formas de argumento visam a justificar decisões políticas e são reconhecidas pela prática política de seu país. Os argumentos de política tentam justificar que a comunidade como um todo pode alcançar uma situação melhor se determinado programa for ou não adotado. Já os argumentos de princípios reivindicam que certos programas devem ou não ser seguidos em função de seu impacto sobre determinadas pessoas, não obstante isto implique em uma piora na situação da sociedade. Os argumentos de *policies* se baseiam em objetivos, enquanto os argumentos de princípios se fundam em direitos (*rights*). Mais ainda, os argumentos de políticas reivindicam a promoção do bem-estar geral e do interesse público, e os argumentos de princípios apelam para os direitos políticos individuais dos cidadãos.³⁴

Esta distinção ganha destaque e importância quando Dworkin aplica em sua teoria sobre a atividade jurisdicional. Esta, para Dworkin, deve se dar apenas em termos de princípios e não em termos de argumentos de políticas. Vale dizer, os juízes devem não apenas justificar suas decisões apelando para argumentos em defesa de direitos individuais e em detrimento do bem comum, mas devem também se ater a este tipo de decisão. Isto é, os juízes – inclusive, e principalmente, os da Suprema Corte – devem buscar em sua atividade apenas o reconhecimento e a garantia de direitos, não se preocupando em tomar uma atitude ativa face aos interesses coletivos gerais, tais como a erradicação da pobreza e a prosperidade da comunidade.³⁵ Assim, quando o Juiz Hércules encontrar-se diante de um caso que identifique como fundado em uma questão de política, ele se recusará a rever a decisão anterior do legislador. Ou seja, ele não exercerá seu poder de revisão constitucional pois que questões de políticas devem ser decididas no âmbito político próprio, o Legislativo. O Juiz Hércules, portanto, só exercerá seu poder de revisão em questões de princípios, isto é, questões que apelem para direitos individuais.³⁶ Talvez, com base no exposto, se possa afirmar a passividade de Hércules em questões de políticas, ou seja, questões relativas ao bem

³⁴ *A Matter of Principle*, pp. 2 e 3.

³⁵ *Law's Empire*, p. 398.

³⁶ *Idem*.

comum e, seu ativismo em questões de princípios, isto é, aquelas nas quais estejam em jogo direitos individuais.

Contra o ativismo judicial de Dworkin está também o núcleo de sua teoria do direito, o princípio da integridade. Buscando refutar o positivismo jurídico, Dworkin não consegue prescindir de dois de seus corolários, quais sejam, a segurança jurídica e a coerência do direito. O Juiz Hércules é simultaneamente limitado em sua atividade judicante por três ordens de fatores: a história, a prática e a integridade.³⁷ A integridade é certamente o limite mais rigoroso do Juiz Hércules, pois que ela é, antes de tudo, uma característica central de sua própria personalidade. E é dentro do próprio conceito de integridade que estão os imperativos da coerência, da segurança jurídica e também da consistência do direito dworkiniano. A integridade afeta a atividade judicante em três dimensões distintas, quais sejam: a) as decisões judiciais devem consistir em questões de princípios e não traduzir um compromisso, estratégia ou posição política; b) verticalmente, a integridade vincula um juiz de forma a obrigá-lo a demonstrar que a afirmação de um determinado princípio é consistente com os precedentes e com a estrutura do direito e, c) horizontalmente, a integridade compele o juiz que adota um certo princípio em um determinado caso a dar-lhe peso total também em outros momentos.³⁸

A integridade, portanto, exerce o importante papel de manter a consistência entre a decisão judicial presente, a estrutura do direito como um todo e a tradição, isto é, a narrativa histórica presente nas fontes autoritativas passadas. O Juiz Hércules, através dos princípios, pode criar direito novo, inovar. Mas ele só poderá fazer isso na medida em que a decisão que produzir for consistente com a tradição, e antes de decidir, portanto, ele tem que voltar seus olhos retrospectivamente. Muito elucidativo para compreender esta idéia é o próprio exemplo que Dworkin fornece da atividade judicante como uma narrativa consubstanciada em um romance seqüencial.³⁹ Um juiz, ao dar uma decisão, escreve um capítulo deste romance. E, sim, um capítulo novo. Mas para que ele possa ser escrito este juiz deve antes ler os capítulos

³⁷ *Freedom's Law*, p. 11.

³⁸ Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p.83.

³⁹ No original em inglês, "chain novel".

precedentes. Ou seja, um novo capítulo pode ser escrito desde que seja consistente com os anteriores. O imperativo da consistência garante então a desejada integridade da narrativa de Dworkin.

A idéia do romance seqüencial possibilita a compreensão do papel da segurança jurídica no pensamento de dworkiniano. A necessária consistência que o capítulo novo deve manter em relação aos anteriores indica exatamente a necessidade de manter-se um sistema de direito que seja previsível e coerente com o seu passado. Vale dizer, por mais que o Juiz Hércules inove, identificando um novo princípio moral que jazia implícito na Constituição e sua carta de direitos, esta inovação será sempre consistente e coerente com a história e a prática constitucionais de seu país. Toda decisão do Juiz Hércules pode ser, portanto, em alguma medida prevista. A integridade implica, assim, em previsibilidade. O Direito dworkiniano não é incerto. A vinculação com a tradição e com a estrutura do direito impede que o Juiz Hércules decida contrariamente a pressupostos já bem conhecidos de seu público. Hércules inova de uma maneira conservadora, preservando o que já se encontra consolidado atrás de si. Ele não abre mão, portanto, da segurança jurídica.⁴⁰

Hércules não é, portanto, um juiz passivo, mas também não é um juiz ativista. Nas palavras de Dworkin, um juiz ativista "ignoraria o texto da constituição, a história de sua promulgação, decisões anteriores da Suprema Corte a interpretando, e longas tradições de nossa cultura política".⁴¹ Dworkin deseja então que Hércules ocupe um lugar intermediário, entre a passividade e o ativismo judicial. Resta a questão de saber se tal lugar existe para um juiz de feições humanas – e não divinas – fora do Olimpo.

4. Habermas

Se em Dworkin encontramos uma defesa da judicialização da política desprovida da afirmação do ativismo judicial, em Habermas encontraremos um diagnóstico bastante diverso. Com efeito, o objetivo das páginas que se seguem é postular a possibilidade diretamente reversa,

⁴⁰ François Ost corrobora este diagnóstico afirmando que a unidade do Direito dworkiniano se dá em um duplo sentido: através da coerência com o passado e da hierarquia dos princípios. Cf. "Jupiter, Hercules, Hermès: trois modèles du juge" in *La Force du Droit*, p. 255.

⁴¹ *Law's Empire*, p. 378.

qual seja, se em Habermas podemos identificar um ativismo judicial em um cenário que recusa a judicialização da política.⁴²

Decerto não encontraremos em Habermas a figura de um juiz ativista, que quer outorgar para si mesmo o papel de legislador. Tampouco acharemos um juiz que, em suas decisões, não se depare com a coerência do direito e a segurança jurídica como limites a sua atividade.⁴³ Muito contrariamente, o juiz habermasiano se apresenta como a negação destes pressupostos caracterizadores do ativismo judicial. No entanto, Habermas configura um caso interessante e que vale o exercício, no qual é possível identificar-se um ativismo na produção das normas e não em sua aplicação. Este ativismo não é judicial, mas também não é exatamente legislativo. Trata-se de um ativismo da cidadania, que assume a tarefa de produzir o direito, mas também de interpretá-lo em conjunto com o Judiciário. Além disso, Habermas deixa também aberta uma modalidade específica de ativismo. Como veremos a seguir, quando se trata de assegurar um procedimento democrático e deliberativo, o juiz habermasiano deve ser um juiz ativista.

Habermas não nega a importância das cortes constitucionais e tampouco não reconhece a amplitude que vem adquirindo o poder de revisão judicial das leis e atos normativos (*judicial review*) no mundo moderno. No entanto, o paradigma procedimental de direito que quer contrapor ao liberal e ao welfariano que o antecedem, requer que se restrinja largamente o papel de tais cortes. Entretanto, é de se reconhecer também que a afirmação da atividade jurisdicional das cortes constitucionais contribui para legitimar e dar funcionalidade ao sistema jurídico habermasiano. Como afirma Andrés Sajó, o sucesso do projeto habermasiano para a modernidade requer a adjudicação constitucional.⁴⁴

Habermas reivindica que a distinção entre discursos de aplicação e de justificação de normas oferece um critério teórico-argumentativo para demarcar as tarefas respectivas que o judiciário e o legislativo podem

⁴² Empiricamente, a judicialização da política e o ativismo judicial não são interdependentes, conforme mencionamos na introdução deste trabalho. Ver, a respeito, C. Neal Tate, "Why the Expansion of Judicial Power" in *The Global Expansion of Judicial Power*, pp. 27 a 37.

⁴³ De fato, a teoria habermasiana do direito parece estar fortemente apoiada sobre estes princípios. Veja-se, por exemplo, *Between Facts and Norms*, pp. 168, 173 e 192.

⁴⁴ Andrés Sajó, "Constitutional Adjudication in Light of Discourse Theory" in *Cardozo Law Review: Habermas on Law and Democracy*, volume 17, março de 1996, p. 1194.

legitimamente cumprir.⁴⁵ Esta demarcação estabelece que o legislativo deve interpretar, elaborar e criar direitos, enquanto o judiciário deve buscar efetuar decisões coerentes em casos concretos individuais. Ao julgar, o judiciário deve mobilizar apenas razões que já tenham sido previamente concedidas pelo legislador.⁴⁶ Nas palavras de Habermas, "a corte reabre o pacote de razões que legitimaram decisões legislativas de forma que ela poderia mobilizá-las na decisão coerente de um caso individual de acordo com princípios de direito; ela não pode, no entanto, usar estas razões de uma maneira legislativa implícita, que elabore e desenvolva diretamente o sistema de direitos".⁴⁷ Aqui estão, portanto, algumas das limitações do judiciário habermasiano. Os juízes devem ater-se somente às razões legislativas, não podendo produzir as suas próprias. E isto no âmbito da única atividade que lhes cabe, qual seja, a de dar soluções para casos individuais. As cortes constitucionais não possuem, portanto, a tarefa de dar significado ao texto constitucional e, principalmente, não podem imiscuir-se no sistema de direitos. Elas devem apenas velá-lo.⁴⁸ Estes direitos, que tem um papel inviolável no direito habermasiano por assegurar a coexistência da autonomia pública e privada, só podem ser tocados pelas mãos da verdadeira soberania, a popular.

Habermas assevera, portanto, que o fato de que as cortes constitucionais, exatamente como o legislador político, são vinculadas pelas diretrizes procedimentais presentes na constituição, não implica que o judiciário e o legislativo compitam em um mesmo nível.⁴⁹ Contudo, uma corte constitucional guiada por um entendimento procedimental da constituição pode se manter em sua autoridade para aplicar a lei.⁵⁰ O que ocorre é que a constituição estabelece procedimentos políticos de acordo com os quais os cidadãos podem exercer o seu direito de autodeterminação. Os cidadãos habermasianos são autores e destinatários de seu próprio direito⁵¹; encontram a sua disposição procedimentos constitucionais que os tornam essencialmente ativos na tarefa de produzir

⁴⁵ *Between Facts and Norms*, p. 261

⁴⁶ *Idem.* p. 439

⁴⁷ *Idem.* p. 262

⁴⁸ *Idem.* p. 263

⁴⁹ *Idem.* p. 262

⁵⁰ *Idem.* p. 279

⁵¹ Ver, a respeito, Gisele Cittadino, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, p. 210.

e de interpretar o Direito. Este ativismo cívico não prescindirá, entretanto, de uma parceria com o judiciário. “A corte deve entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político”.⁵²

A corte não deverá, portanto, assumir o papel de um regente que toma o lugar de seu predecessor no trono (o legislativo). Sob o olhar crítico e atento deste ativismo cívico habermasiano, a corte constitucional deve assumir o papel de tutora.⁵³ Uma esfera pública jurídica deve ser institucionalizada com a atribuição de discutir e de interpretar o Direito. Ganha forma a “comunidade de intérpretes”.⁵⁴ Unidos, cidadãos e magistrados, além de outras instâncias e grupos representativos da sociedade civil, serão responsáveis por pela interpretação constitucional.

A disputa sobre o entendimento correto do direito envolve, assim, todos os participantes do jogo democrático. Juízes e *experts* jurídicos participam desta disputa de interpretações de uma forma privilegiada, mas não podem usar sua autoridade profissional para impor sobre o resto da sociedade uma visão da constituição, diz Habermas. O público de cidadãos deve também considerar a interpretação convincente.⁵⁵

A corte deverá, portanto, justificar suas decisões para um público que vai além da comunidade jurídica. Habermas clama pela institucionalização de uma esfera pública jurídica que ultrapasse os limites da cultura dos peritos, e que também seja suficientemente sensível para fazer de importantes decisões da corte o foco de controvérsias públicas.⁵⁶ Em Habermas, o ativismo judicial jamais poderia ganhar forma em um homem solitário e monológico.

⁵² *Mas Allá del Estado Nacional*, p. 99. Apud. Gisele Cittadino, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, p.213.

⁵³ *Between Facts and Norms*, p. 280

⁵⁴ Veja-se, a respeito, Peter Harbele, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*.

⁵⁵ *Between Facts and Norms*, p.395

⁵⁶ *Between Facts and Norms*, p. 440

Nos resta agora dedicar um último parágrafo para o caso no qual um ativismo judicial *strictu sensu* se faz presente em Habermas. Trata-se da reivindicação de que as cortes constitucionais assumam um papel ativista no que tange a garantia deste procedimento democrático e deliberativo de que farão uso os cidadãos no exercício de sua autodeterminação. Habermas assevera que, se entendermos a constituição como uma interpretação e elaboração de um sistema de direitos no qual as autonomias pública e privada estão internamente relacionadas, uma atividade judicativa audaciosa é até mesmo exigida em casos relativos à implementação do procedimento democrático e a forma deliberativa do processo de opinião política e formação da vontade.⁵⁷ Como apenas uma constituição deste tipo subsiste no sistema habermasiano – por ser, afinal, um de seus aspectos constitutivos – e, como o procedimento democrático e deliberativo constitui, ao mesmo tempo, a gênese e a legitimidade do direito, a corte constitucional habermasiana não poderá descansar deste seu ativismo audacioso e peculiar.

5. Positivismo Jurídico

Passemos a examinar agora uma doutrina que não comporta o ativismo judicial, e tampouco promove a judicialização da política. Trata-se do positivismo jurídico. A análise que faremos a seguir, nos mostrará que apesar de em um de seus aspectos o positivismo parecer apontar para um espaço extremamente propício para o desenvolvimento de uma atitude ativista por parte dos juízes, isto não poderia correr. E isto se deve ao fato, que tentaremos sustentar aqui, de que este espaço só pode ser preenchido, no âmbito do positivismo, pela discricionariedade do juiz. Argumentaremos também que o positivismo se apresenta como uma teoria essencialmente antiativista, uma vez que alguns de seus principais preceitos constitutivos são obstáculos insuperáveis ao ativismo judicial.

O positivismo jurídico, tal como elaborado por Kelsen, pode ser encarado antes como uma ciência que quer *descrever* o seu objeto, o direito, do que como uma teoria sobre a aplicação deste mesmo objeto.⁵⁸

⁵⁷ *Between Facts and Norms*, p. 280

⁵⁸ Neste sentido, Pierre Bouretz “*Le droit et la règle: Herbert L. A. Hart*” in *La Force du droit, Panorama des débats contemporains*, p. 57 e, Michel Troper “*Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen*”, p. 122 da mesma obra. É interessante também consultar o debate em Dworkin, para quem o positivismo é apenas uma teoria semântica do direito. Ver, *Law's Empire*, pp. 31 e segs.

Prova desta afirmação é o fato de que a questão da interpretação do direito surgiu apenas como uma preocupação tardia de Kelsen. Quando de seu exílio nos Estados Unidos, ele acrescentou à sua Teoria Pura do Direito um capítulo final, sobre a interpretação, e que de fato é inconsistente com o conjunto da obra.⁵⁹

No entanto, as incursões teóricas realizadas por Kelsen no campo da aplicação do direito contribuíram em grande escala para o incremento do formalismo que se arraigou definitivamente ao método positivista. Neste trabalho, vamos nos deter em apenas um aspecto da contribuição kelseniana à aplicação do direito. Trata-se da hipótese das chamadas “lacunas do direito”.

As lacunas são ficções jurídicas. Isto é, elas são presumidas pelo juiz, não dispondo de existência real. Esta presunção tem lugar na ausência de uma norma geral (lei) a ser aplicada em um caso concreto. Vale dizer, ao julgar um determinado caso o juiz positivista pode considerar que a norma que a ele seria aplicável, não existe – não foi criada pelo legislador. Esta inexistência da norma aplicável configura uma lacuna. O problema com a teoria das lacunas começa a surgir quando Kelsen refere-se ao modo pela qual elas devem ser supridas. A existência de uma lacuna legal “autoriza” o juiz positivista a criar, ele mesmo, uma norma. Esta norma, no entanto, será sempre e necessariamente uma norma particular – e não geral – e que só tem validade para o caso *sub judice*, surtindo efeitos apenas entre as partes em litígio. Para chegar a esta norma individual, o juiz supõe a existência de uma norma geral que não existe – ou seja, uma lei não positivada pelo legislador – mas que ele considera “justa” para o caso em questão. Como explica Kelsen, “a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do direito como não equitativa ou desacertada.”⁶⁰ A suposição desta norma geral e

⁵⁹ Michel Troper desenvolve esta afirmação em “*Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen*” in *La Force du droit, Panorama des débats contemporains*, pp. 132 e segs. É válido pensar também que talvez a problemática de Kelsen não gire em torno da interpretação, mas apenas da integração do direito, isto é, do suprimento de lacunas através do uso de recursos inerentes ao próprio sistema.

⁶⁰ *Teoria Pura do Direito*, p. 274. O grifo é nosso.

a conseqüente criação de uma norma particular aplicável ao caso que suscitou a controvérsia, portanto, são tarefas deixadas exclusivamente à livre apreciação do juiz. Esta apreciação é tão livre que, nas palavras de Kelsen novamente, são feitas “com base num juízo de valor ético-político subjetivo”.⁶¹ Vale dizer, são as preferências pessoais do juiz, seus próprios valores que o orientarão na hipótese de lacuna. Nestes momentos não há nada que vincule, que coíba a ação do juiz positivista. Ele não está limitado por critérios legais, tampouco pelo apelo a uma razão pública, à busca do bem comum. Ele está completamente livre para decidir – e se fazer de legislador – recorrendo apenas às suas preferências subjetivas, pessoais. As lacunas do direito implicam, portanto, no exercício discricionário do poder judicial.

Esta exposição da teoria positivista das lacunas poderia nos fazer supor que o positivismo jurídico permite uma aplicação do direito bastante flexível. Poderíamos, inclusive, pensar que esta flexibilidade propiciaria o desenvolvimento do ativismo judicial em uma corte marcada pelo positivismo. No entanto, não há de se falar em ativismo judicial neste caso porque este espaço que o positivismo abre ao juiz é preenchido apenas com discricionariedade. Os detalhes da teoria das lacunas mostram que desde a suposição de uma norma geral até a decisão do caso concreto, o juiz positivista age apelando tão-somente às suas próprias preferências, às razões subjetivas. Um juiz ativista, ao contrário, se identifica por adentrar o processo político-democrático fazendo às vezes de legislador para então participar das decisões do domínio público. Daí o ativismo judicial manifestando-se mundo afora através da elaboração de políticas públicas. Um juiz ativista vale-se de razões públicas para se orientar em suas decisões. O seu ativismo, inclusive, é movido por estas razões. É o caso quando o juiz é provocado pela sociedade civil a manifestar-se na revisão constitucional. Ou ainda, quando um juiz de inspirações dworkinianas por exemplo, faz de sua atividade profissional uma militância em prol da manutenção da história constitucional de seu país. Um juiz ativista não se identifica pelo uso discricionário de seu poder judicial, mas sim pelo uso público que faz deste poder. O juiz positivista é um juiz discricionário. O positivismo jurídico, portanto, não pode nunca transmudar-se em ativismo judicial.

A discricionariedade que marca a aplicação do direito *juspositiva* encontra-

⁶¹ *Idem*. p.275. O grifo é nosso.

se não apenas em Kelsen, mas também em outro grande representante da tradição positivista, H. L. A. Hart. E a melhor maneira de resgatar a teorização de Hart sobre o assunto é ilustrando o debate que foi levado a travar com Dworkin, arguto crítico da discricionariedade do positivismo. São três as principais acusações que Dworkin faz a Hart: a) a concepção de Hart é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos casos difíceis (*hard cases*); b) o poder judicial discricionário que Hart concebe dá apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta e, c) esta concepção hartiana é uma forma de legislação retroativa, ou de criação de direito *ex post facto* e, assim, injusta.⁶² As considerações de Hart sobre o poder judicial discricionário, com efeito, corroboram as de Kelsen. Uma de suas frases que vale transcrever, e que confirma nossa acusação de que o juiz positivista não é ativista porque desvinculado de um uso público de seu poder judicial, é: "(...) os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais."⁶³

A segunda ordem de motivos que impede que um juiz positivista seja um juiz ativista está no seio da própria doutrina do positivismo jurídico. A teoria do ordenamento jurídico delineada pelo positivismo tem como peças centrais os princípios da coerência e da completitude. O primeiro traduz-se pela idéia de que o ordenamento não comporta antinomias, ou seja, duas ou mais normas contraditórias ou contrárias. O segundo, o princípio da completitude, afirma a inexistência de lacunas no ordenamento, o que permite que o juiz sempre possa decidir qualquer caso que lhe seja apresentado.⁶⁴ Estes dois princípios, por sua vez, referem-se à característica primeira do ordenamento jurídico positivista, qual seja, a sua unidade. O apelo de Kelsen à uma norma fundamental hipotética⁶⁵

⁶² Sobre este debate entre Dworkin e Hart, veja-se os capítulos 2 e 3 do *Taking Rights Seriously* de Dworkin e o pós-escrito integrante da segunda edição do *O Conceito de Direito* de Hart.

⁶³ *O Conceito de Direito*, p. 336.

⁶⁴ Esta sistematização é de Norberto Bobbio em *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, pp. 132 e 133, e 202 e 203. O sistema jurídico não comporta lacunas, daí que, como afirmamos anteriormente, elas são ficções jurídicas.

⁶⁵ O conceito de norma fundamental – ou *grundnorm*, no original – é central no pensamento positivista kelseniano. Trata-se de uma norma hipotética, *pressuposta*, da qual emanam todas as demais normas do ordenamento jurídico. Com esta construção, Kelsen pretende fundamentar a validade de todas as normas jurídicas em uma mesma fonte. Ver, a respeito, *Teoria Pura do Direito*, pp. 221 e segs.

que servirá de fundamento de validade pra todas as demais normas do ordenamento jurídico expressa nada mais do que o desejo de fechar o sistema e assegurar a sua unidade formal. Ora, um sistema que não comporta antinomias e nem lacunas e cuja atividade interpretativa – ou integrativa – se dá somente através do recurso à analogia ou a fontes jurídico-normativas (como o são para Kelsen os costumes e a jurisprudência), é um sistema extremamente previsível. Vale dizer, a unidade do ordenamento assegura a segurança jurídica, ou certeza do direito, tornando-a imprescindível ao ideário positivista.

Um juiz ativista se caracteriza como tal quando, entre outras coisas, não encontra como limites à sua atividade os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica. Um juiz positivista, por outro lado, se caracteriza como tal justamente pelo apreço que sua doutrina lhe impõe a estes princípios. Atacá-los significa romper com o núcleo central do positivismo, atingir seu âmago. Positivismo jurídico e ativismo judicial são, portanto, conceitos que se excluem mutuamente. Um juiz positivista jamais seria um juiz ativista.

6. Considerações Finais

Ao longo deste trabalho buscamos examinar como algumas das mais proeminentes teorias do direito contemporâneo – o pragmatismo, o interpretativismo de Dworkin, o procedimentalismo habermasiano e o positivismo jurídico – tratam da questão do ativismo judicial. Os resultados encontrados, como vimos, diferem muito entre si. Em relação ao pragmatismo jurídico, vimos que sua definição e método implicam em uma defesa consistente do ativismo judicial. Com efeito, dentre todos os paradigmas do direito discutidos neste ensaio, o pragmatismo representa o caso mais puro de ativismo judicial. Já a teoria da interpretação de Dworkin aponta para um horizonte mais complexo. Conforme examinamos, Dworkin apóia um judiciário que participe das decisões políticas, porém seus compromissos com o liberalismo, o positivismo e o *rule of law* o impedem de fazer isso apoiado sobre a imagem de um juiz ativista. O terceiro caso examinado, Habermas, nos leva a um diagnóstico ainda mais diferenciado. Sua recusa pela judicialização da política impõe a imagem de um juiz fraco e de uma cidadania que parece assumir o seu lugar. No entanto, a tarefa de

resguardar o procedimento democrático e deliberativo sobre o qual seu ativismo cívico se alicerça é das cortes constitucionais – que devem fazê-lo ativamente. Por fim, o positivismo jurídico serviu para nos mostrar porque constitui-se ainda no maior obstáculo para o exercício político do poder judicial. Os compromissos que estabelece identificam-se justamente com atitudes que obstam o ativismo de qualquer juiz. E, aonde haveria espaço para este desenvolver-se, encontramos somente a defesa da arbitrariedade.

Esta tentativa de identificar o ativismo judicial entre os paradigmas do direito contemporâneo, parece nos indicar a necessidade de estudar o tema mais detidamente. O pragmatismo nos parece ser o pensamento mais próximo de uma prática ativista, mas será que os juízes ativistas conhecem a teoria pragmatista? Vimos o que cada uma das teorias analisadas pensa sobre os juízes, mas como será que os juízes pensam a respeito delas? Será que as utilizam em suas decisões? Será que elas servem de base teórica para o seu ativismo? E como o caso brasileiro participa desta discussão? Estas respostas certamente não podem ser encontradas neste trabalho.

Referências Bibliográficas

Livros:

- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Editora Ícone, São Paulo, 1995.
- BOURETZ, Pierre (org.). *La force du droit. Panorama des débats contemporains*. Éditions Esprit, Paris, 1991.
- BRINT, Michael e WEAVER, William (eds.). *Pragmatism in Law and Society*. Westview Press, San Francisco, 1991.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- _____. *Freedom's Law*. Harvard University Press, Cambridge, 1994.

- _____. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- ELY, John H. *Democracy and Distrust*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. MIT Press, Massachusetts, 3a. edição, 1999.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição, 1994.
- HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. St. Martin's Press, New York, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1994.
- PERRY, Michael J. *The Constitution, the Courts, and Human Rights*. Yale University Press, New Haven, 1982.
- RASMUSSEN, T. H. et alli. *American Government*. MC Graw-Hill, New York, 1995.
- TATE, C. Neal et VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, New York, 1995.
- WERNECK VIANNA, Luiz et alli. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Editora Revan, Rio de Janeiro, 1997.
- _____. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Editora Revan, Rio de Janeiro, 1999.

Periódicos:

- CARDOZO LAW REVIEW, Volume 18, setembro de 1996: *The Revival of Pragmatism*.
- CARDOZO LAW REVIEW, Volume 17, março de 1996: *Habermas on Law and Democracy*.

A Questão do Desenvolvimento: Um Enfoque Ideológico

Themis Aline Calcavecchia dos Santos *

Introdução

“Portanto, num dia virão as suas pragas, a morte, e o pranto, e a fome; e será queimada no fogo, porque é forte o Senhor que julga. E os reis da Terra, que se prostituíram com ela, e viveram em delícias, a chorarão, quando virem o fumo do seu incêndio; estando de longe pelo temor do seu tormento dizendo: Ai! Ai daquela grande Babilônia, aquela forte cidade! Pois numa hora veio o seu juízo. E sobre ela choram e lamentam os mercadores da terra; porque ninguém mais compra as suas mercadorias: mercadorias de ouro e de prata, e de pedras preciosas, e de pérolas, e de linho fino, e de púrpura, e de seda, e de escarlata; e toda a madeira odorífera, e todo vaso de marfim, e todo vaso de madeira preciosíssima, de bronze e de ferro e de mármore.” (Apocalipse, 18, 8-12).

A realidade contemporânea parece ter encarnado as profecias do Apocalipse. Os milhões de famintos espalhados pelo mundo, dos quais 32 milhões estão no Brasil, revelam que o Apocalipse é agora (parafraseando o filme *Apocalypse Now*).

As experiências liberais e comunistas não conseguiram evitar que tal profecia se concretizasse. A queda da União Soviética deixou órfãos aqueles que acreditavam ser possível organizar um estado igualitário, com a riqueza melhor distribuída.

* A autora é socióloga e advogada. Mestre em Direito pela PUC-Rio e Professora da PUC-Rio e Universidade Candido Mendes.

Não fosse Marx ateu e materialista, poderíamos dizer que ele foi o primeiro a refletir e apontar as mazelas de um sistema criado para difundir a desigualdade sob a “bandeira” do princípio de igualdade através da ideologia.

Estamos vivendo não só o final do século XX, como principalmente o final do milênio. Cabe aos intelectuais a árdua tarefa de pensar sobre que caminhos seguir visto que os modelos apresentados e existentes não foram capazes de extinguir a peste que por milênios contamina a humanidade - a fome.

Enquanto o mundo socialista estava “de pé”, ainda havia uma expectativa de que seu modelo pudesse expandir-se, não nos moldes do totalitarismo em que foi implementado, mas que seus princípios levassem à consciência de que o liberalismo (como pensamento político dominante no “bloco ocidental”) e o capitalismo (como manifestação econômica das idéias liberais) dificilmente conseguiriam equacionar o problema da fome, entendendo-se aqui não só a ausência total de alimentos que assola o mundo, mas as desigualdades com que são tratados aqueles que produzem a riqueza - os trabalhadores e a deterioração do meio ambiente (também, responsável pela fome).

Entendemos que, ao contrário de se proclamar a vitória do “Império do Mercado” na Guerra Fria, existe um hiato, que, por mais angustiante que possa parecer, tem o mérito de ter reaberto o debate de questões que eram tidas como resolvidas, retomou-se a UTOPIA. Os mais céticos acreditam na sua inexistência.

Todavia, há que se analisar os paradigmas que nortearam os pensadores até então e partir para a discussão de um novo paradigma, cujos pressupostos estejam voltados para o entendimento das razões que levam ao “homem ser o lobo do homem”.

Entendemos que a questão do desenvolvimento é fundamental para a nossa discussão na medida em que acabou por se constituir na antítese da própria vida.

Neste trabalho procuraremos tratar da ideologia da modernidade que, paradoxalmente, na atualidade mostra-se contraditória aos seus princípios, principalmente no que diz respeito ao meio ambiente.

I - O Ideário da Modernidade

Os séculos XVII e XVIII foram marcados pela crescente discussão

acerca do racionalismo, da racionalidade, que fincaram as bases do pensamento iluminista.

O homem não mais estava voltado para a contemplação da natureza, para a obediência à vontade divina, para a representação de Deus através do clero e dos monarcas absolutistas. Havia uma inquietação para a busca de si mesmo. Não mais eram satisfatórias as colocações da vontade divina como determinante dos destinos. O homem entendia ser ele próprio o norteador de seu destino.

A insatisfação com o *status quo* aliada à filosofia kantiana, que colocava o homem como detentor de uma razão pura, ratificaram a construção do pensamento iluminista, estabelecendo uma ruptura com o modelo existente até então e criando a era da modernidade.

Do ponto de vista político, a racionalidade delineava a divisão entre espaço público e privado, criando a figura do cidadão, agente transformador do *status quo* através da representação de seus interesses na esfera pública. As relações de vassalagem deram lugar ao debate político. Estavam, assim, divididas as relações de poder, estabelecendo-se um “equilíbrio” entre o que Rousseau chamava de “vontade geral” e a “vontade do soberano absolutista”, defendida por Hobbes.

Surgiu a figura do Estado como o “ente” representativo do espaço público.

“Habermas (1986) tem examinado como se desenvolveu na Europa, desde o século XVII, a esfera pública, isto é, um setor da vida social em que um agregado de pessoas privadas raciocina e debate publicamente. Trata-se, em outras palavras, da emergência histórica da chamada “opinião pública”: multiplicavam-se os foros de discussão de assuntos de interesse geral (clubes, cafés, salões etc.), que buscavam mediar a divisão crescente entre o Estado e a sociedade civil fomentada por uma expansão das economias de mercado que, na Europa continental deu-se no marco de sistemas absolutistas fortemente implantados.

Ia-se articulando assim o modelo liberal de uma esfera pública como portadora de uma dupla potencialidade: de uma parte, a reivindicação tendencialmente igualitária dos direitos dos cidadãos privados a ingressar como tais no campo das decisões políticas e, de outra, a liquidação explícita do princípio da autonomia e sua substituição no governo da razão. É claro que estas potencialidades não chegaram a se consumir: a sociedade política acabaria reafirmando o sistema de desigualdades da

sociedade civil e os interesses da burguesia fixariam os limites do projeto da autoderminação racional. (...) O Iluminismo transforma-se na idade da ideologia quando se empreende a mobilização das massas para projetos públicos através da retórica do discurso racional.”¹

Locke, precursor do pensamento liberal, entendia que o poder político só poderia ser exercido através do “consenso”. O governo, que ele não distingue da sociedade civil, tinha como pressupostos o bem-comum, a liberdade e a igualdade.

“A modernidade, nascida com a ilustração, teria privilegiado o universal e a racionalidade; teria sido positivista e tecnocêntrica, acreditando no progresso linear da civilização, na continuidade temporal da história, em verdades absolutas, no planejamento racional e duradouro da ordem social e política; e teria apostado na padronização dos conhecimentos e da produção econômica como sinais da universalidade”.²

A crença no homem como ser racional, livre de paixões, marcou sobremaneira as transformações sociais, políticas e econômicas da Europa (séculos XVIII e XIX). A declaração dos direitos do homem tentou colocar um ponto final nos abusos cometidos pelas aristocracias. A lógica capitalista aponta uma perspectiva de mobilidade social da burguesia, que passa a dirigir os rumos da economia.

Para Rouanet³, “o projeto civilizatório da modernidade tem como ingredientes principais os conceitos de universalidade, individualidade e autonomia. A universalidade significa que ele visa todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais. A individualidade significa que esses seres humanos são considerados como pessoas concretas e não como integrantes de uma coletividade e que se atribui valor ético positivo à sua crescente individualização. A autonomia significa que esses seres humanos individualizados são aptos a pensarem por si mesmos, sem a tutela da religião ou da ideologia a agirem no espaço público e a adquirirem pelo seu trabalho os bens e serviços necessários à sobrevivência material”.

Para a modernidade, as paixões combatidas até então, principalmente

¹ NUM, José - “El outro reduccionismo”, in Estudios sobre la racionalidad política y el sentido común. Ediciones Nueva Visión. Buenos Aires. 1989. p. 31.

² CHAUI, Marilena - “Público, Privado e Despotismo” in Ética. 1993. p. 346

³ ROUANET, Sérgio Paulo - “Iluminismo ou Barbárie” in Mal-Estar na Modernidade. Cia. Das Letras. Rio de Janeiro. 1993. p. 9.

pela Igreja como sendo fruto do insano, tem lugar assegurado ao lado da razão, consistindo no que se poderia chamar de “fiel da balança”, na medida em que, de acordo com Rouanet, o ser racional é aquele cujas paixões, interagindo com a razão, o levam ao saber imparcial - razão sábia. “A razão sábia, interagindo com a paixão, produz a autonomia. Isto significa que o ego é suficientemente maduro para administrar sua vida passional sem levar em conta nem os imperativos irracionais da moralidade externa, nem os imperativos muito mais irracionais da moralidade interiorizada no superego. Ele é o seu próprio tribunal, e só ele julga que impulsos podem ser atendidos, como e quando, ignorando as tutelas, internas ou externas. A razão louca regula a vida moral pela defesa inconsciente, a razão sábia pelo julgamento intencional”⁴

O modelo econômico burguês, o capitalismo, distanciou-se dos pressupostos da igualdade, reforçando a desigualdade da distribuição da riqueza. O Estado não intervencionista deixa de atender a finalidade precípua para o qual foi criado, qual seja, a garantia do bem-comum.

Marx apropria-se dos conceitos de universalidade e racionalidade trazidos pela modernidade, porém com o entendimento de que o trabalho é o centro da “práxis” histórica. O Estado Moderno, consolidando a esfera pública e, conseqüentemente, ampliando o acesso à educação, à ciência, constitui-se no espaço político ideal para aflorar a consciência de classe. O espaço público, segundo Marx, era fundamental para a formação do sujeito coletivo. “Para Marx, o sentido é sempre uma propriedade da prática coletiva e não da consciência individual.”⁵

Todavia, o espaço público ainda é a arena onde as ideologias vão se confrontar. Para Marx, este espaço público é fundamental na medida em que possibilita a organização da classe trabalhadora e permite a tomada de consciência do proletariado, através do debate das idéias e da divulgação da ciência.

“O aprofundamento da esfera pública proveria uma plataforma, ou pelo menos, um modelo; e, como só é verdadeiramente livre uma discussão que se baseia no conhecimento, a educação e a informação dos participantes eram seu requisito imprescindível.(...) A consciência de classe

⁴ ROUANET, Sérgio Paulo - “Razão e Paixão” in Os sentidos da Paixão. Cia. Das Letras. Rio de Janeiro. 1993. p. 457 e 463.

⁵ NUM, José, op. cit. . 36.

tematizava a unidade tendencial do novo sujeito coletivo em formação porque Marx supunha que se estava constituindo um campo de significações alternativo e potencialmente homogêneo que ia assegurar essa unidade. Este seria o espaço da reconciliação dos opostos produto não do conhecimento da idéia - como em Hegel - mas da transformação prática do mundo de uma criação coletiva que teria controle total sobre suas obras e que estaria em condições de articular a experiência cotidiana e conhecimento científico.”⁶

II - A Racionalidade Desenvolvimentista e o Meio Ambiente

A necessidade sempre foi o motor do desenvolvimento, sempre foi a responsável pela relação do homem com a natureza. Na tentativa de satisfazer às suas necessidades o homem inicia o domínio da natureza.

Na Antropologia, Malinowski define cultura como sendo a resposta que o homem dá às suas necessidades. Daí o equívoco em se referir a culturas desenvolvidas ou não. Por exemplo, a vestimenta traduz-se muito mais em necessidade de se proteger do frio para os homens que habitam o hemisfério norte e extremo sul do que para os que habitam a linha do equador e trópicos, tendo em vista o clima quente destas regiões.

A natureza, ao mesmo tempo em que é a fonte de vida do ser humano, constitui-se no seu maior desafio. A relação do homem com a natureza, inicialmente pautada no medo, aos poucos foi-se transformando em sinônimo de poder, através do uso da tecnologia.

A Revolução Industrial, que aconteceu sob o ideário da modernidade, estabeleceu um novo conceito de necessidade.

“A intensidade, a satisfação e até o caráter das necessidades humanas, acima do nível ideológico, sempre foram condicionados. (...) Podemos distinguir tanto as necessidades verdadeiras como as falsas necessidades. “Falsas” são aquelas superimpostas ao indivíduo por interesses sociais particulares ao reprimi-lo: as necessidades que perpetuam a labuta, a agressividade, a miséria e a injustiça. (...) A maioria das necessidades comuns de descansar, distrair-se, comportar-se e consumir de acordo com os anúncios, amar e odiar o que os outros amam e odeiam, pertence a essa categoria de falsas necessidades.”⁷

⁶ Ibid., pp. 39, 40 e 47.

Dentro disso, temos o desenvolvimento desenfreado, onde as falsas necessidades transformam-se velozmente em sucatas e o preço pago é a constante deterioração da qualidade de vida, do meio ambiente.

O século XX está sendo marcado pela tecnologia. Ela é o divisor de águas entre os que são considerados desenvolvidos, subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento. Além das armas nucleares, é a tecnologia a maior arma que os países encontram para defender-se da “colonização” intentada pelos países “ditos desenvolvidos”.

A tecnologia custa caro em todos os sentidos, principalmente quando o preço que se paga é a vida humana.

“Atualmente, o poder político se afirma através dos seus poderes sobre o processo mecânico e sobre a organização técnica do aparato. O governo das sociedades desenvolvidas e em fase de desenvolvimento só se pode manter e garantir quando mobiliza, organiza e explora com êxito a produtividade técnica, científica e mecânica à disposição da civilização industrial. E esta produtividade mobiliza a sociedade em seu todo, acima e além de quaisquer interesses individuais ou grupais. O fato brutal de o poder físico (somente físico?) da máquina superar o do indivíduo e o de quaisquer grupos particulares de indivíduos torna a máquina o mais eficiente instrumento político de qualquer sociedade cuja organização básica seja a do processo mecânico. (...) No período contemporâneo os controles tecnológicos parecem ser a própria personificação da razão para o bem de todos os grupos e interesses sociais - a tal ponto que toda contradição parece irracional e toda ação contrária parece impossível.”⁸

O “boom” desenvolvimentista iniciado nos anos 50 nos E.U.A. e Europa e nos anos 70 no Brasil, trouxe consigo uma crescente degradação do meio ambiente.

Já em fins dos anos 60 e durante toda a década de 70, a poluição ambiental estava em pauta. Falava-se em poluição sonora, poluição do ar e poluição das águas.

Quando falamos em racionalidade, individualidade, espaço público e bem-comum estávamos nos referindo, especialmente, ao meio ambiente, à racionalidade que destrói as condições fundamentais de

⁷ MARCUSE, Herbert - “As novas formas de controle”, p. 26.

⁸ Ibid., p. 25 e 30.

vida do ser humano. Aos valores que colocam as riquezas materiais sobrepujando a riqueza maior que é a própria vida.

A declaração dos direitos do homem, resultado da Revolução Francesa, estabelece que todo homem tem direito à vida. Entretanto, esta máxima adotada em quase todas as nações do mundo, parece ser esquecida, entrando, apenas, no direito formal.

O ideário da modernidade, em voga até os dias atuais, ressaltadas as proporções históricas, parece sustentar a própria destruição de seu valores intrínsecos (liberdade, igualdade e bem-comum), na medida em que dá lugar à desenfreada “corrida do ouro”, desprezando os “meios” em favor dos “fins”. É a máxima de que “os fins justificam os meios”.

“A particularidade distintiva da sociedade industrial é a sufocação das necessidades que exigem libertação enquanto mantém e absolve o poder destrutivo e a função repressiva da sociedade afluenta. (...) Sob o jugo de um todo repressivo a liberdade pode ser transformada num instrumento de dominação. (...) Defrontamos com um dos aspectos mais perturbadores da civilização industrial desenvolvida: o caráter irracional de sua racionalidade. Sua produtividade e eficiência, sua capacidade para aumentar e disseminar comodidades, para transformar o resíduo em necessidade, a destruição em construção.”⁹

Do pensamento da modernidade foi confundida a idéia de individualidade com individualismo, preponderando o segundo, que significa a exacerbação do narcisismo, do culto ao Eu em detrimento do sujeito coletivo, da organicidade.

O narcisismo é a antítese da racionalidade na medida em que é a “negação do outro”. O valor dado ao indivíduo pela modernidade, ao contrário de representar a individualidade significou, mais do que qualquer outra coisa, um culto ao individualismo, expresso principalmente pelo pós-modernismo. A preponderância do micro sobre o macro, colocada nos termos pós-modernos é alienante e não conscientizante.

Entendemos que a universalidade e a individualidade não estão dissociadas, ao contrário, andam juntas em matéria ambiental. São os indivíduos que poluem um meio que «é universal. Sabe-se que os fenômenos da natureza interligam o planeta. Acidentes ecológicos de grandes proporções podem atingir a todos graças aos fenômenos das

⁹ Ibid., p. 28 e 29.

correntes marinhas e das massas de ar. A reivindicação da internacionalização da Amazônia em decorrência da crença de que ela é o "pulmão do mundo" é prova disto. O lixo jogado na rua é formado por pequenos pedaços de papel, por exemplo, jogado por cada indivíduo separadamente, que acredita que por ser tão pequeno não vai sujar a rua. O resultado são ruas imundas. É o individualismo a toda a prova.

Considerações Finais

Procuramos, ao longo do trabalho, trazer à baila a questão do meio ambiente, tendo em vista ser hoje o principal problema a ser enfrentado no século XXI. A qualidade de vida para as futuras gerações está comprometida em consequência do avanço da sociedade industrial.

É curioso observar que os países "ditos desenvolvidos" são os principais articuladores de uma política de proteção ambiental e, ao mesmo tempo, são os principais exportadores de tecnologia "suja", proibida em seus territórios, para além do fato de serem os principais consumidores dos produtos advindos da destruição de espécies (vegetais e animais, tais como: madeira, peles, couro etc.).

Importante destacar que a sociedade industrial está retornando ao período medieval, onde não havia a distinção entre o público e o privado, na medida em que existe a apropriação do público (meio ambiente e Estado) pelo privado. Os interesses do chamado "capital internacional", portanto, os interesses privados, estão sobrepujando aos interesses do próprio Estado, que submisso ao poder econômico sede às pressões no sentido de liberar a exploração desenfreada de recursos naturais, além de poluir e destruir o solo, o que acarreta a desertificação da terra, reduzindo a capacidade de plantio e, conseqüentemente, aumentando a fome.

De acordo com Chauí, "de um modo geral, o conflito ou a contradição que atravessam a separação entre o público e o privado podem ser resumidos na pergunta que sempre atormentou os moralistas antigos e modernos: os fins justificam os meios? Um dos divisores de água que a modernidade traçou entre a ética e a política foi dado pela baliza posta por essa pergunta. No caso da ética, a resposta é negativa: os meios precisam estar de acordo com a natureza dos fins. (...) Ao contrário, no caso da política, a resposta tende a ser positiva e, portanto, estabelece uma diferença de natureza de natureza entre meios e fins,

exigindo-se porém, que haja alguma proporção (ou racionalidade) entre eles. A idéia que parece prevalecer, portanto, é a de que, na política, todos os meios são bons e lícitos, se o fim for bom para a coletividade. A curiosa expressão "rouba mas faz" exprime essa idéia."¹⁰

A paixão pelo poder, a realização do desejo de riqueza, constituem-se em vínculos negativos de se relacionar com as paixões. De outra maneira, "quando a razão, influenciada pelos afetos distorce ou bloqueia o conhecimento, e reprime ou libera a vida passional de um modo destrutivo, estamos diante da razão louca. Interagindo com a paixão, a razão louca produz a falsa consciência, no plano cognitivo e a heteronomia, no plano moral."¹¹

O poder, ao contrário de servir aos interesses do bem-comum, transforma-se em realização pura do desejo. É a razão louca daqueles que conhecem mas que possuem uma falsa consciência na medida em que, através de suas práticas espúrias, negam os princípios básicos da razão iluminista, quais sejam, o universalismo, a autonomia, a liberdade.

Como dissemos acima, a razão louca, no sentido da falsa consciência, teve sua definição complementada por Freud, quando este estabeleceu a relação com o Ego, onde a realização do prazer toma o lugar do conhecimento. A supervalorização do Ego pode ser atribuída a uma consequência do poder. Os desvios que se seguem transformam seus agentes em verdadeiros narcisistas.

"Marcuse criou o conceito de sublimação repressiva, pelo qual o sistema social existente encoraja uma liberação administrada das paixões, com vista à preservação do *status quo*. Mas, muito antes disso o facismo já havia estimulado uma exteriorização parcial das paixões destrutivas, para gerar nas massas a agressividade anti-semita."¹²

Ainda de acordo com Marcuse¹³, "progresso' não é um termo neutro, encaminha-se para fins específicos, e esses fins são definidos pelas possibilidades de melhorar a condição humana. (...) Os setores mais avançados da sociedade industrial ostentam completamente esses dois fatores: a tendência para a consumação da racionalidade tecnológica e

¹⁰ CHAUI, op. cit., p. 253.

¹¹ Rouanet, "Razão e Paixão, op. cit., p. 449.

¹² Ibid., p. 456.

¹³ MARCUSE, op. cit., p. 35 e 36.

esforços intensos para conter essa tendência no seio das instituições estabelecidas. Eis a contradição interna dessa civilização: o elemento irracional de sua racionalidade. É o totem de suas realizações. A sociedade industrial que faz suas a tecnologia e a ciência é organizada para a dominação cada vez mais eficaz do homem e da natureza, para a utilização cada vez mais eficaz de seus recursos.”

Sabe-se que a miséria é poluente. A fome degrada o meio ambiente porque degrada o homem. O crescimento desordenado das cidades, o trabalho em condições precárias (quer de instrumentos, quer por excesso), a falta de atendimento adequando para a saúde, a falta de acesso à educação etc., são exteriorizações da razão louca, que trazem como consequência a deteriorização do meio ambiente.

Estudos de Direito Comparado

O Afro-Brasileiro e os Direitos Culturais face à Globalização

Sérgio Abreu *

"É que Narciso acha feio o que não é espelho".

Caetano Veloso

Introdução

O agitado debate que envolve a problemática da garantia jurídica dos direitos culturais dos afro-brasileiros, situa a questão no âmbito da transjuridicidade, merecendo uma reflexão crítica acerca da aplicação das normas constitucionais e dos instrumentos jurídicos internacionais.

As questões étnico-raciais a partir dos instrumentos jurídicos internacionais, tais como a Convenção Sobre Eliminação Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e demais instrumentos que integram o arsenal de direitos humanos, propiciaram o transbordo das questões raciais para além do positivismo jurídico (transpositivismo), insuficiente para atender as demandas das ditas comunidades insurgentes que buscam a afirmação dos seus direitos culturais. Com efeito, as questões jurídico-étnico-raciais, exigem um foco de análise mais amplo, sobretudo no ano da III

* Sérgio Abreu é Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional: PUC-RIO, Professor de Direito da PUC-Rio, Membro Fundador da Rede Nacional de Advogados e Operadores do Direito Contra o Racismo e autor do Livro "Os Descaminhos da Tolerância: O Afro-brasileiro e o Princípio da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional". Lumen Juris. 1999.

Conferência Mundial da ONU contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância (Assembléia Geral das Nações Unidas – Resolução de número 52/111, de 12 de dezembro de 1997). Tal evento tem como principal objetivo a análise dos fatores políticos, históricos, econômicos, sociais, culturais entre outros que conduzem ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e às formas conexas de intolerância.

A globalização e seus efeitos, tem sido a fonte de preocupações daqueles que lutam contra as agudas desigualdades sociais que afligem os descendentes da afro-diáspora. Segundo Paulo Bonavides, *"A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência"*¹.

O esforço acadêmico para garantir a justiciabilidade dos direitos culturais no âmbito do direito constitucional e internacional dos direitos humanos, visa dar maior eficácia social aos instrumentos jurídicos, e *in casu*, aqueles protetores da diversidade étnico-cultural.

Os efeitos da globalização no âmbito da cultura, foi tratado no Seminário Rio Roma Americana (23 a 25 de novembro de 2000). Universalismo come resistenza, evento realizado pela ASSLA – Associazione di Studi Sociali Latinoamericani e L' Assessoratto alle Politiche Culturali del Comune di Roma com a colaboração da Secretaria de Cultura do Estado do Rio de Janeiro. Naquela ocasião apresentei na Casa delle Letterature, no Painel Cittadinanza e Culture. "Latinidade e Africanidade" a comunicação "O afro-brasileiro e a proteção Constitucional à diversidade étnico-cultural", com a qual fui agraciado com o prêmio "Jubileu de Roma". A seguir o conteúdo da comunicação.

¹ Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. P.524.

“O Afro-Brasileiro e a Proteção Constitucional à Diversidade Étnico-Cultural”

O propósito nuclear dessa comunicação não se limita, *tout-court*, a apresentar um painel expositivo acerca da problemática da proteção constitucional brasileira à diversidade étnico-cultural, especialmente dos afro-brasileiros, nem tampouco enveredar por todas as disciplinas das ciências sociais com as quais tangencia a problemática da resistência cultural dos descendentes da afro-diáspora. Gizamos o trabalho a partir da perspectiva interdisciplinar, exigida pelo tema, conjugando reflexões de natureza social, ideológica e jurídica. A comunicação é importante, na medida em que é minguada a experiência jurídica brasileira no campo da doutrina e da jurisprudência no que pertine a defesa dos direitos culturais das populações afro-brasileiras. Nesse sentido a comunicação abordará a proteção constitucional à diversidade étnico-cultural e os mecanismos jurídico-constitucionais de proteção ao patrimônio histórico-cultural pertencentes a esses grupamentos étnicos formadores da identidade nacional. Enfim, trata-se metodologicamente da recensão do item seis do capítulo II do livro do comunicante sob o título “Os Descaminhos da Tolerância – O afro-brasileiro e o princípio da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional”, publicado pela Editora Lumen Juris. Ano 1999.

Prefacialmente, destacamos que a preservação e proteção da cultura afro-brasileira, pertencente ao grupamento integrante do processo civilizatório nacional, foi fruto das incansáveis reivindicações dessa comunidade. O agitado debate acerca do pluralismo cultural ensejou severas críticas sobre o papel ideológico dos Estados, que procuram uma justificativa para suas políticas de aculturação, que freqüentemente realizam políticas de assimilação ou de folclorização das culturas minoritárias².

Nesse passo, tem assento constitucional a garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e a acessibilidade às fontes da cultura nacional. O apoio e o incentivo à valorização e a difusão das manifestações culturais(art.215 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB)

² Sélim Abou, *L'identité culturelle*, p.7.

têm no Estado a garantia constitucional da proteção às manifestações da cultura afro-brasileira, enquanto grupo participante do processo civilizatório nacional(art.215, parágrafo 1º da CRFB).

O direito a cultura se articula com os direitos fundamentais, na medida em que cada pessoa deve ser compreendida com as demais, com o seu passado, com suas referências étnico-culturais, “*decorrentes da inserção numa comunidade determinada*”³. Nesse sentido a constituição brasileira define patrimônio cultural como sendo constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, desde que portadores de referência à identidade(art.216, CRFB).

A cultura, como valor indissociável às prestações existenciais, deve ser protegida e garantida pelo Estado.

Assim leciona J.J.Gomes Canotilho:

“O princípio da democracia econômica e social não se limita, unilateralmente, a uma simples dimensão econômica: quando se fala de prestações existenciais para “assegurar uma existência humana digna” pretende-se também aludir à indissociabilidade da “existência digna de uma expressão cultural e ao mesmo tempo, à inseparabilidade da “democracia cultural” de um Daseinsvorger material”⁴.

É insofismável a articulação do princípio da igualdade, ou seja com a igual fruição do direito a proteção étnico-cultural, com o princípio da dignidade da pessoa humana, “*por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas da atualidade, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário. (...) Nesse contexto de novas ordens e novas desordens, os princípios e valores ético-sociais sublimados na Constituição, com a proeminência do princípio da dignidade de homens e mulheres, assumiram o papel de faróis de neblina a orientar o convívio e os embates humanos no neoveiro civilizatório neste prólogo do novo milênio e de uma nova era*”⁵.

³ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional.Tomo IV, Direitos Fundamentais,p.171.

⁴ J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p.478.

⁵ Carlos Roberto Siqueira Castro. O Princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas. 1988-1998. Uma década de Constituição ,p. 113-114

Afivelados estão os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, enquanto elementos de “*utopia concreta, que atendem as perspectivas constitucionais-humanitárias*”⁶. Assim é que, a dignidade da pessoa humana (art. 1º inc. II da CRFB) consta do rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A proteção dos valores culturais de um dado grupamento étnico, assegura o direito a diferença, e *in casu*, o direito a diversidade cultural.

*“Las diferencias culturales son expresion de la resistencia de ciertas manifestaciones culturales a homogeneizarse – la resistencia de las diversas lenguas a la estructura del inglés o, sencillamente, a ir desapareciendo, la resistencia de ciertas etnias a una mimesis alinadora, la resistencia a abandonar unas costumbres o a olvidar un pasado simplemente porque es minoritario”*⁷.

Com efeito, a expansão do termo patrimônio cultural acolhe as diversas formas de manifestações culturais pertencentes ao acervo remanescente dos diversos grupos formadores do processo civilizatório nacional⁸, eliminando as restrições à terminologia tradicional, que se limitava a patrimônio histórico, artístico e paisagístico.

A Constituição brasileira, ao defender o patrimônio cultural e as manifestações das culturas populares (art. 215, parágrafo 1º), indígenas e afro-brasileiras e outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, garante os direitos culturais como direitos inerentes à pessoa humana. Defender a cultura, significa defender a si próprio, sua família, seu grupo social, sua comunidade; daí sua articulação com os direitos fundamentais.

Portanto, defender a cultura é responsabilidade do Estado. A acessibilidade dos direitos culturais é decorrente do dever do Estado. A garantia do acesso aos bens culturais, materiais e imateriais, possibilita a preservação identitária dos grupos formadores da sociedade brasileira. Assim é que, a cultura é um valor filosófico, político, e mais, um valor jurídico

⁶ Luzia Marques da Silva Cabral Pinto. Os limites do poder Constituinte e a legitimidade material da constituição, p.162 e s

⁷ Vitoria Camps, El Derecho a la Diferencia. Ética Y Diversidad Cultural. León Olivé. Compilador. p.970.

⁸ José Afonso da Silva, curso de direito constitucional positivo, p.770.

protegido pela ordem constitucional brasileira. Nesse sentido, o Estado não pode se abster, deve adotar uma ação positiva a fim de assegurar a eficácia desse direito, que *in casu*, pertence a comunidade afro-brasileira.

As formas de expressão, os modos de criar, fazer, viver, deverão ser apoiados, incentivados, valorizados e difundidos pelo poder público.

A eficácia social dos direitos culturais deve ser entendida como instrumento de conservação dos grupos formadores da sociedade, bem como instrumento de transformação social. A concretização dos direitos culturais é direito de todos e dever do Estado.

Consoante está o texto constitucional com os diversos instrumentos internacionais: a) A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 22, afirma que qualquer pessoa como membro da sociedade tem direito à satisfação dos direitos culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional; b) O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 15, assegura que é direito de toda pessoa participar na vida cultural, gozar de benefícios do progresso científico de suas aplicações e beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhes correspondam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora.

Para tanto, afirma o aludido Pacto que deverão ser adotadas medidas para o exercício desse direito, necessárias à conservação, desenvolvimento e difusão da cultura e da ciência.

A República Federativa do Brasil “*rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*” (art. 4º, inciso II e IX, CRFB).

Ficam de igual sorte protegidas as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, bem como os “*conjuntos urbanos e sítios de valor histórico*”, bem como às “*obras*”, “*objetos*”, “*documentos*” e “*edificações destinados às manifestações artístico-culturais*”, preservou a identidade, a ação, a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, trazendo inclusive a comunidade para o processo de preservação do patrimônio cultural, em conjunto com o poder público, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e demais formas de acatamento e preservação (art. 216, IV e V da CRFB).

Constitui também exercício de direito cultural, garantido pelo

Estado, e cabendo à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental, criando mecanismos e providências para o franqueamento da consulta a todos que dela necessitem (art. 216, parágrafos 1º e 2º).

A determinação constitucional referente aos incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais encontra-se regulamentada pela Lei n.º 8.313 de 23/12/91, D.O.U. 24/12/91, "Lei Rouanet" (Dec. 1.493 de 17/5/95, D.O.U. 18/5/95, Dec. 1.494 de 17/5/95, D.O.U. 18/5/95, Instrução normativa Conjunta n.º 1/95 SE/MNC, SRF/MS de 13/6/95, D.O.U. 14/6/95).

Objetiva a Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 24.7.1985) disciplinar a responsabilidade civil por danos causados aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, além de outros danos causados previstos na referida lei.

O artigo 1º da Lei n.º 7347/85, que disciplina a tutela jurisdicional de direitos difusos e coletivos, no artigo 1º, inciso III, dispõe que os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico serão por ela disciplinados, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais.

Presta-se também a ação civil pública para que seja aferido em ação judicial bem de valor histórico-cultural não tombado pelo poder público.

O Decreto n.º 1.306 de 9 de novembro de 1994 trata de outra norma regulamentadora do art. 216, parágrafos 3º e 4º da Constituição brasileira.

O artigo 13 da lei da Ação Civil Pública determina que as indenizações resultantes de condenações em dinheiro, por danos causados, serão revertidas em fundo gerido pelo Conselho Federal ou Conselhos Estaduais, que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade. Os recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

O propósito do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto n.º 1.306, de 9 de novembro de 1994, é a "reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômico e outros interesses difusos e coletivos" (Art. 1º).

A Lei n.º 9.008, de 21 de março de 1995, regulamenta o Conselho Gestor do Fundo Federal de Direitos Difusos, integrando-o na estrutura organizacional do Ministério da Justiça.

A Ação Popular (Lei n.º 4.717 de 29 de junho de 1965 – LAP), em seu artigo 1º, legitima ativamente qualquer cidadão para propor anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas e demais entes públicos, considerando como patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (parágrafo 1º do artigo 1º, da Lei 4.717/65).

O Código Penal Brasileiro tipifica como crime "destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico" (art. 165). A penalização pela destruição ou mutilação de monumentos está disciplinada pela Lei n.º 3.924, de 26 de julho de 1961, bem como pelo artigo 166 do Código Penal Brasileiro (alteração de local especialmente protegido). O artigo 1º, parágrafo 2º, combinado com os aludidos diplomas protetivos do patrimônio histórico-cultural, servem de fundamentação à incriminação de ambas as condutas acima tipificadas pelo Código Penal.

Outra modalidade de proteção, a diversidade étnico-cultural, adotada pelo legislador constituinte, foi o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, 5º), garantindo aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, o reconhecimento da propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos (art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Ultimamente a Fundação Cultural Palmares tem destinado títulos de propriedade aos remanescentes de quilombos.

Os quilombos, segundo Alaôr Eduardo Scisínio, Dicionário da escravidão, conceitua-o como valhacouto de escravos fugidos. Unidade básica da resistência negra. Povoado ou aldeia escondida na mata onde moravam os negros fugidos dos cativéis. Deriva da língua bunda kilomba, povoação em quibundo.

A resistência negra à opressão colonial se manifestou mais ativamente através dos quilombos. Os quilombos se espalharam por todo o país, se constituindo em verdadeira hidra para o colonialismo. A escravidão de africanos nas Américas consumiu cerca de 15 milhões ou mais de homens e mulheres arrancados de suas terras. No Brasil, vieram cerca de 40% dos escravos africanos durante o período de 300 anos de escravidão. Ainda que submetido, o escravo negociava espaços de autonomia. Na

luta contra a opressão, os escravos quebravam ferramentas, incendiavam plantações, rebelavam-se individual e coletivamente. O tipo de resistência coletiva que ganhou importância na luta contra o colonialismo foi a formação dos quilombos.

A resistência coletiva ao colonialismo na América espanhola chamou-se *palenque, cumbe*; na inglesa, maroons; na francesa *grand marronage* (o que diferenciava de *petit marronage*, fuga individual, em geral temporária. No Brasil, chamaram-se quilombos, mocambos (seus integrantes eram os quilombolas, calhambolas ou mocambeiros).

O mais conhecido foi o Quilombo dos Palmares, na Serra da Barriga, no Estado de Alagoas. (1624 – 1695). Fonte de reflexão, sobretudo como um mais significativos episódios da luta de classes no Brasil. Edson Carneiro, estudioso de Palmares, ligado ao Partido Comunista Brasileiro, e Aderbal Jurema, ambos intelectuais marxistas, viram em Palmares uma das primeiras e mais originais organizações contra a exploração colonial no Brasil^{9 10}.

Palmares foi considerado o maior e o mais importante e duradouro mocambo da América no desafio direto ao sistema patrimonial e autocrático. A importância da preservação da história de palmares, bem como o investimento nas investigações científicas, se tornam necessárias para o resgate da história, não só dos afro-brasileiros, enquanto etnia formadora do processo civilizatório nacional, mas do conjunto de todos os segmentos da nação brasileira.

Zumbi dos Palmares (sobrinho de Ganga Zumba) é símbolo da resistência negra no Brasil a toda sorte de opressão.

Edison Carneiro reconhece que os quilombos “foram um fenômeno contra-aculturativo, de rebeldia contra os padrões de vida impostos pela sociedade oficial e de restauração dos antigos valores”. Prossegue, “O quilombo foi, portanto, um acontecimento singular na vida nacional, seja qual for o ângulo por que o encaremos”.

Por todas essas razões, o tombamento, enquanto ato administrativo, limitador do direito de propriedade, *in casu* quilombos, muito embora reconhecidos pelo legislador constitucional como de valor histórico-

cultural, depende do ato da autoridade administrativa.

Seguindo o princípio do direito a cultura e a preservação dos valores étnicos-raciais o dia 20 de novembro é considerado pela comunidade afro-brasileira Dia Nacional da Consciência Negra. Data de alta significação, eis que foi o dia da morte de Zumbi dos Palmares, líder do mais importante quilombo da história do Brasil. Em vista da relevância daquele episódio emblemático da resistência dos afro-brasileiros contra o escravismo, foi promulgada a Lei nº 2.307, de 17/04/95, oriunda do Projeto de lei nº 2.080, de 1992, de autoria do Vereador Edson Santos, da Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, que assim dispõe: “Art. 1º. Fica instituído como feriado municipal o dia 20 de novembro, data da morte de Zumbi dos Palmares”.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime declarou a constitucionalidade da referida lei que foi motivo de grandes controvérsias por parte daqueles que não reconhecem os valores dos heróis afro-brasileiros que contribuíram com a história da luta contra a opressão nesse país.

No campo da Educação, cuidou o legislador constituinte, com base na promoção da “educação humanística” (inciso V do art. 214 da CRFB), do ensino da História do Brasil, levando em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (§ 1º do art. 242 da CRFB) e no campo da cultura a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (art.215, § 2º da CRFB).

Por essa razão foi sancionada a Lei nº 9.125 de 07/11/95 que instituiu o ano de 1995 como o Ano Zumbi dos Palmares. O artigo 2º da aludida Lei Federal declara data Nacional o dia 20 de novembro de 1996.

Assentada no princípio constitucional do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no *caput* do art.322, garante a todos em nível nacional, estadual e municipal o acesso aos direitos culturais, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais através de (inciso VII): “proteção das expressões culturais, incluindo as indígenas, afro-brasileiras, e de outros grupos participante do processo cultural, bem como o artesanato”.

Assegura a Constituição do Estado do Rio de Janeiro a qualquer cidadão o direito de propor ação popular, visando a “anular ato lesivo ao

⁹ Alaôr Eduardo Scisfnio, Dicionário da Escravidão, p. 280-285.

¹⁰ Africana the Encyclopedia of the African and African American Experience., p. 1253-1255, 1479-1483, 2055-2056.

patrimônio público ou de entidade na qual o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência". Em consonância com a Constituição do Estado, a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: *"criar estímulos e incentivos para a preservação da arte e cultura negras, gerando espaços culturais, tais como museus e instituições para pesquisa de suas origens"*. (inciso VIII).

Com efeito, tanto o órgão legiferante estadual quanto o municipal cuidaram, em atenção ao preceito constitucional, da preservação, incentivo e estímulo às expressões culturais afro-brasileiras. Integram o elenco de dispositivos protetivos à diversidade étnico-cultural o art. 307, II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e artigo 321, II, da Lei Orgânica do Município.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro e a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro têm nos dispositivos supramencionados a tarefa e o compromisso de concretizar e materializar o igual exercício dos direitos culturais, respeitado o princípio constitucional da pluralidade e diversidade étnico-culturais.

Em defesa da cultura afro-brasileira, em nome do exercício da cidadania coletiva, em 1991 o Grêmio Recreativo Escola de Samba Portela ingressa no Juízo da 7ª Vara da Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro com Medida Cautelar Inominada (Proc.nº9100266817), com o fim de reaver os seus ativos financeiros confiscados pela Lei nº 8.024/90. Em decisão inédita, aquele Juízo concedeu liminar determinando a devolução nos seguintes termos: *"Ao longo do tempo que lhe é destinado não se vê apenas o desfile de uma associação, com seu enredo, mas a clara demonstração dos esforços desenvolvidos. Por toda uma comunidade e, para que esse momento possa se materializar ante imenso número de pessoas cumpre ver que muitos obstáculos precisam ser transpostos."*

Em tais condições, ressaltando não somente o aspecto cultural da entidade, mas a estes igualmente se aliam conveniências de ordem social, que a Lei Maior protege e disciplina.

Demais, o espetáculo assim proporcionado a cada ano já não se limita ao território brasileiro, tendo repercussão mundial através dos mais diferentes veículos de comunicação de massa".

Em virtude do êxito da ação proposta, o comunicante ingressa com a idêntica ação judicial em favor do Grêmio Recreativo Estação Primeira

da Mangueira, tendo obtido igual sucesso com a extensão da liminar que foi proferida acolhendo a tese da inconstitucionalidade da Lei nº8.024/90 autorizando o desbloqueio de todo ativo financeiro, a fim de não se constituir em *"obstáculo ao mais democrático concurso de sambas, música, fantasia e beleza do carnaval/90"*.

Aquela experiência jurídica revelou que a defesa dos valores culturais da comunidade afro-brasileira - garantidos constitucionalmente - não estavam tão somente na garantia do direito fundamental de propriedade, mais ainda na exigência constitucional da defesa e promoção dos direitos culturais, enquanto dever Estatal. Tal tese afinou-se com o denominado "constitucionalismo comunitário brasileiro" derivado do constitucionalismo ibérico (Constituição Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978). Sob tal perspectiva, é certo que "Recusando o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, deve-se passar, "(segundo os comunitários) "para um constitucionalismo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidades humanas"¹¹.

No mesmo sentido, Charles Taylor afirma que cabe lembrar que *"os seres humanos querem ser reconhecidos, não apenas como tais, mas também em suas características culturais, que lhes conferem identidade individual e social. Especialmente para aquelas pessoas que integram grupos culturais minoritários expostos a uma pressão assimilatória(...) a manutenção da própria identidade cultural pode tornar-se aspiração fundamental de liberdade, que também quer ter seu reconhecimento político e jurídico"*¹².

À Guisa de Conclusão

A nota imprimida na pauta reivindicatória dos afro-brasileiros é a concretização, a materialização do princípio constitucional igualitário. O pleno exercício da cidadania, pressupõe o direito a ter acesso aos bens produzidos pela sociedade, inclusive, a preservação da sua cultura. Nesse sentido, Franz Fanon assevera que na sociedade pós-colonial "a questão política fundamental é a de reivindicar o mesmo direito que

¹¹ Gisele Cittadino. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, p.2.

¹² Heiner Bielfeldt, in Filosofia dos Direitos Humanos, p.209.

têm os outros de tornarem-se aquilo que se quer ser, e não assumir alguma identidade pré-moldada que é simplesmente reprimida”¹³. Estamos nós, afro-brasileiros, historicamente relegados a uma cidadania inconclusa pela assimilação destrutiva dos valores dominantes – etnocentroculturalistas – próprios das sociedades pós-coloniais. O multiculturalismo e o pluralismo-étnico, são a pedra de toque do respeito à dignidade pessoal e social – preconizados pelo constitucionalismo comunitário da chamada Constituição Cidadã -, cujo figurino, foi adotado das Constituições pós-modernas. Assim é que, os direitos civis, econômicos, políticos, culturais e sociais, por serem direitos inerentes a pessoa humana, são entendidos, a partir da Conferência de Viena, universais, indivisíveis e permeáveis, portanto, exigíveis, obrigatórios quanto ao seu cumprimento – eficácia jurídica e eficácia social – a todos os Estados Partes, signatários dos instrumentos internacionais de proteção à dignidade da pessoa humana^{14 15}.

Enfim, fomos desenraizados pela afro-diáspora e pela opressão assimilacionista, pasteurizante, homogeneizante do pós-colonialismo. Somos aviltados pela globalização, coveira de todas as culturas que não a aderem, que a resistem. Encarnamos miticamente Sísifo na incansável luta pelo direito a preservação da cultura afro-brasileira que tem em Zumbi dos Palmares o referencial de resistência da comunidade afro-brasileira.

¹³ Cf. Fanon. Apud Bhabha.

¹⁴ Marc Bossuyt, *L'Interdiction de la Discrimination*, passim.

¹⁵ Carlos Weis, *O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, passim.

Referências Bibliográficas

- ABOU, Sélim. *L'Indentité Culturell*. Paris : Editions Anthropos, 1981.
- ABREU, Sérgio. *Os descaminhos da tolerância. O afro-brasileiro e o Princípio da igualdade e da isonomia no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.
- _____. *O princípio da igualdade. A (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada*. (no prelo).
- AFRICANA. *The Encyclopedia of African and African American Experience*. Editores: Kwame Anthony Appiah e Henry Louis Gates, Jr. New York : 1ª ed. 1999.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.
- BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996.
- BOSSUYT, Marc. *L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Bruylant. 1976
- CANOTILHO, J.J. Gomes *et alii*. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais: Coimbra Editora, 1993.
- OLIVÉ, León.(org.) *Ética y diversidad cultural*. Victoria Camps. *El derecho A la diferencia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *Dicionário da escravidão*. Rio de Janeiro: Léo Christiano Editorial, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- SILVA CABRAL PINTO, LUZIA da. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições Abertas e Democráticas. 1988-1998. Uma Década de Constituição*. Org. Margarida Maria Lacombe

Camargo. Rio Janeiro: Renovar,1999.
WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos ,Sociais e Culturais. *Direitos Humanos : Construção da Igualdade e da Liberdade*. São Paulo, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. n.,11., p.291-317, out/1988.

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Brasil – Estudo da Recepção do Direito

Silvana Batini Cesar Góes ¹

I - Introdução

Rompendo com uma tradição secular de guarda do brocardo *societas delinquere non potest*, o direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988, passou a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A inserção da novidade se deu através do artigo 225, parágrafo 3 da Constituição da República, o qual expressamente alude à imputação criminal da pessoa jurídica, restringindo-a às infrações penais contra o meio ambiente. Posteriormente, a Lei 9605/98 disciplinou a recomendação constitucional, prevendo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e cominando para elas as penas de multa, interdição temporária de direitos e prestação de serviços à comunidade.

O presente trabalho busca analisar o processo de recepção do instituto no direito brasileiro, usando como paradigma o modelo francês, no qual se inspirou o legislador ordinário ao atender à recomendação do constituinte.

O absoluto ineditismo do instituto no direito brasileiro, a demandar uma reestruturação até mesmo da dogmática penal para se enquadrar esta nova perspectiva de reprovação penal, torna o estudo comparado indispensável. A necessidade de aprofundar pesquisas sobre o tema, de molde a possibilitar sua efetiva implementação no sistema judicial, conduz um olhar para aqueles países que, à custa da quebra de longa tradição, ousaram inovar.

¹ Procuradora da República. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Teoria do Estado do Departamento de Direito da PUC-Rio

Uma vez que nossa reflexão está voltada para uma tentativa de contribuição para o direito brasileiro, elegemos a análise comparada pelo viés da recepção² do direito. É que a justaposição pura e simples dos diversos modelos, de resto já intentada por autorizados doutrinadores³, mostra-se insatisfatória para a compreensão dos destinos que o fenômeno parece estar fadado a ter em nossa pátria. De qualquer forma, a fim de delimitarmos melhor o tema, traçaremos inicialmente um panorama genérico do instituto nos ordenamentos ocidentais, sem pretensão de aprofundarmos qualquer análise comparativa, até porque estamos convencidos de que as enormes disparidades das realidades jurídicas de diversos destes países em relação ao Brasil prejudicam os resultados desta pesquisa.

Por outro lado, o advento da Lei 9605/98 que disciplinou a matéria no Brasil veio logo em seguida à entrada em vigor do novo Código Penal Francês em 01/03/1994 e que, nesta matéria, constitui uma das mais arrojadas legislações da atualidade, nada obstante o dogma da responsabilidade pessoal ter sido legado pela Revolução Francesa. Jean Pradel, ao comentar a inovação na legislação francesa, pergunta-se se esta consistiu em uma evolução ou mesmo em uma revolução⁴. Em face disto e também da herança inegável que guardamos em relação ao direito francês, optamos por estabelecer a comparação do instituto com a França.

O tema, todavia, possui inúmeros enfoques. Bastaria uma breve leitura da doutrina brasileira mais recente para verificarmos quantas e de quantos matizes são as críticas e objeções que a matéria vem sofrendo⁵.

² Para esta tarefa, privilegiaremos a ótica comparativa, com o emprego das técnicas a ela pertinentes, tal como exposto pela Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares", in "O Estudo das Recepções de Direito", dentre elas: "i) o conhecimento das raízes históricas, sócio-econômicas e jurídicas do instituto ou sistema importado e de seu funcionamento no contexto original; ii) o estudo das causas que levaram à sua recepção e das condições gerais do sistema receptor; iii) a análise do processo de aclimação ou de aculturação do instituto ou sistema importado;" (p. 63).

³ Em estudos bastante abrangentes, citem-se exemplificativamente Klaus Tiedemann e João Marcelo de Araújo Jr., publicados na coletânea "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal". São Paulo: RT. 1999

⁴ PRADEL, Jean, "A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês" in Revista Brasileira e Ciências Criminais, Vol 24, p. 51

⁵ Cezar Roberto Bittencourt sistematizou o que chamou de "incompatibilidades dogmáticas da responsabilidade penal da pessoa jurídica", dentre elas, a função do direito penal, a incapacidade de ação da pessoa jurídica, a incapacidade de culpabilidade da pessoa jurídica, etc., no artigo "Reflexões sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica" (in, Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal. 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais)

Cada uma delas ensinaria um estudo particularizado pelo viés da recepção. Optamos, todavia, por eleger uma única variável, qual seja a questão de aferição do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na imputação penal da pessoa jurídica. Além da posição nodal que o tema assume na implementação desta nova modalidade de responsabilidade penal, a indicar verdadeira barreira na sua efetivação no Brasil, verificamos que é precisamente neste ponto que o fenômeno da recepção do direito em relação ao modelo francês se faz mais presente.

II – Panorama Mundial

A inserção da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição de 1988 ocorreu em um momento de expansão do fenômeno nos ordenamentos de tipo romano-germânico. De fato, nos países da *common law*, notadamente Inglaterra e EUA, a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica remonta à segunda metade do século XIX, inicialmente para os delitos culposos, seguido dos *public welfare offences*, e posteriormente para a admissão geral. Também nesta linha a legislação canadense, australiana e da Irlanda do Norte. A facilidade da institucionalização desta forma de reprovação nos países de *common law* é normalmente tributada à forma totalmente pragmática com que estes ordenamentos lidam com as questões jurídicas⁶. Pode-se observar que nestes países, ao contrário daqueles que seguem o sistema da *civil law*, a dogmática nunca representou verdadeiro óbice à admissão do instituto. A extensão da responsabilidade penal nestes países é variável, chegando mesmo a ser admitida, nos Estados Unidos, como forma de responsabilidade objetiva.

Também na Dinamarca, em decorrência da proximidade que este país guarda em relação ao sistema da *common law*, já se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde a década de 70.

Já nos países que adotam a *civil law*, com legislações codificadas e, conseqüentemente, com estruturas dogmáticas mais fechadas, a realidade é outra. A implementação nestes países da responsabilidade penal da

⁶ Neste sentido TIEDEMANN, Klaus in "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, RT.1995

pessoa jurídica vem se dando pontual e lentamente, sempre à custa de resistências fortes, principalmente da doutrina.

Em Portugal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica já era admitida como exceção no Código Penal antigo. Com o advento do novo Código Penal em 1995, manteve-se o dispositivo na forma excepcional, remetendo-se à legislação extravagante as situações de exceção. E assim tem sido feito com a admissão expressa do instituto em delitos de informática (Lei 109/91), delitos econômicos (Lei 28/84) e contraordenações (Lei 28/84).

Na Holanda a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica nasceu na chamada delinquência econômica e instituiu-se na década de 50. Encontram-se em tramitação, projetos de reforma da legislação penal, con-templando expressamente o instituto, na Bélgica, na Suíça e na Finlândia.

Itália e Alemanha são países totalmente refratários à inovação. Na Itália vigora o dogma da responsabilidade unicamente pessoal, sendo a responsabilidade da pessoa jurídica subsidiária e de natureza eminentemente civil. Já na Alemanha, em que pese a resistência da legislação em adotar o sistema, a doutrina vem se mostrando fracamente favorável. Por outro lado, ainda que não admita a pura responsabilidade penal da pessoa jurídica, vigora naquele país um rigorosíssimo Direito Administrativo Penal, com punições severas impostas pelas autoridades administrativas.

Na América do Sul, o fenômeno já pode ser verificado, além do Brasil, na Venezuela, igualmente restrita aos crimes ambientais, e na Colômbia. Nesta última, curioso registrar que, embora a constituição colombiana não preveja expressamente esta possibilidade, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi admitida pela Corte Constitucional, em decisão que se tornou célebre em 1998.

Verificamos que dentre os países que adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica não houve previsão expressa na Constituição autorizando a adoção do instituto, sem que isto configurasse qualquer impedimento à implementação da nova figura. A possibilidade de imputação penal da pessoa jurídica não desafiou esquemas de constitucionalidade, ao contrário do Brasil, cuja disposição expressa na Constituição ainda evoca discussões sobre sua conformação com as

cláusulas pétreas do artigo 5^o 7. Igualmente, entre os países de conformação romano-germânica que adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica, alguns restringiram sua aplicação a determinados crimes, como a Venezuela e o Brasil e em outros a adoção foi ampla, como nos casos da França e de Portugal.

Registre-se, ainda, que a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica figura como recomendação expressa da Resolução no. 18 do Conselho da Europa, do qual constam 39 países signatários. De toda sorte, o tema vem ocupando a atenção da comunidade jurídica como um todo, tendo sido incluído no XIV Congresso Internacional de Direito Comparado realizado em 1994 em Atenas.

III – O Modelo Francês. A Opção Brasileira. Perplexidades

Em tema de punição da pessoa jurídica, diversas vêm sendo as fórmulas adotadas pelos países. Klaus Tiedemann sistematizou-as em cinco principais grupos, a saber: a) responsabilidade civil; b) medidas de segurança⁸; c) sanções administrativas; d) verdadeira responsabilidade penal e e) medidas mistas.⁹

A se adotar tal classificação, verifica-se que o Brasil, a partir da vigência da Constituição de 1988 abriu-se para o modelo da verdadeira responsabilidade penal da pessoa jurídica. A efetivação da recomendação constitucional, todavia, só viria dez anos depois, com a Lei 9605/98. Verifica-se, portanto, que ao reconhecer a admissibilidade do instituto genericamente em nosso ordenamento, seguia uma tendência mais ou menos assente nos países ocidentais de modelo romano-germânico.

⁷ Há autores que afirmam categoricamente que o dispositivo do parágr. 3^o do artigo 225 não poderia contemplar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que esta desafiaria o suposto dogma consagrado no artigo 5^o, XLV, da responsabilidade pessoal. Por todos, THOMPSON, Augusto, "Aplicação da Criminologia na Justiça Penal – A criminalização da pessoa jurídica", Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 31, RT. 2000.

⁸ O termo consiste em livre tradução da expressão em espanhol, mas não se confunde com o instituto das medidas de segurança de nosso atual ordenamento penal, destinadas a inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que tenham praticado fatos típicos e ilícitos.

⁹ TIEDEMANN, Klaus, "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, RT.1995

Entretanto, no momento de disciplinar o instituto, o legislador brasileiro se inspirou nas diretrizes do novo Código Penal Francês de 1994, considerado ainda hoje, o mais arrojado nesta matéria no mundo¹⁰.

A regulamentação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9605/98 gerou e ainda gera inúmeros debates. Para além da resistência, ainda muito forte, da doutrina pátria¹¹, que permanece discutindo a admissibilidade ou não da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mesmo entre aqueles que já tratam o fenômeno como fato consumado persistem dúvidas quanto a seu alcance. Dentre todas, permanece aberta ao debate a questão de sabermos até que ponto a adoção do novo sistema importará em encarar a pessoa jurídica como verdadeira pessoa, capaz de realizar tipos penais na sua plenitude e receber por completo o juízo de reprovação (culpabilidade), ou se, ao contrário, será necessária a reformulação de determinadas categorias da teoria do crime para ajustá-las ao novo perfil de criminalidade, ou se ainda, a responsabilidade penal da pessoa jurídica será apenas um acessório da responsabilidade das pessoas físicas que agirem em seu nome.

O artigo 121-2 do Código Penal Francês, ao consagrar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, excetua expressamente o Estado e não exclui a responsabilidade das pessoas físicas. Neste particular, o Direito Francês adotou a forma mista de reprovação na qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica é compatível e simultânea com a responsabilidade da pessoa física, modelo denominado de *punição paralela*, recomendado pela moderna criminologia que repudia a responsabilidade unilateral da pessoa jurídica e que é adotado até mesmo em países como o Japão. De toda sorte, o dispositivo acima citado dispõe acerca da responsabilidade

¹⁰ O debate acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês remonta à época da segunda grande guerra, na constatação da existência de empresas francesas supostamente colaboradoras do inimigo a ensejar a reprovação criminal. BOULOC, Bernard, "La responsabilité pénale des entreprises en droit français", Revue internationale de droit comparé, Société de Législation Comparée, no. 2, avril-juin 1994., texto apresentado no 14 Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Atenas e, julho/agosto de 1994.

¹¹ Talvez o mais ardoroso adversário do instituto ainda seja Rene Ariel Dotti. Em célebre artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, intitulado "A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica", o autor expõe com rigor técnico e indiscutível autoridade, as barreiras dogmáticas à adoção do instituto no Brasil. A favor do instituto, cite-se a posição não menos autorizada de João Marcello de Araújo Jr. No mesmo sentido, Sergio Salomão Shecaira e William Terra de Oliveira.

penal da pessoa moral sempre que a infração for cometida "pour leur compte, par leurs organes ou représentants".¹²

A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos países da comunidade européia e de alguma forma também nos países da *common law* surgiu, ao que parece, da necessidade verificada de intensificar a punição dos crimes chamados societários, principalmente delitos fiscais, de mercado financeiro, concorrência desleal e contra o meio ambiente. A implementação da responsabilidade penal da pessoa jurídica neste países nasceu, portanto, de uma reprovabilidade maior em relação a tais crimes, bem assim da insatisfação geral com a resposta penal até então autorizada e que se limitava à punição das pessoas físicas diretamente ligadas à conduta típica. Tem sido, portanto, uma medida de política criminal cujo objetivo é nitidamente intensificar a eficácia da repressão a tais crimes. Neste sentido, válida a transcrição de Klaus Tiedemann:

*"De una parte, la sociologia nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar e ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedamos comprendidos aquellos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable."*¹³

A intensificação da reprovação parece também ter orientado o legislador francês na adoção do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir do novo Código Penal daquele país. É neste sentido que Jean Pradel afirma que a responsabilidade da pessoa moral é uma maneira de "reforçar a eficácia da repressão", já que em

¹² BOULOC, Bernard, op. cit.

¹³ TIEDEMANN, Klaus, op. cit., p. 22.

determinadas espécies de crimes a imunidade da pessoa moral já se torna completamente inadmissível¹⁴.

No Brasil, ao contrário, o instituto foi trazido dentro de um outro contexto. Nada obstante o Brasil tenha adotado a responsabilidade penal da pessoa jurídica na esteira de toda a movimentação mundial que caminhava neste sentido, a justificativa primordial de adoção da nova imputação se pautava em razões menos rigorosas.

Fiel a uma tradição dogmática bastante rígida e conservadora, a justiça penal brasileira vem de há algum tempo, enfrentando problemas para julgar e responder razoavelmente nos chamados crimes societários, entendendo-se como tais os crimes praticados na atividade empresarial, ante os dogmas até hoje existentes sobre as noções de autoria, dolo, culpa e culpabilidade. A emergência de crimes ocorridos em sedes de grandes corporações onde a responsabilidade pelas decisões está muitas vezes pulverizada entre diversas instâncias, encontrou uma dogmática penal engessada em parâmetros de aferição de autoria construídos sobre paradigmas bem menos complexos, como por exemplo o crime de homicídio. Conclua-se, portanto, que as grandes categorias dogmáticas com as quais trabalha a teoria do crime no Brasil, forjaram-se sobre modelos de violações a direitos individuais, notadamente a integridade física e o patrimônio.

Tais dificuldades acabaram por se constituir em verdadeiras barreiras à jurisdição penal na chamada criminalidade econômico-societária, nas quais o que se verifica é a autoria indireta, disseminada em diversos níveis de deliberação, lesões difusas e de percepção diferida no tempo, bem assim vítimas não individualizadas, figurando no pólo passivo, quase sempre, a sociedade como um todo¹⁵.

A dificuldade em flexibilizar tais cânones sem ferir as conquistas do garantismo iluminista, serviu de justificativa para a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica como forma de viabilizar uma

¹⁴ PRADEL, Jean, op. cit.. Relato detalhado do processo de amadurecimento e discussão do tema na comunidade francesa é dado por Bernard BOULOC no artigo já citado. Sua leitura sustenta a tese de que a incriminação da pessoa jurídica na França se deu em ambiente de intensificação da repressão.

¹⁵ Exemplos notáveis desta espécie de criminalidade se verificam nos crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro, lavagem de dinheiro e crimes contra o meio ambiente.

reposta penal a estes crimes, sem que fosse necessário abrir mão da tradição dogmática até então vigente. Os defensores desta nova vertente, no entanto, encontraram um constituinte ainda refratário a tantas mudanças, com o que a responsabilidade penal da pessoa jurídica restou autorizada exclusivamente para os crimes contra o meio ambiente, em relação aos quais havia e há uma preocupação permanente na repressão estatal. A opção pela responsabilidade penal da pessoa jurídica nesta espécie de crime parece ter sido, pois, uma forma de contornar as dificuldades impostas pela dogmática na punição da delinquência societária. Neste sentido, ensina o Prof. Augusto Thompson, de resto um fervoroso adversário do modelo:

“O fundamento justificador da criminalização da pessoa jurídica oferece, como seria de esperar, uma argumentação forte no acento igualitário, a lhe dar substrato moral, e uma estruturação aparentemente lógica, a lhe fornecer sentido racional. Alega que, como nos delitos perpetrados através de empresas por seus membros (de toda a hierarquia organizacional, dos donos aos operários, passando pelos diretores, conselheiros, superintendentes, gerentes chefes etc), apresenta-se extremamente difícil apurar as responsabilidades individuais, sobretudo no que toca ao pessoal de nível mais elevado, a única maneira de fazer tais autores de delitos purgarem a indispensável punição retributiva será sancionando penalmente a própria empresa.”¹⁶

Percebe-se, portanto, que a gênese do fenômeno no Brasil e na França teve fundamentos diferentes. Nada obstante, foi no Direito Francês que o legislador brasileiro foi buscar inspiração para a regulamentação da matéria na Lei 9605. A recepção do instituto, todavia, por não respeitar as especificidades de suas justificativas, acabou por gerar perplexidades. Evidencia-se, em meio a tantos outros aspectos, a dificuldade de aculturação, no Brasil, do modelo francês de responsabilidade penal da pessoa jurídica, na aferição do dolo ou da culpa na configuração do tipo de injusto no qual incorre a pessoa jurídica.

É evidente que a imputação de responsabilidade penal a uma pessoa

¹⁶ Op. cit.

jurídica dependerá da constatação de um fato típico, ilícito e culpável. Nesta aferição cumprirá localizar o elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta. Resta saber, portanto, onde buscá-lo: se na própria pessoa jurídica ou na pessoa física que verdadeiramente atuou. O problema vem enfrentado com percuciência, no que se refere ao modelo francês, por Jean Pradel¹⁷. Para o autor, a questão encontrará duas possibilidades de resposta:

a) as noções de dolo e culpa seriam exclusivas do ser humano, em razão do que, a responsabilidade penal da pessoa jurídica dependeria da aferição do dolo em uma determinada pessoa física, configurando a chamada *responsabilidade por reflexo ou ricochete*.

b) A pessoa jurídica seria capaz de um elemento subjetivo próprio (uma culpa própria), já que tem vida própria, não se confundindo este elemento subjetivo com aquele porventura existente na pessoa física que colaborou para a conduta¹⁸.

A duas correntes ganharam adeptos no Direito Francês, sendo que a Corte de Cassação da França, em dezembro de 1997, admitiu em um julgado, expressamente, a responsabilidade por reflexo¹⁹. A adoção desta corrente parece ter decorrido da interpretação gramatical do artigo 121-2 alínea 1 que assim prevê:

“as pessoas jurídicas são responsáveis pelas infrações cometidas pelos seus órgãos ou representantes” (grifos nossos)

¹⁷ PRADEL, Jean, op. cit.

¹⁸ Esta vertente é sustentada por Klaus Tiedemann, para quem a pessoa jurídica pode ser detentora de uma culpabilidade própria, com base na idéia de *culpa organizacional*. Inegavelmente a adoção desta vertente importa em uma reformulação radical da dogmática, a fim de se comporem categorias próprias para as pessoas morais, distintas das pessoas físicas e não apenas adequar os conceitos tradicionais a este novo modelo de criminoso.

¹⁹ O caso *sub judice* referia-se à utilização de documentos materialmente falsos em juízo, por uma empresa que era demandada em uma reclamação trabalhista. O tribunal francês julgou que o fato típico se teria aperfeiçoado na conduta das pessoas físicas que agiram em benefício da empresa, mas esta, indiretamente, sofreria por reflexo, as consequências da infração perpetrada individualmente pelos seus prepostos. De resto no trabalho apresentado por Bernard BOULOC no 14 Congresso Internacional de Direito Comparado, o autor já sustentava este posicionamento (op. cit.).

Da leitura do texto legal parece inferir-se que as infrações a serem imputadas às pessoas jurídicas têm que ter sido cometidas por uma pessoa física, devendo-se apreciar nestas o dolo ou a culpa²⁰.

A questão, segundo Jean Pradel, parece oscilar entre algumas considerações. De plano, o autor toma como certo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica será sempre reflexa, já que a pessoa jurídica seria incapaz de “querer” a infração, não podendo, pois, realizar o elemento psicológico do crime. Desta forma, “emprestaria” a criminalidade da pessoa física. Esta idéia torna indispensável que a pessoa física esteja devidamente determinada e individualizada, uma vez que “a responsabilidade penal da pessoa jurídica nada mais é do que um reforço na repressão dos indivíduos”²¹.

Todavia, a doutrina francesa, em sua expressiva maioria, admite que em algumas situações fica difícil ou praticamente impossível se apontar a pessoa física titular do elemento subjetivo do tipo e autora material do delito. Nestes casos, e para que tal dificuldade não configure óbice à retribuição criminal, a prática francesa admite que é suficiente que a infração possa ser em tese imputada a uma pessoa física, ainda que esta não esteja devidamente identificada (sendo nestes termos, aliás, a Recomendação do Conselho da Europa de 1988).

Da mesma forma, há ainda no direito francês a alternativa de se aplicar, nestes casos, o recurso das presunções ou “responsabilidade em cascata”, já admitida naquele país, nos delitos de imprensa.

No Brasil, a teor do disposto no artigo 3 da Lei 9605/98, verifica-se nitidamente a filiação do instituto à origem francesa, vez que assim dispõe:

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.” (grifos nossos)

²⁰ O direito inglês consagra o mesmo entendimento com o nome de “princípio da identificação”. Segundo Jean Pradel, “A responsabilidade da pessoa jurídica (que nada mais é do que uma abstração) repousa sobre a responsabilidade da pessoa física que a representa, que a encarna, que se identifica com ela, que é seu centro. É a teoria antropomórfica da identificação que remonta a uma decisão da “House of Lords”. (RBCCrim, vol 24)

²¹ op. cit.

Da leitura do dispositivo, verifica-se de plano que, no Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica estará na dependência direta da identificação de um responsável individual pela conduta ilícita, sobre o qual se deverá investigar a presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa²². Neste sentido, resta nítido que o Brasil adotou o modelo francês de *responsabilidade por ricochete*²³

Ocorre que a adoção deste sistema faz ruir as propostas iniciais de implantação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil. Ora, se o fenômeno foi introduzido no país a pretexto de se superarem as dificuldades na apuração da autoria dos fatos típicos quando ocorridos no seio de grandes empresas, esbarará agora, paradoxalmente, no mesmo obstáculo, uma vez que a resposta penal à pessoa jurídica encontra-se adstrita à apuração da autoria material individual do delito e esta, por sua vez, engessada na dogmática tradicional insatisfatória para os modelos modernos de criminalidade empresarial.

Como vimos, tanto doutrina, quanto jurisprudência francesas, ao adotarem a *responsabilidade por ricochete*, não ficaram indiferentes às dificuldades sempre presentes de indicação de autoria individual nos crimes societários. Antes, cuidaram de apresentar pelo menos duas alternativas para enfrentamento desta dificuldade: a) a adoção da responsabilidade por cascata, baseada em presunções, tradicional no direito francês nos crimes de imprensa; b) a admissibilidade de imputação da pessoa jurídica mesmo com indeterminação da pessoa física, assumindo-se como suficiente que a infração possa ser *em tese* atribuída a esta.

No Brasil, ao contrário, o apego arraigado à tradição parece demonstrar que as saídas francesas não se adequarão ao modelo brasileiro. Quanto

²² Neste sentido, SILVA, Fernando Quadros da: "Com efeito, o legislador exige o *substratum* humano como requisito da responsabilidade da pessoa jurídica: de acordo com o art. 3, haverá responsabilidade quando a infração for cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu colegiado. Não há como se vê, adoção de responsabilidade objetiva. O dolo ou culpa estão situados no agir das pessoas físicas, que representam a entidade. A lei não exige apenas uma ação ou omissão e o resultado lesivo ao bem jurídico. É necessário que a infração seja cometida pelo representante da pessoa jurídica." ("Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a Lei 9605, de 13.02.1998 e os princípios constitucionais penais", Revista de Direito Ambiental, vol. 18)

²³ Neste sentido, leia-se também SILVA, Fernando Quadros, op. cit.

à responsabilidade por cascata, esta não é novidade no direito penal pátrio, onde já provou sua inadequação. Relembre-se que a nossa vigente Lei de Imprensa (Lei 5250/67), já introduzia em seus artigos 37 e 38 a responsabilidade por cascata, resultado de um similar processo de recepção também do direito francês. Pelo dispositivo, aponta-se a responsabilidade penal por delitos de imprensa de forma sucessiva, partindo do autor do escrito e indo até o gerente ou proprietário das oficinas ou emissoras. O objetivo da instituição deste tipo de autoria era também contornar a dificuldade de se apurar a autoria nos crimes de imprensa cometidos em sede de grandes corporações (jornais, revistas, televisões), evitando-se ainda o chamado *homem de palha* (atualmente mais conhecido por *laranja*). Assim, na impossibilidade de se apurar o autor intelectual do ilícito, presumir-se-ia a responsabilidade de seu superior hierárquico na estrutura da organização e assim sucessivamente até a cúpula da empresa.

Veja-se, todavia, que o instituto jamais encontrou terreno fértil para prosperar no Brasil. De fato, esbarrou de plano na exigência da responsabilidade subjetiva, calcada no elemento subjetivo (dolo) e nos fundamentos da culpabilidade, conquistas inarredáveis do garantismo iluminista. O estágio atual de nossa dogmática não admitiria jamais a responsabilidade penal por presunção. Desta feita, a apuração de autoria e consequente imputação criminal nos delitos de imprensa continuou se dando nos moldes tradicionais de aferição de dolo, restando totalmente ineficaz o dispositivo em questão.

A outra saída encontrada pelos franceses, de flexibilizar a exigência de determinação da autoria individual e que poderia ser também adotada no Brasil, igualmente não vem encontrando muita receptividade na doutrina pátria. Insistem os autores mais aferrados a uma dogmática de contornos nitidamente conservadores, que abrir mão da individualização da autoria seria franquear perigosamente acessos à responsabilidade objetiva, de passado totalmente desabonador. Por entenderem que a ação típica é atributo exclusivo do ser humano, único passível de receber juízo de censura, concluem que sem a aferição segura da autoria individual da infração, com todos seus consectários (verificação de relação de causalidade, aferição de dolo, fundamentação da culpabilidade) resta totalmente prejudicada a configuração do próprio fato-crime, inviabilizando a responsabilidade da pessoa jurídica.

Qualquer alternativa a isto configuraria responsabilidade objetiva²⁴.

Neste ponto, resta-nos transcrever literalmente o Prof. Augusto Thompson que, com verve de fina ironia, sintetiza de forma lapidar a conclusão que de tudo se tira:

“Com efeito, fundamenta a criminalização da pessoa jurídica a quase impossibilidade, a extrema dificuldade em apurar a culpa individualizada dos seus membros, no concernente ao resultado danoso. Por causa disso, impôs-se responsabilizar a empresa, levá-la ao pelourinho. Porém alega-se, acompanhada dos humanos autores do crime.

Mas, vem cá, não era tão intrincado, aponto de se mostrar invidível, colocar essa gente no banco dos réus? Não foi por isso que se inventou a responsabilidade penal da pessoa jurídica? (...) Dispondo da empresa para suportar a acusação, vão nossas autoridades persistir em fazer prova, através de custosas investigações, contra as pessoas naturais responsáveis?”²⁵

IV - Conclusão

A pura importação do instituto nos moldes franceses, ao menos no que se refere ao tema da aferição do elemento subjetivo, acabou por colocar o Brasil diante de um paradoxo: a fidelidade à dogmática tradicional acabará, senão inviabilizando a efetiva implementação do sistema, fazendo-o de forma a negar seus pressupostos criminológicos.

Relevante acrescentar que o processo de recepção se deu ainda de forma parcial e pouco acurada. É que na França, tamanha inovação que abalava alicerces teóricos seculares, se fez acompanhar de uma legislação de apoio e acessória, denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336 de 15/12/92) constituída de normas também processuais, que de certa forma prepararam o ordenamento para a inovação iminente. Nada disto se fez no Brasil, onde o instituto, embora recomendado dez anos antes pelo

²⁴ Sobre o tema, veja-se BITTENCOURT, Cezar Roberto, *in* “Reflexões sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal. 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais; e também ROCHA, Fernando A. N. Galvão, “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”, *Revista de Direito Ambiental*, vol. 10.

²⁵ Op. cit.

constituinte, chegou em 1998, sem que se tivesse avançado minimamente na dogmática, para recebê-lo.

A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica coloca o Brasil em posição ousada. É necessário todavia, reconhecer que talvez não estivéssemos preparados para tanto. Vive o Brasil, em matéria penal, um momento delicado em que a criminalidade de colarinho branco começa a ocupar o banco dos réus e esta mudança vem produzindo determinadas correntes de pensamento que, a pretexto de defender os postulados garantistas, perpetuam a tradição de impunidade, na medida em que restringem cada vez mais as possibilidades de aferição da autoria e da culpa. Somente a criminalidade ostensiva e violenta permanece com acessos repressivos franqueados. Neste ponto, a implementação da responsabilidade penal da pessoa jurídica poderia constituir-se em um avanço, desde que implicasse na necessária reformulação de conceitos e reconstrução da dogmática.

Nesta esteira existem propostas coerentes e autorizadas, como as preconizadas por Klaus Tiedemann, Hassemer²⁶ Jesus Maria Sanchez²⁷ e no Brasil, pelo Prof. João Marcelo Araújo Jr.. Trabalham estes autores na perspectiva de criação de novas categorias na teoria do crime que se ajustem de forma mais adequada e efetiva às novas formas de criminalidade que emergem nesta virada de século.

Importante frisar que a reelaboração dogmática não significará um retrocesso nas conquistas humanitárias do iluminismo. Nem poderíamos, em pleno século XXI, advogar em prol de preconceitos medievais. Por outro lado, tampouco podemos nos atrelar a certos dogmas da modernidade que, por mais que tenham sido valiosos na humanização do direito repressivo, não poderiam antever as formas de criminalidade organizada, empresarial e transnacional com que nos depararíamos na atualidade. Negar o ineditismo desta delinquência é assumir uma postura de pura alienação, quando o que importa é enfrentá-la com coragem,

²⁶ A idéia deste autor é conceber um direito intermediário, entre o direito penal e o administrativo que permitisse a flexibilização dos rigores do ordenamento repressivo, mas com a adoção de medidas punitivas mais próximas do estatuto administrativo. A este novo “ramo” do direito o autor chamaria de “direito de intervenção”.

²⁷ Sobre as idéias do autor, veja-se SANCHEZ, Jesus-Maria, “El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional” *Revista Brasileira e Ciências Criminas*, vol 24. São Paulo: RT.1998

precisão e justiça. Não custa lembrar que atualmente é esta espécie de criminalidade que vem colocando em risco não só a sobrevivência da espécie, no caso dos crimes ambientais, como também dela se conotam ameaças à ordem democrática e à liberdade, dogmas, estes sim, irrenunciáveis, da modernidade.

Referências Bibliográficas

- ARAÚJO Jr., João Marcello. "Societas delinquere potest – *Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*", in Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal. 1999. São Paulo: RT
- BITENCOURT, Cezar Roberto. "Reflexões sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica" in Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal. 1999. São Paulo: RT
- BOULOC, Bernard. "La responsabilité pénale des entreprises en droit français" in *Revue Internationale de droit comparé. Contributions françaises au 14e Congrès international de droit comparé. Société de Législation Comparée. no. 2. 1994*
- DOTTI, Rene Ariel. "A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica" *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 11. 1995. São Paulo: RT
- MIRANDA, Darcy Arruda. "Comentários à Lei de Imprensa". 1994. São Paulo:RT
- PRADEL, Jean. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês". *Revista Brasileira e Ciências Criminais*, Vol 24. 1999. São Paulo:RT.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão, "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica", *Revista de Direito Ambiental*, vol. 10. São Paulo: RT
- SANCHEZ, Jesus-Maria, "El derecho penal ante la globalizacion y la integracion supranacional" *Revista Brasileira e Ciências Criminais*, vol 24. São Paulo: RT.1998
- SHECAIRA, Sergio Salomão, "A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação" in Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal. 1999. São Paulo: RT
- SILVA, Fernando Quadros. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a Lei 9605 de 13.02.1998 e os princípios constitucionais penais", *Revista de Direito Ambiental*, vol. 18. São Paulo:RT
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra . "O Estudo das Recepções de Direito "
- THOMPSON, Augusto, "Aplicação da Criminologia na Justiça Penal – A

- criminalização da pessoa jurídica". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 31. 2000. São Paulo: RT
- TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 11. 1995. São Paulo: RT

Tradução

Sobre a Legitimação baseada nos Direitos Humanos * **

Jürgen Habermas

Utilizarei o conceito de legitimação (e seu análogo conceito de legitimidade) em um sentido duplamente restritivo: vou referir-me à legitimação da ordem política e exclusivamente à ordem política representada pelo Estado constitucional democrático. Quero recordar, em primeiro lugar, a proposta de reconstrução do nexos interno existente entre democracia e direitos humanos, tema que já analisei em outro lugar¹. Posteriormente quero discutir alguns aspectos da crítica contemporânea acerca da concepção de direitos humanos surgida no ocidente, examinando tanto o discurso do ocidente consigo mesmo como os discursos que outras culturas desenvolvem com o ocidente.

I. Uma Justificação Procedimental do Estado Constitucional Democrático

Início com uma explicação sobre o conceito político de legitimação.

* Tradução de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes.

** Nota das Tradutoras: Este texto de Jürgen Habermas integra a coletânea *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1998 (1ª ed.). Sua tradução foi realizada a partir da edição espanhola *La constelación postnacional: ensayos políticos*, publicada pela Paidós, Barcelona, 2000. Com este trabalho de tradução finalizado, viemos a saber que, no meio tempo, a coletânea, que inclui diversos outros ensaios do autor sobre temas variados, já havia sido publicada no Brasil. A edição brasileira, traduzida por M. Seligmann-Silva, intitula-se *A constelação pós nacional: ensaios políticos* e foi publicada pela Editora Littera Mundi, de São Paulo. A obra pode ser encomendada pelo email litteramundi@dialdata.com.br ou pelo telefone 0xx11-55615306. Em conformidade com a legislação brasileira, a editora Littera Mundi autorizou a versão que aqui se apresenta, pelo que muito lhe agradecemos.

¹ J. Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, cap. 3.

A necessidade de legitimação das ordens que se caracterizam pela forma estatal de organização da violência (e que, por exemplo, se diferenciam das estruturas de domínio das sociedades tribais) explica-se precisamente a partir do conceito de poder político. Devido ao fato de que o *médium* do poder estatal se constitui na forma do direito, as ordens políticas alimentam-se da sua pretensão de legitimidade. O direito reclama para si próprio não apenas a sua aceitação; além de exigir daqueles a quem é dirigido um reconhecimento fático, também pretende ser *digno* de reconhecimento. Para a legitimação de uma ordem estatal constituída através do direito contribuem, portanto, todo tipo de construções e argumentações públicas que possam tornar efetiva a pretensão do direito de ser reconhecido.

Isto é válido para todas as ordens estatais. Os Estados modernos caracterizam-se pelo fato de que constituem o poder político através da forma do direito positivo, isto é, instituído e coercitivo. Entretanto, dado que a questão relativa ao modo de legitimação política também se vê afetada pela transformação da “forma jurídica”, quero caracterizar, em primeiro lugar, o direito moderno segundo sua estrutura e suas pretensões de validade (1), antes de entrar em seus correspondentes tipos de legitimação (2).

1) Os ordenamentos jurídicos modernos são essencialmente constituídos a partir de direitos subjetivos. Estes direitos concedem a uma personalidade jurídica âmbitos de ação legalmente definidos, dentro dos quais pode conduzir sua ação de acordo com suas próprias preferências. Deste modo, separam os titulares dos direitos, de uma forma clara e precisa, de mandatos morais ou preceitos de outro tipo. Em qualquer caso, dentro dos limites do juridicamente permitido, ninguém está obrigado a oferecer uma justificação pública de sua atuação. Com a introdução das liberdades subjetivas, o direito moderno, diferentemente das ordens jurídicas tradicionais, assegura o princípio hobbesiano de que é permitido tudo aquilo que não está publicamente proibido. Desta forma, o direito e a moral separam-se mutuamente.² Enquanto a moral nos diz porque estamos obrigados a fazer algo, da estrutura do direito

² I. Mauss, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts”, in I. Mauss, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt del Meno, 1992, págs. 308-336.

infiere-se a primazia do estar legitimado para fazer algo. Enquanto os direitos morais derivam de deveres recíprocos, as obrigações jurídicas decorrem da restrição legal das liberdades subjetivas. Os modernos conceitos de personalidade jurídica e de comunidade jurídica explicam porque se dá privilégio aos direitos – em termos conceituais – em face das obrigações. O universo moral, *sem limites* no espaço social e no tempo histórico, refere-se a todas as pessoas naturais na complexidade de suas histórias vitais. Pelo contrário, uma comunidade jurídica, localizada tanto no tempo como no espaço, protege a integridade de seus membros apenas na medida em que eles assumem o *status* artificialmente instituído de *portadores de direitos subjetivos*.

Essa estrutura reflete-se na forma peculiar através da qual o direito adquire validade, ou seja, o entrelaçamento da faticidade da imposição do direito por parte do Estado com a pretensão de um procedimento racional para a sua própria produção. O direito moderno permite que os seus destinatários considerem as normas apenas como uma restrição de seu espaço de ação e adotem uma atitude de cálculo estratégico em relação às possíveis consequências que as violações podem acarretar ou se, pelo contrário, querem acatar suas disposições “por respeito à lei”. Com seu conceito de legalidade, Kant já havia explicitado a conexão entre esses dois momentos, sem os quais não se pode exigir das pessoas moralmente responsáveis obediência ao direito. As normas jurídicas devem ser constituídas de tal modo que possam ser sempre consideradas a partir de distintos aspectos, ou seja, como leis coercitivas ou como leis de liberdade. Deve ser possível, pelo menos, obedecer as normas do direito não porque sejam coercitivas, mas sim porque são legítimas. A validade de uma norma jurídica indica que o poder estatal garante simultaneamente a legítima produção do direito e a sua fática imposição. O Estado deve garantir ambas as coisas: por um lado, a legalidade da conduta no sentido do respeito às normas e, caso necessário, mediante sanções coercitivas; por outro lado, uma legitimidade das regras que, a qualquer momento, torne possível o acatamento de uma norma por estrito respeito à lei.

Com respeito à legitimidade de uma ordem jurídica, outra qualidade formal também se revela importante: a positividade do direito produzido. Como é possível fundamentar a legitimidade de regras que podem ser alteradas a qualquer momento por legisladores políticos? As normas

constitucionais também podem ser modificadas, e inclusive as normas fundamentais que declaram a Constituição como algo inalterável compartilham com todo o direito positivo o destino de poder perder eficácia, como, por exemplo, por ocasião de uma mudança de regime político. A moral foi capaz de conter o torvelinho da temporalidade no qual o direito positivo mergulhou apenas enquanto foi possível recorrer ao direito natural fundamentado na religião ou na metafísica. O direito positivo temporal deveria estar subordinado a um direito moral – no sentido de uma hierarquia das leis –, eternamente válido e receber deste suas orientações permanentes. No entanto, essas imagens integradoras do mundo e todas as éticas coletivas vinculantes desmoronaram nas sociedades pluralistas.

A teoria política deu à questão da legitimidade uma dupla resposta: a soberania popular e os direitos humanos. O princípio da soberania popular estabelece um procedimento que, em razão de suas propriedades democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Este princípio traduz-se nos direitos de comunicação e participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Ao contrário, os direitos humanos clássicos, que asseguram aos cidadãos de uma sociedade a vida e a liberdade privada, isto é, o espaço de ação para a realização de seus próprios planos de vida, fundamentam, por si mesmos, um domínio legítimo das leis. Sob esses dois pontos de vista normativos, o direito produzido – quer dizer, um direito que é passível de modificação – deve ser legitimado como um meio para assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito privado como em sua dimensão de cidadãos.

2) Não resta dúvida que a teoria política não foi capaz de obter um compromisso válido para a relação de tensão entre a soberania popular e os direitos humanos, entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”. O *republicanismo* que retrocede a Aristóteles e ao humanismo político do Renascimento sempre concedeu primazia à autonomia pública dos cidadãos em face das liberdades apolíticas das pessoas privadas. O *liberalismo* que remonta a Locke exorcizou (pelo menos desde o século XIX) o perigo de maiorias tirânicas postulando uma primazia dos direitos humanos frente à vontade popular. Para os primeiros, os direitos humanos devem sua legitimidade à auto-

compreensão ética e à autodeterminação soberana de uma comunidade política; para os segundos, os direitos humanos por si mesmos estabelecem os limites que devem impedir a soberana vontade do povo de invadir a inviolável esfera das liberdades privadas dos sujeitos. Em face destas unilateralidades complementares, é preciso insistir que a idéia dos direitos humanos – o direito fundamental, segundo Kant, às mesmas liberdades subjetivas de ação – não pode ser meramente imposta ao legislador soberano como um simples limite externo, nem pode ser instrumentalizada como um requisito funcional para a consecução de fins.³

Para expressar essa intuição adequadamente é recomendável partir da seguinte pergunta: quais são os direitos fundamentais que cidadãos livres e iguais devem outorgar-se reciprocamente se querem regular legitimamente sua vida em comum através do direito positivo? A idéia desta *praxis* constituinte conecta o exercício da soberania popular com a criação de um sistema de direitos. Nesse contexto, vou partir do princípio – que aqui não posso expor de forma mais detalhada – de que podem pretender legitimidade as regulamentações com as quais todos os possíveis afetados possam concordar como participantes de um discurso racional. Nos discursos, os participantes procuram convencer-se reciprocamente de algo através de argumentos com o fim de alcançar uma opinião comum, ao passo que mediante as “negociações” os cidadãos esforçam-se para obter um compromisso entre seus diferentes interesses. (Evidentemente a equidade de tais acordos depende de um procedimento discursivamente fundado para a formação de um compromisso). Se tais discursos (e negociações) são o lugar onde se pode formar uma vontade política racional, a suposição de que conduz a resultados legítimos – suposição que proporciona um fundamento ao procedimento democrático – deve apoiar-se, em última instância, em um acordo comunicativo: as formas de comunicação necessárias para a formação de uma vontade racional – e, portanto, asseguradora da legitimidade – do legislador político devem, por sua parte, ser juridicamente institucionalizadas.

A busca de um nexo interno entre direitos humanos e soberania

³ Para o que vem a seguir, ver J. Habermas, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999. Não posso tratar aqui da amistosa crítica de I. Mauss em “Freiheitsrechte und Volkssouveranität”, in *Rechtstheorie*, 26, 1995, pp. 507-562.

popular consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional. Os direitos que *tornam possível* o exercício da soberania popular não lhe podem ser impostos como restrições externas. Estas reflexões são esclarecedoras de forma *imediata* apenas no que se refere aos direitos políticos, isto é, os direitos de comunicação e participação, mas não no que se refere aos direitos privados clássicos que garantem a autonomia privada dos cidadãos. Tais direitos, que devem assegurar a qualquer cidadão uma igualdade de oportunidades na busca de seus próprios objetivos e uma completa proteção jurídica, têm, evidentemente, um valor intrínseco e não se esgotam em seu valor instrumental para a formação de uma vontade democrática.

No entanto, não devemos desconsiderar que os cidadãos já não podem eleger o meio através do qual exercem sua autonomia política. Os cidadãos participam do ato legislativo apenas como sujeitos de direitos; não podem, portanto, dispor da linguagem que querem utilizar. Quer dizer, o código que é o direito como tal já deve estar à sua disposição antes que os pressupostos comunicativos para uma formação discursiva da vontade possam ser institucionalizados na forma de direitos civis. No entanto, para o estabelecimento deste código que é o direito, é necessário criar o *status* de sujeitos de direitos que, como portadores de direitos subjetivos, pertencem a uma associação voluntária de membros de uma mesma comunidade jurídica e que, se for o caso, podem fazer valer efetivamente seus direitos. Não existe nenhum direito sem a autonomia privada de sujeitos de direitos. Portanto, sem os direitos privados clássicos, em particular sem o direito fundamental a uma igual liberdade de ação, não existiria tampouco nenhum meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar da *praxis* de sua autodeterminação.

Desta forma, a autonomia privada e a autonomia pública pressupõem-se mutuamente. A conexão interna entre democracia e Estado de direito consiste em que, por um lado, os cidadãos apenas podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se graças a uma autonomia privada assegurada são suficientemente independentes; e, por outro lado, só podem obter um equilibrado exercício de sua autonomia privada se, como cidadãos, fazem um adequado uso de sua autonomia pública. Por isso os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos são

indivisíveis. A imagem de um núcleo principal e de uma área secundária induz ao erro, como se existisse um núcleo de liberdades fundamentais que pretendesse prioridade frente aos direitos de comunicação e participação.⁴ Para o tipo de legitimação ocidental, os direitos privados e os direitos cidadãos são, na origem, igualmente essenciais.

II. A Autocrítica do Ocidente

Os direitos humanos têm um rosto de duas faces que está voltado tanto para o direito como para a moral. Apesar de seu conteúdo moral, têm a forma de direitos jurídicos. *Como* normas morais referem-se a todo aquele que “tenha um rosto humano”, mas *como* normas jurídicas apenas protegem as pessoas na medida em que pertençam a uma determinada comunidade jurídica, em geral os cidadãos de um Estado nacional. Desta forma, existe uma peculiar tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua realização: *devem* ter uma validade ilimitada para todas as pessoas; mas como se pode obtê-la? Podemos representar a extensão universal dos direitos humanos da seguinte forma: todos os Estados existentes transformam-se em Estados democráticos de direito – não apenas nominalmente –, enquanto cada indivíduo dá a si próprio o direito de escolher sua nacionalidade. Evidentemente estamos muito longe de alcançar esse objetivo. Uma alternativa poderia consistir em que cada um, como cidadão do mundo, obtivesse um direito efetivo desfrute dos direitos humanos. Neste sentido, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas remete a uma ordem global “em que os direitos e liberdades estabelecidos nesta declaração sejam completamente realizados”. No entanto, sabemos que está longe de ser alcançado o objetivo de um direito cosmopolita efetivamente institucionalizado.

Na transição que vai de uma ordem baseada nos Estados nacionais até uma ordem cosmopolita, não se sabe exatamente o que é mais perigoso: o mundo – atualmente em declínio – dos sujeitos soberanos de direito internacional que há muito tempo perderam sua inocência ou o amálgama de instituições e conferências internacionais, das quais

⁴ R. Herzog (*Die Rechte des Menschen*, in *Die Zeit*, de 6 de setembro de 1996) faz, com razão, uma distinção entre a fundamentação e a realização dos direitos humanos.

não cabe esperar mais do que uma incerta legitimidade, pois essas instituições continuam dependendo da boa vontade dos Estados poderosos e suas alianças.⁵ Nesta instável situação, os direitos humanos representam o único fundamento reconhecido para a legitimidade política da comunidade internacional, já que quase todos os Estados aceitaram textualmente a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que ainda continua aperfeiçoando-se. Apesar de tudo, tanto a validade universal como o conteúdo e as características dos direitos humanos continuam sendo discutidos. O discurso sobre os direitos humanos apoiado em argumentos normativos tem sido acompanhado por dúvidas de princípio acerca de se, depois de tudo, a forma de legitimação surgida no Ocidente pode resultar convincente para as premissas de culturas distintas. Os intelectuais ocidentais mais radicais sustentam inclusive a tese de que por trás da pretensão de validade universal para os direitos humanos oculta-se, por parte do Ocidente, uma pérfida pretensão de poder.

Isto não é uma casualidade. Saber tomar distância em face das próprias tradições, ampliando estreitas perspectivas, é uma das conquistas do racionalismo ocidental. A história europeia da interpretação e realização dos direitos humanos é a história de uma *descentralização* em nossa forma de olhar. Os direitos supostamente iguais foram estendidos, pouco a pouco, para grupos oprimidos, marginalizados e excluídos. E como consequência de tenazes combates políticos, também os trabalhadores, as mulheres e os judeus, os ciganos, os homossexuais e os refugiados têm sido reconhecidos como “seres humanos” com direito a uma completa igualdade de tratamento. O importante é que por trás desses impulsos emancipatórios pode-se observar retrospectivamente qual era a função ideológica desempenhada pelos direitos humanos *até esse momento*. Pois a pretensão igualitária de validade geral dos direitos e a inclusão de todos *também* serviram para encobrir uma desigualdade *de fato* no tratamento com os tacitamente excluídos. Esta observação suscitou a suspeita de que os direitos humanos *esgotam-se* nessa função ideológica. Afinal, não serviram sempre como escudo de uma falsa

⁵ I. Mauss, “Volkssouveränität und das Prinzip der Nichtintervention in der Friedensphilosophie Immanuel Kant”, in H. Brunkhorst, *Einmischung erwünscht?*, Frankfurt del Meno, pp. 88-116.

universalidade, de uma imaginária humanidade, atrás da qual um Ocidente imperialista poderia ocultar sua singularidade e seu próprio interesse? Entre nós, alemães, devido a influência de Heidegger y Carl Schmitt, essa hermenêutica da suspeita tomou a forma de uma crítica da razão e uma crítica do poder.

Segundo a primeira versão, a idéia dos direitos humanos é expressão de uma específica razão ocidental enraizada no platonismo. Ela ignora as limitações impostas pelo contexto de seu desenvolvimento e a validade apenas local de seus padrões supostamente universais. Todas as tradições, imagens do mundo e culturas estabelecem os seus próprios padrões, incomensuráveis entre si, para determinar o verdadeiro e o falso. Esta crítica niveladora da razão omite, certamente, a peculiar auto-referência que caracteriza os discursos da Ilustração. O discurso dos direitos humanos também se esforça por dar atenção a todas as vozes. Por esta razão, esse mesmo discurso fornece os padrões à luz dos quais as violações contra suas próprias pretensões podem ser descobertas e corrigidas. Lutz Wingert designou esse fato como “aspecto detetivesco” do discurso dos direitos humanos⁶: os direitos humanos que promovem a inclusão dos outros também funcionam como sensores em face das exclusões praticadas em seu nome.

A variante representada pela crítica do poder procede de forma ainda mais grosseira. Também recusa qualquer pretensão de validade universal ao recorrer à superioridade genética de uma particularidade oculta. Supostamente, na linguagem normativa do direito não pode refletir-se outra coisa senão os desejos fáticos de poder de uma auto-afirmação política; assim, por trás da aspiração de uma validade universal do direito oculta-se, normalmente, a vontade que um determinado coletivo tem de se impor. No entanto, as nações mais afortunadas aprenderam, já no século XVIII, como o puro poder pode ser domesticado através do direito legítimo. “Quem diz humanidade, mente”: este conhecido fragmento da ideologia alemã delata apenas uma falta de experiência histórica.⁷

Os intelectuais não devem confundir o seu discurso sobre suas próprias perplexidades eurocêntricas com o debate que os *outros* com

⁶ L. Wingert, “Türöffener zu geschlossenen Gesellschaften”, in *Frankfurter Rundschau*, de 6 de agosto de 1995.

⁷ Para uma extensa crítica da teoria do direito de Carl Schmitt, ver I. Mauss, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, Munich, 1980.

eles desenvolvem. Parece evidente que também no discurso intercultural nos defrontamos com argumentos que os porta-vozes de outras culturas tomaram emprestado da crítica europeia do poder e da razão, para mostrar que, apesar de tudo, a validade dos direitos humanos está intimamente ligada ao contexto europeu no qual surgiram. No entanto, os críticos do Ocidente, que obtêm sua autoconsciência a partir de suas próprias tradições, de nenhum modo recusam os direitos humanos globalmente, especialmente porque, nos dias atuais, outras culturas e religiões também estão sujeitas aos desafios de uma modernidade social que são semelhantes aos que, em sua época, foram enfrentados pela Europa, quando, de certa forma, instituiu os direitos humanos e o Estado democrático de direito.

A partir de agora, gostaria de adotar o papel apologético de um participante ocidental no discurso intercultural sobre os direitos humanos e vou partir da hipótese de que os direitos humanos se devem menos ao particular mundo cultural da civilização ocidental que ao intento de oferecer uma resposta a uma modernidade social que, entretanto, já se estendeu globalmente. As condições a partir das quais surge essa modernidade podemos valorá-las como queiramos, mas para nós elas representam um *factum* que não nos deixa qualquer opção e, portanto, não necessitam nem admitem uma justificação retrospectiva. Na disputa acerca de uma adequada interpretação dos direitos humanos não se trata de discutir o desejável da “condição moderna”, mas sim uma interpretação dos direitos humanos que faça justiça ao mundo moderno também da perspectiva de outras culturas. A controvérsia gira, sobretudo, em torno do individualismo e do caráter secular dos direitos humanos, que estão centrados no conceito de autonomia.

Ressalto, à título de esclarecimento, que me fundamento em uma metacrítica da descrição dos padrões de legitimação instituídos pelo Ocidente. A reconstrução, anteriormente proposta, do conjunto de causas e circunstâncias a partir do qual surgem os direitos individuais e as liberdades civis parte de uma situação na qual cidadãos livres e iguais refletem acerca de como podem regular suas vidas em comum não só através dos meios instituídos pelo direito positivo, mas também através dos meios instituídos pelo direito legítimo. Quero recordar, antecipadamente, três implicações desta proposta, que serão relevantes para a continuidade da exposição:

a) Este modelo começa com as relações horizontais dos indivíduos entre si e, apenas em um segundo momento – isto é, tendo como base alguns direitos fundamentais já existentes –, introduz as relações desses cidadãos com um aparato estatal necessário somente em termos funcionais. Deste modo, evitamos a obsessão liberal em relação à necessidade de controle do potencial de violência do Estado. Esta questão é, certamente, compreensível do ponto de vista da história europeia, mas coloca em um segundo plano o evidente problema do estabelecimento de uma comunidade política.

b) A questão inicial pressupõe, como idôneo e aproblemático, o *medium* que é o direito positivo, em relação ao qual, de certa maneira, eventualmente nos vinculamos. A criação de uma associação de sujeitos jurídicos, entendidos como portadores de direitos subjetivos, não é tratada (como é usual no direito racional) como uma decisão que necessita de fundamentação normativa. Com efeito, uma fundamentação funcional é suficiente, já que nas sociedades complexas, sejam da Ásia ou da Europa, não existe, evidentemente, um equivalente funcional do direito positivo que tenha a sua capacidade de integração. Tais normas, artificialmente criadas, ao mesmo tempo obrigatórias e garantidoras da liberdade, também deram um bom resultado na construção de uma forma abstrata de solidariedade civil entre estranhos que desejam continuar sendo estranhos uns para os outros.

c) Finalmente, o modelo da *praxis* de criação e melhoria das Constituições é entendido de forma que os direitos humanos não são considerados como fatos morais que *existiram previamente*. São, ao contrário, construções nas quais, de certo modo, está inscrito que, diferentemente dos direitos morais, não podem manter um *status* politicamente não obrigatório. Como direitos subjetivos são, por si mesmos, de natureza jurídica e, portanto, estão destinados a ser transformados em direito positivo através das instituições legislativas.

Estas reflexões em nada modificam o caráter individualista e o fundamento secular das ordens que se fundamentam nos direitos humanos; elas, inclusive, sublinham o significado central da autonomia. No entanto, tais reflexões permitem, de outra parte, que a crítica, que desde o discurso intercultural dos direitos humanos foi exercida a ambos os aspectos, apareça através de uma diferente perspectiva.

III. O diálogo dos outros com o Ocidente: “valores asiáticos”

Desde a publicação de *Shared Values* (1991) pelo governo de Singapura e da declaração conjunta dos governos de Singapura, Malásia, Taiwan e China em Bangkok (1993), é possível observar um debate – da mesma forma como na Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos – no qual as declarações estratégicas dos representantes governamentais e as contribuições de intelectuais da oposição ou independentes por vezes coincidem, por vezes se confrontam.

As objeções voltam-se contra o caráter individualista dos direitos humanos. A crítica, que se remete aos “valores” próprios de um confucionismo inscrito na cultura do Extremo Oriente, se desenvolve em três direções: 1) estabelece uma crítica ao princípio da primazia dos direitos sobre os deveres, 2) institui uma espécie de “hierarquia” *comunitarista* dos direitos humanos e, 3) deplora as conseqüências negativas que um ordenamento jurídico individualista acarreta em relação à coesão social da comunidade.

1) O núcleo do debate consiste na tese de que as antigas culturas da Ásia (como também as culturas tribais da África)⁸ concedem à comunidade a primazia sobre o indivíduo e desconhecem a nítida separação entre o direito e a ética. Tradicionalmente, a comunidade política estaria integrada em torno de deveres, e não em torno de direitos. A ética política não conhece os direitos subjetivos, mas apenas direitos que são outorgados aos indivíduos. Este *ethos* ligado à comunidade, profundamente ancorado nas respectivas tradições, que exige subordinação dos indivíduos e conhecimento de qual é o seu papel na sociedade, seria, portanto, incompatível com a compreensão individualista que o direito tem no Ocidente.⁹

⁸ Observe-se a posição do cientista político nigeriano Claude Ake, “The African Context of Human Rights”, in *Africa Today*, 34, 1987, p. 5: “A idéia de direitos humanos, ou de direitos legais em geral, pressupõe uma sociedade atomizada e individualista, uma sociedade em situação de conflito endêmico. Pressupõe uma sociedade de pessoas conscientes daquilo que as diferencia das demais, tanto quanto de seus interesses particulares e ansiosas por obtê-los... Nós enfatizamos menos o indivíduo e mais a coletividade, não queremos admitir que o indivíduo tem direitos que podem ser contrários à sociedade. Nós assumimos a harmonia e não a divergência de interesses, a competição e o conflito; estamos mais dispostos a pensar em nossas obrigações para com os outros membros de nossa sociedade do que nas obrigações que eles têm conosco”.

⁹ Yash Ghai, “Human Rights and Governance: The Asia Debate”, in *Center for Asian Pacific Affairs*, novembro de 1994, pp. 1-19.

Ao meu juízo, o debate toma uma direção equivocada ao fazer referência a diferenças culturais. Certamente, da forma do direito moderno se pode inferir sua função. Se os direitos subjetivos são um tipo de escudo protetor da vida privada das pessoas, eles operam em um duplo sentido: protegem tanto a meticulosa busca de um projeto ético, como um modelo vital orientado segundo as próprias preferências e liberado de considerações morais. Esta forma de direito ajusta-se às exigências funcionais das sociedades economicamente constituídas que dependem das decisões descentralizadas de numerosos atores independentes entre si. No entanto, as sociedades asiáticas também introduzem o direito positivo como um meio de controle em consequência de um intercâmbio econômico globalizado. E o fazem pelas mesmas razões funcionais que, no Ocidente de outrora, instituíram essa forma de direito frente às velhas formas corporativas de socialização. A segurança jurídica é, por exemplo, uma condição necessária para o intercâmbio comercial que exige a proteção da confidencialidade, além da necessária previsibilidade. Portanto, a opção não se situa no nível cultural, mas sim no nível econômico e social. As sociedades asiáticas não podem optar pela modernização capitalista sem fazer uso das vantagens oferecidas por um ordenamento jurídico individualista. Não se pode desejar ter uma coisa e não ter a outra. Do ponto de vista dos países asiáticos, a questão não é se os direitos humanos, como parte de um ordenamento jurídico individualista, são compatíveis com as próprias tradições culturais. Na verdade, a pergunta correta é se no curso de uma modernização econômica — em princípio por eles aceita — deve-se adequar as formas tradicionais de integração política e social aos imperativos praticamente inevitáveis desse processo ou se, pelo contrário, tais formas de integração podem ser mantidas frente aos imperativos da modernização econômica.

2) Na verdade, essas reservas contra o individualismo europeu revelam não um propósito normativo, mas um propósito estratégico. É possível reconhecer que os argumentos dessa intenção estratégica estão em consonância com uma justificação política do autoritarismo mais ou menos “brando” das ditaduras desenvolvimentistas daqueles países. Isto é particularmente válido para o debate acerca da hierarquia dos direitos humanos. Os governos de Singapura, Malásia, Taiwan e China procuram

defender-se das acusações do Ocidente de que violam os direitos civis e políticos fundamentais, justificando a “primazia” dos direitos culturais e sociais. Desta forma se vêem autorizados — pelo “direito ao desenvolvimento econômico”, aparentemente interpretado de forma coletiva — a “suspender” a realização dos direitos privados liberais e dos direitos políticos de participação enquanto o país não haja alcançado um nível de desenvolvimento que lhe permita satisfazer uniformemente as necessidades materiais fundamentais da população. Para uma população na miséria, a igualdade perante a lei e a liberdade de opinião não seriam tão relevantes como a perspectiva de melhores condições de vida.

No entanto, não é tão fácil vender argumentos funcionais como se fossem normativos. Certamente, para a *realização a longo prazo* dos direitos humanos, algumas circunstâncias são mais favoráveis que outras. Isto, porém, não justifica um modelo de desenvolvimento autoritário segundo o qual a liberdade do indivíduo se subordina ao “bem da comunidade”, interpretado e definido de forma paternalista. Na verdade, esses governos não defendem qualquer direito individual, mas apenas a tutela paternalista que lhes permita restringir direitos que no Ocidente são considerados clássicos, como o direito à vida e à integridade física, os direitos a uma completa proteção jurídica individual e à igualdade de tratamento, assim como as liberdades de crença, de associação e de opinião. Normativamente considerada, a reclamação de uma “primazia” dos direitos sociais e culturais é, em si mesma, sem sentido, já que tais direitos servem ao valor *fair* das liberdades (Rawls), isto é, para garantir os verdadeiros pressupostos de um gozo igualitário (igualdade de oportunidade) dos direitos fundamentais, sejam civis, sejam políticos.¹⁰

3) Frequentemente, esses dois argumentos aparecem associados a uma crítica sobre as supostas consequências de um ordenamento jurídico individualista que ameaçaria formas de vida organicamente desenvolvidas, tais como a família, a vizinhança e a política. Um ordenamento jurídico que outorga aos indivíduos direitos subjetivos

¹⁰ A esse respeito, ver meu debate com Günther Frankenberg em: Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Francfort del Meno, 1995, pp. 382 e ss. (versão em espanhol: *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999).

que podem ser reclamados judicialmente está orientado para o conflito e, portanto, contradiz a orientação ao consenso da cultura local. Portanto, é recomendável que se faça uma distinção entre uma leitura política dessa crítica e uma outra que se dirige à análise dos princípios que a sustentam.

Do ponto de vista da análise dos princípios, por trás dessa reserva ante o individualismo, encontra-se uma justificada crítica a uma compreensão dos direitos subjetivos que finca suas raízes na tradição de Locke; compreensão esta que, nos dias atuais, foi renovada pelo neoliberalismo dominante. Este individualismo possessivo ignora que os direitos individuais – que podem ser juridicamente reclamados – só podem *derivar* de normas *anteriormente* reconhecidas de *forma intersubjetiva* por uma comunidade jurídica. É verdade que os direitos subjetivos vinculam-se às pessoas jurídicas individuais; mas o *status* de sujeito jurídico como portador de tais direitos subjetivos só se constitui no contexto de uma comunidade jurídica que fundamenta-se no recíproco reconhecimento por parte dos membros que voluntariamente associaram-se. Portanto, a compreensão dos direitos humanos deve ser desvinculada de um modelo metafísico que implica na suposição de indivíduos que, antes de qualquer processo de socialização, vêm ao mundo com direitos inatos. Esta tese “ocidental” também torna sem sentido a necessidade de uma antítese “oriental”, segundo a qual é conveniente dar preeminência às exigências da comunidade jurídica em face das exigências jurídicas dos indivíduos. A necessidade de optar entre “individualistas” e “coletivistas” fica desta maneira sem objeto, na medida em que a contraposta *unidade* dos processos de individualização e socialização é incorporada aos conceitos fundamentais do direito. Se os sujeitos de direito só podem chegar a ser indivíduos mediante a socialização, a integridade da pessoa apenas pode ser protegida quando se assegura o seu livre acesso às relações interpessoais e às tradições culturais nas quais pode manter e conservar sua própria identidade. O individualismo corretamente entendido está incompleto sem essa faixa de “comunitarismo”.

Pelo contrário, do ponto de vista político, a crítica acerca dos efeitos desintegradores do direito moderno carece de fundamento. Os processos de modernização econômica e social que ocorreram nesses países de forma tão vertiginosa quanto brutal não devem ser confundidos com as

formas jurídicas através das quais se consuma o isolamento, a exploração e o abuso do poder administrativo. Em face da opressão de fato das ditaduras desenvolvimentistas, a “juridicização” da política representa, na verdade, um alento. As dificuldades de integração presentes em todas as sociedades fortemente diferenciadas e complexas apenas serão solucionadas através dos meios do direito moderno se formos capazes de criar, com a ajuda do direito *legítimo*, essa forma abstrata de solidariedade cidadã cujo êxito ou fracasso depende diretamente do nível de efetiva realização dos direitos fundamentais.¹¹

IV. O desafio do fundamentalismo

O ataque à dimensão individualista dos direitos humanos dirige-se contra um aspecto do conceito de autonomia que lhes é subjacente, a saber, as liberdades que salvaguardam os cidadãos privados de intervenções indevidas do Estado ou de terceiros. No entanto, os cidadãos só são autônomos em um sentido político quando dão a si mesmos as suas próprias leis. O modelo de assembléia constituinte revela o caminho para uma concepção construtivista dos direitos fundamentais. Kant entende a autonomia como a capacidade de vincular a própria vontade a razões normativas resultantes do uso público da razão. Esta idéia de autolegislação também inspira o procedimento de uma formação democrática da vontade mediante o qual o domínio político pode se transformar até assentá-lo sobre um fundamento cuja legitimidade seja neutra em relação a qualquer visão do mundo. Desta forma, torna-se supérflua a fundamentação religiosa ou metafísica dos direitos humanos. Neste sentido, a secularização da política é somente a contrapartida da autonomia política dos cidadãos.

A concepção europeia dos direitos humanos não só oferece aos porta-

¹¹ Ghai, “Human Rights and Governance: The Asia Debate”, in *Center for Asian Pacific Affairs*, novembro de 1994, p. 10: “Os governos destruíram muitas comunidades em nome do desenvolvimento ou da estabilidade do Estado, e a constante negativa da maioria deles em reconhecer a existência de povos indígenas entre sua população com o direito de preservar sua cultura tradicional, sua economia e suas crenças não é senão uma demonstração de sua falta de envolvimento com a autêntica comunidade. A vitalidade da comunidade decorre do exercício dos direitos de organizar-se, reunir-se, debater e protestar, direitos que tais governos descartaram, rotulando-os de “liberais”.

vozes de outras culturas a possibilidade de um ataque ao caráter individualista dos direitos subjetivos, mas também permite que um outro aspecto seja suscetível de crítica, ou seja, um poder político secularizado que já não encontra seu fundamento em imagens religiosas e cosmológicas do mundo. Para um islamismo, um cristianismo, ou um judaísmo entendidos de maneira fundamentalista, sua própria pretensão de verdade é absoluta no sentido de que, chegado o momento, merece ser imposta através dos meios da violência política. Esta concepção tem importantes conseqüências na definição daquilo que se entende por comunidade política, já que as legitimações religiosas baseadas em uma cosmovisão desse tipo são incompatíveis com a inclusão na comunidade política dos não crentes ou dos crentes de outras religiões.

No entanto, uma legitimação profana dos direitos humanos – isto é, a separação entre a política e a autoridade divina – não significa apenas um desafio perturbador para os fundamentalistas. Intelectuais hindus – como, por exemplo, Ashis Nandy – escrevem “manifestos antiseculares”.¹² Esperam menos da neutralidade do Estado do que da tolerância e da mútua fecundação das culturas religiosas islâmica e hindu (a partir de um recíproco cruzamento entre essas duas concepções religiosas). São céticos em face de uma declarada neutralidade política que terminaria por anular o significado público da religião. Estas reflexões confundem questões normativas – como, por exemplo, como se pode encontrar um fundamento comum para uma justa convivência política – e questões de tipo empírico. A diferenciação de esferas religiosas separadas do Estado faz com que a influência das crenças religiosas privatizadas seja efetivamente mais débil; entretanto, o princípio de tolerância por si mesmo não se dirige contra a autenticidade e a pretensão de verdade dos compromissos e das formas de vida religiosas; apenas pretende tornar possível uma justa coexistência desses compromissos na mesma comunidade política.

O núcleo da controvérsia não pode ser descrito como uma amarga disputa acerca da relevância da religião entre as diferentes culturas. A concepção dos direitos humanos foi a resposta dada para um problema

¹² Partha Chatterjee, “Secularism and Toleration”, in *Economic and Political Weekly*, 9 de julho de 1994, pp. 1768-1776; Rajeev Bhargava “Giving Secularism its Due”, in *Economic and Political Weekly*, 9 de julho de 1994, pp. 1791-1984;

que, atualmente, é enfrentado por outras culturas, de forma semelhante ao que ocorreu na Europa, quando teve que superar as conseqüências políticas da divisão provocada pelas guerras religiosas. O mesmo conflito de culturas tem hoje lugar no âmbito de uma sociedade mundial em que os atores coletivos, apesar de diferentes tradições culturais, devem, queiram ou não, estabelecer um acordo acerca das normas de sua convivência comum. Uma blindagem autoritária em face das influências externas já não é, na atual situação mundial, uma opção. Ademais, o pluralismo das concepções de mundo também irrompe no interior de sociedades caracterizadas por fortes tradições.

Mesmo em sociedades fortemente homogêneas do ponto de vista cultural, tem sido cada vez mais inevitável uma transformação reflexiva das tradições dogmáticas dominantes que se apresentam com pretensão de exclusividade.¹³ A consciência de que as próprias “verdades” religiosas precisam estar em consonância com o saber profano reconhecido publicamente como tal e que devem ser defendidas contra outras pretensões de verdade religiosas dentro do mesmo universo de discurso desenvolve-se em primeiro lugar nas camadas intelectuais da população. Como ocorreu com o cristianismo desde as guerras religiosas, as imagens tradicionais do mundo vão se transformando sob a pressão reflexiva das condições da vida moderna em *reasonable comprehensive doctrines*. Assim Rawls designa uma auto-compreensão ética do mundo, que se tornou reflexivo e que admite a resolução razoável de problemas de acordo com outras crenças religiosas, com as quais, contudo, é possível um entendimento acerca das regras que permitem a sua coexistência com os esses mesmos direitos.¹⁴

Ressalto, enfim, que minhas reflexões procuraram apresentar o tipo de legitimação que ocorre no Ocidente como uma resposta aos desafios gerais com os quais já não se encontra confronto apenas a civilização ocidental. Isto não significa, naturalmente, que a resposta encontrada pelo Ocidente seja a única ou a melhor. Neste sentido, o debate atual acerca dos direitos humanos nos oferece a possibilidade de esclarecermos pontos ainda obscuros. A mesma reflexão hermenêutica acerca do ponto

¹³ H. Hoibraaten, “Secular Society”, em: T. Lindholm e K. Vogt (orgs.), *Islamic Law Reform and Human Rights*, Oslo, 1993, pp. 231-257.

¹⁴ J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1993.

de partida de um discurso sobre os direitos humanos entre participantes com distintas origens culturais revela os conteúdos normativos que estão presentes nos pressupostos tácitos de qualquer discurso orientado para o entendimento. Independentemente das culturas particulares, todos os participantes de um discurso bem sabem, de forma intuitiva, que não pode haver consenso baseado no convencimento enquanto não existam relações simétricas entre os participantes da comunicação, isto é, relações de reconhecimento mútuo, de admissão da perspectiva do outro, de uma comum disposição de também considerar as próprias tradições com os olhos de um estranho, de uma disposição de *aprender* uns com os outros, etc. A partir desta base é possível criticar não apenas as leituras seletivas, as interpretações tendenciosas ou as torpes aplicações dos direitos humanos, mas também as suas desavergonhadas instrumentalizações que visam mascarar como universal interesses que são particulares, de forma que induzam à falsa suposição de que o sentido dos direitos humanos esgota-se em seu abuso.

ARTIGOS

Poder Parental e Liberdade do Menor
Bruno Lewicki

Atualidade da Autonomia Universitária (C.R., art. 207)
Dante Braz Lémangi

Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional.
Anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
(A.I. 598.360.402 São Luiz Gonzaga)
Gustavo Tepedino
Anderson Schreiber

O Princípio da Igualdade entre os Sexos na Relação de Trabalho
Lila Carolina Ignjias Lopes

Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista
Neel Struchiner

Direitos Humanos & Globalização
Sergio Borges Allan

Riqueza, Pobreza & Informalidade
Thina Logy

Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo
Theury Pogrebinski

A Questão do Desenvolvimento: Um Enfoque Ideológico
Theris Aline Calzavacchio dos Santos

ESTUDOS DE DIREITO COMPARADO

O Afro-Brasileiro e os Direitos Culturais face à Globalização
Sérgio Abreu

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Brasil. Estudo da Recepção do Direito.
Silviana Batista Cesar Gler

TRADUÇÃO

Sobre a Legitimação baseada nos Direitos Humanos
Jürgen Habermas