

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro



16

JAN / JUL

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

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 16 janeiro-julho, 2000

ISSN 1516-6104

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

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

O Progresso Tecnológico e a Tutela Jurídica da Privacidade 6
Carlos Affonso Pereira de Souza

Os Valores Sociais da Livre Iniciativa como Fundamento do Estado Brasileiro 40
Fábio Carvalho Leite

A Fiança e os Contratos de Locação Prorrogados por Prazo Indeterminado 84
João Augusto Bastlio

Modernidade e Ciência: Algumas Posições Epistemológicas 88
José Ricardo Ferreira Cunha

Alguns Aspectos da Globalização e do Trabalho 124
Maria Celeste Simões Marques

2. Estudos de Direito Comparado

O Papel do Direito Comparado na Globalização 150
Ana Lucia de Lyra Tavares

Estado Federal e Estado Unitário: A Perspectiva Constitucional no Brasil, Argentina e Chile 159
Carlos Guilherme Francovich Lugones

Princípios Constitucionais da Responsabilidade Republicana e da Democracia Participativa e a Ação do Tribunal de Contas 177
Maria Anair Pinto Paiva e Teresa Robichez de Carvalho

3. Decisões Judiciais

Direito do Consumidor e Planos de Saúde

188

Eduardo Oberg

4. Notícias e Informações

Resumos (e *abstracts*) das Dissertações de Mestrado defendidas no
Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional
no 1º semestre de 2000

198

Artigos

O Progresso Tecnológico e a Tutela Jurídica da Privacidade

Carlos Affonso Pereira de Souza*

“O individualismo, principalmente o jurídico, assenta na ignorância da coigualdade de subordinação de cada parte ao todo.”

Pontes de Miranda¹

Italo Calvino, em um pequeno conto², narra a história de um homem honesto que decide morar em uma cidade onde todos os habitantes são ladrões e cujo único passatempo noturno é furtar uns as casas dos outros. Tratava-se de um círculo vicioso, pois os que saíam para roubar na surdina da escuridão, ao voltarem para suas casas com as pratarias, jóias e utensílios furtados encontravam-nas igualmente violadas. O homem honesto, por sua vez, após ter sucessivamente os seus pertences furtados, levado à penúria por não haver se imiscuído na prática alheia, terminou por morrer de fome.

Esse conto possui uma lógica que pode escapar ao leitor desavisado, uma vez que a morte do único homem honesto na cidade dos ladrões poderia representar, à primeira vista, a inocuidade de se sustentar uma posição, entendimento ou preferência não compartilhada por todos os demais em um grupo social. Ao se admitir tal assertiva, todavia, estar-se-ia negando a possibilidade de mudança, de progresso na história das artes e dos ofícios do homem, sendo justamente a história da alteração nos hábitos e nas técnicas que se encontra no final do aludido conto.

Dessa forma, expõe o autor, antes de revelar o fim do único homem honesto, que o mesmo veio a alterar definitivamente o cotidiano daquela

* Advogado. Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio.

¹ *In Sistema de Ciência Positiva do Direito*. São Paulo, Bookseller, 2000, tomo IV, p. 257.

² “A Ovelha Negra”, in *O General na Biblioteca*. São Paulo, Companhia das Letras, 2001; pp. 31/32.

cidade uma vez que não roubava a casa de terceiros quando a noite caía, sempre havia um ladrão que ao voltar para casa a encontrava intacta, enquanto que, com o passar do tempo, aqueles que escolhiam a casa do homem honesto para roubar, saíam de mãos vazias. Assim, paulatinamente, foi-se criando uma diferença econômica entre os indivíduos, passando os mais ricos a contratar terceiros para roubar em seu nome, e, posteriormente, para proteger as suas propriedades contra os próprios ladrões. Ainda que aniquilada, e sem que se teça qualquer avaliação sobre a conveniência da mudança operada, aquela dissonância foi fundamental para que a cidade progredisse para um novo modelo de vida.

O conto de Calvino ilustra, de certa forma, o panorama atual do direito à privacidade. Isto porque em meio à proteção que se visa estender hodiernamente aos direitos de cunho social, privilegiando-se as concepções principiológicas para o esclarecimento das relações privadas, com especial destaque para o princípio jurídico da solidariedade³, tem-se na privacidade, à primeira vista, o último refúgio protegido da concepção individualista dos direitos reinante no século XIX.

O direito à privacidade, defendido desde os pronunciamentos do juiz Thomas Cooley e as considerações expendidas por Brandeis e Warren, ao final do século XIX, sempre esteve relacionado à proteção do indivíduo contra incursões de terceiros em seu recato, no seu direito inabalável de ser deixado só (*right to be let alone*). Esta proteção concedida ao indivíduo tornou-se fonte geradora, no século passado, de grandes desenvolvimentos na tutela jurídica da pessoa humana, sendo o direito à privacidade erigido à categoria de direito inerente à condição humana, constando da Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 10.12.1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

Em um cenário de ampliação da tutela dos interesses sociais e suas garantias, a teoria e a prática da defesa da privacidade individual forneceram bases para a crescente proteção da pessoa alcançada atualmente. Houve, indubitavelmente, um avanço no tratamento concedido pelo sistema jurídico contemporâneo à pessoa, sendo o seu resguardo garantido por

³ Identificando o referido princípio no ordenamento pátrio a partir do art. 3º, I, da Constituição Federal, expõe Maria Celina Bodin de Moraes que o mesmo se constitui no instrumento adequado e necessário para se atribuir a cada um o direito ao respeito inerente à condição humana, sendo por isso mesmo, a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa. (In “O Princípio da Solidariedade”, *mimeo*).

cláusula geral fixada no texto constitucional pátrio, demandando assim, para sua efetividade, que sejam superadas as concepções estanques de direito público e privado, em prol da concretização da dignidade da pessoa humana.⁴

Inobstante a sua contribuição para esse cenário de proteção à pessoa, a concepção do direito à-privacidade como corolário do isolamento individual já não mais alcança as inovações trazidas a lume pelo progresso tecnológico. O aprimoramento de novas tecnologias, sobretudo daquelas relacionadas ao tratamento e disponibilização de informações, impulsionando a automatização de procedimentos, bem como o avanço nas pesquisas científicas e o desenvolvimento da Internet como meio de comunicação, representam não apenas uma grande conquista do intelecto humano, mas também um desafio para a organização da sociedade.

O alcance das mudanças que nascem no meio social a partir da difusão de tais tecnologias impõe, por seu turno, o aperfeiçoamento da regulamentação jurídica então existente visando estabelecer soluções para os conflitos que venham a surgir. Vale destacar que nem sempre a edição de novas regras se faz necessária frente ao avanço tecnológico, todavia ordinariamente a sofisticação no manuseio de técnicas em constante evolução requer a tutela legal de suas peculiaridades.

A proteção do direito à privacidade perante o progresso tecnológico e a facilidade de acesso e distribuição indevida de dados de terceiros tornou-se um desses conflitos, demandando o trabalho não apenas dos juristas, mas igualmente dos legisladores e magistrados no sentido de se definir o *locus* da privacidade no cenário contemporâneo.

A concepção do direito à privacidade como proteção do isolamento individual encontra-se aquém da tutela requerida pela intensa movimentação de dados pessoais na rede mundial de computadores. Assim, o controle da coleta, armazenamento e utilização de dados torna-se imperativo, sendo essa a função primordial que tem a desempenhar o direito à privacidade frente às novas tecnologias.

⁴ Nesse sentido, vide: Gustavo Tepedino. "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro" in *Temas de Direito Civil*. Rio, Renovar, 1999, p. 50; Maria Celina Bodin de Moraes. "O Direito Civil Constitucional", in Margarida Lacombe Camargo (org.). *1988 - 1998: Uma década de Constituição*. Rio, Renovar, 1999, p. 124/127; e Eroulths Cortiano Junior. "Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade", in Luiz Edson Fachin (org.) *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio: Renovar, 2000, pp. 41 e seguintes.

I. Breve Histórico do Direito à Privacidade

Antes que se adentre nos meandros da defesa do direito à privacidade na Internet, deve-se tecer alguns breves comentários sobre a evolução desse direito, enfocando-se a sua concepção originalmente relacionada com a estrita necessidade de isolamento, acentuada pelas tintas do individualismo burguês, e o seu posterior desenvolvimento.

1. A privacidade dos antigos e a dos modernos

A distinção entre vida privada e vida pública possui um sentido de equilíbrio e complementaridade, exercendo grande influência na história da vida do homem. Esta distinção, todavia, deve ser tomada como um dado histórico, herdeira dos momentos mais representativos da história do homem, passando pela Antiguidade clássica, alcançando a Idade Média, para enfim desembocar no ritmo acelerado dos últimos séculos.⁵

A privacidade, enquanto necessidade de isolamento por parte do homem já figurava nas páginas da Bíblia, estando ainda presente em textos que remontam às tradições clássicas e à filosofia de vida oriental.⁶ Desta forma, cumpre destacar que essa necessidade sempre se fez presente na história do homem, podendo-se entrever esse fato mesmo na *Ilíada*, de Homero, quando, após ter discutido severamente com Agamenon, Aquiles, o maior dos heróis gregos na batalha de Tróia, retira-se para sua tenda, lá permanecendo por diversos cantos do poema homérico.⁷

Contudo, a Grécia clássica não ofereceu espaço para o florescimento da privacidade como hoje é conhecida. Tanto se deu na medida em que o Estado exercia o papel de conformador de condutas, intervindo na vida privada dos cidadãos. O homem grego era necessariamente um homem público, que votava nas assembléias, exercia a magistratura e participava das competições esportivas. Neste sentido, ressalta Fustel de Coulanges que:

"O Estado não admitia que ninguém permanecesse indiferente aos seus

⁵ Nelson Saldanha. *O Jardim e a Praça*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986, p. 26.

⁶ Apud. Privacy International Organization e Electronic Privacy Information Center. "Privacy and Human Rights 2000: An international survey of privacy laws and developments." (disponível no site <http://www.privacyinternational.org/survey/index.html>).

⁷ Homero. *Ilíada*. Rio, Ediouro, 2001, p. 68/71.

interesses: o filósofo, homem de estudos, não tinha o direito de viver isolado. Era sua obrigação votar nas assembleias e, por sua vez, exercer a magistratura quando necessário. Em certa altura, quando as discórdias se tornaram frequentes, a lei ateniense não permitia sequer ao cidadão a sua neutralidade; antes o obrigava a combater por um ou outro partido; e a quem quisesse permanecer alheio às facções e se mostrasse calmo, a lei aplicava pena severa: a perda do direito de cidadania.”⁸

Melhor sorte não logrou a tutela da privacidade nos tempos do Império Romano, marcado igualmente pela forte presença do Estado na vida do indivíduo, sendo apenas na Idade Média que a casa de família passa a representar um espaço de intimidade, separando-se a vida em comunidade de vida privada.⁹

O amplo desenvolvimento da tutela da privacidade surge apenas a partir da ascensão da classe burguesa, já na Idade Moderna, com a correspondente defesa da propriedade privada e direitos individuais. A intimidade foi então reconhecida como a necessidade de se manter um foro privado inalcançável em relação à esfera pública. O burguês, como dito por Habermas, terminou por se isolar dentro de sua própria classe, de sua casa, e de sua propriedade.¹⁰

Sobre o vínculo existente entre as aspirações da burguesia crescente e a necessidade de se manter a privacidade do foro íntimo, esclarece Peter Gay que:

“A privacidade não era um tema simples. Hábito cultural moderno, ela adquiriu um prestígio sem precedentes na época da Rainha Vitória (...). Nos séculos anteriores, a maior parte dos assuntos privados de cada pessoa era considerada mais ou menos de interesse geral. Na época da Revolução Francesa, porém, as famílias respeitáveis passaram a insistir em guardar um lugar reservado para si. (...) A nova prosperidade da classe média com seu compromisso com a felicidade doméstica, fosse ela real, exagerada, ou totalmente fictícia, estimulava certa segregação dos assuntos privados, separados da vida coletiva.”¹¹

⁸ Fustel de Coulanges. *A Cidade Antiga*. Rio, Ediouro, 1995, p. 159.

⁹ Danilo Doneda. “O Direito à Privacidade nos Bancos de Dados Informatizados” In Gustavo Tepedino (org.) *Temas de Direito Civil-Constitucional*. Rio, Renovar, 2000, p. 113.

¹⁰ Jurgen Habermas. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Rio, Tempo Brasileiro, 1984, p. 61.

¹¹ Peter Gay. *O Coração Desvelado*. São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 190.

O surgimento da doutrina de defesa do direito à privacidade, em matiz fortemente identificado com o desejo de isolamento individual, corresponde, justamente, a um dos períodos de ouro da sociedade burguesa do final do século XIX.

2. A defesa do “direito de estar só” nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos a discussão em torno do direito à privacidade tem origem na publicação em 1890 do artigo da autoria de Samuel Warren e Louis D. Brandeis, intitulado “The Right to Privacy”, o qual buscou alcançar a conceituação de um direito geral de privacidade, sob o ponto de vista do direito de estar só. O primor do trabalho desenvolvido pode ser percebido na medida em que, no final do século XIX, os autores já apontavam para o risco que sofria o direito à privacidade frente aos avanços tecnológicos, que, cada vez mais, facilitavam a intromissão na esfera íntima de terceiros:

“Recentes invenções e métodos negociais chamam atenção para o próximo passo que deve ser dado com vistas à proteção da pessoa e para a segurança do indivíduo, aquilo que o juiz Cooley chama de o ‘direito de ser deixado em paz’ (right ‘to be let alone’). Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas invadiram o espaço sagrado da vida doméstica; e numerosos aparelhos mecânicos tornar realidade o vaticínio de ‘*what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops*.’”¹²

Embora o artigo de Brandeis e Warren tenha recebido ampla aprovação pela comunidade acadêmica, em um primeiro momento os tribunais norte-americanos não reconheceram o direito à privacidade como possível de ser protegido por si só. Nesse sentido, a Corte de Apelações de Nova Iorque decidiu, em 1902, no caso *Roberson vs. Rochester Folding Box Company* que o direito à privacidade não possuía proteção no sistema de *Common Law*. Entendeu a referida Corte que a teoria era por demais ampla para permitir qualquer aplicação prática, sugerindo que leis fossem editadas

¹² In *Harvard Law Review* no. 193 / 1890. O referido artigo pode ainda ser encontrado no endereço eletrônico www.louisville.edu/library/law/brandeis/privacy.html. Uma tradução do artigo para o português, elaborada por Omar Kaminski, pode ainda ser encontrada como apêndice ao livro de Amaro Moraes e Silva Neto. *Privacidade na Internet*. São Paulo, Edipro, 2001.

com o objetivo de delimitar o conteúdo desse novo direito individual.

Já em 1905, todavia, a Corte de Apelações da Geórgia reconheceu pela primeira vez a existência do direito à privacidade independentemente de se ter expedido uma lei que o contemplasse expressamente. Isto ocorreu na decisão do caso *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*, seguindo-se, então, diversas decisões judiciais que terminaram por tutelar o direito do indivíduo de estar só, de ter deixada a sua vida íntima em sossego e à parte de suas atividades públicas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, já teve oportunidade de decidir vários casos de forma a preservar o direito a estar só. Conforme apontado por Jonathan Roseanoer, o direito à privacidade a partir de então se desenvolveu nos Estados Unidos em duas formas principalmente:

"1) a common law right, supplemented in some instances by statutes, protecting a diverse set of individual interests from interference by nongovernmental entities; and

*2) a federal constitutional right, derived from various provisions of the Bill of Rights, that took distinct shape in United States Supreme Court decisions in the 1960s safeguarding the rights of individuals and private entities from government invasion."*¹³

Em 1960, William L. Prosser, em consonância com a teoria traçada no artigo de Brandeis e Warren relativamente à tutela do direito individual de estar só, publicou um artigo no qual elencou diversos casos nos quais o direito à privacidade já havia sido reconhecido judicialmente.¹⁴

A discussão em torno do direito à privacidade terminou por proporcionar a elaboração de diversas leis nos Estados Unidos, podendo-se citar, por exemplo, o *Privacy Protection Act*, de 1980, o *Electronic Communications Privacy Act*, de 1986, o *Telephone Consumer Privacy Act*, de 1991 e o *Children's Online Privacy Protection Act*, de 1998.

Ao mesmo tempo, diversas organizações foram criadas com o intuito

¹³ Conforme Jonathan Roseanoer. *CyberLaw: The Law of the Internet*. New York: Springer-Verlag, 1997; p. 129.

¹⁴ William Prosser. "Privacy", in *California Law Review* no. 48, p. 383-423, 1960.

precípuo de zelar pela privacidade, sobretudo dado o crescimento na utilização dos meios informáticos de tratamento da informação na Internet, podendo-se destacar a *Online Privacy Alliance*, a *Electronic Privacy Information Center* e outras bastante atuantes no setor de defesa dos direitos individuais como a *Electronic Frontier Foundation* e o *Center for Democracy and Technology*.

II. A Privacidade e o Progresso Tecnológico

Para que se compreenda de forma efetiva as implicações do avanço tecnológico na esfera dos direitos individuais, especialmente em relação ao direito à privacidade, cumpre tecer algumas considerações preliminares para que se esclareça o cenário no qual se discute atualmente a defesa da privacidade.

Neste sentido, uma abordagem do conceito de progresso, seja no manuseio das tecnologias, seja na sofisticação das práticas jurídicas, se faz necessária, apontando-se, ainda, os reflexos sociais gerados por tal progresso. A partir do panorama de uma verdadeira revolução no papel do indivíduo, viabilizada pela dominação dos meios informáticos, e a constatação de que a apregoada sociedade da informação oculta também as suas vicissitudes, poder-se-á ingressar em definitivo nos debates relativos à tutela do direito da privacidade face aos instrumentos disponibilizados pela Internet.

1. O progresso tecnológico e o progresso jurídico no século XX

À parte de diversas teorias que pretendem explicar os movimentos da história do homem em seus avanços e retrocessos - como a dialética de teses e antíteses, ou ainda o entendimento mais arraigado a um materialismo histórico segundo o qual as diversas etapas do desenvolvimento humano são determinadas exclusivamente pelas condições econômicas e pela distribuição dos meios de produção, têm-se hoje, ao menos, um sentimento de certo progresso da humanidade em certas áreas do conhecimento.

Todavia, o sentimento de progresso não resta compartilhado de forma unívoca por todos os pensadores contemporâneos do final de século XX e início do século XXI. Há, inclusive, quem caracterize o transcurso dos

últimos cem anos como uma malfadada trajetória de guerras e destruição, como faz o professor do Departamento de Humanidades e Ciências Sociais da Escola Politécnica de Paris, Alain Finkielkraut. Assevera o autor que a humanidade encontra-se perdida em um turbilhão de experiências, envolvente das mais diversas e conflitantes emoções.¹⁵ Nesse emaranhado de ideais políticos, avanços científicos, revoltas sociais e catástrofes ambientais caminhará o ser humano para o inefável naufrágio¹⁶ de sua lamentável história.

Imersa nesse debate sobre os destinos da civilização e os problemas contemporâneos, está a evidência de que novos questionamentos surgem em decorrência do avanço tecnológico. Entretanto, quando se refere a tal progresso tecnológico, não se enfoca meramente o aperfeiçoamento de máquinas e o desenvolvimento de tecnologias práticas. Tomando-se a informática como objeto de estudo e expoente maior do desenvolvimento tecnológico, e sendo ainda fato incontroverso a célere expansão da mesma no cotidiano do homem contemporâneo, deve-se expandir o escopo de uma análise meramente técnica / industrial para que sejam alcançadas as implicações sociais de tal fenômeno.

Cumprir averiguar detidamente o que, dentre as teorias que lançam um olhar sobre o mundo atual, pode-se aceitar para a construção de uma abordagem de tal progresso tecnológico sem se perder de vista o aspecto civilizatório que de forma inerente impulsiona o desenvolvimento das próprias tecnologias.

Inobstante parecer trivial a noção de progresso quando se visualiza os aparatos trazidos à luz nos últimos anos pelo avanço da informática e da tecnologia em geral, nem sempre o homem creditou às suas novas o emblema incontestado do progresso. Muito ao reverso, essa idéia faz-se relativamente recente, na medida em que vigorou por séculos a concepção de que a maior perfeição restaria justamente nos primórdios da civilização humana.

Representava a denominada “idade de ouro” todas as aspirações do espírito, e, como repositório de virtudes a ser alcançado, apenas prestava

¹⁵ Vide *A Humanidade Perdida – Ensaio sobre o século XX*. São Paulo: Editora Ática, 1996.

¹⁶ A metáfora do naufrágio da humanidade que, apesar de pertencer à terra firme, expande constantemente seus projetos mais audaciosos para as águas de um mar de tormentas encontra-se amplamente desenvolvida por HANS BLUMENBERG em *Naufrage Avec Spectateur*. Paris, L'Arche, 1994.

para os suspiros e desilusões de seus pensadores, viventes, como acreditavam, da decadência e do retrocesso. A história nesse modelo de compreensão se moveria por ciclos que, de acordo com a teoria dos *corsi e ricorsi*, conforme proposta por Vico, obstaculizaria a realização do progresso.¹⁷

Somente a partir do século XVIII podem-se encontrar teorias lastreando o desenvolvimento humano em um ideal de progresso. Teria sido Turgot, com o seu *Sur les progrès successifs de l'esprit humain*, o primeiro idealizador de uma tese do desenvolvimento progressivo da humanidade, através da transmissão da cultura de geração para geração, podendo-se mencionar também Condorcet, em seu *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*.¹⁸

Como expressão do hábito metafísico de contemplação dos fatos sociais presentes naquela época, pode-se justificar a crença segundo a qual as modificações na sociedade humana deveriam significar um avanço em direção à perfeição. Mais recentemente, com o descrédito alcançado pelas teorias metafísicas, essa doutrina do progresso foi submetida à reiteradas críticas, tendo, desta forma, restringido o seu alcance.¹⁹

Há, todavia, um certo exagero no repúdio à idéia de progresso, muito devido à utilização deste conceito pela doutrina etnocentrista com a finalidade de impor a cultura européia aos povos envolvidos no movimento de colonização. Deve-se ressaltar que, em oposição ao vocábulo “progresso”, a teoria sociológica do século XX cunhou a expressão “mudança social” como forma de análise das movimentações estruturais de uma sociedade estando essa, por sua vez, desprendida do juízo de valor presente na concepção colonizadora de progresso.²⁰

Deve-se considerar a própria história para a compreensão do progresso em dada sociedade, segundo lição de Giorgio Del Vecchio, como manifestação de um fim implícito, reconhecendo-se que o espírito humano possui potências e atitudes que se desenvolvem de forma gradual. Assim pode-se notar que as fundamentais prerrogativas da pessoa humana emergem do curso do tempo, sendo reconhecidas e atuadas de forma

¹⁷ Giambattista Vico. *Princípios de uma Nova Ciência*, In Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1977.

¹⁸ Apud. Giorgio Del Vecchio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado; p. 539/541.

¹⁹ Idem. Ibidem; p. 540.

²⁰ T. B. Bottomore. *Introdução à Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987; p. 267.

sucessiva, mesmo que a sua assimilação somente se dê após grandes tragédias, ou seja, após a sua completa negação. A este fenômeno pode-se conferir a denominação de progresso jurídico, o qual se demonstra de forma intrínseca atrelado às próprias transformações sociais.²¹

São os valores emergentes desse progresso, por sua vez, que cumpre ao Direito tutelar, o que ocorre através do reconhecimento de que transformando-se as condições sociais, modifica-se também a configuração do Direito que as regula, não implicando tal mudança, contudo, no abandono dos princípios basilares do Direito tradicional. Trata-se sobretudo, como se pretende demonstrar no curso deste trabalho, de uma ambientação, de uma adaptação de tais princípios a um novo cenário social.

É nesse panorama de constante tensão entre as relações que são de imediato afetadas pelos avanços tecnológicos e a necessidade de regulamentá-las com o fito de imprimir ordem a tais processos e apaziguar os novos conflitos dos mesmos provenientes que o indivíduo da chamada “era digital” se vê inserido.

Na busca por uma caracterização dessa “era digital”, nota-se que expressões como “cibernética” e “ciberespaço” aproximam-se do linguajar comum. Contudo, tal apropriação exacerbada de termos anteriormente restritos à uma formação técnica cria uma falsa impressão de conhecimento sobre o conteúdo de tais vocábulos. A própria expressão – hoje veiculada largamente pela mídia – “era digital”, possui uma significação que transcende indubitavelmente a compreensão do homem médio sobre computadores e Internet. Não se pode propor uma caracterização de tal “era digital”, sem que ao menos se façam considerações básicas sobre o que seja a “tecnologia digital”, o seu desenvolvimento, e qual a origem do progresso tecnológico fomentador das transformações sociais hodiernas.

A mencionada apropriação desenfreada de termos vinculados ao desenvolvimento tecnológico, sobretudo no que toca à Internet, leva, em grande parte, ao seu desconhecimento e banalização, somando-se a esse cenário a utilização de tais tecnologias para fins que nem sempre encontram-se coadunados com a justiça e com a boa-fé.

Desde a expansão da cibernética, definida em 1948 por Wiener como “a ciência do controle e comunicação no animal e na máquina”²² até a

²¹ In *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado; p. 541.

difusão da Informática, sendo esta utilizada para amplos fins comerciais e interesses particulares, pode-se verificar o desenvolvimento de práticas que, aproveitando-se do desconhecimento por parte da maioria dos usuários das novas tecnologias do completo potencial das mesmas, terminam por distorcer a realização do indivíduo em sua qualidade mais básica, ou seja, os direitos inerentes de sua própria personalidade. Conforme o ensinamento de Miguel Ángel Davara Rodrigues:

*“La evolución de la Informática, entendida como la ciencia del tratamiento automático de la información, y su utilización popular en los últimos años, son algunos de los fenómenos que más han influido en el vertiginoso cambio social que estamos viviendo. Pero esa introducción popular de la Informática no implica, en absoluto, su conocimiento, mucho menos, uso con las condiciones mínimas que serían exigibles para garantizar el aprovechamiento racional de sus posibilidades en beneficio de la humanidad.”*²³

Ao passo que o desenvolvimento da Informática conclama uma nova configuração do pensamento e da prática jurídica, para fins de se regular devidamente os novos fenômenos sociais, deve-se ressaltar que o avanço da Informática encontra-se estreitamente conectado com a ampla difusão de informações veiculadas através de meios de comunicação, os quais, utilizando-se de tecnologia digital, tão bem caracterizam o homem moderno como inserido na “sociedade da informação”.

A mencionada associação entre a Informática e a informação veiculada freneticamente pelos modernos meios de comunicação ocorre no tratamento automático da informação, podendo a mesma ser transmitida a grandes velocidades e desde qualquer ponto do planeta, desaparecendo, quase que integralmente, o fator distância no tratamento e transmissão da informação. Neste sentido, manifesta-se Carlos M. Correa da seguinte forma:

“... el matrimonio de la informática y las comunicaciones diluye las fronteras para la transmisión de formas, sonidos, textos, etc., aumenta la fiabilidad y velocidad de los flujos de datos y revoluciona las posibilidades de comunicación”

²² Apud. Miguel Ángel Davara Rodrigues. *Manual de Derecho Informático*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1997; p. 21.

²³ Idem. *Ibidem*; p. 22.

de personas o computadoras entre si. Este fenómeno origina, además, importantes implicaciones sobre los flujos de datos transfronteriza, y la valorización de la información no sólo como valor de uso, sino como mercancía."²⁴

Assim, tomando-se por objeto de renovada atuação jurídica as relações sociais e econômicas geradas como conseqüência do desenvolvimento e introdução de modernas tecnologias da informação e comunicação, cumpre definir o campo de alcance necessário do Direito, como fonte de preservação da paz social e do reconhecimento das prerrogativas inerentes à pessoa humana.²⁵

Nessa direção, não se deve aderir ao retrógrado pensamento de que a evolução tecnológica estaria afastada de toda e qualquer reflexão sobre o humanismo necessário em todas as práticas de interação coletiva. A informática pode e deve atuar como instrumento da potencialização do bem-comum, defendendo não apenas os direitos do indivíduo, mas também operando como ferramenta para o efetivo progresso humano em termos de convívio social, acima de interesses comerciais e políticos.²⁶

O Direito da Informática não assume, desta forma, a feição de um novo ramo jurídico cujo objeto recaia sobre a mera produção de novas tecnologias e a proteção das técnicas que para tanto foram utilizadas. Há

²⁴ Carlos M. Correa, Hilda N. Bato, Susana Czar de Zalduedo, e Félix A. Nazar Espeche. *Derecho Informático*. Ediciones Depalma: Buenos Aires, 1987; p.02.

²⁵ O longo trabalho de adaptação da doutrina e prática jurídica ao novo tratamento da informação apenas se iniciou. Esta expansão das comunicações na "era digital" ainda não foi de todo absorvida pelo Direito uma vez que, no entender de Ives Gandra, "a volatilidade da informação e sua universalidade estão ainda muito acima da capacidade de regulação jurídica por parte dos diversos ordenamentos nacionais, e mesmo por parte daqueles comunitários ou plurinacionais." *In Direitos e Deveres no Mundo da Comunicação: Da comunicação clássica à eletrônica*. Revista Doutrina nº 8, Rio de Janeiro: Instituto de Direito - ID, 1999: p. 135.

²⁶ Dado o crescimento do comércio eletrônico e as vastas possibilidades de comunicação oferecida pelas novas tecnologias da informática, sobretudo pela Internet, cria-se no senso comum a idéia de que tais tecnologias estariam avançando exclusivamente em prol de interesses econômicos e políticos. Tal afirmação não encontra totalmente paralelo quando de uma análise da realidade que permeia a expansão das novas comunicações. Caso se focalize a Internet, é notório o crescimento tanto dos serviços de cunho comercial, como a produção de movimentos artísticos e o desenvolvimento de novas formas de expressão e manifestação culturais. Conforme expõe Pierre Lévy já na introdução do seu *Cibercultura*, o crescimento da Internet faz caminhar paralelamente a expansão do comércio e novas dinâmicas libertárias e comunitárias, não havendo sentido em opor esses dois movimentos (vide Pierre Lévy. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999; p. 12).

quem diga, como o professor Hernández Gil, que esse ainda recente Direito não possui como característica principal o escopo de ordenar novas realidades, mas sim, a sua experimentação, enquanto objeto de conhecimento, de uma mutação, derivada de um modo distinto de ser elaborado, tratado e conhecido.²⁷

O progresso tecnológico, por fim, imprime ao Direito tradicional a necessidade de configurar seus princípios e normas para que, em conformidade com as novas relações sociais surgidas no bojo das modernas tecnologias, possa o mesmo tutelar e apaziguá-las. Essa regulamentação, que deverá atentar para o aspecto humano presente mesmo no desenvolvimento de sistemas informáticos e na utilização de programas de computador, conclama a elaboração do pensamento e a realização da prática jurídica.

2. A Sociedade da Informação e o seu contraponto

Em cada época da história pode-se apontar um fator de cunho determinante para o desenvolvimento de uma dada nação, e a conseqüente subordinação de outras. Nesse sentido, pode-se reconhecer que até o século XVII a exploração do comércio de mercadorias primárias, sobretudo produtos agrícolas e especiarias representava a força motriz das economias dos países desenvolvidos. Já no século XVIII, a industrialização assumiu grande preponderância para o desenvolvimento de cada país, fortalecendo a economia e acelerando de forma nunca antes vista a produção de bens. A Revolução Industrial terminou por proporcionar, dentre outros efeitos, a divisão internacional do trabalho e a incessante busca por mercados consumidores.

Focalizando-se, portanto, a sociedade contemporânea pode-se concluir que o fator dominante para o crescimento das nações encontra-se no desenvolvimento da informática, tornando a disponibilidade de informações o principal fator de produção, distinguindo ainda mais os países que a possuem dos que em sua ausência, não possuem outra alternativa senão ceder a uma velada subordinação.²⁸

²⁷ Apud Miguel Ángel Davara Rodrigues. *Manual de Derecho Informático*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1997; p. 40.

²⁸ Cf José Oliveira Ascensão. O Direito de Autor no Ciberespaço, in *Revista de Direito Renovar* nº 14, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999: p. 46.

Assim, a utilização dessas novas tecnologias se expande para o cotidiano do homem moderno, fazendo-se presente em quase todas as relações sociais. Um dos sinais mais evidentes desse processo reside, indubitavelmente, na popularização alcançada pelo uso de microcomputadores observada na última década. A propósito, não se deve olvidar que a história da relação entre o indivíduo e o computador transladou de um completo repúdio ou simples desconhecimento para uma dependência como nunca antes vista.²⁹

Dessa forma, a construção de uma sociedade voltada para o processamento da informação termina por criar um ambiente no qual, segundo William J. Martin, pode-se destacar que:

“(...) a qualidade de vida, bem como as perspectivas de transformação social e desenvolvimento econômico dependem crescentemente da informação e sua exploração. Em tal sociedade, os padrões de vida, trabalho e lazer, o sistema educacional e o posicionamento no mercado são todos marcados decisivamente por avanços na informação e no conhecimento. Isso se evidencia em um crescente acúmulo de produtos e serviços de elevado grau de intensidade de informação, difundidos por um extenso leque de meios de comunicação, muitos dos quais de natureza eletrônica.”³⁰

Pretende-se alcançar com esse avanço uma situação na qual, ao menos potencialmente, todos poderão se comunicar através dos meios disponibilizados pela informática, sendo de grande valia a exploração da interatividade plúrima proporcionada pela Internet.³¹

A sociedade da informação, todavia, ainda não apresenta o alcance pretendido por seus teóricos. Ao reverso, o acesso à Internet ainda é restrito a uma pequena parcela da população mundial, o que lhe retira o caráter universal que seria necessário para a completa configuração dessa sociedade pautada pela veiculação livre e dinâmica da informação.

Juntamente com o problema do acesso à Internet, conforme

²⁹ Vide Andrew Shapiro. *The Control Revolution*. Nova Iorque, Century Books, 1999, pp. 26/29.

³⁰ Apud Christiano German. *O Caminho do Brasil rumo à Era da Informação*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 15.

³¹ Neste sentido vide Pierre Lévy. *Cibercultura*. São Paulo, Editora 34, 1999; p. 79 e ss.

mencionado, uma vez assumida pela informação a característica de bem último na sociedade contemporânea, é gerada uma divisão hierárquica entre os países possuidores de tecnologia para lidar com este fluxo de informações, provendo a seus cidadãos a oportunidade de ingressar em uma sociedade cada vez mais globalizada e conectada através da rede mundial de computadores, onde novas idéias para a propagação de conteúdo na Internet representam o novo motor do capital internacional.³²

Todavia, o contraponto que interessa ao presente estudo não reside na seara de uma macro-análise, onde se chocam os interesses políticos e econômicos de diversos Estados, mas sim, na esfera do particular, pois é o mesmo indivíduo que pretensamente assume o controle de sua vida e de grande parte de funções que anteriormente lhe eram estranhas que, justamente, se vê alijado de alguns de seus direitos fundamentais quando integrado à afamada Sociedade da Informação.

Isso ocorre na medida em que a maior parte das informações que circulam livremente no eixo monumental dessa sociedade são justamente informações pessoais fornecidas voluntariamente pelo indivíduo, ou obtidas através de práticas nem sempre éticas, ou mesmo, legais.

Este é o cenário no qual a tutela da privacidade se faz necessária frente aos novos meios de comunicação, pois, se tais meios atualmente são mais dinâmicos, práticos e avançados, igualmente se tornou a cooptação de dados pessoais que trafegam pela rede mundial de computadores. O indivíduo é, assim, o protagonista que declara a revolução e a vítima primeira das forças por ela criadas.

Com base na teoria da neutralidade da tecnologia, Pierre Lévy critica a posição daqueles que pretendem, ao questionar o avanço tecnológico contemporâneo, imputar ao mesmo toda a miríade de infelicidades que se abatem sobre a humanidade, pois:

“(...) quaisquer que sejam os horrores cometidos pelas armas avançadas, da ocasião de desastres ecológicos, da destruição dos meios de vida tradicionais, ou do estabelecimento de ambientes inumanos, é a coletividade humana que é responsável por essas agressões contra si mesma e contra outras formas de vida, não uma entidade exterior e separável

³² Vide o editorial da revista *The Economist*, de 08/04/2000, denominado “Who owns the knowledge economy?”; p. 17.

que poderíamos culpar por todos os males, como uma espécie de bode expiatório conceitual.”³³

A sociedade da informação, portanto, possui suas vicissitudes. E elas se encontram justamente no cerne desse fenômeno que se apresenta desde as últimas décadas do século passado. Diversos são os críticos de tal avanço tecnológico, recaindo a maior parte dos questionamentos sobre a Internet, expoente deste movimento.

Dotando a comunicação de uma interatividade inédita, a Internet reduziu sensivelmente as noções de espaço, distância e tempo. Sobre as ameaças da expansão das possibilidades de interatividade da Internet, Paul Virilio, crítico genial e mordaz da Internet e da sociedade que se molda à sua imagem e semelhança, comenta que:

“(…) se a interidade for para a informação o que a radioatividade é para a energia, então estamos diante da temível emergência do “acidente dos acidentes”, um acidente não mais local e situado precisamente, mas global e generalizado, ou, em outras palavras, de um fenômeno capaz de interferir simultaneamente em todas as partes.”³⁴

Entende Paul Virilio que a chamada “bomba informática” está prestes a explodir e irá causar um estrago planetário na figura da informação excessiva que assola os indivíduos na sociedade moderna. Ressalta o referido autor que toda revolução política é um verdadeiro drama, mas a revolução técnica atual seria, indubitavelmente, uma tragédia do conhecimento: “a confusão babeliana dos saberes individuais e coletivos.”³⁵

Finalmente, entre os que louvam as qualidades e as facilidades da Internet e aqueles que criticam severamente o seu desenvolvimento, existe a certeza de que a sociedade da informação e a revolução do controle individual³⁶ prometida estão em rota de colisão. E na direção exata deste impacto encontra-se a questão da tutela da privacidade do indivíduo.

³³ Pierre Lévy. *As Tecnologias da Inteligência*. Rio, Editora 34, 1999, p. 194/195.

³⁴ Paul Virilio. *A Bomba Informática*. São Paulo, Estação Liberdade, 1999, p. 129.

³⁵ Idem. *Ibidem*, p. 105.

³⁶ Sobre a referida revolução do controle individual, vide Andrew Shapiro. *The Control Revolution*. Nova Iorque, Century Books, 1999.

3. Ameaças à Privacidade na Internet

As ameaças ao direito à privacidade foram severamente incrementadas na medida em que o progresso tecnológico permitiu maiores facilidades ao indivíduo. O tratamento da informação por computadores permite não apenas seu célere processamento para fins idôneos, mas também para o célere cruzamento de dados sigilosos ou a interceptação dos mesmos em uma rede, por exemplo. A Internet, expoente de tal avanço, é, por consequência, o cenário onde atualmente se discute a nova tutela demandada pela necessidade de privacidade pessoal.

Diversas são as formas de invasão à intimidade alheia proporcionadas pelos meios de comunicação digitais, podendo-se destacar a utilização de *cookies* para a vigilância e personalização da navegação, o envio incessante de publicidade não solicitada (*spams*) e a utilização da chamada vídeo-raspagem, instrumento ainda em desenvolvimento, mas que promete afetar seriamente o resguardo da privacidade.

3.1. Os *cookies* e os bancos de dados informatizados

Quando um indivíduo acessa um *site* na Internet, na maior parte das vezes, este *site* envia para um diretório específico do disco rígido do internauta um pequeno arquivo de texto. Esse arquivo se denomina *cookie* e suas finalidades são as mais controvertidas para a questão da privacidade.

A discussão em torno da utilização desse instrumento tecnológico surge na medida em que o arquivo que é depositado pelo *site* no computador do indivíduo visa não apenas a reconhecer o usuário quando ele retornar ao *site* referido, mas também possui a capacidade de registrar os hábitos do indivíduo durante o seu trânsito pelas páginas da Internet, bem como, em algumas hipóteses, ler quais são os outros *cookies* armazenados no diretório.³⁷

³⁷ Existente na antiga versão 4.0 do Internet Explorer, a opção do usuário vetar o recebimento de *cookies* terminava por gerar os maiores transtornos, como informa Christiano German: “O provedor de acesso brasileiro UOL (www.uol.com.br) reage com insistência especialmente desagradável se o usuário não aceita nenhum dos seus *cookies* em seu computador. Nesse tocante, ele praticamente não se distingue dos seus *pendants* nos Estados Unidos e na Europa. Inicialmente, o acesso a homepage sofre um retardamento. Depois disso, o usuário precisa rejeitar 14 (quatorze) tentativas de se colocar um *cookie*. Se ele quiser em seguida chamar uma das janelas na oferta do UOL, o procedimento inicia uma vez mais da estaca zero.” (In *O Caminho do Brasil rumo à Era da Informação*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 87.

A ampla utilização dos *cookies* pelos *sites* atualmente vem levantando diversas questões relativas à privacidade do usuário da Internet, uma vez que não apenas tais arquivos são inseridos no computador do indivíduo sem o seu consentimento, mas também, ao enviar os dados coletados para os computadores dos *sites*, os mesmos poderão organizar bancos de dados reportando a conduta do usuário. Cria-se, assim, um perfil do internauta que poderá ser utilizado para, por exemplo, exibir publicidade direcionada às suas preferências, ou mesmo enviar tal publicidade diretamente para o e-mail do usuário, caso o mesmo o tenha fornecido quando do preenchimento de algum cadastro.

Para que se possa mensurar a ameaça à privacidade representada pela utilização de tais arquivos, cumpre lembrar o caso da tecnologia DART, desenvolvida pela DoubleClick, cuja repercussão o transformou no expoente de toda a discussão sobre os limites do marketing direcionado e suas implicações relativas à privacidade do usuário na Internet.

A DoubleClick fornece para os *sites* afiliados à sua rede, a *DoubleClick Network*, ferramentas para que a publicidade exposta por tais *sites* (geralmente mediante a utilização de *banners*) possa estar diretamente relacionada às preferências de seus usuários, através do desenvolvimento de *cookies* gerados nos computadores individuais.

A informação armazenada através de um *cookie* é denominada *clickstream data* ou *transaction-generated information*³⁸, a qual pode incluir a especificação sobre quais páginas eletrônicas o usuário visitou, por quanto tempo o mesmo lá permaneceu, além de dados sobre qualquer compra ou demais atividades nas quais o indivíduo tenha participado.

Certamente a possibilidade de personalizar a experiência da Internet é um dos fatores positivos resultantes da utilização de *cookies*, todavia, existe séria afronta ao direito de privacidade do internauta quando as informações colhidas por um *cookie* são utilizadas de forma a compor um perfil ou caráter do indivíduo, podendo ocasionar até mesmo repercussões em suas atividades fora do espaço da rede mundial de computadores.

Por vários anos a DoubleClick coletou dados dos usuários dos *sites* pertencentes à sua rede comercial, tendo depositado um *cookie* nos computadores sempre que eles se deparavam com uma publicidade nas

³⁸ GELMAN, Robert B. e McCANDLISH, Station. *Protecting Yourself Online – An Electronic Frontier Foundation Guide*. Nova Iorque: Harper Collins, 1998, p. 45.

páginas eletrônicas. Os *cookies* contêm um número único que o identifica, possibilitando o reconhecimento do usuário quando de seu retorno àquele *site* (bem como o levantamento de suas preferências). Através da denominada tecnologia DART, a DoubleClick é então capaz de disponibilizar publicidade direcionada para o perfil do usuário, tendo por base a leitura daqueles arquivos previamente depositados no computador pessoal.

A atenção dos grupos de defesa da privacidade perante os novos meios de comunicação foi centrada na DoubleClick quando a referida empresa anunciou que iria cruzar os dados coletados de seus usuários com os colhidos por outra empresa, a *Abacus Direct Corporation*, cujos bancos de dados reportam informações sobre hábitos de consumo de 88 milhões de pessoas, resultantes de transações realizadas fora do ambiente de Internet. Esse fato ocasionou uma investigação por parte do FTC – *Federal Trade Commission*, tendo a DoubleClick desistido, em março de 2000, de prosseguir em seu projeto de relacionar os dados pessoais que possuía com os colhidos pelos *cookies* para fins de publicidade.

O caso da DoubleClick demonstrou como os limites entre o direito à vida privada e o desenvolvimento de atividades de marketing e publicidade na Internet ainda carecem de uma melhor definição frente aos avanços constantemente produzidos nos modos de transmissão e tratamento de dados.

3.2. Novas formas de marketing - o *spam*

Através das informações colhidas de diversas formas pelos *sites*, desenvolveu-se uma forma de marketing direto bastante eficaz para o fornecedor de produtos e serviços, mas perniciososa para a preservação da intimidade do consumidor.

Trata-se dos chamados *spams*, os quais se constituem no envio ao consumidor de mensagens de correio eletrônico não autorizadas. Facilitadas pelo dinamismo das comunicações realizadas através da Internet, o fluxo de tais mensagens publicitárias não solicitadas aumenta constantemente em todo o mundo, tornando-se em verdadeiro transtorno para os usuários da Internet.

A ilicitude da prática de envio de mensagens publicitárias não solicitadas se dá principalmente por duas razões: i) a obtenção dos dados de consumidores que serão os alvos das mensagens publicitárias normalmente ocorre com a aquisição dos endereços eletrônicos através

de empresas cuja atividade se resume em angariar dados pessoais na Internet e revende-los de forma especializada e sem prévio consentimento do consumidor; e ii) o envio de mensagens não solicitadas ao endereço eletrônico do consumidor constitui em violação de sua privacidade, na qual o indivíduo se vê perturbado pelo recebimento de mensagens cujo remetente lhe é desconhecido, importando não apenas em sentimentos de insegurança com relação aos seus dados, como também na perda material de tempo na leitura e posterior descarte de tais mensagens.

Na ausência de lei específica que venha a prever o tipo penal para a responsabilização do *spammer*, advoga Amaro Moraes e Silva Neto que, sendo a Internet um serviço de utilidade pública, a prática do envio de *spam* poderia ser enquadrada no artigo 265 do Código Penal, segundo o qual será aplicada pena de reclusão de 1(um) a 5(cinco) anos, além de multa, a quem atentar contra o funcionamento e segurança de serviços de utilidade pública.³⁹

3.3. O futuro da vigilância e a vídeo-raspagem

Para além da função de busca, um dos maiores serviços prestados pela Internet, consistente na possibilidade de em determinados *sites* operar-se através de palavras-chaves a busca por conteúdo no emaranhado de informações da rede mundial de computadores, atualmente questiona-se sobre as implicações relativas à privacidade na utilização da chamada vídeo-raspagem.⁴⁰

A vídeo-raspagem opera como um tradicional sistema de busca, com o diferencial de que a pesquisa comandada não se dá meramente pela coincidência de palavras, mas sim de imagens em movimento capturadas de arquivos em formato de vídeo. A prática assume grande relevo na medida em que não apenas os locais que exigem proteção especial, há muito protegidos por circuitos internos de TV, mas também os locais

³⁹ Amaro Moraes e Silva Neto. *Privacidade na Internet*. São Paulo, Edipro, 2001, p. 97. Neste sentido, vale ressaltar, com base nas informações de Robert B. Gelman e Stanton McCandlish, que o grande fluxo de mensagens não solicitadas não está, de forma alguma, congestionando o tráfego de informações na Internet, uma vez que a maior parte de tais mensagens são apenas arquivos de texto. Todavia, lembram os referidos autores, os spams podem congestionar o servidor de e-mails de uma pessoa, ou mesmo fazer com que o espaço máximo reservado para suas mensagens seja ultrapassado (In *Protecting Yourself Online – An Electronic Frontier Foundation Guide*. Nova Iorque: Harper Collins, 1998, p. 123/125).

⁴⁰ Vide Charles Jennings e Lori Fena. *Privacidade.com*. São Paulo, Futura, 2000; p. 103 e ss.

públicos passam a ser filmados constantemente pela Administração Pública por razões de segurança.⁴¹

A filmagem constante de locais públicos, somada com a possibilidade de se rastrear informações visuais em vídeo pode ferir seriamente a privacidade do cidadão pois o mesmo passa a estar exposto à constante vigilância, sendo fácil recuperar uma imagem, voltar a um momento específico no tempo para capturar um movimento. São as chamadas impressões faciais digitais, atualmente amplamente utilizadas pelas forças policiais como forma de repressão ao crime.⁴²

III. Uma Nova Função para o Direito à Privacidade

1. A privacidade entre o individual e o coletivo

O dinamismo e a facilidade com que atualmente podem ser angariadas informações de caráter pessoal suscitam diversas questões envolvendo a proteção jurídica da privacidade, conforme visto. Todavia, frente aos novos desafios impostos pelos meios de comunicação digitais, sobretudo pela Internet, nota-se que o sentido da proteção ao direito da privacidade não pode mais estar adstrito ao simples resguardo do isolamento. A doutrina defendida com pioneirismo por Brandeis e Warren no sistema da Common Law necessita ser revisitada para que a privacidade seja devidamente tutelada perante o implemento das modernas tecnologias.

Neste sentido, o enquadramento da privacidade como direito da personalidade ganha destaque na medida em que poder-se-ia imaginar, em um primeiro momento, que em sendo o direito à privacidade um legítimo direito da personalidade, a sua defesa deveria estar intimamente adstrita aos aspectos individuais, particulares, de uma pessoa. Esta concepção, contudo, perde de vista o caráter ético dos direitos da

⁴¹ Reiteradamente tem sido noticiada a instalação de câmeras de vídeo, principalmente em colégios, possibilitando, em alguns casos, não apenas o monitoramento pela equipe de segurança da instituição, mas também pelos pais dos alunos (neste sentido, vide matéria publicada no *Jornal do Commercio*, de 20.05.98 - http://www2.uol.com.br/JC/_1998/2505/1f2005i.htm).

⁴² Algumas cidades inglesas instalaram câmeras de vídeo em locais públicos com vistas a coibir a criminalidade, tendo sido o mesmo procedimento adotado na cidade de Tampa, na Flórida, Estados Unidos. Segundo reportagem do *New York Times*, de 04.07.01, três dúzias de câmeras equipadas com softwares de reconhecimento facial foram instaladas na cidade norte-americana.

personalidade, não operando os mesmos como últimos alicerces da primazia do indivíduo sobre uma sociedade opressora composta por terceiros que potencialmente poderão invadir a sua intimidade, apropriar-se do seu nome, manchar a sua honra, lesionar o seu corpo e etc.

Muito ao reverso, essa ótica dos direitos da personalidade de cunho estritamente individualista encontra atualmente forte repúdio pela melhor doutrina nacional e estrangeira, a qual busca aclimatar a defesa da personalidade como forma de proteção de interesses coletivos, visualizando o homem em sociedade e protegendo minorias. Assim se pronuncia sobre o tema José Oliveira Ascensão:

“A entender assim, o direito da personalidade transforma-se no direito dos egoísmos privados. Contradiz o que deveria ser a sua base fundamental, que é a consideração da pessoa. A pessoa é convivência e sociedade. Nenhuma consideração de intimidade pode ser mais forte que esse traço essencial da personalidade.”⁴³

Partindo-se desta nova feição dos direitos da personalidade, e consequentemente do direito à privacidade, percebe-se como este deixa de ser a salvaguarda do isolamento individual para tornar-se instrumento de combate contra políticas de discriminação religiosa, políticas, sexuais, bem como toda sorte de informações de caráter privado.

Identificando a defesa do direito à privacidade com o reconhecimento de verdadeiros sujeitos coletivos, manifesta-se Stefano Rodotà:

“Tende-se a mudar o sujeito do qual emana a demanda da defesa da privacidade e muda mesmo a qualidade desta demanda: vindo em primeiro plano a modalidade do exercício de poder da parte dos detentores públicos e privados das informações, a evolução do direito à privacidade supera o tradicional quadro individualista e dilata-se em um dimensão coletiva, no momento em que se considera não o interesse do indivíduo como tal, mas como integrante de determinado grupo social.”⁴⁴

⁴³ José Oliveira Ascensão. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa, Faculdade de Direito, 1996, p. 121.

⁴⁴ Apud Danilo Doneda. “Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade” In Gustavo Tepedino (org). *Temas de Direito Civil-Constitucional*. Rio, Renovar, 2000, p. 119.

Pode-se asseverar que a lógica de defesa da privacidade migra, portanto, da esfera do isolamento individual para abranger uma concepção mais ampla do controle da circulação de informações pessoais. Supera-se a definição do direito à privacidade como o direito a estar só em prol de uma concepção do mesmo como o direito de controlar o uso que se faz das informações pessoais.

Trata-se, como lembra José Adércio Leite Sampaio, de um incremento na tutela tradicional do direito à privacidade, essencialmente arraigada ao viés negativo, ou seja, de proibição de condutas que atentem contra o “direito de estar só”, para que seja acrescentada uma proteção positiva, consubstanciada no direito de controle das informações pessoais. Uma vez posta tal configuração do direito de privacidade pode-se abrir espaço para o reconhecimento da chamada “liberdade informática”⁴⁵, ou, em sentido mais abrangente, a autodeterminação informativa.⁴⁶

O direito geral à autodeterminação informativa tem por postulado a faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais⁴⁷, sendo o mesmo concretizado, por exemplo, através de medidas judiciais como o habeas data, previsto constitucionalmente no Direito brasileiro.

Ao se entrever esta função do direito à privacidade, pode-se perceber como a proteção dos dados pessoais opera de forma a impedir que a sua apropriação venha a se dar para fins discriminatórios. Ao se controlar a coleta, o armazenamento e a utilização de dados não se busca apenas resguardar o indivíduo cujos dados estão relacionados, mas também o grupo social no qual o mesmo está inserido, notoriamente caso tais dados demonstrem aspectos de sua personalidade que o mesmo, por qualquer motivo, não deseja ver revelados ao público.

2. A constitucionalização da privacidade dos dados pessoais

Frente ao célere processo do desenvolvimento das técnicas informáticas de tratamento de dados, a partir dos anos setenta, do século

⁴⁵ Sobre o tema a tutela da liberdade informática no Brasil e no direito comparado, veja-se o artigo de Renato de Castro Moreira “O Direito à Liberdade Informática”, in *Revista dos Tribunais* n° 778, agosto/2000.

⁴⁶ José Adércio Leite Sampaio. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 497.

⁴⁷ Cf. J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1999; p. 480/481.

passado, é possível delinear-se uma preocupação por parte de diversos países no sentido de atualizar o texto de suas Constituições de forma a prever, genérica, ou especificamente, a tutela da privacidade relativamente aos dados de caráter pessoal.

Neste sentido, a Constituição portuguesa de 1976 prevê em seu artigo 26 o reconhecimento de todos ao direito à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade e da vida privada e familiar.

O artigo 35, por seu turno, regulamentou a utilização da informática, contendo dispositivos bastante específicos como o direito de se conhecer toda a informação pessoal constante de registros mecânicos, sendo reconhecido o direito de tê-los retificados; a proibição do manejo de meios informáticos para que efetue o tratamento de dados concernentes a convicções filosóficas ou políticas, com a exceção do processamento de dados pelo Estado de forma não identificáveis individualmente; além da proibição de se atribuir um número de identificação único aos cidadãos.

Em 1978, a Espanha igualmente tutelou a proteção da privacidade, dispondo a Constituição, em seu artigo 105.b, que o acesso dos cidadãos aos arquivos administrativos deveria ser regulamentado por lei.

Segundo reporta José Adércio Leite Sampaio⁴⁸, diversas Constituições de países europeus seguiram pelo mesmo caminho, podendo-se mencionar a Constituição dos Países Baixos, de 1983, em seu art. 10; a da Hungria, de 1989, em seu art. 59.1; e a Constituição da Suécia, de 1990, em seu artigo 3º.

O Brasil, por sua vez, possui no texto constitucional não apenas a proteção da privacidade através de enunciados genéricos de atribuição de direitos, como também a previsão de sua concretização através de ação própria (o *habeas data*). Assim, cumpre analisar-se mais detidamente a configuração do direito à privacidade na Constituição Federal e demais diplomas legais pátrios.

3. A tutela do Direito à Privacidade no Brasil

O debate relativo às questões em maior evidência no campo da regula-

⁴⁸ José Adércio Leite Sampaio. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 480.

mentação jurídica da Internet, envolvendo-se os problemas decorrentes da violação ao direito da privacidade, das infrações à propriedade intelectual, do uso lesivo de *links*, *frames* e *metatags*, bem como da eficácia dos acordos eletrônicos e a tributação sobre as transações *online*, faz-se, de certo modo, ainda recente no contexto jurídico brasileiro.

A regulamentação nacional da Internet teve seu marco originário em 1995, quando foi publicada a Portaria Interministerial nº 147, do Ministério de Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia, através da qual foi criado o Comitê Gestor da Internet (CGI); o qual seria encarregado da "promoção e regulamentação do desenvolvimento da Internet no Brasil".

Algumas resoluções foram expedidas pelo CGI, sobretudo no que concerne ao sistema de registro de nomes de domínio no Brasil (função atualmente desempenhada pela FAPESP). Todavia, a questão da privacidade dos dados na Internet não foi objeto de qualquer regulamentação específica até o momento, em que pese o trâmite de alguns projetos de lei no Congresso Nacional e o esforço doutrinário hoje dispendido no sentido de se aplicar a legislação vigente no país aos conflitos derivados da lesão ao direito à privacidade no âmbito da Internet.

3.1. O direito à privacidade na legislação brasileira

Apesar da ausência de legislação específica que contemple o tema, a proteção à privacidade constitui direito constitucionalmente protegido no Brasil. Sendo assim, é importante ressaltar que a Constituição Federal brasileira contempla não apenas o direito à privacidade com respeito à preservação da vida privada e da intimidade da pessoa, como também garante a inviolabilidade da correspondência, do domicílio e das comunicações, em consonância com o previsto no artigo 5º, X e XII:

Artigo 5º, X: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Artigo 5º, XII: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

Buscando situar o conteúdo normativo do artigo 5º, X, da Constituição Federal, acima referido, enuncia Celso Bastos que:

“O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.”⁴⁹

Consoante já enunciado anteriormente, a Constituição brasileira não esgota na declaração de direitos dos incisos X e XII a proteção concedida ao direito à privacidade, municiando ainda o indivíduo, através seu artigo 5º, LXXII, com a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para que lhe seja garantido o acesso aos seus dados pessoais armazenados por entidades públicas. O preceito constitucional encontra-se redigido da seguinte forma:

Artigo 5º, LXXII: “Conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

O dispositivo supra, esclarece Milton Fernandes, possui aplicação imediata, não demandando qualquer procedimento administrativo prévio para que se possa ingressar com a ação.⁵⁰ Desta forma, não se faz necessário

⁴⁹ Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989, v.2, p.63.

⁵⁰ Milton Fernandes. “O *Habeas Data* como defesa à ameaça tecnológica”, in *Revista dos Tribunais* nº 704, junho/1994, p. 69/70. Posteriormente, o *habeas data* veio a ser regulamentado através da edição da Lei nº 9507/97, a qual prevê as especificações de seu rito processual, valendo ainda ressaltar, conforme explicita Fábio Henrique Podestá, que nas situações em que se denote a violação à privacidade de um indivíduo, pode o mesmo recorrer não apenas ao manejo do *habeas data*, como também à denominada tutela inibitória, introduzida pela Lei nº 8952/94, a qual alterou o artigo 461 do Código de Processo Civil (“Direito à intimidade em ambiente de Internet”, in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (orgs.) *Direito e Internet*. São Paulo, Edipro, 2000, p. 173.)

que o particular esgote todas as possibilidades administrativas de ver alcançada a sua pretensão acolhida pelo texto constitucional, podendo recorrer, de imediato, à tutela judiciária para assegurar a sua autodeterminação informativa.

À luz dos dispositivos constitucionais acima referidos, cumpre destacar o entendimento de Tercio Sampaio Ferraz Junior, segundo o qual o sistema instituído pela Constituição para a proteção da privacidade de dados pessoais não visa proteger exatamente um direito de propriedade de certo indivíduo sobre as suas informações, tal qual um direito de propriedade. O viés da tutela constitucional encontrar-se-ia, portanto, no processo de comunicação de tais dados, fornecendo aos interessados meios de impedir a manipulação estratégica de dados (grampeamento e violação de circuitos informáticos), a divulgação de informação inexatas (tutela do direito à imagem) ou ainda que firam a privacidade pessoal (coleta e armazenamento de dados pessoais em bancos de dados).⁵¹

Cumpre ressaltar ainda que a tutela do direito à privacidade no ordenamento jurídico nacional não se limita aos termos da Constituição Federal. Existem outras leis que regulamentam a privacidade em áreas específicas, como a Lei nº 5.250/67, a chamada Lei de Imprensa, que estabelece penalidades para pessoas que, no exercício da atividade de imprensa, revelarem fatos que violem a privacidade e a intimidade alheias; a Lei nº 9296/96, que estabelece as condições necessárias para a interceptação telefônica; e o próprio Projeto do novo Código Civil, que contempla o direito à privacidade em seu artigo 21.⁵²

Deve-se lembrar, por sua vez, a Lei nº 9454, de 07.04.1997, que institui o número único de Registro de Identidade Civil pelo qual cada cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, será identificado em todas as suas relações com a sociedade e com os organismos governamentais e privados. Tal lei, ainda não regulamentada, poderá acarretar sérios entraves para a defesa da privacidade, uma vez que o estabelecimento de um cadastro único facilita o controle social e, unificando as informações de diversos

⁵¹ Tercio Sampaio Ferraz Junior. “A Liberdade como Autonomia Recíproca no Acesso à Informação” In, Marco Aurélio Greco e Ives Gandra de Silva Martins. *Direito e Internet*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 247.

⁵² Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma”.

bancos de dados então dispersos, poderá simplificar a construção indevida de perfis individuais.⁵³

No que se refere especificamente à privacidade na Internet, o Projeto de Lei de maior relevância para a proteção da privacidade parece ser o de nº 4.906, de 2001, do Deputado Júlio Semeghini, o qual, ao consolidar outros dois projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, visa regulamentar a atividade do comércio eletrônico no Brasil, contendo algumas disposições relativas à privacidade dos dados informados pelo consumidor nas transações *online*.

O artigo 33, ao regular a questão da privacidade dos dados fornecidos pelos consumidores, estabelece que o ofertante apenas poderá solicitar do consumidor informações de caráter privado necessárias à efetivação do negócio, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las.

O *caput* do presente artigo positiva a vedação da prática, recorrente no meio de Internet, da venda de cadastros dos consumidores sem o seu prévio conhecimento ou aceitação. Tal prática alcançou amplo desenvolvimento com a facilidade de comunicação dos fornecedores com os potenciais consumidores através do correio eletrônico, proporcionando o envio de mensagens publicitárias não autorizadas (*spams*).

O comércio de dados pessoais estabelecido na Internet afronta o tratamento concedido aos bancos de dados pelo CDC em seu artigo 43, abaixo comentado, o qual estabelece que o consumidor deverá ter acesso às informações armazenadas sobre o mesmo, além de ser comunicado da abertura de banco de dados contendo suas informações pessoais.

O parágrafo segundo estabelece que, sem prejuízo da sanção penal, responde por perdas e danos o ofertante que solicitar, divulgar ou ceder informações em contrariedade com o disposto no artigo 33 do projeto de lei.

Para lograr maior proteção aos dados pessoais dos consumidores, à parte da imputação de sanções, poder-se-ia inserir um parágrafo no artigo

⁵³ Severas críticas à referida lei são feitas por Marco Aurélio Greco em seu artigo "E todos tinham um número..." (in *Direito e Internet*. São Paulo, Dialética, 2000, p. 175/197). Têm-se notícia de que a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, da Câmara Federal, aprovou em 29.03.2001 o projeto de lei nº 1.931/99, que revoga a Lei nº 9454/97, sendo a proposta encaminhada para o Plenário da Câmara, conforme divulgado pelo site CNOL (http://www.cnol.com.br/cnol/noti/noticia.php?id_noticia=5927&).

33 do projeto de lei ora comentado estabelecendo que o endereço eletrônico se constitui dado de caráter pessoal para fins de controle da coleta, armazenamento e comunicação dos mesmos, enquadrando-se, assim, na proteção do *caput*. Tal medida contribuiria para coibir a proliferação de listas públicas de endereços eletrônicos, fonte precípua de coleta de dados pessoais para a propagação de *spams*, bem como a atividade de empresas que vendem os endereços eletrônicos de terceiros para o mesmo fim.

3.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às transações *online*:

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90) garante aos consumidores uma ampla gama de direitos, partindo da presunção de que são partes hipossuficientes nas relações de consumo.

Dentre outras medidas protetoras, o CDC contempla em seu capítulo V, seção VI, uma regulamentação especial em relação aos bancos de dados e cadastros formados a partir de informações dos consumidores. Como previsto no artigo 43, muitas obrigações são impostas aos administradores dos bancos de dados, como, por exemplo, revelar a cada consumidor a informação coletada a seu respeito, permitindo que ele corrija quaisquer dados inexatos. É a redação do artigo 43:

Art. 43. "O consumidor, sem prejuízo de disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§1.º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§2.º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§3.º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas."

À luz deste dispositivo, pode-se perceber que as exigências feitas pelo Código de Defesa do Consumidor são similares àquelas propostas

pela maioria das diretrizes de privacidade *online*, como as da OPA – *Online Privacy Alliance*; de acordo com a qual:

“A política de privacidade deve deixar claro quais informações estão sendo coletadas, o uso destas, o possível acesso de terceiros a elas, as opções disponíveis ao indivíduo quanto à coleta, uso e distribuição das informações; uma declaração de compromisso quanto à segurança das informações por parte da organização e quais os passos tomados por ela para assegurar a qualidade e o acesso às informações.”⁵⁴

Embora os tribunais venham aplicando largamente o CDC no que se refere a diversos assuntos, as exigências específicas do art. 43 não têm sido, ainda, totalmente observadas, especialmente no que diz respeito à revelação ao consumidor dos dados coletados sobre ele.

Em junho de 2000, a Fundação Vanzolini, em cooperação com a Universidade de São Paulo -USP, emitiu uma Norma Padrão para adequar os *sites* brasileiros a níveis internacionais de políticas de privacidade. A elaboração da NRPOL – Norma de Referência da Privacidade *Online* foi patrocinada por diversas empresas e gradualmente vem alcançando efeitos positivos no mercado brasileiro da Internet.

A NRPOL estabelece vários princípios éticos a serem aplicados pelos *sites* brasileiros a fim de se preservar a privacidade do usuário da Internet, tais como: (i) o acesso completo do usuário às informações coletadas ao seu respeito; (ii) a garantia de que a informação recolhida é adequada e de que não será usada para propósitos diversos daqueles que motivaram o seu recolhimento; e (iii) a adoção, pela empresa recolhadora dos dados, de procedimentos que previnam danos e o uso, sem autorização de tais informações, e assim por diante.⁵⁵

Conforme acima referido, uma questão que vem sendo debatida recentemente com relação à proteção do consumidor é a venda de cadastros por empresas em procedimento, ou na iminência, de falência para seus credores, ou apenas com o propósito de realização de mala-direta. Embora a questão tenha sido pouco ventilada nos tribunais brasileiros, a doutrina já se encaminha para o entendimento de que esta operação estaria

⁵⁴ (trad. aut.) www.privacyalliance.org/resources/ppguidelines.shtml

⁵⁵ NRPOL – Norma de Referência da Privacidade Online. Fundação Vanzolini, 2000; p.06.

sujeita à prévia autorização por escrito por parte dos consumidores, sendo ilícita tal operação quando não atendido o mencionado requisito.⁵⁶

Conclusão

O presente trabalho pretendeu tão somente sugerir o debate acerca das questões envolvendo a tutela do direito à privacidade na Internet. O direito à privacidade na Internet, apesar de não regulado legalmente no Brasil, tem sido objeto de diversas reflexões, visando apontar os caminhos para sua proteção no ordenamento pátrio, tendo em vista o paradigma da autodeterminação informativa e a superação da visão estritamente individualista desse relevante direito, por demais apegado à necessidade de isolamento.

A jurisprudência, por seu turno, já tem se pronunciado sobre algumas questões pontuais relativamente ao direito à privacidade, como o sigilo de correspondência e de comunicação de dados.⁵⁷

A regulamentação que venha a ser efetivada, cumpre lembrar, deverá ter sempre em vista o constante desenvolvimento das modernas tecnologias da comunicação, atuando de forma a proteger os interesses por ela almejados, mas sem que para tanto seja completamente obstaculizado o progresso tecnológico. A força legal absoluta, já assinalou Luiz Edson Fachin, nada mais é do que um desfavor à concretização do próprio direito.⁵⁸

Outrossim, é de se acreditar que a regulamentação específica para essa inquietante questão não tarde a se efetivar, uma vez que nas sociedades contemporâneas, em que o poder associado à informação se avulta, o controle e a disponibilização de dados representa matéria de regramento prioritário.⁵⁹

⁵⁶ Ada Pellegrini Grinover e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio, Forense, 1999; p. 335.

⁵⁷ Neste sentido, veja-se o processo n.º 98.002.001993-7, julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, envolvendo a questão da liberdade de envio de mensagens eletrônicas e a possibilidade de ser o seu sigilo quebrado. Cumpre ainda destacar um outro caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (RHC 8493/SP), no qual uma empresa prestadora de serviços de *pager* recusou-se a obedecer ordem emitida por autoridade policial no sentido de revelar algumas informações sobre um de seus clientes. O STJ decidiu que a pessoa pode optar por não revelar informações privadas e, conseqüentemente, a empresa não estaria obrigada (nem mesmo autorizada) a conceder tais informações a terceiros, incluindo autoridades policiais, a não ser mediante ordem judicial.

⁵⁸ Luiz Edson Fachin. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio, Renovar, 2000; p. 65.

⁵⁹ Antonio-Enrique Pérez-Luño. *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 43.

Referências bibliográficas sobre o tema:

- ASCENSÃO, José Oliveira. "O Direito de Autor no Ciberespaço", in *Revista de Direito Renovar* nº 14, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989, v.2.
- BENSOUSSAN, Alain. *Les Arrêts-tendances de l'Internet*. Paris, Hermes Science, 2000: pp. 33/42.
- BRANDEIS, Louis D. e WARREN, Samuel. "The Right to Privacy". In *Harvard Law Review* no. 193/1890 (<http://www.louisville.edu/library/brandeis/privacy.html>).
- DONEDA, Danilo. "O Direito à Privacidade nos Bancos de Dados Informatizados" In TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio, Renovar, 2000.
- FÉRAL-SCHUHL, Christiane. *Cyberdroit*. Paris, Daloz, 2000: pp. 85/110.
- FERNANDES, Milton. "O Habeas Data como defesa à ameaça tecnológica", in *Revista dos Tribunais* nº 704, junho/1994
- FENOLL-TROUSSEAU, Marie-Pierre e HAAS, Gerard. *Internet et Protection des Données Personnelles*. Paris, Litec, 2000.
- GELMAN, Robert B. e McCANDLISH, Station. *Protecting Yourself Online – An Electronic Frontier Foundation Guide*. Nova Iorque: Harper Collins, 1998.
- GERMAN, Christiano. *O Caminho do Brasil rumo à Era da Informação*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- GRECO, Marco Aurélio. *Direito e Internet*. São Paulo, Dialética, 2000.
- JENNING, Charles e FENA, Lori. *Privacidade.com*. São Paulo, Futura, 2000.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. "A Liberdade como Autonomia Recíproca no Acesso à Informação" In GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra de Silva. *Direito e Internet*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona, Ariel, 1996.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Direitos e Deveres no Mundo da Comunicação: Da comunicação clássica à eletrônica". *Revista Doutrina*, nº 8 Rio de Janeiro: Instituto de Direito – ID, 1999.
- _____, Rogério Vidal Gandra da Silva. "Privacidade na Comunicação Eletrônica." In GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e Internet*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- MAZEAUD, Henri, Leon e Jean, e CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil*, tomo I, vol. 2. Paris, Montchrestien, 2000: pp. 394/400.
- MOREIRA, Renato de Castro. "O Direito à Liberdade Informática". In *Revista dos Tribunais* nº 778, agosto/2000.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio, Renovar, 1998: pp. 182/192.
- PODESTÁ, Fábio Henrique. "Direito à intimidade em ambiente de Internet", in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (orgs.) *Direito e Internet*. São Paulo, Edipro, 2000.
- ROSENOER, Jonathan. *Cyberlaw: The Law of the Internet*. Nova Iorque: Springer-Verlag, 1997.
- RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Davara. *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1997.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986
- SHAPIRO, Andrew. *The Control Revolution*. Nova Iorque: Century Books, 1999.
- SICILIANO, Vânia. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio, Lumen Juris, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio, Renovar, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. "O Espaço Público, o espaço cibernético e a interpretação constitucional". in *Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio*, nº 11, agosto-dezembro, 1997.
- TURKLE, Sherry. *La Vida en La Pantalla: La Construcción de la Identidad en la Era de Internet*. Barcelona: Paidós, 1997.
- VIRILIO, Paul. *A Bomba Informática*. São Paulo, Estação Liberdade, 1999.

Os Valores Sociais da Livre Iniciativa como Fundamento do Estado Brasileiro *

Fábio Carvalho Leite **

"Está certo, o assistencialismo não funciona, o socialismo morreu, os liberais ganharam e a história acabou. Mas às vezes eu ainda me pego sonhando em sueco com uma sociedade pronta, sem qualquer destes desafios tropicais, em que a gente pudesse finalmente ser um personagem do Bergman, enjoado apenas com tudo e nada mais."

Luís Fernando Veríssimo. Inveja¹

1 – Uma Breve Introdução ao Problema

O advento de uma nova Constituição representa sempre um rompimento com uma ordem política e jurídica estabelecida. A Constituição Federal de 1988, fruto de uma verdadeira revolução sem luta armada, enfrentou – e ainda enfrenta – desde a sua promulgação (ou até mesmo antes) forte resistência à sua plena concretização. Estes óbices à realização constitucional do país não provêm apenas dos agentes políticos, cujos poderes deveria limitar, mas também – e, neste particular,

* Trabalho apresentado na disciplina *Direito Civil Constitucional*, ministrada pela professora MARIA CELINA BODIN DE MORAES, no curso de Mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Em tempo, deixo registrada minha imensa gratidão à colaboração de amigos e professores pelo apoio e estímulo indispensáveis ao desenvolvimento deste trabalho. Em especial, agradeço ao Professor ADRIANO PILATTI, minha maior referência no campo do Direito Constitucional, amigo de todas as horas, que me ensinou, dentre tantas outras coisas, que *"é possível haver revolução sem derramamento de sangue"*; à Professora MARIA CELINA BODIN DE MORAES, de quem recebi um grande apoio, intelectual e fraterno, o qual – agora confesso – foi decisivo para prosseguir nesta jornada; e à Professora ANA LUIZA MAIA NEVARES, com quem travei os primeiros debates sobre o tema deste ensaio, pelas observações inteligentes que só fizeram enriquecer a pesquisa desenvolvida. A todos eles devo os eventuais méritos deste trabalho.

** Professor de Direito Constitucional da PUC-Rio e mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-Rio)

¹ Crônica publicada no jornal O Globo em 17.10.2000.

lamentavelmente – da inadequação do pensamento jurídico nacional às inovações trazidas pela nova carta política, que exigem uma releitura do texto constitucional a partir de uma nova ótica hermenêutica.

Com efeito, a magnitude desta mudança encontra-se representada já no próprio limiar do Texto Constitucional, sob o Título inaugural da Constituição *"Dos Princípios Fundamentais"* em contraste com a fórmula adotada pela Constituição anterior, que iniciava seu texto sob o Título *"Da Organização Nacional"*. A opção por um elenco de princípios fundamentais, bem como sua posição inicial no texto constitucional pelo legislador constituinte, não foram obras aleatórias do mero acaso; representam antes uma técnica legislativa utilizada pelo constituinte, a apontar a existência de um núcleo normativo constitucional que explicita os valores políticos fundamentais acolhidos pelo legislador constituinte, os quais devem orientar a interpretação e integração de todo o texto constitucional, e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico, conferindo, assim, a coerência necessária a todo o sistema.

Deve-se recordar, para uma melhor compreensão do problema, que o pensamento jurídico nacional está contaminado até a medula pelos valores extraídos do Código Civil, ou antes, pelos princípios que orientaram o movimento de codificação, que correu o mundo a partir do século XVIII. É que este movimento, de verdadeira adoração à obra do legislador, colocou o Código Civil não apenas como estatuto fundamental do direito civil, mas também como o centro de todo o ordenamento jurídico. Por conseguinte, o Código Civil não se esgotava em seu próprio conteúdo; mas, antes, ocupava-se de determinar o modo como deveriam ser interpretadas e integradas as demais leis, bem como sua aplicação no tempo e no espaço. Logo, não é de causar espécie o fato de as demais leis – e, por fim, todo o ordenamento jurídico – serem interpretadas à luz dos princípios fundamentais definidos no Código Civil. Ademais, conforme elucida ORLANDO GOMES, na esteira de TARELLO, *"a idéia de codificação, fermentada na segunda metade do século XVIII e nos primeiros anos do século XIX, quando se espraçou, deve ser colocada na perspectiva ideológica liberal. O esforço técnico para sistematizar as leis teve o objetivo político de proteger o proprietário, de assegurar-lhe a livre disponibilidade dos seus bens, e de institucionalizar a iniciativa privada"*.²

² GOMES, ORLANDO, *"A Agonia do Direito Civil"*, in. Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro, vol. 10, 1986, p. 2.

No entanto, verifica-se que, no correr do "longo século XX"³, as mudanças exigidas e efetivamente operadas nas relações entre o Estado e a sociedade civil, a partir das reiteradas práticas de intervencionismo estatal – não apenas, mas sobretudo – no campo econômico, revelaram a inadequação tanto do liberalismo quanto do ordenamento jurídico fundado a partir de suas premissas. Assim, se os primeiros abalos sofridos pelo sistema liberal não atingiram o primado absoluto do Código Civil, seja como estatuto fundamental do direito civil, seja como diploma básico da ordem jurídica constituída⁴, não puderam também impedir, por outro lado, o impressionante crescimento e aperfeiçoamento dos diversos ramos do direito público. Tais avanços, ocorridos, mais precisamente, na primeira metade do século XX, conquanto não representem um corte significativo no pensamento jurídico fundado no movimento de codificação, demonstram por si as insuficiências de um sistema jurídico que se pretende encerrar no Código Civil⁵.

Segue-se, a partir de então, uma ininterrupta mudança no ordenamento jurídico, apontando a uma tendência à publicização de determinadas matérias outrora reservadas ao exclusivo amparo pelo direito civil. Com efeito, o Código Civil representava a premissa jurídica ao funcionamento do modelo liberal, que relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras⁶. A superação deste pressuposto fundamental do liberalismo, a partir do que brota a nova idéia de integração do indivíduo à sociedade, em oposição à idéia liberal de proteção da vida individual, exige uma mudança no tratamento de determinadas matérias, antes reservadas ao domínio do direito privado, ou antes, deixa de justificar a permanência de matérias de interesse social em âmbito reservado à esfera privada. Ocorre, então, uma verdadeira emigração de princípios jurídicos do direito privado para o Direito Constitucional, provocando um esvaziamento do Código Civil, que, assim, "deixa de

³ Referência à obra homônima de GIOVANNI ARRIGHI.

⁴ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, "O Movimento de Descodificação do Direito Civil", in. Estudos Jurídicos em Homensagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 506.

⁵ Idem.

⁶ MORAES, MARIA CELINA BODIN DE, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", in. Revista de Direito Civil, vol. 65.

constituir o centro geométrico de toda a ordem jurídica constituída"⁷. Como afirma ORLANDO GOMES, "a propriedade, a família, o contrato, ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram, hoje definidas, as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado"⁸.

Esta emigração de princípios do Código Civil para o Texto Constitucional merece uma reflexão mais aproximada, porquanto não representa uma mera mudança no *locus* de onde emanam os valores jurídicos, ou por outra, se representa justamente esta mudança, tal fato parece fazer toda a diferença.

O ingresso na Constituição de matérias que antes eram tratadas pelo Código Civil representa, antes de tudo, um rompimento com a visão desvirtuada que impunemente permitia a coexistência quase impermeável de dois domínios – o público e o privado – em um mesmo ordenamento jurídico. Assim, enquanto as constituições, ao longo do século XX, passavam a consagrar as conquistas sociais que visavam à integração do indivíduo junto à sociedade, trazendo uma nova perspectiva acerca da função do Estado e até mesmo de sua relação com a sociedade civil, o direito privado em geral sobrevivia com as mesmas concepções de indivíduo, Estado e sociedade, oriundas do liberalismo oitocentista, fundada, portanto, a partir de outros valores, que já haviam sido – não necessariamente ultrapassados, mas certamente – revistos.

A prevalecer esta convivência conflituosa de valores em níveis hierárquicos distintos, estar-se-ia admitindo a coexistência de dois indivíduos, dois Estados e duas sociedades, perante um mesmo ordenamento jurídico, o que seria um absurdo. A constitucionalização de matérias antes reservadas ao campo do direito civil superou a resistência oferecida à idéia de sistematização do ordenamento jurídico, o que, deve-se ressaltar, impedia a leitura do direito privado – em especial do Código Civil – a partir dos valores constitucionais. Ademais, deve-se ainda ressaltar que a leitura sistemática do ordenamento jurídico confere maior força e impositação às leis (e demais atos normativos primários em geral) junto à própria sociedade⁹, porquanto decorrem do Texto Constitucional, em

⁷ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Op. Cit.*, p. 508.

⁸ *Op. Cit.*, p. 5

⁹ GOMES, ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 6.

cujos princípios encontram seu fundamento de validade, afastando assim antagonismos dentro do sistema e, por fim, conferindo maior segurança acerca da validade e aplicabilidade das leis.

Como conseqüência desta mudança, houve um verdadeiro rompimento com o dogmatismo liberal acerca do primado da proteção jurídica do indivíduo contra o Estado, o que ao fim visava a assegurar àquele absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica, em atenção aos interesses da burguesia.

Não é demais lembrar que o rompimento de um dogma, seja qual for a área do saber, revela sempre um inesgotável campo de possibilidades. Neste caso, permitiu o nascimento de uma nova sociedade, comprometida antes com a integração do indivíduo junto ao grupo social do que com a sua proteção frente ao Estado.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar em seu artigo inaugural como fundamento da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa, assinalou um grande passo em direção ao rompimento definitivo com o individualismo advindo do pensamento liberal clássico que por longa data fez suas glórias na doutrina jurídica pátria. Ademais, passada mais de uma década de vigência da Constituição de 1988, pode-se verificar que a doutrina jurídica nacional tem sofrido, sobretudo recentemente, uma perceptível mudança no que tange à interpretação constitucional, a partir da valorização que tem sido atribuída aos princípios consagrados na Lei Maior para a tarefa de concretização do texto constitucional. A concepção de que normas constitucionais são um gênero do qual regras e princípios são espécies parece sepultar de vez o entendimento, até então em voga, segundo o qual os princípios são desprovidos de força normativa. Deste modo, respeitadas as diferenças existentes entre estas espécies normativas, ambas demandam, cada qual a seu modo, imposição e aplicação à realidade social.

No presente ensaio, pretendemos investigar quais os valores sociais da livre iniciativa eleitos pelo constituinte brasileiro como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e, com isso, ressaltar a mudança trazida ao ordenamento jurídico nacional pela Constituição de 1988, dedicando especial atenção aos óbices oferecidos pela doutrina pátria, calcada em pressupostos abandonados pela nova ordem constitucional, que inibem, destarte, a interpretação e a aplicação da Constituição e, por conseqüência,

a redefinição do ordenamento jurídico, a partir dos novos valores eleitos pelo constituinte de 1988.

2 – Art. 1.º, IV, CF-88: “Valores Sociais da Livre Iniciativa”, “Valor Social da Livre Iniciativa” ou simplesmente “Livre Iniciativa”? – Uma discussão preliminar necessária.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo inaugural que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, dentre outros, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Cumpre observar que esta redação, constante do inciso IV do referido artigo constitucional, suscita uma interpretação dúbia acerca de quais os fundamentos efetivamente escolhidos pelo legislador constituinte: “os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa” ou “o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa”. Deve-se ressaltar que ambas as interpretações, conquanto distintas, encontram-se em perfeita sintonia com as regras ditadas pela gramática, o que, em uma primeira análise, já revela uma dificuldade a ser encarada pelo intérprete da Constituição. Não bastasse este obstáculo, a doutrina “criou” uma terceira interpretação que não tem como prosperar sem violar frontalmente o texto constitucional, porquanto não resiste sequer à interpretação gramatical, que, como afirma o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, “é o momento inicial do processo interpretativo”¹⁰. Com efeito, pretendem estes autores que o legislador constituinte tenha escolhido como fundamento do Estado brasileiro, ao lado dos valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, o que certamente não fez. Senão vejamos.

Conforme reza o artigo 1.º da Constituição Federal:

“A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;*
- II – a cidadania;*

¹⁰ BARROSO, LUÍS ROBERTO, “Interpretação e Aplicação da Constituição”, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 120.

- III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V – o pluralismo político.

Parágrafo único (...)

Se o inciso IV do artigo 1.º da Constituição Federal não é claro para assegurar se se trata de “valores sociais do trabalho e valores sociais da livre iniciativa” ou de “valor social do trabalho e valor social da livre iniciativa”, tal virtude não falta ao mencionado dispositivo para afastar *in limine* a interpretação que pretende conferir à livre iniciativa *status* de princípio fundamental da Constituição. Embora não seja agradável estar proclamando o óbvio, deve-se salientar que, se assim pretendesse o legislador constituinte, a redação certamente deveria ser “os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa”, ou suas variações. Nunca, porém, “os valores sociais do trabalho do trabalho e da livre iniciativa”, que só permite as duas interpretações supramencionadas.

Isto inobstante, os comentaristas da Constituição de 1988, ao procederem à análise do artigo 1.º, IV do texto constitucional, são praticamente unânimes ao afirmarem que o mencionado dispositivo elege a livre iniciativa como um princípio fundamental da nova ordem constitucional.

Neste sentido, afirma o Professor JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em seus Comentários à Constituição de 1988

“48. Livre Iniciativa

A atividade do homem ou é dirigida ou é livre. Livre iniciativa é a possibilidade de agir antes de qualquer outro, sem influência externa. Não é novidade entre nós o princípio da liberdade de iniciativa, prescrito na EC n.º 1, de 1969, art. 160, I (“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: liberdade de iniciativa, na Constituição de 1946, art. 145” (“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios.....sendo omissa a respeito a Constituição de 1891. Na EC n.º 1, de 1969, art. 160, I, a liberdade de iniciativa é um princípio em que repousa a ordem econômica e social para a consecução do desenvolvimento nacional e da justiça social; na Constituição de 1988,

a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil para que o Estado de direito ou o Estado democrático instituído possa construir uma sociedade aberta, justa e solidária. A liberdade de iniciativa decorre dos direitos individuais consagrados no art. 5.º da Constituição de 1988, como decorria do art. 153 da EC n.º 1, de 1969, defluindo da liberdade de trabalho e ligando-se à liberdade de associação. Conforme elucida Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Cf. Comentários à Constituição Brasileira de 1969, 6.ª ed., 1986, p. 657), “a consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social”. A notável encíclica do Papa João XXIII acolheu o princípio da liberdade de iniciativa como reflexo da liberdade humana, segundo, aliás, orientação da denominada Escola Intermédia, que, extraindo seus fundamentos da teoria exposta pelos doutrinadores da Igreja Católica, é a que mais se aproxima da realidade dos fatos e, não afirmando de modo exato o que o Estado deve fazer, estabelece, porém, o que não deve ser feito pelo Estado, ou seja, traça limites negativos para a intervenção estatal assinalando que a ação social do Estado não deve interferir no campo da atividade particular a não ser supletivamente, não deve favorecer indivíduos nem grupos, mas dirigir-se a toda a coletividade e, por fim, não deve ferir direito do cidadão, o que o Papa João XXIII resume assim: no campo econômico, o Estado deve ter posição secundária, embora relevante, devendo sua ação reger-se pelo princípio da supletividade ou subsidiariedade, a tal ponto que não limite a liberdade de iniciativa do particular, mas, ao contrário, a ampare para que se garantam e se protejam os direitos essenciais de cada um. Pontes de Miranda (cf. Comentários à Constituição de 1934, v. II, p. 300, e EC n.º 1, de 1969, 3.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1987, V. VI, p. 28-29) investe contra o “liberalismo apriorístico que levou a resultados deploráveis” (p. 28). O liberalismo extrapola do princípios de liberdade. O homem precisa das liberdades, de um mínimo, e conquistou aquelas que a vida em comum lhe permitia e lhe permite. Não são todas as liberdades. O liberalismo econômico consistiu exatamente em levar a setores que não devia os princípios de liberdade, porque a liberdade econômica, ao mesmo tempo que protege, desprotege. Somente pela socialização das obras individuais é que a liberdade pode subsistir”

(p. 29) Cf. Modesto Carvalhosa, *A ordem econômica na Constituição de 1969, ed. de 1971, p. 107 (A livre iniciativa enquanto direito), ed. da RT.*¹¹

Como parece claro, a leitura feita pelo Professor CRETELLA JR. do dispositivo constitucional em comento não apenas não atenta para o fato de que a Constituição em momento algum afirma que a livre iniciativa é um princípio fundamental, como ainda foge a qualquer análise sistemática da Constituição a fim de buscar o significado da expressão "livre iniciativa" dentro da nova ordem constitucional, preferindo o autor realizar tal busca em outras fontes, como se a "livre iniciativa" tivesse um significado próprio, a-histórico, e, o que parece mais assustador, como se, em caso de conflito entre este significado da expressão com alguma outra norma constitucional, o intérprete tivesse que adequar a aplicação desta última a fim de salvaguardar o conceito de livre iniciativa estampado pelo autor.

A leitura feita pelos professores CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, em seus comentários à Constituição de 1988, também merece a transcrição:

"Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa"

De fato o trabalho é que confere ao homem uma das suas qualificações mais marcantes. É muito freqüente mesmo identificar-se certas pessoas pelo trabalho que exercitem. Pelo trabalho o homem realiza a sua própria existência. Transforma o mundo, impregna-o da sua imagem. Embora visto biblicamente como uma maldição ("ganharás o pão com o suor do teu rosto"), nada obstante derivar da sua condição de ser decaído (no Éden não havia trabalho), ainda assim é pelo esforço que cada um faz para subsistir, assegurando o necessário a si e àqueles que dele dependem, que o homem pode transcender a sua condição, praticando coisas assemelhadas às divinas. Pelo trabalho criativo o homem se supera e aproxima-se de Deus. Mas, obviamente, o trabalho que redime não é o escravo, mas o livre. Não é o trabalho imposto de fora, mas o trabalho livremente escolhido. Para que o homem projete sua personalidade no

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Vol. 1, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, pp.140-1.

trabalho ele há de ser livre, é dizer: é necessário que o Estado assegure a opção individual de cada um."¹²

Se os autores, por um lado, não se afastam do texto constitucional ao dimensionarem o significado deste dispositivo, por outro, tornam demasiadamente nebuloso o significado da livre iniciativa, ao estabelecerem uma relação complementar entre o trabalho e a livre iniciativa, onde esta assume um caráter inequivocamente secundário. Ademais, os autores também não atentaram ao fato de não se tratar da livre iniciativa pura e simplesmente, mas dos valores sociais que se pode extrair dela.

Em seu Curso de Direito Constitucional, o Professor CELSO RIBEIRO BASTOS afirma:

"5. Os Fundamentos do Estado Brasileiro"

A Constituição traz como fundamentos do Estado Brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a crença nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Esses fundamentos devem ser entendidos como o embasamento do Estado; seus valores primordiais, imediatos, que em momento algum podem ser colocados de lado.

(...)

Quanto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, destaca-se, em primeiro lugar, que o trabalho deve obrigatoriamente ter seu valor reconhecido; e de que forma? Através da justa remuneração e de condições razoáveis para seu desenvolvimento. Por outro lado, o livre empreendedor, aquele que se arriscou lançando-se no duro jogo do mercado, também tem que ter seu valor reconhecido, não podendo ser massacrado pelas mãos quase sempre pesadas do Estado."¹³(grifamos)

O comentário oferecido pelo Professor CELSO BASTOS, *data vênua*, não parece satisfatório, eis que não se trata aqui do reconhecimento do valor do trabalho e/ou do valor da livre iniciativa, mas de seus valores

¹² BASTOS, CELSO RIBEIRO, e MARTINS, IVES GANDRA, "Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)", 1.º volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pp. 425-6.

¹³ BASTOS, CELSO RIBEIRO, "Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, São Paulo, 1996, pp.148-9

sociais, ou seja, o que se deve buscar reconhecer são os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa. É certo que o trabalho e a livre iniciativa possuem valores. Todavia, o legislador constituinte conferiu especial atenção aos seus valores sociais, e os intérpretes da Constituição não podem fugir a esta realidade.

Do mesmo modo, o Professor MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO tece os seguintes comentários sobre o mencionado dispositivo constitucional:

"Entre as condições fundamentais ou 'como fundamentos' vem a 'soberania', a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a convivência em paz com a humanidade, cada expressão se isolada com significação toda peculiar. (...) Além da formal declaração de que o Brasil é uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, Distrito Federal e Territórios", se faz importante refletir sobre:

- 'o constituir-se em Estado Democrático de Direito';
- visando 'construir uma sociedade livre, justa e solidária';
- com fundamento na 'soberania' e na 'cidadania';
- dirigido à 'dignidade da pessoa humana';
- orientado para 'os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa';
- voltado para o 'pluralismo político';
- tendendo à 'convivência em paz com a humanidade'.

(...)

Com respeito à cidadania os pressupostos são todos subjetivos. Estão porém inclusos (Tit. II, cap. I e seus artigos) na própria Carta quando fala do exercício dos direitos, consubstanciando normas (art. 7.º, 14 e 15) que dizem com os 'direitos sociais', a 'nacionalidade' e os 'direitos políticos'.

*De igual maneira, sobre "a dignidade da pessoa humana", os 'valores sociais do trabalho' e a 'livre iniciativa', o problema se coloca na própria Carta (arts. 7.º e segts. e art. 6.º, §§ 10 e 32), quando *in casu* estabelece em termo 'liberdade de comércio e de indústria', não obstante condenar monopólios como um axioma econômico."¹⁴ (grifamos!)*

¹⁴ CUNHA, FERNANDO WHITAKER DA, SOBRINHO, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO, MELLO, CELSO ALBUQUERQUE, FALCÃO, ALCINO PINTO, e SUSSEKIND, ARNALDO, "Comentários à Constituição", 1.º volume, Livraria Freitas Bastos S.A., 1990, p. 119.

Esta leitura, que em um primeiro momento transcreve o texto constitucional, afirmado que são fundamentos da República "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", e mais adiante enumera estes fundamentos como sendo os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, não é exclusiva do Professor MANOEL SOBRINHO. Esta parece ser a leitura feita pela maior parte dos constitucionalistas, que deixam assim escapar entre as mãos a oportunidade de aprofundar o estudo acerca das mudanças introduzidas pela nova Carta Constitucional ao ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, mesmo o Professor PAULO BONAVIDES, incansável defensor das conquistas sociais trazidas pela nova Constituição, parece render-se à leitura supramencionada, a partir do momento em que não só não atenta para a novidade trazida pelo legislador constituinte, como também afirma que os princípios fundamentais trazidos pela Constituição de 1988 são, dentre outros, os valores sociais do trabalho e "a livre iniciativa". Em textual:

"Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; estabelece objetivos fundamentais para a república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, de último, em capítulo próprio, enuncia os direitos sociais, abrangendo genericamente a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados."¹⁵

O Professor ALEXANDRE DE MORAES, ao abordar os fundamentos da República Federativa do Brasil, tece os seguintes comentários:

"7 Fundamentos da República Federativa do Brasil

A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

¹⁵ BONAVIDES, PAULO, "Curso de Direito Constitucional", Malheiros Editores, 7.ª Ed., São Paulo, 1997, p. 339.

*- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa: é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5.º, XIII; 6.º; 7.º; 8.º; 194-204). Como salienta Paolo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país; (...)"*¹⁶

Tal como os comentários feitos pelos Professores CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, esta leitura feita pelo Professor ALEXANDRE DE MORAES, além de confusa, porquanto parece não distinguir os dois preceitos que integram o dispositivo constitucional em questão, diminui consideravelmente a dimensão atribuída pelo legislador constituinte aos valores sociais da livre iniciativa. É que, mais uma vez, a livre iniciativa desempenha uma função meramente complementar, para a "melhor compreensão do significado dos valores sociais do trabalho". Certamente não é este o significado do dispositivo constitucional.

Em seus Comentários à Constituição de 1988, afirmam os Professores EUGENIO HADDOK LOBO e JULIO CESAR DO PRADO LEITE:

*"O dispositivo [art. 1.º] consagrou os dois princípios básicos da organização política da Nação: o republicano e o federativo, voltados essencialmente para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundamentada na 'soberania', 'cidadania', 'dignidades das pessoas humanas', nos 'valores sociais do trabalho', na 'livre iniciativa', no 'pluralismo político' e na 'convivência em paz com a humanidade.'"*¹⁷ (grifamos!)

Esta orientação, deve-se ressaltar, já marcava presença antes mesmo da promulgação do texto constitucional. Como se sabe, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88 organizou seus trabalhos a partir da distribuição de seus 559 membros em oito comissões temáticas, sendo cada uma delas, por sua vez, dividida em três subcomissões, e uma Comissão de Sistematização, conforme dispunha o seu Regimento

¹⁶ MORAES, ALEXANDRE DE, "Direito Constitucional", Atlas, 3.ª ed., São Paulo, 1998, p.43.

¹⁷ LOBO, EUGENIO HADDOK, e LEITE, JULIO CESAR DO PRADO, "Comentários à Constituição Federal", 1.º volume, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1989, p. 8.

Interno¹⁸. Desse modo, o caminho a ser percorrido pelo Projeto de Constituição consistia, basicamente, na elaboração de um anteprojeto por cada subcomissão, os quais, uma vez aprovados, deveriam ser reapresentados no seio da respectiva Comissão Temática, junto aos demais anteprojeto oriundos das outras subcomissões que a compunham, para, enfim, receber a aprovação do Plenário da referida Comissão. Os trabalhos aprovados pelas Comissões Temáticas deveriam convergir para a Comissão de Sistematização, de onde nasceria "o primeiro esboço articulado de anteprojeto" da Constituição. Após a aprovação pela Comissão de Sistematização, o anteprojeto deveria ser submetido à aprovação do Plenário da Assembléia Nacional Constituinte, em dois turnos, para que fosse, enfim, promulgada a nova Constituição. Todavia, em um determinado momento durante o prosseguimento dos trabalhos constituintes, verificou-se um significativo impasse – em parte, de ordem ideológica – no desenvolvimento do processo constituinte. É que ao longo dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Sistematização, composta por 93 membros, houve um intenso descontentamento por parte dos constituintes que ficaram excluídos da participação na elaboração do texto constitucional. Ademais, e este é o ponto para o qual pretendemos dar maior atenção, a composição da Comissão de Sistematização era inequivocamente progressista – a partir da dicotomia conservadores-progressistas que se fazia presente na Constituinte e que foi utilizada, sobretudo pela imprensa, ao longo dos trabalhos constituintes¹⁹, para caracterizar a atuação dos congressistas. Desta união entre os constituintes descontentes com o processo constituinte e/ou os descontentes com o seu resultado parcial, formou-

¹⁸ Resolução da Assembléia Nacional Constituinte n.º 2 – 87, art. 15.

¹⁹ Esta caracterização, em verdade, já foi vinha sendo utilizada pela imprensa antes mesmo do início dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Como nos lembra a Professora GISELE CITTADINO, durante os trabalhos da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – criada pelo Decreto n.º 91.450, editado pelo Presidente JOSÉ SARNEY e mais tarde conhecida como Comissão AFONSO ARINOS, em merecida alusão ao seu Presidente – "a imprensa identificou, logo no início dos trabalhos da Comissão Arinos, dois grupos em confronto: o primeiro, majoritário, denominado conservador, era integrado por "ideólogos de direita" – qualificação também dada pela imprensa – e por empresários; o segundo, denominado "progressista", era composto por juristas, professores e jornalistas". (CITTADINO, GISELE, "Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea", Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999, p. 33, nota)

se um grupo que se autodenominou Centrão e que pretendeu – como efetivamente o fez – realizar significativas alterações no texto aprovado pela Comissão de Sistematização, considerado pelos conservadores como um projeto estatizante.

Cumpra aqui trazer à baila artigo publicado durante o período em que se desenvolviam os trabalhos constituintes, de autoria do jurista MIGUEL REALE que, como defensor confesso do Centrão, torna-se insuspeito a corroborar o que foi acima comentado:

“O Centrão, tão malsinado pelos que se surpreenderam com o seu repentino aparecimento, representa, antes de mais nada, oportuna correção de rumo na rota da Assembléia Nacional Constituinte, entregue às improvisações perniciosas da Comissão de Sistematização, que um Regimento Interno, com malícia ou não, transformara em timoreiro absoluto de nosso destino constitucional.

Na realidade, contra todas as regras da lógica e do bom senso, inseriu-se, no processo de elaboração da nova Carta Magna, um órgão todo poderoso, com poderes excepcionais, até o ponto de reduzir os demais membros da Assembléia a simples espectadores. Foi esse o motivo da reação legítima e necessária, que, felizmente, veio demonstrar que o eleitorado brasileiro não havia optado por uma aventura populista, xenófoba e estatizante, na qual iam de mãos dadas liberais históricos displicentes e partidários de soluções de mercado extremismo socializante.

(...)

O certo é, porém, que a Comissão de Sistematização, cujos membros parecem ter sido escolhidos a dedo para essa tarefa esquivante, longe de escoimar o Projeto Cabral dos exageros, que já o comprometiam, ainda mais o exacerbaram, abandonando de vez os princípios econômicos da livre iniciativa, e pretendendo, a nível de disposições constitucionais, disciplinar questões como, por exemplo, a da remuneração devida a horas extras de trabalho, ou ao teto das aposentadorias, que, por sua complexidade, só podem ser objeto de legislação ordinária.

Além disso, o mais retrógrado nacionalismo foi acolhido com entusiasmo pela aludida Comissão, prevalecendo a idéia de uma economia nacional autárquica, fechada para o mundo, com a condenação formal de qualquer forma de investimento do capital estrangeiro, isto no momento em que a URSS e a China comunista abandonaram rígidos preconceitos marxistas

para se achegarem às irrecusáveis vantagens das estruturas de tipo empresarial, restabelecendo-se os valores da justa redistribuição devida aos que produzem, empregando seu suor e seu saber.”²⁰

A partir deste cenário, cumpre observar que o dispositivo que consagra os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado brasileiro não estava presente no texto aprovado pela Comissão de Sistematização²¹ – embora com ele em nada fosse colidente, eis que este dispositivo não contempla a livre iniciativa como princípio fundamental, mas apenas os seus valores sociais. Com efeito, o referido dispositivo fazia parte do projeto apresentado pelo Centrão, que, por sua vez, pretendia uma alteração significativa do projeto aprovado pela Sistematização, sobretudo no capítulo referente à ordem econômica. Nesse sentido, conforme matéria publicada pelo jornal O Globo, em 09.01.1988, comentando o projeto elaborado pelo Centrão:

“(...) O título da ordem econômica contém ainda uma série de outras modificações, como a definição de empresa nacional, que passa a ser chamada de empresa brasileira. Para assegurar a livre iniciativa, o Centrão incluiu um novo artigo onde “o Estado estimulará a iniciativa privada, visando a elevar a sua produtividade e a sua capacidade de geração de emprego”. Os investimentos de capital estrangeiro, que no texto da sistematização são admitidos exclusivamente nos casos que importem em interesse nacional, passam a ser “incentivados” pelo projeto do Centrão. Um outro artigo estabelece o fim de qualquer intervenção do Estado na economia, declarando que “a iniciativa privada compete organizar e desenvolver a atividade econômica”.²²

Neste panorama, poderia se afirmar que as vitórias que fossem obtidas pelo Centrão na Constituinte representariam, em parte, a vitória de um

²⁰ Artigo intitulado “Sentido do Centrão”, publicado no jornal Folha de S. Paulo de 08.01.1988, p. 3

²¹ Com efeito, até este momento, o artigo inaugural do texto do projeto de constituição estava assim redigido: “Art. 1.º A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária, e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade das pessoas e o pluralismo político.”

²² Publicado no Jornal O Globo em 09.01.1988, p. 3, sob o título “Centrão altera projeto da Comissão”.

projeto “conservador”, segundo o significado que era atribuído a esta qualificação. E foi justamente a partir desta expectativa que foram recebidas as vitórias das emendas oriundas do projeto apresentado pelo Centrão. No entanto, a aprovação do Título Primeiro do projeto do Centrão, que trata justamente dos princípios fundamentais, não pode em hipótese alguma ser caracterizada como uma vitória daquele grupo de constituintes, tampouco uma vitória conservadora. Em primeiro lugar, porque as alterações propostas pelo Centrão em muito pouco alteravam o texto aprovado pela Comissão de Sistematização. Em segundo lugar, porque, diferente das demais que se seguiram, a votação do Título Primeiro do Projeto da Constituição foi fruto de concessões mútuas e resultou em um incrível consenso, razão pela qual não se pode atribuir a nenhum grupo ideológico ou partidário a paternidade do Título inaugural da Constituição.

A confusão, no entanto, entre livre iniciativa e valores sociais da livre iniciativa já ensaiava seus primeiros passos após a aprovação do texto em primeiro turno. O Senador ODACIR SOARES, comentando o referido texto, assim se manifestou:

*“É, sem dúvida, por isso que o Brasil, que os constituintes desejam construir se fundamenta nos valores típicos de uma sociedade herdeira das tradições romanistas ocidentais e que são: a liberdade, a justiça, a solidariedade, baseadas na soberania, na dignidade da pessoa, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa, no pluralismo político e na convivência pacífica.”*²³

Esta interpretação, como vimos, orientou a leitura feita por uma significativa parcela da doutrina jurídica nacional, no que concerne à equívoca concepção da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro. Não bastassem os exemplos antes mencionados, vale ainda lembrar o entendimento adotado pelo Professor MIGUEL REALE, conforme expôs em sua obra *“Aplicações da Constituição de 1988”*:

“Nada mais nocivo à interpretação das novas leis do que o espírito prevenido, ou que se deixou levar pelas primeiras impressões. É o que está acontecendo

²³ SOARES, ODACIR, *“A. Nova Constituição (1.º turno) – Comentários”*, Senado Federal, Brasília, Julho de 1988, p. 10.

com a Constituição de 1988, apontada apressadamente como uniliberar e intervencionista, sobretudo no que se refere à ordem econômica.

(...)

*Em primeiro lugar, saliento que, logo no art. 1.º, de manifesto caráter preambular, a livre iniciativa é apresentada como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. (...)”*²⁴

Em conclusão a esta breve jornada pela doutrina constitucional pátria, verificamos que há quase um consenso na leitura do art. 1.º, IV da Constituição Federal, no sentido de que o princípio fundamental elencado pela Carta Magna é a livre iniciativa, e não seus valores sociais, embora o texto não permita que se cometa tal interpretação. Pode-se notar também que não há uma preocupação entre os autores supracitados na busca do significado da *“livre iniciativa”* no texto constitucional, a partir de uma leitura sistemática da Constituição, preferindo, ao invés, dimensionar seu significado a partir de um conceito pré-concebido, o que muitas vezes conduz o dispositivo constitucional – e, com ele, a própria Constituição – ao conceito de livre iniciativa germinado no limiar do liberalismo econômico oitocentista, condenando o novo texto constitucional a um retrocesso de quase dois séculos.

Como se pode observar, a doutrina constitucional brasileira incorre em dois grandes equívocos no que concerne à interpretação do disposto no inciso IV do artigo 1.º da Constituição Federal: confere à livre iniciativa o *status* de princípio fundamental – quando o legislador constituinte elegeu apenas os seus valores sociais como tal – e parte de um conceito pré-concebido da livre iniciativa, quando é sabido e consabido que a Constituição, enquanto um sistema, deve encontrar o significado de suas normas dentro de sua unidade e não fora dela. Com efeito, a Constituição deve ser interpretada sistematicamente, a partir do *“princípio da unidade da Constituição”*, cuja função, como leciona LUÍS ROBERTO BARROSO, é a de *“reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas”*²⁵. Depreende-se, portanto, que

²⁴ REALE, MIGUEL, *“Aplicações da Constituição de 1988”*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 13.

²⁵ *Op. Cit.*, p. 185.

o sentido e o alcance da norma constitucional só podem ser determinados a partir do confronto com as demais normas que integram a Constituição, como uma decorrência lógica do caráter sistemático do texto constitucional. Ademais, se em sede de teoria já não é possível ao intérprete se esquivar da concepção do texto constitucional como um sistema e de tudo o que lhe é decorrente, seria muito mais difícil escapar a esta observância no caso da Constituição Brasileira de 1988, fruto de um amplo debate e um grau de participação popular jamais registrado em nossa história constitucional²⁶. É que, como, mais uma vez, salienta o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, “a Carta Constitucional do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes”²⁷. Nesse sentido, nada mais absurdo do que determinar o significado e o alcance da “livre iniciativa” na nova ordem constitucional a partir do conceito estampado pelo liberalismo econômico pós-Revolução Francesa, destacando-a do texto constitucional, o que, como decorrência lógica, deveria obrigar a Constituição a se adequar à livre iniciativa, tal como pré-concebida, e não o inverso. Difícil imaginar maior absurdo.

Cabe então retornar à indagação com a qual iniciamos este item, pretendendo, dentre as duas interpretações possíveis, destacar a que se deve aplicar ao disposto no inciso IV do art. 1.º da Constituição Federal, a saber a que considera como fundamento do Estado Brasileiro os valores sociais da livre iniciativa (e, por conseguinte, os valores sociais do trabalho) ou a que considera como tal o valor social da livre iniciativa e o valor social do trabalho.

Em festejada obra dedicada à análise crítica da ordem econômica na Constituição Federal de 1988, o Professor EROS ROBERTO GRAU,

²⁶ Nesse sentido, vale registrar que o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte consagrava inúmeros mecanismos de participação popular, a saber: sugestões iniciais de qualquer associação, Câmaras de Vereadores, Assembléias Legislativas e Tribunais; realização de audiências públicas obrigatórias em que não apenas especialistas e autoridades poderiam ser convidados, como, sobretudo, entidades associativas tinham o direito de apresentar-se e opinar; e, ainda, a possibilidade de apresentação de emendas populares. As emendas deveriam ser subscritas por trinta mil eleitores e organizadas sob a responsabilidade de, pelo menos, três entidades associativas. No total, foram recebidas 122 emendas populares, somando 12.277.423 assinaturas, o que, considerando-se que cada eleitor podia subscrever no máximo três propostas, representa uma mobilização e a participação superior a quatro milhões de cidadãos.

²⁷ *Op. Cit.*, p. 182.

em profunda divergência à manifestação da doutrina jurídica acerca do referido dispositivo constitucional – já exaustivamente apontada no presente ensaio – assim se manifestou:

“(..) as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1.º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado ‘os valores sociais do trabalho’, de outro ‘a livre iniciativa’, simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.”²⁸

Como resta claro, o emérito Professor Titular da USP rejeita expressamente a infundada e injustificável separação entre “valores sociais do trabalho” de um lado e “livre iniciativa” do outro, tão repetida pela doutrina. Segundo o autor, a Constituição adota como fundamento da República Federativa do Brasil o “valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa”. Desse modo, o princípio fundamental não é a livre iniciativa, mas o valor social da livre iniciativa, ou, em seus próprias palavras, a livre iniciativa “no quanto expressa de socialmente valioso”. Não afirma, portanto, que a livre iniciativa é um valor social, mas que possui um valor social. Esta interpretação tem o mérito de excluir qualquer resíduo individualista de que se possa revestir o conceito de livre iniciativa, de modo que, a partir deste entendimento esposado pelo autor, a livre iniciativa preconizada pela Constituição como um princípio fundamental deve ser interpretada exclusivamente a partir do seu valor social, ficando relegado ao “museu das antiguidades” todo o caráter individualista que tanto fez as glórias do classicismo econômico liberal. Mais do que simplesmente excluir as interpretações individualistas, a livre iniciativa, concebida a partir de seu valor social, exclui de seu significado tudo aquilo que não for social. Trata-se de um novo conceito criado pelo legislador constituinte e ainda a ser lapidado pela doutrina.

A despeito de todos os louvores devidos ao Professor EROS GRAU,

²⁸ GRAU, EROS ROBERTO, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pp.220-1.

por ter sido uma das vozes pioneiras a se insurgir contra o absurdo que a doutrina vinha impunemente construindo, seja de forma comissiva ou omissiva, deve-se observar que o autor não abordou, sequer em tese, a possibilidade da outra alternativa de interpretação a ser atribuída ao inciso IV do art. 1.º da Constituição, a saber a que elenca como fundamento do Estado os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa.

A concepção dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado possui todos os méritos da concepção defendida por EROS GRAU, ou seja, exclui também de seu campo de aplicação tudo o quanto não diga respeito ao caráter social da livre iniciativa. Impede, assim, o retrocesso aos valores oitocentistas, há muito abandonados pelo Direito moderno, tal como o faz a concepção esposada pelo Professor da USP.

No entanto, a ter que haver apenas uma interpretação – porquanto distintas – ao referido dispositivo constitucional, aquela que advoga em favor dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro parece levar alguma vantagem.

Preliminarmente, deve-se recordar que todos os doutrinadores citados no presente ensaio atribuíram o *status* de fundamento do Estado à livre iniciativa e, por conseguinte, aos valores sociais do trabalho, o que implica observar que a idéia de os valores sociais decorrentes do trabalho representarem um fundamento do Estado, um princípio fundamental da Constituição, não causou espécie, em momento algum, à doutrina especializada. Com efeito, o equívoco em que incorreram os autores foi o de atribuir à livre iniciativa, simplesmente, o caráter de fundamento do Estado, o que em absolutamente nada compromete a assertiva afirmada pelos referidos autores de que os valores sociais do trabalho constituem um princípio fundamental da Constituição Brasileira de 1988. Desse modo, o equívoco deveria ser remediado a partir da atribuição do *status* de princípio fundamental aos valores sociais da livre iniciativa – tal como procederam em relação aos valores sociais do trabalho – a não ser que tal interpretação esbarrasse em algum impedimento gramatical, o que inócorre no caso em tela. Deve-se recordar que o Professor EROS GRAU não levantou nenhum impedimento a esta interpretação; simplesmente não a abordou. Esta omissão poderia causar a impressão, em um primeiro momento, de que, rejeitada a absurda interpretação que separa o disposto no inciso IV do art. 1.º da Constituição entre “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa”, a única interpretação possível seria a que considera

como fundamento do Estado o “valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa”. Tal entendimento, no entanto, deixaria de lado uma outra interpretação que – embora isto não seja determinante – está muito mais próxima dos trabalhos feitos pela doutrina até o momento, eis que esta não hesita em afirmar os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado, e não o valor social do trabalho. Nesse sentido, defende o emérito Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*“a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa propriedade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV)”*²⁹

Em que pese o deslize na afirmação de que a iniciativa privada constitui um dos fundamentos do Estado, quando em verdade trata-se dos valores sociais da livre iniciativa, o autor é bastante incisivo ao afirmar os valores sociais do trabalho também como um dos fundamentos do Estado brasileiro, restando apenas determiná-los, o que, todavia, não era seu objeto de estudo. Tal como JOSÉ AFONSO DA SILVA, pronuncia-se assim o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, em trabalho intitulado “*A crise econômica e o Direito Constitucional*”:

“O princípio da livre iniciativa, símbolo do Estado liberal e dogma do modo de produção capitalista, revela a opção do constituinte pelo modelo privatista, em contraposição ao sistema do coletivismo econômico, marcado por rígido planejamento estatal e pela apropriação social dos meios de produção. Além de assinalá-lo como princípio fundamental, pareceu bem ao constituinte reiterá-lo como um princípio setorial, aplicável à atividade econômica, como se vê do caput do art. 170 (...) Observe-se que o caput do artigo faz referência à valorização do trabalho humano, tal como o inciso IV do art. 1.º menciona como princípio

²⁹ SILVA, JOSÉ AFONSO DA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, São Paulo, 13.ª ed., 1997, p. 720.

fundamental, "os valores sociais do trabalho". Não há por certo, inferioridade hierárquica entre tais preceptivos e aqueles que consagram a livre iniciativa. Por força do princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais não guardam entre si relação de hierarquia."³⁰ (grifamos)

Mas não é este, definitivamente, o fator preponderante que nos inclina à concepção dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro. É que, considerando-se que ambas as interpretações excluem qualquer aspecto individualista, ou por outra, excluem qualquer interpretação que não seja a que contempla o aspecto social da livre iniciativa, a determinação dos "valores sociais da livre iniciativa" parece ir um pouco além, porquanto confere uma dimensão efetivamente concreta ao conteúdo da norma.

Aceitar os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado implica necessariamente determinar quais são estes valores, ou seja, significa extrair da livre iniciativa os seus valores sociais – o que por si já exclui da esfera de aplicação do dispositivo constitucional tudo quanto não seja socialmente valioso – conferindo-lhes o *status* de valores supremos da ordem constitucional que, por sua vez, formam o núcleo material da Constituição. A este entendimento não se deve contrapor o argumento de que haveria uma redução do campo de aplicação da norma, alegando-se, para tanto, que a determinação dos valores seria taxativa, o que, se aceito, tornaria dita interpretação até contraproducente. Ao contrário, a determinação dos valores sociais da livre iniciativa não deve ser exaustiva, mas sempre exemplificativa, o que decorre do próprio caráter de abertura dos princípios constitucionais fundamentais. Qualquer tentativa de se enumerar taxativa e exaustivamente os valores sociais da livre iniciativa estaria inevitavelmente fadada ao fracasso. A concepção dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro contempla a abertura característica dos princípios fundamentais da Constituição aliada a uma dimensão mais concreta da norma, o que confere uma maior efetividade ao dispositivo constitucional em comento. Nesse sentido, cumpre observar que esta interpretação encontra-se em perfeita harmonia com o princípio da máxima efetividade da norma

³⁰ BARROSO, LUÍS ROBERTO. "A crise econômica e o Direito Constitucional", in Revista Forense, vol. 323, ano 89, p. 85-6.

constitucional, assim defendido pelo Professor J. J. GOMES CANOTILHO:

*"Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se à interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)."*³¹

Assim, em que pese toda a fundamentação desenvolvida pelo Professor EROS GRAU em favor da concepção do valor social da livre iniciativa como princípio fundamental da Constituição de 1988, parece inegável que a interpretação que atribui este *status* aos valores sociais da livre iniciativa confere maior eficácia ao disposto no inciso IV do artigo 1.º do texto constitucional. No entanto, cumpre ressaltar que todo o estudo desenvolvido pelo Professor EROS GRAU servirá como base para o desenvolvimento deste pequeno ensaio, eis que ambas as interpretações, embora distintas, não são colidentes.

3 – Os Valores Sociais da Livre Iniciativa na Constituição Federal de 1988

A livre iniciativa, não há como se esquivar, encontra-se impregnada de valores individuais, oriundos do liberalismo econômico clássico, e seria *natimorta* a tarefa de se buscar valores essencialmente sociais no conceito de livre iniciativa econômica. Princípio por excelência do liberalismo, a livre iniciativa com este muitas vezes se confunde, dificultando ainda mais o arrolamento de valores de índole social em uma idéia que foi concebida para justificar e legitimar o liberalismo e que carrega o individualismo em sua gênese. Corroborando tal assertiva, afirma MIGUEL REALE que a livre iniciativa "*não é senão a projeção da liberdade*

³¹ CANOTILHO, J.J. GOMES, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Almedina, Coimbra, 1998, p. 1097.

*individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas*³².

Conforme a doutrina tem salientado, as idéias em que se traduz a livre iniciativa compreendem basicamente a livre eleição da atividade e dos meios de que se deve lançar mão na consecução da ação econômica; a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato; a possibilidade de agir sem influência externa; o reconhecimento do valor do livre empreendedor, daquele que se arriscou lançando-se no duro jogo do mercado. Embora, ao cabo, a livre iniciativa, em uma determinada ordem constitucional, seja somente aquilo que a Constituição diz que ela é, em obediência ao já mencionado princípio da unidade constitucional, isto inobstante, podemos aceitar que estas manifestações doutrinárias representam, em suma, a “essência” da livre iniciativa. Com efeito, o fulcro desta idéia, cujas origens nos remontam à luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo, tem sido reiterada ao longo dos tempos, não tendo surgido, quanto a história tenha registrado, qualquer manifestação pelo retorno à situação de privilégios classistas que vigoravam até o período pré-revolucionário. O que resta, no entanto, verificar é até que ponto ou em que medida o posicionamento ou a relação do Estado face ao indivíduo há de integrar o conceito de livre iniciativa, eis que passados mais de dois séculos, uma revolução russa e duas guerras mundiais, a concepção sobre o papel do Estado, ninguém nega, sofreu profundas modificações.

A livre iniciativa – e pelo que foi exposto até aqui, a maior parte da doutrina pátria não figura como exceção – tem sido sempre tratada, *grosso modo*, por uma idéia de não-interferência quase absoluta do Estado no campo econômico, às vezes mais do que pela liberdade em si. Cumpre, todavia, observar que a posição do Estado em relação ao indivíduo tem se revelado cambiante, sendo difícil apontar, mesmo na origem do liberalismo, uma total ausência do Estado na atividade econômica. Senão vejamos. Como registra ISABEL VAZ, atenta às primeiras manifestações, em sede legislativa, do liberalismo econômico na França, a saber:

“O Decreto de Allarde (2-17 de março de 1791), depois a Lei Lê Chapelier

³² Artigo publicado no jornal Folha de S. Paulo, em 19.10.1988, p. 3, sob o título “Inconstitucionalidade dos congelamentos”, citado por MIGUEL REALE JÚNIOR em sua obra “Casos de Direito Constitucional”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 13.

(14-15 de junho de 1791) substituíram pelo princípio da livre empresa e da livre concorrência os dogmas corporatistas dirigistas e fisiocráticos que dominavam anteriormente a organização da economia nacional.

O Decreto de Allarde, de 2 e 17 de março de 1791, consagrara o princípio da liberdade de comércio e da livre concorrência.

A partir deste momento, qualquer um poderia escolher sua profissão à vontade, sem chocar-se com o monopólio de corpos privilegiados e decidir sobre seus processos de fabricação e seus preços de venda, sem estar jungindo a uma regulamentação corporativa ou estatal.”³³

No entanto, cumpre assinalar que o mencionado decreto determinava, como nos conta EROS ROBERTO GRAU, que

“a partir de 1.º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma patente (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”.

E conclui:

“no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a elas impostas.”³⁴

A inclusão da omissão estatal ou da não-interferência do Estado como um dos componentes que integram o conceito da livre iniciativa decorre da idéia de liberdade como ausência de coação. Nesse sentido, vale trazer à colação os comentários do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA a este respeito:

“Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação

³³ VAZ, ISABEL, “Direito Econômico da Concorrência”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 58.

³⁴ *Op. Cit.*, p. 223-4.

da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima. (...) Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Neste sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social — condição mesma da liberdade — como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe.³⁵

Com efeito, até mesmo para assegurar o exercício da liberdade, a coação faz-se necessária, na condição, todavia, de que esta coação provenha de autoridade legítima. Esta observação, conquanto simples, se não explica, ao menos elucida a construção desta idéia de liberdade econômica, limitada à não-interferência do Estado no domínio econômico, eis que, ao tempo em que foi formulada, o critério de aferição de legitimidade a uma determinada ordem era bastante restrito, bastando lembrar, para limitarmos-nos ao aspecto eleitoral, que o sufrágio universal é conquista relativamente recente. Assim como a burguesia na esfera legislativa fez confundir sua vontade com a vontade da nação, pela mesma lógica o fez com relação à idéia de liberdade, como se a liberdade definida pela autoridade representativa da classe burguesa, em nome de seus interesses, atendesse aos interesses de todas as outras.

A idéia de liberdade deve, em verdade, caminhar junto com a idéia de legitimidade, de modo que qualquer idéia pré-concebida acerca do significado e dimensão da liberdade estará vinculada a uma idéia de legitimidade, assim como a liberdade oitocentista está inevitavelmente relacionada ao sufrágio restrito e aos demais meios político-jurídico que permitiram que a ordem política, econômica e social representasse exclusivamente os interesses de uma classe.

³⁵ SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Op. Cit.*, p. 226.

A idéia de que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral aplica-se, então, inclusive, à liberdade burguesa defendida após o período revolucionário, devendo-se, apenas, tomar em consideração as deficiências político-representativas daquele período, que comprometiam a legitimidade do regime e de tudo o mais que este produzisse. Não faria sentido admitir as conquistas das classes até então afastadas da participação política, e as mudanças por tanto produzidas, e, isto inobstante, sustentar pela manutenção de uma idéia de liberdade baseada em premissas ultrapassadas. Faz-se necessário alforriar o conceito de liberdade destas amarras de mais de dois séculos — o que, vale recordar, encontra forte resistência no pensamento jurídico nacional — a fim de se verificar o significado da livre iniciativa e de seus valores sociais na nova ordem constitucional brasileira.

O arrolamento dos valores sociais da livre iniciativa deve tomar em conta, preliminarmente, que este princípio de origem liberal jamais assumiu, quanto a história constitucional brasileira tenha registrado, um caráter absoluto. Seu ingresso formal na ordem constitucional brasileira, que se deu com a promulgação da Constituição de 1934, foi marcado por uma manifestação expressa de que a liberdade econômica somente seria garantida dentro de limites previamente estabelecidos, que visavam a permitir a todos, e não ao indivíduo tomado isoladamente, existência digna, *in verbis*:

"Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País."

Esta simples limitação à livre iniciativa já muito nos revela a seu respeito, a saber que o seu exercício desenfreado pode ser danoso à sociedade, ensejando, portanto, sua limitação, e que a livre iniciativa não necessariamente se opõe à preocupação social de se garantir vida digna a todos. Não há, portanto, uma necessária contradição na permanência da livre iniciativa nos textos constitucionais que se seguiram e a crescente preocupação com os aspectos sociais, decorrente do processo de democratização e de maior participação popular no País, contanto que se

compreenda que o exercício legítimo desta liberdade, por estar necessariamente vinculado às conquistas sociais consagradas nos textos constitucionais, tem que ser sempre relativizado.

Nesse mesmo sentido, analisando a relação entre a livre iniciativa e os objetivos da ordem econômica estabelecidos pela Constituição de 1988, observa MAURÍCIO DE MOURA COSTA:

*"se não existe contradição necessária entre o fundamento e o objetivo da ordem econômica, isto não significa que o exercício da livre iniciativa seja capaz, por si só, de assegurar os objetivos da ordem econômica. Se assim fosse, se o bem coletivo fosse uma consequência necessária da livre iniciativa, declarar que a ordem econômica fundada na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos uma existência digna seria uma redundância, uma afirmação inútil. E inútil o artigo 170 da Constituição não é. Ao contrário, tal artigo faz a síntese de dois valores. A liberdade de iniciativa é consagrada como um fundamento da ordem econômica unicamente na medida em que ela é orientada para a realização dos valores-fim desta ordem."*³⁶

Além desta limitação decorrente das conquistas sociais, que reclamam a intervenção do Estado a fim de assegurar o legítimo exercício da livre iniciativa, deve-se recordar que as mudanças sofridas pelo próprio Estado, hoje fazem com que o Estado seja chamado a atuar de forma positiva a fim de assegurar, não a alguns, mas a todos, o exercício dos direitos constitucionalmente consagrados, resultado da tensão entre liberdade e igualdade imposta pelo Estado Social em substituição ao Estado Liberal³⁷.

Estas considerações nos permitem definir com maior clareza quais são, enfim, os valores sociais da livre iniciativa, afastando de vez qualquer possibilidade de se apontar nesta expressão uma contradição em termos. É que a livre iniciativa a cujos valores sociais o constituinte atribuiu *status* de fundamento do Estado brasileiro é a livre iniciativa definida pela própria

³⁶ COSTA, MAURÍCIO DE MOURA, "O Princípio Constitucional de Livre Concorrência", in. Revista do IBRAP, vol. 5, n.º 1, p. 11.

³⁷ Nesse sentido, vale mencionar a abordagem do Professor PAULO BONAVIDES a respeito da natureza da Constituição no Estado social da democracia: "Façamos a seguir ligeiro confronto entre o Estado de Direito da burguesia liberal do passado e o novo Estado de Direito que tem por base primeira a igualdade. Naquele os valores fundamentais – vida, liberdade e propriedade –

Constituição de 1988, e não qualquer outra idéia pré-concebida de livre iniciativa. Assim, temos que, se a Constituição apontou somente os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado, e a liberdade, que dela decorre, é um valor individual por natureza, não se pode, então, falar em liberdade como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que, todavia, não exclui a liberdade do conceito de livre iniciativa, enquanto um princípio da ordem econômica (art. 170). No entanto, a livre iniciativa, que serve de fundamento à ordem econômica, está subordinada aos princípios fundamentais estabelecidos no Título I da Constituição, e, portanto, deve ser interpretada com ênfase nos seus valores sociais, o que se não exclui a liberdade, valor individual por excelência, de seu conceito, restringe, isto é certo, o seu significado e seu alcance na nova ordem constitucional. Nestes termos, a consagração da livre iniciativa na Constituição de 1988 não só não permite o retorno ao individualismo do século XVIII, como parece fechar de vez a porta a esta tentativa, eis que a exaltação às virtudes individuais da livre iniciativa parecia ser o grande (porém ilusório) trunfo que os liberais conservadores imaginavam encontrar na nova Constituição. E, ainda que a Constituição não elen-casse os valores sociais da livre iniciativa como um de seus fundamentos, o intérprete, ainda assim, não se escusaria de determinar o significado da livre iniciativa de acordo com a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) – verdadeiro núcleo central em torno do qual gravita a nova ordem constitucional –, e com a cidadania (art. 1.º, II), sempre visando à construção de uma sociedade solidária (art. 3.º, I), à redução das desigualdades sociais (art. 3.º, III) e à promoção do bem de todos (art.

gravitavam, segundo Shambeck e Huber, no centro da ordem jurídica, ao passo que com o advento do Estado social os novos valores fundamentais produzidos pela sociedade industrial abrangem o pleno emprego, a segurança existencial e a conservação da força de trabalho.

Ontem – prosseguem aqueles publicistas – o Estado ameaçava os valores dominantes (vida, liberdade e propriedade). Hoje esses valores dominantes são outros; a ameaça que sobre eles pesa já não procede do Estado, mas da Sociedade e de suas estruturas injustas. O Estado aparece doravante como o aliado, o protetor dos novos valores, ao passo que a Sociedade figura como o reino da injustiça, o estúdio das desigualdades. De tudo isso se pode inferir, conforme disse Huber, que o Estado de Direito foi um produto da Revolução burguesa enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial.

Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade." (Op. Cit., p. 344)

3.º, IV), de modo que as virtudes individualistas da livre iniciativa, e do liberalismo em geral, não encontrariam, ainda assim, abrigo no texto constitucional, não por uma disposição expressa em sentido contrário (valores sociais da livre iniciativa), mas por uma decorrência implícita da incompatibilidade com as demais normas constitucionais, que apontam para um indiscutível compromisso com a causa social. E não há que se ir longe para se verificar isto, pois, como observa PAULO BONAVIDES:

*"A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento."*³⁸

É nesse sentido a abordagem a respeito da livre iniciativa vinculada à justiça social, feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao afirmar:

*"Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações posta pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário."*³⁹

É desta livre iniciativa, portanto, que devemos extrair os valores sociais, aos quais o constituinte atribuiu *status* de fundamento da República Federativa do Brasil.

Neste sentido, caminhando pelo conteúdo do princípio, deparamo-nos, sem maior esforço, com a igualdade.

Preliminarmente, vale recordar, com TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., que *"a igualdade, como valor, torna vários sentidos"*⁴⁰. Com efeito, sua acepção liberal, que, ao lado da liberdade e da fraternidade, compunha

³⁸ *Op. Cit.*, p.336.

³⁹ *Op. Cit.*, p.

⁴⁰ FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO, *"Direito e Cidadania na Constituição Federal"*, texto extraído na internet em 14.11.2000, no site <http://www.pge.sp.gov.br/revista3/rev1.htm>

o tripé da Revolução Francesa, representa tão somente a igualdade perante a lei ou a igualdade formal, a qual atendia prontamente as exigências da burguesia francesa que, por sua vez, pretendia apenas eliminar os privilégios do clero e da nobreza, não comportando nenhuma outra ambição⁴¹. Esta concepção, todavia, não tardou a revelar suas deficiências, ou por outra, tendo cumprido exatamente o seu papel definido pelos interesses da burguesia, não tardou a gerar insatisfações; foi, assim, "completo e imperfeito". Concebido, no fundo, para atender aos anseios e necessidades da burguesia, o princípio da igualdade, consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inspirou as classes marginalizadas – que, vale recordar, também tomaram parte no processo revolucionário, mas que, ao final, ficaram somente com o ônus, sendo-lhes vedado o bônus – a encontrar abrigo neste princípio que se pretendia universal. Pretendia-se, então, alargar o conceito da igualdade, comportando não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade material, que pode ser traduzida em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade. Esta mudança na concepção de igualdade exigiu uma mudança na concepção do Estado e, em verdade, só foi possível a partir desta mudança na figura do Estado, agora remodelado não apenas pela burguesia, mas também pelas classes outrora afastadas do pólo de decisão política, cada qual trazendo seus interesses e aspirações. Como relata CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO:

"na medida em que o operariado industrial ganhava consciência de classe e se articulava politicamente, tirando a máscara da igualdade jurídica e da neutralidade das instituições governativas em que se assentava o estatismo positivista, eclode a desestabilização interna do modelo liberal. A conquista

⁴¹ Nesse sentido, como observa o Professor CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO: *"a Revolução Francesa, não no seu limiar, mas na sua consagração final, foi muito mais um movimento de reformulação política do que um movimento de reformulação social. É que a elite burguesa que então assumiu o poder em França, longe de pretender estabelecer um regime de igualdade material extensivo à classe camponesa e às camadas inferiores do terceiro estado (lê tiers-étas), seus aliados do início da revolução, pretendeu, de fato, não-só destruir as estruturas políticas de dominação e privilégio absolutistas que tanto prejudicavam o exercício da liberdade necessária à exploração da atividade econômica, já manipulada pela burguesia ascendente."* (CASTRO, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA, *"O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional"*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 38)

do sufrágio universal, que estendeu a participação política à periferia da sociedade, aliada à ideologização do discurso político, às guerras e às crises econômicas, acabam por estremecer de vez as colunas do Estado burguês de Direito, moldando com seus escombros o contemporâneo Estado social e intervencionista."⁴²

A igualdade, então robustecida pela fusão dos aspectos formal e material, não apenas impede seja conferido tratamento desigual àqueles que se encontram na mesma situação, com iguais possibilidades, portanto, mas também impede que se trate igualmente os desiguais, ignorando as desigualdades de fato e as injustiças daí decorrentes. Desse modo, cientes de que uma declaração em uma folha de papel não é capaz de transformar uma macieira em uma figueira⁴³, do mesmo modo que uma simples afirmação de que todos são iguais não supre as desigualdades de fato, as Constituições que passaram a abrigar a igualdade em seu duplo sentido – o que ocorreu a partir da primeira metade do século XX – remodelaram o perfil do Estado, do qual passou a se exigir uma postura ora omissa, ora ativa e interveniente, em obediência, respectivamente, aos aspectos formal e material da igualdade.

A Constituição Federal de 1988, resultado do processo democrático de maior expressão da história brasileira, abrigou em seu texto a igualdade em todas as suas potencialidades, confirmando, assim, a conjugação necessária existente entre os princípios da igualdade e da democracia. Nesse sentido, a Constituição estabelece, como um de seus objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art.3.º, III). Não apenas reconhece, portanto, a situação de desigualdade que marca a sociedade brasileira,

⁴² CASTRO, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA, "O Congresso e as Delegações Legislativas", Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 13.

⁴³ Referência à clássica passagem da obra "A Essência da Constituição", de Ferdinand Lassale, onde o autor, abordando as distinções entre a Constituição escrita e a Constituição real e efetiva, afirma: "Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: 'Esta árvore é uma figueira.' Bastard esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desses frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçã e não figos." (LASSALE, FERDINAND, "A Essência da Constituição", Liber Juris, Rio de Janeiro, 1985, p. 46.)

como impõe a sua redução como uma das finalidades do Estado brasileiro. Segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

*"Numa aproximação negativa, o valor igualdade significa pois exigência de não-discriminação política, jurídica, religiosa, sexual, racial; trata-se, nesse sentido, de um valor individual que pressupõe que, de fato, os homens são diferentes. Mas numa aproximação positiva, o valor aponta para a igualdade dos pontos de partida, enquanto equalização de possibilidade, de oportunidade e de participação econômica e social; nesse sentido, significa um valor social, que pressupõe que, de fato, os homens podem e devem ser menos diferentes."*⁴⁴

No que tange à livre iniciativa, a igualdade que nasceu junto com o princípio, referia-se à igualdade de todos frente ao Estado, a partir da idéia de que a não-interferência do Estado na atividade econômica, a fim de garantir o desenvolvimento econômico individual, deveria valer a todos os indivíduos, de modo que o Estado não poderia atuar positivamente em favor de nenhum dos particulares. A igualdade decorreria justamente desta omissão do Estado, que, segundo a ideologia liberal, beneficiaria a todos se não beneficiasse a ninguém.

A Constituição de 1988 reconhece este valor da livre iniciativa, e seria um inequívoco retrocesso às práticas discriminatórias reinantes durante o Antigo Regime se não o fizesse. Impede, assim, que o Estado favoreça um particular em detrimento de outro, quando ambos encontram-se na mesma situação. Esta, no entanto, é a igualdade formal, igualdade do indivíduo frente ao Estado.

A igualdade como um valor social, presente na livre iniciativa e adotada pelo constituinte como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, refere-se à igualdade dos pontos de partida, de que nos fala TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., ou por outra, ao reconhecimento de que a livre iniciativa, na nova ordem constitucional, como observa MIGUEL REALE JÚNIOR, é um direito⁴⁵, e, assim, compete ao Estado, em obediência ao seu compromisso social, assegurá-lo a todos. A livre iniciativa reclama, assim, uma atuação positiva do Estado, a fim de

⁴⁴ Op. Cit.

⁴⁵ Op. Cit., p. 12.

corrigir e superar as desigualdades que não permitem o exercício deste direito, o exercício da livre iniciativa por todos os cidadãos brasileiros⁴⁶.

A Constituição, então, não só determina a observância da igualdade material ou substancial decorrente da livre iniciativa, como também a concebe como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A elevação deste valor social da livre iniciativa ao *status* de fundamento do Estado não parece ser mero capricho do legislador constituinte. A igualdade em seu aspecto material, decorrente da livre iniciativa, legitima a atuação estatal em favor daqueles que não dispõem de meios necessários ao exercício desta liberdade. No entanto, é a sua consagração como fundamento do Estado que não permite seja levantada qualquer objeção a esta atuação estatal em benefício de um particular, ainda que em prejuízo do exercício da livre iniciativa por outrem, desde que atenda aos ditames da justiça social. É que neste caso, teríamos uma aparente colisão de princípios, cuja solução reside justamente no fato de a igualdade ser um dos fundamentos do Estado brasileiro. O Estado deve, então, não apenas garantir o exercício da livre iniciativa, mas permitir o acesso a todos, e,

⁴⁶ Impende assinalar, no entanto, que a adoção da igualdade em seu aspecto material e sua consagração como um dos fundamentos do Estado brasileiro, se, por um lado, diminui a importância do seu aspecto formal, por outro, certamente, não o afasta. E nem deveria, sobretudo quando a história constitucional brasileira sugere que a possibilidade desenfreada do Estado intervir na ordem econômica em benefício de particulares pode representar uma porteira aberta ao mau uso da coisa pública, na eterna confusão que a nossa elite política faz entre o público e o privado, e que tanto marca a nossa história. Como efeito, conforme nos lembra ORLANDO GOMES: "As nossas Cartas Políticas têm sido expressas, como no caso da Constituição de 1969, ao dispor em seu art. 170: 'As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.'

Acontece que o estímulo e apoio a que se referiu dito texto constitucional representaram, na realidade, privilégios concedidos sob a forma de financiamentos, isenções fiscais e outros, a grupos privados, nacionais ou estrangeiros, propiciando escândalos financeiros sucessivos, falcatruas, falências fraudulentas, com incalculáveis prejuízos para a economia popular, aparecendo envolvidos em tais práticas os altos escalões da administração pública, ficando assim demonstrado que o Estado capitalista não passa de um "comitê, que trata dos interesses da burguesia", facilitando, encobrendo ou esforçando-se por tornar impunes os crimes de natureza econômico-financeira, praticados pelos criminosos de colarinho branco, parceiros dos administradores de alto coturno." (GOMES, ORLANDO, "Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil", Ed. Forense, 7.ª ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 618.) Do mesmo modo, vale anotar que o Professor FÁBIO KONDER COMPARATO, ao tratar do "meio empresarial brasileiro", qualifica-o como "tradicionalmente inclinado à obtenção de privilégios, estímulos e subvenções". (COMPARATO, FÁBIO KONDER, "Regime constitucional do controle de preços no mercado", in. Direito Público - Estudos e Pareceres, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 102.)

quando o faz em prejuízo do exercício deste direito por outrem, não está restringindo o seu uso, mas sim reprimindo o seu abuso. Nesse sentido, anota JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*"o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas."*⁴⁷

A livre iniciativa, conforme definida pela Constituição de 1988, aponta também para um outro valor social, qual seja a concorrência.

A livre concorrência é, em que pese as posições em sentido contrário⁴⁸, uma decorrência da livre iniciativa, não raro serem apontadas como sinônimas⁴⁹. Nesse sentido, aponta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que "o princípio da livre iniciativa reclama a livre concorrência"⁵⁰. O Professor ALEXANDRE DE MORAES coloca que a livre concorrência "constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visara dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, §4.º)"⁵¹. Do mesmo modo, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que "a livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, (...)"⁵². A livre concorrência, portanto, está umbilicalmente ligada à livre iniciativa, chegando a ser, no entendimento do Professor EROS ROBERTO GRAU, desnecessária sua consagração como princípio constitucional, porquanto se trata de mera decorrência daquela⁵³.

Desse modo, tal como a livre iniciativa, a livre concorrência não foi concebida pela Constituição em função da crença quase mitológica nas

⁴⁷ Op. Cit., p. 726.

⁴⁸ COSTA, MAURÍCIO DE MOURA, Op. Cit., p. 12.

⁴⁹ GOMES, ORLANDO, "Comentários à Constituição...", p. 618.

⁵⁰ FILHO, MANOEL GONÇALVES FERREIRA, "Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, São Paulo, 1997, p. 352.

⁵¹ MORAES, ALEXANDRE DE, "Direito Constitucional", Atlas, São Paulo, p. 626.

⁵² SILVA, JOSÉ AFONSO DA, Op. Cit., p. 726.

⁵³ GRAU, EROS ROBERTO, Op. Cit., p. 230.

virtudes da mão invisível (“invisible hand”) do mercado e na “ordem” que dela decorreria. Ao contrário, a Constituição somente reconhece que daí decorre a possibilidade de uma situação mais próxima, não da “ordem”, mas do “caos”, a partir da concentração do poder econômico, determinando que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A Constituição não reconhece, então, a ordem resultante da livre atuação dos agentes econômicos; reconhece, sim, a existência do poder econômico e visa impedir que a sua atuação, dentre outras conseqüências danosas à sociedade, elimine a concorrência. Portanto, a livre concorrência que decorre da livre iniciativa não traz consigo a barbárie do capitalismo selvagem, nem a crença nos predicados do liberalismo econômico clássico, guiado pela mão invisível do mercado. A repressão ao abuso do poder econômico, como observa GUILHERME A. CANEDO DE MAGALHÃES, em obra dedicada a este tema, “*essa repressão constitui uma das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, em defesa do economicamente mais fraco.*” É que a Constituição, em manifesta negação aos postulados do liberalismo clássico, admite que a livre concorrência pode acabar por eliminar justamente a livre concorrência. E prossegue o autor:

“O abuso do poder econômico é repellido na forma e nos limites traçados na Constituição, e definido, de forma mais explícita, na legislação específica. O legítimo uso do poder econômico não sofre qualquer restrição e tanto é essencial à iniciativa privada, que contribui, de maneira efetiva, para o desenvolvimento nacional.

O poder econômico consiste na detenção, em alta escala, dos meios de produção e ocorre estar concentrado em um grupo de pessoas ou em um grupo de empresas, ou estar nas mãos de uma só pessoa.

Não sofre o poder econômico nenhuma limitação e a sua amplitude é estimulada pelo Estado, como incentivada a sua expansão, pois isto implica no desenvolvimento econômico do país.

O poder econômico não é, no entanto, arbitrário, ele tem de ser exercido no interesse nacional, sem prejudicar interesses de outros, que não podem sofrer limitação à sua liberdade de iniciativa por obstáculos opostos.

Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder

econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto.

No exercício desse abuso, as distorções econômicas se acentuam, e, então, se faz imperioso o intervencionismo do Estado.

Dai a repulsa ao abuso do poder econômico, para ser mantido o necessário equilíbrio, sem prejuízo do interesse social e assegurado o direito de iniciativa.”⁵⁴

Assim, em que pese a livre concorrência, não é estranha a intervenção do Estado justamente a fim de assegurar a livre concorrência, ou seja, assegurar a concorrência e assegurar que esta seja livre. Isto, se não revela já o aspecto social da livre concorrência, possui, isto inobstante, a virtude de afastar a tônica exclusivamente liberal que era (e ainda é) atribuída ao princípio.

A livre concorrência pode, e de acordo com a Constituição de 1988, deve ser interpretada como um valor social que decorre da livre iniciativa. Como anota TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“a livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, iv) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder.”

⁵⁴ MAGALHÃES, GUILHERME A. CANEDO DE, “O Abuso do Poder Econômico: apuração e repressão”, Editora Artenova S.A., Rio de Janeiro, 1975, p. 16.

E conclui:

*"Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantias de uma sociedade mais equilibrada."*⁵⁵

A Constituição assegura, enfim, como um dos fundamentos do Estado a livre concorrência como um valor social, devendo ser interpretada, enquanto tal, a partir do que expressa de socialmente valioso, o que – parece-nos – é a antítese do que uma parcela significativa da doutrina tem manifestado, como se pode observar a partir da seguinte manifestação de MIGUEL REALE JÚNIOR em relação à livre concorrência:

"Pela primeira vez, em texto constitucional, estabelece-se a livre concorrência como princípio, aliás, acolhido sem maiores discussões na Assembléia Constituinte.

A livre concorrência significa que a atividade econômica, baseada na livre iniciativa, deve desenvolver-se segundo as leis o mercado, sem outros limites que não os estabelecidos na própria Constituição, como meio de impedir que a concorrência se transforme em abuso, em falta de correção, em deslealdade, em ganância.

Há um interesse geral, no entanto, em que se fixem limites, em proteção aos concorrentes e aos consumidores, havendo, de conseguinte, uma interação de interesses privados e interesses gerais.

Esta fixação de limites, todavia, não significa a imposição de igualdade. Pelo contrário, a desigualdade das empresas, dos agentes econômicos, é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência.

A rivalidade consiste na busca de ser melhor que o outro e, portanto, só há rivalidade onde ocorre a desigualdade, desigualdade que se consolida na vantagem sobre o concorrente.

A rivalidade é o cerne da livre concorrência. Como diz Roger Le Moal, a igualdade exclui a rivalidade e, portanto, a livre concorrência.

Há desigualdade porque os homens são desiguais, havendo diferenças

decorrentes da organização, do afincamento ao trabalho, do arrojo, do estudo, da capacidade dos dirigentes e dos empregados, do melhor marketing, da tecnologia desenvolvida, etc. Todos podem participar da concorrência, mas cada um o fará a seu modo.

A desigualdade é inafastável em um regime de livre iniciativa, e gera a rivalidade, a livre concorrência."

Tal interpretação, pelas razões já expostas, não há de prosperar, eis que não resiste, *data venia*, a uma exame mais rigoroso de suas premissas, que se encontram em visível confronto com o texto constitucional, ignorando, sobretudo, seus princípios fundamentais.

A livre concorrência é, assim, um valor social e, como tal, figura como um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme definido pela Constituição.

Neste mesmo sentido, vale também apontar a defesa dos interesses dos consumidores como um valor social da livre iniciativa. Com efeito, a livre iniciativa permite que qualquer um se lance no mercado como agente econômico e, através da livre concorrência, que é seu corolário, permite a disputa, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, da conquista da clientela. A busca pela clientela – respeitados os limites constitucionais, a fim de garantir que a liberdade de uns não elimine a liberdade de todos –, por seu turno, há de mover os agentes econômicos no sentido definido pelo próprio consumidor, garantindo, assim, a melhora na qualidade dos produtos e beneficiando, portanto, o consumidor.

Deve-se ressaltar, contudo, que a defesa dos interesses dos consumidores não decorre necessariamente da livre iniciativa, ou por outra, nem sempre foi respeitada. É que a livre iniciativa – e com ela a livre concorrência – sem o necessário controle do poder econômico pelo Estado, permite – e a História não nos deixa órfãos de exemplos – a formação de monopólios que controlavam o mercado e, por conseguinte, não dedicavam, como uma necessidade, maiores atenções aos interesses dos consumidores. Como nos relata ISABEL VAZ, a respeito das práticas comerciais nos EUA durante a segunda metade do século XIX,:

"Sobre a credulidade dos consumidores e dos proprietários de humildes poupanças, os empresários basearam seus cálculos para assegurar a prosperidade

⁵⁵ FERRAZ JR., TERCIO SAMPAIO, "A economia e o controle do Estado", citado pelo prof. EROS ROBERTO GRAU, Op.Cit., pp. 230-1)

*de seus negócios. Uma publicidade eficiente foi um dos mais preciosos instrumentos usados para enganar o público e assegurar aos comerciantes mais hábeis verdadeiros monopólios, que se deviam menos à superioridade reconhecida de seus produtos do que a uma simples questão de moda. Abrigados por cartazes atraentes e etiquetas enganosas, os comerciantes conseguiram despejar grande quantidade de produtos falsificados no mercado.”*⁵⁶

Não por outra razão que o Professor FÁBIO KONDER COMPARATO, em seu anteprojeto de Constituição, elaborado no período que antecedeu os trabalhos constituintes, em atenção à solicitação encaminhada pelo Partido dos Trabalhadores, deixou assente em um de seus dispositivos que:

“Art. 213 – A liberdade de iniciativa empresarial é garantida em função dos interesses dos consumidores.”

Em uma análise perfunctória, parecem ser estes os valores sociais da livre iniciativa, e que, portanto, configuram como fundamentos do Estado brasileiro, nos termos definidos pela Constituição Federal de 1988. Sobreleva desde já ressaltar que tal relação não tem a pretensão de ser exaustiva, limitando-se antes a se apresentar como um convite ao estudo do tema.

Conclusão

A Constituição Brasileira de 1988 é relativamente nova e parece não ter encontrado, nestes pouco mais de dez anos de vigência, tempo suficiente, tampouco terreno propício, à sua plena efetividade. A doutrina jurídica pátria ainda oferece forte resistência às inúmeras e fecundas novidades trazidas pelo texto constitucional, a fim de atingir os objetivos fundamentais, de indiscutível caráter social, que justificam a própria existência do Estado brasileiro.

No entanto, tem-se verificado nos últimos anos um crescente interesse pelo estudo da Constituição de 1988, sobretudo no que tange aos princípios fundamentais que, deixados à margem inicialmente, por conta de suas limitações quando classificados como normas meramente programáticas, tornaram-se agora a pedra angular do direito constitucional, a partir da nova compreensão que se tem desenvolvido acerca do papel dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico. A

⁵⁶ *Op.Ci.*, p. 88.

compreensão de que a norma é um gênero do qual regras e princípios são espécies parece sepultar de vez qualquer interpretação jurídica que negue força normativa aos princípios constitucionais.

Nesse contexto, cresce em relevância o estudo sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, eis que tem por função nada menos que orientar a interpretação e aplicação da Constituição e, por fim, de todo o ordenamento jurídico.

No presente trabalho abordamos os valores sociais da livre iniciativa, no intuito de dimensionar o conteúdo da norma, buscando, enfim, os valores sociais oferecidos pela livre iniciativa e que foram escolhidos pelo constituinte como fundamento do Estado brasileiro. Não pretendemos, contudo, exaurir o tema, tampouco apresentar uma relação exaustiva dos sobreditos valores sociais. Ao contrário, o presente ensaio foi concebido como um brado de desespero pelos rumos que a doutrina estava conferindo ao inciso IV, art. 1.º da Constituição, e, portanto, está mais inclinado a iniciar o debate do que a pôr termo ao mesmo. Pretendemos, no entanto, redirecionar o estudo, eis que, como vimos, falecem razões a significativa parte da doutrina pátria que tem orientado a interpretação do aludido dispositivo constitucional.

A elevação dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro parece dinamitar de vez certos dogmas erguidos no período liberal e que sobreviviam, sempre se arrastando, a partir da resistência de difícil superação oferecida pelo pensamento jurídico, radicado em premissas marcadamente anacrônicas.

Faz-se necessária, portanto, uma releitura urgente da Constituição brasileira de 1988, que, tal como a feliz definição que ITALO CALVINO⁵⁷ emprega às obras clássicas, “é um livro que nunca terminou de dizer aquilo que tinha pra dizer”, ou por outra, “são livros que, quanto mais pensamos conhecer por ouvir dizer, quando são lidos de fato mais se revelam novos, inesperados. Inéditos”.

Referências Bibliográficas:

BARROSO, Luis Roberto. *“Interpretação e Aplicação da Constituição”*, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

⁵⁷ CALVINO, ITALO. *Por Que Ler os Clássicos?*, trad. Nilson Moulin, Companhia das Letras, São Paulo, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. "A crise Econômica e o Direito Constitucional", in: Revista Forense, vol. 323, ano 89.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. "Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)", 1.º volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. "Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional", Malheiros Editores, 7.ª Ed., São Paulo, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Editora Forense, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1980.

CANOTILHO, J.J. Gomes, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Almedina, Coimbra, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, "O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional", Forense, Rio de Janeiro, 1983.

CASTRO, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA, "O Congresso e as Delegações Legislativas", Forense, Rio de Janeiro, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder, "Direito Público – Estudos e Pareceres", Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder, "MUDA BRASIL – Uma Constituição para o desenvolvimento democrático", Editora Brasiliense, São Paulo, 1986.

COSTA, Maurício de Moura, "O Princípio Constitucional de Livre Concorrência", in: Revista do IBRAP, vol. 5, n.º 1.

CRETELLA JÚNIOR, José, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Vol. 1, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992.

CUNHA, Fernando Whitaker da, SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco, MELLO, Celso Albuquerque, FALCÃO, Alcino Pinto, e SUSSEKIND, Arnaldo, "Comentários à Constituição", 1.º volume, Livraria Freitas Bastos S.A., 1990.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, "Direito e Cidadania na Constituição Federal", texto extraído na internet em 14.11.2000, no site <http://www.pge.sp.gov.br/revista3/rev1.htm>

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino, "Direito Econômico", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo, "Poder Econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

GOMES, Orlando, "Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil", Ed. Forense, 7.ª ed., Rio de Janeiro, 1993.

GOMES, Orlando, "Novos Temas de Direito Civil", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983,

GOMES, Orlando, "A Agonia do Direito Civil"

GOMES, Orlando e VARELA, Antunes, "Direito Econômico", Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

GRAU, Eros Roberto, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

HUGON, Paul. "História das Doutrinas Econômicas", Editora Atlas., 14.ª ed., São Paul, 1986.

LOBO, Eugênio Haddock, e LEITE, Julio César do Prado, "Comentários à Constituição Federal", 1.º volume, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1989.

MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de, "O Abuso do Poder Econômico: apuração e repressão", Editora Artenova S.A., Rio de Janeiro, 1975.

MORAES, Alexandre de, "Direito Constitucional", Atlas, São Paulo.

MORAES, Maria Celina Bodin de, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", in: Revista de Direito Civil, vol. 65.

REALE, Miguel, "Aplicações da Constituição de 1988", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 13.

REALE JÚNIOR, Miguel, "Casos de Direito Constitucional", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.

SILVA, César Augusto da, "O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização – Análise das Reformas Constitucionais e da Legislação Ordinária pertinente", Renovar, Biblioteca de Teses, Rio de Janeiro, 2000.

SILVA, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", Malheiros Editores, São Paulo, 13.ª ed., 1997.

SOARES, Odacir, "A Nova Constituição (1.º turno) – Comentários", Senado Federal, Brasília, Julho de 1988.

VARELA, João de Matos Antunes, "O Movimento de Descodificação do Direito Civil", in: Estudos Jurídicos em Homensagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, Rio de Janeiro, 1984.

VAZ, Isabel, "Direito Econômico da Concorrência", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

A Fiança e os Contratos de Locação Prorrogados por Prazo Indeterminado

João Augusto Basílio*

A prática tem demonstrado que são comuns os casos em que contratos de locação celebrados originariamente por prazo determinado passem a vigorar por prazo indeterminado, sem que as partes se preocupem em formalizar a prorrogação do contrato através de termo de aditamento, onde conste, além da assinatura do locador e do locatário, a concordância expressa do fiador com a prorrogação da locação.

Embora a lei estabeleça a prorrogação automática do contrato no silêncio das partes, o que a princípio induz à desnecessidade de assinatura de um aditamento com vistas à prorrogação do contrato de locação, com relação ao fiador a celebração de tal instrumento é fundamental. Do contrário, mesmo que tenha renunciado expressamente ao direito de se exonerar da fiança, e mesmo que haja cláusula contratual estendendo a garantia até a devolução das chaves, poderá o fiador, uma vez terminado o prazo de vigência do contrato de locação, liberar-se da garantia a qualquer momento.

A despeito de entendimentos contrários de alguns Tribunais, como por exemplo o 2º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo e alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, se não houver a concordância por escrito do fiador com a prorrogação por prazo indeterminado do contrato de locação, poderá ele se exonerar da garantia.

* Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Advogado.

Nessa linha, transcreve-se abaixo a ementa do Recurso Especial nº 246.809, da Quinta Turma do STJ, relator Ministro Edson Vidigal, que diz:

“LOCAÇÃO. FIANÇA. DESONERAÇÃO. LEI Nº 8.245/91, ART. 39. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.500. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO.

1. Não pode a norma da Lei nº 8.245/91, art. 39, que determina a perpetuação da obrigação de garantia até a devolução do imóvel, ser interpretada em dissonância da regra contida no CC, art. 1.500.
2. Não se pode querer ver o fiador responsabilizado indefinidamente, sem sua anuência, por acordo privativo do locador e locatário, pelo qual entendem de prorrogar o contrato de locação sem prazo determinado. Assim sendo, conforme entendimento desta Corte, ‘não é compatível a coexistência de cláusula de responsabilidade até a entrega das chaves, com o instituto da prorrogação contratual indefinida’, só podendo vigorar tal disposição durante a vigência do contrato ao qual o fiador se vinculou.
3. Recurso Especial não provido.”

Consta do voto do relator da decisão acima transcrita uma passagem que reflete com clareza o pensamento atual do Superior Tribunal de Justiça a respeito dessa matéria:

“No entanto, esta Corte, em diversas oportunidades já proclamou o entendimento, segundo o qual o contrato de fiança, por ser uma liberalidade, não aceita interpretação extensiva e que, em assim sendo, somente subsistirá a garantia prestada, na prorrogação do contrato de locação, se for dada anuência expressa do fiador. Desta forma, não tem eficácia a cláusula contratual que prevê a obrigação fidejussória até a entrega das chaves. Pois, sendo a prorrogação do contrato uma permissão da lei aos contratantes, se o fiador não se vincular expressamente a este, que é, na verdade, novo contrato, não podem fazê-lo os contratantes, pois não se pode obrigar terceiros sem sua anuência. Incidência da Súmula 214/STJ.”

Como se vê, segundo essa corrente, que hoje é majoritária nos tribunais superiores, as cláusulas contratuais de renúncia ao direito de exoneração do fiador e de extensão da fiança "até a entrega das chaves" não garantem ao locador o direito de cobrar débitos locatícios do fiador relativos ao período em que o contrato de locação passou a vigorar por prazo indeterminado.

Com efeito, prevalece hoje no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a cláusula de renúncia ao direito de exoneração conferido pelo artigo 1.500 do Código Civil é válida apenas em relação ao prazo determinado do contrato, podendo o fiador, após esse prazo, exonerar-se da fiança.

O mesmo se diga em relação à cláusula contratual que estende a fiança "até a entrega das chaves", já que, segundo o STJ, essa estipulação não implica renúncia à faculdade de exonerar-se o fiador da garantia, concedida pelo art. 1.500 do Código Civil.

A despeito do entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça, o grande mestre Sylvio Capanema de Souza¹ defende a impossibilidade de o fiador exonerar-se da garantia, sustentando que:

"Quanto a mim, sempre defendi tese contrária, agora mais ainda fortalecida, a meu sentir, pelo art. 39 da Lei nº 8.245/91, segundo o qual 'qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel', salvo disposição expressa em contrário.

Ressalte-se, ainda, que o contrato de locação do imóvel urbano se prorroga por tempo indeterminado, 'ex vi legis', e não por livre vontade do locador, sendo a verdadeira intenção das partes manter a avença garantida, durante todo o seu curso, que só se encerra com a restituição das chaves.

A rigor, não é mais necessária a cláusula de renúncia à exoneração, já que a garantia é concedida até a entrega das chaves.

Por outro lado, um fiador que se obriga, por lei e pelo contrato, até a restituição do imóvel, e que depois pretende exonerar-se, viola o princípio da boa-fé objetiva, que hoje oxigena todo o mundo dos contratos."

¹ In Revista Forense Imobiliária.

Por mais ingrata que seja a tarefa de discordar de Sylvio Capanema de Souza, ousou discordar do entendimento acima transcrito, eis que, embora via de regra conste do contrato de locação que a fiança estende-se até a entrega das chaves, o fiador concede a garantia na presunção de que a relação jurídica por ele garantida vigorará pelo prazo certo estipulado pelas partes no contrato.

Ademais, é comum em contratos de locação a existência de uma cláusula contratual fixando um prazo certo para o contrato, onde se estabelece que a locação se extinguirá independentemente de interpelação, notificação ou aviso.

Ora, não se pode exigir do fiador que ele tenha conhecimento da existência de um artigo da Lei do Inquilinato que determina a prorrogação automática do contrato de locação.

Assim, não parece justo que um fiador que tenha se disposto gratuitamente a garantir uma obrigação por prazo certo, venha a se tornar refém das partes contratantes, que poderão prorrogar indefinidamente o contrato de locação, aumentando assim a exposição do fiador em relação ao risco originariamente por esse assumido.

Dessa forma, recomenda-se que, na hipótese de prorrogação do contrato de locação por prazo indeterminado, sejam celebrados termos aditivos, onde conste a anuência expressa do fiador, sob pena de se facultar a este o exercício do direito de exoneração, na forma do artigo 1.500 do Código Civil.

Modernidade e Ciência: Algumas Posições Epistemológicas

Uma investigação com ênfase no paradigma kantiano

José Ricardo Ferreira Cunha*

I. Introdução: A Modernidade como Sociedade Científica

Embora não seja pouco comum o recurso ao conceito de modernidade para explicar ou mesmo adjetivar certas situações ou fenômenos, ainda não existem consensos sólidos quanto ao significado da palavra. De um ponto de vista mais acadêmico, há muita diversidade quanto à definição do que seja moderno ou modernidade, sem embargo de certos elementos de análise que são comuns ao tema. De um ponto de vista do senso comum, o moderno se liga à idéia de “modernização” (modernizar ou modernizado) que, por sua vez, se liga à idéia de eficiência, traduzindo uma intuição de que o moderno ou modernizado é melhor do que aquilo que lhe antecedia. É assim, por exemplo, quando se fala em modernizar o Estado ou modernizar uma empresa. Transmite-se a idéia de que o Estado terá uma administração mais eficiente e a empresa uma produção mais eficiente. Por si só, isso já oferece uma noção da força da modernidade que, como qualquer outra história, é sempre contada pelos vencedores. Trata-se, evidentemente, de um conceito profundamente ideologizado.

Buscando marcos para delimitar o período moderno, a historiografia costuma apontar alguns acontecimentos históricos considerados como

* Professor das Faculdades de Direito da PUC-Rio, UCAM e UERJ. Doutorando em Direito pela UFSC.

verdadeiras balizas. Os fatos mais citados são a *Reforma Protestante*, a *Revolução Industrial* e a *Revolução Francesa*. Uma reforma e duas revoluções, conforme os nomes já consagrados, evidenciam que a modernidade surge de uma profunda vocação para a ruptura e a mudança. A Reforma Protestante rompe com o tradicional monopólio da Igreja Católica na formulação da doutrina cristã e institui uma nova relação entre os homens e Deus, manifestando a implicação teológica da modernidade. A Revolução Industrial rompe com a base produtiva do feudalismo e institui uma nova relação entre produção e comércio, manifestando a implicação econômica da modernidade. A Revolução Francesa rompe com a estrutura estamental do *Ancien Régime* e institui uma nova relação entre Estado e sociedade civil, manifestando a implicação política da modernidade. Portanto, falar de modernidade é falar também e há um só tempo de teologia, economia e política, como conceitos que lhe são fundamentais. No entanto, Hannah Arendt (1996: 260) ao falar da era moderna aponta outros dois fatos que considera determinantes: a descoberta da América e a invenção do telescópio. O primeiro encarna, em teoria, aquele otimismo cultural próprio da modernidade, agora desnudado sob a forma de um violento eurocentrismo que buscou subjugar o Novo Mundo imaginado poder reconstruir o paraíso terreno sem cometer os mesmos erros já praticados no Velho Mundo. Entre o sonho de Colombo e a realidade da colonização/invasão, muitas vidas se perderam no que talvez tenha sido o maior genocídio da humanidade. O outro fato apontado por Hannah Arendt, a invenção do telescópio, é sim o ícone maior e principal fundamento da modernidade.

Evidentemente, não se trata da invenção do telescópio isoladamente, mas do seu desenvolvimento por Galileu Galilei e de todas as grandes transformações que se sucederam a partir daí. Dessa maneira, o telescópio é tomado como a grande metáfora do pensamento que realmente revolucionou a tecitura ontológica da Idade Média: a ciência. Para compreender melhor a questão, voltemos a Galileu e ao telescópio. É sabido que este cientista sofreu duro processo eclesiástico por parte da Inquisição, mas acabou se retratando das afirmações contrárias ao pensamento escolástico dominante, especialmente a do heliocentrismo. Contudo, as linhas básicas de suas teorias se sustentavam na defesa da astronomia de Copérnico que, anteriormente, já havia negado o geocentrismo. Então, por que tanta dureza no tratamento com Galileu

se o que ele afirmava (heliocentrismo x geocentrismo) já não era assim tão original? Porque coube a ele não apenas falar, mas também provar suas teorias através do Telescópio. A partir de Galileu, a ciência passou a combinar uma linguagem matemática (mais exata e precisa) com um procedimento experimentalista, de forma a representar e demonstrar empiricamente suas teorias. Com efeito, houve um radical deslocamento do lugar da *verdade*, que deixou o manto da religião para se instalar na ciência. Dito de outra maneira, a verdade saiu da revelação e foi para a razão.

Portanto, se a idéia de modernidade está ligada às novas compreensões em torno de conceitos teológicos, políticos e econômicos, é na categoria de ciência/tecnologia que ela encontra seu mais alto padrão de definição, representação ou expressão. Evidentemente, toda essa euforia epistemológica só foi possível graças às sucessivas rupturas que vão se produzindo, sobretudo a partir do século XVI, onde o humanismo renascentista produz uma nova crença na importância e na centralidade do ser humano. Se o próprio mundo não é mais visto como um cosmo fechado mas como um universo infinito, então o centro pode estar em qualquer lugar, inclusive em cada indivíduo. Em todas as áreas do conhecimento – economia, política, artes, medicina, geografia – o homem passa a ser reconhecido como um protagonista que vai, paulatinamente, saindo da condição de “estar sujeito a” para situar-se na condição de “ser sujeito de”. Na verdade, trata-se do próprio conceito de sujeito que é reinventado para designar aquele que pratica a ação. Pratica a ação porque controla a ação, controla os fenômenos sociais e, inclusive, os naturais. Tudo isso é possível porque o homem se destaca não apenas como ser animal mas, sobretudo, como ser racional. É na racionalidade que reside o poder do sujeito que, uma vez “esclarecido” pode se libertar de todas as amarras obscurantistas. Trata-se do próprio credo iluminista. Com o poder da razão, o sujeito passa a ser entendido como aquele que pode conhecer e controlar a realidade mesma. A razão possibilita o cálculo e o discernimento, tornando o sujeito livre e capaz, tanto no campo da ciência (cálculo) como no campo da moral (discernimento). É a grande aspiração da autonomia que parece realizar-se. O sujeito autônomo é capaz de responder por si mesmo e conduzir sua vontade conforme seus interesses. Surge a figura do “sujeito de direito”, capaz para exercer direitos e deveres inerentes à sua natureza e posição social.

Impulsionada por esse otimismo cultural, a modernidade começa a alicerçar as fundações de uma nova ordem. Se num primeiro momento foi caracterizado pelo seu poder revolucionário, neste segundo momento o pensamento moderno pode ser caracterizado por um profundo conservantismo. Conservar é garantir a ordem, a nova ordem, tomada como expressão maior das conquistas modernas. Na perspectiva da ordem moderna, a sociedade é vista como um conjunto de conhecimentos que, uma vez dominados pelo homem, garantem um caminho previsível e necessário aos acontecimentos. Trata-se de uma espécie de sociedade epistemológica que “naturaliza” a ordem social, controlando as ações humanas e fazendo com que os fenômenos sociais-históricos sejam analisados como fenômenos naturais. Alain Touraine enfatiza a dimensão ordenadora da ideologia modernista:

“Porque as sociedades onde se desenvolveram o espírito e as práticas da modernidade procuravam mais pôr em ordem que pôr em movimento: organização do comércio e das regras de câmbio, criação de uma administração pública e do Estado de direito, difusão do livro, crítica das tradições, das proibições e dos privilégios. É a razão, mais que o capital e o trabalho, que desempenha então o papel principal. Esses séculos são dominados pelos legistas, filósofos, escritores, todos homens do livro, e as ciências observam, classificam, ordenam para descobrir a ordem das coisas.” (1994: 36)

Rapidamente a ordem se transforma numa “metafísica da ordem” onde esta é desenraizada de suas condições históricas para ser compreendida como um valor em si mesmo, apoiada pela promessa de uma redenção definitiva. A ordem se converte num valor inatacável por possibilitar a realização da abundância, da liberdade e da felicidade (TOURAINÉ, 1994: 38). Trata-se de uma concepção de “bem estar” que irá perpassar toda a modernidade, especialmente os séculos XIX e XX através de um crescente e sofisticado processo de industrialização e juridicização. Numa ponta (econômica), a produção ancorada em técnicas científicas produz em massa para satisfazer, com custos reduzidos, as necessidades materiais da população; noutra ponta (política), os indivíduos se crêem livres por estarem submetidos, apenas, ao império da lei, onde o direito é apresentado como único instrumento legítimo de mediação dos conflitos. Com efeito, a ordem social é, antes de mais nada, uma ideologia de bem estar que

promete conforto e segurança. Forma-se, assim, um luminoso retrato modernista: a produção potencializada pela tecnologia numa sociedade de indivíduos livres e iguais perante a lei. Diga-se que a aceção mesma de direito sofre uma guinada epistemologizante, na medida em que os juristas passam a buscar um estatuto próprio de cientificidade jurídica como forma de legitimação da ação legal. O positivismo jurídico de caráter legalista ou normativista cumpre um papel fundamental, já que vincula o direito à idéia de Estado e de Ciência, resultando, respectivamente, numa perspectiva legalista e tecnicista do direito.

Em síntese, a sociedade moderna é a sociedade dominada pela ciência e pela técnica. Evidentemente, este domínio não se restringe ao campo da natureza, mas invade o mundo da cultura de tal forma que mesmo as áreas de saber social foram influenciadas e dominadas pelo cientificismo. Quanto mais a ciência vai produzindo seus frutos que geram avanço e “modernização”, mais ela vai se consolidando no pensamento moderno. Entretanto, o mundo epistemológico não é livre de debates e dissensos, tendo havido um significativo percurso em termos de discussão quanto ao método e a origem da verdade científica. Esse percurso e suas consequências atingiram não apenas o núcleo da sociedade científica e racional, mas, também, a estruturação respectiva de cada domínio próprio do saber, como o direito, dentre outros ramos do conhecimento.

II. O Percurso Epistemológico Moderno até Kant

Como é sabido, a sociedade moderna operou uma revolução epistemológica ao buscar novas bases que pudessem ser consideradas seguras e precisas para a fundamentação de uma verdade universal. Não há dúvida de que o principal nome da constituição da moderna filosofia da ciência é Immanuel Kant que, com o seu projeto criticista, lançou as bases mais sólidas em termos epistemológicos. No entanto, o pensamento kantiano se insere num processo histórico que foi acontecendo por sucessivas rupturas na tecitura ontológica da filosofia e da sociedade, basicamente a partir do século XVI, quando a modernidade afasta-se das especulações metafísicas para empreender uma nova organização geral do saber. A nova perspectiva em construção considera como fundamentos adequados para o conhecimento apenas a abstração racional e a concretude experimental. Assim, o binômio razão e experiência passa a capitanear

as investidas do homem sobre as forças naturais, sociais, políticas e individuais. O rumo deste caminho levou a modernidade a uma opção pelo “problema do conhecimento” ou epistemologia como questão fundamental a ser tratada, o que converteu a teoria do conhecimento em motor da reflexão filosófica do período. Nesse contexto, duas correntes destacaram-se como forma de compreender e responder à questão proposta: o *racionalismo* e o *empirismo*. Enquanto os racionalistas acreditam ser a verdade resultado de uma idéia primeira e fundante, os empiristas crêem que a verdade resulta de um fato primeiro e fundante. (REALE, 1996: 87-96) Vejamos o seguinte esquema comparativo para melhor visualizar as diferenças entre as correntes filosóficas:

RACIONALISMO	EMPIRISMO
Fundamentado numa razão inata	Fundamentado na percepção dos sentidos
Opera dedutivamente	Opera indutivamente
Alcança o mundo externo por meio de uma inferência (representação) lógica	Alcança o mundo externo por meio de uma experiência possibilitada pela percepção sensível e por uma operação mental

Nessa tradição herdada por Kant, vários filósofos importantes – racionalistas e empiristas – desenvolveram suas teorias epistemológicas. Vejamos alguns.

2.1. Francis Bacon (1561-1626)

“Todos aqueles que ousaram proclamar a natureza como assunto exaurido para o conhecimento, por convicção, por vezo professoral ou por ostentação, infligiram grande dano tanto à filosofia quanto às ciências. Pois fazendo valer a sua opinião, concorreram para interromper e extinguir as investigações.” (BACON, 1984: 5)

Com esta afirmação, inscrita no prefácio de sua obra, Bacon sinaliza a trajetória que pretende desenvolver na busca de uma nova fundamentação e metodologia para todo saber que queira ser tomado como ciência. Trata-se de lutar contra dois males extremos: de um lado a arrogância que acredita já ter decifrado todos os códigos e aprendido a totalidade dos saberes, de outro lado o ceticismo (chamado por Bacon de acatalepsia) que desesperado proclama o triunfo da ignorância na impossibilidade de se conhecer o próprio mundo em que vivemos. Entre essas duas posições Bacon pretendem instaurar um caminho possível para um conhecimento sério e verdadeiro que não se confunde com o subjetivismo das opiniões mas parte de um plano objetivo resultante da observação e da experiência como linhas mestras da própria idéia de ciência que vai sendo criada. Para tal ciência, Bacon propõe um novo método:

“Nosso método, contudo, é tão fácil de ser apresentado quanto difícil de se aplicar. Consiste no estabelecer os graus de certeza, determinar o alcance exato dos sentidos e rejeitar, na maior parte dos casos, o labor da mente, calcado muito de perto sobre aqueles, abrindo e promovendo, assim, a nova e certa via da mente, que, de resto, provém das próprias percepções sensíveis.” (1984: 5-6)

Na perspectiva baconiana é a experiência alcançada pelos sentidos que fornece a matéria e a exata medida através das quais a mente humana pode ser capaz de alcançar o verdadeiro conhecimento. No fundo, está travando uma batalha para romper com o modelo da metafísica escolástica que entende o verdadeiro conhecimento – a ciência primeira – como mero resultado de um processo dedutivo e abstrato, sem nenhuma fundamentação empírica, acreditando que dessa forma seria possível chegar aos universais e de nenhuma outra. Ao propor o empirismo e o experimentalismo como verdadeiro método científico, Bacon promove uma ruptura com o logicismo dedutivista da escolástica e liberta a ciência para os seus novos fundamentos modernos. Nesse sentido, pode ser considerado um arauto e profeta da *nova ciência*. No entanto, cabe uma advertência para alertar que a luta de Bacon contra a escolástica não pode ser interpretada como uma luta contra Deus ou mesma a Fé cristã. Ao contrário acredita numa verdadeira integração entre a Fé como saber espiritual e a ciência como saber material, asseverando: *“Contudo, bem*

consideradas as coisas, a filosofia natural, depois da palavra de Deus, é a melhor medicina contra a superstição, e o alimento mais substancial da fé. Por isso, a filosofia natural é justamente reputada como a mais fiel serva da religião, uma vez que uma (as Escrituras) torna manifesta a vontade de Deus, outra (a filosofia natural) o seu poder.” (BACON, 1984: 59)

Na verdade, Bacon está no início do século XVII fazendo um convite e propondo um desafio a todos para que larguem dos velhos padrões aristotélicos e escolásticos de conhecimento, para lançarem-se à aventura de uma nova ciência sem limites, capaz de conhecer e subjugar a própria natureza, permitindo ao homem um domínio sobre seu próprio mundo. A velha integração pretendida pelos antigos entre *physis* e *nomos* desaparece em nome de uma nova proposta: o controle do *nomos* sobre a *physis* através de uma *ratio* fundamentada na experiência empírica. O indutivismo nasce como uma perspectiva de conhecimento inabalável e ilimitado:

“Mas aqueles entre os mortais, mais animados e interessados, não no uso presente das descobertas já feitas, mas em ir mais além; que estejam preocupados, não com a vitória sobre os adversários por meio de argumentos, mas na vitória sobre a natureza, pela ação; não em emitir opiniões elegantes e proveíves, mas em conhecer a verdade de forma clara e manifesta; esses, como verdadeiros filhos da ciência, que se juntem a nós, para, deixando para trás os vestibulos das ciências, por tantos palmilhados sem resultado, penetrarmos em seus recônditos domínios.” (BACON, 1984: 8)

É dessa capacidade monumental do novo cientista em poder fazer as coisas que Bacon extrai sua máxima mais famosa: *“Ciência e poder do homem coincidem...”* (1984: 13), ou seja, saber é poder. Tal máxima, do saber como poder, no entendimento de Bacon deve orientar o caminho para uma ciência que seja capaz de desvendar os segredos da natureza a fim de tornar o ser humano cada vez mais pleno num tipo de domínio sobre a natureza que lhe favoreça de maneira progressiva uma melhoria na sua própria forma de viver. Afirma: *“A verdadeira e legítima meta das ciências é de dotar a vida humana de novos inventos e recursos”*, (BACON, 1984: 49) Bacon está, como outros, empolgado com o surgimento de novas técnicas e com o progresso que a tecnologia vem fazendo na descoberta de novos produtos e invenções. Acredita que a vida política deve ordenar o caminho das ciências para que haja uma exploração racional

da tecnologia. No texto *Nova Atlântida* mostra como o domínio das técnicas e da nova ciência são fundamentais para o progresso e felicidade de todos os indivíduos.

Para alcançar tal estágio de desenvolvimento é necessário consolidar uma nova perspectiva epistemológica que entenda a produção do conhecimento a partir das experiências particulares que racionalmente podem ir alcançando níveis mais amplos de generalidade até chegarem à forma universal: “*Só há e só pode haver duas vias para a investigação e para a descoberta da verdade. Uma... A outra, que recolhe os axiomas dos dados dos sentidos e particulares, ascendendo contínua e gradualmente até alcançar, em último lugar, os princípios da máxima generalidade. Este é o verdadeiro caminho, porém ainda não instaurado*” (BACON, 1984: 16) Esse é um processo que vai além da utilização lógica da argumentação, pois não apenas revela o conhecimento mas o demonstra empiricamente, através de um processo indutivo. Por isso Bacon proclama: “*De modo algum se pode admitir que os axiomas constituídos pela argumentação valham para a descoberta de novas verdades, pois a profundidade da natureza supera de muito o alcance do argumento*” (1984: 17) No lugar do argumento meramente dedutivo e retórico, propõe a experiência como verdadeiro fundamento da ciência: “*A melhor demonstração é de longe, a experiência, desde que se atenha rigorosamente ao experimento...*” (1984: 38) Contudo, segue alertando:

“Mas o modo de realizar experimentos hoje em uso é cego e estúpido. Começam os homens a vagar sem rumo fixo, deixando-se guiar pelas circunstâncias; vêm-se rodeados de uma multidão de fatos, mas sem qualquer proveito; ora se entusiamam, ora se distraem; presumem sempre haver algo mais a ser descoberto. Dessa forma, ocorrem que os homens realizam os experimentos levianamente, como em um jogo, variando pouco os experimentos já conhecidos e, se não alcançam resultados, aborrecem-se e põem de lado seus designs.” (BACON, 1984: 39)

A ciência somente cumprirá seu papel de motor da evolução e do progresso quando o novo método indutivo for consagrado em todas as atividades científicas e áreas do saber. Para Bacon, é uma nova compreensão de filosofia da ciência que está em debate, portanto uma nova forma de acesso a verdade, livre da mediação especulativa da lógica dedutiva ao modelo dos antigos e dos escolásticos. Aqui se inaugura uma mentalidade

moderna que toma como único paradigma para o conhecimento o modelo epistemológico das ciências exatas, sendo este, posteriormente, imposto para qualquer área do saber que queira se afirmar como verdade. É o chamado *fisicalismo*:

“Que ninguém espere um grande progresso nas ciências, essencialmente no seu lado prático, até que a filosofia natural seja levada às ciências particulares e as ciências particulares sejam incorporadas à filosofia natural. Por serem disso dependentes é que a astronomia, a óptica, a música, inúmeras artes mecânicas, a própria medicina, e, o que é espantoso, a filosofia moral e política e as ciências lógicas não alcançaram qualquer profundidade, mas apenas deslizam pela superfície e variedade das coisas.” (BACON, 1984: 48)

A ambição desse modelo epistemológico, o alcance da verdade, não inicia com Bacon, apenas toma nova roupagem. Entendendo como o processo de generalização indutivista opera até chegar numa verdade universal, notamos certa semelhança com o dedutivismo idealista que desde Platão atravessa o pensamento ocidental. A ciência, conforme Bacon a imagina, aspira o alcance da verdade universal dos fenômenos estudados experimentalmente. Esta verdade universal corresponde ao que Bacon denomina de *forma*, que por sua vez pode ser entendida como a natureza essencial da lei que determina um certo fenômeno. Uma espécie de regra de causalidade aplicável àquele fenômeno em investigação: “*E a obra e o fito da ciência humana é descobrir a forma de uma natureza dada ou a sua verdadeira diferença ou natureza naturante ou fonte de emanção*” (BACON, 1984: 93) Adiante afirma: “*Mas o que conhece as formas abarca a unidade da natureza nas suas mais dissímeis matérias e, em vista disso, pode descobrir e provocar o que até agora não se produziu, nem pelas vicissitudes naturais, nem pela atividade experimental, nem pelo próprio acaso e nem sequer chegou a ser cogitado pela mente humana. Assim é que a descoberta das formas resultam a verdade na investigação e a liberdade na operação.*” (1984: 95) Pode-se afirmar que dessa ousada assertiva de Bacon nasce o chamado *determinismo universal* que caracteriza a ciência moderna. Conforme Bacon a define, a forma pode ser entendida como a própria substância que anima e causa o fenômeno natural, quase como uma ontologia metafísica, porque universal: “*Pois a forma de uma natureza dada é tal que, uma vez estabelecida, infalivelmente se segue a natureza.*”

Está presente sempre que esta natureza também o esteja, universalmente a afirma e é constantemente inerente a ela." (1984: 95-96) É a forma o princípio que mantém em unidade as duas características do fenômeno natural: por um lado a tendência ao dinamismo e mudança – processo latente – e por outro lado a manutenção de propriedades essenciais – esquematismo latente. (BACON, 1984: 98-100)

Finalmente, há que se perceber o grande obstáculo a ser vencido para o alcance dessa nova filosofia das ciências: os ídolos. Bacon chama de ídolo a noção falsa que deturpa o verdadeiro conhecimento. São quatro tipos de ídolos, a saber: ídolos da tribo, são aqueles inerentes à natureza ou condição humana; ídolos da caverna, são aqueles provenientes da conformação cultural e espiritual de cada indivíduo, sua visão de mundo; ídolos do foro, são aqueles que resultam da ambiguidade das palavras e das polissemias próprias do processo comunicativa; e ídolos do teatro, são aqueles próprios dos sistemas filosóficos falhos e de falsas deduções que conduzem ao erro sobre a compreensão do mundo. (BACON, 1984: 26-31)

Ao final do *Novum Organum* temos uma metáfora emblemática do caráter controlador do novo pensamento científico, quando Bacon deixa claro a possibilidade da ciência reinstaurar um novo tempo de domínio do homem sobre o mundo natural. Ao recordar a punição do pecado original cometido por Adão e Eva, afirma que o homem pode retomar o domínio perdido sobre as criaturas com as artes e a ciência.

2.2. Rene Descartes (1596-1650)

"Mas não temerei dizer que penso ter tido muita felicidade de me haver encontrado, desde a juventude, em certos caminhos que me conduziram a considerações e máximas, de que formei um método, pelo qual me parece que eu tenha meio de aumentar gradualmente meu conhecimento, e de alçá-lo, pouco a pouco, ao mais alto ponto a que a mediocridade de meu espírito e a curta duração de minha vida lhe permitam atingir."
(DESCARTES, 1979: 29)

Este parágrafo registrado no início do *Discurso do Método* sintetiza toda a perspectiva cartesiana no pensamento moderno. Descartes cria um tipo de construtivismo fundado em duas tarefas básicas: destruir toda

forma de conhecimento que haja, ao menos, uma boa razão para não se acreditar; reconstruir um novo e seguro tipo de conhecimento que ninguém encontre nenhum motivo fundamentado para não acreditar nele. Pode-se dizer que Descartes, como o inaugurador da moderna escola racionalista ou idealista, teve os mesmos ideais de pessoas em perspectiva oposta, como Bacon, por exemplo. Também influenciado pelas técnicas e pela matemática, procura lançar as bases de uma nova fundamentação para a própria verdade, através de um tipo de conhecimento seguro e verdadeiro (ciência) que pudesse desvendar as forças e as leis próprias da natureza para que o homem a controlasse definitivamente. É isso que torna a perspectiva cartesiana construtivista, pois não está interessado em, apenas, destruir o tradicional conhecimento sobre o mundo, mas sim em recolocá-lo sobre bases supostamente mais seguras: *"Não que imitasse, para tanto, os céticos, que duvidam apenas por duvidar e afetam por sempre irresolutos: pois ao contrário, todo o meu intuito tendia tão somente a me certificar e remover a terra movediça e a areia, para encontrar a rocha ou a argila."* (DESCARTES, 1979: 44)

Para alcançar tal intento, Descartes propõe um método para conduzir o espírito ao conhecimento verdadeiro, sem ter que submetê-lo às autoridades exteriores. Trata-se da *dúvida metódica* como forma de reconstruir em bases seguras e verdadeiras o próprio mundo à nossa volta, ou, como afirma o próprio Descartes, a proposição de um método para bem conduzir a razão e procurar a verdade nas ciências. Como dito, o método que leva à verdade implica na dúvida como condição epistemológica: *"...mas, por desejar então ocupar-me somente com a pesquisa da verdade, pensei que era necessário agir exatamente ao contrário, e rejeitar como absolutamente falso tudo aquilo que pudesse imaginar a menor dúvida, a fim de ver se, após isso, não restaria algo em meu crédito, que fosse inteiramente indubitável."* (DESCARTES, 1979: 46) Praticando este método, segundo Descartes, qualquer pessoa poderá conhecer de maneira nítida e clara as idéias que são inatas no espírito e, por isso mesmo, superiores àquelas idéias que derivam dos sentidos (adventícias) ou àquelas que são fabricadas pela imaginação (fictícias). As idéias inatas são racionais e existem porque nascemos com elas, o que significa dizer que a razão, como faculdade inata, é o único lugar possível para as "idéias claras e distintas", para o verdadeiro conhecimento.

Essa é a grande descoberta do "penso, logo existo" - *cogito, ergo sum* -

que verifica que a certeza do conhecimento não vem do objeto exterior mas reside no próprio *cogito* como evidência apodíctica (irrefutável):

“Mas, logo em seguida, adverti que, enquanto eu queria assim pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade: eu penso, logo existo, era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos céticos não seriam capazes de abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da filosofia que procurava.”

(DESCARTES, 1979: 46)

Por isso, somente a razão conduzida logicamente, tendo o *cogito* como paradigma metodológico, poderá decifrar todos os códigos do mundo, e o conhecimento apenas dela pode advir. Conforme se infere da leitura do *Discurso do Método*, Descartes, na busca do conhecimento verdadeiro, toma a realidade à sua volta e se propõe a dúvida como método, ou seja, duvidar de tudo aquilo que se tenha ao menos uma razão para duvidar. Através da dúvida metódica ele comprova a falsidade de todo tipo de conhecimento sensível e chega à verdade absoluta do *cogito*, onde a razão distingue as idéias inatas e faz delas representações seguras e verdadeiras que deduzem o mundo, conhecido com exatidão geométrica, “cientificamente”. Vejamos o esquema:

REALIDADE	DÚVIDA METÓDICA	COGITO	REPRESENTAÇÃO	MUNDO
Sujeito	Duvidar de tudo	Pensar	Idéias	Verdade
Mundo		Razão	Dedução	Ciência

Para o racionalismo cartesiano, a razão é a natureza perfeita existente num ser imperfeito por força da ação de um Ser perfeito: Deus. Embora Deus seja a causa operativa última, mais importante é a razão perfeita, “*deusa razão*” que universaliza o conhecimento e torna acessível a verdade tão necessária ao homem e que jamais seria conhecida se estivesse fora dele. Portanto é o nosso espírito que possui a razão e a verdade e não o mundo externo e é justamente por isso que pode ser conhecida com segurança. O modelo epistemológico das ciências é o modelo mate-

mático, fundado em critérios internos e abstrações onde o raciocínio lógico é o mestre que conduz o pensamento e evita as contradições e vacilações. Descartes adota, para o alcance da verdade via ciência, quatro preceitos da lógica:

“O primeiro era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal; isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e tão distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las. O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se procedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais que eu tivesse certeza de nada omitir.” (1979: 37-38)

Como visto, tal método pode ser associado ao procedimento matemático para solução de uma equação. Mas é na base desta razão calculadora que Descartes pensa ter descoberto o novo portal de acesso ao conhecimento verdadeiro. Inaugura-se o moderno princípio epistemológico da razão suficiente que domina e controla o mundo transformando os fenômenos naturais e/ou sociais em fórmulas e abstrações. Diferentemente do indutivismo dos empiristas, Descartes abre o caminho do dedutivismo racionalista moderno.

2.3. John Locke (1632-1704)

*“A maneira pela qual adquirimos qualquer conhecimento constitui suficiente prova de que não é inato. Consiste numa opinião estabelecida entre alguns homens que o entendimento comporta certos princípios inatos, certas noções primárias, *koinà énoiai*, caracteres, os quais estariam estampados na mente do homem, cuja alma os recebera em seu ser primordial e os transportara consigo ao mundo. Seria suficiente para convencer os leitores sem preconceito da falsidade desta hipótese se pudesse apenas mostrar (o que espero fazer*

nas outras partes deste tratado) como os homens, simplesmente pelo uso de suas faculdades naturais, podem adquirir todo o conhecimento que possuem sem a ajuda de quaisquer impressões inatas e podem alcançar a certeza sem quaisquer destas noções ou princípios originais .” (LOCKE, 1978: 145)

Dessa maneira John Locke inicia seu *Tratado sobre o Entendimento Humano* e também sua luta contra o inatismo dos racionalistas que afirmavam existir uma idéia inata nos sujeitos que seria o verdadeiro fundamento para a verdade e o conhecimento, acessível apenas pela razão. É contra isso que Locke se insurge, lutando contra um dogmatismo já manifesto por toda a tradição do pensamento ocidental. Ao contrário dos racionalistas, Locke, como empirista que era, afirmava que os nossos conhecimentos começam com a experiência dos sentidos. É bastante conhecida sua afirmação de que ao nascermos somos como “tábulas rasas”¹, ou seja, como folhas de papel em branco, prontas para serem preenchidas pelas experiências futuras. Locke concorda com Descartes na afirmação de que o conhecimento é constituído por idéias, mas diverge de que estas idéias sejam inatas no espírito humano.

Para Locke, há uma categoria de pessoas que não alcançam o verdadeiro conhecimento em função da ausência de um conjunto de vivências suficientemente significativas para dar-lhes as idéias necessárias ao conhecimento, tais como crianças e “idiotas”. Assim, mesmo as evidências lógicas mais apodícticas, como o princípio da identidade ou não-contradição são desconhecidas por certas pessoas. Tudo por uma única razão: mesmos essas idéias e princípios não são inatos, devendo ser adquiridos pelos indivíduos ao longo de suas vivências e experiências.

Seguindo essa linha de raciocínio, Locke passa a demonstrar que nenhum princípio da vida prática pode ser considerado inato (1978: 150-152), ou seja, não há princípio que possa ser considerado universal, já que todos eles dependem de uma experiência prévia dos sentidos que os transforme em idéia real e conhecimento verdadeiro. Mesmo princípios morais basilares como a justiça não podem ser considerados inatos e universais pois dependem de uma aquiescência por parte dos indivíduos, bem como de comprovação, coisas que seriam descabidas caso fossem

¹ - Cf. Dicionário Aurélio: pequena placa de madeira, marfim ou metal, escavada para conter uma camada de cera, na qual os romanos escreviam com um estilo.

verdadeiramente inatos. Tanto é assim, que os homens quando agem virtuosamente o fazem porque costumam tirar benefícios próprios de tal conduta e não porque a tenham inscrita dentro de si; até porque nem sempre adotam os mesmos princípios práticos ou as mesmas virtudes. Nessa esteira Locke ainda invoca a diversidade cultural como prova cabal de que não há idéia ou princípio inato nos sujeitos, já que nações inteiras chegam mesmo a divergir de certos princípios consagrados em outras nações. Portanto, sujeitos e povos podem convergir ou divergir em suas regras práticas – morais – conforme as experiências e vivências que possuam.

Se Locke concorda que o conhecimento está nas idéias, mas nega que estas sejam inatas, naturais ou universais, como entendê-las? Essa é a questão enfrentada na Segunda parte do *Ensaio*, que inicia com a seguinte afirmação:

“Idéia é o objeto do pensamento. Todo homem tem consciência de que pensa, e que quando está pensando sua mente se ocupa de idéias. Por conseguinte é indubitável que as mentes humanas tem várias idéias, expressas entre outras, pelos termos brancura, dureza doçura, pensamento, movimento, homem, elefante, exército, embriaguez. Disso decorre a primeira questão a ser investigada: como elas são apreendidas? Consiste numa doutrina aceita que o ser primordial dos homens tem idéias inatas e caracteres estampados sobre sua mente. Já examinei, em linhas gerais, essa opinião, e suponho que o que ficou dito no livro anterior será facilmente admitido quando tiver mostrado como o entendimento obtém todas as suas idéias, e por quais meios e graus elas podem penetrar na mente; com esse fim solicitarei a cada um recorrer a sua própria observação e experiência.” (LOCKE; 1978: 159)

Quando termina o parágrafo convidando o leitor a ele mesmo utilizar sua observação e experiência para a compreensão daquilo que afirma, Locke já está aplicando seu método para o alcance da verdade na própria reflexão. Aqui fica patente a idéia de que “não há nada no intelecto que não tenha passado antes pelos sentidos”, como querem todos os empiristas. Assim, o *Ensaio Acerca do Entendimento Humano* fortalece e corrobora com uma teoria do conhecimento que se afirma indutivamente e contrária às generalizações e deduções metafísicas da tradição ocidental. A ciência que leva à verdade deve partir de idéias concretas e demonstráveis, que somente são possíveis a partir de uma experiência empírica, e que se

originam nos objetos do mundo exterior ou, mesmo, na percepção das operações que são desenvolvidas na nossa própria mente. Assim, a palavra idéia, chave para a compreensão desse novo conceito de ciência, deve ser entendida, nessa perspectiva lockeana, como todo e qualquer conteúdo do processo cognitivo, onde se forma o conhecimento. Há, praticamente, uma fusão entre conhecimento e idéia; bem como entre idéia e experiência; portanto: conhecimento e experiência. Vejamos como afirma:

“Todas as idéias derivam da sensação ou reflexão. Suponhamos, pois, que a mente é, como dissemos, um papel branco desprovida de todos os caracteres, sem quaisquer idéias; como ela será suprida? De onde lhe provém este vasto estoque, que a ativa e que a ilimitada fantasia do homem pintou nela com uma variedade quase infinita? De onde apreende todos os materiais da razão e do conhecimento? A isso respondo numa palavra, da experiência. Todo o nosso conhecimento está nela fundado, e dela deriva fundamentalmente o próprio conhecimento. Empregada tanto nos objetos sensíveis externos como nas operações internas de nossas mentes, que são por nós mesmos percebidas e refletidas, nossa observação supre nossos entendimentos com todos os materiais do pensamento. Dessas duas fontes de conhecimento jorram todas as nossas idéias, ou as que possivelmente teremos.” (LOCKE, 1978: 150)

Assim, com os dados de nossa sensibilidade, nosso entendimento é capaz de produzir um processo de abstração que gera nossas próprias idéias que, por sua vez, não se confundem com a pura percepção. Locke fala em dois tipos de idéias: simples (1978: 164-182) e complexas (1978: 183-211). Podemos sintetizar afirmando que as idéias simples são aquelas que derivam de nossas experiências e sensações mais primárias, de impulso externo ou interno; já as idéias complexas são aquelas que derivam do arranjo e articulação das próprias idéias simples que conectadas produzem um grau mais sofisticado e abstrato de especulação. Logo, quanto mais próxima a idéia da impressão primeira que a causou, mais nítida e verificável ela é; assim o inverso, quanto mais distante e complexa, menos verificável e real. Desse modo, o conhecimento é uma probabilidade que pode ser verificada de acordo com o resgate da experiência dos indivíduos. De qualquer modo, somente há verdade que possa ser afirmada, a partir da possibilidade de demonstração concreta.

No quarto livro do *Ensaio* define conhecimento como “a percepção do acordo ou desacordo de duas idéias”, ou seja, “a percepção da conexão e acordo, ou desacordo e rejeição, de quaisquer de nossas idéias” (1978: 267). O acordo ou desacordo é definido por Locke como sendo de quatro tipos: identidade ou diversidade; relação; coexistência ou conexão necessária; e existência real. O primeiro quando se afirma ou nega algo de alguma coisa; o segundo quando se coloca algo em função de outro algo; o terceiro diz respeito a atributos necessários de algo que são afirmados ou negados num único conceito; e o quarto diz respeito a existência atual e real de uma idéia que temos em mente. Depois parte para a classificação dos graus de conhecimento, sendo, basicamente, o intuitivo – associação espontânea de acordos e desacordos das idéias – e o demonstrativo – associação mediata de acordo e desacordo das idéias. Por fim, admite uma filosofia da ciência instituída em métodos próprios para três áreas ou divisões da ciência: física (conhecimento das coisas e seus atributos); prática (conhecimento da forma adequada da aplicação das ações e poderes do homem, conforme um fim útil); e semiótica (conhecimento dos símbolos e sentidos lógicos para o entendimento da realidade). (LOCKE, 1978: 343)

2.4. David Hume (1711-1776)

“Todos admitirão sem hesitar que existe uma considerável diferença entre as percepções da mente quando o homem sente a dor de um calor excessivo ou o prazer de um ar moderadamente tépido e quando relembra mais tarde essa sensação ou a antecipa pela imaginação. Essas faculdades podem remedar ou copiar as percepções dos sentidos, mas jamais atingirão a força e a vivacidade do sentimento original.” (HUME: 1980: 140)

Neste parágrafo Hume lança as bases da filosofia que irá associá-lo ao pensamento empirista, inaugurado por Bacon e continuado por Locke, dentre outros. Contudo, pode-se dizer que o empirismo de Hume é o mais inovador e radical, colocando-o em posição de destaque dentre os próprios empiristas. Segundo sua filosofia, não há conhecimento da realidade que não se inicie com as impressões dos sentidos. Na verdade estes são estimulados por dados internos ou externos ao sujeito, dando início a um processo psicológico que vai, etapa a etapa, produzindo um

tipo de “verdade” sobre os dados da realidade. Por isso, no parágrafo em epígrafe, afirma que somente a vivacidade do sentimento original é capaz de responder ou explicar uma dada situação.

Nesse sentido, pode-se dizer que Hume compreende a verdade sobre o entendimento humano (o que Descartes chamaria de *cogito*) como a própria vivência imediata do pensar estimulado indutivamente por impressões, ou seja, não existe consciência mas, apenas, vivências. Numa síntese geral do processo de conhecimento exposto por Hume na sua *Investigação sobre o Entendimento Humano* (1980: 141-157), temos que os conhecimentos começam com as sensações (experiência dos sentidos) estimuladas pelos objetos exteriores. É a reunião das várias e diferentes sensações que permite perceber um objeto exterior, ou seja, as sensações reunidas formam a percepção. Na medida em que as percepções vão se repetindo elas se combinam, se associam, quer seja porque são semelhantes (semelhança), porque se repetem no mesmo espaço ou próxima umas das outras (contiguidade espacial) ou porque se repetem sucessivamente no tempo (sucessão temporal). O fato é que, com esta repetição, ocorre o hábito da associação das percepções, fazendo com que, assim, surjam as idéias. Em outras palavras, as idéias correspondem à associação das percepções trazidas pela experiência sensível, que são levadas à memória, onde a razão forma os pensamentos. É a experiência que inscreve as idéias em nosso espírito e a razão as arranja (combinando ou separando), formando, desta maneira, os pensamentos. Assim, Hume afirma que a razão nada mais é que o hábito de associar idéias, seja por semelhança, seja por diferença. Vejamos o esquema:

OBJETOS EXTERIORES	SENSAÇÕES	PERCEPÇÃO
Estímulos aos Sentidos	Experiências sensíveis	Reunião das diversas sensações em torno de um objeto
REPETIÇÃO DAS PERCEPÇÕES	IDÉIA	PENSAMENTO
Associação por semelhança, contiguidade ou sucessão	Hábito da associação das percepções, dado às repetições	Arranjo (combinação, separação) das idéias pela razão

Nessa perspectiva de Hume, o conhecimento é considerado ao nível psíquico, como resultado de um processo psicológico, acionado indutivamente pelas experiências sensíveis da realidade exterior. Essa é a conclusão elementar para que Hume inicie um debate sobre as idéias “conexão necessária” e “liberdade e necessidade” onde busca destruir a concepção de causalidade, especialmente em relação ao modo como é utilizada pela tradição metafísica aristotélica e escolástica que responde a existência dos fenômenos naturais como resultado de uma ordem também natural que deriva de uma “causa primeira”, tomada na Escolástica como o Deus judaico-cristão, ou de idéias inatas como queria o racionalismo de Descartes e outros. Contrário a essa concepção, Hume comenta a relação de causalidade e diz que aquilo que chamamos de causa e efeito não são propriedades da realidade empírica, mas operações mentais a partir de constantes associações. Quando, em diferentes experiências, repetimos as mesmas percepções em torno de uma dada realidade, atribuímos a essa realidade uma certa idéia. No entanto essa idéia não pode ser considerada objetivamente e universalmente válida, uma vez que não corresponde à realidade mesma, mas sim a uma associação mental. Isso significa que as “idéias válidas” são sempre singulares (indutivas) e que a mente faz-se cognoscente pelo impacto com o mundo. Daí poder-se dizer que os próprios princípios da racionalidade são derivados da experiência. Na verdade, a crítica de Hume chega a afirmar a impossibilidade da razão em alcançar a realidade em seus aspectos universais e necessários, ou seja, não é possível conhecer uma realidade de maneira a considerar que este conhecimento vale em qualquer tempo e lugar (universal) e que a realidade apenas pode se manifestar desta maneira conhecida e de nenhuma outra mais (neces-sário), isso porque o universal e o necessário (assim como a causalidade) são meros hábitos psíquicos.

Com esse psicologismo empírico, Hume vai se afastando dos fundamentos epistemológicos que dão à ciência as bases de sua universalidade. Mais que isso, funda uma filosofia da ciência de caráter céptico, pois afirma limites intransponíveis para o conhecimento demonstrativo da verdade a respeito dos fatos concretos. Aqui, toda a teoria do conhecimento, tradicionalmente sustentada por uma teoria de causalidade até então intocada, desmorona, na medida em que afirma ser a causalidade nada mais que o hábito psicológico de unir o posterior ao anterior. O que foi colocado em cheque por David Hume é a própria

crença de que o homem pode alcançar a verdade do mundo humano através de um pensamento racionalmente conduzido e amparado em métodos e técnicas. O ceticismo se revela em relação à ciência e, indiretamente, em relação à própria verdade absoluta.

Certamente essa posição produziu muitas dificuldades na sua vida intelectual, pois acabou enfrentando uma filosofia natural que além de atravessar toda a tradição de pensamento ocidental, já tinha sido incorporada ao pensamento dominante da Igreja que a utilizava também como uma forma de sustentar suas teologia e doutrina. Por isso, Hume foi preterido nas cátedras de ética e lógica, respectivamente, sob a “acusação” de ateísmo. A sua coragem em enfrentar a doutrina da Igreja, contudo, não foi abalada e na *Investigação*, escreve:

“Não há modo mais comum e contudo mais condenável de raciocinar do que empreender, numa disputa filosófica, a refutação de uma hipótese qualquer alegando suas consequências perigosas para a religião e a moral. Quando uma opinião tem consequências absurdas, é certamente falsa; mas não é certo que uma opinião seja falsa porque tem consequências perigosas. Tais pontos de vista não deveriam, pois, ser levados em consideração, por não contribuírem em nada para a descoberta da verdade e servirem apenas para tornar odiosa a pessoa do antagonista.” (1980: 174)

Nessa perspectiva da negação dos fundamentos abstratos e metafísicos, Hume encerra a *Investigação* criticando a idéia do apriorismo como meio de acesso ao conhecimento verdadeiro dos acontecimentos do mundo real, dos fatos; bem como criticando a resposta da velha teologia de que um Ente Supremo precisa ter sido a causa de tudo que foi criado e do que será criado, já que a relação de causalidade depende de uma experiência pessoal não universalizável sobre bases seguras. Assim, a causa corresponde à imaginação do sujeito afetada por uma determinada experiência dos sentidos. (HUME, 1980: 204)

Com efeito, para Hume não pode haver conhecimento pleno e cientificamente válido fora do campo meramente conceptual como é o caso da matemática, já que em relação aos fatos, não há demonstração possível, na medida em que “*tudo que é pode não ser*” (HUME, 1980: 203), acusando mesmo de “sofisma” e ilusão qualquer tentativa de levar o raciocínio das ciências abstratas de quantidade e número para os fatos concretos.

III) O Paradigma Kantiano

Diferentemente da maior parte dos famosos filósofos que despertaram alvoroçados comentários acerca de suas condutas pessoais, paixões, encontros e desencontros, Kant jamais deu margens à existência de mexericos sobre sua própria vida. Nascido na pequena cidade de Königsberg, na Prússia Oriental (Alemanha), lá passou toda a sua vida (1724-1804) sem jamais ter se afastado da cidade, o que não significa, no entanto, que não estivesse atento aos principais acontecimentos de sua época, como a Revolução Francesa, da qual foi entusiasta, uma vez que nela identificava uma afirmação da liberdade e da moral, imprescindíveis à dignidade humana. Seu pai era um pequeno artesão de couro que o criou com simplicidade, porém dentro de uma austera disciplina protestante onde aprendeu, desde cedo, o valor das normas de conduta para a integridade pessoal. Sua vida toda foi regrada e metodicamente marcada por atividades constantes e uniformes.² Kant não casou-se nem teve filhos e, ao longo dos seus 79 anos de vida, esteve sempre voltado para a Universidade de Königsberg, onde foi aluno, professor catedrático e, finalmente, reitor. A atividade acadêmica foi favorecida pelo período de prosperidade do reinado de Frederico II que protegendo a universidade garantia sua fidelidade. Kant mesmo relatava que o lema do rei para os intelectuais era “*raciocinem quando quiserem e sobre o que quiserem, mas obedçam.*”³

Não podemos afirmar qual foi o grau de influência do lema real sobre a vida de Kant, mas o fato é que ele não era nem aristocrata nem revolucionário, não foi partidário da nobreza nem da burguesia, nunca se envolveu diretamente nas atividades sociais e políticas de uma Europa efervescente, saída do milênio encantamento medievico e buscando se afirmar sobre uma nova compreensão de mundo. Entretanto, foi justamente nessa busca por uma nova visão de mundo que as vigorosas atividades intelectuais de Kant parecem ter marcado profundamente a história. Suas idéias de uma razão crítica e esclarecida conseguiram cruzar fronteiras e continentes para afirmar uma nova forma de fundamentar o

² - Cf. ANDRADE, Regis de Castro. *Kant: a Liberdade, o Indivíduo e a República in Os Clássicos da Política*, volume 2, WEFORT, Francisco (Org.), São Paulo: Ática, 1993, p. 49.

³ - Idem, p. 50.

conhecimento e a verdade. Assim deu-se o paradoxo kantiano operado entre sua vida e suas idéias, sendo a primeira marcada pela quietude e as segundas pela inquietude, tendo em comum, apenas, a rigorosidade metódica.

Kant jamais esteve limitado em sua produção; ao contrário, realizou uma experiência tão profunda de pensamento que sua obra marcou decisivamente as reflexões filosóficas e científicas posteriores, de tal maneira que conhecer, minimamente que seja, os seus principais postulados tornou-se, quase, obrigação. Devotou sua vida a uma dedicação missionária ao estudo do que podemos chamar de "universo espiritual humano" buscando fundamentações para a existência do homem que não estivessem atreladas a explicações ocultas e misteriosas. Nessa busca, pretendeu descobrir as reais e necessárias capacidades que revestem o próprio homem, afim de orientá-lo por caminhos seguros de existência. Considerava Kant, que somente através do domínio do homem sobre os seus próprios limites e possibilidades é que este poderia ser verdadeiramente autônomo. Assim, o ideal iluminista encontrou um de seus principais representantes, que na sua obra condensou as investigações acerca das condições de possibilidade do *conhecimento* (razão pura) e da *liberdade* (razão prática). A definição dada por Kant ao Iluminismo parece uma verdadeira profissão de fé aos seus próprios ideais de vida: trata-se da

*"... saída do homem de sua menoridade, da qual ele é o próprio responsável. A menoridade é a incapacidade de fazer uso do entendimento sem a condução de um outro. O homem é o próprio culpado dessa menoridade quando sua causa reside não na falta de entendimento, mas na falta de resolução e coragem para usá-lo sem a condução de um outro. Sapere aude! Tenha coragem de usar seu próprio entendimento! - esse é o lema da Ilustração."*⁴

Com efeito, o emblema iluminista da autonomia plena, pode ser considerado a mola propulsora do pensamento kantiano, na produção de um sistema filosófico que buscou respostas para todos os campos da existência humana. Do conhecimento à ação, toda sua obra tem em

⁴ KANT, Immanuel. *O Que é a Ilustração in Os Clássicos da Política*, Francisco Weffort (org.), São Paulo: Ática, 1993, pp. 83-84.

comum a idéia de autonomia e liberdade como condição crítica para a própria existência. Das suas respostas e sistemas serem de grande profundidade e vigor intelectual, chegando mesmo a tal nível de sofisticação que acabou por converter-se em verdadeiro modelo para vários campos do conhecimento e da cultura. Em contrapartida, provocou, obviamente, reações e críticas de todo o tipo.

De uma maneira geral, o estudo kantiano situa-se em duas grandes áreas, a saber:

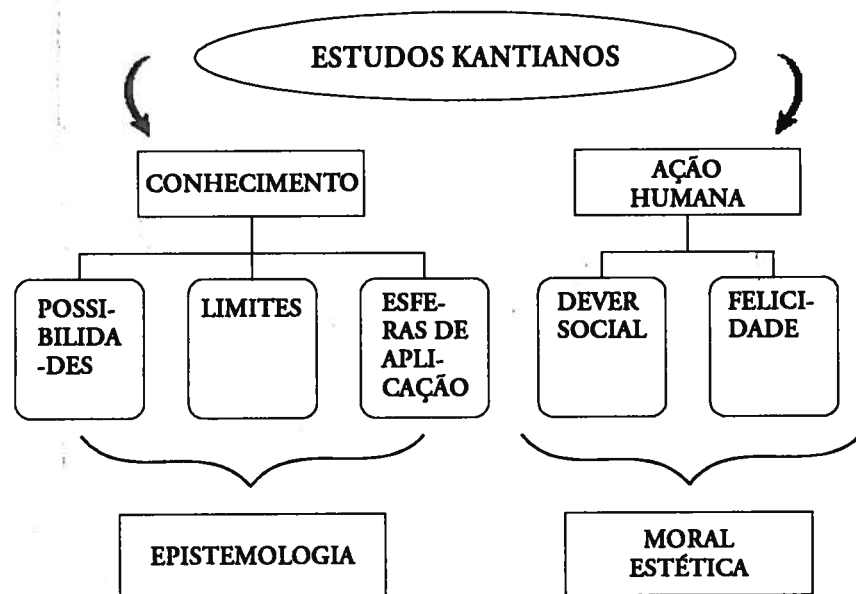
1) Do Conhecimento

Nessa área, Kant especula sobre as condições de possibilidade do conhecimento que possa ser considerado seguro, ou seja, universal e necessário. Trata-se de um questionamento à filosofia e à ciência. Busca as possibilidades e limites do conhecimento, bem como suas esferas de aplicação. Aqui, a matemática e a física representaram importantes modelos, justamente por seu caráter universal e necessário. Nessa área, sua principal obra é, sem dúvida, a *Crítica da Razão Pura*, o que nos remete, portanto, ao campo da epistemologia.

2) Da Ação Humana

Nessa área, Kant especula sobre as condições de possibilidade da ação humana que possa conduzir, seguramente, ao bem comum. Ou seja, qual deve ser o dever social de cada indivíduo em relação ao seu semelhante, para alcançar a felicidade. Trata-se de buscar regras universais e necessárias para uma convivência humana que garanta a liberdade a todos os indivíduos. Comenta-se de uma certa influência de Rousseau nessa área, onde as obras marcantes foram a *Crítica da Razão Prática* e a *Crítica do Julzo*, nos remetendo, respectivamente, ao campo da moral e da estética.

Vejamos o seguinte esquema:



Podemos observar que o tema da *liberdade* é a grande questão de fundo da filosofia kantiana. Para Kant, ser livre é gozar de autonomia em todos os campos. Por isso estudar o próprio conhecimento: o que se pode conhecer? Como se pode conhecer? Respondendo tais perguntas o homem liberta-se da tradicional prisão metafísica para se afirmar como o próprio sujeito do conhecimento. Por outro lado, a liberdade também implica na relação entre os homens. Portanto, ser livre também pressupõe condutas da ação humana que sejam universais, para que possa existir uma relação harmônica e pacífica entre indivíduos e Estados.

Para desenvolver plenamente seus estudos, sem dar margens a nenhum tipo de inconsistência, Kant se propôs um saber crítico. Daí sua filosofia também ser conhecida como *crítico*, que consiste no exame de valor que se pode fazer sobre uma teoria, uma conduta ou uma experiência, a fim de buscar suas condições de possibilidade, de validade e os seus limites. Podemos afirmar que o crítico surge do movimento realizado por Kant diante daquilo que considera como dois erros, a saber:

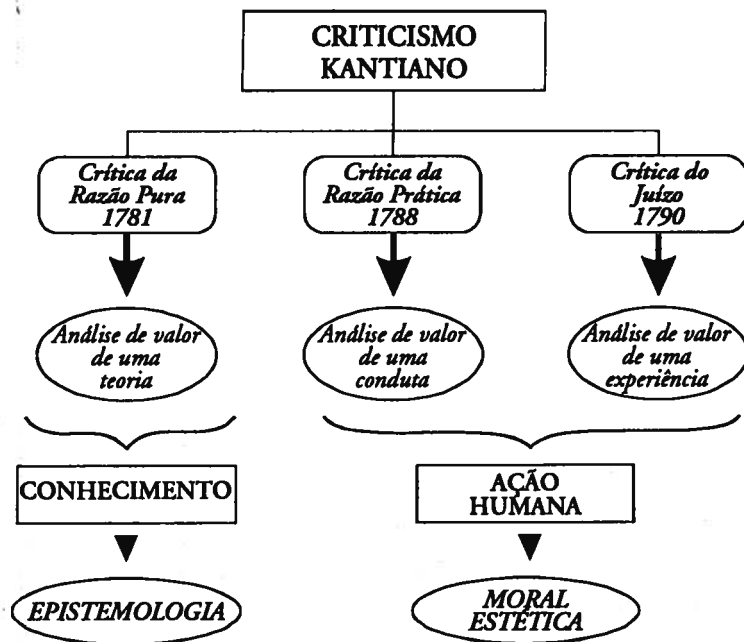
- a) o erro do *dogmatismo racionalista* que confia cegamente na razão, caindo, por isso mesmo, numa metafísica ilusória;
- b) o erro do *empirismo* que reduz tudo à mera experiência subjetiva,

caindo, por isso mesmo, num ceticismo quanto ao conhecimento e a verdade.

Dessa forma, o crítico kantiano irá buscar as verdadeiras bases para um uso correto da razão, investigando o que ela pode e o que ela não pode, em outras palavras, suas possibilidades e limites. É por isso que se costuma dizer de um “tribunal da razão” na filosofia kantiana, onde a razão ocupa, curiosamente, um duplo papel: de juiz e de réu; ou seja, ela está sendo julgada por ela mesma. É a razão que se submete às suas próprias leis. Assim, a razão crítica é aquela da qual nada escapa a um minucioso exame; até mesmo seu agente e operador é visto e analisado por ela, para que nada fique à mercê de respostas dogmáticas e sem fundamento racional. O conhecimento como ciência é, exatamente, esse que é submetido ao império da razão para se apresentar de forma verdadeira e sistemática, segundo as características de um sujeito autônomo, posto que também submetido à razão. A razão crítica é, antes de mais nada, a razão que se critica a si mesma, impedindo seus delírios megalomânicos e reconhecendo, humildemente, suas possibilidades:

“Em todos os seus empreendimentos a razão tem que se submeter à crítica, e não pode limitar a liberdade da mesma por uma proibição sem que isto a prejudique e lhe acarrete uma suspeita desvantajosa. No que tange à sua utilidade, nada é tão importante nem tão sagrado que lhe seja permitido esquivar-se a esta inspeção atenta e examinadora que desconhece qualquer respeito pela pessoa. Sobre esta liberdade repousa até a existência da razão; o veredicto desta última, longe de possuir uma autoridade ditatorial, consiste sempre em nada mais do que no consenso de cidadãos livres dos quais cada um tem que poder externar, sem constrangimento algum, suas objeções e até seu veto.” (KANT, 1980: 363)

Apesar do contexto criticista estar fortemente associado à principal obra de Kant – *Crítica da Razão Pura* – onde discute os fundamentos epistemológicos do saber que possa ser reconhecido como ciência, todas as suas obras tem esta marca, que nas três principais, justamente as três críticas, se inscreve já no título: *Crítica da Razão Pura*, *Crítica da Razão Prática* e *Crítica do Juízo*. Vejamos o esquema:



3.1. O Conhecimento em Kant

A forma como Kant responde os problemas colocados à teoria do conhecimento pelas correntes racionalista e empirista ficou conhecida como uma espécie de revolução copernicana. Copérnico já havia demonstrado que o universo é infinito e, por isso mesmo, a Terra não poderia ser o centro do cosmo e que o Sol não é um planeta, mas uma estrela, sendo a Terra que gira ao seu redor, e não o contrário, como acreditavam os antigos e medievais. Para Kant, racionalistas e empiristas estavam buscando um “centro” falso e inexistente, quando afirmavam ser a realidade racional em si mesma e, assim, inteligível. Dessa maneira, “colocaram a realidade exterior ou os objetos do conhecimento no centro e fizeram a razão, ou o sujeito do conhecimento, girar em torno deles” (CHAUI, 1994: 77). É aí que surge a revolução proposta por Kant, quando este afirma que é o sujeito de conhecimento – razão crítica – que deve ser o centro do conhecimento e não o contrário:

“Até agora se supôs que todo o nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo a priori sobre os mesmos, através do que ampliaria o nosso conhecimento, fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori dos objetos que se deve estabelecer sobre os mesmos antes de nos serem dados.” (KANT, 1980: 12)

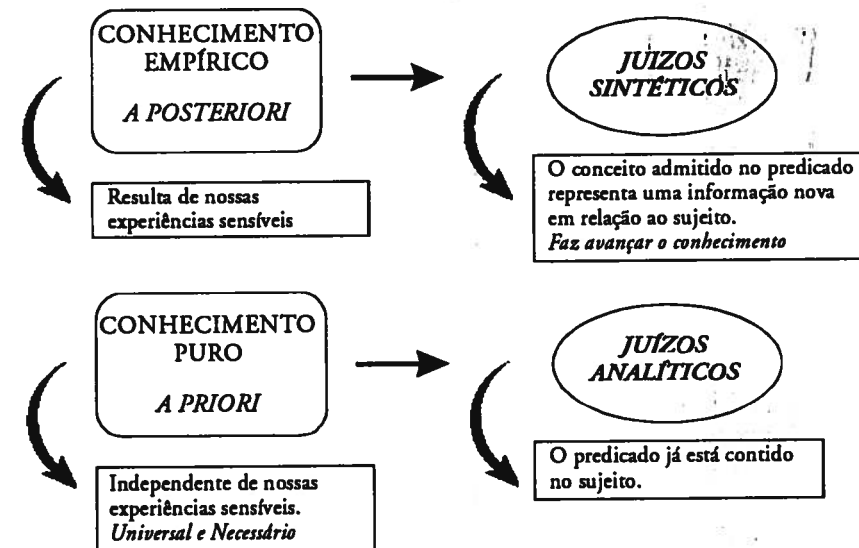
Assim sendo, todo o processo de produção do conhecimento, a partir de Kant, passa a ser visto como o resultado da relação entre *sujeito cognoscente* e *objeto cognoscível*, onde existe uma sobreposição do primeiro em relação ao segundo, quer dizer, da razão em relação à realidade, uma vez que é aquela que legisla sobre esta ao instituí-la como objeto para sua cognição, para seu conhecimento. Em outras palavras, cabe ao sujeito o papel de instituir seus objetos cognitivos, para afirmar-se como hegemonia da razão sobre o real. Como podemos ver, a teoria do conhecimento de Kant não é exatamente um discurso científico, mas um discurso sobre a ciência, sobre como é possível produzir conhecimentos ditos científicos e, por isso, com pretensão de universalidade e precisão. No prefácio da *Crítica da Razão Pura*, diz ser esta “um tratado do método e não um sistema da ciência mesma; não obstante traça como que todo o seu contorno, tendo em vista tanto os seus limites como também toda a sua estrutura interna.” (1980: 14)

Temos, assim, que o conhecimento científico se opera na forma de uma relação entre sujeito e objeto, conforme as características e determinações próprias do sujeito racional, que é o fundamento último do próprio conhecimento. No entanto, já sabemos que este sujeito cognoscente é tomado criticamente, ou seja, reconhecido nos seus limites como limites da própria razão. Este reconhecimento dos limites da razão implica numa crítica kantiana ao *dogmatismo* do racionalismo antigo, medieval e moderno que pretendia desvendar metafisicamente os atributos ontológicos da natureza primeira do ente, o *númeno*, ou seja, a *coisa em si*. Esta não pode ser conhecida, mas apenas a maneira como se apresenta ao homem. Em outras palavras, não se conhece racionalmente o *númeno*, mas pode-se conhecer o *fenômeno*, que significa a maneira pela qual um ente faz-se conhecer, não o ente em si, pois este é incognoscível, mas sim

a forma de sua apresentação. O n meno é a coisa em si; este não pode ser conhecido cientificamente. O fen meno é a coisa na maneira como se apresenta ao sujeito; este pode ser conhecido cientificamente. Portanto, somente há conhecimento científico quando o objeto de conhecimento é tomado na sua dimensão fenomênica, ou seja, o *objeto cognoscivel é sempre um fen meno*.

Quando se debruça sobre o problema do conhecimento, Kant não se preocupa em descobrir se   possível a constru o de um saber de base universal, tido como científico, vez que as ciências da natureza já estavam constituídas como um fato, ou seja, já existia o conhecimento universal, científico. Sua questão era, então, saber *como* eram possíveis tais ciências. Rapidamente, a resposta dada por Kant foi a seguinte: o que torna possível o conhecimento científico são os *juízos sintéticos a priori*. O que remete a outra questão: como   possível um *juízo sint tico a priori*? Pois bem, sabendo que o centro do conhecimento é o sujeito cognoscente, a resposta somente poderia resultar da análise da faculdade de conhecer do sujeito, o que é feito na Crítica da Razão Pura. Partindo dos aportes oferecidos tanto por empirismo como por racionalismo, Kant observa e distingue duas formas de conhecimento: 1) o *empírico* ou *a posteriori*, sendo o que resulta de nossas experiências sensíveis; e 2) o *puro* ou *a priori*, sendo o que independe de nossas experiências sensíveis. Temos, destarte, que o conhecimento empírico, embora seja concreto e enriquecido pelo dado real dos sentidos ou de nossa experiência pessoal, não pode ser tomado de maneira universal ou necessária, o que já se torna possível no caso do conhecimento puro, tal qual ocorre nas proposi es da matemática. (KANT, 1980: 24-26) Por outro lado, Kant distingue dois tipos de juízo: 1) o *analítico*, sendo aquele cujo predicado já está contido no sujeito; e 2) o *sint tico*, sendo aquele que o conceito admitido no predicado representa uma informa o nova em rela o ao sujeito. Vejamos que os *juízos analíticos* são sempre universais e necessários, válido em qualquer tempo ou lugar, exatamente como deve ser o conhecimento científico. Entretanto estes não fazem o conhecimento em nada avançar, já que aquilo que informam do sujeito já estava contido na própria idéia do sujeito, sendo sabido por todos. (KANT, 1980: 27) Tomemos, como exemplo o juízo "a porta abre e fecha". Ora, embora esta seja uma proposi o un versal, todos sabem que porta abre e fecha, pois, caso contrário, não seria porta. Agora, vejamos o juízo a "porta está aberta". Esta proposi o realmente

acrescenta um dado novo sobre o sujeito que não era conhecido anteriormente, fazendo o conhecimento avançar. Contudo, este conhecimento somente pode ser considerado válido para aquele sujeito especificamente, não podendo se dizer, porque esta porta está aberta, que todas as portas do mundo estão abertas. Dessa forma, o juízo "porta abre e fecha"   analítico, tal qual o juízo "o triângulo têm três lados" ou "todos os corpos são extensos"; já o juízo "a porta está aberta"   sint tico, tal qual "todos os corpos se movimentam". Resumindo, temos o seguinte:



Acontece que, isoladamente, estes conceitos ainda não respondem ao problema do conhecimento científico, pois os juízos sintéticos são empíricos e fazem avançar o conhecimento, mas não são universais e necessários, não servindo, portanto, para explicar o funcionamento das ciências. Já o conhecimento a priori é universal e necessário, mas apenas traduz juízos analíticos, onde não se revela nenhuma novidade sobre o sujeito, de forma que não faz avançar o conhecimento e, também, não serve para explicar o funcionamento das ciências. A resposta está numa categoria empírica onde o predicado não esteja contido no sujeito mas que, ao mesmo tempo, seja universal e necessária: trata-se do *juízo sint tico*

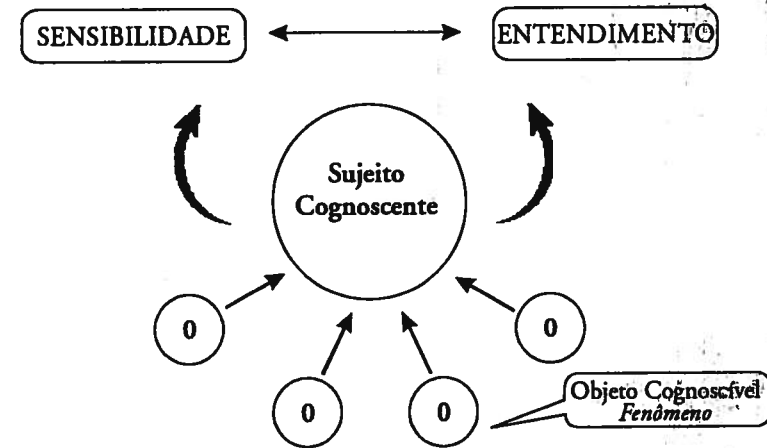
a priori. (KANT, 1980: 28) Somente os juízos sintéticos fazem a ciência avançar, na medida em que acrescentam uma informação sobre o sujeito; contudo é necessário, para que haja ciência, que a informação não se restrinja a uma única observação específica de um fenômeno, mas possa ser tomada como atributo universal e necessário de dado objeto cognoscível.

Os juízos sintéticos *a priori* representam o conhecimento científico porque são universais e crescentes, ao mesmo tempo:

“Ora, se os juízos analíticos trazem em si a universalidade e são, por isso, sempre a priori, e se os juízos sintéticos da experiência oferecem somente a possibilidade do crescimento do conhecimento – dado que naqueles o conhecimento é universal, mas não avança, e nestes o conhecimento é crescente, mas não universal – é preciso que existam juízos sintéticos a priori que tenham as duas características, já que sem eles não seria possível a física pura, nem a matemática, as quais, entretanto, são um fato. O juízo ‘todo acontecimento tem uma causa’ é um juízo sintético a priori. É a priori porque vale universalmente, de modo necessário, não provindo pois da experiência; é sintético porque no conceito acontecimento não está contido o conceito de causa.” (SALGADO, 1995: 87)

Ainda o conceito de juízo sintético *a priori* revela a hipótese central da filosofia kantiana da ciência: o conhecimento começa com a experiência, mas não surge todo ele da experiência, já que é universal e necessário. Kant faz uma espécie de síntese entre postulados do racionalismo e do empirismo, propondo o conhecimento na forma do resultado de um processo complexo que parte dos dados empíricos fornecidos pela intuição sensível processando-os na forma transcendental das categorias do entendimento, através de um esquematismo transcendental que promove a síntese do próprio conhecimento. Esquemáticamente:

Assim descreve Kant:



“Denominamos sensibilidade a receptividade de nossa mente receber representações na medida em que é afetada de algum modo; em contrapartida, denominamos entendimento ou espontaneidade do conhecimento a faculdade do próprio entendimento produzir representações. A nossa natureza é constituída de um tal modo que a intuição não pode ser senão sensível, isto é, contém somente o modo como somos afetados por objetos. Frente a isto, o entendimento é a faculdade de pensar o objeto da intuição sensível. Nenhuma destas propriedades deve ser preferida à outra. Sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdos são vazios, intuições sem conceitos são cegas. Portanto, tanto é necessário tornar os conceitos sensíveis (isto é, acrescentar-lhes o objeto na intuição) quanto tornar as suas intuições compreensíveis (isto é, pô-las sob conceitos). Estas duas faculdades ou capacidades também não podem trocar as suas funções. O entendimento nada pode intuir e os sentidos nada pensar. O conhecimento só pode surgir da sua reunião.” (1980: 74)

Como diz Kant, o conhecimento resulta da reunião das faculdades da sensibilidade – *intuição sensível* – e do entendimento. Pela primeira, entramos em contato com o mundo e pela segunda, pensamos este mesmo

mundo. O conhecimento não é, pois, um momento estático dos sentidos ou da razão, mas, antes, um *processo complexo* que opera através de sínteses que conduzem a diversidade dos dados empíricos à unidade das categorias do entendimento, na forma do sujeito de conhecimento, sujeito transcendental. São três sínteses que determinam esse processo:

1) **SÍNTESE DA APREENSÃO:** síntese operada pela sensibilidade quando esta é afetada pela representação do fenômeno, ou seja, quando os dados empíricos da realidade são experienciados pelo sujeito. No entanto, a afetação do fenômeno sobre a sensibilidade do sujeito é “filtrada” por uma forma própria deste sujeito que é sua *intuição pura*. Para Kant, a *intuição pura* da sensibilidade ou forma *a priori* da intuição sensível corresponde ao espaço e ao tempo. Isso quer dizer que espaço e tempo não conformam uma realidade própria com existência autônoma, mas estão dentro do sujeito, como forma *a priori* da sensibilidade e somente se apresentam como objetivos enquanto dados que afetam a sensibilidade. O fato de todas as pessoas terem representações temporais e espaciais, na verdade, comprova que tempo e espaço estão dentro e não fora do sujeito. Assim, quando a sensibilidade capta os dados empíricos do fenômeno, forçosamente o faz na forma *a priori* de espaço e tempo.

2) **SÍNTESE DA RECOGNIÇÃO:** síntese operada pelo entendimento quando produz as regras e as categorias puras que tornam “pensáveis” os dados recebidos pela sensibilidade. No entanto, estes dados da intuição sensível são “filtrados” pelo entendimento na forma de conceitos puros, independentemente de seus conteúdos, apenas na sua forma. Para Kant, os conceitos puros devem ser entendidos como critério de todo conhecimento das coisas e derivam da antiga classificação aristotélica dada aos juízos: *quantidade* (universais, particulares e singulares); *qualidade* (afirmativo, negativo e indefinido); *relação* (categóricos, hipotéticos e disjuntivos); e *modalidade* (problemáticos, assertórios e apodícticos). (KANT, 1980: 69-72) A partir destes juízos, tomados como fio condutor, pode-se descobrir os conceitos puros ou categorias através das quais conhecemos a realidade fenomênica: da *quantidade* (unidade, pluralidade e totalidade); da *qualidade* (realidade, negação e limitação); da *relação* (substância e acidente, causa e efeito e ação recíproca); e da *modalidade* (possibilidade, existência e necessidade).

(KANT, 1980: 72-75) Assim, quando o entendimento pensa qualquer objeto dado à sensibilidade, forçosamente o faz na forma *a priori* das categorias ou conceitos puros.

3) **SÍNTESE DA IMAGINAÇÃO:** síntese operada pela imaginação, que não é uma faculdade, mas sim um *poder*, ou seja, uma força transcendental homogênea que se articula tanto com o fenômeno na sensibilidade como com os conceitos no entendimento, a fim de aplicar as categorias do entendimento aos dados da sensibilidade, de maneira a passar da heterogeneidade à homogeneidade, formando imagens que tornem possível pensar o objeto da investigação. (KANT, 1980: 103-108) Esta síntese da imaginação que articula o sensível e o inteligível é denominada por Kant de *esquematismo transcendental* e definido como um procedimento universal da imaginação que torna possível a elaboração de imagens dos conceitos que dão total inteligibilidade ao fenômeno. É a ação ou síntese última do sujeito de conhecimento que se manifesta como elemento intermediário entre as condições subjetivas do conhecimento e as condições objetivas da realidade fenomênica.

Dessa forma, o *juízo sintético a priori* que caracteriza o conhecimento concreto e universal das ciências, resulta, como dito anteriormente, desse complexo processo de sínteses que acolhe a multiplicidade de percepções dos sentidos e as eleva à forma de conceitos inteligíveis e universais. No entanto, todas as sínteses tem como centro o sujeito cognoscente que institui, à sua escolha, os objetos de sua investigação, a fim de pensá-los racionalmente. De efeito, o ato de pensar, para Kant, é sempre uma postura racional que impõe à realidade bruta as regras ou leis que a torna inteligível. Por isso se dizer que na filosofia kantiana é a *razão que legisla*, ou seja, que fornece as condições últimas de possibilidade do conhecimento ou da verdade, sendo, por isso, a mais alta faculdade do conhecimento. (SALGADO, 1995: 129) Assim, o sujeito racional é a própria unidade do conhecimento na forma do *eu penso*, ou, como diz Kant, é a *unidade racional transcendental*. (1980: 85)

IV) Considerações Finais: O Racionalismo Kantiano e a Aventura Moderna

A epistemologia kantiana radicaliza a aventura moderna do empreen-

dimento científico, ao lançar as bases mais sistemáticas e sólidas de uma nova fundamentação da verdade, tomada como verdade epistemológica. Embora o tribunal da razão tenha contido a arrogância da razão onipotente da metafísica dogmática, ele elevou ao mais alto pedestal a glória da razão teórica ou científica, como último reduto da verdade mesma. Contudo, a saga da razão não se esgotou no plano teórico. Buscando as causas das causas, Kant encontra o conceito de determinação e no seu oposto o de liberdade. Passa, então, a se dedicar à busca das condições de possibilidade de uma conduta comprometida com esta idéia de liberdade. Este é o caminho que será percorrido por uma outra razão, a *razão prática*, que preocupa-se não em traduzir as leis epistemológicas do conhecimento, mas em representar as leis que devem orientar o comportamento de seres racionais ou livres. Portanto, razão e liberdade são fundidas numa experiência de todo que caracteriza a subjetividade.

A perspectiva racionalista kantiana, serviu de base para a sustentação de uma sociedade que busca a legitimação de suas instituições e do comportamento de seus agentes em postulados racionalistas. Modernizar passa a significar racionalizar e racionalizar passa a significar estar mais perto da verdade e da liberdade. Contudo, ocorre que a razão pura e a razão prática de Kant, foram convertidas em razão instrumental, ou seja, meio para se atingir os fins. Muito rapidamente os meios se autonomizaram em relação aos fins, degenerando certas condutas técnicas. Mesmo a moral foi transformada em moralismo, como instrumento de dominação de certos grupos sociais. Tudo isso faz com que a busca pelo ideal da emancipação e da autonomia, como queria Kant, ainda se apresente como um desafio na sociedade moderna. Questionar os atuais padrões de legitimidade e repensar a instrumentalidade técnica é uma tarefa necessária para o enfrentamento desse desafio, bem como reinventar paradigmas epistemológicos que não se reduzam a padrões de ordem, mas estejam atentos às descontinuidades, rupturas e complexidade que conformam a realidade objetiva e a realidade subjetiva, como meio de acesso para a construções de padrões éticos e políticos que também considerem estes mesmos elementos.

Referências bibliográficas:

- ANDRADE, Regis de Castro. *Kant: a Liberdade, o Indivíduo e a República*; in Os Clássicos da Política, volume 2, WEFFORT, Francisco (Org.), São Paulo: Ática, 1993
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- BACON, Francis. *Novum Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*; in Os Pensadores, 3ª Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Atica, 1994.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*; in Os Pensadores, 2ª Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HUME, David. *Investigação Sobre o Entendimento Humano*; in Os Pensadores, 2ª Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*; in Os Pensadores, 2ª Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KANT, Immanuel. *O Que é a Ilustração*; in Os Clássicos da Política, volume 2, Francisco Weffort (Org.), São Paulo: Atica, 1993.
- LOCKE, John. *Ensaio Acerca do Entendimento Humano*; in Os Pensadores, 2ª Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

Alguns Aspectos da Globalização e do Trabalho

Maria Celeste Simões Marques *

Da globalização: breves enfoques

Boa parte das dificuldades inerentes ao empenho de definir “globalização” reside na própria dificuldade de compreender esse fenômeno, presente, em alguma medida, em todo o processo de evolução do capitalismo, desde suas próprias origens. Para não ir muito longe, é aconselhável recordar as observações de Marx relativamente ao fato de que, apesar de necessitar, àquela altura, do poder coercitivo do Estado-Nação, seria da essência do capitalismo sua natureza internacional e sua propensão expansionista. Conforme Marx, o mundo estaria fadado à crescente globalização da economia capitalista, e ao crescente desemprego tecnológico, o que hoje, restam consumados.

No bojo da ascensão do neo-liberalismo, segundo François Chesnai¹ (1996), o qualitativo global emergiu no princípio dos anos 80, nas escolas de Administração de Empresas de universidades norte-americanas (Harvard, Columbia, Stanford, etc.), sendo popularizado em escala mundial por via da imprensa econômica e financeira. O termo enviaria como mensagem, aos grandes grupos multinacionais, a necessidade de se aproveitarem da oportunidade aberta pela liberalização e desregulação

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

¹ CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo. Xamã, 1996, p.23

das economias, com disponibilidade de controles à distância, proporcionadas pela telemática e satélites de telecomunicações, para expandirem suas atividades naqueles espaços que possibilitassem maiores lucros. Para tanto, seria necessária a reformulação de suas estratégias internacionais a partir de uma reorganização produtiva e comercial. As empresas vistas como “sem nacionalidade”.²

Sobretudo, a partir do século XVI, facilidades de transportes levaram à integração crescente entre as economias nacionais e o resto do mundo e à elevação no fluxo internacional de produtos e fatores.

Ao final dos anos 70, a globalização assume um caráter marcadamente microeconômico, sendo resultado de estratégias e comportamentos das empresas. Os países são atingidos na medida em que, de agentes e reguladores do processo de internacionalização da economia, passam à condição de provedores dos grandes grupos internacionais.

A desregulamentação dos mercados indicou, nas décadas de 80 e 90, uma redução significativa da governabilidade nos países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que têm dificuldades de exercerem a soberania sobre a política econômica nacional.³

Portanto, a maioria das definições apresentadas, com respeito ao fenômeno da globalização, são direcionadas aos fatores econômicos, os quais se sedimentaram no curso das últimas duas décadas em que, face a mundialização dos mercados de bens, serviços e de capital, as corporações transnacionais alcançaram proeminência como atores internacionais.

Embora a globalização apresente outras dimensões, foi da globalização

² “Boaventura de Souza Santos (1997) bem mostra que a “globalização”, difícil de ser tratada no singular, é a história do vencedor contada por ele próprio, ou seja: é a história do(s) vencedor(res) sobre o(s) vencido(s). Para tanto, sustentando que presenciamos uma forma de globalização que é o “localismo globalizado”, ele propõe a seguinte definição: “a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival (op.cit., p.108)”, apud, ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *Direitos e Integração Econômica: será a livre circulação do fator trabalho o embrião de uma cidadania comum?*, in, *Trabalho, Cidadania & Magistratura*. Ed. Trabalhistas. R.J., 2000, p.115

³ Vide ensaio publicado no Jornal do Brasil, Caderno Idéias, p. 5, em 29/04/2000, texto de Paulo Roberto de Araújo comentando Alain Touraine “...Para Touraine, a possibilidade de acreditarmos na revitalização da esfera pública depende, sobretudo, de nos livrarmos do que ele chama de “pensamento único”, ou seja, a crença de que a globalização possui uma força econômica tão esmagadora que é capaz de eliminar a ação política”.

econômica, vista como a recente internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos, que o plexo de mudanças generalizadas se originou. Uma vez mais, citando Marx, foi no cenário das modificações econômicas que brotaram os fatores deflagradores das demais mudanças que, imperiosamente, impuseram-se à sociedade contemporânea como fontes de inquietação e de incerteza em todos os demais terrenos. Este é o viés principal da globalização, ainda que posteriormente seja entendido, convertido num fenômeno capaz de ensejar *“ruptura drástica nos modos de ser, sentir, agir, pensar e fabular. Um evento heurístico de amplas proporções, abalando não só as convicções, mas também as visões de mundo”*⁴

Neste cenário, um dos paradoxos apontados por Renato Baumann⁵(1996) é a necessidade de políticas nacionais que adaptem os sistemas produtivos locais a um grau maior de interdependência com outras economias. O Estado há de se fortalecer.

Apesar dos processos de declínio dos Estados Nacionais, se faz mister que tenhamos em vista que tal processo não é linear, uniforme, ou, como prefere Liszt Vieira(1998),

*“o processo de declínio é irregular: em alguns países, a política nacional será fortemente influenciada pelos processos globais, enquanto em outros, os fatores regionais ou nacionais continuam mais importantes. A persistência do Estado-Nação, no entanto, não significa que a soberania nacional não tenha sido afetada profundamente pelo choque de forças e relações nacionais e internacionais.”*⁶

É certo que a globalização econômica vem reduzindo os espaços da soberania dos Estados, inclusive no Primeiro Mundo.

Para Otávio Ianni, *apud* Liszt Vieira⁷(1998), *“no contexto da globalização algumas nações sofrem uma espécie de obsolescência, total ou parcial, como é o caso do Estado-Nação, que entra em declínio como realidade e conceito. (...)”*. A soberania do Estado-Nação *“não está sendo simplesmente limitada, mas abalada pela base”*. Segundo Ianni (1996), aos poucos *“a sociedade global tem subsumido, formal ou realmente, a sociedade nacional”*.

⁴ IANNI, Octávio. Teoria da Globalização. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p.13.

⁵ BAUMANN, Renato. *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro. Campus/SOBEET, 1996, p. 46

⁶ Op. cit. p. 109

⁷ Op. cit. p. 109. IANNI, Otávio. *Teorias da Globalização*. Civilização brasileira. Rio, 1996.

Chesnais⁸ (1996) destaca, ainda, a ambigüidade e a carga ideológica “consciente-mente” contida na palavra globalização. Enquanto o termo “global” traz a idéia de uma marcha inexorável do mundo, no sentido da dissolução das diferenças, apenas cabendo aos agentes e países adaptarem-se à nova realidade.

Já José Luís Fiori⁹(1995) destaca o fato de a globalização estar provocando um processo de polarização crescente entre regiões, países e grupos sociais, com a aceleração das desigualdades inter e intranacionais, tornando distante a promessa do “mundo sem fronteiras”.¹⁰

Para outros autores, como Paul Hirst e Grahame Thompson¹¹(1998), a globalização é um mito tendente a paralisar as iniciativas nacionais e a aguçar o nosso desamparo diante das forças irreversíveis e avassaladoras do mercado, o mais concreto dos agentes abstratos.¹²

John Gray (1999) diz que globalização não se confunde com o mercado livre em escala mundial. Globalização refere-se à crescente interconexão da vida econômica e cultural em partes distantes do mundo e critica aqueles que imaginam que a globalização tende a criar uma civilização universal por difusão de métodos e valores ocidentais.¹³

Para o Prêmio Nobel de Economia de 1998, o indiano Amartya Sen(2000), em pronunciamento sobre a globalização econômica, em que pese reconhecer méritos na globalização, aponta dois tipos de injustiças que não de ser consideradas quando se analisa o processo inexorável: a exclusão social e a exploração. *“A exploração é inclusão, apesar de ser uma*

⁸ CHESNAIS, François. *A mundialização...*p. 24

⁹ FIORI, José Luís. *Em busca do dissenso perdido: ensaios críticos sobre a festejada crise do Estado*. Rio de Janeiro. Insight Editorial, 1995, p. 223/224. Em outra publicação, *O Novo Papel do Estado frente à Globalização*, in, *Os Falsos Moedeiros*, op. cit. p. 242-243. O autor discute três mitos fundamentais em que se sustenta a ideologia dominante sobre a globalização: 1º mito: *“A globalização é uma resultante exclusiva das forças de mercado.”*; 2º mito: *“A globalização é um fenômeno universal, inclusivo e homogeneizador”*; 3º mito: *“A globalização promove uma redução pacífica e inevitável da soberania dos estados nacionais.”*

¹⁰ Frei Beto declara, *“a Globalização tem globalizado a pobreza, a violação à soberania das nações pobres. Tem sido uma globocolonização, num momento em que o mundo necessita de uma globalização dos bens da Terra e dos frutos do trabalho, do respeito às diferenças e do espírito de solidariedade. Hoje, 85% da população mundial vivem na pobreza.”*, in, Bancário, p.2. Periódico do Sindicato dos Bancários do R.J., 29/08/2000.

¹¹ HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. *A Globalização em Questão*. Petrópolis. Vozes, 1998, in Prefácio à edição brasileira, p. 11.

¹² Op. Cit.p.11.

¹³ GRAY, John. *Falso Amanhecer – Os equívocos do Capitalismo Global*. Record, SP, 1999.

horrrível forma de inclusão. O escravo, por exemplo, está incluído¹⁴. A exclusão não é inclusão nenhuma; o mendigo que vive debaixo da ponte, por exemplo". Para ele, a luta contra a exclusão social não deve resultar numa inclusão a qualquer preço. O combate à exploração não deve levar ao abandono das pessoas à própria sorte.¹⁵

Giuseppe Cocco(2000) denuncia que, "desde a crise asiática de 1997, a chamada globalização econômico-financeira assumiu uma nova e dramática visibilidade. A integração de cada país numa circulação mundializada de créditos, aplicações financeiro-monetárias e mercadorias aparece, ao mesmo tempo, como um fato incontornável e como a maior responsável pela atual desordem econômica. A globalização desempenha um papel paradoxal. Por um lado, é o bode expiatório ao qual os governos podem imputar a falência de suas políticas (no caso do Brasil, a falência do plano Real). Por outro lado, é nas instituições (FMI, Banco Mundial, etc) e nos mercados (pelas políticas cambiais, das taxas de juros etc) da globalização que se buscam as receitas e os remédios para a crise.[...] Atribui-se à "globalização", como fenômeno genérico, as responsabilidades pela crise para, ao mesmo tempo, entregar definitivamente às mãos da "globalização", como preciso conjunto de instituições transnacionais, a definição e gestão das políticas para se sair da crise."¹⁶

São várias e variadas as concepções e interpretações do multifacetado e inexorável fenômeno da globalização, mormente econômica, de natureza contraditória, desigual e descontínua, que se refere a um processo inacabado.¹⁷

No Brasil, segundo um representante do poder Executivo, o Ex.

¹⁴ Até hoje, no Brasil, são identificados casos de exploração de mão-de-obra em condição análogo a de escravo, em que pese ser crime, nos termos do art. 149 do CP. O Senador Ademir Andrade (PSB-PA), em proposta de emenda constitucional (PEC), defende a expropriação de terra onde há trabalho escravo, dada a persistência desse crime no país, e sobretudo no Pará. Cf. Jornal do Senado de 20/11/2000.

¹⁵ SEN, Amartya, indiano, professor em instituições como Oxford, Harvard, London School of Economics e Trinity College, em Cambridge, Prêmio Nobel de Economia em 1998, que, em visita ao Brasil, concedeu entrevista publicada em encarte especial sobre Globalização, no Jornal Valor, de 24/07/2000. "... O tema central foi a necessidade de que se definam com clareza os 'termos da Inclusão' de países e indivíduos no processo de globalização, para que ele seja o mais justo possível."

¹⁶ COCCO, Giuseppe. Trabalho e Cidadania. Produção e direitos na era da globalização. Ed. Cortez. S.P., 2000.p.21.

¹⁷ Cabe mencionar outros autores, dentre vários que tratam do tema, tais como David Held, Fredric Jameson. Segundo FIORI, op. cit. P. 250 "[...] a globalização não é um processo isento de contradições. Seus impactos e perspectivas são diferenciados, e as alternativas abertas a cada país dependem, exatamente, das opções feitas pelas suas forças sociais e políticas internas e coordenadas por seus estados nacionais. Não há um recetivário válido urbi et orbi."

Exmo. Sr. Ministro do Trabalho, Edward Amadeo, enquanto ministro da pasta, o fenômeno da globalização econômica tem "impactos" positivos sobre o mercado de trabalho brasileiro, ante a tônica da "competitividade", e registrou que no processo de "integração por que vem passando a maior parte das economias latino americanas" (sic), podem ser arrolados em quatro grupos:

- o aumento da concorrência internacional e doméstica;
- o crescimento do investimento direto;
- as mudanças distributivas; e
- a maior incidência de "choques setoriais".¹⁸

Portanto, na contra-mão dos pensadores que denunciam os efeitos avassaladores da globalização econômica no mercado de trabalho, identificamos a voz, oficial, de defensores, coadunados que estão, com o chamado "Consenso de Washington"¹⁹.

Do Trabalho

"o produto do trabalho não é apenas mais-trabalho e mais-valia, mas criação coletiva de um novo mundo"

Antonio Negri²⁰(1990)

Na era Moderna, após as navegações, a sociedade pautou-se pelo processo de expansão do mercado capitalista e pela manufatura. Na Europa, floresceu a cultura burguesa, apoiada nos princípios de liberdade de

¹⁸Ver nota nº 10 do MTb, <http://mtb.gov.br>. A Globalização e sua dimensão trabalhista. Edward Amadeo, Ministro do Trabalho. Trabalho apresentado na XI Conferência Interamericana de Ministros do Trabalho, em Viña del Mar, Chile, outubro de 1998.

¹⁹ Como esclarece o Prof. GÓMEZ, José Maria: "O neoliberalismo passou a pregar, válido para o mundo todo e em nome da inevitabilidade dos sistemas e atores da globalização transnacional da economia, um conjunto de reformas econômicas de "ajuste estrutural" (abertura das economias nacionais, desregulação dos mercados, flexibilização dos direitos trabalhistas, privatização das empresas públicas, cortes nos gastos sociais, controle do déficit fiscal, etc), mais conhecido na América Latina sob a denominação de "Consenso de Washington", in., Política e democracia em tempos de globalização, RJ, Vozes, 2000, p.21.

Sobre o chamado "Consenso de Washington", ver também GRAY, John. Falso Amanhecer: os equívocos do capitalismo global. Tradução de Max Altman. Ed. Record. R.J., 1999, p. 259-268.

²⁰NEGRI, Antonio. Il lavoro di Giobbe. Il famoso testo biblico come parabola Del lavoro umano. Milão, Sugar & Co., 1990.p. 29, apud, COCCO, Giuseppe. Trabalho e cidadania. Op. cit. p. 41: "[...] Produzir o mundo e gozá-lo constituem dois momentos inseparáveis. Aprender essa clivagem implica uma crítica radical da 'ideologia do trabalho' e de sua imagem reflexa, 'a ideologia do fim do trabalho'. Ou seja, 'precisamos ir para além da justificação da dor e apreender a transfiguração prática da dor. Não há valor - só há possibilidade de criá-lo."

mercado, autodeterminação individual e racionalidade científica. A noção burguesa opõe trabalho a não trabalho ou lazer, separando as esferas doméstica e pública da vida social²¹.

Paralelamente, associou-se a noção de trabalho (referente ao trabalho livre, na relação assalariada) à sua forma institucional, o emprego. Tornou-se importante referencial para o desenvolvimento emocional²², ético e cognitivo do indivíduo, no seu processo de socialização e, igualmente, para a atribuição de prestígio social intra e extragrupal.²³ O desemprego tornou-se fonte de tensão psicossocial, tanto do ponto de vista individual, como para a vida comunitária.²⁴

Pressupondo-se exclusivamente o trabalho humano, como na aceção

²¹ Sobre esfera pública e privada e sua relação com o trabalho ver ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, 9ed., Ed. Forense Universitária, 1999, p. 59, 68., e também, FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. Atlas. São Paulo, 2ed., 1997.

²² DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*, ed. FGV, RJ, 1999, p.52. O autor é psiquiatra, psicanalista, professor e diretor do Laboratório de Psicologia do Trabalho da França. Trabalha com a disciplina psicodinâmica do trabalho, também denominada psicopatologia do trabalho – tem por objetivo o estudo clínico e teórico da patologia mental decorrente do trabalho. Fundada no final da II Guerra, vem ganhando novos impulsos. O trabalho tem efeitos poderosos sobre o sofrimento psíquico. Ou bem contribui para agravá-lo, levando progressivamente o indivíduo à loucura, ou bem contribui para transformá-lo, ou mesmo subvertê-lo em prazer, a tal ponto que, em certas situações, o indivíduo que trabalha preserva melhor sua saúde do que aquele que não trabalha. Por que o trabalho ora é patogênico, ora estruturante? O resultado jamais é dado de antemão. É objeto da disciplina psicodinâmica do trabalho.

²³ Cf. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Direito do Trabalho: A passagem de um regime despótico para um regime hegemônico*. in, Revista da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.2, n.3 e 4, 1999. "... No regime hegemônico, chegam os "drogués du travail", os "workaholics", acometidos pelo "karoshi" – doença reconhecida pelo Instituto Nacional de Saúde Pública do Japão, como sendo a condição pela qual práticas de trabalho, psicologicamente nocivas, toleradas de tal forma que interrompem o trabalho normal e o ritmo de vida do trabalhador, pelo acúmulo de fadiga corporal e a uma condição crônica de excesso de trabalho, acompanhados de agravamento da hipertensão, resultando em um esgotamento fatal. A exaltação do trabalho, [...] enaltece todo e qualquer trabalhador como único modo de dignificação do sujeito. [...] Mais do que direito à vida, garantia de suprimento de necessidades, é direito ao prazer pelo trabalho, é direito a se constituir enquanto sujeito via trabalho. [...] O trabalho não estaria mais e somente para garantir o ganha pão-de-cada-dia, senão ainda e, principalmente, a dignificação do homem pela utilidade do seu serviço. O sujeito é o que faz, o que trabalha e para quem trabalha; em reverso, o sujeito não é, é um não-sujeito, se nada faz, se não trabalha, se não é tomado pelo capital. O aniquilamento do sujeito se projeta no sonho de ser explorado pelo capital, para não ser tomado na pequenez e inutilidade de quem nem para ser explorado conta."

²⁴ D'INTIGNANO, Beatrice/Majnoni. *A fábrica de desempregados*. Bertrand, 2000. Segundo a autora, que trabalha com foco fechado na França e uma lente angular na Europa, Japão e

de Marx, em *O Capital*,²⁵ o trabalho é atividade resultante do dispêndio de energia física e mental, direta ou indiretamente voltada à produção de bens e serviços, contribuindo, assim, para a reprodução da vida humana, individual e social.

A economia política clássica, que antecedeu a análise da sociedade capitalista realizada por Marx, enfocava os problemas de crescimento, valor e distribuição. terra, capital e trabalho dão origem a três classes fundamentais da sociedade: proprietários fundiários, empresários e trabalhadores.

A expressão trabalho livre, baseado na relação capitalista, significa separação entre a força de trabalho e a propriedade dos meios de produção. A venda da força de trabalho torna-se a única alternativa do trabalhador livre para obter, através do salário, sua sobrevivência. Marx distingue as noções de trabalho, força de trabalho e trabalhador: o capitalista compra, no mercado de trabalho, a força do trabalho, capacidade de trabalho, e não o trabalho realizado.

A força de trabalho torna-se, na sociedade capitalista, uma mercadoria, mas o trabalhador não. A quantidade de trabalho obtida depende do modo de organização do processo produtivo, a fim de promover a cooperação do trabalhador e desestimular atitudes de resistência ao trabalho.²⁶ É no processo dinâmico de inter-relações, entre os requisitos psíquicos e físicos do trabalho, que reside a base da cooperação, da

EUA, os números são impressionantes: "de 1970 a 1997, o desemprego na Europa cresceu 2,6% para 10,7% (sobre a população ativa), enquanto nos EUA, caiu de 5,8% para 4,7%. Em 1997, a população entre 15 e 65 anos mantida sem trabalho era de 25% nos EUA, 25,4% no Japão e de 40% na Europa. Na França, o número era ainda maior, 40,5%". Para ela, tais estatísticas evidenciam uma Europa socialmente adiantada com economia atrasada.

²⁵ MARX, Karl. *O Capital*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1968. Liv.1. v.1.

²⁶ ROUANET, Sérgio Paulo, em publicação no Jornal do Brasil de 18/09/1999, pondera que o cenário da teoria marxista nunca esteve tão aproximado aos nossos dias, quando afirma "... Na análise marxista, o capitalismo era necessariamente mundial. A melhor descrição do que hoje chamamos de globalização está no Manifesto Comunista, escrito em 1848 – a tendência do capital de interligar as regiões mais distantes do mundo, de comprar matérias primas em todos os cantos da terra, de vender produtos acabados em todos os países, de desmantelar todas as atividades econômicas meramente locais ... só agora, com a perda de influência dos estados nacionais, que a tendência internacionalista do capital pôde desdobrar-se segundo sua lógica imanente. A política passou a seguir a mesma direção que a economia ... O marxismo previa a pauperização constante da classe operária ... sob inúmeros aspectos ele (o marxismo) está de fato aniquilado. Mas o presente tornou "legível" uma dimensão da teoria marxista que parecia ter sido desmentida pela realidade. Removidas as contra-tendências que o inibiam, o capitalismo passou a ser em grande parte o que Marx disse que ele era – global, excludente e concentrador."

construção dos acordos intersubjetivos, necessários para a fabricação do consenso e para a viabilização do processo de trabalho²⁷.

Segundo David Ingram (1993), para Habermas, a crítica de Marx aos distúrbios da sociedade, decorrentes da crise de imperativos contraditórios de integração do sistema e da sociedade, padece de uma concepção romântica da sociedade, que define qualquer diferenciação entre o mundo vivo e sistema como uma alienação a ser superada. Para ele, como Marx em *O Capital*, privilegia uma razão dialética da razão, não levou em conta que a diferenciação, a purificação e a formalização de ações como estas são algo inerentemente racionais.²⁸ Também sustenta que a “teoria da alienação”, proposta por Marx nos *Manuscritos de Paris*, de 1844, contrasta com a liberdade essencial, a sociabilidade e a criatividade universal inerentes à natureza humana, com a distorção sofrida pelo capitalismo.²⁹ Habermas (1993) considera o materialismo histórico reducionista, pois concebe o processo de auto-constituição da espécie exclusivamente a partir da categoria do trabalho, isto é, da ação instrumental.³⁰

Em *A crise de legitimação no capitalismo tardio*,³¹ encontramos o entendimento de Habermas (1980) de que no capitalismo avançado o Estado enfrenta imperativos de orientação contraditórios; hesita continuamente entre duas posições: garantir os custos do crescimento econômico e compensar suas vítimas.³² A política do Estado corre o risco de ser vista como a política do capital. Risco parcialmente evitado com a

²⁷ DEJOURS, Christophe e MOLINIER, Pascale. *Le travail comme enigme. Sociologie du travail*, v. 36, n.HS, 1994, p.35-44

²⁸ INGRAM, David. *Habermas e a razão dialética*. Tradução: Sérgio Bath. Ed. Universidade de Brasília, 1993, p.197

²⁹ Idem, p.198

³⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. *Teoria crítica e psicanálise*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983, p.276

³¹ HABERMAS, Jürgen. *A crise da legitimidade no capitalismo tardio*. Tradução; Vamir Chacon – Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro, 1980.

³² No que diz respeito às relações sociais, David Held critica Habermas por concentrar demais a sua análise da crise econômica no Estado Nação, ignorando as tendências de crise global, centralizadas no hiato entre o desenvolvimento econômico das nações industrializadas e o dos países do Terceiro Mundo, que transcende a capacidade de gerenciamento das instituições paroquiais. In, *Habermas: critical debates*. Editado por J.B. Thompson e David Held. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1982, apud, David Ingram, *Habermas e a dialética da razão*. Tradução de Sérgio Bath...p.274.

introdução de medidas sociais e econômicas contentoras das massas, mitigando o debate e despolitizando através da transformação da ciência e da técnica em ideologia

No início do século 21, os avanços da tecnologia microeletrônica e da racionalização das técnicas organizacionais do processo do trabalho, orientados por conceitos como produção flexível, produção enxuta e especialização, em um contexto de competição capitalista global, colocam em cheque a centralidade do trabalho.

Decorridos três séculos de predomínio da sociedade industrial, o trabalho passa a assumir um conteúdo crescentemente intelectual, em contraposição ao conceito de trabalho físico e manual. Passa a ser de suma importância a informação, do trabalho imaterial, em contraposição ao conceito tradicional de trabalho, centrado na idéia de transformação da natureza. Outras formas de sociabilização, de construção de identidades sociais e individuais são pensadas, tais como trabalhos comunitários, voluntários, sem fins lucrativos, ou seja, ocupações, independentemente de outras formas de ocupações laborais com contra-prestação econômica³³. Alguns estudos apontam para a importância de políticas públicas voltadas ao estímulo de atividades intensivas em mão-de-obra, ao mesmo tempo que defendem a necessidade de diminuição da jornada de trabalho semanal.³⁴

Mais que simples especulações, os desafios são amplos. Porém, parece certo que as formas precárias de ocupação e apropriação da força de trabalho (trabalho temporário, desregulamentação do trabalho, flexibilização de direitos, rebaixamento dos salários, etc) estão longe do conceito aristotélico de trabalho humano como obra criativa, livre da esfera da necessidade.

Afinal, vivemos uma crise da sociedade do trabalho?

³³ Em notícia divulgada pelo Jornal do Brasil de 04/12/1999, a CUT promoveu, em São Paulo, o Seminário Internacional de Economia Solidária, onde se discutiu experiências internacionais com o objetivo de gerar novas oportunidades de trabalho, incentivar empreendimentos solidários e a criação de novos projetos de desenvolvimento sustentáveis e sociais (como créditos de pequeno porte, formação, pesquisa e incubadora de cooperativas). Há projetos similares já desenvolvidos na Europa e Ásia.

³⁴ Ver sobre o assunto, ANTUNES, Ricardo. *Contra a lógica da produção destrutiva*. Folha de São Paulo. São Paulo. 03 mar. 1996, e, MATTOSO, Jorge. *Mobilização social pode evitar desastre*. Folha de São Paulo. São Paulo, 3 mar.1996.

Da Sociedade do Trabalho

Então, temos ou não uma sociedade do trabalho sem trabalho? Esta é uma questão posta como crise transnacional, no âmbito do mercado globalizado. São sociedades do trabalho aquelas nas quais o trabalho ocupa um lugar central na vida dos indivíduos, porém, hoje se questiona a categoria trabalho³⁵ e, no atual contexto global, não há trabalho para todos.

A partir da Revolução Industrial, o trabalho tornou-se o princípio organizador fundamental das relações sociais e, portanto, o meio pelo qual os indivíduos adquirem existência e identidade social pelo exercício de uma profissão. A sociedade industrial definiu-se como uma sociedade de trabalhadores.³⁶

Conforme esclarece o Prof. Josué Pereira da Silva³⁷(1995), citando Claus Offe (1989) :

Foram essas razões que levaram os pensadores clássicos a privilegiar a noção de trabalho, a ponto desta noção acabar se impondo como a pedra fundamental da teoria sociológica e ponto de referência das pesquisas sociais. Offe afirma ainda a esse respeito que, embora a expressão "sociedade do trabalho" não faça parte do vocabulário sociológico de Marx, Weber ou Durkheim, a importância assumida pelo trabalho em suas construções teóricas permite concluir que, para eles, o trabalho aparecia como o fato social fundamental, impondo-se como paradigma das teorias da sociedade por eles formuladas.

Na interpretação de Josué Pereira³⁸(1995), "a noção de capitalismo tardio baseia-se fundamentalmente nas mudanças estruturais vividas pelas

³⁵ FARIA, José Fernando de Castro. *Cidadania, Trabalho e Reconstrução do Direito*, in, Revista da Faculdade de Direito da UFF, v.1, 1998. p.51 : "Ao contrário da tese estabelecida por C. Offe, que defende o fim da categoria trabalho como conceito sociológico fundamental, o estudo do mundo do trabalho está no centro das atenções das ciências sociais."

³⁶ Ver, ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1983, apud, Josué Pereira da Silva, *A crise da sociedade do trabalho*, in, Lua Nova, n.35-95

³⁷ SILVA, Josué Pereira da, *A crise da sociedade do trabalho*, in, Lua Nova, n.35-1995.p. 171. Citação de OFFE, Claus. *Trabalho e sociedade - problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989.

³⁸ PEREIRA, Josué, Op. cit. p. 173

sociedades capitalistas industrializadas desde o final do século XIX". Essas mudanças estruturais consistem, segundo Habermas (1970), basicamente em duas tendências de desenvolvimento, que ele resume como "um crescimento da intervenção estatal, com o objetivo de garantir a estabilidade do sistema, e uma crescente interdependência entre a pesquisa e a tecnologia, que converteu as ciências numa força produtiva dominante".³⁹

Habermas (1970) também discute as bases da teoria marxista do valor-trabalho:

"Não faz mais sentido calcular o montante de capital investido em pesquisa e desenvolvimento com base no valor da força de trabalho simples, não-especializada, quando o progresso científico-técnico se tornou uma fonte independente de mais-valia considerada por Marx – isto é, a força de trabalho dos produtores imediatos – desempenha um papel cada vez menor".⁴⁰

Porém, as mudanças estruturais das últimas décadas levaram alguns estudiosos a questionar a centralidade que tem sido atribuída ao trabalho. Offe, Gorz e Habermas são exemplos, com a anunciada crise da sociedade do trabalho.

Quando se tematiza a crise da sociedade do trabalho se faz mister qualificar de que dimensão se está falando: da dimensão abstrata do trabalho – como sugere Robert Kurz⁴¹(1992),(onde não há diferentes formas de trabalho concreto, todas reduzem-se a uma espécie de trabalho, o trabalho humano); ou a dimensão concreta do trabalho (caráter de utilidade do trabalho, dispêndio de uma força humana para um determinado fim, produzindo valores-de-uso, e enquanto elemento estruturante do intercâmbio social entre os homens e a natureza), como

³⁹ Ver HABERMAS, Jürgen. *Toward a Rational Society*. Boston, Beacon Press, 1970,p.100, apud, PEREIRA, Josué, Op.cit.

⁴⁰ HABERMAS, J., op. cit. p.174

⁴¹ KURZ, Robert. *O Colapso da Modernização (Da derrocada do Socialismo de Caserna à Crise da Economia Mundial)*. São Paulo, Paz e Terra, 1992, apud, Ricardo Antunes. *Adeus ao Trabalho?...* p.77. "A sociedade do trabalho como conceito ontológico seria uma tautologia, pois, na história até agora transcorrida, a vida social, quaisquer que sejam suas formas modificadas, apenas podia ser uma vida que incluisse o trabalho. Somente as idéias ingênuas do paratso e do conto do país das maravilhas fantasiavam uma sociedade sem trabalho".

sugerem Offe⁴²(1989), Gorz⁴³(1982) e Habermas⁴⁴(1987), dentre outros.

Há o reconhecimento da sociedade como produtora de mercadorias, mas não o reconhecimento do papel central do trabalho assalariado, da *classe-que-vive-do-trabalho* como sujeito potencialmente capaz de caminhar *para além do capital*.⁴⁵ Trata-se de uma crise da sociedade do trabalho abstrato cuja superação tem, na classe trabalhadora, mesma fragmentada, heterogeneizada e complexificada, o seu pólo central no processo de emancipação do trabalho e pelo trabalho. Todo o amplo espectro de humanos, assalariados que compreendem o setor de serviços, os trabalhadores “terceirizados” do mercado informal, domésticos, os subempregados, os desempregados, ou seja, todo aquele trabalhador e trabalhador precarizado, juntamente como o enorme contingente de desempregados ou excluídos do processo de criação de valores – o que já se configura como maioria, considerada a população mundial atualmente – que padecem da desmontagem social dirigida pelo capitalismo em sua lógica destrutiva que, se entendidos enquanto *classe*, formam um segmento social dotado de enorme potencialidade anticapitalista.

Sustenta Ricardo Antunes (1999) que o momento da omnilateralidade humana (que tem como formas mais elevadas a arte, a ética, a filosofia, a ciência, etc.) transcende evidentemente em muito a esfera do trabalho (a realização das necessidades), mas deve encontrar neste plano a

⁴² OFFE, Claus. *Trabalho como Categoria Sociológica fundamental?, Trabalho & Sociedade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. I, 1989, *apud*, Ricardo Antunes. *Adeus ao Trabalho? ...* p. 77

⁴³ GORZ, Andre. *Adeus ao Proletariado*, Rio de Janeiro, Forense, 1982., *apud*, Ricardo Antunes. Op. cit.,...p. 77

⁴⁴ HABERMAS, J. *A Nova Intransparência*. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 18, setembro 1987, *apud*, Ricardo Antunes. Op. cit. p.77. Para Habermas, o trabalho não tem mais potencialidade estruturante nem no universo da sociedade contemporânea, como trabalho abstrato, nem como fundamento de uma “*utopia da sociedade do trabalho*”, como trabalho concreto, pois “os acentos utópicos deslocaram-se do conceito de trabalho para o conceito de comunicação”. Op. cit.p.114

COCCO, Giuseppe, registra que : “ *O que Habermas não vê é que, nas formas materiais de integração via relação salarial, um outro tipo de soberania se afirma: trata-se da soberania do trabalho assalariado e das formas de disciplinarização e exploração que este implica e determina.*” Op. cit. p.49.

⁴⁵ ANTUNES, Ricardo. Op. cit. p. 80. Entende o autor que a ação efetivamente capaz de possibilitar o salto para *além do capital* será aquela que incorpore as reivindicações presentes na cotidianidade do mundo do trabalho, como a redução radical da jornada de trabalho e a busca do “tempo livre” sob o capitalismo, desde que esta ação esteja indissoluvelmente articulada com o fim da sociedade do trabalho abstrato e a conversão em uma sociedade criadora de coisas verdadeiramente úteis.

sua base de sustentação⁴⁶. Neste sentido, a automação, a robótica, a microeletrônica, enfim, a chamada revolução tecnológica⁴⁷, tem um evidente significado emancipador, desde que não seja regida pela lógica destrutiva do sistema produtor de mercadorias, mas sim pela sociedade do tempo disponível e da produção de bens socialmente úteis e necessários.⁴⁸

Em 1987, Ralf Dahrendorf afirmou:

“ *As sociedades modernas são sociedades de trabalho, construídas em torno de uma ética de trabalho e de posições ocupacionais, mas elas também parecem ser conduzidas pela visão e pela perspectiva ao que parece crescentemente realistas de um mundo sem trabalho*”⁴⁹

Mas, desde 1958, Hannah Arendt já escrevia que estávamos diante do prospecto “*de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho*”⁵⁰. Naquela época parecia uma realidade pouco palpável, entretanto hoje concretiza-se como profética.

Assim, nos deparamos com um contexto previsível, no entanto não na proporção mundial ora identificado, nem com os contornos de sutis

⁴⁶ No mesmo sentido ver Antonio Negri, cf. já citado.

⁴⁷ Ver Monografia Jurídica apresentada ao Departamento de Direito da PUC-RIO, em dezembro de 2000, sob o título “ *Internet: Democracia ou Dominação?*”, de FERREIRA, Hélio da Silva. “[...]É fundamental que desta participação possam sair resultados concretos para questões de há muito colocadas. Questões estas para cuja solução, acreditamos, a Internet possa contribuir de maneira primordial. Há previsão de alguma solução para a fome em meio à fatura, à sofisticação e ao desperdício? Existe resposta para o problema da educação, ou melhor, para a falta dela? Há uma luz para o desemprego crescente que não seja o de olhar para o brilho da prosperidade alheia? É possível sonhar com saúde, dignidade e que, em algum dia não muito distante, o artigo 5º da Constituição brasileira deixe de ser apenas a esperançosa expressão de um eterno devir? É razoável esperar que os milagres da telemática, que já batem à nossa porta, estejam rápida e efetivamente ao alcance de todos? Se a resposta a qualquer destas questões for negativa, então a velha *Agora* está mais próxima do que desejaríamos. Aquela *Agora* distante do Pireu. A *Agora* na qual terão voz apenas os privilegiados de sempre. E dela seguirão excluídos os deserdados de todos os matizes.” p. 73.

⁴⁸ ANTUNES, Ricardo. Op. cit. p. 85. Acrescenta ainda o autor que “os críticos da sociedade do trabalho, com honrosas exceções, constatam empiricamente” a perda de relevância do trabalho abstrato na sociedade moderna, convertida em sociedade “*pós-industrial*” e de “*serviços*” e, conseqüentemente, deduzem e generalizam, a partir daquela constatação, o “*fim da utopia da sociedade do trabalho*” em seu sentido amplo e genérico”. Certamente tais autores falam para o Mundo, mas não olham para o Terceiro Mundo.

⁴⁹ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno*, São Paulo, Jorge Zahar, EDUSP, 1992, p. 152, *apud*, Josué Pereira, op. cit, p.175

⁵⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana...*, p.13, *apud*, Josué Pereira, p. 175

mecanismos de controle implementados⁵¹ e mantidos com o avanço da pesquisa e tecnologia global, que crescentemente dispensam o trabalhador como produtor imediato, privilegiando outras atividades e papéis sem que, concomitantemente, tenham os trabalhadores meios de se adequar ao exigido contexto. Há escassez de políticas prospectivas e criativas, de base democrática e solidária, para tal adequação – uma realidade sem trabalho, onde há que ser repensado o papel de centralidade do mesmo na vida social – e, em última análise, garantidor da sobrevivência humana.

Passemos, então, a falar dos chamados “métodos de organizações do trabalho”, segundo as classificações denominadas de taylorismo, fordismo e toyotismo, denunciando a evolução das formas ditas “organizações produtivas”, que culminaram na progressiva exclusão do trabalhador.

Do Taylorismo, do Fordismo, e do Toyotismo

O taylorismo é uma estratégia patronal de gestão/organização do processo de trabalho que, junto com o fordismo, integra a chamada Organização Científica do Trabalho, segundo os princípios de racionalização produtivista, sistematizados e desenvolvidos por F. W. Taylor⁵² (1856-1915). Os princípios tayloristas foram aplicados de tal maneira generalizada e intensiva, que eles configuraram o paradigma explicativo do regime de acumulação para o período compreendido entre o final da primeira Guerra

⁵¹ BOURDIEU, Pierre. In O Poder Simbólico. 1998. p. 7. “O poder simbólico é esse poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.”

⁵² “Como se sabe, Taylor e os seus colegas do American Management Association “revolucionaram” a organização do trabalho, partindo das seguintes considerações: (a) do princípio de que, salvo raras exceções, todos produziam menos do que podiam, ou seja, se não se esforçavam por fazer o menos possível, todos se esforçavam por não fazer tanto quanto lhes era possível; (b) da necessidade de inverter um certo estado de espírito operário traduzido na idéia de que o aumento da produção incentivava o patrão a exigir, sem contrapartidas, uma produção ainda mais elevada, o que tornaria recomendável a introdução de medidas adequadas a mostrar-lhes que os seus rendimentos cresceriam com o crescimento da produtividade, o que exigia, por sua vez, um modo de organização do trabalho que permitisse medir, com objetividade, aquilo que cada um produzia e aquilo que poderia produzir; (c) da vantagem em introduzir o rigor científico na avaliação da produção, com o conseqüente abandono do tradicional modo de avaliação artesanal, método que exigia a especialização, ou seja, a divisão das diferentes operações por muitos executantes de modo que cada um pudesse executar as tarefas de que está encarregado com a máxima perfeição; cfr. P. Jardillier. *L'organisation Humaine du Travail*, PUF, 1973, p.9 e ss”, apud, LEITE, Jorge. *Flexibilidade Funcional*. Questões Laborais. Ano IV, n. 9-10; 1997, p 9.

até meados dos anos 70. Esse modelo de organização sempre foi alvo de críticas rigorosas de autores humanistas e se defrontou com a resistência operária. O trabalho transfigurou-se em atividade fragmentada, repetitiva, monótona e desprovida de sentido. Perdendo sua autonomia e sua capacidade de usar a criatividade, o trabalhador transformou-se em operário-massa, alienado do conteúdo de seu trabalho produtivo. Referendando os preceitos liberais, o taylorismo considera o embrutecimento e a alienação irrelevantes. O que interessa é a vida e o consumo pós-trabalho.

Como bem registrou a estudiosa do direito do trabalho Prof^a Aldacy Rachid Coutinho⁵³ (1999):

*“A administração “científica” taylorista propôs a superação da “autonomia” dos empregados que detinham a “responsabilidade” de executar seu trabalho, como melhor lhe entendessem, sem auxílio ou orientação de uma gerência, porquanto levava à improdutividade e ao desperdício. A divisão equitativa de responsabilidades cotidianas, permitiria a obtenção do rendimento básico. O empregado é visto como um indivíduo tendente à vadiagem e o trabalho prestado dependeria do exercício do poder de direção.”*⁵⁴

⁵³ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Direito do Trabalho: A passagem de um regime despótico para um regime hegemônico*. In, Revista da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.2, n.3 e 4, 1999, p.9 e ss.

⁵⁴ Tal observação não é nova, vide FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Ed. Vozes. R.J., 1977, p. 158/159, quanto à vigilância hierarquizada: “... A vigilância hierarquizada continua e funcional não é, sem dúvida, uma das grandes “invenções” técnicas do século XVIII, mais sua insidiosa extensão deve sua importância às novas mecânicas de poder que traz consigo. O poder disciplinar, graças a ela, torna-se um sistema “integrado”, ligado do interior à economia e aos fins do dispositivo onde é exercido. [...] O poder na vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um “chefe”, é o aparelho inteiro que produz “poder” e distribui os indivíduos nesse campo permanente e contínuo. O que permite ao poder disciplinar ser absolutamente indiscreto, pois está em toda parte e sempre alerta, pois em princípio não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar: e absolutamente “discreto”, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio. [...] Graças às técnicas de vigilância, a “física” do poder, o domínio sobre o corpo se efetua segundo as leis da ótica e da mecânica, segundo um jogo de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recursos, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência. Poder que é em aparência ainda menos “corporal” por ser mais sabiamente físico.”

Quanto à vadiagem, ver também o disposto no art.59 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, ainda em vigor, que dispõe sobre as contravenções penais: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência, mediante ocupação ilícita: Pena: prisão simples de 15 dias a 3 meses”. Tal art. deve ser absurdamente combinado com o art. 323 do Código de Processo Penal Brasileiro, onde está consignado que a vadiagem é inafiançável.

Não obstante o advento de novas formas de gestão, o taylorismo ainda se faz presente como uma das principais estratégias patronais. Entretanto, formas mais sutis foram sendo introduzidas ante as crises constituídas.⁵⁵

Ao lado do taylorismo fora identificado o fordismo⁵⁶, termo que se generalizou a partir da concepção de Gramsci, que o utiliza para caracterizar o sistema de produção e gestão de Henry Ford (Ford Motor Co., em Highland Park, Detroi, 1913):

*"... um novo tipo de humano, em conformidade com o tipo de trabalho e de processo produtivo [...] uma mão-de-obra estável, um conjunto humano (o trabalho coletivo) [...] uma máquina que se não deve desmontar nem avariar demasiadas vezes nas suas peças individuais..."*⁵⁷

O fordismo, entendido como princípio de organização do trabalho, é então considerado como o taylorismo da fase da mecanização. Pois, além da separação das tarefas, o fordismo mantém o sistema de parcelarização de tarefas especializadas. É a prática de gestão na qual se observa a radical separação entre concepção e execução, baseada na excessiva fragmentação e simplificação; com ciclos operatórios muito curtos, requerendo pouco tempo de formação e treinamento dos trabalhadores. O processo de produção fordista evita o deslocamento dos trabalhadores e mantém um fluxo contínuo e progressivo das peças e partes, reduzindo

⁵⁵ COCCO, Giuseppe. Op. cit. p.33, registra que ; " O capital financeiro não se desloca mais entre os setores produtivos em função da composição orgânica do capital. As bases materiais da 'cartelização' não se encontram mais na grande indústria pesada (da época de Hilferding) ou na grande indústria taylorista do período fordista. [...] O que atribui esse novo poder ao dinheiro (ao capital na forma de dinheiro) não são nem as técnicas, nem as políticas financeiro-monetárias em si, mas a nova qualidade do trabalho, uma qualidade que os mercados conseguem (ou tentam) medir e, portanto, controlar."

⁵⁶ Assinala COUTINHO, Op. cit. "... A idéia de divisão do trabalho como mecanismo de aumento da produtividade e facilitador do controle e vigilância da execução dos comandos, já indicado no ano de 1776, por Smith (Adam Smith. *Investigação sobre a natureza das coisas e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.). [...] Veio posteriormente aperfeiçoado por Ford, no início do século XX, dividindo o trabalho em pequenas tarefas repetitivas, em uma linha de montagem móvel, aplicada à produção, e por Alfred Sloan, em relação à gerência, numa divisão do trabalho profissional..."

⁵⁷ GRAMSCI, Antonio. *Americanismo e fordismo*. Lisboa. Estampa, 1974 (Obras Escolhidas, v.2), p.146, 168

os "tempos mortos". O trabalho é repetitivo, monótono, com velocidade e ritmos pré-estabelecidos, independentemente da capacidade do trabalhador, que o executa mediante disciplina rígida. O operário é integrado à máquina.

Já o trabalho de concepção, no fordismo, torna-se altamente qualificado, sendo realizado fora da linha de montagem. Tal método alcançou surpreendente crescimento da produtividade, que propiciou aumento da produção, redução de preços, elevação do consumo e aumento das taxas de lucro. Entretanto não se universalizou, eis que o trabalho rotinizado e fragmentado contou com a resistência dos trabalhadores europeus e norte-americanos, além de não ter se institucionalizado nos países periféricos, como o Brasil, pois os baixos níveis de qualificação e de escolaridade da força de trabalho, altos índices de rotatividade e baixos salários, não permitiram sua implementação plena. Daí falar-se em fordismo periférico, incompleto ou autoritário.

Portanto, fordismo e taylorismo não se confundem, no entanto, podem encontrar-se juntos. Nos anos 70, acentuaram-se mudanças significativas nas formas de produção fordista, principalmente pela concorrência japonesa com intensificação dos processos de inovação tecnológica.

Discute-se a ocorrência de uma ruptura em relação ao modelo fordista. Entretanto a posição de que os novos métodos de produção indicariam a superação do modelo fordista é contestada pelos teóricos da chamada *Escola Francesa de Regulação*⁵⁸, que trata dos processos de transformação da economia sob a perspectiva da acumulação do capital. Segundo eles, não haveria alterações significativas na divisão do trabalho. As alterações no modelo fordista resultariam do esgotamento do fordismo para enfrentar, através de ganhos de produtividade, a crise do sistema capitalista.

Teria sido o fordismo o elemento causal da crise do capitalismo, ante os excessos da produção em massa, prejudiciais ao trabalho e supressores da sua dimensão criativa? Creio que não, a crise do fordismo é que se caracterizou como mais uma manifestação da crise permanente do capitalismo, exigindo novas formas, com introdução de novas tecnologias,

⁵⁸ Entre eles podemos citar: AGLIETTA, M. (*A theory of capitalist regulation*. London: New Left Review, 1979), BOYER (*La flexibilité du travail en Europe*. Paris: La Découverte) e LIPIETZ (*Minagens e milagres. Problemas na industrialização no terceiro mundo*. São Paulo: Nobel, 1988).

flexibilidade dos processos e dos mercados de trabalho, dos produtos e dos padrões do consumo.

Giuseppe Cocco⁵⁹(2000) denuncia efeitos na relação de trabalho no pós-fordismo, o deslocamento do paradigma, ou seja, a clivagem real/fictício relativamente ao capital industrial e bancário *versus* capital-financeiro, ícone dos mercados globalizados. Apoiado em Antonio Negri e Christian Marazzi indica que *“paradoxalmente, só os mercados financeiros seguem o trabalho em seu êxodo da velha base industrial, em que o taylorismo, o fordismo e o keynesianismo[...] o confinavam, antecipando e prefigurando valores que correspondem mais precisamente às novas medidas sociais da produtividade.”*⁶⁰ Ressalta, ainda, que a clivagem real/fictício não se limita à oposição entre financeiro e produtivo, pois uma das características do pós-fordismo é a de difundir socialmente o trabalho, ao mesmo tempo em que o emprego formal diminui. Portanto, a questão central é cada vez menos a produção da riqueza e cada vez mais a de sua distribuição e circulação.

A propalada crise do trabalho também fez sentar no banco dos réus o modelo de relação salarial fordista, consolidado ao longo das décadas e que o direito foi formatando normativamente.

O fordismo, entendido como o modo de regulação da relação salarial, traduziu-se numa particular forma de compromisso social (a contratualização da relação salarial) nos termos do qual os trabalhadores aceitariam a modernização do aparelho produtivo e a lógica do seu funcionamento em troca de empregos estáveis, pelo condicionamento das dispensas e de um Estado social redistributivo.

A estrutura piramidal, hierárquica e burocratizada, baseada na coerção, no poder de direção, controle e vigilância, tem a legitimidade assentada no reconhecimento de um estado de “subordinação” jurídica do empregado.

Já no pós-fordismo, ante a ausência de empregos formais, a relação salarial perdeu sua dinâmica universalizante e, logo, sua capacidade de funcionar como motor, ao mesmo tempo, da formação da mais valia e de sua realização.⁶¹

Há autores, como Ricardo Antunes(1999), que, já no âmbito do

⁵⁹ Op. cit. p.33-42

⁶⁰ Cf. NEGRI, op. cit., *apud* COCCO, op. cit. p. 34

⁶¹ COCCO. Op. cit. p.37. “[...] a passagem do regime de acumulação fordista ao pós-fordismo pode ser qualificada como afirmação de uma cultura do limite. Quando o fordismo qualificava-se por mercados espacialmente limitados e comercialmente ilimitados (os mercados de massa), o pós-fordismo inverte os termos, um mercado geograficamente ilimitado e comercialmente saturável.”

pós-fordismo, identificam o fenômeno do toyotismo⁶² ou ohnismo⁶³, ou modelo japonês, que maior impacto tem causado, tanto pela revolução técnica que operou na indústria japonesa, quanto pela potencialidade de propagação universalizante, enquanto processo ágil e lucrativo de produção de mercadorias.

*“Seus traços constitutivos básicos podem ser assim resumidos: ao contrário do fordismo, a produção sob o toyotismo é voltada e conduzida diretamente pela demanda. A produção é variada, diversificada e pronta para suprir o consumo. É este quem determina o que será produzido, e não o contrário, como se procede na produção em série e de massa do fordismo. Desse modo, a produção sustenta-se na existência de estoque mínimo. O melhor aproveitamento possível do tempo de produção (incluindo-se também o transporte, o controle de qualidade e o estoque) é garantido pelo just in time. O Kaban, placas que são utilizadas para a reposição de peças, é fundamental [...], é a senha utilizada que alude à reposição das peças/ produtos. Daí o fato de, em sua origem, o kaban estar associado ao modelo de funcionamento dos supermercados, que repõem os produtos nas prateleiras depois da venda [...] a produção se sustenta num processo produtivo flexível, que permite a um operário operar com várias máquinas (em média cinco máquinas, na Toyota), rompendo-se com a relação um homem/uma máquina que fundamenta o fordismo [...] desespecialização e polivalência dos operários profissionais qualificados, transformando-os em trabalhadores multifuncionais.... Ao contrário da verticalização fordista, de que são exemplos as fábricas dos EUA [...] no toyotismo tem-se uma horizontalização, reduzindo-se o âmbito de produção da montadora e estendendo-se às subcontratadas, às “terceiras”, a produção de elementos básicos, que no fordismo são atributos das montadoras.[...] Desse modo, kaban, just in time, flexibilização, terceirização, subcontratação, CCQ, controle de qualidade total, eliminação de desperdício, “gerência participativa”, sindicalismo de empresa, entre tantos outros elementos, propagam-se intensamente.”*⁶⁴

⁶² Modelo japonês, assim denominado por ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 3ªed. S.P. Cortez,1995, p.26

⁶³ de Ohno, engenheiro que originou o modelo na Toyota.

⁶⁴ ANTUNES, Ricardo. Op. cit.p.26-27.

O refinamento do exercício do subjugar o trabalhador, através de novos modelos de produção, não para por aí, continua a ser elaborado e re-elaborado no hegemônico regime capitalista, num contínuo massacre do capital humano pela maximização dos lucros e resultados.

Para Giovanni Alves⁶⁵ (2000), acompanhando Ricardo Antunes⁶⁶ (1999), o toyotismo é o momento predominante do novo *complexo de reestruturação produtiva*⁶⁷, que surge com a mundialização do capital:

“É o desenvolvimento capitalista em sua etapa de mundialização do capital que determina, em última instância, a nova lógica produtiva do capital, o toyotismo, ou ainda a “produção enxuta” (a lean production) e seus desdobramentos em relação à luta de classes.”

Teve seu impulso nos anos 80⁶⁸ e, a partir daí, a posição de “*objetivação universal da categoria da flexibilidade, tornando-se valor universal para o capital em processo.*”

Assim entendidos, tanto o taylorismo-fordismo, como o toyotismo, são partes da chamada Segunda Revolução Industrial. Todos esses modelos estariam “preocupados” com o controle do elemento subjetivo no processo de produção capitalista.

A chamada Primeira Revolução Industrial significou a aplicação tecnológica da ciência, a utilização da matéria inerte e das forças da natureza.⁶⁹

⁶⁵ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho*. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. Coleção Mundo do Trabalho, Ed. Boitempo.S.P., 2000, p.

⁶⁶ ANTUNES, Ricardo, *O Sentido do Trabalho*. 1 ed. Boitempo Ed. Campinas, 1999.

⁶⁷ Segundo o Autor, “*complexo de reestruturação produtiva envolve um sistema de inovações tecnológico-organizacionais no campo da produção social capitalista – por exemplo, a robótica e a automação microeletrônica aplicada à produção; as novas modalidades de gestão da produção, tais como os CCQ’s e Programas de Qualidade Total; a série de racionalizações da produção tais como os “downsizing” e a reengenharia (muitas das racionalizações produtivas decorrem de novos patamares de centralização e concentração do capital, por meio de fusões, aquisições e diversificações corporativas, que implicaram – e ainda implicam – demissões em massa). Além disso, é um importante componente do complexo de reestruturação produtiva, dos vários tipos de descentralização produtiva, tais como a terceirização ou as realocizações industriais, que implicam o fechamento de fábricas em um local e abertura em outro, ou ainda a instauração de novas legislações trabalhistas de cariz flexível, que criam nova regulação institucional do trabalho assalariado, adaptando-o às necessidades imperiosas do capital em processo.*” Op. cit., p. 11.

⁶⁸ Com a crise do fordismo e do keynesianismo, deu-se início a um processo de reestruturação do capital e de seu sistema ideológico e político, cujos contornos mais evidentes foram o advento do neoliberalismo, com a privatização do Estado, desregulamentações dos direitos do trabalho, da qual a era Thatcher-Reagan foi expressão, cf. ANTUNES, Ricardo, *O Sentido do Trabalho*. 1 ed. Boitempo Ed. Campinas, 1999.p.31.

⁶⁹ Cf. BOSI, Ecléa (org.) *A Condição Operária e outros temas sobre a opressão*. Ed. Paz e Terra, RJ, 1979.

Estaríamos então na fase do pós-fordismo, passando pela Terceira Revolução Científico e Tecnológica, que exige nova subjetividade operária em cooperar com a produção⁷⁰, ante a complexidade e altos custos das novas tecnologias de base microeletrônica.⁷¹

Ponderações Finais

Julga-se, portanto, terem sido trazidos elementos para contribuir ao debate crítico e dinâmico sobre o fenômeno da Globalização, do Estado e suas relações com os atores sociais do universo do trabalho, na contemporaneidade.

Como teoriza Alain Touraine⁷²(1999), “*se é preciso recusar o antigo sistema estatal de administração da sociedade, não é de uma solução liberal que precisamos, mas sim de uma redefinição do papel do Estado como antecipador, mediador e animador das mudanças de toda ordem que nossa sociedade experimenta.*”

⁷⁰ Ver PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. *Ciberespaço e o direito ao trabalho*, in *Direito, Sociedade e Informática*. Org. ROVER, Aires José, Florianópolis, Ed. Boiteux, 2000, p. 49-55.

⁷¹ Ver MASI, Domenico de. *O novo mundo do trabalho*. Palestra proferida no Congresso da Abrapp (Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada), outubro de 1999. “...*O trabalho confiado aos operários diminuirá sempre mais, enquanto ao homem restará intacto apenas o monopólio das atividades criativas, dentro e fora da empresa. Será preciso, então, dispor de pessoas altamente motivadas, para realizar tarefas criativas, e qualificadas para gerir sozinhas o próprio tempo, reduzindo ao mínimo as barreiras burocráticas à criatividade. Será preciso experimentar novos modelos de vida em que o trabalho físico executivo residual seja confiado a todos os que tenham condições de desenvolvê-lo, obedecendo a novos horários e novos ritmos fixados para garantir o equilíbrio entre a oferta e a procura.*”

⁷² TOURAINE, Alain, criticando a “*Terceira via*”, bandeira de Tony Blair, sob a influência de Tony Giddens e do chanceler Schröder, o autor propôs a via 2 ½, inspirada na história do socialismo europeu, que seja intermediária entre a antiga social-democracia e a terceira-via “[...] enquanto a terceira via pode ser definida como um centro-direita, a via 2 ½ tenta definir um centro-esquerda.” In, *Como sair do Liberalismo?* EDUSC, S.P., 1999, p. 124/127. “[...] não se trata de procurar uma terceira via entre o liberalismo e comunismo, pois o segundo morreu e o primeiro verga sob o peso das crises financeiras mundiais, [...], as vias intermediárias que nos propomos analisar encontram-se entre esse liberalismo mais voluntarista do que real e uma social-democracia estagnada pelo peso das intervenções públicas [...] “*Terceira via*” substitui uma política de proteção por uma política de iniciativas que supõe simultaneamente a flexibilidade da organização social e a capacidade, dada aos atores, de tomarem iniciativas (empowerment). Essa concepção política responde ao esgotamento do Welfare State que desacelera a queda, mas não ajuda na recuperação e pode mesmo torná-la difícil.” O que define a via 2 ½, em relação ao projeto de Tony Blair, é “*que ela atribui a prioridade à reintegração social dos excluídos e marginais, por meios econômicos, ou seja, dando de novo ao aumento da produção e do emprego uma prioridade confiscada há muito tempo pelos problemas monetários e financeiros. É preciso relembrar o forte vínculo que existe entre crescimento e emprego.*”

E em matéria de política social, se faz mister dar, de novo, a primazia às questões do trabalho, o qual não deve ser reduzido à mera mercadoria. É preciso uma política de emprego e de trabalho, que seja compatível com as condições de vida econômica, com os avanços inexoráveis da tecnologia e a abertura das economias nacionais dentro do contexto global, para que se multipliquem no mundo os novos países industriais com o desencadear de um capitalismo financeiro cada vez mais dissociado da vida econômica. Não se suporta mais conviver com o capital produtivo subjugado ao capital especulativo. Em que pese tarefa nada fácil, se ao menos os Estados, na economia global, firmassem o reconhecimento de que políticas de emprego e de trabalho, como vias de inclusão do humano deveriam ter prioridade, já seria um passo importante.

Cabe registro o Fórum Social Mundial, realizado em janeiro de 2001, em Porto Alegre, carregado de temas como: “*O que, como e para quem produzir*”; “*Emprego e perspectiva do trabalho assalariado*”; “*Alienação do trabalho*”; “*Organização do trabalho (jornada e gestão), divisão sexual do trabalho e trabalho não remunerado das mulheres*”; “*Inovação tecnológica, reestruturação produtiva e flexibilização do trabalho e seus impactos na vida dos trabalhadores e particularmente das mulheres*”; “*Trabalho infantil, escravo e de prisioneiros*”; “*Economia solidária*”; “*Micro, pequena e média empresa*”; “*Responsabilidade Social das empresas*”⁷³; “*Regulamentação Internacional (OIT, etc)*”; “*A economia à luz dos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais*”; questões que estão em pauta na agenda social. Todos informam as questões do Trabalho, e são de extrema relevância...

Por fim, reproduzimos as perguntas feitas por Alain Touraine

“ [...] É preciso refutar resolutamente todos os discursos que procuram convencer-nos de nossa impotência. Até quando escutaremos e falaremos

⁷³ Sobre o assunto ver Relatório sobre Responsabilidade Social Corporativa (RSC), in, http://www.afcpad.org.br/biblioteca/nacional/jor_esp990829.htm, capturado em 02/12/2000, juntamente com o pronunciamento do inglês Shaun Stewart, Diretor de Assuntos Internacionais e Governamentais da Multinacional “Rio Tinto”: “... RSC é um novo jargão que abrange não apenas as condições de trabalho, mas também a participação dos empresários na promoção da educação – que não se restringe à capacitação profissional, mas inclui o ensino básico, - da saúde pública, preservação do meio ambiente e assim por diante. A idéia é que, com o declínio do Estado e o abandono de algumas de suas tarefas, novas responsabilidades passam a ser atribuídas às empresas. Quer elas queiram, quer não, precisam responder a essas novas demandas.”

*uma língua que contradiz nossa sensibilidade e nossos próprios atos? Até quando repetiremos que estamos submetidos à dominação econômica internacional, enquanto todo dia inventamos e defendemos ideais, discutimos reformas e quebramos o silêncio?”*⁷⁴

⁷⁴ TOURAINE, Alain. Op. cit. p.158.

Estudos de Direito Comparado

O Papel do Direito Comparado na Globalização *

Ana Lucia de Lyra Tavares **

Ante a rapidez e a forma avassaladora como vem se processando o fenômeno da globalização, constituem contribuições fundamentais para os meios profissionais e acadêmicos as pesquisas desenvolvidas no âmbito do GEDIM, Programa que focaliza a Globalização Econômica e Direitos no Mercosul, concebido no quadro de uma cooperação com a Rede Européia Direito e Sociedade (REDS) e que congrega ilustres pensadores, na França e no Brasil.

De saída, pode-se observar que a irreversibilidade da globalização tem suscitado inúmeros trabalhos que versam sobre os seus aspectos positivos, bem como os negativos, os quais sobressaem relativamente aos Estados que se encontram em situação desvantajosa em comparação com aqueles nos quais foram gerados os motores econômicos principais do dito fenômeno. Esses estudos provêm de áreas distintas de especialização, pois, como bem acentua o Professor André-Jean Arnaud, a globalização requer abordagens críticas efetuadas no quadro de diferentes disciplinas¹.

* Comunicação apresentada no Seminário sobre os Direitos nacionais face à globalização, promovido pelo GEDIM (Grupo de Pesquisa sobre a Globalização Econômica e Direitos no Mercosul), coordenado pelo Professor André-Jean Arnaud e organizado, no Brasil, pelo Prof. José Gabriel Assis de Almeida (Uni-Rio). O Encontro foi realizado nos dias 23 e 24 de agosto de 2001, na Universidade Cândido Mendes.

** Professora de Direito Comparado e de Direito Constitucional Comparado do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutora em Direito. Procuradora da Fazenda Nacional, aposentada.

¹ V. André-Jean Arnaud, *O Direito Entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, Introdução (s/p).

No âmbito específico do direito, prossegue ele, a compreensão do fenômeno implica, por igual, o recurso a subsídios oriundos de seus diversos ramos e, observamos nós, mais destacadamente, àqueles fornecidos pelas disciplinas parajurídicas, auxiliares do estudo do direito, como a história do direito, a filosofia do direito, a sociologia jurídica, e, pelo que nos interessa, o direito comparado.

É inegável, com efeito, que a globalização conferiu maior relevo aos estudos juscomparativos em vista das metas de harmonização das legislações nacionais em determinados pontos, para viabilizar a aprovação de diretivas supranacionais, bem como em decorrência da intensa circulação de pessoas e da aproximação instantânea de indivíduos, grupos e instituições governamentais e não governamentais propiciada pelos avanços na área das comunicações.

Nesse contexto, pareceu-nos oportuno externar algumas reflexões sobre a repercussão das novas condições da vida contemporânea no campo do direito e, em particular na esfera direito comparado, disciplina à qual nos vimos dedicando há mais de vinte anos e que, a nosso ver, dispõe de um instrumental de análise adequado para fazer emergir certos traços típicos da experiência jurídica contemporânea.

Cabe lembrar que o objetivo principal do direito comparado é empreender o cotejo entre sistemas jurídicos, seja em sua concepção restrita de ordens jurídicas nacionais, seja em sua acepção lata de grupos de ordenamentos que possuem características comuns relativamente às suas bases históricas, estruturais e de hierarquia de fontes de produção do direito², a fim de identificar semelhanças e diferenças, em vista do aprimoramento desses sistemas e, por vezes, de sua harmonização. Disciplina auxiliar ao estudo dos ramos específicos do direito, assim como outras de mesma natureza parajurídica, caracteriza-se por apoiar-se em dados de proveniência vária, não apenas jurídicos, mas também históricos, geográficos, socioculturais, políticos e econômicos. O enfoque necessariamente interdisciplinar adotado nas pesquisas de direito comparado, as quais, note-se, não se restringem apenas à comparação de

² Este é, dentre os múltiplos critérios de agrupamento dos sistemas jurídicos, um dos mais utilizados pelos comparatistas, estabelecido por René David, cuja obra de maior divulgação, *Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos*, já traduzida no Brasil (Editora Martins Fontes, 1998), com o desaparecimento do ilustre Professor francês, está sendo atualizada pela Professora Camille Jauffret-Spinosi.

leis, pois que envolvem todas as fontes de produção jurídica, e a amplitude da visão que elas possibilitam do fenômeno jurídico, em qualquer nível em que ele se manifeste, confere a esta disciplina um papel particularmente importante no processo de globalização.

No presente texto, desprezencioso e esquemático, expomos algumas reflexões suscitadas pelos instigantes temas deste Seminário do GEDIM, com o objetivo fundamental de fazer sobressair a utilidade do direito comparado em três aspectos: como instrumento de harmonização normativa, de conscientização das identidades sociojurídicas e de compreensão entre os povos.

1. O direito comparado, instrumento de harmonização normativa

Habitualmente, os compêndios introdutórios ao estudo do direito comparado dedicam-se, numa exposição preliminar, a enaltecer os seus méritos, quase que em ostensivo *marketing*, procurando evidenciar a utilidade de seu aprendizado para aqueles que vêem a disciplina como algo supérfluo, sem aplicação imediata, sem retorno financeiro na militância advocatícia. É interessante observar que se tal procedimento devia, realmente, ser adotado há alguns anos atrás, hoje em dia ele é perfeitamente dispensável, dada a proliferação dos estudos de comparação no direito³, seja objetivando o aperfeiçoamento de ordens jurídicas nacionais, seja em patamar supranacional, com a meta de estabelecerem-se paralelos entre organizações regionais, como no caso dos cotejos entre a União Européia e o Mercosul.

Vale registrar que muitas das funções tradicionalmente atribuídas a esta cadeira⁴, cada vez mais presente nos currículos acadêmicos, ou seja, a compreensão do direito estrangeiro, o aprimoramento dos direitos internos, a identificação de certos padrões jurídicos ou até mesmo a uniformização do direito, estão sendo exercidas, na atualidade, em toda a sua plenitude, estimuladas, precisamente, pelo processo, em curso, da globalização.

Em apanhado extremamente feliz, o Professor André-Jean Arnaud

³ Cf. da A. , *A crescente importância do Direito Comparado*, in: Revista Brasileira de Direito Comparado, Ed. do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 2001, pp.155-188.

⁴ V. as contribuições, de permanente interesse, reunidas pelo Professor Mario Rotondi, então Diretor do Instituto de Direito Comparado de Milão, na obra coletiva *Buts et Méthodes du Droit Comparé*, CEDAM, Padova, 1973.

aponta os principais aspectos desse processo e que passamos a transcrever: mudança nos modelos de produção, com uma divisão internacional do trabalho; desenvolvimento de mercados de capitais sem fronteiras nacionais; expansão das multinacionais; acordos comerciais entre blocos econômicos regionais; prevalência dos conceitos de matriz neoliberal; privatização e diminuição do papel do Estado e valorização de sua função reguladora; tendência à salvaguarda dos princípios democráticos, dos direitos humanos e ênfase no papel da magistratura; atuação decisiva de organismos supranacionais e transnacionais⁵.

Neste período histórico de intercâmbio intensivo de toda a ordem, em que avulta a premente necessidade de identificação de pontos comuns ou conciliáveis que permitam a fixação, pelos organismos supranacionais, de normas aplicáveis a Estados pertencentes a diferentes sistemas jurídicos em sentido lato, como, na situação mais comum, àqueles integrantes da família romano-germânica e aos de *Common Law*, o recurso à comparação jurídica é inevitável. As experiências remontam, é bem verdade, há muitos anos, como sublinhava o Professor Gino Gorla, já então focalizando o direito comparado europeu⁶.

Assinale-se, por um lado, que certas áreas do direito, com destaque para o direito comercial e hoje, em dimensão mais ampla, para o direito econômico, permitem que a comparação jurídica atinja, sem dificuldade, um dos seus objetivos utilitários, qual seja o da harmonização normativa, talvez porque, como observava o Professor Lorenzo Mossa, o comercial supera as barreiras legislativas, em razão de ele ser mais um direito racional do que um direito nacional⁷.

Por outro lado, reconhece-se que há campos mais espinhosos para a harmonização normativa, como é o dos contratos, particularmente em razão das diferenças terminológicas e estruturais encontradas, por exemplo, nos sistemas *Common Law* e romano-germânico⁸.

⁵ V. André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce, *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro e S.Paulo, 2000, pp.351-355.

⁶ V. Gino Gorla, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in: *L'Apporto Della Comparazione Alla Scienza Giuridica*, Milano, Giuffrè Editore, 1980, pp.267-298.

⁷ *Apud* Pier Giusto Jaeger, *Comparazione e Diritto Commerciale*, in: *L'Apporto (...)*, op.cit., p. 119.

⁸ Por ocasião dos debates sobre o Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos, o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, dirigido pelo Professor Francisco Amaral, da UFRJ, promoveu um Congresso, no Rio de Janeiro, que focalizou a matéria e cujos resultados foram publicados no órgão de divulgação desse Instituto, a *Revista Brasileira de Direito Comparado*, número 18, 2000.

De qualquer modo, constata-se a multiplicação de trabalhos que recorrem ao direito comparado na busca de uma harmonização normativa, notadamente nos ramos do direito financeiro e econômico. É inegável que o sucesso desses empreendimentos em termos de efetiva aplicação do conjunto de regras que deles pode resultar, está associado a determinados pressupostos de homogeneidade sociojurídica. Isto porque diferenças marcantes entre os Estados partícipes desse processo dificilmente alcançarão um fim satisfatório para todos os lados envolvidos. Cabe sublinhar, a este propósito, que a consciência das diferenças tem o efeito positivo de acarretar o fortalecimento interno dos grupos regionais dos chamados países emergentes. A crescente conscientização, por parte dos juristas de países do Mercosul, de que há necessidade de aprofundamento das pesquisas sobre suas afinidades e interesses comuns, não apenas no setor econômico, é revelada pelo número de teses e de publicações sobre a matéria, permitindo um estreitamento dos vínculos culturais, em nível regional, e, mais especificamente, daqueles atinentes à cultura jurídica.

Todavia, entendemos, na esteira de ilustres mestres, que o direito comparado não deve ser encarado apenas como um instrumento de padronização, de harmonização ou, como querem alguns mais extremados, de unificação normativa. Ao contrário. Ele pode concorrer decisivamente para a identificação dos traços peculiares a cada sistema jurídico, traços que devem ser respeitados e salvaguardados e que sinalizam a viabilidade ou não de freqüentes processos de transplantes de conceitos, institutos e normas de um sistema para outro, como veremos abaixo.

2. O direito comparado, instrumento de conscientização das identidades sociojurídicas

Na introdução da presente colaboração, fizemos uma alusão à matéria-prima dos estudos juscomparativos que são os sistemas jurídicos. Limitamos a fazer uma referência ao critério mais em voga de identificação desses sistemas fixado pelo eminente comparatista que foi o Professor René David. Cabe, agora, desenvolver este ponto, uma vez que a noção de sistema é muito mais complexa do que aquela sumária referência. Com efeito, os interessados pelo direito comparado estão continuamente buscando dados para o aprimoramento de suas análises, cientes de que é da prática interdisciplinar que os resultados mais profícuos advirão.

É incontestável que o direito comparado se nutre, largamente, de subsídios oriundos de outras disciplinas. A sociologia do direito contribui, de modo fundamental, para o apuro dessas análises. Assim, os escritos contemporâneos sobre a matéria fazem figurar ao lado das classificações tradicionais dos sistemas jurídicos, observações que dão conta de que, em muitos Estados, coexistem com os ditos sistemas, formas extra-oficiais de resolução de conflitos, direitos que alguns chamam, como os Professores Rodolfo Sacco, de *submersos*⁹, e Marco Guadagni, de *não oficiais*¹⁰, ou ainda, como o Professor André-Jean Arnaud, de *regulações paralelas aos direitos estatais*¹¹.

A esse respeito, permitimo-nos evocar a pesquisa coletiva realizada por uma equipe interinstitucional, no quadro da Pós-Graduação da PUC-Rio, e em convênio com o CERTE, da Universidade de Montpellier I, sobre *a Regulação no Direito e na Política*¹², que buscou fazer, em diversas áreas, o levantamento e os efeitos de novas formas de regulação nesses dois campos. A pesquisa subsequente, do mesmo grupo, foi um desdobramento natural daquele tema, visto que versou sobre as transformações do espaço público¹³.

Nesses e em outros textos, e, notadamente naqueles em que predomina uma abordagem juscomparativa, sobressaem certas particularidades, a maioria decorrente do próprio tipo de mentalidade e da cultura jurídica dos Estados sob exame, outras específicas de uma determinada conjuntura sociojurídica. Estas particularidades conferem uma conformação própria aos sistemas objetos da comparação, indicando os graus possíveis de absorção de influências jurídicas alienígenas ou supranacionais, e, por vezes, premonitoriamente, alertando para as previsíveis distorções que os institutos, conceitos, regras, princípios oriundos de outros sistemas jurídicos poderão sofrer nos sistemas jurídicos importadores ou receptores de direito¹⁴.

⁹ V. Rodolfo Sacco, *Che Cos'è Il Diritto Comparato*, Milano, Giuffrè Editore, 1992, p.155.

¹⁰ V. Marco Guadagni, *Il Modello Pluralista*, Torino, Giappichelli Editore, 1996, p.11.

¹¹ Cf. André-Jean Arnaud, *op.cit.*, p.401.

¹² Os textos que resultaram dessa pesquisa foram publicados na Revista *Direito, Estado e Sociedade*, do Departamento de Direito da PUC-Rio, número 3, 1993.

¹³ V. números 7 e 11 da Revista *Direito, Estado e Sociedade*, respectivamente nos anos de 1995 e 1997.

¹⁴ A matéria é fascinante e vem sendo enriquecida pelas contribuições desenvolvidas seja de uma perspectiva sociojurídica (V., p.exemplo, os estudos do Professor Jean Carbonnier e, particularmente, a tese precursora sobre *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975), seja de uma ótica comparativa. Tivemos ocasião de abordar o tema em *O estudo das recepções de direito*, in: *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, Ed. Freitas Bastos, 1983.

Sob este prisma, valiosos são os trabalhos que focalizam, de uma ótica plural, as peculiaridades dos diversos sistemas. Na verdade, como o direito comparado resulta do recurso à interdisciplinaridade, da natureza heterogênea dos elementos informativos em jogo, ele tem melhores condições de fazer emergir, sem esforço especial, os pontos contrastantes e o que está implícito. Acentua Gino Gorla que ele fotografa o real¹⁵. Dá consciência das afinidades, mas também das diversidades que devem ser preservadas.

No caso brasileiro, há múltiplos ensaios sobre este aspecto, mais comumente da lavra de eméritos sociólogos¹⁶, com habitual ênfase no sincretismo que é a tônica de nossa cultura, e na qual se insere o nosso direito. O Professor René David assinalava, com sua penetrante análise comparatista, que uma das grandes características do direito pátrio era a coexistência harmônica de institutos de direito público provindos de sistemas de *Common Law* com institutos de direito privado típicos da família romano-germânica à qual ele pertence. Esta simbiose, sem levá-lo para uma categoria de direito mista, era fruto de toda uma mentalidade, de uma cultura aberta às influências externas, que nela se transmudavam, quase sempre, com êxito, para nela vingarem.¹⁷

Aos estudiosos do direito comparado, cientes da existência dessas peculiaridades e cientes da importância de preservação de algumas delas mais fundamentais para a manutenção do perfil cultural dos Estados, cabe o papel de apontar os limites de uma padronização que, em seu afã de atingir metas, quase sempre de cunho econômico, promovam um processo de descaracterização cultural desses Estados. A perda da identidade cultural, no âmbito da qual se insere o direito, deve ser impedida e neste mister os comparatistas têm função de relevo. Ao apontarem para as possibilidades de harmonização normativa devem, por igual, alertarem, lucidamente, para seus limites.

¹⁵ Gino Gorla, in *L'Apporto (...)*, p.248.

¹⁶ V., entre outros, Gilberto Freyre, em *Sobrados e Mucambos* (Liv. José Olympio Editora, 1981, vol.II, p.573 e segs.), em sua magistral análise sobre o significado do bacharelismo em nossa sociedade. V., também, o interessante estudo do Prof. Keith Rosenn sobre *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, Renovar, 1998).

¹⁷ V. René David, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, in: *Le Droit Comparé, Droits D'hier, Droits de Demain*, Economica, 1982, 166 e segs.

3. O direito comparado, instrumento de compreensão entre os povos

O conhecimento do direito estrangeiro constitui, como sabemos, uma etapa preliminar de qualquer comparação, que, bem-entendido, a ele não se reduz. Em termos mais completos, o eminente processualista italiano, Professor Vittorio Denti, assim se expressava: *é impossível comparar seriamente sem um conhecimento adequado dos fatores políticos, econômicos, sociais, religiosos que estão por detrás da evolução dos ordenamentos. Em outras palavras, a comparação pressupõe que se coloque corretamente a relação entre direito e cultura*¹⁸.

É precisamente a vontade de conhecer, e mais ainda, de compreender o sistema jurídico estrangeiro, antes de proceder a uma identificação de semelhanças e diferenças em torno de determinados aspectos, que deve caracterizar a postura de compreensão a ser adotada pelo comparatista. Não há sistemas de direito nem melhores nem piores. Cada um decorre de um quadro sociocultural próprio que deve ser entendido e não avaliado. De Luca, citado pelo Professor Gino Gorla, afirmava que comparar é comunicar-se¹⁹. O equilíbrio, a sinceridade e a lucidez que devem ditar esta postura de compreensão são vitais para os relacionamentos entre os povos. Obviamente, esta compreensão não exclui a análise do real empenho, demonstrado pelos Estados nos quais vigoram diferentes sistemas jurídicos, de alcançarem-se os objetivos globais comuns de vivência democrática, com o efetivo respeito ao exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos e das coletividades.

Observe-se, por fim, que em outros tempos, considerar que o direito comparado seria um instrumento de compreensão internacional parecia uma afirmação revestida de utopismo. O quadro contemporâneo revela, ao contrário, que urge atingir esta finalidade. Ela deve ser uma das prioridades, não apenas do comparatista, mas de todos os partícipes desse processo de globalização, a fim de prevenirem-se choques culturais e dominação dos membros mais frágeis desse processo. Enfim, para o alcance de uma situação de uma paz não adjetivada, decorrente da

¹⁸ Vittorio Denti, *Diritto Comparato e Scienza Del Processo*, in: *L'Apporto (...)* op.cit., p.203. (Tradução aproximada).

¹⁹ De Luca, *apud* Gino Gorla, in: *L'Apporto*, op.cit., p.290.

inexistência de dominação de qualquer espécie, sem o ressurgimento de uma *pax* romana sob quaisquer formas contemporâneas que pudessem reavivá-la.

Conclusão

É certo que cada um dos mestres vê na disciplina a que se dedica qualidades de postura de vida que nem sempre são ostensivas. Os estudiosos do direito comparado são particularmente dedicados a salientar os méritos de seu magistério e de sua prática profissional e acadêmica para uma atitude geral perante a vida. Acreditam, sinceramente, que esta disciplina concorre para um amadurecimento cultural e para a adoção de uma postura de busca de entendimento entre povos pertencentes aos mais distintos sistemas jurídicos. A produção jurídica que resulta dos estudos juscomparativos, além de clarear o conhecimento de determinadas áreas do direito e contribuir para o seu aprimoramento, propicia uma receptividade pessoal para a compreensão das diferenças, sem emissão de juízos de valor, o que concorre, sem dúvida, para o desarmamento dos espíritos, propugnado por diversos instrumentos internacionais e, em especial, pelo Ato Constitutivo da Unesco.

Estado Federal e Estado Unitário: A Perspectiva Constitucional no Brasil, Argentina e Chile

Carlos Guilherme Francovich Lugones*

Introdução

Para que se possa compreender a estruturação de um Estado, necessário se faz proceder à análise de sua conformação, a fim de que seja possível observar como se implementa a organização e a conseqüente distribuição do poder no que se refere ao seu aspecto político e ao seu aspecto administrativo.

Assim, ganham relevo nesta caracterização os parâmetros concentração e desconcentração administrativa, centralização e descentralização de poder, como expressões da classificação tradicionalmente observada, que delimita os estados em federais e unitários.

O presente estudo irá focar precisamente esta distinção entre as formas de Estado, desenvolvendo em primeiro lugar o conceito de Estado, em seguida diferenciando as duas formas – federal e unitário – e finalmente analisando-as no plano da comparação entre os modelos implementados por Brasil, Argentina e Chile, como expressões de estados federais (os dois primeiros) e unitário (o último).

O Conceito de Estado

A busca de uma definição precisa de Estado tem atravessado os

* Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio, Professor da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, Juiz Federal no Rio de Janeiro

tempos, desafiando estudiosos e pesquisadores, que em nenhum momento se permitem impor um conceito último e absoluto.¹

Muitas das vezes, se afigura mais plausível acentuar as características e os elementos fundamentais do Estado, a fim de que se possa deduzir o conceito, como consequência lógica.

Paulo Bonavides toma por irreprensível o conceito de Estado sugerido por Jellinek no sentido de que Estado “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”.²

Precisa também é a conclusão de Ana Lúcia de Lyra Tavares³, ao observar que apesar de ser variável o conceito de Estado, os seus elementos constitutivos permanecem inalterados, quais sejam, “o território, o povo, o governo e a soberania”, sendo este último elemento o que maior reflexão ensejaria, mercê de sua direta vinculação ao estudo do tema.⁴

¹ Na realidade, conforme assinala Norberto Bobbio, o termo “Estado” se difundiu através do *Príncipe* de Maquiavel, substituindo, assim, os termos utilizados para definir aquele conjunto de indivíduos baseado em um mesmo território:

“Certo, com o autor do *Príncipe* o termo “Estado” vai pouco a pouco substituindo, embora através de um longo percurso, os termos tradicionais com que fora designada até então a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando: *civitas*, que traduzia o grego *pólis*, e *res publica* com o qual os escritores romanos designavam o conjunto as instituições políticas de Roma, justamente a *civitas*.” (BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 66)

² BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pág. 67

³ REVISTA DE CIÊNCIA POLÍTICA. Fundação Getúlio Vargas. Volume 22, no. 4 (out/dez de 1979) pág. 31

⁴ No que diz respeito ao titular da soberania, relevante é a distinção entre a Teoria da Soberania Popular, desenvolvida por Jean-Jacques Rousseau, e a Teoria da Soberania Nacional, alinhavada por Emanuel Sieyès. A Teoria da Soberania Popular entende que a titularidade da soberania pertence a todos os indivíduos do povo, cabendo assim a cada um dos membros uma parcela de soberania. Não há como deixar de se evocar Rousseau como prócer da idéia de soberania popular. Como lembra Paulo Bonavides, o conceito rousseauiano de soberania popular “é tão-somente a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos governantes” (in BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 130.)

Em contrapartida, a Teoria da Soberania Nacional assenta a titularidade do poder constituinte na nação (A propósito, lembra Carl Smith que os conceitos nação e povo não podem ser confundidos já que diferentes em sua essência. Diz o ilustre jurista:

“Com frecuencia se consideran como de igual significación los conceptos de Nación e Pueblo, pero la palabra “Nación” es más expresiva e induce menos a error. Designa al pueblo como unidad política com capacidad de obrar y com la conciencia de su singularidad

Efetivamente, tanto o conceito de soberania como sua distinção em relação ao conceito de autonomia se afiguram imprescindíveis para aclarar a conformação de um Estado. Como bem observa Francisco Rezek, “atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores.”⁵ Por sua vez, “dizem-se autônomas as unidades agregadas sob a bandeira de todo estado federal”.⁶

Desta forma, o conceito de soberania aplica-se ao Estado no que diz respeito às suas relações internacionais, traduzindo a igualdade que se verifica entre aquele e os demais Estados na ordem internacional, não sendo portanto possível admitir-se a violação da soberania estatal por outros Estados. Já no plano interno, a soberania resguarda a inexistência de qualquer outro ente que lhe confronte poderes superiores.

Por outro lado a autonomia se refere tão somente à parcela de poder que é atribuído aos membros componentes dos Estados no plano interno, desde que assim divididos, com determinadas competências administrativas e legislativas, que todavia não se sobrepõem nem tampouco afastam a soberania estatal.

Note-se que a formação dos Estados nacionais processou-se de maneiras múltiplas e distintas, mercê das características culturais, sociais e econômicas dos povos que os compunham, bem como da própria realidade fática existente no momento da consolidação destes Estados. Em consequência, é inegável que de certa maneira a forma adotada pelo

política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como Nación es una asociación de hombres unidos em alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente política. In SMITH, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 96.

É, pois, a nação a titular da soberania. Sieyès, ao delimitar a conceituação de poder constituinte, opta por imbuir a nação do poder constituinte. Pondera Bonavides, analisando a Revolução Francesa, que “a doutrina democrática da soberania que os poderes da Revolução fundaram e fizeram prevalecer na Assembléia Constituinte foi a doutrina da soberania nacional. A Nação surge nessa concepção como depositária única e exclusiva da autoridade soberana. Aquela imagem do indivíduo titular de uma fração da soberania, com milhões de soberanos em cada coletividade, cede lugar à concepção de uma pessoa privilegiadamente soberana: a Nação”. (BONAVIDES, Paulo. ob. cit. p. 131.)

⁵ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. pág. 229

⁶ REZEK, Francisco, ob. cit., pág. 238

Estado refletiu estes aspectos inerentes à sua própria conformação⁷.

Neste sentido, a distinção entre estados unitários e federais ganha relevo quando se analisam as sociedades que os compõem. Resta ponderável que quanto maior tenha sido a diversidade cultural dentro de um mesmo território, a existência de valores distintos observados por diferentes grupos propiciou o surgimento de realidades locais diversas. Portanto, torna-se possível inferir que a concretização do Estado-Nação, por sobre a faticidade das realidades locais, tornou-se possível ou porque verificou-se a construção de um poder central forte, ou então através da aceitação de diferenças, desde que mantidos determinados valores mínimos compartilhados e aceitos por todos, tais como, por exemplo, um idioma e uma moeda.⁸

O Estado Unitário e o Estado Federal

Na caracterização de um estado unitário, sobressai como característica basilar a idéia de centralização. Assim, esta centralização desenvolve-se no

⁷ Para Michael Walzer, grande parte dos Estados na ordem internacional podem ser considerados Estados-nações. Neste sentido, consigna Walzer que "denominá-los assim não significa que eles tenham populações de nacionalidade (etnia ou religião) homogênea. A homogeneidade é rara, se é que existe no mundo de hoje. A denominação significa apenas que um único grupo dominante organiza a vida da comunidade de modo que ela reflita sua própria história e cultura e, quando as coisas acontecem como se deseja, a história prossegue e a cultura é preservada". (WALZER, Michael. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 34)

Destaque-se também, em outra linha de raciocínio, a observação de Will Kymlicka, no sentido de que é possível se constatar a existência de estados que podem ser considerados multinacionais: "Una fuente de diversidad cultural es la coexistencia, dentro de un determinado Estado de más de una nación, donde "nación" significa una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas" É para o Autor o caso dos Estados Unidos da América, que poderia ser tido como uma sociedade multicultural (KYMICKA, Will. *Cidadania Multicultural*. Barcelona: Paidós. 1996. P. 26)

⁸ É por demais interessante a conformação do estado espanhol, que apresenta evidente realidade multicultural em sua estruturação. Neste sentido, apesar de ser um Estado unitário, a Espanha possui peculiar atribuição de graus de autonomia às chamadas Comunidades Autônomas. Neste sentido, o art. 2º da Constituição Espanhola garante a autonomia das nacionalidades que integram a nação espanhola, regido todavia o Estado pelo princípio da unidade. Este caráter multicultural espanhol resta evidente, como se vê, por exemplo, em relação à Comunidades Autônomas como os Países Bascos e a Catalunha. Estas Comunidades possuem inclusive idiomas próprios, ainda que aceitando a língua espanhola como o idioma utilizado no país, nos termos do art. 3º da Constituição da Espanha, que determina que o espanhol é a língua oficial do Estado, sendo portanto um dever conhecê-la e um direito usá-la. Frise-se que a Constituição espanhola considera também oficiais as demais línguas espanholas em suas respectivas Comunidades Autônomas.

plano político e administrativo, razão pela qual verifica-se uma unidade no que diz respeito ao sistema jurídico, e também no que se refere à administração e gestão do interesse público, seja na aplicação dos comandos normativos, seja na delimitação, gerência e execução das prioridades administrativas a serem implementadas pela Administração Pública em prol da sociedade.

Não existem, portanto, outras pessoas jurídicas dotadas de autonomia política ou administrativa aptas a falar em nome próprio e tendo como finalidade a realização do interesse público de um determinado grupo social.

Por sua vez, a centralização administrativa pode verificar-se de forma concentrada e desconcentrada. Dá-se a concentração quando as competências administrativas emanam apenas de um centro de poder, não cabendo, portanto, à qualquer agente administrativo sediado em escalões burocráticos inferiores a tomada de decisões. Ao contrário, na desconcentração as esferas administrativas inferiores detêm parcela de poderes, delegados todavia pela administração central, e efetivados em seu nome.⁹

O Estado federal, em contrapartida, consubstancia-se na união de diversos estados que, apesar de possuírem autonomia política e administrativa, não possuem soberania externa. É, pois, um estado composto, cujo perfil encontra-se delineado em uma constituição federal¹⁰.

Pondera Konrad Hesse com muita propriedade que o conceito de federalismo "expressa, como princípio fundamental político, a livre unificação de totalidades políticas diferenciadas, fundamentalmente, com

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que "descentralização e desconcentração são conceitos claramente distintos. A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas; aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aqueloutra ou aqueloutras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 72/73)

¹⁰ É imperioso não se confundir federação de estados com confederação. Na realidade, a confederação pressupõe a consorciação de estados que, todavia, conservam-se soberanos, legitimando-se portanto para atuarem na ordem internacional em nome próprio. Na precisa pena de Ana Lúcia Lyra Tavares, é a confederação "formada por uma associação estável de estados soberanos unidos por interesses comuns através de um pacto contratual, nela os estados confederados conservam a sua soberania e a sua personalidade internacional nos assuntos que não foram objeto do pacto contratual". (LYRA TAVARES, Ana Lucia. op. cit., p. 35)

os mesmos direitos, em regras regionais que, deste modo, devem ser unidas para colaboração comum”¹¹.

Também afigura-se relevante a observação de Paulo Bonavides que, ao recordar os ensinamentos de Georges Selle, consigna serem dois os princípios capitais que regem o sistema federativo, quais sejam, a lei de participação e a lei da autonomia¹²:

“Mediante a lei de participação, tomam os estados-membros parte no processo de elaboração da vontade política válida para toda a organização federal, intervêm com voz ativa nas deliberações de conjunto, contribuem para formar as peças do aparelho institucional da Federação e são, no dizer de Le Fur, partes tanto na criação como no exercício da “substância mesma da soberania” (...) Através da lei da autonomia manifesta-se com toda a clareza o carácter estatal da unidades federadas. Podem estas livremente estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado (executivo, legislativo e judiciário) e exercer desembaradamente todos aqueles poderes que decorrem da natureza mesma do sistema federativo, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição Federal.”

Assim, relativamente ao exercício de suas competências constitucionais, são os estados-membros autônomos diante do poder central da Federação, cabendo-lhes, pois, gerir a parcela do território que ocupam, através da estruturação de um poder público local (Poder Executivo), com a observância da vontade do povo ali localizado notadamente no que diz respeito à normatização de condutas (Poder Legislativo), inclusive mediante a resolução dos conflitos locais através de autoridades competentes (Poder Judiciário).

Assentadas estas premissas, torna-se possível analisar as estruturas constitucionais relativas à Forma de Estado observadas por Brasil, Argentina e Chile.

¹¹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Serio Antônio Fabris editor. 1998. p. 180/181

¹² Bonavides, Paulo. Op. cit. p. 181.

As Razões das Formas de Estado

O Brasil

O Brasil é uma república federativa, conforme dispõe textualmente o *caput* do art. 1º da Constituição da República. Esta forma restou observada com o advento da república, mercê do decreto no. 1 do Governo Provisório de 15.11.1889, que instituiu a república e a federação. Todavia, forçoso é admitir que a vocação do Brasil, mesmo antes da adoção do regime republicano, já se manifestava no sentido do federalismo.

De fato, desde o início da colonização portuguesa, a dimensão territorial brasileira demonstrava a dificuldade da consolidação de um poder centralizado. As grandes distancias que separavam os primeiros agrupamentos em solo brasileiro ensejaram a natural formação de comunidades diversas, com características peculiares.

Neste sentido, o esquadramento do território brasileiro através da utilização do sistema de capitânicas hereditárias permite concluir que a ocupação do território da colônia só se afigurou possível através da delegação de parte dos poderes da coroa portuguesa. Note-se aliás que as capitânicas funcionaram como gênese das províncias, que vieram a ter grande destaque no período da independência brasileira e em todo o período imperial.

Em precioso estudo, Miguel G. de Ulhoa Cintra e Maria Luiza Tostes de Carvalho Cruz, valendo-se das observações de Oliveira Vianna, consignam que:

“A federação e a república caminharam juntas: para Oliveira Vianna, “o espírito republicano e federativo mergulhava em cheio suas raízes no período colonial. Vindo de tão longe, com as raízes firmadas na consciência coletiva, o espírito republicano não podia ser abafado pelo trono de Dão João VI. A Monarquia brasileira retardou, mas não impediu a evolução daquele espírito.”¹³

Já na elaboração do primeiro texto constitucional brasileiro, em 1824, se ouviam, no processo constituinte, vozes no sentido de se adotar a

¹³ op. cit., p. 52.

federação e a república no Brasil. Foi, todavia, o Ato Adicional (Lei no 16 de 12.08.1834) que, ao reformar a Constituição imperial, deu às províncias uma relativa autonomia, com um poder legislativo local, mas um poder executivo ainda nomeado.¹⁴

Também não menos forte foi a bandeira do federalismo durante o Segundo Império, como se verifica através do Manifesto Republicano, de 1870, com a consequente fundação do Partido Republicano (1870), que se pautava pela defesa da república e do federalismo, consequência lógica do movimento republicano.¹⁵

Assim, a adoção do federalismo pela República nascente em 1889 verificou-se de maneira natural, por força do espírito republicano existente à época, que via na federação o melhor modelo para o Brasil.

A Argentina

Também a Argentina é uma república federativa, nos termos do art. 1º de sua Constituição.

A estrutura provincial argentina remonta ao tempo da colonização espanhola. Como lembra Miguel A. Ekmekdjian, já na "Real Ordenanza de Intendentes" de Carlos III, de 1782, que dividiu o Vice-Reino do Rio da Prata em oito intendências, quais sejam, Buenos Aires, Córdoba del Tucumán, Salta del Tucumán, Paraguay, La Plata, Potosí, La Paz e Puno, é possível identificar estas descentralizações administrativas que, posteriormente, após a Revolução de Maio, foram subdividindo-se, dando origem às demais províncias.¹⁶

¹⁴ Como destacam Miguel G. de Ulhoa Cintra e Maria Luiza Tostes de Carvalho Cruz, diversos foram os movimentos revolucionários no decorrer do império que pugnavam por uma forma federalista, como a chamada Confederação do Equador (1824/1825) e a Revolução Farrroupilha (1835/1845) (RDP 4, p. 62/70).

¹⁵ Lembram Miguel G. de Ulhoa Cintra e Maria Luiza Tostes de Carvalho Cruz que o jornal "A República" identificava à época o federalismo com o republicanismo: "Para nós (dizia esse órgão), a república não estará fundada senão quando cada província for um verdadeiro Estado senhor de seus destinos, podendo dispor de todos os seus recursos sem dependência da tutela da capital. Para nós a república é a federação. Sem federação no Brasil não há república". (op. cit. p. 91).

¹⁶ Assim, em 1813 a intendência de Córdoba se separa de Cuyo e em 1814a Província Oriental se separa de Buenos Aires, ano em que também são criadas as províncias de Entre Rios, Corrientes e Misiones. A intendência de Salta divide-se nas províncias de Salta e Tucumán, em 1816 surge La Rioja, em 1820 surgem as províncias de Catamarca, Santiago del Estero, San Juan, Santa Fé e Jujuy. (veja EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Manual de la Constitución Argentina. 4ª edição. Buenos Aires: Depalma, 1999)

Em 1820, através do Tratado de Pilar, as províncias argentinas decidiram se reunir por meio de seus representantes, a fim de estabelecer as premissas para a delimitação de um Estado federal. Todavia, restavam evidentes as desigualdades existentes entre as províncias argentinas. Buenos Aires, porta de entrada do antigo Vice-Reinado do Rio da Prata, projetara-se como a província mais forte, já que economicamente mais desenvolvida, por força de um atuante comércio, de sua alfândega e da grande afluência de estrangeiros, que dava à cidade evidentes características metropolitanas.

Em consequência, a par de se sobrepor às demais províncias, impondo sua autoridade, a instituição de um regime federativo não se afigurava para Buenos Aires fundamental naquele momento, razão pela qual restou postergada a efetivação da federação.

Em 1831, Buenos Aires, Santa Fe e Corrientes celebraram o Pacto Federal, no qual se comprometiam a defender-se mutuamente dos ataques externos e internos, como também a não permitir a desagregação do país e a convocar uma organização constitucional quando houvesse paz e tranquilidade.

Posteriormente, os governadores de todas as províncias reuniram-se em San Nicolás de los Arroyos, celebrando o chamado Acordo de San Nicolás, que estabelecia o mecanismo de convocação de um Congresso Geral Constituinte, a ser integrado por dois deputados de cada província.¹⁷

Como pondera Felix Luna,¹⁸ este Acordo

"preparó el terreno para la constitución futura, aboliendo las aduanas interiores, declarando libres de todo derecho a las personas o mercaderías que transitaran por el territorio argentino y declarando la libre navegación de los ríos, un paso adelante para dar status constitucional a una liberación del comercio que hasta entonces no existía. Junto com esta virtual creación de un mercado común dentro del territorio argentino, se estableció que la aduana de la provincia de Buens Aires sería nacionalizada; es decir, que las rentas aduaneiras, que hasta esse momento eran de la provincia de Buenos Aires, a partir de entonces serían compartidas por todas las provincias"

¹⁷ Observa Félix Luna que esta cláusula incomodou sobremaneira Buenos Aires, na medida em que passaria a ter a mesma representação que províncias menores, como Jujuy e La Rioja. (LUNA, Félix. Breve Historia de Los Argentinos. 5ª edição. Buenos Aires: Planeta Argentina, 2000. P. 97)

¹⁸ LUNA, Félix. Op. cit. p. 97/98.

Os termos do Acordo por óbvio desagradaram Buenos Aires, o que levou a província a posicionar-se contrariamente à sua celebração, em sentido diverso da orientação manifestada pelas demais províncias. Assim, em 1853, os delegados de todas as províncias, com exceção de Buenos Aires, sancionaram a Constituição Nacional argentina, mantendo uma Confederação de províncias, e fixando como sede do Poder Executivo a cidade de Paraná.

O Estado de Buenos Aires, por sua vez, permanecia existindo em sua plenitude, sem integrar a Confederação Argentina. Agia portanto como um estado autônomo, mas não soberano, já que não havia declarado sua separação do resto do país, em que pese a secessão tenha sido aventada, mercê de sua situação privilegiada diante das demais províncias. Finalmente, em 1859, após a Batalha de Cepeda, e através do Pacto de San José de Flores, Buenos Aires compôs com o resto do país, organizando-se assim a Argentina como um estado federal, cuja Constituição observou, com alguns temperamentos, o modelo federal da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

O Chile

A conformação do Estado Chileno, por sua vez, deu-se no sentido do fortalecimento do poder central, em detrimento das realidades comunais localizadas nas vilas e cidades.

Com a independência, em 1833 foi elaborada uma Constituição para o Chile. Observam Gabriel Salazar e Julio Pinto que a estruturação do Estado chileno não prestigiou as antigas municipalidades. Ao contrário, a intenção era tornar mais efetivo o poder central, destacando a necessidade da centralização do poder.

Observam os ilustres autores que ¹⁹:

“La Constitución de 1833 destinó diez artículos a diseñar el perfil estructural de las “municipalidades” (se desechó el término “cabildo”).

Todos ellos reflejan claramente la intención de despojar a los viejos cabildos de su ancestral soberanía, fueros e independencia, que configuraban su derecho privativo a depositar el poder, exigir su devolución y determinar el tipo de gobierno que “haya de rejir”. (...) Las normativas de la

¹⁹ SALAZAR, Gabriel e PINTO, Julio. Historia Contemporánea de Chile I. Estado, Legitimidad, Ciudadanía. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999. P. 271

Constitución de 1833 establecieron, pues, las bases para que una cartografía política de control central sustituyera la cartografía natural de las comunidades. De esta forma, las amplias funciones que el Artículo 128 asignó a los municipios que recogían en parte las facultades que tuvieron los antiguos cabildos (obras públicas, desarrollo económico, educación, beneficencia, policía, etc.) ni se concibieron autonomamente, ni pudieron “ejecutarse” sino bajo la lluvia de decretos e instructivos que derramaba la cúpula del Gobierno”.

Vê-se, que a formação do Estado Unitário chileno, contrariamente ao caminho observado pelo Brasil e Argentina, pautou-se pela unificação e manutenção do poder em um centro de comando, por sobre os tradicionais agrupamentos locais que se organizavam em “cabildos”, como estrutura cuja origem remontava à própria colonização espanhola na América do Sul.

As Entidades Componentes

O Brasil

A redação do art. 1º da Constituição da República permite inferir que a federação brasileira é formada pela união dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Os Estados federados, como já foi visto, detém o poder de organização própria, é dizer, cabe-lhes a organização estrutural de sua Constituição e ainda das leis estaduais. Neste sentido, é claro o art. 25 da Constituição da República, ao autorizar os Estados federados a se constituírem, observando todavia como parâmetros os princípios positivados na Constituição.

Em relação aos Municípios, em que pese a polemica doutrinária acerca da razoabilidade de sua inclusão no pacto federativo ²⁰, forçoso é

²⁰ Hely Lopes Meirelles, por exemplo, defende a inclusão dos municípios como parte da Federação, por se tratar de “entidade político-administrativa de terceiro grau, integrante e necessária ao pacto federativo”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1996, p. 44)

Já Raul Machado Horta entende ser criticável a presença do Município na composição do Estado Federal, pois este é “produto da associação dos Estados Federados, como vimos, dentro de uma natureza ontológica e jurídica dessa forma de Estado, qualificada, por isso, de União de Estados de Direito Interno” (HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 379/380)

reconhecer que a estrutura de poder no estado brasileiro dá-se efetivamente em três planos: federal, estadual e municipal. É o que se depreende dos artigos 18, 20, 25 e 29 da Constituição, que atribuem à União, Estados e Municípios autonomia política e legislativa, enquanto pessoas jurídicas de Direito Público.

Pondera Michel Temer, lembrando lição de Ataliba Nogueira, que a autonomia municipal, no Brasil, é realidade natural anterior à própria autonomia política dos estados federados". Neste sentido, "os aglomerados urbanos se formaram em torno de uma capela, templo erigido pelos colonizadores em face de sua intensa religiosidade, sempre que se avizinham. Isto ocorreu antes mesmo da independência, época em que vigoravam as Ordenações do reino português"²¹.

Além destes entes, impõe-se observar que fisicamente se afigurou necessário delimitar um espaço geográfico aonde se localizasse o centro do poder federal, dando-lhe especial configuração, tendo em vista sua importância para o próprio sistema federativo. Neste sentido, surgiu o Distrito Federal, como ente destinado a sediar a Capital da República, hoje Brasília, mercê do disposto no art. 18, par. 1º da Constituição da República.

O Distrito Federal é pessoa jurídica de Direito Público, com autonomia administrativa, legislativa e judiciária, o que lhe permite estruturar Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário locais, conforme dispõe a Constituição em seu art. 32, como consequência da atribuição de competências legislativas estaduais e municipais (art. 32, parágrafo 1º) que lhe é feita pela Carta Maior.

Finalmente, existe no sistema constitucional brasileiro a figura dos territórios. Estes são entes despidos de autonomia política, embora dotados de capacidade administrativa, face ao disposto no art. 33 da Constituição da República, e integrantes da administração descentralizada da União.

A Argentina

A Federação Argentina é composta por vinte e três províncias autônomas, regidas por constituições provinciais que, nos termos do art. 5º da Constituição Argentina, devem garantir o sistema representativo republicano, sob pena de intervenção federal, observando os princípios, declarações e garantias da Constituição Nacional, assegurando ainda a administração da justiça, o regime municipal e a educação primária.

²¹ ÉKMEKDJIAN, Miguel Á. op. cit. p. 341/343.

O art. 13 da Constituição Argentina autoriza o aumento deste número com a admissão de novas províncias, além de admitir a substituição, a refundição e a divisão das províncias.

Nos termos do art. 122 da Constituição Argentina, as províncias têm autonomia para eleger seus governadores, seus legisladores e demais funcionários provinciais, sem qualquer interferência do Governo federal.

Lembra Miguel Á. Ekmejdjian²² que, diante da Constituição Argentina, é possível inferir-se quatro parâmetros que delimitam as relações entre o estado federal e as províncias, quais sejam: relação de subordinação, que impede que as ordens jurídicas provinciais se sobreponham à ordem jurídica federal (arts. 5, 31 e 128 da Constituição); relação de participação, que garante às províncias o direito de participarem das decisões da Nação, através da representação no senado (art. 54 da Constituição); relação de exclusão, que diz respeito à fixação de competências, vez que o âmbito de competências provinciais é residual, não sendo portanto da alçada federal o que não lhe foi atribuído (art. 121 da Constituição); relações de concorrência, que se verificam quando a Constituição determine que o Estado Federal e as províncias podem exercer atribuições do mesmo tipo.

Também possuem as províncias capacidade para celebrar tratados internacionais, nos termos dos arts. 124 e 125 da Constituição, desde que não sejam incompatíveis com a política exterior da Nação nem afetem as faculdades delegadas ao Governo federal ou ao crédito público da Nação, sendo ainda necessário que se dê conhecimento ao Congresso nacional.

Diferentemente da Constituição Brasileira, a Constituição Argentina não dispõe acerca da estrutura e da competência dos municípios²³, limitando-se a reconhecê-los como entidades autônomas

²² ÉKMEKDJIAN, Miguel Á. op. cit. p. 341/343.

²³ Grande foi o debate sobre se os Municípios seriam simples autarquias ou se seriam entes autônomos. A tese jurídica de que seriam autarquias deriva da idéia de que uma vez que os municípios encontram-se subordinados às províncias, não poderiam ter idêntica capacidade jurídica, sendo portanto entes autárquicos. Lembra todavia Héctor B. Villegas que a Corte Suprema Argentina, revendo sua jurisprudência, entendeu que os municípios seriam autônomos, já que desde 1957 diversas constituições provinciais teriam consagrado o critério de autonomia dos municípios. Da mesma forma, determinados caracteres dos municípios não são de autarquias, como é o caso de sua origem constitucional, a base sociológica constituída pela população, a impossibilidade de sua supressão porque sua existência é assegurada pela Constituição, o fato de que as suas resoluções afetam todos os habitantes de um distrito, etc. (VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. 7 ed. Buenos Aires: Depalma. 1999. P. 229/231)

dentro do território provincial, conforme dispõem os arts. 5 e 123.

Neste sentido, prevê a Constituição que compete às províncias assegurar o regime municipal, inserindo-se ainda na competência das províncias a organização dos regimes orgânicos dos municípios, o que permite inferir que os estes não gozam de autonomia ampla, como no Brasil, já que as normas que os regem são elaboradas pelo Poder Legislativo das Províncias.

Da mesma forma, o perfil a ser adotado pelos municípios estará de acordo com a estrutura delimitada por cada Poder Legislativo provincial, o que poderá ensejar características peculiares e cada unidade da Federação Argentina.

Ainda que da alçada das províncias a estruturação dos municípios, Miguel À. Ekmekdjian²⁴ observa traços comuns que se verificam nas ordens municipais, como a existência de departamentos com caráter executivo, a cargo de um intendente, e deliberativo, a cargo de um conselho. Também se usa outorgar aos municípios a capacidade de criar determinados impostos e taxas de serviços. Em algumas constituições provinciais encontram-se ainda cláusulas que proíbem ao governo da Província intervir na atividade das autoridades comunais.

A Capital Federal da República Argentina encontra-se na Cidade de Buenos Aires, nos termos da Lei 1029, de 21.09.1880. Enquanto a Constituição Argentina é singela ao dispor sobre os municípios, em relação à Capital Federal é possível observar a existência de diversos dispositivos que lhe são aplicáveis.

Neste sentido, verifica-se que a Capital Federal pode indicar deputados e senadores ao Congresso, nos mesmos termos das províncias, mercê do disposto nos arts. 45 e 54 da Constituição.²⁵

²⁴ ÉKMEKDJIAN, Miguel À. op. cit. p. 341/343.

²⁵ Não pretendo adentrar na polemica que se forma em torno do regime jurídico aplicável à Buenos Aires. Apenas para registrar, é interessante ressaltar a posição de Miguel A Ekmekdjian, no sentido de que a cidade de Buenos Aires teria o mesmo grau de autonomia de uma província, tendo em vista que o art. 129 da Constituição ter-lhe-ia outorgado todas as qualidades e atribuições que derivam das autonomias provinciais, mesmo sem ter-lhe atribuído expressamente o título de província. No que se refere ao art. 75, inciso 30, que atribuiria ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre os interesses locais de Buenos Aires, seria razoável aplicar a décima-quinta disposição transitória, que determina que caberá ao Congresso Nacional exercer a legislação, até que se constituam os poderes. Assim quando funcione a legislatura local de Buenos Aires, o art. 75, inciso 30 deixa de ser aplicado (ÉKMEKDJIAN, Miguel À op. cit. p. 361).

Ao contrário, entende Héctor B. Villegas que a municipalidade da Capital Federal – Buenos Aires – seria um ente autárquico, por não ter concorrido para a formação da Nação, a par de ser criação constitucional, cuja legislação promana do Congresso Nacional (VILLEGAS, Héctor B. op. Cit. p. 236)

Por sua vez, a legislação aplicável à Cidade de Buenos Aires é da competência do Congresso, por força do art. 75, inciso 30 da Constituição. Note-se todavia que o art. 129 da Constituição atribui à Cidade de Buenos Aires um regime de governo autônomo, com faculdades próprias de legislação e jurisdição, e com o chefe de governo eleito diretamente pelo povo da cidade.

A Constituição da Argentina ainda se reporta à figura dos territórios nacionais. Vê-se, do art. 75, inciso 15, que compete ao Congresso Nacional a competência para legislar acerca da sua organização, administração e governo.

Estes territórios são entes despidos de autonomia política. Note-se que hoje a Argentina não mais possui territórios, vez que os último, referente à Terra do Fogo, à Antártida Argentina e às Ilhas do Atlântico Sul foi convertido na Província da Terra do Fogo.

O Chile

O art. 3º da Constituição Chilena consigna que o Chile é um Estado unitário, o que enseja a existência de apenas um centro de poder político, com um Governo central, cabendo ao Congresso a função legislativa, sem qualquer outro organismo com competências para tanto.

O território chileno se divide em regiões, que são em número de treze, conforme o art. 45 da Constituição. A administração das regiões é exercida por intendentes, indicados pelo Presidente da República, e de sua exclusiva confiança, conforme dispõe o art. 100 da Constituição. Assim observam os intendentes as ordens emanadas pelo Presidente da República, por serem seus representantes diretos em cada uma das regiões.

A administração das regiões é implementada através de organismos denominados “governos regionais”, que são pessoas jurídicas de direito público, dotadas ainda, de patrimônio próprio, com atribuições previstas na Constituição e na lei. Neste sentido, a Lei Orgânica Constitucional de Governo e Administração Regional no. 19.175 (LOGGAR) delimita a estrutura da administração das regiões pelos governos regionais.

Nos termos do art. 100 da Constituição, compete a estes governos regionais o desenvolvimento social, cultural e econômico das regiões.

O Governo Regional é constituído pelo intendente e pelo conselho regional. Note-se que o intendente, a par de ser agente do presidente da

República em seu território, também preside o conselho regional dentro do governo regional.

O Conselho Regional, nos termos do art. 102 da Constituição Chilena, é um órgão de carácter normativo, resolutivo e fiscalizador, a quem cabe dar efetividade à participação da cidadania regional. Conforme a citada Lei 19.175, é composto por conselheiros, eleitos por representantes das populações provinciais, com mandato de quatro anos, admitida a reeleição.

Face ao disposto no art. 99 da Constituição, as regiões ainda se subdividem em províncias e estas em comunas. Por sua vez, consigna o art. 105 que em cada província haverá uma governadoria, órgão este territorialmente desconcentrado da intendência. Esta governadoria estará a cargo de um governador, que será nomeado e removido livremente pelo Presidente da República, embora sua autuação deva ser exercida de acordo com as instruções delimitadas pelo Intendente.

Em cada província haverá ainda um conselho econômico e social provincial de caráter consultivo, a fim de auxiliar o Governador ²⁶.

As províncias podem ser divididas em comunas, cuja administração local relativa a cada uma destas, ou seu agrupamento, dará azo a consubstanciação de municipalidades.

As municipalidades são, nos termos do art. 107 da Constituição

²⁶ "Afigura-se por demais interessante a composição destes Conselhos, já que demonstram a pluralidade efetiva na representação da sociedade. Neste sentido, relata Humberto Nogueira Alcalá (Derecho Constitucional, Tomo II. 2 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1999, p. 394/395):

"Los miembros electos representarán a las organizaciones sociales de la provincia, son 24 en total y se eligen de la siguiente manera, según determin en artículo 48 de la LOCGAR.

Las entidades que se agrupen a las organizaciones laborales de la provincia elegirán ocho miembros. Las entidades que agrupen a los empresarios y otras entidades productivas de la provincia elegirán ocho miembros. Las organizaciones culturales de la provincia que contribuyan al proceso y desarrollo cultural provincial, elegirán tres miembros. Las asociaciones de profesionales de la provincia elegirán tres miembros. Las fundaciones y corporaciones privadas domiciliadas en la región, dedicadas a actividades de producción, comercio, educación o investigación científica y tecnológica, elegirán dos miembros.

Son miembros por derecho propio, los siguientes: un miembro de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros que tengan asiento en la respectiva provincia, designado por el mando provincial correspondiente.

Los rectores o vicerrectores de las universidades y, donde no las hubiere, los rectores de institutos profesionales o centros de formación técnica a falta de éstos, que funcionen en la respectiva provincia, en un número máximo de cuatro representantes. Si hubiere más de cuatro universidades, institutos o centros de formación técnica, se designará a los más antiguos en sus cargos."

Chilena, corporações autônomas de direito público, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, cuja finalidade é satisfazer as necessidades da comunidade local e assegurar a sua participação no progresso econômico, social e cultural das comunas. Para Humberto Nogueira Alcalá, em relação às municipalidades, pode-se concluir que se trata de "autonomia administrativa o autarquía en sentido jurídico estricto, vale decir, que las municipalidades como entes jurídicos disponen la capacidad de autoadministrarse en el ámbito de sus atribuciones con independencia del nivel administrativo regional y nacional." ²⁷

Os órgãos de administração das municipalidades são os alcaides, que são sua máxima autoridade, e os conselhos, cuja composição é feita por *consejales*., eleitos por sufrágio universal para um mandato de quatro anos, admitida a reeleição.

Cabe a estes Conselhos tornar efetiva a participação da comunidade local, exercendo ainda funções normativas, resolutivas, fiscalizadoras e outras atribuições que lhe sejam afeitas.

Conclusão

A comparação entre a variável relativa à forma de Estado adotada por Brasil, Argentina e Chile, autoriza a conclusão de que são evidentes as diferenças no que se refere às estruturas de cada país.

Efetivamente, no que diz respeito à Brasil e Argentina, é interessante ressaltar que apesar de serem federações, resta claro que suas estruturas apresentam perfis nitidamente distintos.

Neste sentido, basta que se observe a partilha de poder entre os membros que compõem as estruturas federativas, para que se constatem as diferenças. Enquanto na federação argentina há a preponderância de Buenos Aires em relação às demais províncias do país, no Brasil há uma maior fluidez no que diz respeito à projeção de um estado federado por sobre os outros. Note-se, outrossim, que na conformação do estado federal brasileiro recebem especial destaque os municípios como entes dotados de autonomia política e administrativa, o que não se verifica no Estado Argentino.

Também no que se refere ao Chile, por óbvio são manifestas as diferenças relativamente à forma de Estado, já que se trata de um estado

²⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Ob. cit. p. 397.

unitário, como restou analisado, afastando assim em sua essência a descentralização política do poder, que por sua vez constitui-se característica precípua dos estados brasileiro e argentino.

Referências bibliográficas:

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. Derecho Constitucional, Tomo II. 2ª ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile. 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Manual de la Constitución Argentina. 4ª edición. Buenos Aires: Depalma, 1999
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor. 1998.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995
- KYMLICKA, Will. Cidadania Multicultural. Barcelona: Paidós. 1996.
- LUNA, Félix. Breve Historia de Los Argentinos. 5ª edición. Buenos Aires: Planeta Argentina, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1996.
- REVISTA DE CIÊNCIA POLÍTICA. Fundação Getúlio Vargas. Volume 22, no. 4 (out/dez de 1979)
- REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SALAZAR, Gabriel e PINTO, Julio. Historia Contemporánea de Chile I. Estado, Legitimidad, Ciudadania. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999.
- SMITH, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1995
- VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma. 1999.
- WALZER, Michael. Da Tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Princípios Constitucionais da Responsabilidade Republicana e da Democracia Participativa e Ação dos Tribunais de Contas: Preenchimento de nicho Institucional

Maria Araiar Pinto Paiva*

Teresa Robichez de Cravalho**

1. Introdução

O presente trabalho contém resultados parciais de uma pesquisa que vimos desenvolvendo sobre o Tribunal de Contas no Brasil, com o objetivo de, procedendo a uma análise institucional, podermos conhecer as características desse órgão de auxílio do Poder Legislativo na missão constitucional de execução do controle externo dos gastos públicos.

A Constituição brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988 e vigente, instituiu duas formas de controle: o controle interno – realizado pelo próprio órgão que executa a despesa e o controle externo – que nos interessa mais de perto, devido integrar o objeto de nossa pesquisa e é definido por SILVA da seguinte maneira:

“O controle externo é, pois, função do Poder Legislativo, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembléias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Câmaras Municipais nos Municípios, com auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira

* Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e pesquisadora do CNPq.

** Aluna do curso de graduação da Faculdade de Direito da UFF e bolsista de Iniciação Científica do PIBIC/CNPq/UFF

e orçamentária. É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente”¹.

Fazemos uma ressalva a esta definição, porque ela não faz menção ao controle que pode ser realizado, por via direta, dependendo da circunstância, por qualquer cidadão, contribuinte, partido político, associação ou sindicato (Art. 74, parágrafo 2º) Tal via direta, embora atribua um poder frágil e ainda não regulamentado a quem dela faça uso, precisa ser objeto de interesse de estudo, para seu aprofundamento, porque ela abre um caminho para o exercício da democracia participativa e contém um potencial, capaz de ajudar o Tribunal de Contas em sua transformação e fortalecimento, levando-o a se legitimar perante a opinião pública e a ocupar o nicho institucional que lhe está reservado pela Constituição. Sua atuação mais transparente e mais próxima das pessoas, produzirá mudanças internas – com o combate à excessiva burocratização e cumprimento dos princípios constitucionais e, externas, com os atores que dinamizam o espaço público acompanhando e compreendendo seu desempenho e as dificuldades enfrentadas.

A problemática que cerca o cumprimento dos princípios constitucionais, que distinguimos em fundacionais e operacionais, ligada à estrutura do Estado liberal capitalista e à nossa cultura jurídico-política é apreciada neste trabalho.

O método que utilizamos em nossas pesquisas é o sócio-jurídico crítico. Sua adoção implica em uma conduta aberta, crítica, interdisciplinar e mais investigativa do pesquisador. Este método permite um desprendimento da dogmática jurídica fechada, por incorporar uma análise da realidade sociológica. Seu aspecto crítico, dá oportunidade ao exercício de uma racionalidade comunicativa, que se estrutura no diálogo e na discussão, fugindo da imutabilidade das situações e das verdades intocáveis.

As técnicas aplicadas compreendem a de estudo de caso, observação direta e indireta e levantamento de documentação. O campo de trabalho onde estamos desenvolvemos o estudo de caso é o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCMRJ). As observações tem sido feitas a partir do ano de 1998.

Após essa Introdução, apresentamos, no item 2, noções teóricas sobre

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. p.717 / 718

os princípios constitucionais fundacionais (da responsabilidade republicana e da democracia participativa) e operacionais (da legalidade, da legitimidade e da economicidade); no item 3, alinhamos algumas reflexões sobre a ação do Tribunal de Contas em um Estado liberal-capitalista; no item 4, estão algumas conclusões que alcançamos com a execução de parte de nossa pesquisa dedicada à análise da citada instituição; e, por último, registramos a bibliografia referida no presente trabalho.

2. Princípios Constitucionais: Princípios Fundacionais e Princípios Operacionais

2.1 Preliminares

Os princípios fundacionais – aqueles que teoricamente respaldam as opções políticas e são imanescentes à forma de Estado, de Governo e ao regime político inscritos nas Constituições (na Constituição Brasileira, ver Art. 1º.), assumem, no Direito Constitucional contemporâneo, uma função que lhes era tolhida quando predominava o formalismo e o positivismo na ciência do Direito. Hoje, a teoria material da Constituição transformou os princípios constitucionais em referenciais imprescindíveis à compreensão, aplicação e interpretação dos textos constitucionais, atribuindo-lhes juridicidade.

Os princípios da responsabilidade republicana, do pacto federativo, do Estado democrático de direito e da democracia participativa são princípios fundacionais do nosso sistema constitucional, porque imanescentes, respectivamente, à nossa forma de governo (República), à nossa forma de Estado (Federação) e ao nosso regime político (Estado democrático de Direito, com democracia representativa e participativa).

Nessa pesquisa sobre a interface que constitucionalmente é estabelecida entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas, com a participação da sociedade civil, julgamos pertinente nos remeter aos princípios da responsabilidade republicana e da democracia participativa. O princípio do pacto federativo não será objeto de análise porque não vamos apreciar o controle sob o prisma da organização estatal federal. No que diz respeito ao Estado democrático de direito, o princípio da legalidade, que dele decorre, será analisado não em seu aspecto do formalismo jurídico, mas em sua conexão com o conteúdo democrático que o constituinte lhe atribuiu.

O processo de construção do objeto de pesquisa nos conduziu a utilizar uma abordagem principiológica e sistemática do texto constitucional, que favoreceu a análise dos dados e a aplicação do conhecimento teórico.

A Constituição brasileira vigente, no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo I – Do Poder Legislativo, Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, exige, no Art. 70, que os órgãos executores do controle interno e do controle externo se submetam aos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade. São princípios que visam à ação imediata e específica do agente estatal e, por este motivo, podem ser chamados de operacionais ou específicos, vinculados e decorrentes dos princípios fundacionais.

2.2. Dos Princípios Fundacionais

Princípio da responsabilidade republicana

A república, como denota a origem latina da palavra – *res publica*, é a forma de governo que privilegia a coisa comum, o interesse público. ATALIBA² nos diz o seguinte :

“A simples menção ao termo *república* já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos o de responsabilidade é essencial. Regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem pelos seus atos. Todos são, assim, responsáveis.”

Com 112 anos de existência legal, a República brasileira se aproxima mais da ficção do que da realidade, com os governantes e demais autoridades públicas, no mais das vezes, propositalmente esquecendo a característica maior desta forma de governo.

No que diz respeito ao tema do presente trabalho, o princípio da responsabilidade republicana é crucial para o exercício da atividade de controle e fiscalização - função do Poder Legislativo a ser cumprida com o auxílio do Tribunal de Contas. Este princípio recebeu um reforço,

² Apud SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988: Aspectos Fundamentais. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

tornando-se implicitamente afirmativo, na Constituição de 1988, quando, no seu Art. 70, consagra a legitimidade e a economicidade como diretrizes a serem seguidas pelo agente público controlador, ao lado do tradicional princípio da legalidade.

Princípio da democracia participativa

A palavra democracia vem do grego *demos* (povo) e *kratos* (poder). É o regime político que teve seu nascimento na Grécia antiga, com Atenas praticando-o na sua forma direta, em que os membros da comunidade deliberavam sem representantes. Passada a Idade Média, o Renascimento, com o Iluminismo, traz de volta as clássicas instituições políticas greco-romanas e, depois da experiência do Estado Absolutista, surge o Estado Liberal com os princípios de uma democracia representativa, que serviria muito bem aos interesses da ascendente classe burguesa.

O Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular, ensejando a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, face ao esgotamento das instituições representativas do Estado Liberal.

A Constituição brasileira de 1988, estatui o Estado Democrático de Direito. A democracia que o Estado Democrático de Direito quer realizar será a resultante de um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos.

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, na verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.³

O princípio da democracia participativa é corolário do que dispõe o parágrafo único do Art. 1º da Constituição, quando este estabelece que o povo pode exercer diretamente o poder que lhe pertence. A participação direta se dá através dos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular (Art. 14) e em situações específicas, como a prevista no Art. 74, § 2º, que está relacionada com o tema de nossa pesquisa, a saber :

“ § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é

³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11 edição, Malheiros 1996. Pg.113

parte legítima para, na forma da lei, denunciar e irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de contas da União.”

2.3. Dos Princípios Operacionais

Os princípios que denominamos de operacionais ou específicos estão mencionados no Artigo 70 da Constituição de 1988. Houve uma expressiva modificação porque ao princípio da legalidade se somaram o da legitimidade e o da economicidade., todos devendo ser levados em conta quando da realização da fiscalização e do controle dos recursos públicos.

Princípio da legalidade

Até pouco tempo, a legalidade era o único princípio da pública administração envolvido no controle. Ele diz respeito, em uma visão positivista do Direito, à adequação das ações e formas de procedimento das autoridades públicas com a legislação que rege a matéria. Já vimos que a concepção de legalidade, na ótica do Estado Democrático de Direito, extrapola o formalismo do positivismo jurídico, porque incorpora os preceitos peculiares à prática da democracia.

Princípio da legitimidade

Com a emergência da Constituição vigente, o monopólio do princípio da legalidade foi quebrado, ficando o controle interno e externo também subordinado ao crivo da legitimidade e da economicidade. Os atos dos agentes estatais passam a ser examinados sob a ótica da legitimidade, um conceito intimamente ligado ao interesse comum (responsabilidade republicana) e à manifestação da aceitação pública, esta típica de um regime político que exige a participação ativa e direta dos cidadãos (democracia participativa). A inserção da legitimidade representa um avanço em prol da operacionalização dos princípios fundacionais aqui destacados, vez que deixa de lado o exame meramente formal da legalidade para impor a apreciação material, com a verificação da oportunidade e da prioridade das ações estatais.

Princípio da economicidade

A economicidade é, igualmente e como já dissemos, inovação da atual Constituição. Em uma época de orçamentos públicos insuficientes para

o volume de despesas a serem realizadas, a verificação dos gastos públicos no que diz respeito à relação de custo/benefício naturalmente surgiu e foi consagrada constitucionalmente. Por ser um princípio operacional, sua aplicação não pode perder de vista a realização dos princípios fundacionais antes mencionados, sob pena de ficar reduzido a uma concepção puramente economicista, tão estéril como o positivismo jurídico. Esta aplicação sistemática do texto constitucional evitará, por exemplo, que sejam cometidos atos atentatórios à qualidade de vida e segurança das pessoas .

3. Ação do Tribunal de Contas em um Estado Capitalista-Liberal

Sabemos que a forma republicana de governo e o regime democrático têm convivido com um Estado capitalista-liberal, cuja teleologia não se orienta, primordialmente, à realização do interesse público e à ampla e direta participação dos cidadãos. Ao contrário e, antes de tudo, existe para atender os interesses da classe dominante. Claus OFFE, na tentativa de provar este caráter de classe do Estado capitalista, procurou estudar a estrutura interna do mesmo, introduzindo a análise dos “mecanismos seletivos”.

Os mecanismos seletivos institucionais do aparelho estatal servem, segundo OFFE⁴ a três funções essenciais: “1) seleção negativa: os mecanismos seletivos excluem sistematicamente da atividade estatal os interesses anticapitalistas; 2) seleção positiva: a partir do espectro de alternativas restante, se seleciona aquela política que favorece aos interesses do capital em seu conjunto, em detrimento das políticas que servem aos interesses locais de grupos específicos de capitalistas; 3) seleção dissimuladora (“enmascarante”): as instituições do Estado devem manter de algum modo a aparência de neutralidade de classe, ao tempo em que marginalizam efetivamente as alternativas anticapitalistas.”

Dentro dessa lógica, tanto os princípios decorrentes da República quanto do Estado Democrático de Direito se situam na órbita dos mecanismos negativos e/ou dos mecanismos dissimuladores.

No que diz respeito ao Estado brasileiro, a ação de controle e fiscalização é prevista no texto constitucional e na legislação infra consti-

⁴ Apud GOLD, David * et alii. Recientes desarrollos en la teoría marxista del Estado capitalista. In OFFE et alii. Capitalismo y Estado., pp. 188/189. Tradução do espanhol sob nossa responsabilidade.

tucional e conta com órgãos da estrutura administrativa estatal, para sua execução. Mas, perguntamos: essa função e esses órgãos funcionam como mecanismos positivos? A burocracia dominante, identificada em nosso estudo de caso (Câmara Municipal do Rio de Janeiro – CMRJ e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro – TCMRJ) ao estratificar normas de procedimento que cria condições, conforme a situação, para que determinados temas, grupos ou interesses resultem favorecidos ou, ao contrário, excluídos, não funciona como um mecanismo negativo/dissimulador, como afirma OFFE?⁵ A descoordenação entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas, também percebida pela nossa pesquisa, não é um meio para dificultar a realização de uma função que, ideologicamente, deve ser procrastinada? A previsão legal de tal função e de tais órgãos no organograma do Estado seria um mecanismo enganador, para simular algo que não deve ser levado às últimas consequências?

Atribuímos muita coisa que acontece (ou não acontece) à falta de “vontade política”. As autoridades públicas não têm esta “vontade política”, porque aqueles que chegam a galgar os cargos da alta administração sabem o que podem e o que não podem fazer. Se discreparem do “menu” são demitidos de suas funções.

A instituição Tribunal de Contas, como órgão do aparelho estatal, está sendo objeto de discussão tendente a sua reforma e reestruturação, para se amoldar aos objetivos da reforma administrativa em curso, no Brasil. O Poder Executivo federal já publicou os anteprojetos de Emenda Constitucional – alterando o sistema de controle interno e externo, e de Lei Complementar – instituindo normas gerais de direito financeiro (DOU de 22/08/2000). Os membros dos Tribunais de Contas já começaram a discutir esses textos, publicando, inclusive, em 19/10/2000, a Carta do Rio, onde podemos verificar os pontos candentes abordados pelos mesmos.

A reflexão inspirada no pensamento de OFFE, ajuda-nos a entender muitas situações e, também, poderá ser útil para prevenir situações futuras. Em um momento de reforma, como o que está a se avizinhar, o Tribunal de Contas e os cidadãos devem estar atentos para que os princípios constitucionais da responsabilidade republicana e da participação popular funcionem como diretrizes, de maneira que não se perca o rumo

⁵ Idem, pág 189.

estabelecido pela Constituição de 1988. Rumo este que, pelo que conseguimos investigar, está encontrando muitas dificuldades para ser seguido. O TCMRJ está enfrentando obstáculos para implementar a aplicação dos citados princípios fundacionais e dos operacionais (legitimidade e economicidade), obstáculos que podem ser entendidos à luz do pensamento de OFFE e, também, da cultura política brasileira impregnada de forte tradição autoritária.

Em tratando-se de um governo que executa políticas neo-liberais, as reformas por ele propostas no sistema de controle – interno e externo, e nas normas de direito financeiro, aconselham a aproximação e legitimação do Tribunal de Contas junto à comunidade, para que as mudanças ocorram no sentido de corrigir os descompassos da instituição, de molde a prestigiar-la e torná-la apta a cumprir seus objetivos republicanos e democráticos. O que não vai ser fácil.

4. Conclusão

À guisa de conclusão, desde que a instituição Tribunal de Contas, como afirmamos na Introdução, ainda continua sendo nosso objeto de pesquisa e, portanto esses resultados são parciais, relacionaremos o seguinte:

1. A teoria constitucional atual reconhece a importância dos princípios constitucionais, atribuindo-lhes juridicidade, mas, por ser recente e não ser predominante na cultura jurídico-política brasileira, ainda não foi recepcionada, como deveria, pela instituição Tribunal de Contas (estudo de caso: TCMRJ).

2. A reflexão sobre os princípios constitucionais decorrentes da forma republicana de governo – o princípio da responsabilidade republicana, e do Estado Democrático da Direito – os princípios da democracia participativa, levaram-nos a concluir que eles, na prática da instituição (TCMRJ) não se efetivam, porque coexistem com um Estado liberal capitalista, que tem uma lógica própria contrária à realização desses princípios.

3. Devido aos “mecanismos seletivos” (OFFE) postos em ação pelo Estado capitalista liberal, suas instituições são pautadas por estes mecanismos, no sentido de satisfazerem os interesses da classe dominante.. Os altos cargos da estrutura administrativa do Estado são ocupados por pessoas que sabem o que podem e o que devem fazer, em obediência aos

mecanismos positivos, negativos e dissimuladores. E se a “vontade política” de alguma delas se orientar para realizar o contrário, tal autoridade será demitida.

4. Na perspectiva da reforma que se avizinha (anteprojeto de Emenda Constitucional e de Lei Complementar, respectivamente, dispoendo sobre o controle interno e externo e sobre normas de direito financeiro), os princípios da responsabilidade republicana e da democracia participativa precisam ser implementados, para que os Tribunais de Contas se aproximem dos cidadãos, mostrando transparência e eficiência em suas ações, a fim de obterem apoio e legitimação que lhes serão fundamentais contra reformas que possam, sob o pretexto de aperfeiçoá-los, restringir-lhes a competência e a autonomia.

5. Referências bibliográficas:

GOLD, David ^a et alii. Recientes desarrollos en la teoría marxista del Estado capitalista. In OFFE et alii. *Capitalismo y Estado.*, pp. 188/189. Tradução do espanhol sob nossa responsabilidade.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: Aspectos Fundamentais.* Rio de Janeiro, Forense, 1989.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11 edição, Malheiros 1996. Pg.113

Decisões Judiciais

Direito do Consumidor: Duas Sentenças Judiciais sobre Planos de Saúde Privados

ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO
I JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL

Dispensado o Relatório, na forma do artigo 38, da Lei nº 9.099/95, decido.

A autora possui plano da ré, em função de contrato firmado entre seu empregador e a Reclamada; a demandante realizou ato cirúrgico, com despesas arcadas pela ré; todavia, lhe foi cobrada quantia referente à válvula mitral mecânica que foi implantada quando da cirurgia; entende a parte autora que tal cobrança violou normas legais referidas; pleiteia, então, que a ré seja condenada a pagar o valor respectivo de tal válvula; o reembolso de despesas médicas indevidamente cobradas, além de indenização por danos morais, conforme inicial de fls.02/04 e documentos de fls.05/48.

A ré, em contestação, alega, preliminarmente, que há ilegitimidade ativa *ad causam*, pois a avença foi firmada entre o Tribunal Regional do Trabalho e a Reclamada, citando jurisprudência sobre o tema; no mérito, alega a ré que deve ser respeitado o contrato firmado entre as partes, estando excluída a cobertura de próteses objetivamente; trata-se de respeitar o que foi pactuado; não há danos morais a serem reparados; juntou também a ré documentos sobre o tema.

As partes acordaram com relação ao reembolso pleiteado no valor de duzentos reais; no restante, infrutífera a conciliação.

De início, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, pois o Tribunal é mero estipulante, havendo, sim, relação entre as partes, estando presentes, então, as condições da ação. Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 2ª edição, 2000, página 345, no item 100.6, que trata exatamente sobre

tal tema e ora adoto tal posição. Na jurisprudência, verifique-se STJ, Resp nº6523, 4ª Turma, Relator designado Ministro Athos Carneiro, no mesmo livro acima referido à página 352; no mesmo diapasão, confira-se Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde, Editora Saraiva, 2ª edição, 2000, páginas 294/295, referindo-se também à jurisprudência sobre a matéria em debate (AC35.796-4, da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, votação unânime, JTJ/Lex, 213:41.).

Portanto, possível a análise do mérito da demanda.

Na hipótese, de entender-se que não incide a Lei nº9.656/98, como sustenta a autora, pois o contrato foi firmado em 1995; prevalece a posição jurídica que não se aplica a norma referida aos contratos anteriores à sua vigência. Neste diapasão, Cláudia Lima Marques, Saúde e Responsabilidade, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1999, páginas 114/115, ressaltando a ilustre Professora ser esta a posição predominante também no STJ e STF. Por todos, Resp 126.407/RJ, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 28/04/1998.

Todavia, firmado o contrato em 1995, incide, por óbvio, a Lei nº8.078/90, por se tratar de contrato de adesão e relação de consumo.

No caso ora sob análise, entendo que a cláusula excludente de cobertura é exageradamente vantajosa a favor da parte ré, devendo ser considerada abusiva (artigo 51, IV e parágrafo 1º, da Lei nº8.078/90).

Nesta posição, veja-se a Ementa nº102 (Revista de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, Editora Esplanada, 1999, Volume 01, página 25), com o seguinte teor:

"Seguro Saúde. Cirurgia de implantação de válvula cardíaca. Cláusula excludente de cobertura. Ineficácia. Em se tratando de cirurgia destinada à implantação de válvula aórtica, de cuja realização depende a sobrevivência do segurado, é ineficaz a cláusula contratual que exclui da cobertura a prótese, por configurar exagerada vantagem em favor da empresa seguradora, uma vez que se verifica restrição dos direitos inerentes à natureza do contrato de tal modo ampla, que torna extinto seu objeto, ante a provável morte do paciente, dever de indenizar reconhecido. Recurso improvido. Sentença mantida. (Acórdão da 3ª Turma Recursal, Recurso nº1673-2, Relator Juiz Carlos Raimundo Cardoso).

E mais, veja-se, também, a Ementa nº 491 (Revista de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, Editora Esplanada, 2000, volume 02, páginas 96/98), com o seguinte Enunciado:

“Plano de Saúde. Prestação de serviço. Relação de consumo. Incidência do CDC. Seguradora portadora de problemas cardíacos que necessita de colocação de aparelho especial stent, sob a alegação de tratar-se de prótese. Cláusula contratual restritiva do reembolso de “aparelhos estéticos ou protéticos de qualquer natureza”. Cláusula que não define o que sejam aparelhos estéticos ou protéticos, não definindo-os ou nominando-os. Cláusula de difícil compreensão pelo aderente e de abrangência extensa. Observância à vulnerabilidade do segurado. Ausência de comprovação pelo recorrido de ter dado ciência prévia do conteúdo da cláusula ao segurado. Cláusula que coloca o consumidor em desvantagem excessiva. Cláusula contratual que se configura como abusiva, portanto, nula. Inteligência dos artigos 4º, I, 6º, III, 46, 51, IV e XV e 52, todos do CDC. Recurso desprovido. Sentença que se mantém.”

As duas ementas acima referidas, ao meu sentir, decidem a questão; ou seja, na forma da fundamentação supra colocada, de compreender-se que não pode prevalecer a exclusão da cobertura da válvula mitral; exatamente como defendido nas Ementas explicitadas; impossível o sucesso da cirurgia sem a colocação da válvula; tal válvula não está definida no contrato como prótese; prevalece, então, a interpretação mais favorável ao consumidor, na forma do artigo 47, da Lei nº8.078/90, forte nos princípios *interpretatio contra proferentem* ou *in dubio contra proferentem*.

Portanto, prevalecerá a pretensão da autora para ser reembolsada do valor da válvula colocada, quando da realização da cirurgia cardíaca, no valor de R\$5.000,00 (fls.07).

Além disso, vê-se, então, que considerarei abusiva e nula a cláusula que impedia o pagamento da válvula mitral, com base no acima referido. Aduzindo, mais uma vez, que tal cláusula seria abusiva, veja-se a sustentação feita por Cláudia Lima Marques ao colocar que não se aplica a Lei nº9.656/98 aos contratos firmados anteriores à vigência de tal norma (Cláudia Lima Marques, Saúde e Responsabilidade, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1999, página 115):

“... Assim, se uma cláusula foi declarada expressamente proibida pela nova lei, significa que nos contratos antigos, onde vigorava somente o regime do Código de Defesa do Consumidor, esta mesma cláusula já era abusiva ex vi art.51, IV e parágrafo 1º, do CDC.”

Resta apurar se há dano moral a ser reparado. Entendo que o atuar abusivo da ré criou constrangimento para a autora que configura situação que caracteriza o dano moral, exatamente como defendido na peça inicial, sendo o montante indenizatório pleiteado razoável.

O dano material a ser reparado não será no montante colocado no item “a” de fls.04 e sim no valor posto às fls.07 devidamente corrigido.

Isto posto, com relação ao que foi acordado, ora Homologo (artigo 269, III, do Código de Processo Civil). No mais, julgo procedente o pedido, para condenar a ré a restituir à autora a quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais), com juros e correção monetária, desde a data do pagamento feito, pois considerarei nula a cláusula contratual que excluía a cobertura de tal despesa (artigo 51, IV e parágrafo 1º, da Lei nº8.078/90). Outrossim, condeno a ré a pagar à autora a quantia equivalente a um salário mínimo e meio, a título de indenização por danos morais, como requerido no item “d” de fls.04.

Sem ônus sucumbenciais, face ao disposto no artigo 55, da Lei nº9.099/95.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquite-se.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2000

Eduardo Perez Oberg
Juiz de Direito

ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO
I JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL

O autor firmou pacto com a ré em 04/04/1978; posteriormente, mudou de plano em 07/10/1988; ao efetuar tal troca, por equívoco da ré, foi lançada erroneamente a sua data de nascimento como sendo 28/08/1988, quando na realidade o demandante nasceu em 28/08/1918; independentemente de tal equívoco, firmou-se a avença e a ré cobrou as mensalidades que entendeu devidas.

Em 1999, o autor foi surpreendido com a informação que seu plano havia sido extinto e a sua mensalidade passaria de R\$52,23 para R\$329,00; aumento este que o autor não tinha condições de pagar.

Pleiteou antecipação de tutela para que fosse mantido o seu contrato, com o custo inicial, sem o aumento que considerou abusivo; fez pedido alternativo no sentido que, caso não se acolhesse o pleito anterior, fosse indenizado pelos danos morais que entende ter sofrido; tudo conforme inicial de fls.02/03 e documentos de fls.04/26.

A tutela pleiteada foi concedida às fls.28 e fls.28/verso, com a ré intimada às fls.30, em 27/10/2000.

Conciliação infrutífera às fls.32.

Audiência de Instrução e Julgamento às fls.53.

Em contestação (fls.54/57), a ré aduziu que houve erro no preenchimento do contrato por parte de funcionário seu, que realizou equivocadamente a colocação da idade do Reclamante; que a ré arcou com os prejuízos da cobrança a menor, da data da assinatura do novo contrato em 1988 até 1999; que o contrato do autor foi cancelado em abril de 2000 por falta de pagamento, embora alertado pela sua inadimplência; que não há dano moral a ser reparado; que cabe ao autor provar o que alega; que a ré agiu legalmente; foram trazidos os documentos de fls.58/60.

O autor se manifestou sobre a contestação às fls.61/64, registrando que houve sim erro da ré que não pode agora prejudicá-lo; que o autor foi informado que estariam suspensos os aumentos por mudança de faixa etária (fls.15/17); que a ré agiu de má fé ao realizar o aumento questionado pelo demandante; que o aumento ora discutido é abusivo; que o autor

questionou junto ao PROCON o atuar da ré, que configura abusividade na sua forma de agir; que os direitos do autor foram desrespeitados; que a tutela concedida às fls.28 não foi respeitada; que caso não seja atendido o pleito principal do autor, há sim dano moral a ser reparado.

Por fim, às fls.66/67, a parte ré renovou as suas razões.

É o breve relatório. Passo a Decidir.

O autor só firmou o contrato em 1988 com a ré em função do preço da mensalidade que lhe foi fornecido; assim, a avença foi realizada de acordo com o combinado entre as partes, na forma do preço fornecido pela própria ré.

O contrato estabelecido é um contrato cativo de longa duração, de trato sucessivo; portanto, de aplicar-se a Lei nº8.078/90 para o julgamento da demanda, por tratar-se de norma de ordem pública e interesse social, de caráter cogente (artigo 1º, da Lei nº8.078/90). Assim, o conflito de interesses tem que ser resolvido com base nas normas de tal lei, pois a questão a ser debatida surgiu apenas em 1999.

Além disso, o negócio jurídico feito em 1988 só se efetivou com base no preço da mensalidade fornecido pela ré; neste passo, note-se que devem incidir as normas do artigo 85, do Código Civil, do artigo 131, do Código Comercial e dos princípios postos na Lei de Introdução ao Código Civil; ou seja, não há como se olvidar do princípio intrínseco da boa fé nas relações jurídicas que está inserto no ordenamento vigente; não há como abandonar-se os princípios que devem nortear o Julgador e estão insculpidos no próprio sistema de normas brasileiro.

Importante, no momento, citar passagem de voto magistral do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, do STJ, a respeito da aplicação da Lei nº8.078/90 aos contratos firmados anteriores à sua vigência, conforme lembrança feita por Cláudia Lima Marques, em Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999:

“Diz-se que a sua aplicação (ou seja, da Lei nº8.078/90) a contrato assinado antes de sua vigência significaria violação ao princípio da irretroatividade da lei, assim como expresso na Lei Maior. Ocorre que, tanto agora como antes, não há como admitir um direito subjetivo fundado em cláusula iníqua, nem validade de ato negocial onde se manifesta o arbítrio de uma das partes, com exercício abusivo de direito”.

De qualquer forma, impende ressaltar que mesmo que se desconsidere a aplicação da Lei nº8.078/90, o atuar da ré é ilegal, pois o negócio jurídico firmado em 1988 só ocorreu por falha de preposto da ré, o que é objetivamente reconhecido por esta na sua peça contestatória às fls.55; prevalece, então, as normas acima referidas do Código Civil e do Código Comercial.

Insista-se, só houve negócio jurídico pelo fato que a ré forneceu ao autor um determinado preço da mensalidade; onze anos depois, em 1999, a ré unilateralmente rompe o que havia sido acordado e solenemente avençado e pratica aumento também unilateral, puramente potestativo, não aceito pelo artigo 115, do Código Civil; e no mesmo sentido, veja-se o disposto no artigo 51, X, da Lei nº8.078/90.

E mais, para que se verifique que a conduta equivocada da ré não foi fruto de um erro isolado de preposto seu, de conferir-se o Acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais (processo nº1999.700.001017-5), onde é recorrente a ora demandada em situação absolutamente similar; embora, a seguir, se anote apenas a Ementa de tal Acórdão, ora integrarei à presente decisão o inteiro teor do voto da ilustre Jufza Relatora do feito, Dra. Cristina Teresa Gaulia, que acompanhará, em anexo, o *decisum*:

“Contrato de assistência médico-hospitalar – erro no sistema administrativo da ré que registra o autor como sendo sete anos mais jovem- discrepância entre a data de nascimento declarada pelo autor na proposta de admissão e os dados que constam no sistema da ré – autor que já é assistido pela ré há dois anos – recebimento pelo consumidor de treze boletas com valor suplementar para o pagamento que o mesmo não tem como pagar – ônus da ré que responde por equívocos de seus prepostos – princípio da boa fé objetiva – responsabilidade decorrente do risco do negócio – alteração do valor das mensalidades pela sentença mantendo-as em patamar compatível com aquele que vinha sendo cobrado ao autor e devolução de quantias pagas a maior – danos morais ocorrentes – sentença que se reforma em parte”

Vê-se da Ementa acima que é exatamente o que ocorreu com o autor; o erro da ré não pode agora prejudicar o demandante; cabe à ré melhor organizar a sua administração.

A solução que se dará é aquela que será a mais justa e equânime que o caso requer, com base nos artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº9.099/95; vale

dizer, dever-se-á confirmar a tutela concedida às fls.28; os documentos de fls.58/60 foram trazidos pela ré sem que esta provasse que os remeteu ao autor; portanto, cancelou irregularmente o contrato existente entre as partes.

Os aumentos realizados pela mudança de faixa etária são nulos e abusivos. Por todos, anote-se o Acórdão da Turma Recursal no processo nº2000.700.005.852-3, que trata da matéria e ora adoto a posição ali colocada; trata-se de considerar nula cláusula abusiva, o que o Juiz pode e deve fazê-lo, de ofício, pois se está diante de regra cogente (artigo 51, IV, X e parágrafo 1º, da Lei nº8.078/90), que tem aplicação e obrigatoriedade independente da vontade das partes.

A comunicação feita às fls.06 pela ré é unilateral e nula, a teor do artigo 115, do Código Civil; o contrato colocado às fls.07/verso está posto de forma que é impossível a sua leitura, ilegível, o que viola o artigo 54 e seus parágrafos, da Lei nº8.078/90; e mais, da forma que está redigido, para uma pessoa que já é idosa, independentemente da regra consumerista referida, torna impossível o seu entendimento, o que viola a boa fé nas relações jurídicas, o que está posto já na Lei de Introdução ao Código Civil e nas demais normas supracitadas.

Em consequência, de registrar-se que a ré não cumpriu a tutela concedida às fls.28/28/verso; assim, já está fluindo há muito a multa cominatória fixada, além de demonstrar o descaso da ré com a decisão judicial proferida; poderia a ré ter atacado tal decisão pelo meio processual adequado; todavia, foi intimada da decisão às fls.30; não a cumpriu e limitou-se a dizer na contestação que o contrato já havia sido rescindido.

Logo, entendo que prosperará o pedido do autor como posto no item 01 de fls.03; deverá a ré cumprir a tutela já deferida, mantendo o autor com os seus mesmos direitos contratuais que possuía quando da formulação da avença em 1988; o valor da mensalidade deverá ser aquele que vigorava em 1999, apenas com os aumentos anuais que foram concedidos pela lei e permitidos pela SUSEP; assim, fica afastado o pedido alternativo de indenização por dano moral.

A ré por onze anos manteve o autor em determinado plano, pagando determinada mensalidade; o autor organizou a sua vida e a sua própria velhice em função de tal pacto; a seguir, a ré unilateralmente lhe comunicou que havia acontecido um erro de funcionário seu e a mensalidade seria mais que sextuplicada; aceitar tal iniquidade seria, como

já disse, abandonar todo o espírito sistêmico do ordenamento jurídico brasileiro, que sempre privilegiou a boa fé nas relações jurídicas. Mais uma vez, vejam-se os dispositivos postos nos artigos 85, do Código Civil e 131, do Código Comercial, além do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil.

Portanto, ainda com base nos também já referidos artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº9.099/95, acolherei integralmente o pretendido pelo ora Reclamante.

Decidir da forma mais justa e equânime, na Lei nº9.099/95, não é decidir por equidade; é dar ao caso concreto a decisão que se adapte às regras do ordenamento jurídico em vigor, utilizando a interpretação lógico-sistemática cabível, forte nos princípios *interpretatio contra proferentem* e *in dubio contra proferentem*, na hipótese.

Isto posto, julgo procedente o pedido, para transformar em definitiva a tutela concedida às fls.28/28/verso, sendo que a contar da intimação da ré a multa cominatória fica elevada para trinta salários mínimos por dia de não cumprimento da obrigação de fazer que já vem sendo desatendida pela Reclamada desde 28/10/2000. Assim, o autor passa a ter novamente os direitos do contrato firmado em 1988, sendo que a mensalidade a ser paga será a de R\$52,23, valor que vigorava em 1999, apenas com os reajustes legais anuais, permitidos pelas normas relativas à espécie e pela SUSEP, eis que também considerarei incabível qualquer aumento por mudança de faixa etária. Registro, por fim, que incorporei ao presente *decisum* os Acórdãos acima referenciados, por medida de economia processual (artigo 2º, da Lei nº9.099/95).

(...)

Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 2001

Eduardo P. Oberg
Juiz de Direito

Notícias e Informações

Programa de Pós-graduação em Teoria do
Estado e Direito Constitucional
Dissertações de Mestrado defendidas
no 1º semestre de 2000

ESTADO FEDERATIVO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Federative State and Constitutional Jurisdiction

Leonardo Duncan Moreira Lima

Prof. Orientador: José Ribas Vieira (jribas@jur.puc-rio-br)

Banca examinadora: Profs. José Ribas Vieira, Ana Lúcia de Lyra

Tavares, Ricardo Lobo Torres e Adriano Pilatti.

Data da defesa: 31 de março de 2000

A jurisdição constitucional assume particular relevância no Estado federativo, ao desempenhar a função de defesa da supremacia da Constituição Federal, bem como a de arbitragem dos conflitos entre integrantes da federação. Nesse sentido, a jurisdição constitucional constitui pressuposto para a própria manutenção do Estado federativo.

A dissertação analisa essa relação entre Estado federativo e jurisdição constitucional nos dois modelos que certamente mais influenciaram a nossa ordem constitucional - Estados Unidos e Alemanha - para depois examinar detalhadamente a estrutura da federação brasileira e do complexo sistema de controle da constitucionalidade por ela adotado e, em especial, a possibilidade de coexistência da jurisdição constitucional federal com as jurisdições constitucionais estaduais, peculiaridades encontradas nesses três modelos de Estados Federativo. Esse último aspecto, por sua vez, suscita inúmeras questões, enfrentadas na parte final do trabalho, como a autonomia dos "parâmetros de controle", as hipóteses de concorrência desses parâmetros e as soluções para a superação de possíveis conflitos entre as decisões proferidas no âmbito dessas jurisdições.

Constitutional jurisdiction takes on particular importance in the federative State, in performing the role of defense of the supremacy of the Federal Constitution, as well as arbitrating conflicts among members of the federation. In this regard, constitutional jurisdiction constitutes a premise for the very maintenance of the federative State.

The dissertation analyzes this relationship between federative State and constitutional jurisdiction in the two models which certainly bore the greatest influence on our constitutional order, the United States and Germany, to then examine in detail the structure of the Brazilian federation and the complex system of control of constitutionality it adopts, and, particularly the possibility of coexistence of the federal constitutional jurisdiction with the state constitutional jurisdictions, a peculiarity found in these three models of the federative State. This last aspect, in its turn, raises innumerable questions, addressed in the final part of the work, such as the autonomy of the "control parameters", the hypothesis of competition among these parameters, and solutions to overcome possible conflicts among the decisions rendered within the scope of these jurisdictions.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, RACIONALIDADE
PRÁTICA E DEMOCRACIA

Constitutional Jurisdiction, Practical Rationality and Democracy

Claudio Pereira de Souza Neto

Prof. Orientador: Antonio Carlos de Souza C. Maia

(acmaia@jur.puc-rio.br)

Banca examinadora: Profs. Antonio Carlos de Souza C. Maia,

Alejandro Bugallo Alvarez e Ricardo Lobo Torres

Data da defesa: 6 de abril de 2000

A dissertação versa sobre a jurisdição constitucional, no tocante a sua justificação política e filosófica. Neste sentido, buscou-se perquirir as respostas contemporâneas à antiga indagação de que a jurisdição constitucional seria incompatível com a teoria democrática, visto que tendente a restringir o poder deliberativo das maiorias. Foram enfatizadas, em especial, as mais recentes formulações, de cunho interdisciplinar, que buscam vincular, por um lado, o procedimento democrático à raciona-

lidade das decisões públicas e, por outro, o procedimento democrático ao respeito aos direitos fundamentais. Nessa direção, as conclusões se encaminham no sentido de afirmar a legitimidade da jurisdição constitucional enquanto mecanismo garantidor do procedimento democrático, na medida em que evita que os direitos fundamentais, como requisitos possibilitadores da democracia, sejam violados pelas maiorias eventuais.

The present dissertation examines the constitutional jurisdiction, through its political and philosophical justification. In this sense, we searched contemporary answers to the ancient reflection about the compatibility between and Democratic Theory, understood as restricting the deliberative power of the majorities. We emphasized, 'in particular, the most recent formulations, with an interdisciplinary approach, which has tried to bind, by one side, the democratic processes into the rationality of the public decisions and, on the other side, the democratic processes, with the respect for the Human Rights. On this regard, the final conclusions pointed to reaffirming the legitimacy of the democratic procedure, as a guardian of democracy to the extent avoids that fundamental are trumped by eventual majorities sense that it avoids that Human Rights, allowing requirements of Democracy be violated by eventual majorities.

O SENTIDO DA SECULARIZAÇÃO NO LEVIATÃ DE THOMAS HOBBS

The Meanig of Secularization in Thomas Hobbes Leviathan

Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco

Prof. Orientador: Antonio Carlos de Souza C. Maia

(acmaia@jur.puc-rio.br)

Banca examinadora: Profs. Antonio Carlos de Souza C. Maia, José

Ribas Vieira e Marcelo Gantus Jasmim

Data da defesa: 14 de abril de 2000

A dissertação pretende examinar o sentido da secularização no Leviatã de Thomas Hobbes. Argumenta-se que para o autor a distinção entre o poder espiritual e poder temporal impede que haja paz, ordem, proteção e benevolência no interior de um corpo político, levando à guerra civil

religiosa. Com a finalidade de pôr termo às desordens de seu tempo Hobbes elabora uma filosofia política em que propõe um Estado no qual o governo da religião estão submetidos à autoridade soberana representativa do Estado. Embora a secularização possa ser pensada como separação entre Igreja e Estado, Hobbes sujeita o poder da Igreja ao poder do Estado. Ao invés de separar poderes, os unifica nas mãos do soberano. Ao fazê-lo, emancipa um domínio estritamente secular no qual abre uma perspectiva para o agir político no mundo. Assim, na sua teoria política não são as crenças religiosas que fazem a lei mas a autoridade dos homens, precisamente daquele que detêm o poder soberano do estado, inaugurando as primícias do positivismo jurídico. Para focalizar o sentido que assume a categoria da secularização na obra de Hobbes discute-se a antropologia elaborada pelo autor, bem como se apresenta uma interpretação do significado simbólico do Leviatã. Por fim, investigam-se as implicações da máxima *auctoritas, non veritas facit legem*.

*This paper intends to investigate the meaning of secularization in the Leviathan written by Thomas Hobbes. It is argued that for the author the distinction between spiritual and temporal power obstructs peace, order, protection, benevolence inside a political body, which causes the civil religious war. In order to put an end to the disorders of his time Hobbes, works out a political philosophy where he proposes a state in which government of politics and religion are submitted to sovereign representative authority. Although secularization can be thought as separation between state and church Hobbes submits the power of the church to the power of the state. Instead of separating powers he joins them together in the hand of the sovereign. Through this way he emancipates a strictly secular domain in which opens a perspective to the political action in the world. Thus in his political theory is not the religious belief that makes the law, but men's authority, precisely the one who has the sovereign power of the state. This way he inaugurates juridical positivism. In order to focus on the meaning the category for secularization assumes in the Hobbes's masterpiece it is discussed the anthropology forged by the author, as an interpretation of the meaning of the Leviathan symbol. At the end it investigates the implications of maxim *auctoritas non veritas, facit legem*.*

DAS RELAÇÕES ENTRE AS NORMAS COMUNITÁRIAS E AS
NORMAS CONSTITUCIONAIS — ESTUDO DE CASOS DA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE DE JUSTIÇA DA
COMUNIDADE EUROPÉIA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

The Relationship Between Community Law and Constitutional Law -

Fundamental Rights Jurisprudence of the European Court of Justice

Patrícia Tendrich

Prof^a. Orientadora: Nadia de Araujo (naraujo@openlink.com.br)

Banca examinadora: Profs. Nadia de Araujo, José Ribas Vieira e

Joaquim Leonel de Rezende Alvim.

Data da defesa: 25 de abril de 2000

A dissertação é um esforço teórico em discutir a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Comunitário, à partir da atividade judicante da Corte de Justiça da Comunidade Européia em sua busca de um conceito e de mecanismos de proteção aos Direitos Fundamentais. Visto que a integração política é um objeto alcançável somente pelo Direito, faz-se mister um arcabouço constitucional, de forma a garantir a proteção dos Direitos Fundamentais promovida pelas Constituições Nacionais. Apesar das peculiaridades históricas e políticas do processo de integração promovido no âmbito do Mercosul e aquele na Comunidade Européia, é de grande valia estudar o processo de integração europeu, de forma a progredirmos na solução dos dilemas do Mercosul. Nosso trabalho é dividido em duas partes. Na primeira parte, analisaremos vários aspectos da Teoria Constitucional modificados pela normatividade comunitária, a saber: (i) a limitação da soberania estatal; (ii) a abertura dos textos constitucionais em virtude dos valores comunitários; (iii) a premissa de supremacia do texto constitucional, em face da primazia do Direito Comunitário; (iv) as relações entre as competências estatais constitucionalmente determinadas aquelas insculpidas na normatividade comunitária e; (v) os modos de adaptação dos textos constitucionais à normatividade comunitária. Na Segunda parte, analisaremos o escopo de atuação da Corte de Justiça da Comunidade Européia na defesa e desenvolvimento de mecanismos de proteção aos Direitos Fundamentais e os possíveis conflitos desta Corte com as Jurisdições Constitucionais Nacionais.

The present work is a theoretical effort to discuss the relationship between

the Constitutional Law and the Community Law, based on the European Court judicial activity towards concept and definition of Fundamental Rights. Since the political integration is a goal to be achieved through Law, a constitutional basis is required, in order to guarantee the Fundamental Rights protection provided by National Constitutions. In spite of the historical and political differences between the European Community Law and the Mercosul integration rules, it is helpful to study European Community Systems in order to achieve a further progress and to face our integration process dilemmas. Our work unfolds in two parts. First, we intend to perform an extended analysis of various aspects of constitutional theory, which changed structurally because of the Community Law as: (i) the state sovereignty limitations; (ii) the "opening" of constitutional texts to community values; (iii) the supremacy of constitutional text in face of the Community Law prevalence over National Law; (iv) the relation between the exercise of State powers, guaranteed by Constitutional texts and the competencies performed by European Union, authorized by European Treaties provisions and (v) the process of National Constitutions reforms, in order to adapt themselves to the Community Law. In the second part, we will study the development, activities and methods of Law's interpretation performed by the European Court involving the defense of Fundamental Rights and the possible conflicts between this Court and the Constitutional Courts as far as Fundamental Rights matters are concerned.

A RETÓRICA E O DIREITO

Law and Rethoric

Ricardo Brajterman

Prof. orientador: Antonio Carlos de Souza C. Maia

(acmaia@jur.puc-rio.br)

Banca examinadora: Profs. Antonio Carlos de Souza C. Maia,

Nadia de Araujo e Margarida Lacombe Camargo

Data da defesa: 26 de abril de 2000

O direito positivo é comumente criticado por não atender satisfatoriamente aos juízos de valor. Consequentemente, nos últimos anos, a dogmática jurídica composta pelos códigos, doutrina e jurisprudência, foi bastante

questionada por não satisfazer os anseios de justiça da sociedade.

A crítica ao modelo positivista fez com que a hermenêutica jurídica reabilitasse a retórica, conferindo-lhe o status de método de legitimação das decisões judiciais. A retórica reaparece, então, como resposta a esta crítica, pela sua habilitação de suprir as deficiências da demonstração formal em relação aos problemas do homem. A demonstração cede lugar à justificação e a lógica do razoável. Enfim, quando as sentenças trazem bons argumentos, que justifiquem a decisão tomada, observamos o aumento do senso de justiça da sociedade.

Este trabalho vai analisar a nova vertente tópico-argumentativa da hermenêutica jurídica, como também as lacunas da lei, presunções, conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade do poder público; previsões legais que somente alcançarão um sentido e uma delimitação após passarem pela fundamentação retórica do magistrado.

The black-letter Law (positivism) is frequently criticized for underestimating the Importance of the value element in Law. Consequently, in the last years, the body of laws including codes, doctrine and Jurisprudence, was increasingly criticized for not responding to the needs of civil society.

The criticism to the "positivist" model encouraged the rescue of rhetoric by the science of legal interpretations for its ability to overcome the deficiencies of the formal demonstration in relation to human issues. Rhetoric's now assumes the status of legitimation method for judicial decisions. Demonstration gives place to justification. When judicial decisions are based on good arguments, which support the decision taken, a deeper sense of justice is regarded by civil society.

This work will analyze the new "topic-argumentative" school of legal interpretation, as well as the gaps in the legal system, legal presumptions, undetermined judicial concepts, Government's discretionary powers, all of which are legal provisions that will develop meaning only after submitted to and supported by the rhetorics of a judge.

OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Reasonableness and Proportionality Principles

Eduardo Slerca

Prof^a Orientadora: Nadia de Araujo (araujo@openlink.com.br)

Banca examinadora: Profs. Nadia de Araujo, Margarida Lacombe

Camargo e Antonio Carlos de Souza C.Maia

Data da defesa: 3 de maio de 2000

De um lado, a derrocada dos mitos positivistas de tudo regular pela lei e de tudo resolver através de precisos silogismos de índole puramente formal. De outro, o alçamento dos princípios à categoria das normas, o retorno à tópico, a valorização do caso concreto, a proeminência do Poder Judiciário e sobretudo dos direitos fundamentais. Eis a situação adequada para que se estudem com maior vigor os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Neste contexto, a razoabilidade e seu congêneres europeu da proporcionalidade são princípios gerais de direito inerentes ao Estado Democrático de Direito, por contraposição ao Estado totalitário ou arbitrário. Porque inerentes, são também fundantes, logo imbricados constitucionalmente, senão de modo expresso, certamente de modo implícito.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm ainda enorme importância no combate a doutrina de que "o judiciário não pode entrar no mérito do ato administrativo" para ir além e admitir que o Judiciário entre não só no mérito do ato administrativo, como também no mérito do próprio ato legislativo.

O tema implica em acompanhar a evolução histórica do princípio da razoabilidade nos Estados Unidos e do princípio da proporcionalidade na Europa, em especial na Alemanha, para depois situá-los no Brasil, onde se verifica uma curiosa preferência pretoriana pelo princípio da razoabilidade e uma falta de argumentação suficiente em sua utilização.

On one hand, the fall of the positivist myth that law regulates all and solves all issues through precise syllogisms purely formal. On the other hand, the rise of the principles to the category of rules, the return to the topic method, the valorization of the case law, the prominence of the judiciary power and above all of the fundamental rights. It creates an ideal situation for a more

profound study of the principles of reasonableness and proportionality.

In this context, reasonableness and her European similar proportionality appear as general principles of law inherent to the democratic state in opposition to the totalitarian or arbitrary state. as inherent, principles, a they are also foundation of the system directly based on the constitution, if not expressly, undoubtedly in an implicit way.

The principles of reasonableness and proportionality still have an enormous importance in combating the doctrine that the judiciary cannot question the discretion of the executive act. Furthermore, it allows the judiciary to question even the discretion of the legislative act itself.

The purpose of the study is accompanying the evolutionary history of the principle of reasonableness in the United States and the principle of proportionality in Europe, especially in Germany, and place them in the Brazilian context, where one verifies a curious pretorian preference for the principle of reasonableness and a lack of sufficient argumentation in its use.

UMA VISÃO DO COSMOPOLITISMO: IMPLICAÇÕES NORMATIVAS DO PROJETO DE PAZ PERPÉTUA KANTIANO

*A Vision of Cosmopolitanism: Normative Implications of Kant's
Perpetual Peace Project.*

Márcia Nina Bernardes

Prof. Orientador: José Maria Gomez (jgomez@uol.com.br)

Banca examinadora: Profs. José Maria Gómez, Gisele Guimarães

Cittadino e Ricardo Lobo Torres

Data da defesa: 9 de maio de 2000

Diante da crise do sistema interestatal moderno, associado à paz de Vestfália de 1648 e baseado no conceito clássico de soberania territorial absoluta, ganham vulto teorias cosmopolitas de ordem mundial, que se articulam em torno de noções como espaço público global e cidadania mundial e pretendem fundamentar a política internacional na universalização dos direitos humanos. O cosmopolitismo contemporâneo tem como fonte de inspiração imediata o bicentenário projeto Kantiano de paz perpétua. Se por um lado, a distância histórica que nos separa do

texto do filósofo de Königsberg impossibilita a aplicação direta de alguns conceitos nas circunstâncias atuais; por outro lado, seu conteúdo normativo traz contribuições importantes para o debate jusfilosófico e político. O republicanismo como melhor forma constitucional, a necessidade de uma autoridade central para todo o globo e a possibilidade de cidadania cosmopolita, as três principais disposições do tratado, estão sendo amplamente debatidas na atualidade e podem contribuir para uma ordem mundial mais democrática.

We are, nowadays, facing the growth of cosmopolitan theories on the global order which are linked together around notions of global public space and world citizenship, intending to support international politics on the universality of human rights. The roots of this position lies on the crisis of modern inter-state system, related to the Westphalian treaty of 1648 and based on the classic concept of absolute territorial sovereignty.

Contemporary cosmopolitanism finds its immediate source of inspiration on the two-hundred-year-old Kant's project of perpetual peace. If, on one hand, the historical distance separating us from the text of the Königsberg philosopher makes impossible the direct use of some of his concepts, on the other hand, its normative content brings up important contributions to the juridical-political debate. The republicanism as the best constitutional form, the need for a global coercive power and the possibility of a cosmopolitan citizenship - the three main dispositions on the project - are being widely discussed on our days and may contribute to a more democratic world order.

REFORMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: REALIZAÇÕES E PERSPECTIVAS NA BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA DEMOCRÁTICO.

*Brazilian Constitutional Reform: Perspectives and Realizations in the
Search of a New Democratic Paradigm.*

Daniela da Silva Santos

Prof. Orientador: José Maria Gomez (jgomez@uol.com.br)

Banca examinadora: José Maria Gomez, Gisele Guimarães

Cittadino, Adriano Pilatti e Ana Lúcia de Lyra Tavares

Data da Defesa: 19 de maio de 2000

O trabalho se ocupa da análise político-jurídica das Reformas Constitucionais brasileiras no contexto de Reformas de Estado na América Latina; a partir da contextualização de Reformas de Estado, Reformas Econômicas neoliberais e Processos Políticos variados. Para tanto, este objeto é inserido em processo de abordagem mais amplos, relacionados, por um lado, às transformações decorrentes dos processos de globalização em diversos níveis - sob a forma hegemônica neoliberal -, e, por outro lado, às reivindicações do papel e das próprias instituições do Estado Nacional.

Toda esta dinâmica se desenvolve a partir de um viés comparativo na América Latina, visando uma melhor inserção do Brasil na dinâmica regional. O significado e alcance das Reformas Constitucionais tornam-se, neste momento, o centro desta análise, resultando na configuração de dilemas e desafios que se abrem, sobretudo, a partir de um compromisso normativo democrático - fundamentalmente estabelecido pelo preâmbulo e pelos dispositivos essenciais da Constituição - de garantia da cidadania plena e desenvolvimento econômico compatível com o ideal democrático

The present study is about the political and juridical analysis of the Brazilian Constitutional Reforms in the context of the State Reforms in Latin America, considering different State Reforms, Political Processes and Economical neoliberal Reforms. So, this object is inserted in a broader analytical context related, on one hand, to the changes resulting from globalization process in different levels - as an hegemonical neoliberal form - and on the other hand to the demands about the role of the National State and also about its own institutions. This whole dynamic is developed from a comparative perspective in Latin America in order to place - in a more appropriate way - Brazil inside the regional context. The meaning and the reach of the Constitutional Reforms become, at this time, the main focus of this analysis, resulting in the dilemmas and challenges that open themselves mainly from the democratic normative compromise - fundamentally established in the Constitutional preamble and also in its essential articles - to guarantee a free citizenship and economic development compatible with the democratic ideal.

CIDADANIA E IDENTIDADE NACIONAL - CONSIDERAÇÕES INTERDISCIPLINARES SOBRE A CONSTRUÇÃO DO ESTADO NACIONAL BRASILEIRO NO SÉCULO XIX

Citizenship and National Identity - Interdisciplinary Considerations About the Construction of the Brazilian National State in the XIX Century

Rachel Barros Nigro

Prof. Orientador: José Maria Gomez (jgomez@uol.com.br)

Banca examinadora: José Maria Gomez, Carlos Alberto Plastino

Esteban e Leandro Augusto Marques C. Konder

Data da defesa: 10 de maio 2000

Para a ativação da cidadania (imprescindível para sustentar a democracia substantiva) é crucial a socialização dos cidadãos numa cultura política comum (o que implica em ensinar virtudes cívicas aos sujeitos autônomos e individualistas da modernização). Para tanto é necessário existir (ou inventar) um pano de fundo concordante que propicie identificações imaginárias comuns. Destas significações compartilhadas nascem as motivações para o engajamento político, para o compromisso responsável, para a superação do narcisismo reinante nesta cultura "centrada no eu".

No caso das sociedades nacionais modernas, a consciência nacional (diversas vezes associada ao nacionalismo de direita e de esquerda) é fator preponderante na geração de integração social (em risco, neste tempo de fragmentação). Esta "ideologia do Estado-nação" (e suas categorias subjacentes: democracia liberal, Estado de direito, soberania nacional) deflagrada pela Revolução Francesa está em xeque neste fim de século marcado pela derrubada de muros e fronteiras, iniciado e encerrado por guerras e genocídios, recheado de intolerância, desrespeito aos direitos humanos, xenofobia. Tais circunstâncias renovam a atualidade do tema identidade que vem à tona exatamente nos momentos de "crise".

Com enfoque no século XIX, pretendo relacionar a rica teoria/filosofia política acerca da relação cidadania-identidade nacional com o caso brasileiro e sua peculiar história e historiografia. Como demonstra a enorme literatura socio-político-antropológica sobre a influência da tradição ibérica mercantilista e o "familismo amoral" latino sobre a cultura política brasileira (determinando a baixa intensidade da cidadania, a ineficácia da lei, o particularismo, entre outros vícios públicos) o Brasil é um país periférico de imigração e colonização (segundo Walzer, um "caso

complicado” pois mistura Estado-nação e Sociedade Imigrante) que sofreu e sofre conseqüências nefastas do falso reconhecimento (como ressalta Taylor em sua política do reconhecimento), o que emperra seu processo democrático (impede o compromisso responsável, incentiva o descrédito nas instituições e homens públicos) e corrói as entranhas da democracia, pois mina a coesão social necessária para formar uma sociedade organizada e participativa.

A identificação coletiva pode favorecer a cooperação, o compromisso público e a solidariedade que constituem a idéia moderna de nação (um amálgama do conceito pré-político com o conceito moderno associado à Revolução Francesa). Como isto foi forjado no Brasil do século XIX? Como um país que não vivenciou verdadeiras “revoluções” (nem uma “guerra pela independência”, nem uma verdadeira “guerra pela pátria” e nem uma “revolução republicana”) e não se preocupou em fortalecer uma cultura política comum inventou uma consciência nacional? E agora, quando percebemos isso tudo, será que ainda há interesse na invenção do Brasil? Será que a crise do Estado-nação propagada pela globalização econômica e sua ideologia subjacente veio solapar definitivamente o conceito de cidadão democrático? Será que nosso futuro papel social não é apenas o de consumidores responsáveis? Se não, como defendemos, estamos enfrentando uma aceleração da história num momento histórico ímpar para o Brasil. É fato que os portugueses desembarcaram no litoral brasileiro há aproximadamente 500 anos. As datas históricas são poderosas lembranças que facilitam o processo de identificação social. Estamos, portanto, em excelente momento para repensar a história brasileira, para recontar acontecimentos públicos na busca de novas interpretações que nos propicie um reconhecimento saudável de nossa sociedade e de nossa nação.

With emphases on nineteenth century, this paper will look for a relation between political philosophy and its discussion about citizenship and national identity with the peculiar history and historiography of Brazilian society. There are very rich socio-anthropologic-politic literature that show the influence of mercantilist Iberian tradition and its “amoral familism” over Brazilian political culture, determining, in turn, the low intensity of citizenship, inefficiency of law, the “particularism” among other public “vices”. Brazil is a periferic country formed by immigration and colonization that still suffers the consequences of “false recognition”, which blocks the democratic

process and makes harder to Brazilian citizens to be politically engaged.

The collective identification can help public engagement and the solidarity associated with the modern idea of a Nation. How it was built, in Brazil in the century XIX? How can a country that did not witness true revolutions and did not worry about building a common political culture have invented a national conscience?

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONSTITUCIONAL NA TEORIA PROCESSUAL

*The Principle of Constitutional Proportionality in Processual Theory
Concepts of Brazilian Law*

Amini Haddad Campos

Prof. Orientador: José Ribas Vieira (jribas@jur.puc-rio.br)

Banca examinadora: Profs. José Ribas Vieira, Leonardo Greco e
Maria Celina Bodin de Moraes

Data da defesa: 15 de junho de 2000

Trata-se de Dissertação para obtenção do título de Mestre, desenvolvida perante a Instituição de Ensino Superior da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro – PUC-Rio, no curso de Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional, tendo por objeto o princípio da proporcionalidade, o qual vem conceber um novo paradigma da instrumentalidade processual como concretizadora dos valores constitucionais.

Assim, observando o emaranhado legislativo e a insuficiência deste à solução equânime dos conflitos sociais, vê-se uma tendência global à busca material do direito, tendo por critério a Constituição.

Destarte, ocorre uma constitucionalização do processo e uma procedimentalização da Constituição Federal, afinal, em uma Constituição extremamente garantista, o processo é a própria concreção do seu conteúdo no mundo humano, fazendo valer os seus ditames na esfera da vida comum.

Partindo dessa perspectiva, o vínculo entre Constituição e processo se mostra efetivo, desenvolvendo, em ordem crescente, uma nova teoria da ação que venha a preencher o contexto próprio da denominação “acesso à

justiça". Afinal, numa sociedade justa, a igualdade de liberdades e direitos entre os cidadãos é considerada como definitiva à pragmática do direito. Tal teoria inédita da ação é calcada menos num instrumentalismo à efetivação da lei (critério formal) e, sim, mais voltada às garantias humanitárias, afinal, como bem disciplina o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "...o juiz atenderá aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum". Eis, pois, a dimensão do princípio da proporcionalidade.

Fala-se, em proporcionalidade à condenação; à pena; à contratação; às atividades entre administradores Estatais; quanto à concepção de igualdade (forma de diminuição das desigualdades); como limitação ao poder de polícia, onde o Estado exerce controle das ações particulares; no exercício do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, visto que estes são garantias que objetivam a proteção material e não a procrastinação do mesmo.

Decorre que o princípio da proporcionalidade, numa summa caracterização, evidencia-se pelo fato de presumir a existência de relação adequada (adequação) entre um ou vários fins determinados e os meios utilizados (necessidade) à consecução pretendida, impedindo, pois, o arbítrio e, principalmente, dissensão aos critérios básicos do seu conteúdo de princípio geral de direito, voltado ao Estado de Direito, concebido de forma a garantir a contenção dos poderes do Estado e a guarda eficaz dos direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido estrito).

Haverá, assim, infringência ao princípio da proporcionalidade toda vez que esses critérios não forem observados, restando, pois, lesada a própria sistemática dos valores sociais consagrados juridicamente pela Constituição. Ainda, no que se refere à concepção do princípio da proporcionalidade, necessário se faz a distinção deste em relação ao princípio da razoabilidade, em seu aspecto material.

O princípio da razoabilidade teve o seu desenvolvimento das concepções do devido processo legal, alçado mais a um critério de verificação de compatibilização normativa (limites negativos) do que propriamente à averiguação de um conteúdo positivo pragmático dos valores jurídicos consagrados (princípio da proporcionalidade).

Aceitas essas premissas e distinções, aproximamo-nos das concepções processuais do arcabouço normativo alemão: menos técnica, mais direito. É, pois, o princípio da proporcionalidade constitucional dando novo

conteúdo ao processo: o exercício proporcional dos direitos processuais.

Diante de uma Constituição compromissada, como a do Brasil de 1988, não há como consagrar o distanciamento do direito de seu aspecto humano.

Eis a nova vertente do direito processual: o devido processo proporcional.

This paper constitutes a Dissertation for the title of Master having as its object the principle of proportionality, which conceives a new paradigm of the processual instrumentality as a substantiator of constitutional values.

As such, observing the legislative entanglement and its insufficiency for the equanimous solution of social conflicts, a global tendency can be viewed in the material search of law, having the Constitution as its criterion.

Therefore, a constitutionalization of the process and a proceduralization of the Federal Constitution occur, after all, in an extremely warranted Constitution, the process is the very realization of its content in the human world, giving value to its maxims in the sphere of common life.

Following this perspective, the link between Constitution and process displays itself as effective, developing, in increasing order, a new theory of legal action which comes to satisfy the very context of the "access to justice" denomination. After all, in a just society, the equality of liberties and rights among citizens is considered as definitive to the pragmatism of law.

Such inedited theory of legal action is grounded less in an instrumentalism to the effectiveness of law (formal criterion) but, rather, more directed towards humanitarian guarantees, after all, as the 5th article of the Law of Introduction to the Civil Code well states: "...the judge shall attend for society purposes that which the law directs toward the demands of the common good".

This is the dimension of the principle of proportionality: proportionality to the conviction; to the sentence; to the dealings; to the activities among State administrators; as to the conception of equality (a form of diminishing inequalities); as a limitation to police power, where the State exercises control of private actions; in the execution of due legal process, of the contradictory and of the broad defence, seeing that these are guarantees which have the protection of material law for their objective and not its procrastination.

It follows that the principle of proportionality, in a summarized characterization, is evidenced by the fact of presuming the existence of adequate relation (adaptation) between one or various determined ends and the manners used (necessity) for its intended obtainment, impeding, therefore, the arbitrary application and, principally, dissention of the basic

criteria of its content of general principle of law, directed toward the State of Law, conceived in a form so as to guarantee the containment of the State powers and the efficient guard of fundamental rights (proportionality in a strict sense).

There will be, as such, an infringement of the principle of proportionality each time these criteria are not observed, resulting in a violation of the very systematic of the social values judicially consecrated by the Constitution.

Furthermore, in what is referred to as the conception of the proportionality principle, it is necessary to make this distinction in relation to the reasonability principle, in its material aspect.

The reasonability principle had its development from the conceptions of due process of law, elevated more to a criterion of verification of normative compatibility (negative limits) than to the investigation of a pragmatic positive content of the consecrated judicial values (proportionality principle).

Accepting these premises and distinctions, we approach the processual conceptions of the German normative framework: less technical, more legal.

It is, thus, the principle of constitutional proportionality giving new content to the process: the proportional exercise of processual laws.

Seen before a committed Constitution, such as Brazil's of 1988, there is no way to consecrate the distancing of the law from its human aspect. Such is the new direction of processual law: the due proportional process.

O COOPERATIVISMO E O ESTADO — UM MODELO DE DEMOCRACIA ECONÔMICA

Cooperativism and the State - a Model of Economic Democracy

Darcio Augusto Chaves Faria

Prof^a Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes
(mcbm@jur.puc-rio.br)

Banca Examinadora: Maria Celina Bodin de Moraes, Alejandro

Bugallo Alvarez e Roberto da Silva Fragale Filho

Data da Defesa: 11 de julho de 2000

O objetivo deste trabalho é apresentar a doutrina cooperativista como ideologia organizadora de um modelo econômico distinto do capitalismo liberal e do socialismo de estado, que se oferece à discussão a respeito da "terceira via"

como solução para o impasse da social-democracia contemporânea.

Nesse sentido, faz-se uma abordagem histórica do movimento cooperativo e sua evolução doutrinária, examinando seus elementos ideológicos e as principais propostas de implementação de um "Estado Cooperativo", estruturado sobre uma ordem econômica baseada numa economia de mercado orientada pelo valor da dignidade humana.

Finalmente, busca-se traçar a correspondência entre valores preconizados pela ideologia cooperativista e os princípios da ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988, com o objetivo de fornecer elementos capazes de orientar a tarefa de interpretação e aplicação harmônica destes princípios, a partir da noção da unidade da Constituição.

The central purpose of this work is to present the cooperative doctrine as an ideology which has the capacity to build a new economic model, different from the state socialism and from liberal capitalism. As matter of fact, the cooperativism has being considered as a real solution to the social democracy's impasse, becoming what is called the "third way".

Therein, we have done an historical approach about the cooperative movement and its doctrinary evolution, through an analysis of its ideological components and principal proposal to build an "Cooperative State". This new state will be structured above an economic order which is based in a different kind of market economy, the one which orientated by the human dignity value.

At the end, we intended to examine the cooperative values, in conformity with the constitutional principles of the economic order, providing elements to orientate the job of interpretation and harmonic application of these principles, through the conception of the Constitutional unity.

**EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO E
SUA INSERÇÃO CONSTITUCIONAL**

The Evolution of Brazilian Labor and its Constitutional Insertion

José Luiz da Gama Lima Valentino

Prof. Orientador: José Fiorêncio Júnior (jfj@burlamaqui.com)

Banca examinadora: Profs. José Fiorêncio Júnior, José Ribas Vieira
e Ana Lucia de Lyra Tavares

Data da defesa: 17 de julho de 2000.

Este trabalho tem por finalidade apresentar um quadro relativo à evolução do direito do trabalho no Brasil, e sua relação com o Direito Constitucional. Através da análise dos textos legais, no plano material e processual ao longo de três séculos, tenta-se demonstrar a influência da própria legislação nacional para a fixação dos parâmetros legais implantados a partir da década de trinta. Por fim, tenta-se demonstrar a ineficácia da constitucionalização do direito do trabalho, como fator de desenvolvimento ou garantias sociais.

The finality of this study consists in displaying the evolution of labor law in Brazil, and its relationship with Constitutional Law. It is intended, through the analysis of legal provisions, along three centuries, to demonstrate the influence of Brazilian legislation in establishing the legal pattern introduced after the decade of thirty. At last, it is attempted to show the ineffectiveness of insert labor provisions in the constitution as a factor of development or social guarantees.

ARTIGOS

O Progresso Tecnológico e a Tutela Jurídica da Privacidade
Carlos Affonso Pereira de Souza

Os Valores Sociais da Livre Iniciativa como Fundamento do Estado Brasileiro
Fábio Carvalho Leite

A Fiança e os Contratos de Locação Prorrogados por Prazo Indeterminado
João Augusto Bastião

Modernidade e Ciência: Algumas Posições Epistemológicas
José Ricardo Ferreira Cunha

Alguns Aspectos da Globalização e do Trabalho
Maria Celeste Simões Marques

ESTUDOS DE DIREITO COMPARADO

O Papel do Direito Comparado na Globalização
Ana Lucia de Lyra Truaras

Estado Federal e Estado Unitário: A Perspectiva Constitucional no Brasil,
Argentina e Chile
Carlos Guilherme Francoovich Legons

Princípios Constitucionais da Responsabilidade Republicana
e da Democracia Participativa e a Ação do Tribunal das Contas
Maria Arair Pinto Paiva e Tereza Rebiches de Carvalho

DECISÕES JUDICIAIS

Direito do Consumidor e Planos de Saúde
Eduardo Oberg

NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

Resumos das Dissertações de Mestrado defendidas no
Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional
no 1º semestre de 2001