



# NOMOS

REVISTA NOMOS - EDIÇÃO COMEMORATIVA DOS 30 ANOS DO Mestrado em Direito / UFC

Solicita-se permuta  
Pídese canje  
On demande l'échange  
Si richiede la scambio  
We ask for exchange  
Wir bitten um Austausch.



# NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2007/1

# NOMOS

**Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**  
Volume 26 – Jan-Jun – 2007/1

## **Comissão de Redação**

Prof<sup>ª</sup>. Denise Lucena Cavalcante  
Prof<sup>ª</sup>. Ana Maria D'Ávila Lopes

## **Conselho Editorial**

Prof. Paulo Bonavides – Professor Emérito da UFC  
Prof. Raimundo Bezerra Falcão – UFC  
Prof. Wolf Paul – Universidade de Frankfurt  
Prof. Jorge de Miranda – Universidade de Lisboa  
Prof. Francisco Queiroz Cavalcanti – UFPE  
Prof<sup>ª</sup>. Denise Lucena Cavalcante – UFC  
Prof<sup>ª</sup>. Germana de Oliveira Moraes – UFC  
Prof. Eros Roberto Grau – USP  
Prof. Francisco Gérson Marques de Lima – UFC  
Prof<sup>ª</sup>. Ana Maria D'Ávila Lopes – UFC  
Prof. Willis Santiago Guerra Filho – UFC  
Prof. Hugo de Brito Machado – UFC

## **Capa e Editoração eletrônica**

Jônatas Barros

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.  
v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral.  
Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal  
do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico  
1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito  
Curso de Mestrado em Direito



## SOBRE OS AUTORES

---

Agamenon Bezerra

Doutor em Ciência Política. Professor do Mestrado em Direito da UFC

Álvaro Melo Filho

Professor do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Livre-Docente em Direito Desportivo. Membro da FIFA, da International Sport Law Association, da Comissão de Estudos Jurídicos Esportivos do Ministério de Esporte, do IBDD e da Comissão de Direito Desportivo do Conselho Federal da OAB. Consultor da ONU na área de Direito Desportivo

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC e da UNIFOR. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq

Antonio Peña Jumpa

Professor Principal do Departamento de Direito da Pontificia Universidad Católica del Perú. Advogado. Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain (Bélgica)

Denise Lucena Cavalcante

Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC. Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFC. Procuradora da Fazenda Nacional

Fernando Ferraz

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-Graduado em Educação, com Especialização em Ensino pela UFPI. Professor Associado I do Curso de Direito e do Curso Mestrado em Direito Constitucional da UFC, e dos Cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Christus

Germana de Oliveira Moraes

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFC. Professora dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Juíza Federal no Ceará. Ex-conselheira do Conselho Nacional de Justiça

Hugo de Brito Machado

Juiz aposentado do TRF da 5ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários. Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Associação Brasileira de Direito Financeiro, da Academia Internacional de Direito e Economia, do Instituto Ibero-Americano de Direito Público e da International Fiscal Association

Humberto Madruga Bezerra Cavalcanti

Advogado. Especialista em Direito Processual Civil (UNISUL). Mestrando em Direito Econômico (PPGCJ/UFPB). Integrante do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB

João Luis Nogueira Matias

Juiz Federal da 5ª Vara/Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela USP. Professor dos curso de Mestrado em Direito da UFC

José Marcos Domingues

Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Julio Alberto Díaz

Pós-doutor pela University of Ottawa (Bolsista CAPES). Doutor em Direito Civil pela UFMG

Juvêncio Vasconcelos Viana

Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito Processual pela USP

Leda Rouquayrol Guillemette

Mestre em Direito pela UFC. Doutora pela Université Paris IX – Dauphine. Professora titular na Université du Havre. Professora convidada na Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris III. Destacada junto à Comissão Européia pelo Ministério das Relações Exteriores francês. Presidente da Associação européia CEFICALE

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Doutor em Direito UFMG / Johann Wolfgang Goethe Universität. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Mestra em Direito Econômico (UFPB). Doutora em Ciências Jurídico-Econômicas (Universidade de Coimbra). Professora Adjunta IV do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas/CCJ/UFPB. Coordenadora do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB

Pedro Pontes de Azevedo

Advogado e jornalista. Especialista em Direito Municipal (UNIPÊ). Mestrando em Direito Econômico (PPGCJ/UFPB). Professor Instituto Superior de Educação da Paraíba – IESP e das Faculdades de Ensino Superior da Paraíba – FESP, João Pessoa. Integrante do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB

Michelle Schulz

Graduada em Direito pela Università di Firenze. Doutoranda em Direito pela University of Canterbury (New Zealand)

Newton de Menezes Albuquerque

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIFOR

Paulo Antonio de Menezes Albuquerque

Doutor em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Rafael Benevides Barbosa Gomes

Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), aluno do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza

Raimundo Helio Leite

Doutor. Livre Docente. Professor de Informática Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Reginaldo da Costa

Professor de Filosofia do Estado no Mestrado em Direito e de Filosofia do Direito no Curso de Graduação em Direito da UFC. Professor de Ética Contemporânea e Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE e Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos

Regis Frota Araujo

Professor do Mestrado em Direito da UFC. Doutor pela Universidade de Santiago de Compostela-Espanha. Presidente da AIADCE-Ass.Ibero-Americana de Direito Constitucional Econômico.

Rui Verlaine Oliveira Moreira

Doutor. Professor de Lógica Jurídica e Hermenêutica Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC





## MESTRADO EM DIREITO/UFC– 30 ANOS DE PESQUISA

Comemoramos, neste ano de 2007, os 30 anos de implantação do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Este é um ano histórico, onde registramos a persistência e dedicação dos mestres, funcionários e alunos que compõem esta nobre instituição pública.

Relembramos aqui 30 anos atrás quando, em 9 de maio de 1977, três grandes nomes do direito brasileiro marcaram a história da pesquisa jurídica do país: Professor Nelson de Sousa Sampaio – Coordenador do Curso de Mestrado da UFBA; Professor Lourival Vilanova – Coordenador do Curso de Mestrado da UFPe; Professor Fávila Ribeiro – Coordenador do Curso de Mestrado da UFC.

Estes nobres professores celebraram entre as três universidades um termo de ajuste de programa de reciprocidade de colaboração em ensino, pesquisa, produção científica e intercâmbio cultural no âmbito da pós-graduação com o objetivo de contribuir no processo de desenvolvimento nacional da Ciência Jurídica.

Hoje, estas três instituições continuam cada qual a desempenhar importante papel, não só em seus respectivos Estados, mas em todo o Brasil.

Após 30 anos não poderíamos deixar de registrar aqui nossa homenagem a estes bravos professores que deram início a nossa história e que hoje nos orgulhamos de fazer parte dela e, principalmente, de continuá-la.

Nestes 30 anos de dedicação, a pesquisa e a pós-graduação no Brasil o Curso de Mestrado em Direito formou 361 mestres, sendo grande parte dessas pesquisas transformadas em livros que circulam nacional e internacionalmente.

Os mestres aqui formados exercem importantes papéis na vida acadêmica, tendo representantes em todas as instituições de ensino jurídico do Estado do Ceará, bem como, atuações nas mais importantes instituições do país.

E, assim, continuamos a fazer nossa história: com atos e homens nobres que não poupam esforços para realizarem seus ideais em prol da pesquisa jurídica brasileira.

Nossa homenagem àqueles idealizadores deste Curso e aos atuais docentes que engrandecem a Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Fortaleza, 30 de junho de 2007.

**Denise Lucena Cavalcante**  
*Coordenadora*





## SUMÁRIO

---

### **DOCTRINA NACIONAL**

O MUNICÍPIO E SUA AUTONOMIA NA REPÚBLICA MILITAR

*Agamenon Bezerra*

EL SISTEMA JURISDICCIONAL DEPORTIVO DE BRASIL

*Álvaro Melo Filho*

EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Denise Lucena Cavalcante*

DESIGUALDADES REGIONAIS

*Fernando Ferraz*

A IMPORTÂNCIA DA REORIENTAÇÃO DA PESQUISA DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS NA ERA PÓS-MODERNA. (Pesquisar também se aprende, pesquisando...)

*Germana de Oliveira Moraes*

ÂMBITO CONSTITUCIONAL, HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA E FATO GERADOR DO TRIBUTO.

Uma contribuição à Teoria do Direito Tributário

*Hugo de Brito Machado*

O PÚBLICO E O PRIVADO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A LIBERDADE DE CONTRATAR

*João Luis Nogueira Matias*

FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

*José Marcos Domingues*

NOTAS EM TORNO DA ARBITRAGEM

*Juvêncio Vasconcelos Viana*

ESTADO SOCIAL E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

*Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz*

DESAFIOS DEMOCRÁTICOS NO MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO – o caso mal resolvido das Agências Reguladoras

*Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, Pedro Pontes de Azevedo, Humberto Madruga Bezerra Cavalcanti*

O ESTADO MODERNO E AS ANTINOMIAS DO LIBERALISMO: DEMOCRACIA E REPOLITIZAÇÃO DA SOBERANIA

*Newton de Menezes Albuquerque*

IMPLICAÇÕES SISTÊMICAS DA SÚMULA VINCULANTE

*Paulo Antonio de Menezes Albuquerque, Rafael Benevides Barbosa Gomes*

A EXPERIÊNCIA DOS MESTRANDOS EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ EM PESQUISA EMPÍRICA PREDOMINANTEMENTE QUALITATIVA

*Raimundo Helio Leite, Rui Verlaine Oliveira Moreira*

A CONCEPÇÃO DE NORMA-COMUNICAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM CRITÉRIO RACIONAL PARA SUA VALIDAÇÃO RACIONAL

*Reginaldo da Costa*

REFLEXÕES SOBRE A METODOLOGIA DO ENSINO JURIDICO E A EPISTEMOLOGIA PREPARATÓRIA DA AÇÃO COMUNICATIVA MODERNA

*Regis Frota Araujo*

## **DOCTRINA ESTRANGEIRA**

A LEGITIMIDADE DA OBRIGAÇÃO DE VOTAR NA AUSTRÁLIA

*Ana Maria D'Ávila Lopes*.....

UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JUSTICIA: EL SENTIDO GRUPAL DE “LO JUSTO”

*Antonio Peña Jumba*

THE DUTY TO TAKE CARE AND LIABILITY FOR THE ACT OF THE THINGS IN COMPARATIVE LAW

*Julio Alberto Díaz*

LES MOYENS D'INFORMATION ET DE COMMUNICATION COMMUNAUTAIRE CONCERNANT LA COOPERATION AU DEVELOPPEMENT ET L'AIDE EXTERIEURE OCTROYEE PAR L'UNION EUROPEENNE A L'AMERIQUE LATINE

*Leda Rouquayrol Guillemette*

I DIRITTI DEL SOSPETTATO NEL TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER LEX JUGOSLAVIA

*Michelle Schulz*



# O MUNICÍPIO E SUA AUTONOMIA NA REPÚBLICA MILITAR

---

*Agamenon Bezerra*<sup>1</sup>

## RESUMO

O objeto deste artigo é descrever as condições ou o *status* do município brasileiro durante o regime militar, aqui chamado como a República Militar (1964-1985). *Esse* status poderia possivelmente ser caracterizado como sendo principalmente centralizado, em detrimento da sua autonomia. Em síntese, ainda que as primeiras iniciativas do regime revolucionário foram considerar o município como um instrumento normativo dentro do desenvolvimento econômico do país, o peso do seu status econômico-administrativo provocou ainda mais a diminuição de qualquer resíduo da sua frágil autonomia.

## Palavra-chave

Município. Autonomia. Centralização. Governo Militar. Constituição.

## ABSTRACT

The purpose of this essay is to describe the conditions or status of the Brazilian *município* during the military regime, here referred to as The Military Republic (1964-1985). This status could possibly be characterized as being highly centralized, in complete detriment to its autonomy. In sum, although the first initiatives of the revolutionary regime were to consider the *município* as an administrative instrument in the economic development of the country, the burden of this economic-administrative status resulted in subtracting even more whatever remained of the fragile autonomy of the *município*.

## Key-words

Município. Autonomy. Centralization. Militar Government. Constitution,

## 1. INTRODUÇÃO

No dia 31 de março de 1964, a fragmentada e dispersa República de 1964 caiu, vítima de um golpe de estado, semelhante ao que ocorrera com o Império (1822-1889), com a República Velha (1889-1930) e com o transicional Estado Novo (1930-1945) de Getúlio Vargas. Mais uma vez uma mui limitada participação civil caracterizou a determinação das forças armadas em derrubar

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciência Política. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

o regime constitucionalmente estabelecido<sup>2</sup>. Como habilmente se expressou Jordan Young,

Não importa quanta hostilidade possa ter havido contra o Presidente Goulart, foi o poder de fogo e a organização do Exército que derrubou a administração – não o povo, nem a Igreja, nem mesmo a elite econômica<sup>3</sup>.

Os militares tinham novamente voltado a desempenhar o papel que já haviam exercido em 1889 e em 1930: a prática de concentrar o poder em suas próprias mãos e traçar os destinos da nação. Desta feita, entretanto, esta concentração de poder assumiria uma feição mais determinada e permanente<sup>4</sup>.

Apesar de outros analistas atribuírem razões diferentes à queda de Goulart e à derrocada de República de 1946, a maioria concorda que os ineptos e desajeitados apelos populistas de Goulart ao proletariado e ao campesinato parecem ter precipitado o golpe. Já que a inclusão política e econômica dos camponeses e trabalhadores havia sido incompleta, os apelos populistas, um tanto quanto exagerados de Goulart, juntamente com o seu declarado flerte com causas esquerdistas, despertariam naturalmente a hostilidade de setores tradicionais como os militares e os grandes latifundiários. A ação militar de 1964 operou-se dentro de uma desorganização política e de quase caos econômico<sup>5</sup>.

A derrubada da República de 1946 talvez possa ser melhor interpretada à luz de causas principais. Primeiro, significou o surgimento da postura ideológica das forças armadas contra o populismo. Esta posição veio à tona já em 1954 quando um grupo de oficiais exigiu a demissão de Goulart como ministro do Trabalho, mas o antipopulismo militar foi subseqüentemente silenciado pelo suicídio de Getúlio Vargas e pela entrada no sistema político de novos aspirantes ao poder (Lacerda, Kubitschek, Quadros, dentre outros), que eram aceitos pelas forças armadas. Em 1964, os comandos militares chegaram à conclusão final de

---

<sup>2</sup> Ao emprestarem o seu apoio à derrubada do Presidente Goulart, os governadores dos estados de São Paulo, Minas Gerais e Guanabara estavam, aparentemente, sob a impressão de que os militares seguiriam a tradição histórica e retornariam para os seus quartéis depois da revolução. A falha em assim procederem resultou na ampliação do fosso entre civis e militares.

<sup>3</sup> YOUNG, Jordan M. Brazil. In: JOHNSON, Ben G. Burnett. JOHNSON, Kenneth F. Johnson (orgs.) **Political Forces in Latin America**. Belmont: Wadsworth Publishing Co., 1970, p. 575.

<sup>4</sup> Alguns analistas eram da opinião de que o governo militar representava um interlúdio no natural desenvolvimento político do país. Outros, entretanto, achavam que em vez de verem o governo militar como um precursor ao advento de um sistema pluralista, talvez fosse mais apropriado considerar a chamada “era populista” e “era democrática” de 1945-1964 como um meio-interlúdio entre governos autoritários e governos centralizados. De fato, como Rosenbaum e Tyler já afirmaram “... há grandes paralelos entre o Estado Novo (1937-45) de Getúlio Vargas e as administrações pós 1964: O Estado Novo e o sistema político pós 1964 têm várias características em comum: centralismo corporativista, despolitização, anticomunismo e apelos ao nacionalismo”. Vide ROSENBAUM, H.J. TYLER, William (orgs.), **Contemporary Brazil: Issues in Economic and Political Development**. New York: Praeger Publishers, 1972, p. 4.

<sup>5</sup> Ibidem.

que Goulart e outros políticos populistas não mereciam confiança na tarefa de preservar o delicado equilíbrio social entre os militares, os ocupantes de cargos importantes, e os senhores de terras, sobre os quais a democracia brasileira havia se apoiado tradicionalmente<sup>6</sup>. Como o brasilianista Thomas Skidmore afirmou:

Foi o colapso aparente deste equilíbrio que convenceu os militares moderados a uma conspiração ofensiva. Eles acreditavam que o regime de Goulart havia decidido incorporar uma nova guarda à elite política enquanto ameaçava excluir a velha guarda completamente<sup>7</sup>.

Segundo, a queda de Goulart também representou “um movimento para impedir que os remanescentes da tradicional coligação aristocrático-burguesa, à guisa de uma aliança militar-tecnocrática, fossem substituídos por camponeses e operários”<sup>8</sup>. Assim, além de beneficiar os militares, destinando-lhes o papel de principais aspirantes ao poder no processo decisório do país, impediu também o surgimento das massas como uma força política em potencial no sistema político. Finalmente, o golpe de 1964 foi uma prova cabal de que as vias constitucionais haviam, mais uma vez, fracassado no Brasil. Como resultado, o desenvolvimento político do país, dentro de uma linha descentralizada, pluralista ou democrática, sofreu um profundo revés.

O estilo de governo que emergiu do golpe militar ficou claramente caracterizado pelo retorno à centralização como um princípio de organização e pela ênfase acentuada sobre a utilização de meios autoritários como norma de conduta dos processos político-governamentais. Três fatores contribuíram para a implementação da centralização e do autoritarismo do governo revolucionário. Primeiro e mais importante foi a atitude predominante dos militares que eram unânimes ao concordarem sobre a necessidade de se evitar um retorno da política populista. Realmente, os primeiros anos do regime demonstram claramente as restrições arbitrárias e sistemáticas impostas sobre a oposição quando esta, implícita ou explicitamente, ameaçava alterar, mesmo que superficialmente, a configuração de mando estabelecida pelos novos detentores do poder<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> SKIDMORE, Thomas E. *Politics in Brazil, 1930-1964*. Nova York: Oxford University Press, 1967, p.303.

<sup>7</sup> *Ibidem*. A “velha guarda” compreendia a liderança do sistema político híbrido criado por Vargas. Incluía políticos antigos, porta-vozes da classe média e líderes do partido trabalhista fundado por Vargas, o PTB; a “nova guarda” era, em geral, composta por líderes da esquerda radical tais como líderes trabalhistas de esquerda, grupos de estudantes radicais, e políticos profissionais da esquerda radical, dentre os quais se encontravam o cunhado de Goulart e Governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, o Governador de Pernambuco, Miguel Arraes e Max da Costa Santos como os mais expressivos representantes.

<sup>8</sup> ROSENBAUM, H.J. TYLER, W. op. cit., p.4.

<sup>9</sup> Seguiu-se um expurgo político: muitos comunistas foram presos juntamente com muitos não-comunistas que simpatizavam com Goulart e com o seu governo. O governo provisório expulsou uns quarenta suspeitos, todos membros do Congresso, e suspendeu os direitos políticos de muitos outros pelo período de dez anos. Dentre os que tiveram os seus direitos cassados, estavam os ex-presidentes Kubitschek, Quadros e o líder do Partido Comunista Luis Carlos Prestes, sem mencionar uma grande lista de governadores de estados e outras figuras políticas e intelectuais de destaque.

Um segundo fator foi a desorganização e o oportunismo da elite política que logicamente deveria ter-se constituído em acentuada oposição. O fator final foi a atitude cética do público em geral no tocante ao andamento dos eventos então ocorrendo no país; a suspensão arbitrária das regras políticas produziu fragilíssima reação por parte das massas amorfas e apáticas. Alguns poucos, como o cunhado de Goulart, Leonel Brizola, então Governador do Rio Grande do Sul, e alguns dos seus seguidores esquerdistas mais exaltados, inicialmente ensaiaram uma pequena reação que foi imediatamente neutralizada. O povo, completamente desiludido com os erros e com o oportunismo da maioria dos “políticos”, parecia resignado, senão totalmente indiferente à perspectiva de ser governado por tecnocratas sob a tutela militar<sup>10</sup>.

Os revolucionários fardados, portanto, assumiram o comando. Os ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica encamparam a autoridade como o “Comando Supremo da Revolução”: declararam a sua parte no movimento revolucionário, e reconheceram o fato de ter havido uma interrupção nos processos constitucionais ordinários. Quando o Congresso falhou em tomar as medidas extraordinárias que eles consideravam como essenciais e, em vez disso, apresentou aos militares a cópia de um ato de emergência, o Comando Revolucionário então decretou um “Ato Institucional”. Este documento validava a revolução e, em parte, substituía a Constituição de 1964, até então em vigor.

## 2. ATO INSTITUCIONAL DE 09/04/1964

Enquanto partes deste ato deveriam ficar em vigor até o dia 31 de janeiro de 1966, alguns dos seus poderes mais abrangentes e centralizadores entraram em desuso depois de sessenta dias, e outros depois de seis meses. De acordo com o Ato Institucional, o Congresso preencheria o restante de mandato de Goulart elegendo o General Humberto de Alencar Castelo Branco (que era o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas de Goulart) para a presidência e o deputado federal José Maria Alkimim para a vice-presidência<sup>11</sup>.

### 2.1 Dispositivos Gerais:

O Ato Institucional continha nove dispositivos principais:

- a. mantinha a Constituição de 1964, exceto onde fosse emendada pelo ato;
- b. determinava que o Congresso, por maioria absoluta, em sessão pública, e por chamada nominal, elegeisse um presidente e um vice dentro de dois dias após a publicação do documento e, para este fim, suspendia o dispositivo que tornava chefes militares inelegíveis para a presidência;

<sup>10</sup> SKIDMORE, T. op. cit., p. 321.

<sup>11</sup> Alkimim, um civil e velho líder político de Minas Gerais, foi possivelmente escolhido para a vice-presidência numa tentativa de dar crédito à alegação dos militares de que a derrubada de Goulart não se constituía num mero golpe militar, mas um verdadeiro movimento popular que, com a ajuda das forças armadas, havia salvo o país da ameaça comunista.

- c. autorizava o presidente a iniciar emendas constitucionais e exigia que o Congresso aprovasse essas emendas dentro do período de trinta dias por maioria absoluta em vez dos tradicionais 2/3 dos votos;
- d. exigia também que o Congresso aprovasse, dentro de trinta dias, os projetos de lei enviados pelo presidente ou considerasse tais projetos como automaticamente aprovados;
- e. dava ao presidente autoridade exclusiva para iniciar projetos de lei financeiros enquanto vetava ao Congresso destinar maiores recursos do que os requisitados pelo presidente;
- f. aumentou os poderes do presidente permitindo-lhe declarar estado de sítio e prolongá-lo por um período máximo de 30 dias sem a prévia aprovação do Congresso;
- g. suspendeu por 6 meses os direitos constitucionais e leis de estabilidade no emprego, permitindo assim que o presidente e os governadores exonerassem funcionários públicos;
- h. permitiu também ao presidente suspender os direitos políticos dos cidadãos por 10 anos e cassar os mandatos dos deputados federais; os governadores detinham o poder de fazer o mesmo no tocante a deputados estaduais e vereadores; e
- i. estabeleceu o dia 3 de outubro de 1965 como a data das eleições para presidente e vice<sup>12</sup>.

## 2.2 Dispositivos Municipais:

Do ponto de vista dos municípios, é possível dividir o início do período pós-1964 em dois segmentos mais ou menos distintos. O primeiro se estende do dia 31 de março de 1964, quando o governo revolucionário assumiu o poder, a 27 de outubro de 1965, tempo em que o novo governo se engajou nos negócios político-administrativos internos de algumas principais cidades e municípios e iniciou uma ampla estratégia de reformar ou introduzir emendas à constituição de 1946. Durante o segundo período, do dia 27 de outubro de 1965 à adoção da Constituição de 1967, os negócios dos municípios estavam claramente na mente do governo central, evidenciado pelo aumento de medidas centralizantes que resultaram na redução da autonomia municipal<sup>13</sup>.

O impacto da revolução de 1964 sobre os municípios foi se realizando aos poucos. O governo revolucionário, atendendo inicialmente a muitos problemas

<sup>12</sup> Ato Institucional nº 1. Durante os primeiros meses no exercício da presidência, o General Castello Branco fez amplo uso de seus poderes sob o Ato Institucional ao implementar uma série de emendas constitucionais relacionadas a matérias tais como época e procedimento de eleições presidenciais, a inegibilidade dos militares de votar e serem votados, regulamentação de imunidades parlamentares e a eliminação de restrições sobre expropriação de terras.

<sup>13</sup> SHERWOOD, Frank P. *Institutionalizing the Grass Roots in Brazil*. San Francisco: Chandler Publishing Co, 1967, p.41.

econômicos e políticos, certamente dispunha de pouco tempo para se dedicar a arranjos institucionais em âmbito municipal. Os municípios, em outras palavras, não pareciam constituir-se uma ameaça imediata ao novo regime. Além disso, “a continuidade estava também implícita na adesão oficial do governo com relação aos dispositivos constitucionais contidos na Constituição de 1946”<sup>14</sup>.

Apesar disso, o governo revolucionário não se mostrou hesitante ao impor a sua presença na esfera local. Uma breve retrospectiva mostrará que uma mudança centralizadora ocorreu mais rapidamente e mais profundamente do que geralmente se esperava. Este envolvimento, que tendia a aumentar na medida em que o governo central se fortalecia em outros níveis do sistema político, foi provavelmente motivado por duas razões principais da parte dos revolucionários, a saber:

- a. necessidades políticas que exigiam o expurgo de elementos hostis e indesejáveis no âmbito municipal, juntamente com o fator igualmente importante, qual seja, o de arrematar elementos de apoio que demonstrassem lealdade e continuidade à causa e aos programas revolucionários;
- b. perspectivas econômicas que, de acordo com as aspirações revolucionárias do novo regime, tentavam prover o país com um avanço desenvolvimentista integrado aos níveis nacional, estadual e municipal do governo<sup>15</sup>.

Em resumo, as investidas iniciais do governo revolucionário com relação aos municípios foi dar-lhes um novo *status* como “instrumentalidades administrativas no desenvolvimento econômico do país”. Mas o ônus maior deste *status* econômico-administrativo recaiu particularmente no que concerne à autonomia municipal.

### 2.3 Centralização e controle político

A derrubada de João Goulart e da tendência política que ele representava, cedo ou tarde, seriam sentidas através dos municípios. Assim, em todos os níveis do sistema governamental, quase todos os líderes da oposição, e, em particular, aqueles mais estreitamente ligados a pessoas do meio operário e trabalhista, foram ou arbitrariamente removidos dos seus cargos eletivos ou lhes negaram o exercício de seus direitos políticos; muitas pessoas foram até punidas com as duas formas.

A nível municipal, novas faces começaram a aparecer e exercer papéis de liderança. Os procedimentos coercitivos por parte do governo federal não somente restringiram a liberdade individual, mas também privaram os municípios de sua autonomia como unidades auto-administradas dentro do sistema político. Dois casos ilustram claramente a forma e os métodos destas arbitrárias mudanças de liderança a nível municipal e também servem para demonstrar como o governo revolucionário desprezava e violava o princípio da autonomia municipal<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Loc. cit.

<sup>15</sup> Ibidem p. 41-42.

<sup>16</sup> Os exemplos seguintes foram tirados de Sherwood (SHERWOOD, F. op. cit., p.43-45).

O primeiro caso vem da cidade de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, cujo prefeito foi cassado pelo governo federal. Mesmo sendo a administração do prefeito considerada inapta e corrupta por muitos dos cidadãos locais, sua cassação não foi o resultado de inaptidão na conduta dos negócios municipais, mas devida às suas relações com o Presidente Goulart. Para cassar o prefeito, o governo federal tentou inicialmente obter o apoio do governador do Estado, Magalhães Pinto, ele próprio um dos líderes civis da revolução. O governador, por uma razão ou por outra, procurou evitar envolver-se no caso; preferia que o governo central arcasse com o ônus da intervenção, destituindo diretamente o prefeito. Enquanto isso, o governo central destinou 1 bilhão de cruzeiros a Minas Gerais para ser utilizado no melhoramento dos serviços municipais. Cada município mineiro receberia uma parcela destes recursos federais. Mas, dentro de dois ou três meses a quantia que havia sido destinada a Belo Horizonte, inexplicavelmente se esgotou. Nunca foi definitivamente esclarecido se os recursos haviam realmente sido enviados a Belo Horizonte ou se o suposto desaparecimento ocultava uma trama por parte das autoridades federais e estaduais para desacreditar o incômodo prefeito. Diante destes fatos, o presidente, citando o flagrante mau uso das verbas federais, convocou o Governador à Brasília e ordenou-lhe livrar-se do prefeito sem mais delongas. O governador, apoiado pelo poderoso comandante do exército de Minas Gerais, ordenou o presidente da Câmara Municipal convocar uma reunião da câmara e declarar o *impeachment* do prefeito. E assim foi feito. Entretanto, o *impeachment* do prefeito não pôs fim ao caso. De acordo com as leis orgânicas que regulam os negócios da maioria dos municípios de Minas Gerais, o vice-prefeito deveria substituir o prefeito quando quer que, ou por quaisquer razões, o cargo fosse declarado vago. Belo Horizonte, como outros municípios, tinha um vice-prefeito que seria o sucessor legal do prefeito deposto. O vice-prefeito, entretanto, morava no Rio de Janeiro e não tinha nenhuma experiência administrativa; além disso, não era politicamente bem-visto pelos donos do poder. Por isso, o seu *impeachment* foi também declarado. Diante desta situação, o presidente da Câmara, o próximo na linha de sucessão, pediu demissão. Finalmente, o secretário do interior do Estado, que abertamente apoiava o golpe de 1964, foi indicado para o cargo. O prefeito deposto procurou a reintegração ao cargo através de apelos aos tribunais, mas como a sua remoção foi caracterizada como um “ato revolucionário”, todos os seus esforços foram em vão e, portanto, não sujeitos a processo judicial<sup>17</sup>.

Um segundo caso ilustra como o governo revolucionário lidava com o problema da estrutura de poder a nível municipal. Este caso vem da cidade de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, estado natal de Goulart e de Vargas. O prefeito de Porto Alegre era extremamente pró-trabalhista, com afiliações políticas que datavam desde os tempos de Vargas; o Partido Trabalhista do ex-presidente (PTB) gozava de forte apoio na maioria dos municípios do

<sup>17</sup> Dois anos mais tarde, nas eleições de 1966, o prefeito deposto de Belo Horizonte tentou retornar à cena política candidatando-se a uma vaga no Congresso. Foi, entretanto, impedido pela cassação dos seus direitos políticos pelo período de dez anos.

estado. Este passado para o prefeito de um importante município como Porto Alegre era totalmente inaceitável pelo governo revolucionário e o prefeito foi removido. Ao tomar esta medida, o governo revolucionário negligenciou indicar um substituto, confiando que a Câmara Municipal exercesse esta função. Foi finalmente encontrado um substituto, mas este, depois de uma curta temporada no exercício do cargo, foi também considerado inaceitável, e, conseqüentemente, foram iniciados procedimentos para destituí-lo, elegendo-se o presidente da Assembléia Legislativa para o cargo. Os tribunais acharam o expediente pouco ortodoxo mesmo para a nova filosofia revolucionária de governo e declararam-se a favor de permitir que o prefeito “inaceitável” permanecesse no cargo.

Os casos de Belo Horizonte e Porto Alegre, para citar somente dois dentre outros, claramente indicam que a linha de comando informal, apesar de bastante efetiva – do presidente ao governador, ao coronel ou ao prefeito, e assim até o último cargo – existia no período logo após a revolução. Esta cadeia de comando podia não somente auxiliar ao governo revolucionário na estrutura de poder a nível local, se assim desejassem, mas podia também contribuir para a efetiva centralização de poder em detrimento da autonomia municipal.

#### 2.4 Centralização financeiro-administrativa

O governo revolucionário estava também ativo, durante o período que se estendeu até outubro de 1965, em termos institucionais-legais mais amplos, particularmente no que tange aos negócios administrativos e financeiros dos municípios. Um dos passos mais importantes tomados foi conseguir a passagem de cinco emendas à Constituição de 1946 que produziram relevância nova ao papel e ao *status* dos municípios, pelo menos no que se refere à nova concepção de programas revolucionários. Em outras palavras, o efeito destas emendas foi o de fornecer ao governo maior uniformidade ao planejamento governamental e assim dar maior relevo ao papel do governo federal no controle administrativo e financeiro dos municípios<sup>18</sup>.

A primeira emenda procurou estabelecer uma reforma agrária<sup>19</sup>. Já que a única maneira de se efetuar o desmembramento de grandes propriedades improdutivas, particularmente no Norte e Nordeste, tradicionalmente possuidoras de grandes latifúndios, era através da taxaçoão destes latifúndios, o governo federal achou conveniente retirar dos municípios o poder de taxar imóveis rurais, e colocou tal responsabilidade em suas próprias mãos. Como forma de compensação por esta flagrante violação da autonomia municipal, o governo federal, sob a emenda, prometeu retornar os impostos recolhidos aos municípios. Apesar das quantias envolvidas serem relativamente pequenas, representando, talvez, somente 2% da total arrecadação municipal, o fato é que,

<sup>18</sup> SHERWOOD, F. op. cit., p.45.

<sup>19</sup> Emenda 10, promulgada no dia 9 de novembro de 1964; vide SARAZATE, Paulo. **A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967, p.29.

como afirmou Sherwood, “... uma fonte de arrecadação tinha sido retirada do controle direto da administração local”<sup>20</sup>.

Três outras emendas representavam o continuado impulso para a centralização, sob o manto da uniformidade nacional, o que resultou em reduzir ainda mais a autonomia local<sup>21</sup>. Estas emendas tratavam ainda de eleições simultâneas, em todos os níveis do governo, de mandatos padronizados de quatro anos para representantes municipais e obrigatoriedade de domicílio de dois anos como uma pré-condição à candidatura, bem como a obrigatoriedade a todos os eleitos de apresentarem declarações de bens no começo e no fim dos seus mandatos. Foi também vedado a todas as agências públicas no Brasil empregarem pessoas ou contratar bens e serviços nos últimos noventa dias do mandato.

Mas o golpe mais contundente à autonomia municipal foi a emenda que retirou dos estados o poder, outorgado pela Constituição de 1946, de indicar os prefeitos de suas respectivas capitais<sup>22</sup>. Tais poderes de indicação pelo Executivo dos estados haviam raramente sido exercidos; a maioria dos governadores havia abdicado desta prerrogativa constitucional e permitido a praticamente todos os municípios, incluindo as cidades capitais, elegerem livremente os seus próprios prefeitos. Agora esta jurisdição ficaria sob o controle do governo federal<sup>23</sup>.

### 3. SEGUNDO ATO INSTITUCIONAL, OUTUBRO 27, 1965

No dia 27 de outubro de 1965, o governo revolucionário, frustrado com a morosidade do Congresso em aprovar outras emendas constitucionais, decretou outro ato institucional, o segundo de uma série de cinco desta natureza. O Segundo Ato Institucional também parecia ter sido ocasionado pela derrota de vários candidatos a governador preferidos pelos líderes da revolução de 1964. Tal atitude da parte do eleitorado constituía-se claramente num desafio ao poder e à legitimidade do governo revolucionário que, a partir de então, desistiu de quaisquer pretensões democráticas.

O período que se estendeu de abril de 1964 a outubro de 1965 havia sido decisivo para que o governo revolucionário afirmasse a sua posição no sistema político brasileiro e, ao mesmo tempo, demonstrasse sua dedicação aos princípios democráticos ao não alienar completamente aquela pequena porção da elite

<sup>20</sup> SHERWOOD, F. op. cit., p.45.

<sup>21</sup> Emendas 13, 14, 15; vide Sarazate, op. cit., p.30.

<sup>22</sup> Emenda 12, promulgada no dia 9 de abril de 1965.

<sup>23</sup> Frank Sherwood sugere que a razão da atitude do governo revolucionário em retirar o direito dos executivos estaduais de nomear os prefeitos das capitais, foi um ato dirigido não necessariamente contra os municípios (apesar disto ter claramente reduzido a sua autonomia), mas contra “alguns governadores antagonistas – em particular Carlos Lacerda, na Guanabara, Adhemar de Barros, em São Paulo e Magalhães Pinto, em Minas Gerais – que tinham o poder de contestar o domínio central”. Assim, a velha estratégia de tentar enfraquecer o poder dos estados lidando diretamente com os municípios é tido como sendo objetivo latente da emenda. Vide SHERWOOD, F. op. cit., p.45-46.

política civil (representada pelos governadores de São Paulo, Minas Gerais e Guanabara) que haviam emprestado seu apoio verbal e moral à derrubada de Goulart. Para este fim, o governo revolucionário havia demonstrado boa vontade para com os corretores civis do poder ao expulsar da vida política somente os líderes importantes que fossem ligados a Vargas e a Goulart; a base social do golpe de estado ficou assim mantida dentro da estrutura institucional de uma “democracia guiada”. Entretanto, a vitória da oposição pôs fim à utilidade desta tática<sup>24</sup>. Com o Segundo Ato Institucional, o regime, clara e inequivocamente, pôs em ação a construção de um estado militar-centralizado, como os dispositivos do novo estatuto claramente indicavam.

### 3.1 Dispositivos gerais

O Segundo Ato Institucional era um documento maior e mais detalhado do que o ato anterior. Seu objetivo principal era o de centralizar mais ainda o poder político e administrativo nas mãos do presidente militar. Para este fim, o Segundo Ato Institucional:

- a. outorgava ao presidente o poder de fechar o Congresso e governar por decreto;
- b. provinha a decretação de atos complementares (implementando decretos) como o presidente achasse necessário;
- c. alargava o poder do presidente em decretar estado de sítio;
- d. restabelecia os dispositivos do primeiro ato institucional que davam poder ao presidente de exonerar funcionários públicos, suspender os mandatos de pessoas eleitas e cassar os direitos políticos de cidadãos pelo período de dez anos;
- e. aumentou o controle executivo sobre despesas governamentais;
- f. facilitou o processo de emendar a Constituição;
- g. aumentou o número dos membros do Supremo Tribunal Federal para 16 e dos tribunais federais de apelação para 13<sup>25</sup>;
- h. estendeu a autoridade dos tribunais militares para julgarem violações em casos envolvendo a segurança nacional; e
- i. regulamentava a eleição indireta do presidente e abolia todos os partidos políticos existentes<sup>26</sup>.

### 3.2 Dispositivos municipais

Dois dos trinta e três dispositivos contidos no Segundo Ato Institucional

<sup>24</sup> QUARTIM, João. *Dictatorship and Armed Struggle in Brazil* Bristol, N. L. B., 1971,p.57.

<sup>25</sup> Este procedimento foi feito principalmente para permitir que o presidente nomeasse novos juízes de sua escolha a fim de contrabalançar a maioria existente em cada tribunal composto de juízes nomeados pelos ex-presidentes Kubitschek e Goulart.

<sup>26</sup> Ato Institucional nº 2.

lidavam especificamente com assuntos municipais. Um destes dispositivos estipulava que os vereadores não podiam mais ser pagos por seus serviços; o outro exigia que qualquer distrito que aspirasse à condição de município deveria estabelecer a sua viabilidade financeira antes de qualquer ação ser tomada pela Assembléia Legislativa. Outros dispositivos direcionados às instituições políticas do país afetavam os municípios, mas somente de uma maneira indireta, como, por exemplo, o dispositivo que dava poderes ao presidente de suspender os mandatos dos candidatos eleitos em qualquer um dos três níveis do governo.

Mas o avanço mais acentuado ocorreu na implementação de decretos formulados para executarem as políticas do Ato Institucional<sup>27</sup>. Um destes decretos<sup>28</sup> autorizava o presidente a preencher quaisquer vagas nos cargos de prefeito ou vice-prefeito e estipulava que o substituto nomeado podia exercer poderes legislativos. Isto poderia ocorrer simplesmente fazendo com que o presidente decretasse o recesso da câmara municipal e nomeasse um interventor como única autoridade no município. Se uma eleição não se realizasse e o mandato da câmara expirasse, o interventor poderia muito facilmente empolgar todo o poder disponível a nível municipal<sup>29</sup>.

Outro decreto<sup>30</sup> aumentava os poderes de intervenção do presidente nos governos estadual e municipal, estipulando que ele não teria de esperar que ocorresse uma vaga para cargos. O presidente podia simplesmente declarar vaga qualquer cargo eletivo e nomear um substituto de acordo com os seus desejos. A pessoa nomeada podia então exercer as funções de prefeito e as da câmara municipal<sup>31</sup>. Tais atos de intervenção através da nomeação arbitrária e da remoção de executivos locais constituíam-se, claramente, uma transgressão à autonomia municipal; na afirmação de Sherwood:

É quase impossível exagerar a importância do poder de intervenção no desdobramento das relações intergovernamentais no Brasil; a intervenção é talvez a mais extrema transgressão à autonomia. Sua legislação no Brasil de após 1964 deve ser vista como um dos principais eventos em aproximadamente 65 anos de federalismo<sup>32</sup>.

Os últimos dias de 1965 trouxeram novas restrições. Duas emendas à Constituição de 1946 tiveram relevância direta sobre a autonomia municipal. A emenda 16 declarava a supremacia hierárquica das leis estaduais sobre as municipais; permitia também ao Congresso estabelecer um processo legal através do qual as leis municipais poderiam ser declaradas em conflito com as

<sup>27</sup> SHERWOOD, F. op. cit., p.27.

<sup>28</sup> Baixado no dia 31 de dezembro de 1965.

<sup>29</sup> SHERWOOD, F. op. cit., p.47.

<sup>30</sup> Baixado em 3 de março de 1966.

<sup>31</sup> SHERWOOD, F. op. cit., p.47. Foi declarado por um funcionário do Ministério da Justiça que, em novembro de 1966, 71 intervenções já haviam sido efetuadas a nível municipal com cerca de 21 em andamento.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

leis do estado<sup>33</sup>. Enquanto esta emenda representava uma redução ainda maior na autonomia municipal, as suas implicações eram modestas em comparação com o impacto muito maior e ainda mais profundo que a Emenda 18<sup>34</sup> objetivava produzir: uma ampla reforma no sistema de tributação do país. Seu efeito sobre os municípios foi tal que um observador chegou a declarar que “a emenda reduziria a arrecadação municipal em 60%, o que, na realidade, resultaria em propor a liquidação, pura e simples, do município como uma unidade do governo local”.<sup>35</sup> Somente o tempo diria se a Emenda 18 produziria, de fato, estes resultados<sup>36</sup>. Entretanto, existia pouca dúvida de que a emenda alterou significativamente as fontes de renda dos municípios e, ao fazê-lo, reduziu sua autonomia; a alocação de recursos é um indicador bem crítico não somente do desenvolvimento como também da autonomia institucional.

Do ponto de vista formal-legal, o efeito destas mudanças sobre os municípios não é difícil de discernir: os municípios teriam ainda menos fontes autorizadas de arrecadação, menos recursos dos governos federal e estadual, e maiores restrições e maior burocracia no uso dos recursos que receberiam dos estados e do governo federal. Estas mudanças só poderiam ser interpretadas como sendo maiores restrições sobre a autonomia municipal bem como um movimento em busca de uma centralização ainda maior do sistema político<sup>37</sup>.

Em agosto de 1966, o governo revolucionário, depois de rejeitar completamente a constituição preparada, a seu pedido, por um colégio de 5 juristas, decidiu, em lugar da constituição, adotar uma codificação das emendas e decretos que havia implementado desde a sua ascensão ao poder em 1964. Este documento, denominado de “Constituição de 1966”, era, de fato, a prévia de uma constituição formal adotada um ano depois. Apesar de sua duração ter sido breve, esta constituição deu uma indicação da tendência das relações, a níveis nacional-estadual-local, nos anos subseqüentes. Os municípios, por exemplo, eram denominados pelo documento como “unidades administrativas”, apesar dos dispositivos para a autonomia municipal, contidos na Constituição de 1946, terem sido mantidos intactos. Nesta nova constituição, a preocupação imediata com a uniformidade entre os processos governamentais era também evidente, especialmente nas áreas de pessoal e orçamento. Além disso, o documento declarava que a questão da intervenção estadual nos negócios dos municípios era um problema a ser resolvido entre os estados e o governo central. Este não

<sup>33</sup> Aprovada em 26 de novembro de 1964; vide SARAZATE, P. op. cit., p.30.

<sup>34</sup> Aprovada em 1º de dezembro de 1965.

<sup>35</sup> MELLO, Diogo Lordello de Mello, apud RICHARSON, Ivan. *Municipal Government in Brazil: The Financial Dimension*. *Journal of Comparative Administration*. nov., 1969, p.330.

<sup>36</sup> Richardson relata que, em parte devido à forte crítica do Professor Lordello Mello, que então ocupava o cargo de Diretor do Instituto Brasileiro de Administração Municipal, uma proposta menos drástica foi adotada e inserida na Constituição de 1967. Ele acrescenta: “Apesar desta grande ameaça ter sido contida, as condições de pobreza das finanças municipais não melhoraram, devido ao continuado fracasso dos governos mais elevados em entregarem os impostos comuns (shared revenues) e a constante incerteza sob a qual viviam as cidades durante este período”. *Ibidem*.

<sup>37</sup> SHERWOOD, F., op. cit., p.48.

foi ainda o único retrocesso à autonomia municipal: enquanto a Constituição de 1946 especificava que os estados somente poderiam intervir nos negócios dos municípios quando estes falhassem no pagamento das suas dívidas para com os estados, o documento de 1966 declarava especificamente que a intervenção podia ocorrer por razões diversas, incluindo o retardamento de três meses, por parte dos municípios, no pagamento de salários<sup>38</sup>.

## 4. CONSTITUIÇÃO DE 1967

### 4.1 Dispositivos gerais

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 declara o Brasil uma república federativa, constituída sob um sistema republicano, pela união indissolúvel dos estados, do distrito federal e dos territórios. Todo o poder, afirma o documento, emana do povo<sup>39</sup>. Os poderes da união estavam também enumeradas pela Carta<sup>40</sup>. Os poderes legislativo, executivo e judiciário são declarados independentes, apesar de entidades harmônicas da União<sup>41</sup>. Os artigos 13 a 16 definem a competência dos estados bem como a dos municípios. Disputas internacionais serão resolvidas através de meios pacíficos; qualquer guerra de conquista é expressamente proibida<sup>42</sup>. A Constituição também declara que os atos executados pelo Supremo Comando Revolucionário, bem como outras ações especiais empreendidas pelo governo revolucionário, ficam excluídas de apreciações judiciais<sup>43</sup>.

Todos os brasileiros, de acordo com a Constituição, têm o direito e a obrigação de votar<sup>44</sup>. A todo cidadão é assegurado a igualdade perante a lei, a liberdade de consciência, de expressão, de religião e a inviolabilidade de correspondência e domicílio. É proibida a pena de morte, a prisão perpétua, o banimento e o confisco da propriedade privada; além disso, a Constituição declara que não pode haver prisões e detenções arbitrárias e nenhuma penalidade passará além da pessoa do delinqüente. É também garantido a todos o direito de defesa e de *habeas corpus*. O documento também assegura a todos o direito de reunir-se sem armas, de associação e petição<sup>45</sup>.

Como a maiorias das constituições anteriores, a carta de 1967 inclui um capítulo sobre a ordem econômica e social<sup>46</sup>, a família, a educação e a cultura<sup>47</sup>. Outros dispositivos asseguram aos índios a posse permanente das terras

<sup>38</sup> Ibidem. p.49.

<sup>39</sup> Constituição da República Federal do Brasil, 1967, Artigo 1º, parágrafo 1º.

<sup>40</sup> Ibidem artigo 4, parágrafos 8-12.

<sup>41</sup> Ibidem. artigo 6.

<sup>42</sup> Ibidem. artigo 7.

<sup>43</sup> Ibidem. artigos 181 e 173.

<sup>44</sup> Ibidem artigo 142.

<sup>45</sup> Ibidem artigo 150, parágrafos 1-36.

<sup>46</sup> Ibidem artigos 157-196.

<sup>47</sup> Ibidem artigos 167-172.

florestais onde eles habitam<sup>48</sup>; e proíbe a discriminação entre brasileiros<sup>49</sup>; declara que é vedada à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los ou dificultar-lhes o exercício<sup>50</sup>; cria um serviço militar obrigatório para todos os brasileiros<sup>51</sup> e regula a formação de partidos políticos<sup>52</sup>.

A Constituição determina que o poder Legislativo será exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal. A Câmara dos Deputados é eleita pela representação proporcional nos estados, no distrito federal e territórios, pelo período de quatro anos. O número de deputados é fixado em tal proporção que não exceda um para cada trezentos mil habitantes até o total de vinte e cinco deputados; além deste limite, um deputado é autorizado para cada milhão de habitantes. Cada território tem direito a um deputado, sendo o número mínimo para cada estado fixado em sete<sup>53</sup>. O Senado Federal é composto de três representantes para cada estado, eleitos para um mandato de oito anos por maioria simples; as eleições senatoriais são realizadas a cada quatro anos de forma a renovar dois terços de cada representação estadual no Senado em uma eleição e um terço na seguinte<sup>54</sup>.

A Constituição requer que a legislatura se reúna anualmente em duas sessões regulares<sup>55</sup>. A Constituição também declara a inviolabilidade dos membros do Congresso<sup>56</sup>, e lista aquelas atividades consideradas incompatíveis com o cargo de deputado e senador<sup>57</sup>. Os poderes exclusivamente reservados ao Congresso Nacional são também enumerados<sup>58</sup>. Leis relacionadas a assuntos financeiros, cargos públicos e forças armadas, bem como à administração do Distrito Federal e dos territórios, somente podem ser encaminhadas pelo Presidente<sup>59</sup>.

A constituição declara que o poder executivo deve ser exercido pelo Presidente da República, que é eleito para um mandato de quatro anos por um Colégio Eleitoral, composto de membros do Congresso Nacional e delegados designados pelas legislaturas dos estados<sup>60</sup>. O Presidente é inelegível para reeleição sucessiva. O vice-presidente, eleito no mesmo tempo do presidente, sucede o presidente caso o posto fique vago. O presidente é assistido por um

---

<sup>48</sup> *Ibidem* artigo 168.

<sup>49</sup> *Ibidem* artigo 9, parágrafo I.

<sup>50</sup> *Ibidem* artigo 9, parágrafo II.

<sup>51</sup> *Ibidem* artigo 93.

<sup>52</sup> *Ibidem* artigo 149.

<sup>53</sup> *Ibidem* artigo 41.

<sup>54</sup> *Ibidem* artigo 43.

<sup>55</sup> *Ibidem* artigo 31.

<sup>56</sup> *Ibidem* artigo 34.

<sup>57</sup> *Ibidem* artigos 36-38.

<sup>58</sup> *Ibidem* artigos 46 e 47.

<sup>59</sup> *Ibidem* artigo 60.

<sup>60</sup> *Ibidem* artigo 76.

gabinete da sua escolha composto de um número de ministros de estado. Além disso, ao presidente é outorgado o poder de aprovar e promulgar leis, conduzir as relações internacionais, comandar as forças armadas e conceder indultos<sup>61</sup>.

O poder Judiciário, nos dispositivos da Constituição de 1967, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, pelos tribunais federais de recursos e por uma hierarquia de outras entidades judiciais, incluindo tribunais militares, eleitorais, trabalhistas, etc.<sup>62</sup>. A Constituição de 1967 dar poderes aos tribunais de declararem uma lei ou ato inconstitucional, mas somente pelo voto de uma maioria absoluta dos seus membros<sup>63</sup>.

As linhas precedentes sumarizam os pontos principais da nova Carta que o governo revolucionário apresentou ao povo brasileiro depois de mais de dois anos e meio de governo por decreto, emendas e atos institucionais. Em seus aspectos nominais, a Constituição de 1967 parece ser um documento bastante liberal, tentando dar uma nova direção a um país em busca de uma nova identidade política. De fato, as garantias declaradas em alguns dispositivos dão a impressão de que uma nova era estava prestes a começar. Na realidade, entretanto, a Constituição de 1967, longe de cumprir as promessas prometidas, simplesmente formalizou as principais transformações centralizantes que já haviam ocorrido no sistema político desde 1964. A maioria dos dispositivos que garantiam liberdades civis e políticas, poderes congressionais, e a independência do processo judiciário, era posta de lado como meras formalidades toda vez que estes dispositivos interferissem nos desígnios de controle do regime militar. A supressão das liberdades civis e políticas continuaram através das aplicações de sucessivos atos institucionais que serviam para reduzir a oposição por meio da suspensão dos direitos políticos e de cassação de mandatos eletivos.

O Congresso, que havia recebido um amplo papel como sócio equânime no sistema político, teve, na realidade, seus poderes drasticamente reduzidos. O Presidente da República arrogou-se a si o direito de legislar por decreto “em caso de emergência no interesse público”. Além disso, adquiriu a exclusividade de encaminhar leis relacionadas com assuntos financeiros que envolvessem qualquer aumento em gastos orçamentários. Ao Congresso foi designado o papel de aprovar tacitamente todos os atos postos à sua consideração pelo Presidente. Em outras palavras, o medo e as objeções expressas por tantos congressistas por ocasião da adoção da Constituição demonstraram ser fatalmente corretos.

Quanto ao poder Judiciário, a nova lei de segurança nacional restringiu sua independência ao alargar os poderes e a jurisdição dos tribunais militares que forneciam a estrutura para a execução da justiça arbitrária e sumária. Como resultado desta “extensão horizontal” do Executivo com relação ao Legislativo e ao Judiciário, os poderes presidenciais foram reforçados ainda mais por uma “extensão vertical” às expensas dos estados e dos municípios.

---

<sup>61</sup> Ibidem artigo 83.

<sup>62</sup> Ibidem artigo 107.

<sup>63</sup> Ibidem artigo 111.

## 4.2 Dispositivos Municipais

A Constituição de 1967 manteve o impulso geral da proposta de 1966 no tocante aos municípios. Definiu os poderes municipais, estruturou o governo municipal, especificou técnicas de controle, delineou a autoridade financeira e tributaria e impôs uma série de outros controles. Estes dispositivos constitucionais gerais forneceram uma base para uma grande massa de legislação federal que resultou na centralização da maioria das atividades municipais e em transferir a tradicional hegemonia dos estados sobre as suas subdivisões para a esfera da influência federal. Apesar dos estados poderem ainda, oficialmente, criar novos municípios, dentro de parâmetros federais, estas entidades não eram, na realidade, organismos dependentes do próprio estado que os criava já que o governo federal não hesitava em lidar diretamente com os municípios quando achava este procedimento necessário. A Constituição também se referia à questão da autonomia municipal ao prometer as mesmas garantias contidas nos documentos anteriores. O artigo 16, por exemplo, declarava:

Art. 16.

A autonomia municipal será assegurada:

I. pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa;

II. pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à declaração e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual;

b) à organização dos serviços públicos locais.

## 4.3 Centralização Político-Administrativa

Estes dispositivos, entretanto, encorajadores como a princípio pareciam, não corresponderam às realidades que eventualmente surgiram. Em outras palavras, de um ponto de vista *de facto*, a aplicação dos dispositivos da Constituição, em vez de corresponder à prometida autonomia municipal, veio na realidade reduzir ainda mais a autonomia local. Enquanto por um lado a Constituição garantia que os municípios podiam eleger os seus próprios representantes, coletar e aplicar os seus impostos e organizar os seus serviços públicos de acordo com as suas necessidades, por outro, esta mesma Constituição continha restrições tão severas contra os municípios a ponto de tornar nula a autonomia que o Art. 16 claramente procurava outorgar. Estas limitações

começavam com controles sobre a criação de novos municípios<sup>64</sup>; o Artigo 14 declarava que fosse estabelecida legislação determinando a população mínima e as exigências de renda pública para criação de novos municípios.

Os estados, que sob a Constituição de 1946 podiam somente intervir em suas subdivisões para regular as suas finanças em caso de insolvência, tinham agora poderes de intervenção nas seguintes circunstâncias, isto é, quando<sup>65</sup>

- a. se verificar impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo estado;
- b. deixar de ser paga, por dois anos consecutivos, dívida fundada;
- c. não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
- d. o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover a execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade;
- e. forem praticados, na administração municipal, atos subversivos ou de corrupção; e
- f. não tiver havido aplicação, no ensino primário, em cada ano, de vinte por cento, pelo menos, da receita tributária municipal.

Assim, enquanto a autonomia dos municípios era assegurada através da eleição dos seus representantes (prefeitos e vereadores) e pela organização dos seus próprios serviços, esta autonomia foi substancialmente reduzida devido à imposição de várias restrições em outras áreas de competência municipal. Mesmo a seleção dos representantes e a organização dos serviços estavam longe de ser protegidas de restrições centralizantes impostas pela Constituição. Em primeiro lugar, aqueles municípios que funcionavam como capitais de estados não tinham mais poder para eleger seus prefeitos; os executivos dos principais municípios do Brasil eram nomeados pelo governo do estado com a aprovação da assembléia legislativa, como eram também aqueles municípios classificados por leis estaduais como estâncias hidrominerais<sup>66</sup>. Além disso, os prefeitos de municípios declarados pelo Presidente da República como sendo de interesse a segurança nacional eram também nomeados pelo governador do estado sujeitos à autorização previa do presidente<sup>67</sup>. Uma restrição a mais no Artigo 15 fixava a época em que deviam se realizar as eleições municipais: dois anos antes das eleições nacionais e estaduais.

<sup>64</sup> *Ibidem* artigo 14.

<sup>65</sup> *Ibidem* artigo 15.

<sup>66</sup> *Ibidem* artigo 15, letra a.

<sup>67</sup> *Ibidem* artigo 15, letra b.

Outros controles foram impostos à autonomia das câmaras municipais. O artigo 16 oferecia uma fórmula de determinar o tamanho das câmaras e estipulava que nenhum município poderia ter uma câmara composta de mais de 21 membros. Além disso, a Constituição também determinava que somente os vereadores das capitais e dos municípios com mais de duzentos mil habitantes tinham o direito de receber pagamentos, dentro dos limites e de acordo com a política estabelecida numa lei federal complementar<sup>68</sup>.

#### 4.4 Centralização Fiscal

O peso total e o impacto da Constituição de 1967 sobre os municípios foram mais claramente observados na área financeira. Em outras palavras, foi no “poder do bolso” que a autonomia municipal foi mais severamente afetada. Apesar da estrutura geral de tributação do novo documento seguir, mais ou menos, a Emenda 18 da Constituição de 1946, havia, entretanto, uma diferença significante: enquanto o impulso maior do documento de 1946 era o de prover os municípios com amplas fontes de taxaço e renda, o efeito final da Constituição de 1967 era reduzir, senão privar, as unidades locais destas fontes de renda disponíveis na república de 1946<sup>69</sup>.

#### 4.5 Receitas geradas localmente

O primeiro impacto sobre as finanças municipais vieram com a reduço daquelas rendas tradicionalmente auferidas pelas unidades locais. Em 1962, os impostos sobre terra, imóveis, transferência de imóveis, negócios e profissões, perfaziam 90% das rendas geradas localmente por todos aqueles municípios que não fossem cidades-sede, ou municípios não capitais. Deste total, mais de 42% eram gerados pelo imposto de negócios e profissões. Uma tendência semelhante foi também observada em 1963 naqueles municípios funcionando como cidades capitais<sup>70</sup>. De Mello relata que de um total de arrecadação local de 52.259,398 cruzeiros antigos, 3,3% foi proveniente de imposto sobre a terra, 24% sobre imóveis, 10,3% de transferência de imóveis, e 56% do imposto sobre negócios e profissões. Estas quatro fontes de taxaço contavam em cerca de 93% das rendas localmente geradas pelos municípios que eram cidades-sede<sup>71</sup>.

A Constituição de 1967 reduziu grandemente estas fontes independentes de tributação municipal. Os municípios perderam o imposto sobre negócios e

---

<sup>68</sup>Ibidem atigo 15, letra a.

<sup>69</sup>A Constituição de 1967 seguia a prática de 1946: de estabelecer 3 tipos de renda disponíveis aos municípios. Consistia em (a) subvenções dos estados e governo federal, (b) rendas geradas localmente e (c) rendas federais e estaduais divididas com os municípios.

<sup>70</sup>RICHARSON, I. op. cit., p.326.

<sup>71</sup>MELLO, Diogo Lordello de. *The Discrimination of Income and the City*. *Revista de Administração* jul-ago, 1965, p.26.

profissões e o imposto de transferência de imóveis, os quais perfaziam 53,8% da arrecadação local dos municípios não capitais e 66,3% para os municípios capitais<sup>72</sup>. As únicas fontes restantes de rendas geradas localmente eram aquelas sobre prédios e terras urbanas, taxas para licenças e inspeções, e algumas outras taxas de serviço que não eram especificamente delegadas aos estados ou ao governo federal. Os municípios, então, como resultado desta restrição às suas fontes básicas de taxaço e de rendas, “... ficaram sem quase nenhuma flexibilidade e podiam fazer poucas demandas dos seus residentes. O sistema municipal, incapaz de sobreviver com os seus próprios recursos, ficou reduzido à dependência de uma fonte externa de recursos”<sup>73</sup>.

#### 4.6 Receitas mútuas

A Constituição de 1967 não fez nenhuma mudança dramática nos tipos de receitas a serem partilhadas com os municípios. Entretanto, mudanças significativas foram feitas que resultaram em reduzir ainda mais o conceito da autonomia municipal. Por exemplo, o grau de participação dos municípios nos impostos sobre vendas, coletadas pelos estados, foi reduzido de 30%, especificados na Constituição de 1946, para 20% no documento de 1967. Além disso, a Constituição de 1967 refletia claramente o esforço para usar o mecanismo de doação federal a fim de forçar os municípios a um padrão desejado de comportamento<sup>74</sup>. Para isso, o parágrafo 5 do artigo 13 declara que “não será concedido, pela União, auxílio a Estado ou Município, sem a prévia entrega, ao órgão federal competente, do plano de sua aplicação. As contas do Governador e as do Prefeito serão prestadas nos prazos e na forma da lei e precedidas de publicação no Diário Oficial do Estado”.

Em nível nacional, o imposto rural foi revisado. Este imposto, delegado aos estados na Constituição de 1946, tornou-se durante algum tempo um imposto municipal sob a 5ª emenda constitucional, para ser depois transferido para o governo federal na Constituição de 1967<sup>75</sup>. O governo federal alegava que a transferência deste imposto municipal para o controle do governo federal era para garantir ao governo central uma supervisão maior na promoção e apoio a uma reforma agrária. Além disso, tal medida, independente de seus propósitos, representava uma forma de centralização bem como uma interferência sobre a autonomia municipal. Uma evidência maior disto é o fato de que “apesar de o governo central não está constitucionalmente autorizado a reter 20% para fins administrativos, somente 80% dos recursos foram devolvidos”<sup>76</sup>.

Mesmo a aplicação da renda do imposto federal sobre lubrificantes e

<sup>72</sup>RICHARSON, I. op. cit., p.326.

<sup>73</sup>Ibidem p.327.

<sup>74</sup>SHERWOOD, F. op. cit., p.50.

<sup>75</sup>RICHARSON, I. op. cit. p.330-331.

<sup>76</sup>Ibidem p.331

combustíveis, energia elétrica e minerais, que o governo federal partilhava com os municípios, estava agora sujeita a leis federais, decretos e ordens administrativas que não somente especificavam como o dinheiro seria depositado e prestado contas, mais também declarava os fins para os quais deveria ser dispendido<sup>77</sup>.

Outra faceta importante da Constituição de 1967 era a autorização, dada ao governo federal, para oferecer isenções não somente de taxas federais como também de estaduais; previamente o governo federal havia sido autorizado a aprovar isenções somente de taxas dentro de sua jurisdição<sup>78</sup>.

A autonomia municipal foi também restringida na aplicação de receitas mútuas dos impostos sobre renda e produção industrial. Apesar da distribuição e aplicação destes impostos ajudarem grandemente as fontes financeiras disponíveis aos municípios, a maneira como estes recursos foram administrados indica claramente a indiferença com que o governo federal tratava a autonomia das unidades locais. Uma vez que as receitas mútuas de impostos sobre renda de produção industrial representavam grandes somas de dinheiro, o governo federal resolveu exercer o máximo de controle na administração destas fontes de rendas<sup>79</sup>. Como mecanismo de controle, três fundos especiais foram criados dentro da estrutura do governo federal: um Fundo de Participação Estadual, um Fundo de Participação do Distrito Federal e um Fundo de Participação Municipal. Cada Fundo desenvolvia novas fórmulas de participação, mecanismos de controle e relações intergovernamentais<sup>80</sup>.

Alem das restrições introduzidas com o estabelecimento destes Fundos, a nova Constituição também deu poderes ao governo federal de estabelecer padrões orçamentários, contábeis, e de dispêndio em todos os níveis do governo. Os regulamentos, expedidos sob esta autoridade, exigiam que os municípios tivessem um capital e um orçamento de operação. Era também exigido que os governos locais alocassem 50% das receitas mútuas provenientes da arrecadação dos impostos de renda e de consumo, para investimentos de capitais. Além disso, não mais de 50% das fontes financeiras disponíveis aos orçamentos municipais poderiam ser gastos com despesas de pessoal<sup>81</sup>. Procedimentos específicos de orçamento e contabilidade foram definidos pelo Conselho Federal Econômico e Fiscal: dotações em dinheiro deveriam ser mantidas numa conta especial, separada do resto do orçamento; todos os pagamentos da conta-corrente do Fundo deveriam ser feitos em cheque; cada município deveria fornecer um relatório anual “dos seus gastos e contabilidade” ao Tribunal de Contas Federal

---

<sup>77</sup> Loc. cit.

<sup>78</sup> SHERWOOD, F. op. cit., p.50.

<sup>79</sup> Richardson afirmou que “Quando comparado com estes dois impostos, o produto de todas as outras receitas mútuas é um insumo financeiro relativamente insignificante dentro do sistema municipal. Este é um insumo representando até 80% dos orçamentos de alguns dos municípios menos desenvolvidos”. RICHARSON, I. op. cit., p.331-332.

<sup>80</sup> Ibidem p.330.

<sup>81</sup> SHERWOOD, F, op. cit., p.50-51.

para auditoria. Este tribunal estava também autorizado a fazer inspeções locais para determinar se as despesas e a contabilidade correspondiam ao trabalho de fato realizado. O Tribunal exercia grandes poderes; segundo Richardson:

O controle final era o direito dado ao Tribunal de Contas Federal de suspender pagamentos do Fundo pelo não cumprimento de qualquer dos dispositivos legais impostos pelo governo federal. Se ocorresse uma suspensão, o tribunal notificava a câmara municipal das razões a fim de que esta iniciasse ação para forçar o prefeito a cumprir as suas obrigações ou demiti-lo<sup>82</sup>.

Em conclusão, pode-se afirmar que o nível municipal de governo, durante a república de 1967, foi caracterizado por sua submissão ao altamente centralizado e autoritário governo federal. A esse respeito, pode-se também sugerir que o papel futuro dos municípios como sócios do sistema político brasileiro, dependeria das atitudes, dos planos e dos objetivos daqueles em controle do ramo executivo do governo federal. A autonomia municipal permaneceria um sonho longe de ser realizado. Como Richardson afirmou:

Manipulando as percentagens, ou a entrega das receitas federais partilhadas com os municípios, e os mecanismos de controles fiscais, o governo federal até parece um manipulador de títeres no controle de aproximadamente 4.000 municípios. Os cordões estão prontos a serem acionados e assim o serão<sup>83</sup>.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MELLO, Diogo Lordello de. The Discrimination of Income and the City, **Revista de Administração** jul-ago, 1965.
- QUARTIM, João. **Dictatorship and Armed Struggle in Brazil** Bristol, N. L. B., 1971.
- ROSENBAUM, H.J. TYLER, William (orgs.), **Contemporary Brazil: Issues in Economic and Political Development**. New York: Praeger Publishers, 1972.
- SARAZATE, Paulo. **A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967.
- SHERWOOD, Frank P. **Institutionalizing the Grass Roots in Brazil**. San Francisco: Chandler Publishing Co, 1967.
- SKIDMORE, Thomas E. **Politics in Brazil, 1930-1964**. Nova York: Oxford University Press, 1967.
- YOUNG, Jordan M. Brazil. In. JOHNSON, Ben G. Burnett. JOHNSON, Kenneth F. Johnson (orgs.) **Political Forces in Latin America**. Belmont: Wadsworth Publishing Co., 1970.

<sup>82</sup> RICHARSON, I. op. cit., p.335.

<sup>83</sup> Ibidem p.339.





# EL SISTEMA JURISDICCIONAL DEPORTIVO DE BRASIL

---

*Álvaro Melo Filho*<sup>1</sup>

## RESUMEN

Este artículo presenta un panorama general de la Justicia Deportiva en Brasil en sus dimensiones constitucionales y legales. Enfrenta, aún, la temática del Código Brasileño de Justicia Deportiva, destacando sus principios y puntos más relevantes, permitiendo una visión global del sistema jurisdiccional deportivo brasileño.

## Palabras-clave

Deporte. Jurisdicción Deportiva. Tribunales deportivos. Código Brasileño de Justicia Deportiva

## ABSTRACT

This article focuses the Sport Justice in Brazil in the perspective of its constitutional and legal dimensions. Also, it emphasizes the Brazilian Sport Justice Code, specially its principles and its main aspects in order to give a general vision of Brazilian jurisdiction sport system.

## Key-words

Sports. Constitution. Sport jurisdiction. Sport Commissions. Brazilian Sport Justice Code

*El mérito de la Justicia Deportiva de Brasil es tener rasgos específicos, criterios uniformes y un sistema autónomo que garantiza la prontitud que requieren las decisiones que derivan de la órbita institucional del deporte y sin depender de los tribunales comunes que son lentos y no conocen las realidades del deporte.*

*Álvaro Melo Filho*

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor do Mestrado em Direito da UFC. Livre-Docência em Direito Desportivo. Membro da FIFA, da International Sport Law Association, da Comissão de Estudos Jurídicos Esportivos do Ministério de Esporte e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. Consultor da ONU na área de Direito Desportivo. Autor de 40 livros jurídicos, sendo 22 na área do Direito Desportivo.

## 1. INTRODUÇÃO

De la simbiosis justicia + deporte, se origina la Justicia Deportiva encargada de resolver los problemas jurídicos en derredor de las prácticas deportivas, cuando es visible la “judicialización creciente de deporte”, En efecto, la sociedad deportivizada está progresivamente más litigiosa, pues evidentemente se ve una multiplicación febril de conflictos. Por eso mismo, se ven constantemente clubes, atletas, agentes, aficionados, dirigentes y abogados recurriendo a la Justicia Deportiva, la cual ofrece un modo de resolución de las demandas, adaptado a las peculiaridades de las prácticas deportivas. Por otra parte, en un mundo que vive un “*circo y ciclo de transgresiones*”, ampliadas por la “*espectacularización de la violencia deportiva*”, la Justicia Deportiva se convierte en el estuario natural para prevenir y reprimir los momentos patológicos de indisciplina, los incidentes de dopaje e igualmente, los casos de corrupción, de fraude y de racismo que fragilizan la integridad de las competiciones deportivas y comprometen la venerable escala de la ética y mérito deportivos.

## 2. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

La Justicia Deportiva brasilera es la única en el mundo que tiene previsión y reconocimiento en la Constitución Federal. Aceptando nuestra personal sugerencia, el Texto Constitucional de Brasil otorgó al deporte un “status” constitucional, o sea, el sistema jurisdiccional deportivo de Brasil tiene espacio reservado en la Carta Magna en razón de las singularidades y exigencias de la competición y disciplina deportivas, destacándose que su funcionamiento es “*nécessaire à la stabilité et à l’ordre des competitions*”.

La constitucionalización de la Justicia Deportiva se ha hecho necesaria debido al crónico congestionamiento de la Justicia Estatal que, por regla general, perturba el normal andamiento, la continuidad y la dinámica de las disputas deportivas, y trae más problemas que soluciones. Además, existe una evidente falta de preparación de la Justicia Común para el tratamiento de las cuestiones jus-deportivas que exigen de los juzgadores el conocimiento y la vivencia específica de normas y prácticas deportivas, puesto que no están familiarizados con las variaciones y peculiaridades de los reglamentos deportivos, de lo cual son casos concretos:

- Un magistrado concedió *habeas corpus* para que un jugador suspendido por cinco partidos pudiera actuar en un juego decisivo, alegando que se trataba de la “libertad de ir y venir dentro del campo”;

- Un magistrado en un proceso cautelar, concedió liminar impidiendo que la Federación local escalara al árbitro “X”, para pitar el juego decisivo del campeonato de fútbol, fundamentando su decisión en la “dudosa y temeraria imparcialidad del árbitro”;

- Resolución de un juez estatal que, desconociendo elementos propios del

mundo deportivo, concedió una tutela cautelar decidiendo que los jugadores de un equipo “*estaban obligados a dar marcha atrás en la vuelta olímpica*” para deshacer el título deportivo ganado.

Estos ejemplos de “*desnaturalización del fundamento de las sanciones deportivas*” permiten inferir que gran parte de los órganos de la Justicia Común en todo el mundo, padece de la “*ignorancia de los jueces ante las realidades del mundo deportivo, lentitud y pesadez de la maquinaria judicial, y sobre inadecuación de las normas del derecho estatal a las particularidades de la actividad deportiva*”, en la opinión de Gérald Simon. Se extrae de esta afirmación realista que la Justicia Deportiva desempeña relevante función en el contexto deportivo, siendo importante traer a colación tres aspectos principales:

a) la especificidad de la codificación deportiva y las peculiaridades de las normas y reglamentos promanados de los entes deportivos, aliadas a la falta de preparación de conocimientos técnicos e insensibilidad de los tribunales comunes para su adecuada comprensión;

b) la insuficiencia de la desgastada y tradicional estructura procesal común, para el tratamiento de las demandas deportivas, o en otras palabras, la inadecuación de la tutela judicial a la realidad del hecho deportivo;

c) la exigencia de celeridad decisoria de los litigios deportivos involucrando disciplina y competiciones deportivas que no toleran la morosidad de la Justicia Común, teniendo en cuenta el *timing* de los campeonatos y torneos. O sea, la inutilidad de la tutela judicial en razón de su lentitud o de la dilación de plazos frente a fugacidad de las competiciones a las que deban aplicarse sus resoluciones.

Es apropiado destacar a esta altura, que si un ciudadano comete un ilícito administrativo, es indiferente si la sanción se cumple en un momento o en otro, pues el único interesado es el ente sancionador. Lo mismo no ocurre cuando se trata de una competición o de disciplina deportiva, pues el momento de cumplir la sanción deportiva tiene repercusión directa sobre terceros y puede afectar el resultado del partido, ya que no es indiferente “jugar en su campo” o prescindir de atletas penalizados.

Este dictamen constitucional, evidentemente no tiene el poder de excluir o vedar el conocimiento de la materia deportiva por parte de la Justicia Común; lo que el § 1º del artículo 217 busca es limitar o condicionar el ejercicio de la garantía de acceso al Poder Judicial, en el caso de cualquier lesión o amenaza al derecho (art. 5º. XXXV de la Constitución Federal). Se trata, por eso mismo, del precepto que objetiva estimular y asegurar la previa y saludable decisión doméstica de la controversia deportiva que, solamente por excepción, trasciende para el ámbito de la Justicia Común, pues, con los ánimos serenados y la emocionalidad deportiva dando lugar a la racionalidad, es mínimo el porcentaje de demandas decididas en la esfera de la Justicia Deportiva que de ésta desbordan y tienen continuidad en el Poder Judicial.

Es importante realizar el § 1º artículo 217 donde se afirma que *“el Poder Judicial solamente admitirá acciones relativas a la disciplina y a las competiciones deportivas después que se agoten las instancias de la Justicia Deportiva”*. Se extrae de este artículo de la Constitución brasileña que la competencia de la Justicia Deportiva está vinculada a la *disciplina* (infracciones a la codificación deportiva) y restringida a las *competiciones deportivas* (infracciones a los reglamentos de competición). Nótese que *“los órganos federativos no tienen jurisdicción de tipo judicial y la que tienen es de índole disciplinaria y sólo para el ámbito deportivo...”* (Tribunal Supremo da España, 1975). Por eso mismo, la Justicia Deportiva carece de competencia para juzgar demandas sobre relaciones laborales entre atletas y clubes, materias de orden criminal que ocurran en la esfera del deporte, pérdidas y daños a causa de actos practicados o derivados de las competiciones deportivas, o asimismo controversias referentes a procesos electorales de entes deportivos, dado que todos ellos se encuadran como hipótesis propias y privativas de la Justicia Común y que no pueden ser dirimidas por la Justicia Deportiva.

En cuanto al art. 217 § 2º de la *Lex Magna*, éste se asienta sobretodo en el hecho indiscutible de que, si los procesos deportivos no tienen rápida solución sus decisiones resultan inocuas, pues la Justicia Deportiva tiene solamente 60 días para proferir la decisión final, sin olvidar que justicia tardía es injusticia. Por esto, el plazo constitucional máximo de 60 días para el deslinde de los litigios de competencia de la Justicia Deportiva ha sido fijado con el propósito evidente de evitar los efectos perversos que la lentitud de las decisiones retrasadas provoca en la esfera deportiva. Con efecto, si hay morosidad o retardo en el proceso deportivo, los infractores podrán quedarse sin penalización, lo que reforzará el sentimiento de impunidad y lo que colateralmente resulta en un estímulo a la violencia deportiva y a una falta de respeto a las normas deportivas. Solamente así se podrá construir un proceso deportivo dotado de *“brevedad, economía, remoción de todos los medios maliciosos y superfluos”*, puesto que la materia deportiva no se compadece con la *“multiplicidad de recursos”*, con los *“bizantinos formalismos”*, con la *“profusión de ritos”*, con las *“trabas burocráticas”*, las *“maniobras dilatorias”* y los *“juegos de intereses”*.

### 3. DIMENSIÓN LEGAL

La *“Ley Pelé”* (Ley No. 9.615/98), con substanciales alteraciones que propusimos por medio de la Ley No. 9.981/00, en los artículos 49 hasta 55, dispone sobre las atribuciones, composición, funcionamiento y tipologías de sanciones aplicables por la Justicia Deportiva.

### 3.1 La estructura y competencia

<b>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEPORTIVA – STJD</b> (Jurisdicción nacional - Federación Nacional)	
Recurso	Procedimiento originario
<b>COMISIÓN DISCIPLINARIA – CD</b>  (primera instancia del STJD)	<b>TRIBUNAL DE JUSTICIA DEPORTIVA – TJD</b> (Jurisdicción regional – Federación de Estado)
	<b>COMISIÓN DISCIPLINARIA – CD</b>  (primera instancia del TJD)

La competencia y territorialidad de STJD y TJD (como órganos de recurso de resoluciones de sus respectivas Comisiones Disciplinarias) son limitadas por lo ámbito de las competiciones (nacionales o regionales) de las respectivas entidades de administración del deporte (nacionales o regionales), excepto en los casos de competencia originaria en razón de las personas o de la materia.

### 3.2 La composición y mandato

Los STJD y TJD, de cada modalidad deportiva, tiene un total de nueve (9) miembros que son: dos (2) designados por la Federación; dos (2) designados por los clubes integrantes de la División Principal; dos (2) abogados indicados por lo Colegio de Abogados de Brasil; uno (1) representante del segmento de árbitros y dos (2) representantes nominados por el segmento de jugadores.

Las Comisiones Disciplinarias son compuestas por cinco (5) miembros los cuales serán designados, respectivamente, por STJD y TJD que no integran la segunda instancia de referidos tribunales deportivos.

El mandato de los miembros de órganos jurisdiccionales deportivos será de cuatro (4) años, con derecho solamente a un segundo mandato de cuatro (4) años.

### 3.3 Las tipologías de sanciones deportivas

Las infracciones están en la Ley 9.615/98 (art. 50, § 1º) atendiendo a la exigencia constitucional de previa conminación legal. Son once (11) las especies de sanciones aplicables por los órganos de justicia deportiva: advertencia; eliminación; exclusión de una competición; indemnización; prohibición de uso de instalación

deportiva; multa; pérdida de mando de su campo; deducción de puntos; pérdida de los ingresos; suspensión por partido y suspensión por plazo.

El Estatuto del Aficionado (Ley n. 10.671/2003), en materia de Justicia Deportiva, impone en el art. 34 la observancia de los principios de la impersonalidad, de la moralidad, de la celeridad de la publicidad y de la independencia, exige la motivación de las decisiones y su publicación en el Diario de la Justicia y en sitio propio de la entidad organizadora de la competición. El §1º del art. 35 de la dicha Ley veda el “secreto de justicia para los procesos que corren en la Justicia Deportiva”, imputando aún en el art. 36, la nulidad de las decisiones de la Justicia Deportiva que desatiendan a las referidas prescripciones legales.

#### 4. DIMENSIÓN REGLAMENTARIA CÓDIGO BRASILEÑO DE JUSTICIA DEPORTIVA (CBJD)

El Código Brasileiro de Justicia Deportiva – CBJD, de carácter notoriamente innovador y revolucionario, se clasifica y define como un instrumento que condensa una lógica jurídica ajustada al fenómeno deportivo *lato sensu*. De cualquier modo, no se puede olvidar que esta estructura ius-deportiva fue modelada para atender al fútbol, sobretodo profesional, que ejerce un indudable monopolio inspirador de la *lex sportiva* brasileña, tanto por su alcance planetario, como por su poder de penetración. Es decir que muchas de las normas del CBJD tienen como referencia el árbol y no la selva, porque han sido elaboradas a partir de los problemas comúnmente encontrados en el fútbol profesional. No obstante haya tenido como foco principal las actividades futbolísticas, el CBJD incide y se aplica, indistintamente, a todas las prácticas deportivas realizadas de modo profesional y no-profesional y busca reducir el surgimiento de conductas por comisión u omisión de los actores deportivos que malhieren la disciplina y distorsionan las competiciones deportivas, casi siempre deformadas por la supervaloración de la victoria, por los intereses económicos en juego y por el envilecimiento de los valores ius-deportivos, siendo innegable que el CBJD ha sido construido con una “visión futbolística”.

Es fundamental resaltar que el CBJD condensa pormenorizadamente un conjunto de cautelas y garantías exigibles en respeto de valores, requisitos y principios constitucionales para la imposición de sanciones deportivas, como la autonomía e independencia de los órganos jurisdiccionales deportivos, el *due process in law*, el derecho de aportar pruebas, el derecho la motivación escrita y coherente de las decisiones, el derecho de recurso, etc.

El CBJD es aplicable a todas las modalidades deportivas. Este *codex sportivo* brasileño condensa 287 artículos, y se desdobra en la parte organizacional y procesal (arts. 1º a 152) y en la parte material (arts. 153 a 287). Con el CBJD se hay buscado reducir la incidencia de conductas por comisión y omisión de los actores deportivos que malhieren la *disciplina* y distorsionan las *competiciones deportivas*, casi siempre deformadas por la supervaloración de la victoria, de

los intereses económicos en juego y por el envilecimiento de los valores ius-deportivos, donde cabe destacar algunos puntos relevantes:

a) Principiología del proceso deportivo – Son 14 los principios orientadores del proceso deportivo incluidos en el art. 2º del CBJD que le dan un colorido propio y especial, con destaque para *la amplia defensa, el contradictorio, la legalidad, la moralidad, la motivación, la publicidad, la oralidad, la imparcialidad y la economía procesal* en todos los procedimientos legales previstos. O sea, se ofrecen todas las garantías procesales que otorgan los tribunales estatales, con la ventaja que los tribunales y comités de la Justicia Deportiva tienen conocimiento de las circunstancias y especificidad del deporte. Es imperioso resaltar aquí, la fuerza normativa de los principios como elemento axial para la exacta comprensión y aplicación del CBJD y para que la actividad judicial deportiva no se aproxime demasiado a la repetición servil de la letra del texto codificado. Impone destacarse que en el rol de estos principios están positivados los de la *razonabilidad y proporcionalidad*, implícitos en la Lex Magna pero ampliamente utilizados por el propio Supremo Tribunal Federal de Brasil en innumerables decisiones. Ya en el campo de los principios implícitos y no positivados en el CBJD, cabe subrayar el principio “*pro-competitione*” que obliga a los que aplican el CBJD, a adoptar la interpretación restrictiva de toda norma que pueda conducir a la alteración del resultado de la competición. A ese respecto la Justicia Deportiva española ya ha traducido el *pro-competitione* como el principio que “*exige que la competición se desarrolle normalmente en tanto y en cuanto sea posible, y que las decisiones disciplinarias la afecten lo menos posible*”. En otras palabras, las decisiones de la Justicia Deportiva no pueden transformarse “*en un vehículo para impedir o dificultar el desarrollo de la competición o para alterar artificiosamente sus resultados*”. Sin embargo, impende alertar que su aplicación puede generar una colisión con otros bienes ius-deportivos protegidos, por eso el cuidado por sopesar y limitar su alcance, en cada caso concreto.

b) Inagotabilidad de los procedimientos deportivos – el art. 9º, § 3º del CBJD permite llevar a juicio cualquier medida no prevista en el Código, que no se agote en las tipologías de procedimientos sumarios o especiales previstos en el § 2º. del art. 34;

c) Sumarios de la jurisprudencia predominante – en el art. 25, VI y § único se contempla el sumario de sentencias deportivas, desde que éstas sean establecidas por 2/3 de los auditores del STJD, ya sea para evitar procesos repetitivos, ya sea para dar tratamiento uniforme a una misma cuestión ius-deportiva. Es evidente que la jurisprudencia en materia deportiva es preponderante, “*pero no vinculante*”, so pena de convertir al auditor en un “*subalterno reproductor de decisiones superiores*” o una “*computadora de toga*”, ello porque las decisiones en materia deportiva no pueden estar “*enyesadas*” porque desmoralizan, ni deben quedar petrificadas porque serán reacias a los cambios;

d) Inutilización de medios electrónicos – sensible a los avances de la tecnología y de la era digital, el CBJD utiliza la vía electrónica y los instrumentos

cibernéticos, buscando la economía de esfuerzos y la simplificación de los actos procesales, al permitir la realización de citaciones e intimaciones por medio electrónico (art. 47, § único) o por *internet* (art. 40), sin olvidar que el uso indebido de ese mismo medio electrónico para manifestaciones irrespetuosas u ofensivas en la esfera deportiva configura hipótesis de agravamiento de la pena (art.188, § único);

e) Acta del árbitro de la competición – pasa de una presunción absoluta a una presunción relativa de veracidad (art. 58 del CBJD), pues, los límites humanos solamente permiten conocimientos parciales de los actos o hechos, en razón de la imposibilidad de excluir todas las hipótesis contrarias a lo que se afirma como verdadero en el acta. Vale decir, deja de ser la “reinas de las pruebas” para transformarse en la “princesa probatoria” o sea, pasa, en el ámbito de los procesos deportivos, a no tener más la presunción *iure et de iure*, sino la presunción *juris tantum*. En otras palabras, lejos de ser aceptadas como “valor absoluto”, las *actas arbitrales* según palabras de los españoles, “no son verdades materiales, sólo gozan de una presunción de veracidad “*iuris tantum*” y de *interina certeza*”;

f) Irrecurribilidad en la aplicación de multa hasta R\$S 1.000,00 – el art. 136, § 2º del CBJD dispone que no son recurribles las multas de valor igual o inferior a R\$ 1.000,00 para evitar que los STJD sean “invadidos” por recursos que involucren cuestiones menores o “disputas parroquiales”, usadas por tanto como mera táctica de procrastinación;

g) Inclusión de atleta irregular – el art. 214 del CBJD le dio un nuevo tratamiento a la utilización por los equipos del “atleta irregular” puniendo en esos casos con la pérdida del doble de puntos en disputa (6 puntos negativos en el caso del fútbol, 2 puntos negativos cuando se trata del voley), manteniéndose en todas sus dimensiones y para todos los efectos el resultado del partido o prueba, sin perjuicio de la multa pecuniaria. Añádase que en las competiciones conocidas como “mata-mata”, donde la aplicación de tal norma es imposible, el equipo infractor será desclasificado (§ 2º, art. 214);

h) Uso intempestivo de la Justicia Común o de “naranja” – promover pleito en la Justicia Común que involucre competición o disciplina deportiva antes de agotadas todas las instancias de la Justicia Deportiva, o aún, hacer uso de “naranja” o de terceros para beneficiarse de medidas obtenidas en la esfera del Judicial, implicará una sanción de exclusión de la competición que esté disputando y multa mínima de R\$ 50.000,00 (art. 231).

Entre las recientes alteraciones en el texto original del CBJD y ya en vigor desde abril de 2006 impende destacar como ítems principales:

a) El cumplimiento alternativo de parte de la pena aplicada por la Justicia Deportiva (hipótesis que no se confunde con la conversión parcial de la pena pecuniaria) bajo la forma de:

- *actividades de interés público* (art. 172, § único), materializadas con la prestación de servicios por parte de los atletas penalizados, en el campo de la educación, del deporte, de la salud, de la asistencia social, del voluntariado, de la cultura o del medio ambiente;

- *medidas de interés social* (arts. 171, § 1º y 176, § 2º) generalmente caracterizadas por la sustitución requerida por el penalizado, de una parte de la pena disciplinar por donación de “canastas básicas” a entidades asistenciales de ex-atletas o a instituciones de caridad.

Esta posibilidad, antes limitada a un máximo de un tercio (1/3) ha sido ampliada hasta *la mitad de la pena*, dándole más espacio al tratamiento desigual de desiguales, lo que ha permitido sopesar las condiciones económicas de los infractores y posibilitar una efectiva y más justa individualización de la pena.

b) La redacción del art. 175, § 2º establece que, en caso de penalidad de pérdida de mando en el campo, queda a exclusivo criterio de la entidad organizadora de la competición, la forma de disciplinar la ejecución de la pena, desde que se haga constar, previa y obligatoriamente, en el Reglamento de la competición, la sistemática del cumplimiento de la penalidad de pérdida de mando de campo. De este modo entendemos que, en la materialización de la penalidad, la entidad dirigente tanto puede determinar la realización del partido en otro campo, como puede, para evitar problemas financieros y logísticos ocasionados por la búsqueda de un nuevo campo, designar el mismo campo e imponer en esta hipótesis, la realización a portones cerrados. Tal modalidad no invalida la penalidad, pues el club penalizado pierde su renta y se queda sin sus aficionados, fundamentos mayores de la pérdida del mando de campo. A este respecto, en una interpretación sistemática del novel CBJD es necesario no confundir la pérdida de mando en el campo con la interdicción (art. 174), única hipótesis en que se veda la realización del partido en la misma plaza deportiva.

c) El art. 182 del CBJD prevé la reducción de las penas a la mitad, en la esfera no profesional, tanto en el caso de atletas, como en la hipótesis de entidades de práctica deportiva, atendiendo al tratamiento diferenciado entre profesional y no profesional exigido en la Lex Magna, sin desconsiderar que esa condición - profesional o no profesional - es del atleta y no de la modalidad deportiva. Por eso mismo, el beneficio de la reducción de penas a la mitad cuando se aplica a la entidad de la práctica deportiva, alberga a aquéllas que participan de las competiciones cuando se trata solamente de atletas no profesionales.

d) El art. 214 impone penalidad también en caso de la posible utilización de atletas sin condición legal, sin restringirse solamente a aquellos que efectivamente participen del partido o de la prueba, o sea, en adelante, basta solamente que ocurra la inclusión del atleta irregular en el acta del árbitro o documento equivalente, para generar la penalidad. Las resistencias a esta mutación, porque invalida una parte expresiva de jurisprudencia deportiva, se desmoronan cuando se indica que la tasa a ser pagada es un tributo exigido por

el poder público como contra-prestación a los servicios real o potencialmente prestados, vale decir que la inclusión del atleta en el acta del partido lo convierte en un participante en potencial de la competición, y por eso mismo la entidad de práctica deportiva a la cual él pertenece, no puede quedar exenta de la pena que consta en el art. 214 del CBJD.

e) El artículo 253, § 2º del CBJD, prevé la suspensión, con plazo máximo de 720 días, del atleta agresor hasta la recuperación del adversario agredido, en una versión “deportivizada” y civilizada de la ley de Talión. Su propósito es el de combatir la “barbarie deportiva”. Mismo en caso de que el agredido no tenga la total recuperación de la contusión y se quede inhabilitado para la práctica deportiva por el resto de la vida, no hay como imponer una penalidad de carácter perpetuo, hipótesis vedada y no admitida por el artículo 5º, inciso XLVII, de la Constitución Federal. O sea, la limitación de 720 días de suspensión, como plazo máximo, garantiza la constitucionalidad y juridicidad de esta tipología penal-deportiva.

f) Para llenar una laguna en el CBJD, se concretizaron mutaciones de urgencia innegable y alcance socio-deportivo para tipificar infracciones y sancionar atletas, entes deportivos, dirigentes y aficionados que practiquen actos no solamente de racismo, sino como también otras formas de manifestación discriminatoria o acto intolerante que implique en ofensa y menosprecio a la dignidad humana (arts. 187, §§ 2º y 3º; 213, § 4º y 252, §§ 2º y 3º). En efecto, la discriminación de personas por causa de su color, origen étnico, sexo, edad, condición de persona mayor o minusválida, ofende el postulado constitucional de igualdad (art. 5º, *caput*) y de prohibición constitucional de cualquier forma de discriminación (art. 3º, IV de la Constitución) y por esta razón ello debe subordinarse también al régimen sancionador deportivo, porque el deporte debe ser instrumento de lucha contra actos expresos o velados de discriminación. Por eso mismo, el CBJD previó para tales hipótesis la acumulación de la pena de multas pecuniarias la cual puede llegar a R\$ 200.000,00, pérdida de mando de campo durante 1 (un) a 10 (diez) partidos, suspensión de 1 a 3 años, pérdida de 6 puntos en la primera infracción y exclusión de la competición, en caso de reincidencia. De ese modo, sin esta relevante mutación, el nuevo CBJD no respondería a la contemporaneidad de los problemas y demandas deportivas, ni estaría adaptado a la recientísima normativa internacional deportiva. Vale resaltar a este respecto que, el nuevo CBJD es mucho más riguroso que la FIFA en su punición a las manifestaciones y actitudes discriminatorias en partidos de fútbol, es decir que las sanciones previstas en la nueva redacción del artículo 55 del Código Disciplinar de la FIFA (Circular n. 1.026 del 28.03.2006), son comparativamente más tímidas y menos onerosas para los atletas, dirigentes, clubes y aficionados. En el caso de estos aficionados, de inimaginable capacidad de vandalismo y actitudes degradantes - la punición se refleja directamente en su agremiación, porque los actos discriminatorios no deben ser tolerados ni dentro del campo ni fuera de él.

## 5. CONCLUSIONES

La Justicia Deportiva - explícitamente prevista en el Texto Constitucional brasileño (art. 217, §§ 1º y 2º), estructurada en la Ley Pelé (artículos 49/55) y reglamentada por lo CBJD – tiene lo propósito de combatir las tres plagas principales que corroen al deporte – violencia, corrupción y dopaje. En otras palabras, el sistema jurisdiccional deportivo brasileño hay sido construido para hacer respetar las leyes del juego, los reglamentos técnicos y los comportamientos éticos, en particular en los dominios de la lealtad en la competición y de la verdad en los resultados deportivos, aplicando las sanciones en casos de indisciplinas y conflictos que involucran actores deportivos.

Desde otra perspectiva, el sistema jurisdiccional deportivo debe responder, con presteza y celeridad, a la creciente multiplicación de conflictos deportivos a costos mínimos. De otra parte, debe eliminar el fetichismo procesal que convierte al proceso deportivo en un fin en sí mismo, so pena de hacerlo incapaz de no responder a las aspiraciones de los *stakeholders* deportivos, quiere decir personas, segmentos y entes deportivos que tienen relación o intereses creados, o son afectados, directa o indirectamente, por las decisiones de la Justicia Deportiva, por ejemplo, los aficionados. A eso respecto, el Ministro de Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes destaca que muchas decisiones de tribunales deportivos son más importantes que las resoluciones de lo máximo y supremo Tribunal estatal porque hacen parte de lo cotidiano de la población brasilera.

Subráyese que en la adopción de procedimientos disciplinares y en la resolución de conflictos competitivos por la esfera judicial deportiva “*es necesario aprender a navegar en un océano de incertidumbre en el medio de pocas islas de certidumbre*”. Y en un contexto de complejidad, vastedad y pluralidad de prácticas deportivas ejercitadas de forma profesional o no profesional, se impone a los encargados de la Justicia Deportiva hacer un examen más fecundo y profundo de la codificación ius-deportiva, sin olvidar la lección del Min. Carlos Ayres de Britto de que “*la vida vivida es mucho más novelera que la vida pensada por el legislador*”, sobretudo cuando se trata del deporte. Del mismo modo, los que ejercen actividades deportivas judiciales no deben darle espacio al “derecho del “*jeitinho*”, impidiendo “*arreglos*”, “*esquemas*”, casuismos y maniobras de todas las especies para beneficiar atletas, dirigentes, árbitros y clubes, lo que compromete las garantías ineludibles de las partes en el proceso deportivo o desvirtúa el real sentido y alcance de las disposiciones deportivas codificadas. Además, el gran desafío para todos los que integran la Justicia Deportiva es impedir que la razón exigida no sea comprometida por la emoción inherente al deporte, porque todos quieren decisiones de la Justicia Deportiva benévola para sus intereses y demoledora para los rivales deportivos.

La creciente intromisión o interferencia de la Justicia Común en las cuestiones estrictamente deportivas que “*muchas veces obedecen a preceptos de naturaleza distinto de lo puramente deportivos*”, atropella el principio de la suficiencia y de la exclusividad jurisdiccional de las federaciones nacionales e internacionales que disponen

de sistemas propios de resolución de demandas y litigios deportivos. Así, es fundamental que la Justicia Deportiva se transforme en una caja de resonancia de las expectativas de los segmentos, protagonistas y prácticas deportivas, resultando imperioso que su aplicación se realice de forma ágil, dinámica, transparente y atenta a la contemporaneidad de los problemas referentes a la disciplina y a las competiciones deportivas. Se impone, aún, que la Justicia Deportiva tenga una actuación con flexibilidad, pluralismo y abertura, respetando la singularidad de los hechos y conflictos deportivos, los nuevos paradigmas ius-deportivos internacionales y a las ansias de la sociedad deportivizada.



# EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

---

*Denise Lucena Cavalcante<sup>1</sup>*

## RESUMO

Este artigo analisa o projeto de lei referente à criação da execução fiscal administrativa no Brasil, demonstrando sua viabilidade, caso observem-se as normas do devido processo legal administrativo.

## Palavras-chave

Execução fiscal administrativa. Devido processo legal.

## ABSTRACT

This article analyze the law project of tax foreclosure proceedings in the hands of the Brazilian Tax Administration, should the viability if it observes the administrative due process of law.

## Key-words

Tax foreclosure proceedings. Due process of law.

Dentre as atuais propostas em busca da resolução de conflitos em matéria tributária, destaca-se, no cenário jurídico brasileiro, o projeto de lei que cria a *execução fiscal administrativa*.

Registra-se, como marco desta proposta, o **I Seminário de Execução Fiscal Administrativa**, ocorrido em Brasília/DF nos dias 2 e 3 de março de 2007, organizado pela AJUFE – Associação dos Juizes Federais e PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, encontro importante, onde Procuradores e Juizes Federais discutiram, de forma democrática, a viabilidade da transferência da cobrança do crédito tributário do Poder Judiciário para a Fazenda Pública, tal como já ocorre nos países mais evoluídos.

A proposta da *execução fiscal administrativa* prevê, como um dos principais objetivos, uma considerável diminuição dos milhares de processos que hoje

---

<sup>1</sup> Professora Doutora de Direito Tributário e Financeiro da UFC. Coordenadora do Mestrado em Direito – UFC. Procuradora da Fazenda Nacional. Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP.

emperram o Poder Judiciário<sup>2</sup>, bem como transferir ao Poder Executivo uma atribuição que lhe é inerente, qual seja, a cobrança do crédito fiscal.

Entende-se que a implantação da execução fiscal administrativa é conseqüência da própria adequação do direito brasileiro às novas exigências do Estado contemporâneo.

Diante deste projeto, é imperioso que se estabeleça, no contexto brasileiro, uma profunda discussão sobre o devido processo legal, com ênfase nos princípios da ampla defesa e do contraditório no âmbito administrativo.

Dar uma nova aplicação ao processo administrativo talvez seja o ponto de equilíbrio que se busca na luta que ora se trava entre o Fisco e o cidadão-contribuinte: aquele, buscando aprimorar a cobrança do crédito tributário; este, lutando para resguardar seus direitos fundamentais, adquiridos com tanto esforço ao longo destes anos pós-ditatoriais.

É até compreensível a oposição que se faz quando novos procedimentos surgem com ampliação dos poderes estatais. Estas medidas, sejam elas quais forem, não costumam ser vistas com bons olhos pelo contribuinte, tão cansado dos históricos abusos econômicos impostos pelo Estado.

Contudo, é preciso alargar o horizonte jurídico e adequar a Administração Pública brasileira ao contexto do século XXI, não podendo mais o discurso jurídico atrasar por conta de um contexto político ineficiente. Ao contrário, deve haver uma correta e urgente adequação de ambos, de forma que sejam adaptadas à Administração Pública medidas mais eficientes para sua atuação e, simultaneamente, seja reforçada uma postura funcional pautada nos princípios basilares do Direito, com ampla garantia aos direitos fundamentais do cidadão-contribuinte.

A questão da recuperação do passivo tributário precisa ser enfrentada a contento, e, para isso, é necessária uma revisão no processo de cobrança, hoje concentrado no âmbito do Poder Judiciário, conforme procedimentos previstos na lei de execução fiscal (Lei nº 6.830/80<sup>3</sup>).

O projeto da execução fiscal administrativa significa, de um lado, uma

<sup>2</sup> “A primeira instância da Justiça Federal julga cerca de 710 mil processos por ano. Está entupida. Mas há esperanças desse cenário mudar. O número de casos na Justiça Federal pode ser reduzido se a execução fiscal for feita administrativamente. É o que propõe o juiz federal Walter Nunes, presidente da AJUFE — Associação dos Juizes Federais do Brasil. Atualmente, na prática, o juiz é quem faz a execução. Ele diz que o Fisco poderia cuidar dessa atribuição. Questionado sobre a possibilidade de o Fisco fazer execuções indevidas, Nunes não hesita: “Aí você recorre ao Judiciário”. Segundo ele, “só a parte discutível” deve ir para a Justiça. (...). Walter Nunes não tem dúvidas que no Brasil falta diálogo e sobra litígio. O processo de judicialização que avança no país, conseqüência da falta do hábito de negociar e de instâncias extra-judiciais próprias, é um dos responsáveis pelo altíssimo congestionamento do Judiciário. “Uma demanda de Justiça, tão alta como a do Brasil, denuncia que a nação está em crise”, diagnostica o juiz federal. (...). Para ele, a desjudicialização das relações sociais se resolverá com a prática democrática do fortalecimento de instâncias extra-judiciais e de soluções simples como habilitar cartórios inventários e divórcios não litigiosos e com a execução fiscal administrativa.” (NUNES, Walter. Execução fiscal deve ser feita por Fisco e não por juiz, Entrevista por Lilian Matsuura ao Juiz federal Walter Nunes. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de agosto de 2006).

<sup>3</sup> Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 – Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa.

considerável diminuição dos processos judiciais que hoje retardam o Poder Judiciário brasileiro, bem como a agilidade na recuperação do passivo tributário e, de outro, uma apreensão da sociedade na ampliação dos poderes da Administração Fazendária, ainda repleta de resquícios de abusos e arbitrariedades.

Além do que, é preciso levar em consideração um aspecto político-econômico importante: o aumento das atribuições estatais. Em decorrência da nova atribuição um considerável custo deverá ser arcado pelo Poder Executivo devido ao adequado redimensionamento de sua estrutura. Consequentemente, este custo gerará aumento do gasto público, hoje já tão questionado por toda a sociedade. Sem dúvida, estas questões paralelas devem sim ser refletidas em conjunto com o projeto em questão.

Contudo, essa proposta da execução fiscal administrativa não é nova, já tendo sido discutida em meados dos anos 80, como bem lembrou Leon Fredja Szklarowsky, não tendo obtido êxito na época.<sup>4</sup>

Hoje, reforçando os ares democráticos que pairam sobre o Estado brasileiro - é certo que ainda muito longe do ideal, mas, sem dúvida, mais forte do que nas décadas passadas - há um esforço coletivo dos próprios agentes fazendários em buscar uma nova realidade com fulcro numa postura ética que merece ser ressaltada.

É preciso mudar o discurso sócio-político, de modo a possibilitar um

<sup>4</sup> “Há mais de vinte anos vigora, no Brasil, a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispondo sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, com o propósito de acelerar essa cobrança, através das normas integrantes de seu procedimento especial. (...) A experiência forense, contudo, ao longo da vigência e aplicação vintenária da referida Lei nº 6.830/80, não tem colhido os bons resultados apontados na profecia de sua exposição de motivos. Na Justiça Federal, especificamente, a despeito da criação e ampliação de Varas especializadas, em execução fiscal, não se registrou o almejado descongestionamento das vias judiciais, nem, tampouco, a vaticinada agilização na cobrança do crédito fiscal, como, de resto, a mesma experiência fora vivenciada por toda Justiça brasileira. Os dados estatísticos do Conselho da Justiça Federal revelam-nos que, até o dia 30 de junho do ano 2000, dos 2.716.064 (dois milhões, setecentos e dezesseis mil e sessenta e quatro) feitos judiciais, em tramitação na Justiça Federal de primeiro grau, no Brasil, 1.265.404 (um milhão, duzentos e sessenta e cinco mil, quatrocentos e quatro) são de execuções fiscais, numa perspectiva de crescente acúmulo e emperramento dos feitos relativos a essa cobrança, que, de há muito, carece de mecanismos efetivamente agilizadores de sua realização. Em busca de solucionar essa pendência histórica, o Professor Leon Fredja Szklarowsky, que integrou o Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria Interministerial nº 273, de 15 de julho de 1976, dos Senhores Ministros da Justiça e da Fazenda, na época, tem defendido a proposta pioneira de uma penhora administrativa por órgão jurídico da Fazenda Pública, no que resultou o Projeto de Lei do Senado nº 174, de 1996, reapresentado sob o nº 608/99, por iniciativa do nobre Senador Lúcio Alcântara. A execução administrativa do crédito da Fazenda Pública afigura-se juridicamente possível na força dos atributos dos atos administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, da imperatividade impositiva de seu cumprimento coercitivo e da auto-executoriedade consistente na possibilidade desses atos serem imediata e diretamente executados pela própria Administração, no uso de sua supremacia de Poder Público, independentemente de ordem judicial. (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. PRUDENTE, Antônio Souza. Execução administrativa do crédito da Fazenda Pública. Revista eletrônica **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1322>. Acesso em 1/3/2007).

avanço legislativo, compatibilizando o Brasil com os modernos sistemas do mundo contemporâneo.

Percebe-se nas discussões mais fundamentadas, que é hora de integração entre os órgãos públicos, a fim de alcançarem meios mais efetivos de operacionalidade do sistema fiscal.

Está claramente comprovado que não é possível ter uma justiça tributária com o Poder Judiciário extremamente ocupado com atribuições referentes à cobrança do crédito tributário que, por sua própria natureza, é atividade meramente administrativa, podendo ser dispensada a interferência do juiz nos trâmites procedimentais da cobrança.

Contudo, deixar a cobrança do crédito tributário “nas mãos do fisco”, como menciona alguns doutrinadores, parece um grande absurdo ou, ainda, uma inconstitucionalidade.

Vamos refletir com imparcialidade: será mesmo tão absurdo que o próprio Estado, responsável pela constituição, fiscalização e cobrança administrativa do crédito tributário, seja incompetente para continuar a cobrança deste crédito através da execução forçada? Parece-nos que não.

O fato de o fisco continuar na tarefa da cobrança administrativa do crédito tributário não significa, de modo algum, que se esteja violando princípios constitucionais, ou agredindo o devido processo legal administrativo ou judicial.

A violação das garantias constitucionais não decorre desta alteração do procedimento da cobrança, mas, sim, se isto for feito de forma arbitrária e sem observância do devido processo legal.

Neste sentido, muito bem esclarece Pérez de Ayala, comentando sobre o direito espanhol, quando afirma que o poder de execução direta pela Administração Pública não significa um relação arbitrária, na medida em que é um poder regulamentado por lei.<sup>5</sup>

Também no direito português, comenta Nunes B. M. Lumbrales que o procedimento de execução fiscal administrativa deve ser aplicada com a restrita observância da lei, promovendo assim, a devida segurança

---

<sup>5</sup> “En el derecho privado, el acreedor, salvo aplicación voluntaria del deudor, ha de acudir a los tribunales para obtener la satisfacción de su derecho; o sea, que carece de poder de ejecución coactiva directa sobre el deudor. Al contrario, en virtud del ‘privilegio de autotutela’ (que se traduce en la potestad ejecutiva directa que la legislación la atribuye) la Administración Pública, como acreedor tributario, puede ejecutar directa e inmediatamente los actos de liquidación del tributo que acreditan su derecho, contra y sobre el patrimonio del deudor contribuyente. Pero en la medida en que se trata de una potestad administrativa reglada, regulada por la ley, no hay aquí, propiamente hablando, una relación de poder, de supremacía, en el sentido que a este término lo dimos en los párrafos precedentes. Solamente sucede, concluye Hensel, que el acreedor del tributo goza de unas facultades, en la ejecución de su derecho de crédito al tributo distintas de las que detentan los acreedores no tributarios frente a sus deudores.” (PÉREZ DE AYALA, José Luis. **Montesquieu y el derecho tributario moderno**. Madri: Dykinson, 2001, p.90.)

jurídica aos contribuintes.<sup>6</sup>

Esta alteração do modelo atual da cobrança do crédito tributário decorre da própria evolução do Direito, ampliando-se a noção de *processualidade*<sup>7</sup>, que não mais se limita ao Poder Judiciário.

Percebe-se, portanto, nas medidas que ora se apresentam no direito brasileiro, uma mudança de modelo, e não um afastamento da legalidade. O que se pretende é instituir um novo modelo de cobrança através do devido processo legal administrativo, e não simplesmente afastar a discussão do Poder Judiciário, como argumentam alguns doutrinadores.

Visto sob este prisma, a execução fiscal administrativa pode vir a ser uma porta aberta para os cidadãos-contribuintes dialogarem com mais eficiência com o fisco durante o processo de cobrança do crédito, que hoje sofre inúmeras restrições decorrentes do próprio processo de execução fiscal, pois a previsão da Lei nº 6.830/80 só permite esse diálogo em sede de embargos à execução e, pior, depois de garantido o juízo. Isto sim deveria ser visto como cerceamento ao direito de defesa<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> “O procedimento administrativo, especificamente, é visto simultaneamente como uma garantia dos sujeitos privados face ao exercício de poderes de autoridade por parte da administração pública, e como forma de concretização da vontade desta no exercício da função administrativa e na prossecução do interesse público, servindo ainda para alcançar a ponderação deste último com os interesses dos restantes sujeitos envolvidos em cada caso concreto. É assim, a imperatividade dos actos administrativos e designadamente a possibilidade de imediata execução coercitiva dos mesmos pela própria administração, unilateralmente e sem prévio recurso aos tribunais, que justifica a necessidade de existência de garantias dos particulares, entre as quais se conta a existência de procedimentos tipificados na lei, em obediência ao princípio constitucional da legalidade da actuação administrativa.” (LUMBRALES, Nuno B. M. Sobre a promoção da execução fiscal pelos serviços de finanças. *Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal*. N.18 Lisboa: Instituto Superior de Gestão Fiscal. 2004, p. 22).

<sup>7</sup> Com muita propriedade afirma Robertônio Santos Pessoa: “A ‘processualidade’ está intimamente relacionada ao exercício das principais funções estatais, em especial no que concerne à atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste sentido, pode-se falar uma ‘processualidade ampla’ e não apenas adstrita ao funcionamento do aparato jurisdicional, conforme historicamente ficou mais acentuado. De fato, até bem pouco tempo, sempre que se ouviu falar em ‘processo’ surgia desde logo uma vinculação desta palavra com o exercício da função jurisdicional. Tal noção ampliada da processualidade permite, em nossos dias, falar-se não só em processo judicial, mas também em processo administrativo e legislativo, conducentes à edição de decisões administrativas (atos administrativos) e legislativos (formalizados em leis). Tal perspectiva da processualidade, inerente ao desempenho das atividades estatais, ao exercício dos poderes do Estado, guarda estreita relação com os avanços do direito processual moderno, principalmente no destaque dado nos últimos tempos à chamada “instrumentalidade” do processo. Esta atualíssima concepção metodológica, extremamente moderna e sintonizada com os atuais anseios sociais, vislumbra o Direito Processual como um conjunto de princípios, institutos e normas estruturadas para o exercício do poder em conformidade com determinados objetivos (DINAMARCO, 1986:42). Desta concepção instrumental do processo, a noção de processualidade migrou para abranger cada vez mais o exercício dos Poderes Executivo e Legislativo.” (PESSOA, Robertônio Santos *Curso de direito administrativo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 273).

<sup>8</sup> Lei nº 6.830/80: Art. 9º. Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão da Dívida, o executado poderá: I – efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; II

Para melhor visualizar o projeto de execução fiscal administrativa, é preciso, primeiro, uma mudança de mentalidade. E para o Estado ter credibilidade nestes novos atos propostos, compatíveis com uma adequada governança fiscal, é preciso alterar sua imagem e adequar sua estrutura para uma correta aplicação da lei, resguardando, em todos os seus atos, os direitos e garantias fundamentais adquiridos ao longo da história brasileira.

Esta lei deve ser muito bem elaborada, traçando todos os passos a serem seguidos pela Administração Pública no processo de execução fiscal administrativa, garantindo, assim, a segurança jurídica, base da vida social moderna.

A oposição que se tem visto, contra este novo procedimento, baseia-se numa confusão teórica, que leva ao entendimento de que a mudança do processo da esfera judicial para a administrativa deixaria de cumprir os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, passando a ser arbitrário.

Este é um pensamento totalmente equivocado e incompatível com a proposta apresentada. Na verdade, a tramitação da execução forçada do crédito tributário no âmbito da Administração Pública, por ser um projeto novo e com respaldo nos princípios constitucionais do contribuinte, é bem mais eficiente e compatível com estes direitos do que o atual modelo da execução fiscal estabelecido pela Lei nº 6.830/80.

O fato do processo de cobrança mudar de âmbito de tramitação, passando do Poder Judiciário para o Poder Executivo, não descaracteriza sua essência, nem, muito menos, torna-o inconstitucional.<sup>9</sup>

O que deve ser discutido aqui é se estão sendo cumpridos os princípios que garantem o devido processo legal. Caso não o sejam, aí, sim, deve a questão ser encaminhada ao Poder Judiciário.

Caberá à lei, então, estabelecer todas as garantias necessárias para que a cobrança forçada pelo fisco seja limitada pelas garantias da ampla defesa e

---

– oferecer fiança bancária; III – nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou IV – indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

<sup>9</sup> “Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. De modo diverso coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança de condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadãos ou servidores. Muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: ‘Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário’, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém. O processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação.” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 183).

do contraditório. Neste caso, o contraditório se caracteriza pela comunicação prévia ao executado<sup>10</sup>.

Outra questão que surge é referente à ausência de poder jurisdicional da Administração Pública.

No Brasil, a jurisdição é una, cabendo seu exercício somente ao Poder Judiciário.<sup>11</sup> Diante disto, poderia ser aqui discutida esta questão da falta do poder jurisdicional da Administração Pública para atuar na cobrança forçada dos débitos inscritos em Dívida Ativa.

Ocorre que, quando a Administração executa seus próprios atos, através dos devidos procedimentos administrativos, caracterizam-se estes como atos administrativos auto-executórios e não como exercício do poder jurisdicional.

Portanto, os atos praticados pela Administração no âmbito da cobrança do seu crédito fiscal são **atos materialmente administrativos**, ou seja, decorrentes do poder de auto-tutela.<sup>12</sup>

O poder jurisdicional exercido pelo Judiciário será invocado somente no caso de questionamentos sobre a certeza e liquidez do objeto da cobrança.

Conclui-se, pois, que, se a lei que pretende instaurar no direito brasileiro a execução fiscal administrativa obedecer rigorosamente o devido processo legal administrativo, esta não será incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>10</sup> "A execução é sempre um ato administrativo. Portanto, às atitudes materiais do Poder Público visando compelir o particular, deve anteceder um ato, que o advirta da pretensão administrativa. O inverso corresponderia ao prazer da violência, ao emprego arbitrário e injustificado da força pela força, à via de fato, inadmitida no Estado de Direito." (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 83).

Pelo rigor acadêmico, apesar da citação supra adequar-se à explicação da execução do ato administrativo, registra-se aqui que o autor não admite a perda da propriedade sem o processo judicial.

<sup>11</sup> "No Brasil não se tem uma jurisdição administrativa propriamente dita, pois o processo administrativo fiscal é desprovido do caráter jurisdicional, sendo sempre possível a revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, ou seja, não há a figura da coisa julgada administrativa." (CAVALCANTE, Denise Lucena. Processo administrativo fiscal federal. **Revista NOMOS**. vol. 24. Fortaleza: LCR, 2005, p. 122).

<sup>12</sup> "Por outro lado, se do ponto de vista da estrutura, os dois tipos de actos são, essencialmente, idênticos, o respectivo fim é diverso, já que para o acto administrativo a aplicação objectiva da lei é um meio ao serviço da prossecução do interesse público, que a abrange mas não se esgota nela. Para o acto jurisdicional, pelo contrário, a boa aplicação do Direito é um fim em si mesmo. Não obstante os seus diferentes fins, certo é também que tanto a administração pública como os tribunais são dotados de poderes de autoridade, de *ius imperium*, o que lhes permite o recurso direto à força pública e à coação para levar a cabo a execução de suas decisões. (...) De realçar ainda a característica da mutabilidade do acto administrativo, que o distingue dos actos judiciais uma vez que estes são em princípio imutáveis (salvo recurso extraordinário). Efectivamente, mesmo que não constituam decisões finais, produzem em regra caso julgado formal, que preclui a reapreciação dos aspectos que apreciam. Tal característica revela que os poderes decisórios da administração sobre cada caso concreto não se esgotam com a decisão, permanecendo no tempo (ainda que, em algumas situações, de forma limitada), ao contrário do que acontece com os do juiz." (LUMBRALES, Nuno B. M. op. cit. p. 45).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTE, Denise Lucena. Processo administrativo fiscal federal. **Revista NOMOS**. Vol. 24. Fortaleza: LCR, 2005.

LUMBRALES, Nuno B. M. Sobre a promoção da execução fiscal pelos serviços de finanças. **Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal**. N.18. Lisboa: Instituto Superior de Gestão Fiscal. 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

NUNES, Walter. Execução fiscal deve ser feita por Fisco e não por juiz. **Entrevista feita por Lilian Matsuura. Revista Consultor Jurídico**, 27 de agosto de 2006.

PÉREZ DE AYALA, José Luis. **Montesquieu y el derecho tributario moderno**. Madrid: Dykinson, 2001.

PESSOA, Robertônio Santos **Curso de direito administrativo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. PRUDENTE, Antônio Souza. Execução administrativa do crédito da Fazenda Pública. Revista eletrônica **Jus Navigandi** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1322>. Acesso em 1/3/2007.



# DESIGUALDADES REGIONAIS

*Fernando Ferraz<sup>1</sup>*

## RESUMO

A garantia do desenvolvimento nacional, tanto quanto a erradicação da pobreza, da marginalização, e as desigualdades regionais constituem princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º). Devem ser garantidos e promovidos pelo Estado brasileiro.

Os municípios mais prósperos economicamente quase sempre correspondem às capitais mais ricas do Brasil, mostrando as diferenças entre eles e as desigualdades regionais existentes neste Estado.

Os problemas regionais não estão isolados dos nacionais. Os grandes problemas nacionais, como a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais, devem ser superados se queremos fazer deste Estado um lugar mais justo e menos desigual.

## Palavras-chave

Desigualdades Regionais. Representação. Município. Senado Federal. Federalismo

## ABSTRACT

The national development guarantee, as much as poverty, marginal uprooting and regional inequalities eradication are essential principles at Brazilian Federal Republic (CF/88, article 3rd). They must be promoted and guaranteed by the Brazilian State.

The most economically prosperous municipalities almost always correspond to the richest Brazilian capitals, showing the difference between them and the regional inequalities existing on this country.

The regions are not isolated of national problems. The biggest national problems, such as poverty and marginal uprooting and regional inequalities, should be overcome if we want to make this country more fair and less unbalanced.

## Key-words

Regional inequalities. Representation. Municipality. Federal Senate. Federalism

## 1. INTRODUÇÃO

Os municípios mais prósperos economicamente quase sempre corres-

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-Graduado em Educação, com Especialização em Ensino pela UFPI. Professor Associado I do Curso de Direito e do Curso Mestrado em Direito Constitucional da UFC, e dos Cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Christus.

pondem às capitais dos estados mais ricos no Brasil, como São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte. Este aspecto faz a diferença quanto ao tratamento que historicamente recebem da União, contribuindo para agravar as desigualdades regionais existentes neste país continental.

A nossa Carta Magna de 1988 inseriu o município, junto com os Estados e o Distrito Federal, como ente da nossa República Federativa do Brasil (caput do art. 1º), na condição de entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira, conforme consta nos seguintes dispositivos constitucionais:

a) art. 18 CF/88 – inseriu o município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, fazendo com que ele, ao lado do Distrito Federal, viesse a formar aquela terceira esfera de autonomia, cuja presença, nos termos em que se situou, altera radicalmente a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de nova dimensão básica.<sup>2</sup>

b) art. 29 CF/88 – determina seja o município regido por lei orgânica, votada por quorum qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal – requisito formal que faz daquele estatuto um diploma dotado de grau de rigidez análogo ao que possuem as cartas constitucionais.<sup>3</sup>

b) art. 30 CF/88 – discriminando a matéria de competência dos municípios, tem uma latitude de reconhecimento constitucional desconhecida aos textos antecedentes de nosso constitucionalismo.<sup>4</sup>

É inegável a importância do município no Brasil, em que a família, tanto quanto a tribo, antecede o Estado e a Nação. Junto com os Senados das Câmaras o poder municipal conferiu base de legitimação ao constitucionalismo imperial, fundador de nossas instituições. Como lembra Paulo Bonavides, sem a verdade histórica e política do município, a outorga da Carta imperial durante o Primeiro Reinado teria ficado aquém de toda a legitimidade.<sup>5</sup>

Questiona-se, contudo, esta inserção do município como entidade federada no Brasil, sob o argumento de que a característica básica de qualquer Federação está em que o poder governamental se distribui por unidades regionais. Na maioria delas, essa distribuição é dual, formando-se duas órbitas de governo: a central e as regionais (União e Estados federados) sobre o mesmo território e o mesmo povo.<sup>6</sup>

José Afonso da Silva, a propósito entende que a Constituição não diz se os municípios transformaram-se mesmo em unidades federadas: “Ao contrário,

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 345.

<sup>3</sup> Loc. cit.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 352.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 640.

existem onze ocorrências das expressões *unidade federada* e *unidade da Federação* (no singular ou plural) referindo-se apenas aos Estados e Distrito Federal, nunca envolvendo os Municípios”<sup>7</sup> (arts. 34, II, IV e V; 45, § 1º; 60, III; 85, II; 132; 159, § 2º; 225, § 1º, III; ADCT, arts. 13, § 4º, e 32, § 9º). Acrescenta, ainda, que:

A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é ‘entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo’<sup>8</sup>. Data vênua, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação (...) Não resta dúvida que ficamos com uma federação muito complexa, com entidades superpostas<sup>9</sup>.

No mesmo sentido se posiciona Uadi Lammêgo Bulos, para quem “não se justifica a aberração de se incluir o Município no enlace federativo. Aliás, nunca se ouviu dizer que existe Federação de Municípios, porque Município é divisão política do Estado-membro e não possui assento no Senado Federal”<sup>10</sup>.

O fato é que os municípios, a partir da Constituição de 1988 passaram à categoria de entidades autônomas, isto é, entidades dotadas de organização e governo próprios e competências exclusivas.<sup>11</sup> A federação brasileira, assim, atualmente conta com três esferas governamentais: a da União (governo federal); a dos Estados Federados (governos estaduais); e a dos Municípios (governos municipais), além do Distrito Federal, a que a Constituição agora conferiu autonomia.

Outro aspecto a indicar que os municípios continuam a ser divisões dos Estados, segundo José Afonso da Silva, é o fato de que sua criação, incorporação, fusão e desmembramento far-se-á por *lei estadual*, dentro do período determinado por lei complementar federal (art. 18, § 4º, redação da EC-15/96), e dependerá de plebiscito (que é sempre consulta prévia) das *populações diretamente interessadas*.<sup>12</sup>

Paulo Bonavides, contudo, afirma que “nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o

<sup>7</sup> Loc. cit.

<sup>8</sup> Cf. Hely Lopes Meireles.

<sup>9</sup> SILVA, J. op. cit. p. 474 e 475.

<sup>10</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.514.

<sup>11</sup> SILVA, J. op. cit. p. 640.

<sup>12</sup> *Ibidem*. p. 475.

chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988”<sup>13</sup>

O que dizer da prática corriqueira de invasão do Estado-membro na área de competência do município? Bonavides entende que neste caso representa

a cassação da autonomia, que não é mera descentralização nem dádiva de um poder unitário, mas espécie de *self government*, com toda a força em que se possa ele fundar escorado na mais tradicional das garantias institucionais produzidas constitucionalmente pelos sistemas federativos em proveito das comunidades: a autonomia municipal<sup>14</sup>

Em nosso país é o município que atende, de fato, de forma mais visível, as necessidades básicas do cidadão. Este convive com o poder público municipal no seu cotidiano, vendo nele a própria materialização do poder, de quem espera ser atendido nos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial, a manutenção de programas de educação infantil e de ensino fundamental, bem como a prestação de serviços de atendimento à saúde da população (CF/88, art. 30). Para população, no atendimento de suas necessidades básicas, não interessa saber que parte desta competência do município, necessita de cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Em muitos casos, o sentimento que aflora é de abandono por parte do poder público, quando se recorre aos hospitais e não encontra leito hospitalar disponível, ou quando se busca a proteção na segurança pública e se depara com uma polícia e suas instalações despreparadas para o enfrentamento da criminalidade crescente.

A prática do orçamento participativo municipal, cuja experiência positiva na cidade de Porto Alegre – RS e que gradativamente se projeta para outras cidades como Fortaleza, constitui, sem dúvida, um caminho a ser seguido, sendo uma oportunidade para o cidadão de opinar quanto a melhor aplicação dos impostos em favor da população do seu município.

## 2. FEDERALISMO CLÁSSICO E FEDERALISMO COOPERATIVO

Estado federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional.<sup>15</sup> É o único titular da soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação.

Já o federalismo é processo e não uma compartimental distribuição

<sup>13</sup> BONAVIDES, P. op. cit. p. 347.

<sup>14</sup> *Ibidem*. op. cit. p. 353.

<sup>15</sup> SILVA, J. op. cit., p. 100;

de competências (Baracho).<sup>16</sup> Baseia-se na união de coletividades políticas autônomas. Quando se fala em *federalismo*, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma *forma de Estado*, denominada *federação* ou *Estado federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa.

O Brasil assumiu a forma de Estado federal com a proclamação da República, em 1889, e assim foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas nominal.

O federalismo, na expressão de Gilberto Bercovici, constitui:

um instrumento de integração, sendo, inclusive, essencial para a configuração do espaço econômico: afinal, a unificação do espaço econômico é garantia da unidade nacional. Não basta ao sistema federal estabelecer algumas regras simples e duradouras sobre repartição de competências e rendas. Constantemente, são necessárias mudanças para manter ou recuperar equilíbrio entre todos os integrantes da Federação.<sup>17</sup>

Para Celso Furtado o federalismo *deve expressar a idéia de que a organização política brasileira está fundada na solidariedade e na cooperação*. Deste modo,

a igualação das condições sociais de vida, em todo o território nacional, é a diretriz fundamental do nosso federalismo cooperativo. Esta homogeneização só é possível se os entes federados possuírem capacidade econômica e política para satisfazerem suas funções essenciais. Portanto, a igualação das condições sociais passa, necessariamente, pela igualação da capacidade dos entes federados. Busca-se, assim, um sistema federativo que responda às exigências de igualdade e solidariedade sem renunciar à sua própria estrutura federal.<sup>18</sup> (Visão do federalismo como processo: art. 24, § 1º, CF/88).

Nossa Constituição Federal de 1988<sup>19</sup> prevê o Federalismo cooperativo, quando afirma que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.

A competência (ou concorrente) comum dos entes federativos está prevista no art. 23 da CF/88. Outras disposições constitucionais prevendo

<sup>16</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 644.

<sup>17</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 240 - 241.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>19</sup> CF/88, art. 204, *caput*, e inciso I.

competências comuns estão previstas no art. 144 (segurança pública); art. 205 (a educação); art. 227 (a proteção especial à criança e ao adolescente). As disposições constantes nos arts. 23 e 24 guardam simetria com os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º) e com as tarefas da sociedade brasileira, ou objetivos fundamentais, constantes do art. 3º<sup>20</sup>.

*Competência Concorrente* é a que admite o exercício de atribuições por duas ou várias entidades. Permite a realização de atividades por mais de uma pessoa de Direito Público.

*Competência supletiva* é aquela que os Estados-membros exercem, quando a União deixa de regular determinada matéria, contemplada no texto supremo, vindo as entidades componentes, em face daquela omissão, suprir a inércia do legislador federal.

*Competência complementar* é aquela de acordo com a qual o Estados-membros, em face de princípios gerais, ditados pela União, sobre determinados assuntos, os adaptam às exigências e peculiaridades regionais, estatuindo detalhes de execução.<sup>21</sup>

Princípios federais extensíveis são aqueles princípios elaborados pelos órgãos legislativos federais que representam paradigmas de atuação para os órgãos estaduais e municipais (arts. 23 e 24 da CF/88)<sup>22</sup>

Alguns dos incisos do art. 23 não podem dispensar a elaboração de normas genéricas e abstratas. Ex.: proteção ao meio ambiente e combate à poluição (inciso VI). As disposições dos parágrafos do art. 24 representam verdadeiro estatuto de limitação à autonomia estadual, instituindo *normas federais extensíveis*. A legislação federal será estendida aos Estados-membros, aos quais, por incumbir a elaboração dos princípios constitucionais estaduais a serem obedecidos em nível municipal pela lei orgânica do município (art. 29), os repassará aos níveis federativos locais.<sup>23</sup>

Vários autores afirmam que a existência de uma segunda câmara está associada à adoção de um sistema federativo. De forma enfática, Sartori (1997) fez a seguinte afirmação:

nas estruturas federativas, não há dúvida de que há necessidade de duas casas (a opção unicameral não chega a ser uma opção), pois é necessária uma câmara alta que represente os estados membros e que seja, portanto, baseada na representação territorial". De fato, o bicameralismo é a forma de organização legislativa predominante nos países federativos, havendo somente seis exceções entre os 25 que adotaram aquela forma de organização das suas subunidades

<sup>20</sup> SLAIBI FILHO, N. op.cit. p. 642.

<sup>21</sup> RUSSOMANO, Rosah. *O princípio do federalismo na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 59.

<sup>22</sup> SLAIBI FILHO, N. op. cit., p. 643.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 643 - 644.

territoriais: Micronésia, Emirados Árabes Unidos, St. Kitts e Nevis, Camarões, Sérvia e Montenegro e Venezuela.<sup>24</sup>

O bicameralismo, contudo, não está limitado aos sistemas federativos; na verdade, 70% dos sistemas bicamerais estão localizados em países unitários (Patterson e Mughan, 1999), o que nos leva a questionar até que ponto as duas variáveis estão de fato correlacionadas.<sup>25</sup>

Uma das preocupações dos federalistas na elaboração da Constituição dos Estados Unidos era a de que um presidente suficientemente poderoso para governar de forma efetiva o seria também para oprimir o povo. Na linguagem da teoria da delegação, o receio era de que os recursos ou a autoridade proporcionada ao agente para defender os interesses do principal pudessem voltar-se contra o próprio principal.<sup>26</sup>

### 3. O SENADO FEDERAL DIMINUI AS DESIGUALDADES REGIONAIS?

No âmbito federal o poder legislativo no Brasil é exercido pelo Congresso Nacional (art. 44 da CF/88), adotando o sistema bicameral, por ser composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Este *bicameralismo* vem desde o Império, salvo as limitações contidas nas Constituições de 1934 e 1937, que tenderam para o *unicameralismo*, uma vez que na Constituição de 1934, o Senado passou a ser um órgão auxiliar da Câmara dos Deputados (composta por representantes do povo e de associações profissionais) e na Constituição de 1937 o Presidente da República acumulou as funções legislativas, período em que o Poder Legislativo ficou em recesso e o Senado deu lugar a um Conselho Federal.

Ocorre que na Constituição de 1988 as duas Casas possuem a mesma importância, embora a Câmara dos Deputados represente o povo e o Senado Federal represente os Estados e o Distrito Federal.

Considerando que no bicameralismo brasileiro não há predominância substancial de uma câmara sobre a outra, faz sentido a crítica de José Afonso da Silva<sup>27</sup>, para quem “o bicameralismo é um sistema mais propício ao conservadorismo, enquanto o unicameralismo favorece os avanços democráticos, na medida em que canaliza e exprime melhor os anseios da soberania popular por transformações”?

Embora formalmente a Câmara dos Deputados tenha a primazia da iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o STF, o STJ e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis

<sup>24</sup> NEIVA, Pedro Robson Pereira. Os Determinantes da Existência e dos Poderes das Câmaras Altas: Federalismo ou Presidencialismo? DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, vol. 49, nº 2, 2006, p. 277.

<sup>25</sup> Loc. Cit.

<sup>26</sup> Ibidem. p. 286.

<sup>27</sup> SILVA, J. op.cit. p. 510.

(arts. 61, § 2º, e 64), no Brasil, os grandes Estados são tolhidos e sacrificados em direitos fundamentais de representação, uma vez que a regra de representação por Estado e pelo Distrito Federal (art. 45, § 1º) é questionada por provocar distorções do sistema de representação proporcional. Alega-se que ao fixar o mínimo de 8 deputados e o máximo de 70 deputados, não se chega a uma proporção que atenda o *princípio do voto com valor igual para todos* (art. 14).

Já no Senado Federal, cada estado-membro da federação elege três senadores (com dois suplentes cada), pelo *princípio majoritário*, para um mandato de *oito anos*, renovando-se a representação de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços (art. 46). Ao votar para o Senado, o eleitor brasileiro desconhece quem foram escolhidos por seu candidato como seu primeiro e segundo suplentes. Em caso de vacância (por morte, doença, renúncia ou cassação), o senador é sucedido pelo primeiro suplente; havendo impedimento deste, pelo segundo. Se ambos estiverem impedidos, uma nova eleição será convocada para o preenchimento daquela vaga específica, não importando o tempo já transcorrido do mandato. Como o eleitor não vota no primeiro e no segundo suplente de Senador, os beneficiados são escolhidos pelo titular para sua suplência.

É comum a ocorrência de numerosos casos do suplente de Senador ser um parente do candidato, tais como filho, irmão, esposa, ou mesmo o próprio financiador maior de sua campanha que, uma vez ocupando a vaga de seu titular, passa a cuidar diretamente de seus interesses privados com o Estado. Assume, assim, a cadeira de Senador da República, desconhecido dos eleitores de seu Estado, assumindo o mandato sem a menor representatividade. Cezar Brito muito bem expressa a indignação deste modelo político adotado no Brasil para os suplentes '*biônicos*', quando afirma: "nada expressa melhor o nível de indigência moral do sistema político brasileiro do que a regra anômala dos senadores suplentes"<sup>28</sup>. Prefere chamá-los, com razão, de '*clandestinos*'.

Convém salientar que esta idéia de delegação própria de cada Estado, usando expressão de José Afonso da Silva<sup>29</sup>:

...jamais existiu no Brasil, porque os Senadores são eleitos diretamente pelo povo, tal como os Deputados, por via de partidos políticos. Ora, a representação é partidária. Os Senadores integram a representação dos partidos tanto quanto os Deputados, e dá-se o caso não raro de os Senadores de um Estado, eleitos pelo povo, serem de partido adversário do Governador, portanto defenderem, no Senado, programa diverso deste; e como conciliar a tese da representação do Estado com situações como esta?

Gilberto Bercovici argumenta que  
no Brasil, a única forma de agregação dos Estados entre si tem sido

<sup>28</sup> BRITO, Cezar, Os senadores clandestinos. *Folha de São Paulo* – Tendências/Debates. Domingo – 05.08.07 – Opinião, p. A 3;

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 511.

o discurso regionalista, sobretudo no Nordeste e Norte. Como o Senado não tem se revelado um fórum federativo efetivo, a questão das desigualdades regionais não encontra uma arena federativa adequada para ser debatida. (...) O Senado brasileiro cumpre apenas parcialmente, e de maneira insatisfatória, a tarefa de zelar pelos interesses de preservação e equilíbrio da Federação.<sup>30</sup>

Afinal, no Brasil, o pacto federativo se fortalece com a adoção do bicameralismo? O Senado Federal, pelas razões acima invocadas, tem sido fator determinante da estabilidade e fortalecimento da federação brasileira? Os suplentes de senadores, quando substituem seus titulares, possuem legitimidade para representar os Estados brasileiros? Da forma como funciona, considerando a postura política dos senadores da nossa República Federativa do Brasil, o Senado Federal cumpre, de fato, seu papel constitucional de representar os Estados e o Distrito Federal (CF/88, art. 46)? A natureza e a postura da prática legislativa têm contribuído para o afloramento crescente de tais questionamentos.

#### 4. FEDERALISMO REGIONAL

Durante a Constituinte de 1987/1988 foram inviabilizadas propostas para efetivar o princípio federativo sobre bases regionais sob o argumento de que sua criação poderia levar ao separatismo e à desagregação. Optou-se por fazer constar em nossa Carta Magna alternativas para a União articular sua ação visando seu desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais, discriminando os incentivos regionais, que compreenderão, além de outros, igualdade de tarifas, fretes, seguros; juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; isenções, reduções ou deferimento temporário de tributos federais devido por pessoas físicas ou jurídicas; prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas (CF/88, art. 43)

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF/88, art. 3º, *caput* e seu inciso III). A política assistencialista implantada pelo governo do Presidente Lula, conhecida como *bolsa família*, não tem se mostrado capaz de atender tais objetivos.

Diz o art. 18, *caput*, da CF/88: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição”. Para Paulo Bonavides<sup>31</sup>, a quarta instância política da Federação, que seria no caso o *poder regional*, provido de autonomia e erigido em eixo político de promoção e defesa de todos os interesses regionais, representaria o órgão de competência legítima para conduzir e executar a política de provimento das necessidades comuns da Região. Para ele,

<sup>30</sup> BERCOVICI, G. op. cit. p. 254 – 255.

<sup>31</sup> BONAVIDES, P. op. cit. p.360.

no federalismo das autonomias regionais, o que se propõe não é a eliminação das autonomias do Estado-membro e dos municípios, mas precisamente o contrário, a saber, o seu fortalecimento com a adição da autonomia regional. Esta, sim, fadada a regenerar o sistema federativo.<sup>32</sup>

Aparentemente, as desigualdades regionais brasileiras ainda continuam sendo um problema da sociedade nacional. Celso Furtado nos lembra que o processo de desenvolvimento, que é desigual e combinado, no caso brasileiro, é agravado pela 'herança regional', determinada pela nossa evolução histórica.

A medula dessa questão é a seguinte: o Brasil é um extenso território ocupado de modo irregular, apresentando combinações diversas de fatores e recursos, em sistemas econômicos com distintas potencialidades; desenvolver simultaneamente esses sistemas significa dividir em demasia os recursos e reduzir a intensidade média de crescimento do conjunto. Verifica-se, assim, que é necessário concentrar os recursos escassos nas regiões de maiores potencialidades, a fim de criar um núcleo suficientemente poderoso que sirva de base do desenvolvimento das outras regiões. Mesmo reconhecendo alguma verdade nessa idéia, a formulação geral do problema me parece incorreta. Abandonar regiões de escassos recursos e com rápido crescimento da população é permitir que se criem graves problemas para o futuro do país. Em um plano de desenvolvimento é necessário considerar em conjunto toda a economia nacional<sup>33</sup>.

Como bem observa Gilberto Bercovici,

o desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos. Não existem fases de desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades, seguindo os moldes da industrialização européia. O subdesenvolvimento é uma condição específica da periferia, não uma etapa necessária do processo de 'evolução natural' da economia. O desenvolvimento e o subdesenvolvimento são processos simultâneos, que se condicionam e interagem mutuamente.<sup>34</sup>

Celso Furtado acrescenta, por sua vez, que "o subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento".<sup>35</sup>

A economia subdesenvolvida não deve também ser considerada

<sup>32</sup> Loc. cit.

<sup>33</sup> FURTADO, Celso. *Perspectivas da Economia Brasileira*. Rio de Janeiro. ISEB (mec), 1958, p. 53.

<sup>34</sup> BERCOVICI, G. op. cit. p. 37.

<sup>35</sup> FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 197.

isoladamente do sistema de divisão internacional do trabalho em que está situada. A passagem do subdesenvolvimento para o desenvolvimento só pode ocorrer em processo de ruptura com o sistema, internamente e com o exterior, afinal, “em suas raízes, o subdesenvolvimento é um fenômeno de dominação, ou seja, de natureza cultural e política”.<sup>36</sup>

Considerando as desigualdades regionais históricas existentes neste país continental, que aparentemente ignoram o objetivo constitucional de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF/88, inc. III do art. 3º), para se ter ações políticas concretas que visem enfrentar tais problemas, de preferência voltadas para a ‘*constitucionalização administrativa*’ das regiões, ou ‘*federalismo regional*’, é preciso a conjugação de qualidades cada vez mais raras em nossa classe política: compromisso, coragem, determinação, persistência, ousadia e vontade política. Para tanto, recorreremos à lembrança de experiência bem sucedida já adotada no nordeste brasileiro, que, aliás, detinha estes atributos:

Em 1958, o governo do presidente Kubitschek recebia críticas no nordeste brasileiro, sobretudo dos governadores recém-eleitos, diante da redução dos investimentos sociais e dos baixos salários, em consequência da maior pressão inflacionária decorrente da construção de Brasília. O nordeste se sentia vítima, uma vez que o Estado brasileiro canalizava “*tudo para Brasília*”. Este abandono da região estava gerando tensões que terminariam por ameaçar a unidade nacional.

Celso Furtado nos lembra que,

o pouco dinheiro disponível para aplicar no Nordeste estava, assim, comprometido em obras do gênero Orós ou estava sendo desperdiçado em trabalhos emergenciais improvisados para assistir a população flagelada da seca (...) Por essa época, já havia no Nordeste sete bilhões de metros cúbicos de água represada graças às barragens construídas pelo DNOCS, sem que se soubesse exatamente para quê (...) Na ausência de aproveitamento hidrelétrico e de irrigação (...) a água estava ali para servir a uma pecuária extensiva nas longas estiagens<sup>37</sup>

Acrescenta que,

durante a seca de 1958, as condições de vida da população trabalhadora rural eram calamitosas, contudo a classe de proprietários de terras não parecia sobremodo afetada. Não fora a ação do governo federal, parte da população seria dizimada pela fome, e parte emigraria, para sobreviver (...) Nas regiões urbanas litorâneas, o quadro não era menos deprimente. Uma cidade de meio milhão

<sup>36</sup> ANGELOPOULOS, Angelos. *Planisme et Progrès Social*, Paris, L.G.D.J., 1953, p. 181. PREBISCH, Raúl. *Dinâmica do Desenvolvimento Latino-Americano*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1968, p. 20-22 e 28-31.

<sup>37</sup> FURTADO, Celso. *A Fantasia Desfeita*. 2ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1989, p.38.

de habitantes, como Fortaleza, não dispunha de serviços de água encanada. A água retirada de poços, era poluída por infiltrações de fossas que substituíam o serviço de esgoto. Não havia instalações portuárias: o embarque e o desembarque de mercadorias eram feitas em precárias alvarengas, com enormes perdas. Uma miniatura de estação termoeétrica, com potência inferior a três mil quilowatts, servia precariamente parte da cidade.<sup>38</sup>

Após ouvir relato de Celso Furtado quanto a real situação do nordeste brasileiro, o presidente Kubitschek o interrogou:

“Dr. Furtado, de quanto tempo o senhor necessita para pôr no papel tudo o que me disse aqui em forma de um esboço de plano de ação? Minha intenção é convocar todos os líderes nordestinos para lhes expor as linhas gerais da nova política e, de imediato, pôr em execução o que for possível. O Nordeste passará a ter, no meu governo, a mesma prioridade que tem Brasília. (...) Pena que o senhor não haja aparecido aqui no começo do meu governo, mas ainda contamos com tempo para fazer alguma coisa e plantar para o futuro”<sup>39</sup>.

O lançamento desta nova política pelo presidente da República cumpriu-se, finalmente, em março de 1959, com a assinatura de mensagem ao Congresso Nacional, propondo a criação da Superintendência para o Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), e o decreto instituindo, com sede em Recife, o Conselho do Desenvolvimento do Nordeste (CODENO). O mais grave problema a enfrentar seria a disparidade de níveis de renda existente entre o Nordeste e o Centro-Sul do país.

No governo Jânio Quadros, o Nordeste se situou à parte pela feliz razão de que ali tudo estava programado e em processo de execução no que dependia do Poder Público. A autoridade do superintendente (da SUDENE) crescia sensivelmente, não só porque o presidente explicitou o seu *status* de ministro, mas também porque os órgãos que eram articulados à SUDENE passaram a depender da interferência desta para ter os seus recursos liberados. A indústria da seca recolheu-se em seus redutores burocráticos mais discretos e contra-atacou bloqueando o Plano Diretor no Congresso. O deputado Oliveira Brito, conhecido como ‘dono do DNOCS na Bahia’, conseguiu ‘engavetar’ o projeto por vários meses. Só muito depois da renúncia de Quadros seria possível trazê-lo de volta à superfície. Mas havia os recursos inseridos no orçamento de 1961, os quais estavam sendo aplicados aqui e ali, dentro da disciplina do Plano.<sup>40</sup>

O presidente João Goulart defendia e reforçava a posição daqueles que estavam empenhados com a política de desenvolvimento da região nordeste

<sup>38</sup> *Ibidem*. p. 39.

<sup>39</sup> *Ibidem*. p. 45.

<sup>40</sup> FURTADO, C. op. cit. (1989), p. 106.

através da SUDENE. Naquela ocasião, as eleições gerais de fins de 1962, para renovação do Congresso Nacional e escolha dos governadores dos Estados, assumiram grande importância em virtude do Brasil ter um presidente que não aceitava o parlamentarismo em vigor, e os primeiros-ministros se sentiam sem legitimidade para assumir plenamente a chefia do governo. Fazendo uma análise da conjuntura política, que, aliás, se mantém atual no Brasil, Celso Furtado então refletia que:

Em Pernambuco, as forças progressistas se haviam polarizado em torno da candidatura de Miguel Arraes. Eu me perguntava por que algo similar – não em torno de uma pessoa, e sim, de um programa de reformas – não se tentava em escala nacional. Ainda não me havia capacitado plenamente de que a política no Brasil, e quase por toda parte, faz-se primeiro com pessoas, e secundariamente com idéias. Com o tempo, chegaria a perceber que todos os chamados líderes progressistas eram rivais entre si, seus entendimentos sendo puramente táticos, traduzindo conveniências momentâneas.<sup>41</sup>

No final de setembro de 1962, Celso Furtado aceitou o convite que lhe foi feito pelo presidente João Goulart para ocupar o recém-criado Ministério Extraordinário do Planejamento, sob as condições de continuar controlando a SUDENE, onde permaneceria como superintendente interino seu então substituto. A idéia deste convite foi sugerida pelo ministro San Tiago Dantas, para quem Celso Furtado seria a pessoa capaz de apresentar ao país um bem estruturado plano de governo, após a restauração do sistema presidencialista através de plebiscito. Após considerar ter concluída a incumbência de elaborar um plano de desenvolvimento econômico e social e de encaminhar, junto aos diversos ministérios, medidas visando a execução desse plano, Celso Furtado solicita ao Presidente que o libere das responsabilidades de ministro extraordinário a cargo do Planejamento. Reassume plenamente o comando da SUDENE.

Contudo, tomava corpo o declínio da autoridade do presidente João Goulart, que teve seu desfecho com o golpe militar que o destituiu do poder em 1964. Até então, “na área de ação da SUDENE todos os programas iam sendo cumpridos dentro de seu cronograma de execução”<sup>42</sup>. Os recursos incluídos no Plano que aprovava o Congresso asseguravam meios para que se avançasse até 1965, quando terminaria o tumultuado mandato presidencial.

Com a ascensão dos militares ao poder em 1964, foi dado início a um longo processo de esvaziamento da SUDENE, que “foi, praticamente, reduzida pela ditadura à aprovação de projetos beneficiados pelos incentivos fiscais”<sup>43</sup>. Como bem ressalta Renato Duarte:

O golpe militar de 1964 não só tirou Celso Furtado do comando da Sudene, como deu início a um processo de mudanças na es-

<sup>41</sup> *Ibidem*. p. 143.

<sup>42</sup> FURTADO, C. op. cit. (1989), p. 174.

<sup>43</sup> BERCOVICI, Gilberto. op. cit., p. 134.

trutura e nas prioridades da Sudene, inclusive com a nomeação para a superintendência daquela autarquia de pessoas carentes carentes de conhecimento técnico e da vivência no Nordeste que as capacitassem a levar adiante as idéias de Furtado. A partir de então, a Sudene passou a sofrer um processo de esvaziamento político e orçamentário, ficando as suas atividades quase que restritas à administração do Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR) e das frentes de trabalho, quando da ocorrência de seca. Finalmente, em 2001, o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso extinguiu a Sudene.<sup>44</sup>

Alegando irregularidades, as quais mandou apurar, em março de 2001 o presidente da República Fernando Henrique Cardoso começou a tomar as medidas para o encerramento das atividades da SUDENE e da SUDAM. Em razão de denúncias de desvio de recursos públicos, a SUDENE foi substituída pela Agência de Desenvolvimento do Nordeste (Adene).

O Governo Lula propôs a recriação da SUDENE por meio do Projeto de Lei Complementar 76/03, que tramita na Câmara Federal. Pelo projeto, a instituição buscará implementar uma nova política regional, comprometida com a construção de um modelo de desenvolvimento sustentável, que garanta a geração de oportunidades de inserção da população local na vida produtiva social e política do País.<sup>45</sup>

Portanto, subordinada ao Ministério da Integração Nacional, a SUDENE deve se transformar em agência de fomento. Seu principal objetivo será atrair e promover investimentos públicos e privados, nacionais, e internacionais.

Embutida nessa mudança está o diagnóstico de seu malogro. A Sudene soçobrou porque não conseguiu criar condições de sustentabilidade econômica na região, especialmente no sertão semi-árido.

Falhou porque não ajudou a quebrar o ciclo de intermitência da economia e da sociedade nordestinas, que em boa parte ainda vivem na dependência dos humores irregulares da natureza, o que não lhes dá perenidade, estimula a migração e cultiva a miséria sob variadas formas.

Falhou, enfim, porque a sua atuação técnica, essencial para atingir seus objetivos, esteve subordinada ao clientelismo local, o que a transformou em peça de negociação no balcão federal, alvo de disputas acirradas por verbas entre governadores e, depois da Carta de 1988, entre congressistas. E o que, ademais, tornou pouco

<sup>44</sup> DUARTE, Renato. *A Necessidade da Sudene*. Disponível em: [www.fundaj.gov.br/observanordeste/obed001g.html-16k](http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obed001g.html-16k). Acesso em: 30.7.07.

<sup>45</sup> *A lei complementar nº 125, de 03.01.2007, institui, na forma do art. 43 da CF/88, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE*. Vide no site do Ministério da Integração Nacional (Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional) a proposta de criação da ‘Nova Sudene’ – Versão final – [www.integracao.gov.br/publicacoes/sudene/proposta\\_recriacao.asp-10k](http://www.integracao.gov.br/publicacoes/sudene/proposta_recriacao.asp-10k)

eficazes e às vezes suspeitos mecanismos de financiamentos tais como o Finor e o Banco do Nordeste.

O fracasso da Sudene, entretanto, é sintoma da falha do Estado brasileiro em combater uma chaga secular, a seca, e em desenvolver uma região historicamente desprivilegiadas pela industrialização, modernização e urbanização. E faz parte de um fracasso ainda maior, qual seja, a incapacidade de esse Estado implementar um projeto nacional de desenvolvimento que se desse com a inclusão social.<sup>46</sup>

O fundamental da revisão da política brasileira de desenvolvimento regional, na visão de Gilberto Bercovici,

é a constatação da falência do modelo de autarquias federais criadas nos moldes da SUDENE. Este modelo deve ser substituído pelo federalismo regional. A Região seria um ente federado intermediário, entendida como um ente de articulação e cooperação entre União, Estados e Municípios.<sup>47</sup>

As seqüelas proporcionadas por uma política econômica dependente do capital financeiro internacional, fortalece a afirmação de Cristovam Buarque de que “o mais forte traço característico do planeta que o Brasil reproduz é a existência de um sistema de apartação social de sua população”<sup>48</sup>.

Enquanto o *apartheid*, criado na África do Sul decorreu “da falta de sintonia entre o projeto social que a minoria branca importou da Europa e a realidade social, cultural e econômica da sociedade nativa (...), no Brasil a apartação teve a mesma causa, ainda que o processo tenha seguido rumos diferentes. O modelo europeu implantou-se eliminando a maior parte da cultura e da própria população indígena. Para realizar o trabalho braçal, a sociedade européia importou da África mão-de-obra escrava(...) O fim da escravidão levaria a um de dois caminhos: a integração social de todos os habitantes em um projeto unitário de nação, ou o desenvolvimento separado nos moldes da África do Sul.”<sup>49</sup>

No Brasil,

diferentemente dos países europeus, dos quais importamos o modelo econômico, a democracia política não serviu para distribuir a renda e mudar o projeto social. Ao contrário, a democracia não fez ainda qualquer gesto social em direção a uma sociedade sem apartação; serviu para que os grupos corporativos, inclusive sindicatos de trabalhadores, mantivessem os privilégios e até os ampliassem (...) Em vez de se modificarem a economia e o destino

<sup>46</sup> MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. *O Fracasso da SUDENE*. Disponível em: <http://www.cosif.com.br>. Acesso em: 30.07.07.

<sup>47</sup> BERCOVICI, G. *op. cit.*, p. 30.

<sup>48</sup> BUARQUE, Cristovam. *O que é Apartação – O apartheid social no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 53.

<sup>49</sup> BUARQUE, C. *op. cit.* p. 54.

da sociedade, a apartação se consolidou como alternativa para continuar no erro. Na realidade, é na democracia política que a apartação está sendo explicitada.<sup>50</sup>

Contrastando com a África do Sul, que implantou a ditadura dos brancos para garantir a desigualdade e explicitar a diferença, segundo Cristovam Buarque “no Brasil a ditadura dos ricos serviu para ampliar a desigualdade e construir e consolidar a diferença”<sup>51</sup>.

Gilberto Dimenstein observa que,

o subdesenvolvimento acentuado a que estão submetidas as populações do Norte e do Nordeste não é o resultado de uma fatalidade ou patologia: é o resultado da manutenção de um autoritarismo social mediante a complexa interação entre o controle de instituições políticas (representação, acesso à mídia, instituições judiciais, polícia) e o controle de recursos econômicos (empresas favorecidas por subsídios e empréstimos estatais, apropriação privada dos recursos do Estado por meio da corrupção) por parte de oligarquias políticas. (...) Pobreza, analfabetismo, endemias são produto da continuada presença das elites tradicionais e autoritárias na atual consolidação democrática. Tais elites, não submetidas ao controle das ‘não-elites’, muitas vezes se valem sistematicamente da violência ilegal e até mesmo do terror, como se vê aqui nos conflitos rurais. A não-transparência, a não-accountability, a impunidade são os pilares da dominação política e econômica tradicionais. Com a ajuda do monopólio da mídia eletrônica, tornam o requisito da transparência impossível e impedem o fortalecimento das instituições democráticas.<sup>52</sup>

Contudo, a adoção de programas sociais como o *Bolsa-Família* e os benefícios fortemente subsidiados pagos pela Previdência Social têm sido apontados como os principais responsáveis pelo *crescimento chinês* na renda dos mais pobres no Brasil. Estudo do Banco Mundial mostra que, em termos quantitativos, o Brasil tem o mais amplo e bem focalizado programa de transferência de renda da América Latina. Mas, em termos qualitativos, temos algo a aprender com alguns vizinhos, como o Chile, que criou um programa que dá atenção especializada para ajudar os beneficiados a ingressar no mercado de trabalho.<sup>53</sup>

Apesar de deixar de fora de todos os seus programas de transferência de renda, segundo a PNAD de 2004, pesquisa anual do IBGE, quase a metade da população que vive com menos de um quarto de salário mínimo per capita,

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.58.

<sup>52</sup> DIMENSTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços** – Direitos Humanos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 15 e 16.

<sup>53</sup> GOIS, Antônio. *Bolsa-Família tem foco, mas não emprega. Folha de São Paulo*. Domingo, 28.05.2006, Brasil, p. A 23.

o Brasil aparece com o maior percentual de benefícios (73%) do *Bolsa-Família* chegando efetivamente aos 20% mais pobres. Em seguida aparecem Chile (58%), Nicarágua (55%), Honduras (43%), República Dominicana (35%), México (32%) e Argentina (32%)<sup>54</sup>. Critica-se, todavia, o *Bolsa-Família* afirmando que aonde ela chega, faltam investimentos que poderiam emancipar economicamente os pobres. O excesso de filhos e a precariedade das chamadas condicionalidades do programa também são barreiras. Muitos são os argumentos prós e contra a profusão de programas sociais de iniciativa do governo federal. Os extremos vão do combate à fome ao risco de explosão fiscal, passando pelo assistencialismo eleitoral. Para José Márcio Camargo, economista da PUC-Rio, “o *Bolsa-Família* custa hoje menos de 0,5% do PIB e é, na sua opinião, um dos mais bem implementados em todo o mundo”. Embora, a curto prazo o *Bolsa-Família* haveria muito mais fome não fosse esse dinheiro, argumenta-se ainda que sem mais investimentos em infra-estrutura e no controle da natalidade, a sensação, forte, é de “enxugar gelo”.<sup>55</sup>

A grande mídia brasileira embora reconheça que o Brasil reduziu seu grau de vulnerabilidade externa mediante o aumento do superávit comercial e a redução da dívida pública, tem afirmado que nosso país ainda não equacionou seu problema de falta de dinamismo. Alega-se que as taxas de juros são mantidas em patamares absurdos, que inibem o consumo e o investimento. “O renitente superávit fiscal, sustentado na elevação da carga tributária a nível intolerável e preservando do corte os gastos correntes, limita a capacidade de investimento público em infra-estrutura e sufoca o setor privado”.<sup>56</sup>

Economistas que criaram o *plano real* possuem opiniões próprias sobre como reduzir o custo do dinheiro e atrair novos investimentos. Para Armínio Fraga, por exemplo, “a principal distorção da atual cena econômico-financeira do Brasil é o altíssimo nível das taxas de juros”. Isso se deve, entre outros motivos, ao ainda elevado risco de investir no país. Há, contudo, um consenso entre eles de que o atual modelo e seu tripé de sustentação – controle dos gastos públicos, regime de metas de inflação e câmbio flutuante – precisam ser mantidos, pois seu abandono traria incertezas, os juros subiriam e projetos voltariam a ser engavetados.<sup>57</sup>

Admitindo que o Brasil se tornou uma democracia de massas, Maílson da Nóbrega observa que

no passado, a política econômica mirava essencialmente o crescimento, com pouca ou nenhuma preocupação com os riscos de inflação. Os benefícios iam para a minoria, isto é, os grupos que

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. A 23.

<sup>55</sup> CANZIAN, Fernando. *Bolsa-Família chega até onde governo não leva água*. *Folha de São Paulo*, Domingo, 11.06.06, p. B 1 e B 8.

<sup>56</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Falta horizonte*. Editorial. Domingo, 28.05.06, Opinião, p. A 2.

<sup>57</sup> GUANDALINI, Giuliano. 5 Lições para derrubar o juro e crescer mais. *Revista VEJA*. Economia e Negócios, edição 1957, ano 39, nº 20, 24 de maio de 2006, p. 86.

apoiavam politicamente o governo e o nacional-desenvolvimentismo, enquanto os custos eram transferidos aos pobres, que não tinham voz. Agora, a maioria tem o poder de decisão pelo voto. A política econômica passou a ser conduzida com um olho no eleitor médio, o que introduziu a preocupação com a estabilidade. Guinadas populistas podem ser punidas com a queda de popularidade do governo e do presidente, ameaçando planos de reeleição do titular ou de eleição de quem ele apoiar para ser o seu sucessor.<sup>58</sup>

O novo modelo de desenvolvimento que defende para o Brasil, e que acredita esteja nascendo em nosso país, inclui democracia, economia orientada pelo mercado ancorada em fortes instituições, e em políticas sociais focalizadas nos segmentos menos favorecidos.<sup>59</sup>

Nosso país hoje tem sua economia atrelada às leis de mercado.

O vínculo atual entre soberania do mercado e democracia liberal é um vínculo forçado, 'ideologizado', por uma racionalização comprometida com uma visão de mundo que optou pelos valores do mercado em oposição aos valores básicos do humanismo moderno.<sup>60</sup>

Conforme enfatiza Hobsbawm,

a soberania do mercado não é complemento da democracia liberal – é uma alternativa a ela. De fato, é uma alternativa a todo tipo de política, na medida em que nega a necessidade de serem tomadas decisões políticas, que são precisamente as decisões a respeito de interesses comuns ou de grupos, contrapostos à soma de opções, racionais ou não, de indivíduos que se norteiam por suas preferências particulares. A participação no mercado substitui a participação na política. O consumidor toma o lugar do cidadão.<sup>61</sup>

A garantia do desenvolvimento nacional, tanto quanto a erradicação da pobreza e da marginalização, e as desigualdades regionais constituem direitos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º). Devem ser garantidos e promovidos pelo Estado brasileiro, que é o principal formulador das políticas de desenvolvimento. Embora fixe um programa de atuação para o Estado e sociedade brasileiros, o art. 3º da nossa Carta Magna “não é uma norma programática. Sua eficácia, como princípio fundamental, é imediata.”<sup>62</sup> Além disso, ressalte-se que,

tanto as normas constitucionais, quanto a legislação infracon-

<sup>58</sup> NÓBREGA, Maílson da. *O Futuro Chegou – Instituições e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Globo, 2005, p.347.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 350.

<sup>60</sup> GENRO, Tarso. Crise Democrática e Democracia Direta. In: *Democracia e Política – Filosofia Política*, Série III, nº 6. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 21.

<sup>61</sup> HOBBSAWM, E. A falência da democracia. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais, 09.09.01, p. 6.

<sup>62</sup> BERCOVICI, G. op. cit., p. 295.

stitucional, estão vinculadas aos princípios fundamentais de determinada Constituição como fonte primária e orientadora da interpretação de todo ordenamento jurídico.<sup>63</sup>

Convém lembrar que os problemas regionais não estão isolados dos nacionais. Os grandes problemas nacionais, como a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais, só podem ser estudados e compreendidos corretamente se levarem em consideração os desequilíbrios regionais e, sobretudo, se houver, de fato, vontade política para superá-los em benefício dos brasileiros, sobretudo para os de baixa renda, com maiores oportunidade para todos, tornando, assim, este país mais justo e menos desigual.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGELOPOULOS, Angelos. **Planisme et Progrès Social**, Paris, L.G.D.J., 1953.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BRITO, Cezar. Os senadores clandestinos. **Folha de São Paulo – Tendências / Debates**. Domingo, 05.08.07, p. A 3.
- BUARQUE, Cristovam. **O que é Apartheid – O apartheid social no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANZIAN, Fernando. Bolsa-Família chega até onde governo não leva água. **Folha de São Paulo**. Domingo, 11.06.06, p. B 1 e B 8.
- DIMENSTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços – Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- DUARTE, Renato. **A Necessidade da Sudene**. Disponível em: [www.fundaj.gov.br/observanordeste/obed001g.html-16k](http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obed001g.html-16k). Acesso em 30.7.07;
- HOBSBAWM, E. A falência da democracia. **Folha de São Paulo - Caderno Mais**, 09.09.01.
- FOLHA DE SÃO PAULO. **Falta horizonte**. Editorial. Domingo, 28.05.06, Opinião, p. A 2.
- FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

<sup>63</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 115.

- \_\_\_\_\_. **A Fantasia Desfeita**, 2ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Perspectivas da Economia Brasileira**. Rio de Janeiro. ISEB (mec), 1958.
- GENRO, Tarso. Crise Democrática e Democracia Direta. In: **Democracia e Política – Filosofia Política**, Série III, nº 6. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- GOIS, Antônio. Bolsa-Família tem foco, mas não emprega. **Folha de São Paulo**. Domingo, 28.05.2006, Brasil, p. A 23.
- GUANDALINI, Giuliano. 5 Lições para derrubar o juro e crescer mais. **Revista VEJA, Economia e Negócios**, edição 1957, ano 39, nº 20, 24 de maio de 2006.
- MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **O Fracasso da SUDENE**. Disponível em: <http://www.cosif.com.br>. Acesso em: 30.07.07
- NEIVA, Pedro Robson Pereira. Os Determinantes da Existência e dos Poderes das Câmaras Altas: Federalismo ou Presidencialismo? **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 49, nº 2, 2006.
- NÓBREGA, Maílson da. **O Futuro Chegou – Instituições e Desenvolvimento no Brasil**. São Paulo: Globo S. A., 2005.
- PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais** 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- PREBISCH, Raúl. **Dinâmica do Desenvolvimento Latino-Americano**, 2ª ed, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1968.
- RUSSOMANO, Rosah. **O princípio do federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



# A IMPORTÂNCIA DA REORIENTAÇÃO DA PESQUISA DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS NA ERA PÓS-MODERNA

(PESQUISAR TAMBÉM SE APRENDE, PESQUISANDO...)<sup>1</sup>

*Germana de Oliveira Moraes<sup>2</sup>*

## RESUMO

Neste artigo, analisa-se como as descobertas das Ciências Naturais do século XX transformaram o ser humano, suas relações sociais, a configuração geopolítica do mundo e o planeta Terra.

Objetiva-se também demonstrar que essas transformações demandam, durante esta Era Pós-moderna, o retorno ao domínio da subjetividade humana – aos sentimentos (“*le retours des sentiments*”), no âmbito das pesquisas do Biodireito, do Direito Internacional e do Direito Ambiental.

Neste contexto, destaca-se a importância da reorientação da pesquisa das ciências jurídicas, a partir da liberação do preconceito do reducionismo ao método científico e da transcendência para as investigações metafísicas, filosóficas, sociais e políticas.

## Palavras-chave

Pesquisa Jurídica. Métodos. Cientificismo. Era Pós-moderna. Retorno aos sentimentos. Biodireito. Direito Internacional. Direito Ambiental.

## ABSTRACT

This paper has the objective to analyze how the Natural Sciences discoveries in the XX century had transformed the human being and his social relations, the remaking of world order and the Earth.

It has as well the goal to demonstrate that these transformations demands, during this After-modern Age, the return to the domain of the human being subjectivity - to the feelings (“*le retours des sentiments*”) in the field of the Biolaw, International law and Environmental law researches.

In this context, the importance of the reorientation of the juridical sciences researches is highlighted from the release of the prejudice of the reducionism to the scientific method and from the transcendence to the metaphysical, philosophical, social and politics investigations.

## Key-words

Juridical Research. Scientific Methods. After-modern Age. Return to the feelings. Biolaw. International law. Environmental law.

<sup>1</sup> Texto apresentado na Abertura do Curso à Distância de Especialização em Direito Processual Público, organizado pela Universidade Federal Fluminense, em convênio com o Conselho de Justiça Federal e a Universidade de Speyer-Alemanha, realizado de setembro de 2004 a junho de 2007.

<sup>2</sup> Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFC. Professora dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Juíza Federal no Ceará. Ex-conselheira do Conselho Nacional de Justiça.

No ano de 2004, as Olimpíadas esportivas aconteceram na Grécia. Na solenidade de pré-abertura, na cidade de Atenas, no dia 25 de março de 2004, reproduziu-se teatralmente o mesmo ritual celebrado na cidade de Olímpia, que a partir do ano 776 a.C. cedeu seu nome para aquele evento que viria a ser a maior competição esportiva em toda a história da humanidade, os Jogos Olímpicos - mais tarde, genericamente Olimpíadas. O fogo olímpico que brilhou no dia 13 de agosto de 2004 no estádio de Atenas, na abertura da 28ª edição dos Jogos Olímpicos da Era pós-moderna, foi aceso. A cerimônia foi realizada no templo de Hera, onde uma sacerdotisa representada por uma atriz, acendeu a pira com ajuda de um espelho côncavo, captando os raios solares. Uma das diferenças entre a competição atual e os jogos da Idade Antiga reside na possibilidade de mais da metade da população do planeta, onde vivem mais de 6 bilhões de habitantes assistir, em tempo real, via satélite, o acendimento da tocha olímpica, que transitou ao redor do mundo, pelas mãos de milhares de pessoas, nos cinco continentes, desde a solenidade de pré-abertura até a data da abertura oficial dos jogos, em agosto do ano de 2004.

As semelhanças entre aquele ritual, celebrado no Peloponeso, de quatro em quatro anos, em homenagem a Zeus, na Antiguidade, e este mesmo ritual reeditado no século XXI se devem fundamentalmente ao desenvolvimento científico e tecnológico nos séculos precedentes, em especial no século XX.

Nas Olimpíadas da Grécia Clássica, pretendiam os seres humanos a aproximação com os deuses, ao eleger os atletas de compleição física mais perfeita, aqueles com melhor desempenho nos jogos. Nas Olimpíadas na Idade Pós-Moderna, esta aproximação se faz também por intermédio do coração, à medida em que os esportes tem sido um importante meio de confraternização entre os seres humanos e os povos.

Com essas reflexões iniciais, vamos tratar da importância da pesquisa jurídica nesta nova era, não, porém, sem antes tecer algumas breves considerações genéricas sobre a pesquisa científica no século XX e na Idade Pós-Moderna, no intuito de chamar a atenção para o movimento que ora se insinua de retorno às investigações metafísicas, filosóficas e jurídicas.

## 1. A PESQUISA CIENTÍFICA NO SÉCULO XX E NA IDADE PÓS-MODERNA SÉCULO XX - O SÉCULO DA FÍSICA

*Nenhum período da História foi mais penetrado pelas Ciências Naturais nem mais dependente delas do que o século XX. Contudo, nenhum período desde a retratação de Galileu se sentiu menos à vontade com ela.(...) O século XX foi aquele em que a ciência transformou tanto o mundo quanto o seu conhecimento*

*Eric Hobsbawm*

Eric Hobsbawn<sup>3</sup>, autor das afirmações antes transcritas, alcunhou o século XX de “Século Breve”, que, a seu ver se iniciara com a deflagração do primeiro conflito mundial, em 1914, e findara, com a queda do muro de Berlim, em 1989. Destacou ter sido aquele século, a *era dos extremos*, porque, durante seu transcurso, sucedeu-se a uma Era de Catástrofe (a do período da 1ª e da 2ª Guerra Mundiais – de 1914 a 1945), uma Era de Ouro – do final do segundo conflito mundial ao início da década de setenta, findando com uma Era de Incerteza ou de decomposição, a partir dos anos 70 até o ano de 1991, com o fim da Guerra Fria<sup>4</sup>.

O conhecimento do século XX foi marcado pelo culto à razão, pelo monopólio do método experimental e pelo sucesso da Física e das Ciências Naturais.

No século XX provavelmente se registraram mais transformações no modo de vida do ser humano do que em todas as eras precedentes.

Tais transformações se tributam, prioritariamente, ao desenvolvimento das pesquisas científicas, em especial da Física. Da Revolução Industrial, instaurada no século XIX, e firmada no centenário seguinte, com suas fábricas, mineradoras e locomotivas, entrecruzando-se com a Revolução dos transportes, com a sofisticação de veículos terrestres, aquáticos, aéreos e espaciais, até culminar na estonteante Revolução das Comunicações, com as descobertas do rádio, do cinema, da televisão, do disco *a laser*, do computador e da Internet. Todas essas transformações sofreram os impactos diretos ou indiretos das pesquisas no âmbito da Física.

A ciência dita, fabulosamente, o *modus vivendi* destes tempos. Nos atos mais prosaicos, sem que nos demos conta, somos, quotidianamente, reféns da tecnologia. No supermercado, o preço das contas é computado através de leitores óticos; nas operações bancárias, usa-se o computador; ao ouvir música, utiliza-se tecnologia *laser*: ao assistirmos televisão, estão os satélites a nosso serviço. Para se obter informação de um processo em tramitação no Poder Judiciário, consulta-se o sistema informatizado; para fazer uma pesquisa científica, recorre-se aos dados da Internet.

Presenciamos o fim de uma era e o início de outra. Ingressamos na Pós-Modernidade. Isso implica um processo de destruição de modelos, paradigmas, arquétipos, e ao mesmo tempo reconstrução de outros em substituição àqueles em suplantação. Instaura-se uma nova era, que não saberemos como será, mas percebemos a influência do conhecimento do século XX sobre sua reconstrução e intuímos, paradoxalmente, à conta dos avanços científicos e tecnológicos, a época do retorno aos sentimentos – “*le retours des sentiments*”, preconizado por Erik Jayme.

<sup>3</sup> HOBBSBAWN, Eric. Feiticeiros e aprendizes – as ciências naturais. In: **A Era dos Extremos** – o breve século XX – 1914-1991. 2ª.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 504-536.

<sup>4</sup> HOBBSBAWN, E. op. cit. p. 15.

## 1.1 A Pós-Modernidade e “le retour des sentiments”

*Segundo Erik Jayme (JAYME, 1995, p. 36), as características, os elementos da cultura pós-moderna no Direito seriam: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Jayme denomina de “le retour des sentiments”, sendo o leitmotivo da pós-modernidade, a valorização dos direitos humanos.*

Cláudia Lima Marques<sup>5</sup>

A Professora Cláudia Lima Marques, autora da citação acima, ao tratar da crise da modernidade, da desconstrução do Direito e do novo acirramento metodológico, retrata “a realidade denominada pós-moderna” como,

a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópica, **do ceticismo quanto às ciências**, quanto ao positivismo, época do caos, da multiplicidade de cultos e formas, do direito à diferença, da euforia do individualismo e do mercado, da globalização e da volta ao tribal. É a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neo-conservadorismo(...). É uma época de vazio, de individualismo nas soluções de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a deregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e de uma forte internacionalidade das relações (...). É a crise do Estado do Bem-Estar Social<sup>6</sup>. (grifos nossos)

O mencionado ceticismo quanto às ciências têm sua expressão máxima naqueles que pressagiaram “o fim da ciência”.

Para os próprios cientistas, o rompimento com a experiência dos sentidos e o senso comum significou o rompimento com as certezas tradicionais de seu campo e de sua metodologia.

### a) O Paradoxo do Telescópio Hubble

Tanto a descoberta do Telescópio Hubble, quanto a sistematização da Teoria do caos, remete o ser humano às indagações metafísicas, teológicas, filosóficas, e cósmicas.

O Telescópio Hubble representa emblematicamente a libertação da experiência sensorial e a expansão da percepção humana, antes assentada exclusivamente em seus sentidos.

Posto em órbita em 1990, o super-telescópio Hubble já forneceu aos cientistas mais sinais e informações do que todos os demais telescópios terrestres juntos.

Enquanto as pessoas com boa visão têm capacidade de perceber, a olho nu, aproximadamente 5 mil estrelas, o telescópio Hubble possibilita a visão de

<sup>5</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A pesquisa em Direito: um testemunho sobre a pesquisa em grupo, o método “Sprechstunde” e a iniciação científica na pós-modernidade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 63-90, 2001, p.68.

<sup>6</sup> Loc. cit.

um número indeterminado de estrelas, descortinando para o ser humano uma nova percepção do universo, muito além de seus sentidos.

Essa percepção além dos sentidos que (revela) desvela a matéria do universo, paradoxalmente, fragiliza o método das ciências naturais. Por via de conseqüência, há quem, nisto, anteveja o fim do monopólio do método experimental e a decorrente expansão da visão metodológica, tornando, assim, imprescindível, o resgate da intuição e “*le retour des sentiments*” (o já referido retorno dos sentimentos).

Lembra Leonardo Boff que,

o homem arcaico, antes da hegemonia da **razão**, vivia uma *union mystique* com todas as realidades sentindo-se umbilicalmente ligado a elas; participava da natureza das coisas e as coisas participavam de sua natureza. Percebia que as plantas, as pedras e os animais pertenciam a sua própria história, embora se perdesse na penumbra do tempo antigo. Por isso, o **sentimento** de pertença e de parentesco universal permitia uma integração bem sucedida da existência humana (...). Registra, em seguida, o citado filósofo a busca deste acordo perdido pelo homem moderno e pós-moderno, o qual subsiste, em seu entender, na lógica do cotidiano, nos seus sonhos, nas utopias regressivas e progressivas e em seu fértil imaginário<sup>7</sup>. (grifos nossos)

Nesta era pós-moderna, o ser humano está à procura do resgate de seus sentimentos e estes voltam a reincorporar-se aos processos de elaboração do conhecimento.

Para Leonardo Boff, “o sentimento é também uma forma de conhecimento, embora de natureza diversa, englobando dentro de si a razão e transbordando-a por todos os lados”<sup>8</sup>. Ao citar a afirmação de Blaise Pascal, segundo a qual os primeiros axiomas do pensamento vêm intuídos pelo coração e que cabe ao coração colocar as premissas de todo o conhecimento possível do real, conclui dizendo que “primeiro sente o coração, somente após reage o pensamento”.<sup>9</sup>

No mesmo rumo, há quem perceba que a Teoria do caos sintetiza o rompimento com as certezas tradicionais do campo de metodologia das ciências. A corrente mais romântica desses teóricos reconhece a imprevisibilidade dos procedimentos científicos deterministas, bem como a universalidade de formas e padrões da natureza em suas manifestações mais díspares e aparentemente sem qualquer relação. No entanto, assim como afirma Cláudia Leitão<sup>10</sup> que é “final do milênio, mas não final dos tempos”, não é o fim da ciência, mas tão somente o final da visão reducionista do cientificismo...

<sup>7</sup> BOFF, Leonardo Boff. *Ethos, um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letra Viva, 2000, p. 104-105.

<sup>8</sup> Ibidem. p. 104.

<sup>9</sup> Loc. cit.

<sup>10</sup> LEITÃO, Cláudia. *Por uma ética da estética*. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha/UECE, 1997, p. 21 a 68.

A ciência não morreu... Apenas refaz-se e renasce liberta de sua estreiteza metodológica. Expande-se para além da dimensão física - material, para uma dimensão transcendental: enquanto supera a concepção antropocêntrica, substituindo-a por uma cosmovisão, promove o reencontro do ser humano com sua dimensão subjetiva – com o festejado “*retour des sentiments*”. Insere-o em sua dimensão planetária, com o despertar da consciência ecológica, e reintegra-o em sua dimensão cósmica, restabelecendo uma conexão com sua espiritualidade.

Paradoxalmente, é por intermédio dos avanços e das conclusões científicas que o ser humano começa a transcender a física, a transcender à matéria, e retorna às investigações meta-físicas, à filosofia e às reflexões sociais, políticas e jurídicas.

### **b) O retorno às investigações meta-físicas, filosóficas e jurídicas**

Retorno...Por que retorno? **Retorno**, por causa da transcendência da física. O reencontro do ser humano com sua dimensão subjetiva revela a insuficiência da razão no processo de conhecimento, ao qual volta a se agregar o sentimento – o *pathos*, no sentido proposto por Leonardo Boff.

Para Leonardo Boff, a experiência-base da vida humana, não é o *logos*, mas o *pathos*. É o sentimento, o afeto e o cuidado. Sinto, logo existo (*sentio, ergo sum*), é para ele, a proposição-raiz. ‘*Pathos* é a capacidade de sentir, de ser afetado e de afetar”. Explica Boff que a

existência humana jamais é pura existência: é uma co-existência sentida e afetada pela ocupação e pela preocupação, pelo cuidado e pela responsabilidade no mundo e com os outros, pela alegria ou pela tristeza, pela esperança ou pela angústia (...) as estruturas axiais da existência circulam em torno da afetividade, do cuidado, do Eros, da paixão, da com-paixão, do desejo, da ternura, da simpatia, do amor.” Conclui ser este sentimento básico “uma qualidade existencial”, um modo de ser essencial, a estruturação ôntica do ser humano<sup>11</sup>.

**Retorno** também, por causa dos impactos da ciência sobre o ser humano, a humanidade e o planeta Terra. A ciência e as novas tecnologias lançam novos desafios, suscitam novas e ressuscitam antigas questões transversalmente metafísicas, filosóficas e jurídicas.

As novas Biotecnologias e as investigações e descobertas mais recentes das ciências biológicas demandam paralelamente os estudos da Bioética. O ser humano volta a preocupar-se, agora através das lentes das novas descobertas tecnológicas, com questões como o início e o

<sup>11</sup> BOFF, L. op. cit. 102-103

fim da vida– inseminação artificial, bebê de proveta, aborto, morte encefálica, doação de órgãos, eutanásia, dentre tantas outras, que não se resolvem sem o recurso às investigações filosóficas.

As referidas revoluções dos meios de transporte e de informações repercutem sobre os hábitos e costumes, condicionando novos modos de comunicação e inéditas formas de associações, facilitando a convivência independentemente das fronteiras espaciais e temporais. Com a abolição dessas fronteiras físicas, delineia-se também uma tendência à eliminação gradual das fronteiras emocionais, despontando uma esperança de erradicação dos preconceitos e intolerâncias, propulsores de tantas guerras, cultivando-se, assim, a paz.

Tanto as relações pessoais, com namoros virtuais, de que resultam casamentos entre estrangeiros, quanto as formas de gestão de negócios e de relações de emprego, que começam a ganhar o ciberespaço, desafiam os corações e as mentes dos seres humanos, para prevenir e resolver problemas transfronteiriços que vão da regulação das uniões estáveis, perpassam pelo comércio eletrônico e culminam na sinalização de necessidade de reconfiguração de uma nova ordem geopolítica para o mundo.

Conforme analisa, com lucidez a Professora Cláudia Leitão,

contrariamente ao projeto jurídico-político do Estado-nação, acalentado pela Modernidade, o planeta se “tribaliza”, os conflitos religiosos voltam à ordem do dia, mostrando-nos “monstruosamente” que a utopia da nação é rechaçada com violência em nome do ideal comunitário, reconduzido, desta feita, livremente, pela imagem arquetípica do amigo-inimigo. Por se verem libertas do peso de uma ética absoluta e esmagadora, as comunidades atuais proliferam e “explodem” através da singularidade de suas éticas e socialidades, numa espécie de revolta surda à representação homogênea do corpo social<sup>12</sup>

Conforme vaticina Washington Araújo<sup>13</sup>, “ultrapassados os sucessivos estágios de famílias, patriarcados, tribos, cidades-estados e nações, vivenciamos agora as dores do parto de uma nova ordem mundial, o estágio da maturidade coletiva da humanidade: a unidade do gênero humano.” A humanidade encontra-se em processo de maturação: em breve – assim se deseja e se espera, resplandecerá como fruto do fortalecimento da fraternidade entre os seres humanos e da cooperação entre os povos.

A preservação da espécie humana depende diretamente da paz mundial. A paz mundial, mais do que nunca, depende da cooperação internacional, de acordos entre as nações, como o tratado de não proliferação de armas nucleares. O

<sup>12</sup> LEITÃO, C. op. cit. p. 33.

<sup>13</sup> ARÁUJO, Washington. *Prefácio do livro A Ética da Vida*. 2ª ed., de Leonardo Boff. Brasília: Letra Viva, 2000, p. 12.

mundo assistiu, na terça-feira de 11 de setembro de 2001, estupefato e angustiado, as cenas bélicas nos Estados Unidos – o atentado às torres gêmeas do “*World Trade Center*” e ao Pentágono, e percebemos todos que ninguém do planeta pode ficar indiferente àquela tragédia, que, emblematicamente, atingiu o coração e a mente da civilização norte-americana, chamando a atenção sobre os valores essenciais do ser humano, se de algum não estariam sendo eles esquecidos...

Não é somente a preservação da espécie humana, mas também a sobrevivência do planeta Terra, que depende cada vez mais de tratados de cooperação internacional, como se demonstra facilmente pela importância do Acordo de Kyoto.

Tanto quanto os seres humanos dependem uns dos outros, tanto quanto a tempestade do Himalaia depende do ruflar das asas da borboleta na Amazônia, os estados dependem uns dos outros.

Como no *Big Bang* deste processo explosivo, angustiante, desta crise, derrubam-se emblematicamente as fronteiras, rompem-se com as prisões da separatividade entre os seres humanos, entre os grupos e entre as nações, para que possa germinar a semente da consciência de que ser humano significa depender inexorável e maravilhosamente um do outro.

Nesta nova Era, o Estado caminha para ser apenas mais uma dentre tantas outras organizações. Ainda que o preço seja o sacrifício do belo ideal do Estado social, hoje em vias de imolação, prefiro acostar-me à profecia dos otimistas que, como Leonardo Boff, acreditam que a globalização será ecocêntrica e colocará no centro não este ou aquele país ou bloco geopolítico e econômico, esta ou aquela cultura, mas a Terra, entendida como um macro- sistema orgânico, um super-organismo vivo, GAIA, ao qual todas as instituições devem servir e estar subordinadas. Quando acordarmos deste pesadelo em que vivemos juntos, quando superarmos as perdas das antigas formas, para que assim possamos construir uma nova era, ainda teremos tempo para vivenciar a conclusão da Carta da Terra, segundo a qual “o nosso tempo será lembrado pelo despertar de uma nova reverência em face da vida, por um compromisso firme de alcançar a sustentabilidade, pela rápida luta pela justiça e pela paz, pela alegre celebração da vida...”<sup>14</sup>

Em consequência dos avanços tecnológicos adveio não apenas a melhoria da qualidade de vida, mas também advieram ameaças – ameaças à humanidade, conforme visto, e ao planeta. A maior delas volta-se contra nosso *habitat*, a nossa casa – o planeta Terra: a degradação do meio-ambiente, a poluição da terra, das águas e dos ares e o desrespeito à natureza despertam a consciência ecológica, demandando pesquisas no campo da Ecologia.

**Retorno** finalmente, porque os estudos atuais se reaproximam daqueles feitos nas primeiras Universidades fundadas na Idade Média – de Teologia, Direito e Medicina, no tratamento, respectivamente, das questões do espírito,

---

<sup>14</sup>BOFF, L. op. cit. p. 164.

relacionais (da alma) e do corpo humano, com a peculiaridade de que, hoje em dia, as pesquisas não se esgotam no âmbito exclusivo de cada uma delas, sendo a elas transversais.

Observa a Professora Cláudia Lima Marques<sup>15</sup> que é somente nos séculos XIX e XX que o método empírico, mais afeito às ciências sociais começa a ser considerado pelos pensadores como o único científico, lembrando que, na Idade Média, o método científico era exclusivamente hermenêutico, quando surgiram as Faculdades de Direito, Teologia e Medicina.

Recorda também Nelson Saldanha que ao se formarem as primeiras Universidades, a Teologia e as Ciências Jurídicas foram os grandes domínios do saber sistematizado, tendo por base para o estudo e a exposição dos problemas jurídicos o método com substrato teológico “ligado a uma cosmovisão estática e a uma imagem hierática das coisas, além da referência formal a determinados textos.”<sup>16</sup> Acrescenta, mais adiante, que,

o possível conservadorismo do jurista, vinculado ao seu sentido de forma (bem como talvez ao *pathos* da letra e das literalidades), seria também, em sua realidade, ainda hoje, herança do conservadorismo teológico, ou seja, de uma teologia do hierático e do estático, preservada estamentalmente através do próprio mundo moderno, dentro das Universidades, da Igreja e da Burocracia<sup>17</sup>.

Referindo-se a Karl Popper, continua Nelson Saldanha, esclarecendo que “o cientificismo como supervalorização da ciência (ou antes a um determinado modelo ou tipo de ciência), é que levou à supervalorização do método, baseando-se sobre o aspecto formal da ciência, isto é, de um determinado conceito de ciência”<sup>18</sup>.

Ao tratar da confusão entre filosofia e ciência gerada pelos positivismos, afirma o citado jusfilósofo que,

os positivismos modernos tendem a confundir as duas coisas, do que resultou uma redução do filosofar aos modelos científicos: vale dizer, científico-positivos. Propõe, então, uma crítica dos positivismos – sobretudo de sua versão neo-positivista e lógico-formal: o que se visa é basicamente o resgate do pensamento filosófico, tal como aparece nos momentos mais válidos da história da cultura<sup>19</sup>

Nelson Saldanha, ao apontar que a excessiva concentração do pensamento jusfilosófico nos temas metodológicos conduz a um reducionismo da elaboração do saber do Direito, apóia-se em Erich Schwinger, que se rebelara contra a ideia de um único método, contra o “imperialismo do método único”, para sugerir um sincretismo metodológico como algo mais frutífero<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> MARQUES, C. op. cit. p. 12.

<sup>16</sup> SALDANHA, Néson. *Da teologia à metodologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 107.

<sup>17</sup> *Ibidem* p. 31.

<sup>18</sup> *Ibidem* p. 129.

<sup>19</sup> *Loc. cit.*

<sup>20</sup> *Loc. cit.*

## 2. A IMPORTÂNCIA DA REORIENTAÇÃO DA PESQUISA NAS CIÊNCIAS JURÍDICAS NA ERA PÓS-MODERNA

*Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o Direito (GHERSI, 1995, P. 14). Tempos de ceticismo quanto à capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora... Para muitos, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de desdogmatização do Direito (SANTOS, 1989, p. 17), para outros é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o Direito, que aumenta a liberdade dos indivíduos (FRIEDMAN, 1994, p. 61, mas diminui o poder da crítica, da evolução histórica (VATTUNIM 1996, p. XII) e da verdade do Direito (FOUCAULT, 1996, p. 80, fenômeno contemporâneo à globalização (JAYME, 1995, p. 36) e à perda da individualidade moderna, mas que assegura novos direitos individuais à diferença (Jayme, 1995, p. 37) e aumenta o radicalismo das linhas tradicionais (GELLNER, 1992, p. 11).*

Cláudia Lima Marques<sup>21</sup>

Nesta nova era, repleta de desafios para o Direito, impõe-se aos cientistas jurídicos, a necessidade de construção de seu método próprio, ora resgatando o método hermenêutico, ora em busca de um “sincretismo metodológico” como novo caminho de elaboração do conhecimento e do saber do Direito.

Atento à importância para a pesquisa no âmbito das ciências Jurídicas, da Epistemologia, como teoria do conhecimento, compreendendo “o conjunto de conjecturas, categorias e procedimentos que o possibilitam”, o Professor Arnaldo Vasconcelos defende ser ela imprescindível, seja ao filósofo, seja ao cientista. “Não se pode conceber que o profissional desconheça os instrumentos que tem de utilizar para a realização de sua obra.”<sup>22</sup>

As ciências jurídicas permanecem, ainda, em alguma medida, acorrentadas a métodos reducionistas. Além de que, os cientistas jurídicos são herdeiros e reféns dos preconceitos gerados pela concepção científica do século XX centrada na Física ou nas ciências tidas por exatas (*hard science*), sintetizados no desprezo ao método hermenêutico usado no Direito.

Em nossas Universidades ainda hoje encontramos alguns que pensam que o caráter científico (da pesquisa) depende do uso de métodos empíricos. Criticam os juristas e seus métodos, criticam sua falta de dedicação à pesquisa, à Universidade, sua baixa produção “científica”, sua preocupação com a prática, sua falta de profissionalismo.<sup>23</sup>

A perdurar a concepção reducionista do Direito à forma (às leis), dissociada da realidade ou das realidades em transformação (dos fatos) e desconectada dos sentimentos humanos (dos valores), não há como os cientistas

<sup>21</sup> MARQUES, C. op. cit. p. 10.

<sup>22</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Temas de Epistemologia Jurídica*. Fortaleza: Gráfica Nacional, 2003, p. 11.

<sup>23</sup> MARQUES, C. op. cit. p. 6.

jurídicos possam reelaborar o conhecimento e o saber do Direito, de maneira a auxiliar na compreensão das realidades mutantes, apresentar soluções para os problemas delas emergentes e, finalmente, (re)orientar as nossas ações em meio a essa metamorfose do ser humano, da humanidade e do planeta.

É preciso, pois, reformatar também os caminhos da pesquisa jurídica, tomando como ponto de partida a definição de Pádua, de pesquisa, em sentido amplo, como

toda atividade voltada para a solução de problemas como atividade de busca, indagação, investigação, inquirição da realidade, é a atividade que vai nos permitir, no âmbito da ciência, elaborar um conhecimento ou um conjunto de conhecimentos que nos auxilie na compreensão desta realidade e nos oriente em nossas ações (...) a razão se desdobra como disciplinação do pensar e do saber: antes mesmo de tomar forma como autoconsciência, o espírito tende a organizar-se como ciência<sup>24</sup>

O cientista jurídico, além de procurar compreender a realidade, preocupa-se com o desenvolvimento da consciência humana, transitando entre os mundos do “ser” e do “dever ser”, em busca de detectar e prescrever as pautas de orientação das ações humanas.

Por isso, para a elaboração do saber jurídico, é necessário libertar-se do preconceito do reducionismo ao método científico e transcender, transversalmente, para o domínio da metafísica e da filosofia, no qual se entronizam os valores ou a dimensão emocional e subjetiva do ser humano, e para o domínio das ciências sociais e políticas, as quais, ao mesmo tempo, em que demandam pautas de orientação, dialeticamente, as formulam.

Conforme se vislumbrou anteriormente, não é difícil estabelecer a conexão entre os novos desafios lançados pelas transformações da realidade desta era pós-moderna, fundamentalmente catalisadas pelas investigações e descobertas das ciências ditas exatas, v.g., Física, Biologia e Química, com as pesquisas jurídicas. Convém, neste ponto, lembrar que, nesta fase pós-positivista, na qual se operou o resgate axiológico do Direito, as reflexões e os estudos jurídicos perpassam necessariamente pelas investigações metafísicas, filosóficas, sociais e políticas...

As contínuas e rápidas transformações da realidade despertam inéditas inquietações, que cabe aos pensadores e pesquisadores do Direito arrostar, inclusive e, principalmente, para fornecer novos parâmetros de conduta. Por isso, o surgimento de novas áreas de pesquisa jurídica nos cursos de pós-graduação, como o Biodireito e o Direito Ambiental e o fortalecimento do Direito Internacional, cujos postulados também estão se renovando.

<sup>24</sup> PÁDUA, Elizabeth Matallo Marchesi. *Metodologia da pesquisa* – abordagem teórico-prática. 2ª. Ed., Campinas: Papirus, 1997, p. 29.

Ciente e consciente das transformações da realidade, e prevendo uma ruptura de paradigmas, observa o Professor Luiz Edson Facchin, que,

no ponto de partida, serve de bússola Milton Santos: 'Os eventos dissolvem as coisas, eles dissolvem as identidades, propondo-nos outras, mostrando que não são fixas...', sugerindo que "nessa travessia em que nos encontramos, distantes da suposta clivagem entre a formulação acadêmica de nossa pós-graduação e o conjunto de questões sociais contemporâneas, a pós-graduação em Direito deve longe estar da metáfora debilitada pelas paragens ilusionistas de Garcia Márquez, e cada vez mais próxima das grandes demandas contemporâneas, em suas virtudes, mesmos em suas dificuldades e complexidade, desvendando uma instância capital para a transformação da sociedade brasileira<sup>25</sup>.

Sensível à necessidade de mudança das perspectivas metodológicas tradicionais, e em sintonia com as demandas desta Era pós-moderna, o Professor Hélio Leite, da Universidade Federal do Ceará, pós-graduado em Estatística e Professor de Informática Jurídica, elaborou tese de Doutorado, com proposta de novos caminhos para a pesquisa em ciências humanas, a partir do suporte teórico e metodológico da fenomenologia de Edmund Husserl, demonstrando uma ligação epistemológica entre as áreas da Filosofia, do Direito e da Educação. A partir da análise de dados de pesquisa feita com magistrados que frequentaram os Cursos da Escola de Magistratura do Ceará, feita em três etapas: "uma descrição empírica, uma redução eidética e uma redução transcendental", sustenta duas conclusões gerais. Segundo o autor,

a primeira é que a avaliação realizada conduziu a um resultado mais amplo, qual seja a descoberta da essência do magistrado, de acordo com a visão dos entrevistados. A segunda a ser destacada é a caracterização de um conjunto de críticas, sugestões e julgamentos, isto é, de uma avaliação sobre os cursos, como uma norma axiológica<sup>26</sup>.

Sobressai, nestes tempos de reconstrução e de desafios inéditos, a importância da pesquisa das Ciências Jurídicas, em especial, nos cursos de pós-graduação em Direito, a medida em que se vai delineando a consciência dos problemas relacionais gerados pelos avanços científico-tecnológicos. Percebe-se, então a grande responsabilidade dos cientistas jurídicos com o ser humano, (no âmbito do Biodireito, por exemplo), com a humanidade, sobrepondo-se cada vez mais a regulação transnacional e internacional sobre

<sup>25</sup> FACCHIN, Luiz Edson. *A expansão da pós-graduação em Direito no Brasil*. Conferência de Abertura do IX Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na PUC do RJ, em outubro de 2000.

<sup>26</sup> LEITE, Hélio. *Aperfeiçoamento e Especialização: o esperado e o alcançado na visão dos alunos que frequentaram os cursos da Escola de Magistratura do Ceará, nos anos de 1995 a 2002*. Tese de Doutorado em Educação. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2004.

as disciplinas estatais, como se demonstra com a enunciada Constituição da União Européia, e finalmente, responsabilidade com o planeta, cuja preservação ou salvação, em boa parte depende, da disciplina do Direito Ambiental, no âmbito nacional e internacional.

São muitas as dificuldades e barreiras com que se deparam os pesquisadores do Direito. Além de receber pouco apoio das entidades oficiais, comparativamente a outras áreas do saber, sofrem preconceitos por parte dos “cientistas” dos outros ramos do conhecimento, e enfrentam dificuldades internas e externas para libertar o conhecimento jurídico dos grilhões da metodologia reducionista do cientificismo.

No Brasil, a pesquisa das ciências jurídicas nos cursos de Direito se faz de modo quase heróico, sobrevivendo graças à iniciativa individual de poucas e raras pessoas, de algumas professoras e de alguns professores que se devotam à causa universitária nos diversos quadrantes do país. Na Universidade Federal do Ceará, por exemplo, muito deve o fomento da pesquisa à devoção da **Professora Magnólia Lima Guerra**. Primeira mulher a defender uma dissertação no Curso de Mestrado em Direito no estado do Ceará e obter o grau de Mestre, foi também a pioneira na Direção da Faculdade de Direito da UFC. No âmbito da Pós-graduação, além de instituir e supervisionar vários cursos de especialização, dedicou-se durante mais de uma década, com uma energia inesgotável e profunda sabedoria, à Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, que ajudara a fundar nos idos anos 70. Por isso nossas homenagens a ela, Professora Magnólia, que a muitos de nós, inclusive a mim, ensinou o gosto pela pesquisa jurídica e, principalmente, demonstrou, que assim, como o sabiam, na Antiguidade, os atletas gregos das Olimpíadas, que jogar se aprende jogando, e certamente, conforme ensinaram os sábios da Grécia Clássica que, na vida, amar se aprende amando, *pesquisar também se aprende pesquisando...*

### 3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁUJO, Washington. **A Ética da Vida**. 2ª ed., de Leonardo Boff. Brasília: Letra Viva, 2000.

BOFF, Leonardo Boff. **Ethos, um consenso mínimo entre os humanos**. Brasília: Letra Viva, 2000.

FACCHIN, Luiz Edson. **A expansão da pós-graduação em Direito no Brasil**. Conferência de Abertura do IX Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na PUC do RJ, em outubro de 2000.

HOBBSAWN, Eric. Feiticeiros e aprendizes – as ciências naturais. In: **A Era dos Extremos** – o breve século XX – 1914-1991. 2ª.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LEITÃO, Cláudia. **Por uma ética da estética**. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha/UECE, 1997.

LEITE, Hélio. **Aperfeiçoamento e Especialização: o esperado e o alcançado na visão dos alunos que freqüentaram os cursos da Escola de Magistratura do Ceará, nos anos de 1995 a 2002.** Tese de Doutorado em Educação. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2004.

PADUA, Elizabeth Matallo Marquesi. **Metodologia da pesquisa** – abordagem teórico-prática, 2ª. ed. Campinas: Papirus, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. A pesquisa em Direito: um testemunho sobre a pesquisa em grupo, o método “Sprechstunde” e a iniciação científica na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.**Porto Alegre, v. 20, p. 63-90, 2001.

SALDANHA, Néelson. **Da teologia à metodologia.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Temas de Epistemologia Jurídica.** Fortaleza: Gráfica Nacional, 2003.



# ÂMBITO CONSTITUCIONAL, HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA E FATO GERADOR DO TRIBUTO. UMA CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO

---

*Hugo de Brito Machado*<sup>1</sup>

## RESUMO

Neste estudo vamos examinar os significados das expressões *âmbito constitucional do tributo*, *hipótese de incidência* e *fato gerador* do tributo. Expressões que colocamos nessa ordem em atenção à dinâmica do Direito Tributário, como forma de contribuir para que esses conceitos sejam utilizados dentro de um ordenamento lógico e harmonioso.

## Palavras-chave

Âmbito constitucional do tributo. Hipótese de incidência. Fato gerador.

## ABSTRACT

This article analyzes the meaning of the following terms: *tax constitutional field*, *hypothesis of tax incidence*, and *taxable generating fact*. Those expressions are going to be studied at that specific order in attention to the Tax Law dynamics as a way to contribute to the logical and harmonic use of those concepts.

## Key-words

Tax constitutional Field. Taxable eventwas. Hypothesis of tax incidence.

## 1. INTRODUÇÃO

É impossível, por razões várias, uma completa padronização de conceitos, em qualquer área do conhecimento humano e muito especialmente no campo da Teoria do Direito. Mesmo assim devemos sempre contribuir, na medida de nossas possibilidades, para que os conceitos sejam utilizados dentro de um ordenamento lógico e harmonioso, posto que a utilização ordenada e coerente

---

<sup>1</sup> Juiz aposentado do TRF da 5ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários. Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Associação Brasileira de Direito Financeiro, da Academia Internacional de Direito e Economia, do Instituto Ibero-Americano de Direito Público e da International Fiscal Association.

dos conceitos em cada área do saber humano é uma preciosa ferramenta para evitar distorções e equívocos na transmissão do conhecimento.

A imprecisão dos conceitos decorrente da vagüidade ou da ambigüidade do sentido das palavras em geral, não deve ser encarada como permissão para a promiscuidade no uso de certos conceitos, mas, muito pelo contrário, essa imprecisão deve ser encarada como algo inevitável que está a exigir mais cuidado de quem se manifesta sobre um assunto jurídico qualquer, faz um comentário ou redige uma prescrição jurídica. Cuidado no sentido de superar, na medida do possível, a dificuldade que resulta da imprecisão dos conceitos, em vez de tomar essa imprecisão como um pretexto para a utilização das palavras sem atenção para o significado que devam ter no contexto em que são colocadas, pois essa falta de atenção contribui significativamente para agravar as dificuldades na transmissão do conhecimento, especialmente no que diz respeito à interpretação de textos jurídicos.

No estudo da Teoria do Direito Tributário vê-se com relativa freqüência instalar-se polêmica entre eminentes juristas em torno de determinadas expressões. A expressão *fato gerador* do tributo, por exemplo, utilizada por Gomes de Sousa, foi acerbamente criticada por Alfredo Augusto Becker, que preferia em seu lugar a expressão *hipótese de incidência*, embora em certo ponto de seu discurso jurídico se tenha visto compelido a utilizar a expressão hipótese de incidência concretizada, ou realizada, para deixar claro que se estava referindo à realidade ocorrente no mundo fenomênico, à ocorrência de algo no mundo dos fatos. E na verdade as duas expressões devem ser utilizadas, tendo cada uma delas um significado próprio, específico, que em certas situações deve ensejar a preferência de quem escreve. Em alguns casos o uso indiscriminado de uma, ou da outra, não acarreta problemas e pode chegar mesmo a ser inevitável. Em outros, porém, a opção por uma, ou pela outra expressão, é importante para preservar-se a precisão e a clareza dos textos.

Seja como for, é sempre da maior importância que se tenha, na elaboração do discurso jurídico, cuidado com o uso das palavras, e das expressões, tanto para evitar o cometimento de equívocos, como para facilitar a compreensão do leitor.

Neste estudo vamos examinar os significados das expressões *âmbito constitucional do tributo*, *hipótese de incidência* e *fato gerador* do tributo. Expressões que colocamos nessa ordem em atenção à dinâmica do Direito Tributário, posto que, como relação jurídica, a relação de tributação se desenvolve exatamente nessa ordem. Em primeiro lugar se põe a questão da divisão do poder de tributar e da atribuição de competências às entidades estatais para instituírem o tributo, e de outras limitações ao legislador nessa tarefa. Em segundo lugar surge a questão da criação do tributo, com a descrição da respectiva hipótese de incidência. E em terceiro lugar vem então a questão da cobrança do tributo, que envolve a verificação da ocorrência no mundo fenomênico do fato capaz de ensejar o nascimento da respectiva obrigação tributária, vale dizer, do dever de pagar esse tributo.

Antes de tudo, porém, faremos ligeiras considerações a respeito da importância dos conceitos na elaboração e na compreensão do discurso jurídico.

## 2. IMPORTÂNCIA DOS CONCEITOS

É inegável a importância dos conceitos na elaboração e na compreensão do discurso jurídico, como na elaboração e na compreensão de qualquer teoria. Como ensina Albuquerque Rocha, uma teoria é um conjunto de conceitos e por isto mesmo não se pode conhecer, ensinar ou apreender qualquer teoria, sem a compreensão adequada dos conceitos dos quais se compõe. Em suas palavras:

Teoria é um corpo de *conceitos sistematizados* que nos permite conhecer um dado domínio da realidade. A teoria não nos dá um conhecimento direto e imediato de uma realidade concreta, mas nos proporciona os meios (os conceitos) que nos permitem conhecê-la. E os meios ou instrumentos que nos permitem conhecer um dado domínio da realidade são justamente os conceitos que, sistematizados, formam a teoria. Daí a definição de teoria como um corpo de conceitos sistematizados que nos permite conhecer um dado domínio da realidade.<sup>2</sup>

Há, é certo, quem sustente que o conhecimento da teoria não dispensa a experimentação e que, somente com esta é que teremos oportunidade de conhecer os inconvenientes de uma mudança que a teoria recomenda. Neste sentido, Norbert Rouland, no pórtico do primeiro capítulo de sua excelente obra “Nos Confins do Direito,” transcreve pensamento atribuído a Portalis, consubstanciando advertência para a necessidade da experimentação daquilo que à luz da teoria pode parecer irrecusável. Tal pensamento está assim expresso:

O legislador não deve perder de vista que as leis são feitas para os homens, e não os homens para as leis; que devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo para o qual são feitas; que cumpre ser sóbrio de novidades em matéria de legislação, porque, se é possível, numa instituição nova, calcular as vantagens que a teoria nos oferece, não o é conhecer todos os inconvenientes que apenas a prática pode descobrir.<sup>3</sup>

A rigor, todavia, o que a prática nos revela não é senão aquilo que ainda não conhecíamos em razão de ser incompleta ou equivocada a teoria que havíamos aprendido. Podemos, então, concluir que a importância da teoria não significa que ela é sempre completa. Nem que ela é sempre isenta de equívocos. Pode albergar lacunas, falhas ou equívocos que a prática nos vai revelar. E isto nos levará, então, a fazer a complementação da teoria. Ou alguma correção nela. Jamais nos dirá que ela é prescindível.

<sup>2</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 6ª edição, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 17.

<sup>3</sup> ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 01.

É assim em qualquer teoria. Mesmo naquelas em que os conceitos são sempre em geral correspondentes realidades físicas, concretas, palpáveis. Na Física, na Química, na Biologia, a teoria, enquanto conjunto sistematizado de conceitos a cada uma delas pertinente, é sempre da maior importância para a transmissão do conhecimento, embora a prática possa ajudar na complementação e mesmo na eventual correção dessas teorias. E até se pode mesmo dizer que sob certo aspecto a teoria é sempre construída a partir da experimentação. No Direito, porém, a importância da teoria é muito maior. Enquanto estamos no plano normativo ou da abstração jurídica, geralmente cuidamos de idéias. Trabalhamos

### 3. ÂMBITO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUTOS

#### 3.1. Supremacia constitucional

Quando um ordenamento jurídico refere-se ao tributo em normas de diferentes posições hierárquicas, devemos ter o cuidado de examinar com atenção as referências contidas em cada norma levando em consideração a respectiva posição na hierarquia do sistema. Se o ordenamento jurídico tem uma Constituição, como tal entendido o conjunto de normas de máxima hierarquia, e esta faz referências aos tributos, essas referências devem ser entendidas como limitações aos que elaboram normas de hierarquia inferior, em razão da superioridade hierárquica da norma em que estão albergadas.

Em alguns países a Constituição não alberga normas específicas de limitação ao poder de tributar. Em outros, alberga norma que apenas condiciona o exercício do poder de tributar à disciplina legislativa, afirmando que “todos pagarão impostos de conformidade com a lei.”<sup>4</sup> Em outros, ainda, a Constituição alberga diversas normas limitativas do exercício do poder de tributar. No Brasil, a Constituição Federal é, sem dúvida, a mais ricas do mundo em normas a respeito da tributação.

Se a Constituição partilha o poder de tributar entre duas ou mais pessoas jurídicas de direito público interno, e assim refere-se aos tributos de uma, e aos da outra, ou das outras, com certeza estabelece a matéria de fato que o legislador de cada uma delas poderá utilizar para definir a hipótese de incidência do tributo de sua competência, isto é, o tributo que pode ser criado e cobrado por cada uma delas. A essa matéria de fato, constitucionalmente definida como limite da competência para a instituição do tributo, denominamos *âmbito constitucional do tributo*.

Da supremacia constitucional, que coloca a normas por esta albergada fora do alcance do legislador ordinário, decorre a importância do conceito

<sup>4</sup> JAPÃO. Constituição do Japão, promulgada em 3 de novembro de 1946. In: *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, p. 553.

de âmbito constitucional do tributo, que pode ser tratado como um conceito da Teoria Geral do Direito, na medida em que não se esteja a considerar determinado ordenamento jurídico, mas todos os ordenamentos jurídicos em que a Constituição estabeleça normas limitativas da competência para instituir e cobrar tributos a serem obedecidas pelo legislador. E pode ser tratado como um conceito de Direito Positivo, na medida em que esteja sendo considerado um determinado ordenamento jurídico e se esteja a estudar especificamente as limitações dele resultantes.

### 3.2. Um Conceito do Direito Positivo

O *âmbito constitucional do tributo*, como um conceito de Direito Positivo, é a delimitação da competência para instituir o tributo vista em determinadas normas de um determinado ordenamento jurídico. Assim, se estamos a examinar o âmbito constitucional do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, à luz da Constituição Federal brasileira de 1988, podemos dizer que se trata de um conceito de Direito Positivo.

O conhecimento do que se deve entender por âmbito constitucional do tributo é da maior importância para que se possa questionar a efetividade das limitações da competência tributária em determinada situação concreta. Assim, se estamos em face de uma Constituição que atribui a uma pessoa jurídica de Direito Público interno competência para instituir e cobrar imposto sobre *serviços*, temos de examinar o que significa, nesse ordenamento jurídico, a palavra *serviços*, pois desse significado dependerá a delimitação da competência para a instituição do imposto em questão, vale dizer, o seu âmbito constitucional. Se a competência que a Constituição atribui é para instituir imposto sobre produtos industrializados, o significado da expressão *produtos industrializados*, compondo a delimitação da competência atribuída delimita o âmbito constitucional desse imposto, e assim por diante.

É assim, tanto no Brasil, como em qualquer país onde exista a denominada supremacia constitucional.

### 3.3. Âmbito constitucional do tributo como gênero e como espécie.

Quando falamos de *âmbito constitucional do tributo* podemos estar a nos referir ao tributo como gênero, e a cada um dos diversos tributos eventualmente existentes no sistema. No item precedente nos referimos ao âmbito de cada um dos tributos do sistema. Neste caso, o âmbito constitucional do tributo é definido pela norma que atribui competência para sua instituição e por outras normas especificamente atinentes a esse tributo. Entretanto, quando nos referimos ao âmbito constitucional do tributo como gênero, temos de considerar todas as normas limitativas do exercício do poder de tributar.

Quando nos referimos ao âmbito constitucional de um tributo,

especificamente considerado, a definição desse âmbito de incidência há de levar em conta apenas as normas da Constituição aplicáveis a esse tributo. Assim, quando nos referimos ao âmbito de incidência do *imposto de importação*, ou do *imposto de exportação*, devemos considerar as normas da Constituição que atribuem competência para a instituição desses impostos.

Embora as normas aplicáveis aos tributos em geral façam parte do regime constitucional de um determinado tributo, quando falamos de seu âmbito constitucional de incidência estamos nos referimos apenas àquela norma que define a competência para a sua instituição, pois é essa norma que delimita a matéria de fato da qual pode dispor o legislador, em princípio, para definir sua hipótese de incidência.

### 3.4. Opção terminológica

De nenhum modo essa realidade jurídica que denominamos âmbito constitucional do tributo deve ser confundida com fato gerador, muito menos com hipótese de incidência do tributo. Não podemos, todavia, dizer que a nossa opção terminológica seja pacífica. Existem tributaristas de grande expressão que preferem a denominação “perfil constitucional”. É o que ocorre, por exemplo, com Roque Carrazza e Domingos Botallo que, em excelente artigo a respeito da não incidência do IPI sobre operações internas com mercadorias importadas por comerciantes, utilizam a expressão “O Perfil Constitucional do IPI”, para dizerem o que preferimos denominar “o âmbito constitucional do IPI”.<sup>5</sup>

Trata-se, com certeza, de uma opção terminológica válida. Quando utilizamos a expressão “âmbito constitucional”, apenas pretendemos evitar as expressões hipótese de incidência, e fato gerador, porque estas nos parecem adequadas para designarem realidades jurídicas distintas, e não para designarem a matéria fática que o constituinte reserva a cada uma das entidades dotadas de competência tributária, para o exercício dessa competência. Isto, todavia, não ocorre com a expressão “perfil constitucional”, que designa adequadamente a mesma realidade jurídica que designamos com a expressão “âmbito constitucional”.

## 4. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA E FATO GERADOR

### 4.1. Prescrição normativa e realidade fática

A distinção entre as expressões *hipótese de incidência tributária* e *fato gerador do tributo* revela-se muito fácil se nos afastarmos das polêmicas em torno das

<sup>5</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. BOTALLO, Eduardo Domingos, A Não-incidência do IPI nas Operações Internas com Mercadorias Importadas por Comerciantes (um Falso Caso de Equiparação Legal). *Revista Dialética de Direito Tributário*, Dialética, São Paulo, maio de 2007, nº 140, p. 92.

mesmas estabelecidas pelos tributaristas e fizermos uma incursão nos conceitos da Teoria Geral do Direito. Nesta nos deparamos com o Direito norma, situada no momento da abstração jurídica. E com o fato, situado no momento da concretização jurídica. Na norma temos a prescrição daquilo que deve ser. No fato temos o pressuposto essencial para que o prescrito na norma seja.

A norma contém a descrição de uma situação de fato. E uma prescrição, que é a descrição do que deve ser, se a situação de fato antes referida se concretizar. Essas descrições estão sempre no plano da abstração jurídica. São indicadas geralmente pela expressão *prescrição normativa* e delas tomamos conhecimento no estudo das leis, vale dizer, no estudo das normas jurídicas. Já a *realidade fática* é algo que está no denominado mundo fenomênico. Dela tomamos conhecimento no dia a dia dos fatos. Independentemente de examinarmos as leis.

#### 4.2. Hipótese de incidência tributária

Estabelecida a distinção entre prescrição normativa e realidade fática, podemos dizer que a hipótese de incidência tributária está no plano das prescrições normativas. Hipótese de incidência tributária é a descrição, contida na norma de tributação, de uma situação de fato que, se e quando ocorre, faz nascer o dever jurídico de pagar o tributo.

Pode ser a descrição de um fato, de uma situação de fato, de um ato ou negócio jurídico. Em qualquer caso deve ser sempre entendida como fato, no sentido de que não importa a sua apreciação jurídica. Assim, se a hipótese de incidência de um imposto é um contrato, não importa saber se quem o celebrou tem ou não capacidade jurídica para contratar. Importa o contrato como realidade fática.

#### 4.3. Fato gerador

Entendido o que se deve entender por *hipótese de incidência* tributária fica muito entendermos o que é o *fato gerador* do tributo, que está no plano da concreção jurídica. O fato gerador do tributo é o fato, que ocorre no mundo fenomênico, descrito na hipótese de incidência do tributo, do qual decorre o nascimento da obrigação tributária. Diz-se que é *gerador* do tributo exatamente porque gera o dever jurídico de pagar o tributo.

A falta de atenção para a distinção existente entre *hipótese de incidência* tributária e *fato gerador* do tributo tem suscitado persistentes equívocos no trato da questão de saber se um ato ilícito pode ensejar a cobrança de tributo. É o que vamos a seguir examinar.

## 5. TRIBUTAÇÃO E ILICITUDE

### 5.1. O essencial e o circunstancial

Para estudarmos a questão de saber se o tributo pode incidir sobre um ato ilícito é da maior importância a distinção que se há de fazer entre o que é essencial, e o que é apenas circunstancial em determinado ato. E a distinção entre hipótese de incidência tributária e fato gerador do tributo constitui um elemento muito importante para estabelecermos, na Teoria do Direito Tributário, a distinção entre o que é essencial e o que é apenas circunstancial na gênese da obrigação tributária.

Temos sustentado, a partir da distinção entre fato gerador do tributo e hipótese de incidência tributária, que não é admissível um tributo cuja hipótese de incidência tenha a ilicitude como elemento essencial, mas é admissível a cobrança de um tributo incidente sobre fato que seja, em regra, lícito, praticado em circunstâncias que o fazem ilícito. Em outras palavras, não pode o legislador definir como hipótese de incidência de um tributo fato que seja, em si mesmo, ilícito. A definição da hipótese de incidência tributária não pode albergar a ilicitude, embora possa esta se fazer presente na concretização daquela hipótese. “Aí estará, assim, circunstancialmente. Sua presença não é necessária para a concretização da hipótese de incidência do tributo.” Mas não impede tal concretização, com o nascimento da obrigação tributária, pois a concretização da hipótese de incidência tributária e para isto bastante.”<sup>6</sup> (aki aki conferir a citação para definir onde devem ficar as aspas).

O ilícito é elemento essencial no fato que concretiza a hipótese de incidência da norma punitiva, porque na definição dessa hipótese de incidência o que está é precisamente o ilícito. Daí porque geralmente se diz que o ilícito é pressuposto da punição. No fato gerador da obrigação tributária, porém, o ilícito pode estar presente apenas como elemento circunstancial. Elemento que pode estar, ou não estar presente. Que não é necessário para a concretização da hipótese de incidência da norma de tributação, exatamente porque na definição dessa hipótese de incidência o ilícito não está.

Se em uma situação de fato onde estão presentes cometimentos ilícitos existem elementos capazes de concretizar uma hipótese de incidência tributária evidentemente tem-se como ocorrido o fato gerador do tributo. O tributo é devido e deve ser cobrado, porque naquela situação de fato estão presentes os elementos essenciais, vale dizer, todos os elementos necessários à configuração do fato gerador respectivo. O que naquela situação existe de ilícito poderia deixar de existir sem que se alterassem aqueles elementos que concretizam o fato gerador do tributo. Em outras palavras, a ilicitude naquela situação existente é apenas circunstancial. Poderia deixar de existir sem que

<sup>6</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 19ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 111.

se desfigurasse a situação em seus elementos necessários à concretização da hipótese de incidência tributária.

## 5.2. Tributação do ilícito.

Há quem afirme a possibilidade de tributação do ilícito, vale dizer, a possibilidade da existência de tributo cujo pressuposto seja o cometimento ilícito. Mecheli, por exemplo, sustenta:

A norma tributária, dada a finalidade da imposição, pode qualificar como pressuposto para a aplicação de um tributo, também, fatos ou circunstâncias, qualificadas como ilícitos, isto é, como contrários a outras normas jurídicas. Se o tributo não deve ser considerado como uma reação contra a prática de um ilícito, não se pode excluir porém, que um ilícito apresente um índice de “capacidade contributiva” e sirva para constituir – segundo a avaliação do legislador – o pressuposto de um tributo. Com isto, o tributo não se transforma em sanção, ao passo que é justificada a divergência de avaliação que o próprio legislador pode formular, a respeito de uma situação de fato que pode ser qualificada como contrária ao Direito (e precisamente a um determinado conjunto de normas jurídicas) e ao mesmo tempo ser considerada por outra norma como abrangida pela previsão legal, como pressuposto de um tributo. Sob este aspecto, a “capacidade contributiva” se manifesta, mais do que neutra, inferente relativamente a outras avaliações do mesmo comportamento por parte do legislador. Assim, importa ligar determinados deveres, *obblighi* e obrigações do sujeito, submetidos ao poder de imposição a sintomas economicamente avaliáveis, da idoneidade do próprio sujeito para concorrer às despesas públicas, mesmo que os próprios sintomas sejam depois reconduzidos a uma situação contrária a outras normas jurídicas, que não digam respeito à potestade de imposição. Portanto, são tomadas em consideração regras da experiência que qualificam determinados fatos como circunstâncias idôneas a demonstrar a existência de uma capacidade contributiva do sujeito passivo<sup>7</sup>

Para Micheli o importante é que exista na situação tomada pelo legislador para definir a hipótese de incidência tributária uma evidência de capacidade contributiva. Assim, se uma atividade ilícita evidenciar capacidade contributiva poderá ser colhida pelo legislador na definição da hipótese de incidência de tributo. E há mesmo quem sustente ser possível a colocação do ilícito como pressuposto do tributo, mesmo sem a evidência de capacidade contributiva. É que nos informa Becker, afirmando:

Por sua vez, A.D.Giannini admite a tributação dos atos ilícitos, inclusive quanto a ilicitude surge como elemento integrante da

<sup>7</sup> MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Direito Tributário*. tradução de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 96.

hipótese de incidência e ainda que este não seja presuntivo de capacidade contributiva.<sup>8</sup>

- a. Essa tese, com todo o respeito pelos que a defendem, é inteiramente inadmissível. Temos de superar o equívoco que geralmente se comete a partir da afirmação de que é possível a cobrança de tributo sobre fatos ilícitos. Tal afirmação não quer dizer que o ilícito possa ser tomado como elemento essencial na definição da hipótese de incidência tributária ou, em outras palavras, que se possa tomar o ilícito como pressuposto do tributo.

A lição de Berliri nos ajuda a superar esse equívoco, ao dizer:

Es distinto decir: “el legislador puede aceptar como hecho generador Del tributo el ejercicio de cualquier actividad productora de renta, sin incluir como elemento calificador de tal actividad su licitud”, y otro cosa es preguntarse si el legislador puede unir a el nacimiento de una obligación tributaria a una actividad ilícita en cuanto tal. Para marcar claramente la distinción entre los dos problemas baste pensar en la diferencia que existe entre investigar si es legítima la tributación de beneficios ocasionales derivados del ejercicio de una actividad ilícita. Este segundo problema es esencial en el gravamen de ésta y no el primero.<sup>9</sup>

É claro que uma atividade profissional em princípio desenvolvida licitamente, isto é, uma atividade profissional que seja em si mesma lícita, eventualmente pode ser desenvolvida ilicitamente. A ilicitude será circunstancial. Mas é importante deixarmos claro que não é ao legislador que cabe referir-se a essa ilicitude. Basta que não a mencione como elemento essencial na definição da hipótese de incidência tributária. Se ela eventualmente ocorrer será um elemento circunstancial a ser observado na aplicação da lei, isto é, em um momento lógico e cronologicamente posterior. Essa constatação, assim como a atribuição ou não de efeitos à ilicitude então constatada será, assim, um problema do aplicador da lei tributária, isto é, um problema da autoridade lançadora do tributo.

### 5.3. Ilcitude e lançamento do tributo

Já vimos que a ilicitude não pode integrar a hipótese de incidência tributária. Admitida essa tese, leva problema a questão de saber como se deve proceder ao constatar a ilicitude no momento da aplicação da lei tributária, vale dizer, no momento do lançamento do tributo. A respeito dessa questão é notável a lição de Becker, que ensina:

Por ocasião do lançamento do tributo (em cuja hipótese de incidência a lei *não* incluiu a ilicitude) pode-se abstrair a ilicitude porventura constatada?

<sup>8</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 547.

<sup>9</sup> BERLINI, Antonio. *Principios de Derecho Tributario*. trad. Narciso Amorós Rica e Eusebio González García. Madri: Derecho Financiero, 1971, vol. II, p. 338

a) *Resposta afirmativa*: Quando a hipótese de incidência tem como elemento integrante fato *econômico* ou ato *humano*, considerados em sua realidade fáctica. Se a ilicitude ocorre naquele fato econômico ou ato humano, ela não impede que o acontecimento daquele fato ou ato realize a hipótese de incidência tributária, porque aquilo que o legislador escolheu para a composição desta foi o fato *econômico* ou ato *humano* com abstração de sua natureza jurídica (lícita ou ilícita). Ex.: O fato material consistente no consumo, importação ou produção de bens materiais. O ato *humano* consistente no exercício profissão, indústrias ou comércio.

Outro exemplo: o fato econômico consistente na renda, porém desde que uma ilicitude (causadora de nulidade ou ineficácia) não corra no negócio jurídico (contrato de compra e venda; emissão de ação ao portador) que esteja integrando a composição de hipótese de incidência tributária como elemento adjetivo daquela renda. Ocorrendo aquela ilicitude não poderá haver realização da hipótese de incidência tributária porque embora exista um dos seus elementos (a renda) falta ainda um elemento: o negócio *eficaz* causador daquela renda.

Se a ilicitude determina a nulidade ou ineficácia do negócio jurídico, este é ineficaz e aquela renda não pode originar-se do negócio jurídico, pois este é ineficaz. A origem (causa) daquela renda é exclusivamente o ato humano subjacente àquele negócio jurídico ilícito. Porém, este ato humano não é elemento integrante da hipótese de incidência em foco, porque o legislador escolheu um negócio *jurídico* como elemento adjetivo da renda.

Por outro lado, se o elemento integrante da hipótese de incidência fosse um ato *humano* então a hipótese de incidência poderá realizar-se ainda que tal ato humano venha a acontecer ilícito. Ex.: imposto de renda sobre remuneração de serviços médicos, advocatícios, engenheiros, etc. Nestes casos, haverá realização da hipótese de incidência tributária do imposto de renda, ainda que a prestação dos serviços venha a ser ilícita (exercício ilícito de advocacia ou medicina, etc.).

b) *Resposta afirmativa*: Quando a hipótese da incidência tem como elemento integrante um efeito *jurídico* de um fato jurídico, porém a ilicitude deste fato não impede a irradiação do efeito jurídico. Ex.: morte por suicídio é fato jurídico ilícito. Entretanto, a ilicitude deste fato não impede a irradiação do efeito jurídico consistente na transmissão de propriedade para os herdeiros do suicida. Em consequência, realiza-se a hipótese de incidência do imposto de transmissão de propriedade “causa mortis”.

c) *Resposta afirmativa*: Quando a hipótese de incidência tem como elemento integrante o efeito jurídico de um fato jurídico, porém a ilicitude deste fato determina apenas a sua anulabilidade, ainda não decretada por sentença transitada em julgado (enquanto não decretada aquela sentença o ato jurídico anulável é eficaz). Ex.: distribuição de dividendo por deliberação assemblear anulável.

d) *Resposta negativa*: Quando a hipótese de incidência tem como elemento integrante o efeito jurídico de um determinado fato jurídico e a ilicitude deste fato determina a sua nulidade ou ineficácia. Ex.: morte por assassinato, sendo o assassino o único herdeiro. Neste caso, não há o efeito jurídico consistente na transmissão de propriedade. A inexistência da transmissão da propriedade deixa irrealizada a hipótese de incidência do impôsto de transmissão de propriedade “causa mortis”.

e) *Resposta negativa*: Quando embora o efeito econômico seja o elemento integrante da hipótese de incidência, aquele efeito econômico deva ser *causado por um fato jurídico* e a ilicitude deste fato determina sua nulidade ou ineficácia. Ex.: emissão ilícita de ações ao portador e renda percebida por intermédio deste título.

f) *Resposta negativa*: Quando a hipótese de incidência tem como elemento integrante um fato jurídico e este ocorre, porém ilícito. Ex.: tanto a compra e venda lícita, quanto a ilícita, são fatos jurídicos. Entretanto, têm natureza jurídica distintas, justamente porque uma é lícita e a outra ilícita. A ocorrência ilícita e de um fato jurídico não realiza a hipótese de incidência tributária que esteja integrada com aquele fato jurídico, porque a regra jurídica tributária quando escolhe para composição de sua hipótese de incidência, um fato jurídico, refere-se implicitamente a fato jurídico lícito.”<sup>10</sup>

A lição de Becker, como se vê, é perfeita no plano da Teoria Geral do Direito. Entretanto, temos de considerar que foi escrita antes do advento do Código Tributário Nacional que preconizou a interpretação da *hipótese de incidência* tributária com abstração da validade jurídica dos atos ou negócios utilizados em sua composição. Assim, em face do que está estabelecido pelo Código Tributário Nacional, vale dizer, em face do ordenamento jurídico tributário brasileiro, a ilicitude do fato jurídico albergado na descrição da hipótese de incidência tributária é irrelevante.

## 6. IMUNIDADE, NÃO INCIDÊNCIA E ISENÇÃO.

### 6.1. Supremacia constitucional, hipótese de incidência e fato gerador do tributo.

Complementando a demonstração da relevância dos conceitos de âmbito constitucional do tributo, hipótese de incidência tributária e fato gerador do tributo, veremos a seguir, ainda que sumariamente, os conceitos de *imunidade*, de *não incidência* tributária e de *isenção*, que com aqueles guardam estreita relação.

A imunidade tributária – convém insistirmos neste ponto – é conceito que somente se faz presente em se tratando de ordenamento jurídico no qual a Constituição, como conjunto de normas de máxima hierarquia, alberga

<sup>10</sup> BECKER, A. op. cit. p. 559-561.

normas que aditam aos limites naturais da competência tributária, decorrentes da própria norma que atribui tal competência, outras limitações ao exercício desta. Guarda semelhanças com a não incidência e com isenção, dependendo da forma como está formulada a norma constitucional, mas sua característica essencial está na superioridade hierárquica da norma que a estabelece.

## 6.2. Imunidade tributária

Entende-se por imunidade tributária a limitação, decorrente de norma da Constituição, que sofre o legislador tributário no exercício da competência para instituir tributos.

Havendo imunidade tributária não ocorre o fato gerador da obrigação tributária. Aliás, nem há como cogitar-se de fato gerador do tributo porque a norma da Constituição, que estabelece a imunidade, proíbe que o legislador colha a situação de fato nela definida para definir qualquer hipótese de incidência tributária.

A imunidade tributária é sempre uma limitação da competência tributária. Limitação implícita, quando resulta da norma que atribui competência para a criação do tributo, situação na qual é semelhante à não incidência. Limitação explícita quando a norma da Constituição diz expressamente que o tributo não poderá incidir naquele caso. Quando a norma de imunidade diz respeito a matéria de fato que, sem ela, estaria compreendida no âmbito de incidência do tributo, a imunidade assemelha-se à isenção.

Em qualquer caso é realmente uma limitação da competência tributária porque a norma da Constituição, que estabelece a imunidade, diz à entidade dotada de competência tributária que ela não pode utilizar a matéria que descreve como suporte para normas de tributação.

## 6.3. Não incidência do tributo

Define-se a não incidência como a situação na qual a norma de tributação *não incide*. Seja porque a Constituição não o permite, quando se caracteriza a imunidade, também denominada não incidência qualificada. Ou porque a própria lei exclui o fato da hipótese de incidência, quando se caracteriza a isenção. Ou porque o fato simplesmente não está compreendido na hipótese de incidência tributária, quando se caracteriza a não incidência propriamente dita.

Entende-se, pois, como *não incidência* a situação na qual a norma de tributação não incide porque o fato não está compreendido na hipótese de incidência do tributo. A situação de fato que efetivamente se concretizou não realiza a hipótese de incidência da norma de tributação. Como se vê, para que se possa afirmar a presença de um caso de não incidência é importante o conhecimento tanto da norma que define a hipótese de incidência, como da

situação de fato capaz de concretizar aquela hipótese. Só assim se poderá excluir desta, com segurança, qualquer outra situação.

A não incidência, assim definida, qualifica-se como pura e simples. Entende-se que todos os fatos são relevantes para a tributação e que um fato qualquer há de estar necessariamente em um dos dois campos, no da incidência ou no da não incidência. Estará no primeiro se compreendido na definição da hipótese de incidência da norma de tributação. E no segundo se nesta não estiver compreendido.

Muitas vezes a norma diz expressamente que um determinado tributo não incide sobre este, ou sobre aquele fato. Se tal fato não estava compreendido na hipótese de incidência do tributo, a norma é apenas explicitante, pois de todo modo não incidiria a norma de tributação. A explicitação pode ser útil para evitar dúvidas e atritos na relação tributária, e se pode dizer que se trata de uma não incidência qualificada. Se o fato referido estava compreendido na hipótese de incidência tributária, o que se caracteriza é uma hipótese de *isenção*.

#### 6.4. Isenção

A isenção é uma situação na qual a norma estabelece uma exceção à hipótese de incidência tributária, retirando parte desta, que, assim, não sofre a incidência da norma de tributação. Como norma instituidora de exceção, que é, a norma de isenção há de ser sempre expressa, e deve ser interpretada como norma excepcional.

Diz-se que há isenção quando a lei retira parte dos fatos que estariam compreendidos na hipótese de incidência da norma de tributação.

#### 6.5. Distinção entre isenção e não incidência

A não incidência, e a isenção, como se vê, estão estreitamente ligadas há hipótese de incidência do tributo. Assim, Ferreiro Lapatza formula a distinção entre não incidência e isenção ligando esse estudo ao estudo do fato gerador do tributo. **Em suas palavras:**

La configuración, la tipificación del hecho imponible se hace así naturalmente en base a distintos elementos positivos y negativos. Los supuestos de no sujeción y las exenciones ayudan a fijar sus límites. Los límites de los hechos que puedan genera, cuando se realicen, la obligación de contribuir.

Pero los conceptos de sujeción, no sujeción y exención necesitan, dada su importancia técnico-jurídica en la regulación del tributo, una siquiera breve explicación adicional.

Y en esta línea quizá, puede decirse, nadie como Berliri haya dado un criterio más claro para diferenciar los supuestos de sujeción, no sujeción y exención.

Siguiendo a Berliri en este punto, podemos decir que cuando se dan todos los elementos del hecho imponible estamos ante un supuesto de sujeción al tributo, estamos ante un "hecho sujeto".

Quando no se dan, no realizan, todos los elementos del hecho imponible estamos ante un supuesto de no sujeción, estamos ante un “hecho no sujeto”. Cuando se dan todos los elementos del hecho imponible y, “además” un hecho o circunstancia al que la Ley liga el no nacimiento de la obligación tributaria, estamos ante una exención, ante un “hecho exento”.<sup>11</sup>

Efetivamente: a) se na situação de fato posta a exame comparecem todos os elementos constantes da hipótese de incidência tributária, tem-se configurado o fato gerador da obrigação tributária. Nasce a obrigação tributária. A referida situação de fato é geradora do dever jurídico tributário; b) se na situação de fato posta a exame não comparecem todos os elementos constantes da hipótese de incidência tributária, tem-se configurado caso de não incidência, vale dizer, não ocorre o fato gerador da obrigação tributária e esta obviamente não nasce; c) se na situação de fato posta a exame comparecem todos os elementos constantes da hipótese de incidência tributária, e mais um elemento peculiar, uma circunstância qualquer, apontada pelo legislador na norma que estabelece a isenção, tem-se configurado um fato isento, cuja ocorrência não faz nascer a obrigação tributária precisamente em face daquele elemento peculiar, daquela circunstância que o legislador colheu para caracterizar a hipótese de incidência da norma de isenção.

Como se vê, realmente o estudo do fato gerador da obrigação tributária é de grande importância no estudo dessas figuras utilizadas na técnica da tributação, vale dizer, as figuras da não incidência e da isenção.

Não desconhecemos a posição dos opositores da tese ora aqui defendida. Luciano Amaro, por exemplo, assevera:

Com o objetivo de sublinhar a importância do fato gerador, como “elemento nuclear” do direito tributário, têm-se assinalado os efeitos decorrentes de sua realização. Amílcar de Araújo Falcão, com alguma dose de exagero, ressalta a importância do fato gerador para o efeito, entre outros, de estabelecer os conceitos de incidência, não incidência, imunidade e isenção, de distinguir os tributos em gênero e espécie.

Urge desmistificar o fato gerador. Em verdade, o fato gerador in concreto marca, no tempo e no espaço, o nascimento da obrigação tributária, o seu efeito (relevante, mas único) é o de concretizar a incidência.

A noção de fato gerador nada tem a ver com a não-incidência, com a imunidade ou com a isenção, em que o fato que porventura ocorra não é gerador de obrigação tributária, como veremos linhas adiante.

Realmente, o referido efeito é o que normalmente decorre da subsunção de qualquer fato à norma que o disciplina. O que se deve ressaltar é a importância da precisa identificação temporal e

<sup>11</sup> LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. *Curso de Derecho Financiero Español*, 12ª ed. Madri: Marcial Pons, 1990, p. 498-499

espacial do fato gerador, pois, a partir do momento em que ele se realiza, nasce a obrigação tributária, com a irradiação de direitos e deveres, pretensões e ações, conferidos às partes que titulam os pólos ativo e passivo da relação jurídica tributária.”<sup>12</sup>

Essas objeções, porém, constituem simples forma diversa de ver a mesma realidade. Na verdade só se pode saber se um fato não é gerador de uma obrigação conhecendo qual é o fato que é gerador da mesma. E só se pode saber se uma situação de fato contém algum elemento a mais, se conhecermos aquela situação em relação à qual está ocorrendo esse “a mais”. É evidente, portanto, que se trata de simples forma de dizer a mesma coisa.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BERLINI, Antonio. **Principios de Derecho Tributario**. trad. de Narciso Amorós Rica e Eusebio González García. Madri: Editorial de Derecho Financiero, 1971, vol. II.
- CARRAZZA, Roque Antônio. BOTALLO, Eduardo Domingos, A Não-incidência do IPI nas Operações Internas com Mercadorias Importadas por Comerciantes (um Falso Caso de Equiparação Legal). **Revista Dialética de Direito Tributário**, Dialética, São Paulo, maio de 2007, nº 140.
- JAPÃO. Constituição do Japão, promulgada em 3 de novembro de 1946. In: **Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras**. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.
- LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. **Curso de Derecho Financiero Español**, 12ª ed. Madri: Marcial Pons, 1990.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 19ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001.
- MICHELI, Gian Antonio. **Curso de Direito Tributário**. trad. de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 6ª edição, Malheiros, São Paulo, 2002.
- ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito**, trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2003.

<sup>12</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 262.



# O PÚBLICO E O PRIVADO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A LIBERDADE DE CONTRATAR

*João Luis Nogueira Matias<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O estudo vai tratar dos limites à liberdade de contratar em razão das transformações pelas quais tem passado o direito civil. O estudo aponta no sentido de uma maior influência do público sobre direito privado com reflexos na seara contratual. Apresenta-se a interpretação da autonomia da vontade e do próprio contrato sob uma ótica principiológica. O estudo conclui identificando severas restrições impostas na liberdade contratual em contraste com a concepção tradicional.

## **Palavras-Chave**

Contrato. Autonomia da Vontade. Liberdade de Contratar.

## **ABSTRACT**

The study deals with the limits of the freedom of contract in light of the changes in the civil law. The study shows that private law is being more influenced by public law with several repercussions in the field of contracts. It presents the interpretation of the individual autonomy and the contract itself through a principiological approach. The study concludes identifying several restrictions imposed on the freedom of contract in contrast with the traditional conceptions.

## **Key-Words**

Contract. Individual Autonomy. Freedom of Contract.

## 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Inicialmente, convém esclarecer que o fenômeno da publicização do direito privado não se confunde com a constatação de sua constitucionalização. É inegável que as constituições contemporâneas, na esteira da Constituição de Weimar, inclusive como reflexo de nova estrutura e preocupações do Estado Social, produzem normas variadas sobre as relações privadas, limitando a atuação dos indivíduos.

Entretanto, o que se denomina publicização do direito privado é o processo de crescente intervenção estatal, objetivando garantir o direito dos

---

<sup>1</sup> Juiz Federal da 5ª Vara/Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela USP. Professor dos cursos de Mestrado em Direito da UFC.

indivíduos em condições mais fracas. É o que nos relata Netto Lôbo, que afasta a confusão entre os termos:

....durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito do legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço da autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de móveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais e o direito do consumidor.<sup>2</sup>

Lembrando a historicidade da distinção entre público e privado, Giorgianni questiona se as transformações sofridas pelo direito privado devem ser explicadas como publicização do direito privado:

pode-se interrogar se as transformações que o direito privado sofreu no curso de mais de 150 anos, tão densos de história, podem ser sumariamente explicadas sob o rótulo da publicização, ou seja, da sua absorção na órbita do direito público. Poderia, ao contrário, ter acontecido uma mais íntima modificação da estrutura do direito privado e, portanto, das relações com o direito público<sup>3</sup>

A verdade é que o direito privado tem assumido nova feição. Com o termo *publicização* ou *socialização* evidencia-se uma nova conformação do direito privado, marcada pela interferência do Estado nas relações privadas, em defesa dos mais fracos, em face das exigências atuais de seu papel.

Deve ser esclarecido, ainda, que a expressão publicização do direito privado, para alguns, pode ser substituída por *dirigismo contratual*, como esclarece José Lourenço:

Além das restrições oriundas da imperatividade das normas jurídicas, há também os limites à autonomia da vontade oriundos do fenômeno do dirigismo contratual, ou seja, a intervenção estatal na economia dos negócios de qualquer espécie. O dirigismo subentende que, se os contratantes pactuassem os negócios jurídicos com total liberdade, sem que o poder estatal pudesse intervir para mitigar o princípio *pacta sunt servanda* - mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína - a ordem jurídica estaria asse-

<sup>2</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 10 jul. 2002

<sup>3</sup> GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais Fronteiras. *Revista dos Tribunais*. Civ, ano 87/volume 747, p. 35-55 janeiro de 1998, p. 50.

gurando apenas a igualdade perante a lei.<sup>4</sup>

## 2. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO

Existe necessária vinculação entre direito e sociedade, fator fundamental para entender as modificações operadas na seara do direito privado na sociedade contemporânea. Para Duguit, os institutos jurídicos foram formados para atender as necessidades econômicas, assim as transformações das mesmas devem implicar em transformações dos institutos jurídicos.<sup>5</sup>

Gurvitch, ao expor a idéia de direito social, demonstra a vinculação histórica da diferenciação entre direito público e direito privado, carente de critério matéria, destacando que:

...a oposição tradicional entre direito público e direito privado não é estabelecida sob critério material e depende da vontade cambiante do Estado, que de acordo com a época, fixa as respectivas áreas jurídicas, esta classificação não corresponde a nenhuma das distinções precedentes (direito social- direito individual ; direito de subordinação- direito de coordenação), mas se relaciona com elas : como o direito privado pode conter ao lado do direito individual aspectos de direito da integração (direito social) e de direito da subordinação, o direito público pode incluir, e o faz, porções importantes de regras de direito individual.<sup>6</sup>

Superado está o ideário dos Códigos oitocentistas, cujos paradigmas são descabidos na sociedade contemporânea. Duguit<sup>7</sup> destaca que tais códigos são baseados em concepção puramente individualista do direito, sustentados por uma idéia metafísica do direito subjetivo, enquanto atualmente é exigido sistema de direito de base social, assim entendido aquele sistema cujas regras se impõem ao indivíduo, fundadas na função social, em bases reais e não metafísicas<sup>8</sup>.

Melhor explicando a idéia que norteia o direito civil contemporaneamente,

<sup>4</sup> LOURENÇO, José. **Limites à Liberdade de Contratar**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 20.

<sup>5</sup> DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. São Paulo. Ícone, 2006, p. 235 e ss.

<sup>6</sup> GURVITCH, Georges. **L' idée du Droit Social**, Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1972, p. 13. No original: L'opposition traditionnelle entre le "droit Public" et le "droit privé" n' estant fondée sur aucun critère matériel (1) et dépendant de la volonté changeante de l'Etat, qui avantage suivant les époques des zones de droit de structures différentes, cette classification ne correspond à aucune des distinctions précédentes, mais s' entre-croise avec elles : come le droit privé peut contenir à côté du droit individuel de nombreuses couches de droit d'integration (droit social) et de droit de subordination, le droit public peut inclut bien souvent en réalité, des portions importantes de l'ordre de droit individuel, venant pervertir le droit social en un droit de subordination.

<sup>7</sup> DUGUIT, L. op.cit. p. 173.

<sup>8</sup> FACHIN relata que três eram os pilares fundamentais em que se assenta a estrutura do direito privado: o contrato como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre pessoas e sobre as coisas (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10).

Duguit expõe que:

...a solidariedade social, ou melhor a interdependência social, deve ser compreendida cientificamente, não é um sentimento ou uma doutrina, não é sequer um princípio de ação. É um fato real possível de demonstração direta: é o fato da estrutura social mesma. (...) é possível comprovar que, qualquer que seja o grau de civilização de um povo, a solidariedade ou interdependência social está constituída por dois elementos que se encontram sempre, em graus diversos, com formas variáveis, entrelaçados a outros, mas que apresentam sempre caracteres essenciais idênticos, em todos os povos e tempos. Tais elementos são as semelhanças das necessidades dos homens que pertencem a um mesmo grupo social e as diversidades de necessidades e atitudes desses mesmos homens. Entenda-se, a solidariedade em face das semelhanças decorre das necessidades comuns que não podem os homens assegurar. Já a diversidade de atitudes e necessidades os une em razão da ajuda mútua, que pode ajudar a satisfação de necessidades diversas.<sup>9</sup>

Francisco Amaral Neto aponta que o direito privado, a partir do direito civil, está envolvido em flagrante processo de transformação, adequando-se aos novos valores em vigor na sociedade. Defende que:

...a segurança individual cede o passo ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal, cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente. A liberdade burguesa, nas suas expressões típicas da autonomia privada e do direito de propriedade, sofre limitações com a intervenção do Estado Social. O direito de família modifica-se profundamente com a institucionalização da igualdade dos cônjuges e dos filhos, e com o reconhecimento da existência e eficácia da União estável entre companheiros. Disciplina-se o divórcio, ampliam-se as possibilidades de reconhecimento dos filhos, regulamentando-se a procriação assistida. No campo econômico novos tipos de sociedades, novos contratos, medidas de proteção ao consumidor, atividades financeiras e de trabalho, concorrência, circulação de capitais, tudo isto estabelecido em profusa legislação especial e em normas constitucionais, induzindo à perda do status do Código Civil e à crescente importância da legislação especial.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> DUGUIT, L. op. cit., p. 182-183.

<sup>10</sup> AMARAL NETO, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996. Brasília, 634-650. No trabalho, o autor detalha as transformações no âmbito do direito civil: 1. Constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado; 2. Personalização do direito civil, ou seja, sua humanização; 3. Desagregação do Direito Civil, com surgimento de novos ramos do direito; 4. Configuração de Microsistemas, leis especiais que regulam aspectos do direito privado; 5. Tendência para o pluralismo jurídico, ou seja, aceitação de outras fontes do direito que não o Estado; 6. Admissibilidade de normas individuais e concretas; 7. Prevalência da justiça em detrimento da segurança jurídica; 8. Prevalência do aspecto de conteúdo em detrimento do formalismo jurídico; 9. Complexidade da vida social e da respectiva normatividade; 10. Preocupação crescente com

A supervalorização do indivíduo, necessária como fator de afirmação perante o Estado, elemento de consolidação do poder da burguesia, não é compatível com a sociedade contemporânea. Por conseqüência, inevitável é a modificação do cenário jurídico. O indivíduo deixa de ser o eixo central do direito privado, valorizado é o todo (sociedade) sem menosprezo da parte (indivíduo).

Em tal contexto, os aspectos basilares do sistema oitocentista, propriedade como direito absoluto e contrato como modo de aquisição de propriedade, sofrem modificações.

Jürgen Habermas destaca que a modificação do direito de propriedade, contemporaneamente condicionado à função social, acarretou a modificação de suas garantias correlatas, principalmente a liberdade contratual.<sup>11</sup>

O direito à propriedade não é mais absoluto, é condicionado à sua função social, ou seja, o direito de usar, gozar e dispor de um bem é vinculado à sua utilidade ou integração com o seu meio e com os demais membros da sociedade.<sup>12</sup>

O direito civil contemporâneo, como expressão da sociedade em que é moldado e molda, torna relativo o aspecto patrimonial das relações, fenômeno nominado de repersonalização. Netto Lôbo defende que:

...a patrimonialização das relações civis, que persiste nos Códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotada pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.<sup>13</sup>

Perde o direito civil o papel de conformador supremo dos direitos dos particulares em suas relações privadas, em substituição à Constituição. Na verdade, tal papel somente pôde ser exercido ante a ausência de constituições

---

ética e moral; 11. Substituição do Código Civil pela Constituição na posição central do pensamento jurídico; 12. Relativização da dicotomia Estado-Sociedade Civil, com a subordinação do Estado ao sistema jurídico; 13. Resgate da idéia de direito como experiência problemática, imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento de ordem lógico-dedutiva. 14. Idéia de direito como sistema aberto, com a retomada da razão prática, do saber pragmático.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 178-179: Junto com a instituição central do direito privado, a propriedade, naturalmente são também atingidas as suas garantias correlatas, sobretudo a liberdade contratual. A relação contratual clássica supõe completa independência na definição das condições do contrato. Isto foi, entretantes, sujeito a fortes limitações. À medida que as relações jurídicas se equivalem de modo social-típico, os próprios contratos também procuram tornar-se esquematizados. A crescente padronização das relações contratuais normalmente reduz a liberdade do parceiro economicamente mais fraco, enquanto que o já citado instrumento do contrato coletivo deve exatamente restabelecer a igualdade de posição do mercado.

<sup>12</sup> A Constituição Federal do Brasil prevê nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, incisos, a proteção ao direito à propriedade e a sua vinculação à função social do bem.

<sup>13</sup> LÔBO NETTO, P. op. cit. p. 47.

nos moldes modernos. As primeiras constituições nada regularam sobre as relações privadas, preocupando-se apenas em delimitar o Estado mínimo. A codificação civil era o núcleo do direito privado, com conseqüências severas para os mais carentes economicamente.

Após a Constituição alemã de Weimar, as Constituições passaram a definir direitos e garantias individuais. No que se convencionou chamar de Estado Social, a Constituição passa a regular e limitar o poder econômico e refletir, de forma inevitável, no âmbito do direito civil. Passa o direito privado, embora mantida a sua autonomia dogmática e conceitual, necessariamente a estar inserido em contexto mais amplo que o conforma, definindo o seu alcance.<sup>14</sup>

A Constituição Federal de 1988 é expressão da nova realidade, prevendo inúmeras normas basiladoras das relações particulares de indivíduos, tradicionalmente situados como de direito privado, o que impõe a releitura dos institutos clássicos, sob os valores eleitos pelo constituinte. Da mesma forma, a atividade do legislador infraconstitucional não poderá desprezar a supremacia constitucional e a importância dos princípios na unificação do sistema jurídico.<sup>15 16</sup>

## 2.1 O Fenômeno da Descodificação

A codificação perde a pretensão totalitária, pretensão de exclusividade de regulação das relações privadas. É que os códigos tem estrutura e vocação para perdurarem no tempo, o que não permite a regulação integral de uma sociedade que se transforma e modifica os seus valores com uma velocidade nunca antes imaginada, sobretudo em conseqüência dos efeitos da globalização e das inovações tecnológicas.

Sobre a descodificação, Francisco Amaral Neto defende que:

...se a codificação é uma síntese histórica, a descodificação representa uma antítese. Se a codificação resulta do racionalismo jurídico europeu, a época atual, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do século, representa o movimento e a pluralidade do direito, comprovando a crise da unidade sistemática do direito civil, senão a própria recusa à idéia de sistema.<sup>17</sup>

Na sociedade contemporânea, a insuficiência dos Códigos é inegável, o seu sistema não pode regular toda a atividade privada. Existe relação de complementaridade com subsistemas, estabelecidos por leis específicas, como o Código do Consumidor, que

<sup>14</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>15</sup> Paulo Luis Netto Lôbo, na obra citada, defende que na atualidade não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil.

<sup>16</sup> COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda. **A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do Direito Privado**. In: LOTUFO, Renato (coord.) **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, 59-92.

<sup>17</sup> AMARAL NETO, F. op. cit. p. 646.

giram em torno das normas genéricas previstas na codificação.<sup>18</sup>

Ao explicar a idéia de descodificação, Ricardo Luis Lorenzetti destaca que a exigência de codificação decorria da criação do Estado Nacional, cuja pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária, motivação já superada. Continua o autor, defendendo que:

...a sociedade pós-moderna se caracteriza pela regulação de matérias em microsistemas, fenômeno que denomina big bang legislativo: a explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microsistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o código é como o sol, iluminá-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.<sup>19</sup>

No âmbito dos pactos particulares, deixa o contrato de ser encarado como simples instrumento de aquisição de propriedade, cujo conteúdo é livremente fixado pelas partes. Na sociedade contemporânea, caracterizada pela produção em massa e por uma dinâmica empresarial complexa, nem sempre é assegurado aos indivíduos o direito de optar sobre quando, com quem e como contratar, decorrências clássicas da autonomia privada.

Caio Mário, já há bastante tempo, alertava sobre o afastamento do direito das idéias individualistas, destacando que:

Ferretado em sua invulnerabilidade, o tabu egoísta tende a eclipsar-se dos Códigos burgueses. Escoraçam-no princípios que assentam na solidariedade humana e na utilidade social. Em todos os quadrantes da ciência jurídica a infiltração destes está a se realizar com pertinência. Já invadiu a esfera do direito público, espraia-se pelo direito privado e atinge mesmo o direito das obrigações. Moldando-se numa restrição cada vez maior das prerrogativas a que corresponde uma expansão cada vez mais acentuada de surtos de socialização, as novas diretrizes do direito originaram um fenômeno curiosíssimo. Relações dantes reguladas pelos costumes e pela moral deslocam-se para a esfera jurídica. A causa deste deslocamento reside na convicção de que a pura sanção da consciência individual já não bastaria para defender certos deveres morais (Bruig). É necessária a sanção externa do direito para impor uma pena ao transgressor.<sup>20</sup>

Como consequência dos novos parâmetros do direito privado, a autonomia privada, e mais especificamente a autonomia contratual, tem sido redefinida, assumindo contornos de evidente restrição do âmbito de atuação dos particulares.

<sup>18</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. O Direito Civil na Pós-Modernidade. In: *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 61-77.

<sup>19</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45. Também com abordagem sobre o tema, do mesmo autor: LORENZETTI, Ricardo Luis. A Descodificação e a Possibilidade de Resistematização do Direito Civil. In: *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, p. 219-239.

<sup>20</sup> MÁRIO, Caio. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 27.

### 3. LIMITES À LIBERDADE DE CONTRATAR

Em natureza, a autonomia privada, e como decorrência a liberdade de contratar, configura poder jurídico, consubstanciado na possibilidade do sujeito atuar com a finalidade de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem, o que no plano dos contratos importa na condição de escolher com quem, quando e como contratar.<sup>21 22</sup>

Entretanto, tal poder não é absoluto, decorre do ordenamento jurídico estatal, que o delimita, estabelecendo limites, limites crescentes em face dos novos contornos que assumiu o Estado ao longo do século XX e início do século XXI.<sup>23</sup>

A consolidação da idéia de limitação da autonomia privada é consequência dos excessos que o instituto assumiu no Estado Liberal, cujo ordenamento jurídico concebia valoração exacerbada do indivíduo, anteriormente já apontada. Com a superação do Estado Liberal pelo Estado do Bem-estar, com novas funções e preocupações sociais, desponta com grande intensidade a necessidade de submissão da autonomia da vontade ao interesse social.<sup>24 25</sup>

Ante os valores prevalentes neste novo contexto, na sociedade contemporânea, incompatível é a manutenção da definição do princípio da liberdade de contratar nos moldes tradicionais, o Estado interfere na autonomia de definir quando, com quem e como contratar.

<sup>21</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: Perspectiva Estrutural e Funcional. *Revista de Direito Civil*, número 46, p. 07-26, 1998, p. 11.

<sup>22</sup> Sobre a relação autonomia da vontade e liberdade de contratar, esclarecedora é a lição de José Lourenço: a liberdade de concluir negócio jurídico é corolário do princípio da autonomia da vontade, entendido e aceito como o poder que os participantes têm de fixar, por si próprios (auto), a disciplina (nomos) juridicamente vinculativa de seus interesses. A autonomia da vontade é mais ampla do que a liberdade contratual, que se limita ao poder de auto-regulamentação dos interesses concretos e contrapostos das partes, mediante acordos vinculativos patrimoniais, enquanto a autonomia da vontade abrange, também, os negócios jurídicos não patrimoniais, op. cit., p. 78.

<sup>23</sup> Sobre o tema, ver o artigo: IRTI, Natalino. *Autonomia Privata e Forma di Stato*. *Rivista di Diritto Civile*. CEDAM, p. 15-23, jan/fev. 1994.

<sup>24</sup> MARQUES, Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: RT, 2001, destaca que : Vivemos efetivamente um momento de mudanças, não só legislativas, mas políticas e sociais. Os europeus estão a denominar este momento de queda, rompimento ou ruptura (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade. Seria a crise da era moderna e de seus ideais concretizados na Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e de fraternidade, que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realizáveis. Momento em que se desconfia da força e suficiência do direito para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas, atualmente em um capitalismo neoliberal bastante agressivo, com fortes efeitos perversos e de exclusão social. Vivemos um momento de mudança também no estilo de vida, da acumulação de bens materiais, passamos a acumulação de bens imateriais, dos contratos de dar, para os contratos de fazer, do modelo imediatista da compra e venda para um modelo duradouro da relação contratual, da contratação pessoal direta para o automatismo da contratação à distância por meios eletrônicos, da substituição, da terceirização, das parcerias fluidas e das privatizações, de relações meramente privadas para as relações particulares de iminente interesse público.

<sup>25</sup> V. NALIN, Paulo. *O Contrato em Movimento no Direito Pós-Moderno*. *Revista Trimestral do Direito do Consumidor*, volume 1º, p. 375-282, abril/jun. 2002.

As limitações à autonomia da vontade no ato negocial importam na afirmação da existência do princípio da heteronomia da vontade, que pode impor a realização do negócio e a participação de agente específico. José Lourenço defende que:

o termo heteronomia refere-se ao que se deixa sujeitar; condição de pessoa ou de grupo que recebe de um elemento que lhe é exterior, ou de um princípio estranho, a razão e a lei. Mais especificamente, a heteronomia jurídica, para Maria Helena Diniz, é a sujeição do destinatário da norma a seu comando, independente de sua vontade. Ou, como prefere, Lanlande, a condição de uma pessoa ou de uma coletividade receber a lei à qual se submete. A heteronomia da vontade é a área dos atos jurídicos cuja norma reguladora é externa aos seus elementos. A vontade dos agentes não é considerada. A norma, conjuntiva ou alternativamente, impõe regras para : o estabelecimento ou não do negócio jurídico e determina quais serão os agentes ativos e passivos, bem como o seu conteúdo.<sup>26</sup>

Miguel Maria de Serpa Lopes, abordando o dirigismo contratual, expõe pensamento assemelhado, baseado na doutrina de Josserrand, destacando que o dirigismo pode ser restritivo, quando implicar em proibição de inserção de cláusula nos negócios jurídicos, ou expansivo, quando acarretar obrigações não previstas pelos pactuantes ou até mesmo a obrigação de contratar.<sup>27</sup>

Francisco Amaral Neto, justificando a necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas, destaca que:

...o exercício da liberdade contratual, por exemplo, pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos, e por isso mesmo, desprovidos do poder de confronto ou negociação, a acentuados desníveis econômicos, devendo o Estado intervir para equilibrar o poder das partes contratantes, por meio de normas imperativas. O legislador pode limitar, assim, a autonomia privada, para o fim de proteger os pontos mais fracos da relação jurídica patrimonial - é o que se verifica nos contratos de consumidor, locação, empréstimo, seguros, operações financeiras típicas.<sup>28</sup>

Raciocínio no mesmo sentido é expresso por José Lourenço, que argumenta que:

o exercício da plena autonomia da vontade nos contratos leva segmentos sociais mais carentes de recursos, e, por isso, praticamente, sem poder coercitivo nas negociações, ao empobrecimento, o que acentua ainda mais os desníveis econômicos. É, por isso, que o

<sup>26</sup> LOURENÇO, José. *Limites à Liberdade de Contratar*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

<sup>27</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações*: contratos, vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 34 e ss.

<sup>28</sup> LOURENÇO, José. *Autonomia Privada*, In: *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro* - Série Cadernos do CEJ - 20, Conselho da Justiça Federal, Brasília, p. 77-88, 2002, p. 85-86.

Estado intervém nos negócios jurídicos contratuais, estabelecendo normas cogentes. Assim, o legislador, imbuído de grande poder e desprovido da melhor técnica científica, metodológica e jurídica, limita a autonomia da vontade e a obrigatoriedade da convenção e amplia a relatividade, a boa fé e a justiça comutativa, tudo no intuito de proteger os pólos mais fracos, principalmente em matérias de contratos (locação, empréstimo, seguro, etc.<sup>29</sup>

Inegável, assim, que a autonomia privada é atualmente regida por novos parâmetros, com contornos nítidos de proteção aos indivíduos mais fracos economicamente.

Pontes de Miranda alertava que não há autonomia absoluta ou ilimitada; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites.<sup>30</sup>

No direito nacional, são exemplos de limitação da liberdade de definição de *quando* contratar, entre outras hipóteses, a obrigação decorrente de promessa de contratar; a obrigação de contratar seguro de responsabilidade civil imposta a todo proprietário de veículo (leis 6194\74 e 8374\91); a obrigação de aceitar o regular curso da moeda; a obrigação de contratar em igualdade de condições com quem aceite proposta válida, etc.

Podem ser apontadas como limitação ao direito de definir *com quem* contratar, entre outras situações, a cláusula de retrovenda, o pacto de melhor comprador, o exercício do direito de preferência na alienação do domínio direto pelo senhorio, etc.

Para os fins a que nos propomos, nos restringiremos ao enfoque das limitações ao direito de fixar o conteúdo contratual, tendo em mente que com a nova realidade mantém-se firme o valor de intervenção do Estado nas relações privadas, idéia percebida por Ricardo Lorenzetti, ao expressar que:

El derecho civil exhibe una progresiva referenciabilidad pública. Sus instituciones, otrora subjetivas, se vinculan progresivamente com el derecho público em um mundo econômico y jurídico cada vez más interrelacionado. **La funcionalidad, y sobre todo la eficacia** de las instituciones de derecho privado exigen que se correlacionen com el derecho público.<sup>31</sup>

A liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato implica na possibilidade de optar por qualquer dos contratos que possuem regulação específica na legislação; por alterá-los inserindo cláusulas não previstas originalmente, sempre que possível ou na possibilidade de contratar através de forma diversa da prevista pelo legislador.

<sup>29</sup> LOURENÇO, J. op. cit. (2002), p. 63.

<sup>30</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado* - Parte Especial, Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 39.

<sup>31</sup> LORENZETTI, Ricardo. Análisis Crítico de la Autonomia Privada Contractual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 5-19 abril/jun. 1995, p. 12.

Analisaremos as hipóteses de restrição à inserção de cláusulas atípicas em contratos típicos e as restrições à formulação de contratos atípicos.

### 3.1. Inserção de Cláusulas Atípicas em Contratos Típicos e Pactuação de Contratos Atípicos

A possibilidade assegurada aos indivíduos de inserir cláusulas atípicas em contratos típicos, bem como de firmar contratos atípicos, decorre do reconhecimento de que as leis não podem prever todas as relações sociais, sendo necessário permitir que os particulares estabeleçam novas formas de contratação que atendam aos seus interesses e às perspectivas da dinâmica negocial da sociedade pós-industrial, em que, na visão de Galgano, a inteira organização econômica tem dimensão planetária.<sup>32</sup>

O estabelecimento de tipos contratuais inibe a liberdade dos particulares moldarem, de acordo com a sua vontade, os seus negócios privados. Deve, entretanto, ser lembrado que a estrutura tipológica compõe-se de normas cogentes e normas dispositivas. Cogentes são as normas de ordem pública, inafastáveis pela vontade dos indivíduos. Dispositivas são as normas que podem deixar de serem observadas pelos indivíduos sem desnaturar o tipo societário.

Variadas são as formas de limitação do direito de estabelecer o conteúdo contratual, que podem ser resumidas no texto do artigo 104, do Código Civil de 2002, que dispõe que o negócio jurídico pressupõe agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>33</sup>

Objeto lícito é o adequado ao ordenamento jurídico, ou seja, o que se amolde aos formatos previstos ou possa ser modificado, posto que regulado de forma meramente dispositiva. Sofre restrição a liberdade dos particulares através do estabelecimento de normas impositivas, que não podem ser derogadas pela vontade dos indivíduos. O Código Civil de 2002 reprová taxativamente a tentativa de descumprimento de normas de ordem pública ou cogentes, dispondo em seu artigo 166, inciso VI, que é nulo o negócio jurídico quando tiver por objeto fraudar lei imperativa, *in verbis*: “Artigo 166 – É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;”

Já quanto aos contratos atípicos, contratos sem regulamentação específica pelo ordenamento, entendemos que configuram ampla faceta de autonomia privada, de há muito aceita no ordenamento nacional.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria: storia Del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 214. No original: Nella società post-industriale l'intera organizzazione economica ha dimensione planetarie.

<sup>33</sup> Artigo 104 - A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>34</sup> Álvaro Villaça os define, baseado na doutrina italiana (Ângelo Piraino Leto e Sacco) como o contrato que se insere em uma figura que tem uma disciplina legal particular (VILLAÇA, Alvaro. *Teoria Geral dos Contratos Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 131.

No novo Código Civil a sua disciplina passou a ser mais transparente, posto que há expressa disposição que os reconhece e remete à aplicação das normas gerais sobre contratos: *“Artigo 425 - É lícito as partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”*

Embora, em razão de suas peculiaridades e importância na sociedade atual, talvez devesse o legislador ter tido maior preocupação com os contratos atípicos, estabelecendo regência genérica própria.

Em contexto diferenciado, mas fundamental para a compreensão da importância dos contratos atípicos, Francesco Galgano adverte que:

o elemento dominante na cena jurídica de nosso tempo é a circulação internacional de modelos contratuais uniformes, em regra contratos atípicos, base do que se pode chamar de nova Lex Mercatoria, direito criado pelos empreendedores, sem a mediação dos poderes legislativos dos Estados, formado de regras destinadas a disciplinar de maneira uniforme, além da unidade política do Estado, as relações que se instauram na unidade econômica dos mercados.<sup>35</sup>

Reconhecida a importância crescente dos contratos atípicos, como meio de atendimento das necessidades dos agentes econômicos da sociedade contemporânea, é preciso deixar claro que, também, configuram seus limites a ordem pública e os bons costumes.<sup>36 37</sup>

<sup>35</sup> GALGANO, F. op.cit., p. 214, 217 e 218. No original: Cio que domina la scena giuridica Del nostro tempo non sono le convenzioni internazionali di diritto uniforme né sono, in ambito europeo, le direttive comunitaire di armonizzazione Del diritto entro la Cee. L'elemento dominante é, piuttosto, la circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi. (...) ...per nova lex mercatoria, o ius mercatorum, oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione Del potere legislativo degli stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati.

<sup>36</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional, *Revista de Direito Civil*, número 46, outubro de 1990, São Paulo, (7-26), p. 20: “Reconhecida constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações a que a esta se impõem também atuam quanto àquela. E esses limites são a ordem pública, na sua espécie de ordem pública e social de direção, sob a forma de intervencionismo liberal neoliberal ou de dirigismo econômico, e os bons costumes, as regras morais.”

<sup>37</sup> No Code Civil a limitação era expressamente prevista: artigo. 900 - Em todas disposições entre vivos ou testamentárias, as condições impossíveis, as que sejam contrárias às leis ou aos costumes, serão reputadas não escritas. artigo 1133 - A causa é ilícita quando é proibida pela lei, quando é contrária aos bons costumes e a ordem pública. artigo.1172 - Toda condição impossível ou contrária aos bons costumes, ou proibida por lei, é nula ou torna nula a convenção da qual depende. Tradução livre.

### 3.2. Ordem Pública e Bons Costumes

Importa definir o que seja ordem pública e bons costumes. Válido é o alerta de João Manuel de Carvalho Santos, que descreve que:

...não é fácil dizer quando um ato é contrário à ordem pública. Ordem Pública tem uma significação tão vaga e imprecisa que é difícil definir o que seja tal coisa. (...)O conceito de ordem pública não é suscetível de regras científicas constantes ; é antes uma questão de fato, que precisa ser apreciada com o devido cuidado, por estar o conceito de ordem pública sujeito aos princípios contingentes e mutáveis da conveniência política, social e econômica. A ordem pública é uma noção variável, de fato, com as épocas e com os lugares.<sup>38</sup>

A ordem pública pode ser descrita como o conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado. São as normas que estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica ou moral, no direito privado de determinada sociedade. São as normas que objetivam regular condutas entre particulares, mas que, em razão da natureza da tutela e o interesse social em jogo, são revestida de caráter imperativo, cogente.

Para Norma Juanes, as normas de ordem pública são essenciais para permitir ao Estado intervir na seara dos particulares, criando restrições à liberdade contratual e impedindo a utilização do contrato como meio de opressão, expressando a autora que:

El Estado debió abandonar su actitud de mero observador garante del cumplimiento de lo acordado, y asumir una mayor intervención en el tráfico a través de distintas medidas de protección, a fin de neutralizar las consecuencias negativas de tantas desigualdades. Se promulgaron normas imperativas, se ejercitaron controles y se arbitraron variados esfuerzos dirigidos a restablecer el equilibrio roto por abuso de la libertad contractual, Así, se sancionaron cuerpos normativos de observancia obligatoria en distintos sectores de la actividad (legislación laboral, precios maximos, locaciones urbanas, etc ) y aparecieron los contratos normados o reglamentarios, los contratos tipo y los contratos dictados. Son éstas modalidades contractuales en las que se restringe, o directamente desaparecen, la libertad de conclusión o la libertad de configuración. Sobreviene lo que se conoce como publicización del derecho privado, que acompaña un fuerte desarrollo del llamado derecho económico.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, volume II, Parte Geral (artigos 43-113). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 274.

<sup>39</sup> JUANES, Norma. Los Actuales Perfiles de la Autonomía de la Voluntad en el Ámbito de la Contratación Privada. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. 6, n. 1, p. 285-311, 1998, p. 294. Tradução livre: O Estado deve abandonar sua atitude de mero observador garante do cumprimento do acordado, e assumir uma maior

Quanto aos bons costumes, podem ser definidos como as regras morais que formam a mentalidade de um povo e se expressam em princípios, como por exemplo, os da lealdade contratual, perempção, proibição do jogo, etc.

João Manuel de Carvalho Santos defende que as noções da sabedoria antiga sobre bons costumes devem ser relativizadas, no sentido de que o importante é analisar os fatos e não a teoria, a fim de que possa ser identificado aquilo que contraria a moral, na opinião comum.<sup>40</sup>

Conceituada a norma de ordem pública, importa definir que tipo de norma pode ser assim considerada. Para Orlando Gomes, as normas de ordem pública são aquelas que atendem aos interesses essenciais do Estado ou da coletividade, entretanto, tal idéia geral não é suficiente para permitir ao juiz identificá-la, posto que a noção de interesses essenciais do Estado e da sociedade é variável de acordo com o regime político. Ademais, esclarece o autor:

...os pilares centrais da ordem econômica e moral de dada sociedade são poucos, o que reduziria o conceito importante de ordem pública. Ante a ausência de critério de definição, recorre-se a enumeração exemplificativa de normas que podem ser assim consideradas, enquadrando as leis que consagram o princípio da liberdade e igualdade dos cidadãos; as leis relativas a certas responsabilidades; as leis que asseguram aos operários proteção especial; as leis sobre estado e capacidade das pessoas; as leis sobre o estado civil; princípios básicos sobre direito hereditário; leis relativas à composição do domínio público; princípios fundamentais do direito de propriedade; leis monetárias e proibição do anatocismo, entre outras.<sup>41</sup>

Lorenzetti com a finalidade de explicá-las, procura classificar as normas de intervenção estatal na seara do direito privado, indicando que podem ser normas de ordem pública de proteção, de coordenação e de direção. As normas de ordem pública de proteção objetivam igualar a expressão de vontade das partes, estabelecendo o equilíbrio no consentimento. Opera-se impondo obrigações ou através de contrato coletivo, como ocorre no direito nacional em relação ao direito do trabalho e do consumidor. As normas de ordem pública de coordenação objetivam estabelecer a coordenação entre os valores individuais e coletivos. Podem ser formuladas negativamente, fulminando obrigações não enquadradas nos valores prevalentes ou podem ser decorrentes do princípio

---

intervenção nos negócios, através de diversificadas medidas de proteção, com a finalidade de neutralizar as conseqüências negativas de tantas desigualdades. Serão promulgadas normas imperativas, se exercitaram controles e se estabelecerão variados esforços direcionados a restabelecer o equilíbrio rompido pelo abuso da liberdade de contratar. Assim, se sancionarão corpos normativos de observância obrigatória em distintos setores de atividade (legislação laboral, preços máximos, locações urbanas, etc ) e aparecerão contratos normativos ou regulamentários, contratos tipos e cogentes. São estas modalidades contratuais em que se restringe, o faz-se desaparecer, a liberdade de conclusão ou de definição do conteúdo contratual. Sobrevêm o que se conhece como publicização do direito privado, que acompanha o desenvolvimento do direito econômico.

<sup>40</sup> SANTOS, J. op. cit., p. 275.

<sup>41</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 28.

da socialização. Por fim, as normas de ordem pública de direção impõem aos contratantes forma específica de atuação.<sup>42</sup>

Conclui-se que as normas de ordem pública são aquelas normas que, de acordo com a realidade de sua época e lugar, estabelecem os fundamentos básicos da sociedade.

Pode-se diferenciar normas de ordem pública de normas cogentes ou coativas. É que, embora ambas sejam impositivas, não derogáveis pela vontade dos indivíduos, as normas coativas não tem a ver com os interesses essenciais da sociedade.

Para João Manuel de Carvalho Santos, baseado na doutrina italiana, a distinção possível de ser feita é entre normas de ordem pública primária, compreendendo as disposições que digam de forma direta ao bem público, cuja regulação é assunto de interesse de todos, ou secundária, que compreende preceitos e proibições estatuídas no interesse de um indivíduo em particular, ou grupo de indivíduos em específico, visando indiretamente ao bem comum.<sup>43</sup> A distinção é meramente doutrinária, já que em ambas as hipóteses impõe-se o cumprimento do conteúdo legal pelos particulares, de forma inevitável.

Percebe-se, assim, que há grande insegurança doutrinária e jurisprudencial sobre a definição das normas de ordem pública. Em algumas oportunidades o próprio texto legal é enunciado como de ordem pública, sendo as dúvidas afastadas, o que ocorreu, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor. Em outras oportunidades, contudo, compete ao intérprete apontar, no caso concreto, a natureza de ordem pública, exigindo, se for o caso, o cumprimento obrigatório da disposição.<sup>44 45</sup>

Como bem expressa José Lourenço,

...o fundamento das normas de ordem pública é a convicção de que determinadas relações sociais ou estados de vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos à sociedade. Existem relações humanas que pela sua grandeza e importância, são reguladas taxativamente por normas jurídicas, a fim de evitar que a vontade dos particulares perturbe a vida social.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> LORENZETTI, R. op. cit. (1995). p. 13 a 19.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>44</sup> Artigo 1º. - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de sua Disposições Transitórias.

<sup>45</sup> Vicente Ráo, sustenta que: “não é possível indicar a priori, por via de definição ou conceito geral, todas as normas de ordem pública. É da natureza de cada disposição, da natureza das relações contempladas e das razões sociais determinantes de cada norma, que esse caráter resulta. Certo é, contudo, que no direito moderno, o legislador tende a imprimir esse maior grau de eficácia à disciplina de um número sempre crescente de relações, que, outrora, eram regidas pelas normas meramente dispositivas do direito privado”. (RÁO, Vicente. *Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo, RT, 1999, p. 217.)

<sup>46</sup> LOURENÇO, J. op. cit. p. 138.

Baseado em tais idéias, o autor aponta critério de definição de normas de ordem pública, destacando que seriam normas de imperatividade absoluta as normas cujo conteúdo seja objeto imediato da Constituição Federal, independente de seu nível hierárquico, o que permitiria assim considerar Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, por exemplo.<sup>47</sup>

O nosso posicionamento não é coincidente com o do autor. É que com a dinâmica da sociedade contemporânea, tememos que alguma relação digna de interferência por parte do Estado não se enquadre no critério eleito, deixando desprotegidos os indivíduos economicamente desfavorecidos.

Com a modificação de valores típica dos tempos atuais, novas normas imperativas são editadas, como as que visam proteger os sócios minoritários e terceiros no direito societário atual, especialmente na sociedade limitada regulada no Código Civil de 2002, nem sempre possíveis de serem enquadradas no critério proposto.<sup>48</sup>

Resta claro que o princípio da autonomia privada, entendido como liberdade contratual, sofre consideráveis modificações, devendo atualmente ser considerado na perspectiva do interesse social.

É o alerta que manifesta Alessandro Somma, ao defender que:

há um tempo se acreditava que o combate pela liberdade individual não fosse incompatível com a luta pela emancipação coletiva, entretanto, ao fim do século vinte está muito claro que as duas postulações são contraditórias, necessário é restringir a atuação do indivíduo a fim de prestigiar o interesse geral, o interesse da sociedade.<sup>49</sup>

Assim, é que deve ser compreendida a autonomia privada em nossos dias, como defende Norma Juanes:

---

<sup>47</sup> Fernando Noronha defende na mesma linha que: Não admira assim a digamos perda de prestígio do princípio da autonomia provada (ou melhor, da autonomia da vontade, como em tempos mais antigos se dizia) e sobretudo do seu principal corolário, o princípio da liberdade contratual. Tal perda de prestígio era inevitável: afinal, estavam-se tomando meras partes, isto é, o interesse do empresário e a sua liberdade contratual, pelo todo, ou seja, a complexidade de interesses e de valores sociais envolvidos nos contratos (NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. Tese de doutorado. São Paulo: FADUSP, São Paulo: 1990, p. 146,

<sup>48</sup> Destaque-se que no Código Civil de 2002 o artigo 122, ao tratar da licitude das condições, estipula que são lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Já o artigo 187 indica como ato ilícito aquele decorrente de abuso de direito pelo titular que extrapola aos limites fixados pelo fim econômico ou social, boa fé ou pelos bons costumes.

<sup>49</sup> No original: *Tuttavia un tempo si credeva che combattere per la libertà individuale non fosse incompatibile con la lotta per una emancipazione collettiva mentre allá fine del ventesimo secolo à sempre più chiaro Che queste due esigenze sono in conflitto*. SOMMA, Alessandro. *Il Diritto Privato Liberalista. Riflessioni sull Tema Dell ´autonomia Privata Stimolate da Um Recente Contributo*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, ano XXXIV, número 101, maio-agosto de 2001, p. 603.

Hoy o principio há de ser entendido como potestad o competência de autorregulación que se ejercita dentro de los limites concedidos Poe el derecho positivo. La autonomía privada **debe ser considerada** com uma nueva perspectiva, de manera que su ejercicio no solo debe ajustarse a los limites próprios Del derecho imperativo, sino que debe atender además a la justicia intrínseca de lo contratado, a fin de que la regulación proyectada por los particulares no resulte remida com los principios de justicia commutativa que informan la regulación normal del derecho dispositivo.<sup>50</sup>

Observe-se que, além das restrições à liberdade de contratar que analisamos, no Código Civil de 2002 estão firmadas diretrizes gerais que configuram restrição à liberdade de fixação do conteúdo contratual. São os princípios que emanam as idéias centrais do novo Código e que influenciarão os intérpretes e aplicadores do direito.<sup>51</sup>

#### 4. PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS

O Código Civil é o núcleo central do qual são irradiadas as regras de direito privado, o que não implica em exclusividade de emanções de valor, evidentemente. Entretanto, as normas e princípios do Código Civil de 2002 assumem papel preponderante em sua conformação, tanto pelo aspecto genérico, no que se refere à aplicação, quanto pelo sentido de inovação e adequação à nova realidade social brasileira.

Tais princípios sinalizam para novos tempos, em que resta superada a lógica do individual acima do coletivo, típica do Código de Beviláqua. Contudo, é importante ter em mente que os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios decorrentes da autonomia privada, limitam, isto sim, seu alcance e conteúdo.<sup>52</sup>

Centraremos nossa análise em duas idéias bases, socialização e eticidade, objetivando estabelecer critérios de interpretação e aplicação das normas sobre sociedades limitadas, tendo em mente a lição de Miguel Reale, que defende que *“o que importa em uma codificação é o seu espírito, é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam, se sistematizam.”*<sup>53</sup>

A Constituição de 1988 prevê como um de seus fundamentos a solidariedade social, e faz restrições ao direito de propriedade, indicando estar

<sup>50</sup> JUANES, N. op. cit. p. 310-311.

<sup>51</sup> Cf. LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os Princípios do Direito Contratual. *Revista de Direito Privado*, n. 12, p. 135-155, out/dez 2002; LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios Fundantes do Direito Civil Atual, In: *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 241-258, .

<sup>52</sup> LOBO NETTO, Paulo Luiz. *O Novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas: Bookseller, 81-93, 2003, p. 83.

<sup>53</sup> REALE, Miguel. As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil. In: *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*, série Cadernos do CEJ – Conselho da Justiça Federal, número 20, (9-26), p. 16.

sintonizada com os novos tempos e valores, contudo, a concretização dos princípios enunciados não foi efetiva, o que muito pode ser creditado ao arcaico sistema decorrente do Código de Beviláqua.

Os valores firmados no Código Civil de 2002 influenciarão a interpretação da lei maior, a Constituição de 1988, consolidando o ideário típico da sociedade pós-moderna. Observe-se que não há nesse raciocínio qualquer contrariedade ao entendimento de que o ordenamento jurídico possui estrutura escalonada de normas, hierarquicamente organizadas, mas é que ocorrerá, sem dúvida, modificação na maneira de compreender a Constituição, a partir dos valores enunciados pelo Código Civil, em mecanismo de influência recíproca (Constituição-Legislação infraconstitucional) que não pode ser desprezado, o que nos permite visualizar a efetiva importância dos princípios que analisaremos.

#### 4.1 Princípio da Socialidade

O Código Civil de 2002 tem por traço marcante, como reflexo de sua época, o privilégio do social, ou seja, é centrado na valorização da pessoa humana, sem os excessos da supervalorização da individualidade. Como forma de prestígio ao indivíduo, preponderam os valores coletivos sobre os valores individuais.

A Constituição brasileira de 1988 assimila o novo ideário, fazendo a previsão da dignidade da pessoa humana, como um de seus fundamentos, artigo 1º, inciso III, e da solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I. Ao regular o direito de propriedade, em seus artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, a Constituição Federal condiciona-o à sua função social, afastando a possibilidade de abuso do direito de usar, gozar e dispor de bens.<sup>54</sup>

O advento do Código Civil de 2002, em perfeita sintonia com as novas idéias, permite maior concretude aos princípios antes narrados, estendendo-os para outras searas do direito privado, que assume novo perfil.

Afastando-se dos valores dos Códigos oitocentistas, rejeitada é a idéia do indivíduo como centro do universo e a propriedade, seu reflexo

<sup>54</sup> Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos : (...) III- a dignidade da pessoa humana. (...)

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade justa, livre e solidária. (...)

Artigo 5º. - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes : (...) XXIII - função social da propriedade.

Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, observados os seguintes princípios : (...) III – função social da propriedade.

patrimonial, deixa de ser absoluta, como é percebido pelo texto do artigo 1228, e seus parágrafos.

O enfoque social do Código repercute no plano contratual, devendo os contratos ser instrumentos de realização da justiça social, conforme a lapidar lição de Paulo Luiz Lôbo Netto:

o sentido e o alcance do contrato reflete sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico. O modelo liberal tradicional, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às mudanças sociais. O conteúdo conceitual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele, mas de todo o direito.<sup>55</sup>

O Código Civil de 2002 dispõe, no artigo 421, sobre a função social do contrato: *“artigo 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”*

Impõe a previsão em evidência a análise das normas emanadas do acordo de vontades a partir de sua finalidade, sua função, sua utilidade social. Firmados são os parâmetros que possibilitarão aos intérpretes do direito definir o alcance e extensão de obrigações decorrentes de acordos de vontade.

A função social do contrato é imposta como cláusula genérica, dotada, na visão de Eduardo Sens dos Santos, de vagueza semântica e multissignificação. Conclui o autor que a cláusula é atendida quando possibilite um contrato justo do ponto de vista não só privado, mas também em relação ao interesse social e ao bem comum.<sup>56</sup>

No Código Civil de 2002, o contrato é condicionado ao interesse coletivo, o que significa expressa restrição da liberdade de contratar, o que leva Antônio Jeová Santos a expor que:

...tanto o direito de propriedade como o de contratar não ficam submetidos ao arbítrio do proprietário, nem do contratante mais forte economicamente. Derruído o esquema do liberalismo, o contrato e a propriedade como símbolos de direito subjetivo individual, extensos e desconhedores de limitações, passam a ser exercidos não para a satisfação de interesses egoísticos, mas para preencher interesses bem maiores, mais amplos e que evitam o senso individualístico de que se revestiam. As restrições impostas à liberdade de contratar e ao direito de propriedade são exemplos claros de

<sup>55</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Contrato e Mudança Social. *Revista dos Tribunais*. ano 84, v. 722, dez 1995, p. 44.

<sup>56</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. *Revista de Direito Privado*, número 10, abril/junho, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, de 2002, p. 9-37.

que, ambos, devem satisfazer interesses da sociedade.<sup>57 58</sup>

Judith Martins-Costa, ao fazer paralelo entre a função social da propriedade e a função social do contrato, destaca que:

...a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista” que a recobriria na codificação oitocentista, das qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.<sup>59</sup>

São ainda restrições aos ideais individualistas as previsões dos artigos 423 e 424, na medida em que equilibram a relação contratual em função do desequilíbrio econômico das partes:

artigo 423 - Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

artigo 424 - Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

No mesmo sentido, a previsão do artigo 157, do Código Civil de 2002, que introduz no direito nacional a noção de lesão como exceção à regra da obrigatoriedade dos contratos, possibilitando a sua anulação, na forma do artigo 171, que dispõe:

artigo 157 - Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Artigo 171 – Além dos casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico:

<sup>57</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Em Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos**. São Paulo: Método, 2002, p. 121-122.

<sup>58</sup> V. HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A Função Social do Contrato. **Revista de Direito Civil**, v. 45, p. 141-152, jul/set de 1990, V, também, ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. MICHELAN, Tais Cristina de Camargo: Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada. **Revista de Direito Privado**, n. 11, 244-250, jul/set de 2002, RT.

<sup>59</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ética da situação. In: **Diretrizes do Novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158.

(...)

por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Importante, também, a regra de que comete ato ilícito, o que significa revestir-se de nulidade e atrair a obrigação de indenizar, o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes, conforme o artigo 187 do Código Civil de 2002.

O contrato deve ser encarado como instrumento de realização de operações econômicas, moldado pelo interesse dos particulares e da sociedade, interesses que se estendem à proteção ao indivíduo economicamente mais fraco e à manutenção da justiça social, distribuição mais justa das riquezas e promoção do progresso econômico, concretizados pela atuação do aplicador do direito.<sup>60 61</sup>

#### 4.2 Princípio da Eticidade

Por esta idéia central, enuncia-se o sentido de valorização da pessoa humana, como fonte de todos os demais valores. Trata-se de concepção do direito em novos moldes, em que institutos como a propriedade estão subordinados à realização dos interesses das pessoas, não configurando finalidade em si mesmos, ao lado de que, em outra vertente, exige-se das pessoas padrões de comportamentos éticos, transparentes, o que repercute nos deveres decorrentes de relações negociais.

Em primeiro lugar, valoriza-se a pessoa humana, apenas e somente em razão de tal qualidade, fenômeno que é bem percebido por Judith Martins-Costa, ao dispor que opera-se verdadeiro retorno do direito civil, e do direito privado como um todo, aos valores da civilidade:

se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e interesses não mensuráveis economicamente – passa o direito a construir princípios e regras

<sup>60</sup> Cf. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa Fé no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 81, 11-29, julho 2002.

<sup>61</sup> Oportuno o comentário de Eduardo Sens dos Santos, em "A Função Social do Contrato". *Revista de Direito Privado*, número 13, jan/mar de 2003 (99-111), p. 111: não podem, portanto, ficar alheias ao conceito de função social do contrato as questões que guardem relação com a dignidade do ser humano, com o progresso da sociedade e com a garantia de direitos fundamentais, devendo o magistrado, no caso concreto, pautar-se por esses padrões, mensuráveis objetivamente por meio da jurisprudência. Em outras palavras, o juízo acerca do alcance da função social do contrato deve ser sempre feito de acordo com os padrões de conduta verificáveis na sociedade. E isso, como qualquer outro conceito expresso por cláusulas gerais, deve ser precisado com o tempo, no exercício diário da jurisprudência.

que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.<sup>62</sup>

Sob novo paradigma, afasta-se o novo Código das amarras da segurança jurídica, exacerbadamente resguardada no Código Civil de Beviláqua, para acolher termos genéricos como boa fé, probidade, justa causa, entre outros, que permitem alcançar a concreção jurídica.

Apesar do uso de termos genéricos, recorde-se que ao operador do direito é possível tornar concreta a intenção do legislador, sendo esta uma das marcas do novo Código, a sua operabilidade.

Desdobra-se o princípio da eticidade em outros princípios, como o principal da boa fé e o princípio da justiça contratual que, para Fernando Noronha, em visão sob o nosso ponto de vista restrita, configuram, ao lado do princípio da autonomia privada, a ordem pública interna dos contratos:

...assim autonomia privada, boa fé e justiça contratual constituiriam os três princípios fundamentais dos contratos, constituiriam, poderíamos dizer, a ordem pública interna dos contratos. Nesta perspectiva, as “outras “ordens públicas, aquelas usualmente consideradas como constituindo a (única) “ordem pública” (isto é, a ordem pública tradicional, ou política, voltada para a tutela dos bons costumes, da família, das liberdades individuais, etc..., mais a nova ordem pública econômica) passariam a constituir umas ordem pública externa.<sup>63</sup>

#### 4.2.1 Princípio da Boa Fé

Ao abordar o princípio da boa fé, fundamental é que se recorde a distinção entre boa fé objetiva e boa fé subjetiva, não sem antes recordar que tal princípio não configura nenhuma novidade, sendo o direito romano o seu berço histórico.<sup>64 65</sup>

Antonio Musio, tendo em vista o Código Civil Italiano de 1942, e em enfoque centrado no aspecto contratual da boa fé, destaca que “o legislador estabeleceu no Código Civil de 1942 uma série de deveres contratuais que devem ser respeitados pelos contratantes em todos os estágios da vida do contrato”, destacando que tais deveres devem ser enquadrados na categoria de boa fé objetiva, antes

<sup>62</sup> MARTINS-COSTA, J. op. cit. p. 132.

<sup>63</sup> NORONHA, F. op. cit. p. 37.

<sup>64</sup> GORON, Lívio Goellner: Anotações sobre a Boa Fé no Direito Comercial. *Revista de Direito Privado*, n. 13, p. 144.

<sup>65</sup> WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Trad. de Jose Luis Carro. Madri: Civitas 1977.

destacando que a boa fé que é exigida através da regulação de um fato ou de um comportamento é a objetiva, ao passo que a boa fé que se configura como estado de consciência é a boa fé subjetiva.<sup>66</sup>

Na mesma linha Junqueira de Azevedo, que afasta a confusão entre os conceitos, destacando que:

não se confunde essa boa fé objetiva com a subjetiva que conhecemos de longa data no direito brasileiro, a qual não representa nenhuma novidade. A boa fé subjetiva, começando pelo que é sabido, é uma espécie de conhecimento ou desconhecimento – portanto algo psíquico nas pessoas – que o direito considera especialmente no campo dos direitos reais. A boa fé no usucapião encurta o prazo. A boa fé na questão de frutos dá direito ao possuidor sobre frutos, no caso das benfeitorias, e assim por diante. Esta boa fé é um estado de espírito que, naturalmente, entra no suporte fático para aquisição de direitos, principalmente direitos reais. A boa fé do nosso tema, é a objetiva, uma espécie de comportamento, poderíamos dizer, de correção, no caso, entre contratantes, ou até entre pré-contratantes na fase, portanto, de tratativas.<sup>67</sup>

O princípio da boa fé, objetivamente considerado, impõe a observância de um padrão de conduta, típica do homem médio, de acordo com as condições do caso concreto.

Não previsto de forma expressa no Código Civil de 1916, é explicitado no Código Civil de 2002 em diversos dispositivos, ora importando em instrumento de auxílio ao intérprete na definição do conteúdo contratual, ora atuando como expressa limitação da atuação dos particulares, que devem se posicionar eticamente, ensejando a anulação de negócios jurídicos ou estabelecendo padrões de comportamento a serem seguidos, não apenas durante o contrato,

<sup>66</sup> MUSIO, Antonio. *La Bona Fede nei Contratti dei Consumatori*, edizione **Scientifiche Italiane**, Napoli : 2001, p.17-19, no original : (...) il legislatore há sancito nel código del 1942 esplicitamente una serie di doveri che i contraenti devono rispettare in tutti gli stadi della vita del contratto. (...) Da um lato, dunque, abbiamo la buona fede che è regola, (oggetiva) di um fatto (artigo 1366cc) o di um comportamento (artigo 1175, 1337, 1358, 1375, 1460, comma 2, 2598, n.3, cc) dall'altro abbiamo la buona fede Che è stato (soggetivo) della coscienza.

<sup>67</sup> AZERVEDO, Junqueira. *O Princípio da Boa Fé nos Contratos*. In: **Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro** - Série Cadernos do CEJ- Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 20, p. 123.

mas também na fase pré-contratual e após o contrato.<sup>68 69</sup>

Como elemento útil e condicionante da interpretação dos negócios realizados, é previsto nos artigos 112 e 113, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

artigo 112 - Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

artigo 113 - Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.<sup>70</sup>

Compete ao aplicador do direito, na definição do conteúdo contratual, observar a intenção e comportamento dos contratantes, bem como as suas expectativas recíprocas, firmando com exatidão o alcance e responsabilidades dos participantes no negócio jurídico.<sup>71</sup>

De forma genérica, como fundamento para restringir a atuação dos particulares, exigindo padrões de comportamento, consta o princípio da boa fé no artigo 422, do Código Civil de 2002, que dispõe: “artigo 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da boa fé e da probidade.”

Observe-se que, embora o dispositivo tenha predicado a aplicação do princípio na conclusão e execução do contrato, a doutrina tem conduzido o entendimento de que na fase pré-contratual, bem como na fase posterior ao

<sup>68</sup>No Código de Defesa do Consumidor é previsto o princípio da boa fé objetiva, nos artigos 4º , inciso III e 51,inciso IV, verbis: artigo 4º . - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e esperança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios : (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 da CF), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. artigo 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade (...).

<sup>69</sup>CORDEIRO, Menezes. **A Boa Fé como Regra de Conduta**, volume I, Coimbra, Almedina, 1985, p.s 648\649, destaca o papel de restrição à autonomia privada exercido pelo princípio da boa fé: “Impõe-se, assim, à reflexão, um nível instrumental da boa fé: ela reduz a margem de discricionariedade da atuação privada, em função de objetivos externos”.

<sup>70</sup>Na linha do que pioneiramente houvera sido estabelecido no artigo 131 do Código Comercial: artigo 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; (...)”

<sup>71</sup>Junqueira de Azevedo, na obra citada, aponta que quatro são os pressupostos a fim de que se possa ser concretizada pelo intérprete a idéia de boa fé: a expectativa, formada a partir do comportamento das partes ; fundamento da expectativa, que seja realmente baseada no comportamento não em meras ilusões ; investimentos em relação à expectativa e causa da expectativa vinculada à atuação da outra parte (AZEVEDO, J.. op. cit. p. 127-128.)

contrato, mister se faz aplicar o princípio da boa fé. Em verdade, entendimento diverso levaria à inutilidade do princípio em inúmeros casos, já que o conteúdo das relações é firmado na fase de tratativas, sendo a fase pós-contratual fundamental para o bom resultado do negócio realizado, que pressupõe assistência técnica de fácil acesso e eficiente, assim como lealdade entre os antigos contratantes.<sup>72</sup>

Com a intenção de configurar explícito limite aos direitos subjetivos, prevê o artigo 187: *“artigo 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.”*

Trata-se de dispositivo que permitirá efetiva eficácia ao princípio da boa fé, instrumento de imposição de comportamento adequado aos contratantes, sem necessidade de demonstração de culpa ou dolo.

Esclarecedora, sobre o tema, é a lição de Gerson Luiz Carlos Branco:

...no artigo 187 a boa fé é usada como um limite interno do direito subjetivo, pois o direito que for exercido contrariamente à boa fé é considerado abusivo e o ato é classificado como ilícito. Esse artigo do novo Código tem sofrido críticas desde a sua feitura na década de 70, sob o argumento de que foi consagrada a feição das teorias externas subjetivas, que obrigam a vítima do ato abusivo a provar um ato ilícito culposo. Tal crítica não tem qualquer fundamento, pois apesar de o artigo 187 do Código Civil de 2002 fazer referência a um ato ilícito, não diz respeito ao ato ilícito do artigo 159 do Código Civil de 1916. Ocorre que, atos ilícitos podem ser absolutos ou relativos, vem como podem exigir ou prescindir de culpa. No caso, o dispositivo não exige culpa, mas que no exercício o titular “exceda” os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.<sup>73</sup>

Especificando o princípio no aspecto em abordagem, Judith Martins-Costa destaca que:

...ao operar negativamente, de forma a impedir ou a sancionar condutas contraditórias, a boa fé é reconduzida à máxima que proíbe *venire contra factum proprium*. Essa expressão indica uma especificação da antiga Teoria dos *Actos Próprios*, tradutora de princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao alter para a caracterização das quais tenha

<sup>72</sup> AZEVEDO, Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. *Revista dos Tribunais*. Civ. Ano 87, v 750, abril de 1988, p. 116, defende que a boa fé objetiva se estende da fase pré-contratual à pós-contratual, criando deveres entre as partes, como o de informar, o de sigilo e o de proteção. Na fase contratual propriamente dita, esses deveres passam a existir paralelamente ao vínculo contratual; são deveres anexos ao que foi expressamente pactuado.

<sup>73</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no Código Civil de 2002. In: *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade. (...) Trata-se de regra de fundo conteúdo ético que, por refletir princípio geral independe de recepção legislativa, verificando-se nos mais diversos ordenamentos como uma vedação genérica à deslealdade. Na proibição do *venire*, incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo.<sup>74</sup>

A concepção de Junqueira é assemelhada, já que defende que:

o princípio da boa fé, que veio corrigir eventuais excessos do subjetivismo individualista, além de impedir o *venire contra factum proprium*, impõe também a manutenção de uma linha de conduta uniforme, quer a pessoa esteja na posição de credor quer na de devedor.<sup>75</sup>

#### 4.2.2 Princípio da Justiça Contratual

Por princípio da Justiça contratual entenda-se a diretriz genérica de que as obrigações devem obediência a certo equilíbrio, definido pelas partes nos termos da lei, que as vincula e protege das alterações posteriores.

Deve-se afastar o aniquilamento de qualquer dos contratantes, tornando-se efetiva a solidariedade prevista na Constituição Federal, compreendendo-se que a idéia de justiça contratual não é mais moldada pelos contornos do voluntarismo contratual.<sup>76</sup>

Dentro desse contexto, Paulo Luiz Netto Lôbo aponta que talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência das prestações. Este princípio, segundo o autor,

preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, tal como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> MARTINS-COSTA, op. cit. p. 214-215.

<sup>75</sup> AZEVEDO, Junqueira. m "Interpretação do Contrato pelo Exame da Vontade Contratual. Revista Forense, volume 351, 275-283, p. 280.

<sup>76</sup> NALIN, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Privado número 12, out/dez de 2002, 50-60.

<sup>77</sup> LÔBO, P. op. cit. (1995), p. 44.

A previsão da necessidade de justiça contratual é existente em diversos artigos do Código Civil de 2002, como na aceitação da teoria da resolução por onerosidade excessiva (artigos 478, 479 e 480) e do instituto da lesão (artigo 157), e ainda nos artigos 317, 396 e 413.

Ao admitir a resolução dos contratos por onerosidade excessiva, resguarda o legislador o equilíbrio da equação contratual, em face de modificações extraordinárias e imprevisíveis:

artigo 478 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

artigo 479 - A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Artigo 480 – Se no contrato as obrigações couberem apenas a uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

O legislador procurou afastar as prestações desproporcionais em outras situações, a teor do artigo 317, que regula o objeto do pagamento e sua prova, dispondo que, quando por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.<sup>78</sup>

Eventual hipótese que não possa ser resolvida com as normas decorrentes dos artigos antes referenciados enseja a possibilidade de aplicação das normas sobre enriquecimento sem causa, descritas nos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002.<sup>79</sup>

A preocupação em resguardar a justiça contratual vai além da alteração do equilíbrio contratual por eventos imprevisíveis e extraordinários, sendo admitida a hipótese de lesão, descrita no artigo 157, como apontamos ao analisar, anteriormente, o princípio da socialidade.

<sup>78</sup> artigo 317 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

<sup>79</sup> artigo 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único – Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem à época em que foi exigido.

artigo 885 - A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

artigo 886 – Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Com a lesão é possível pleitear a anulação de contrato firmado sob premente necessidade ou por inexperiência, em que uma das partes admite prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, sendo a desproporção aferida segundo os valores vigentes à época da celebração do negócio jurídico. Trata-se de hipótese de anulabilidade do negócio, que não será decretada se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito excessivo.

Já no artigo 396, ao regular a mora, o Código Civil de 2002 dispõe que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor não incorre este em mora, estabelecendo critérios que evitam a configuração indevida da mesma.<sup>80</sup>

Na regulação da cláusula penal, no artigo 413, o novo Código permite a redução da penalidade pelo juiz, equitativamente, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.<sup>81</sup>

Todas as hipóteses narradas tem por objetivo a prevalência do valor maior de equilíbrio da relação contratual pactuada, na forma da lei, e o afastamento de qualquer oneração excessiva.

Sob outra concepção, em que é objetivado o equilíbrio da relação material entre os contratantes, o princípio da justiça contratual justifica a imposição de normas cogentes nos contratos entre particulares, configurando restrição à liberdade de contratar, como suscitam Kötz e Flessner :

Onde as partes são desiguais em poder de barganha, onde a paridade contratual é perturbada, e a parte mais fraca precisa de proteção, deve a liberdade contratual deixar de ser restringida por normas imperativas? Não é tempo de o princípio da liberdade contratual ser substituído ou complementado pelo princípio da justiça contratual?<sup>82</sup>

Percebe-se, assim, a importância fundamental do princípio da justiça contratual no sistema estabelecido pelo Novo Código Civil.

## 5. CONCLUSÕES

Como conseqüência das modificações sofridas na sociedade contemporânea, com a superação do ideário liberal, o direito privado assume contornos diferenciados dos tradicionais. É em tal contexto que se pode falar em publicização do direito privado.

<sup>80</sup> artigo 396 - Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

<sup>81</sup> artigo 413 - A penalidade deve se reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

<sup>82</sup> KÖTZ, Hein. FLESSNER, Axel. **European Contract Law**, vol. 1, Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties. Trad. Tony Weir. Nova York: Oxford, 1997, p. 11.

Entende-se por publicização do direito privado o fenômeno da interferência do Estado nas relações privadas, em defesa dos mais fracos, equilibrando relações naturalmente disformes.

A nova realidade social impõe restrições à liberdade de contratar. No Ordenamento Jurídico Nacional amplia-se a heteronomia da vontade, definida como a área dos atos jurídicos cuja regulação é externa aos seus elementos. O Estado interfere na autonomia de definir quando, com quem e como contratar.

A liberdade de fixar o conteúdo contratual implica na possibilidade de optar por qualquer dos contratos que possuem regulação específica na legislação, como também por alterá-los, acrescentando cláusulas não previstas ou na possibilidade de contratar de forma diversa da regulada pelo legislador. O artigo 104, do Código Civil, importa em restrição à liberdade de fixação do conteúdo negocial, restrição que se estende à ordem pública e aos bons costumes.

Normas de ordem pública são as que regulam e protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica ou moral no direito privado de determinada sociedade, revestida de caráter imperativo, cujo descumprimento acarreta a sanção de nulidade do ato jurídico, na forma do artigo 166, do Código Civil. Os bons costumes são regras morais que formam a mentalidade de um povo e se expressam em princípios, como perempção, proibição do jogo, etc.

Os princípios da socialidade e da eticidade, constantes do Código Civil de 2002, são forma de restrição da fixação do conteúdo contratual, seja esclarecendo ao intérprete o exato conteúdo do contrato seja impondo às partes normas contratuais e padrões de conduta inafastáveis.

O artigo 421, do Código Civil, impõe a análise das normas do acordo de vontades a partir de sua finalidade, sua função, sua utilidade social. Também são emanações da socialidade no Código Civil os artigos 157, 423 e 424. Importante, ainda, a regra de que comete ato ilícito, o que significa revestir-se de nulidade e atrair a obrigação de indenizar, o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, pela boa fé ou pelo bons costumes, na forma do artigo 187, do Código.

Pelo princípio da eticidade, que se desdobra em princípios da boa fé e da justiça contratual, institutos como a propriedade e o contrato estão subordinados à realização dos interesses das pessoas, não configurando finalidade em si mesmos, ao lado de que se exige, em outra vertente, padrões de comportamentos éticos, transparentes, o que repercute nos deveres decorrentes das relações negociais.

São emanações do princípio da boa fé objetiva os artigos 112, 113 e 422 do Código Civil. No artigo 187, há regra que enquadra o ato que despreza a boa fé objetiva como ato ilícito, sujeito à nulidade e indenização por dano. A previsão da necessidade de justiça contratual é disposta nos artigos 478, 479

e 480, na aceitação da onerosidade excessiva e no artigo 157, na admissão do instituto da lesão.

Concluimos, destarte, que a autonomia privada e, como consequência, a liberdade de contratar, sofre severas restrições no Código Civil, moldando as relações jurídico-privadas em padrões distintos da concepção tradicional.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996. Brasília, 634-650.

\_\_\_\_\_. O Direito Civil na Pós-Modernidade. In: **Direito Civil - Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 61-77, 2003.

\_\_\_\_\_. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: Perspectiva Estrutural e Funcional. **Revista de Direito Civil**, número 46, p. 07-26, 1998.

\_\_\_\_\_. Autonomia Privada, In: **Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ - 20**, Conselho da Justiça Federal, Brasília, p. 77-88, 2002.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Tais Cristina de Camargo: Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada. **Revista de Direito Privado**, n. 11, 244-250, jul/set de 2002, RT.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. **Revista dos Tribunais**. Civ. Ano 87, v 750, abril de 1988.

CORDEIRO, Menezes. **A Boa Fé como Regra de Conduta**. Coimbra: Almedina, 1985.

COSTA, Judith Martins. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ética da situação. In: **Diretrizes do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda. A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do Direito Privado. In: LOTUFO, Renato (coord). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. São Paulo. Ícone, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria: storia Del diritto commerciale**. Bologna: Il Mulino, 1993.

GIORGIANI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais Civ**, ano 87/volume 747, janeiro de 1998, páginas 35-55.

GOMES, Orlando. **Contratos**: Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GORON, Lívio Goellner. Anotações sobre a Boa Fé no Direito Comercial. **Revista de Direito Privado**, número 13, 143-157.

GURVITCH, Georges, **L`idée du Droit Social**. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1972.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes: A Função Social do Contrato. **Revista de Direito Civil**, v. 45, p. 141-152, jul\set de 1990.

IRTI, Natalino. Autonomia Privata e Forma di Stato. **Rivista di Diritto Civile**, CEDAM, p. 15-23, jan\fev. 1994.

JUANES, Norma Haydée. Los Actuales Perfiles de la Autonomia de la Voluntad en el Ambito de la Contratacion Privada. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba**, v. 6, n. 1, p. 285-311, 1998.

KÖTZ, Hein; FLESSNER, Axel. **European Contract Law**, vol. 1, Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties. Trad. Tony Weir. Nova York: Oxford, 1997.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios Fundantes do Direito Civil Atual. In: **Direito Civil - Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 241-258, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutri-na/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 10 jul. 2002.

\_\_\_\_\_. **Contrato e Mudança Social**, RT ano 84, v. 722, dez 1995.

LOBO NETTO, Paulo Luiz: **O Novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros**. Campinas: Bookseller, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações: contratos**. vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos , 1993.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. A Descodificação e a Possibilidade de Resistematização do Direito Civil. In: **Direito Civil - Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 219-239, 2003.

\_\_\_\_\_. Análisis Crítico de la Autonomia Privada Contractual. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p. 5-19 abril\jun. 1995.

LOURENÇO, José. Autonomia Privada, In: **Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ – 20**, Conselho da Justiça Federal, Brasília, p. 77-88, 2002.

\_\_\_\_\_. **Limites à Liberdade de Contratar**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.  
MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ética da situação, In: **Diretrizes do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 88-168, 2002.

MARQUES, Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: RT, 2001.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa Fé no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 81, 11-29, jul. 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado - Parte Especial**, Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MUSIO, Antonio. **La Bona Fede nei Contratti dei Consumatori**. Napoli: Scien-  
tifiche Italiane, 2001.

NALIN, Paulo. O Contrato em Movimento no Direito Pós-Moderno. **Revista Trimestral do Direito do Consumidor**, vol. 1º, p. 375-282, abril/jun. 2002.

NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. Tese de doutorado. São Paulo: FADUSP, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **A Crise do Direito**. São Paulo: Max Li-  
monad, 1955.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: RT, 1999.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos**. São Paulo: Método, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. **Revista de Direito Privado**, número 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9-37, abril/junho de 2002.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. II, Parte Geral (artigos 43-113). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

SOMMA, Alessandro. Il Diritto Privato Liberalista. Reflessioni sull Tema Dell ´autonomia Privata Stimolate da Um Recente Contributo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, ano XXXIV, n. 101, mai/ago 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Ja-  
neiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas. 1977.



# FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO<sup>1</sup>

*José Marcos Domingues<sup>2</sup>*

## RESUMO

O federalismo fiscal é expressão financeira do federalismo político, que é a criação de diversas instâncias de poder para atendimento ao Bem Comum, ao qual deve corresponder uma adequada distribuição dos recursos nacionais, seja pela via do exercício do poder de tributar das unidades federadas, seja pela redistribuição vertical de arrecadação. Devido a fatores históricos e culturais, o federalismo brasileiro é excessivamente concentrador de poder na União, ao que corresponde centralização do poder de tributar, tendência que a Constituição de 1988 tentou reverter; Emendas desvinculadoras de recursos e a exacerbação das *contribuições* não compartilhadas, de duvidosa constitucionalidade, vieram a *refederalizar* o bolo tributário. Sugerem-se medidas para amenizar a centralização tributária no País e ensejar maior democracia financeira, num novo federalismo fiscal.

## Palavras-chave

Federalismo fiscal. Partilha constitucional de rendas. Carga tributária. Concentração de poder. Descentralização.

## ABSTRACT

The fiscal federalism is the financial expression of political federalism, which is the creation of several political instances to serve the Public Good, through adequate distribution of national resources either by way of the exercise of taxing power by political entities or by vertical redistribution of revenues. Due to historical and cultural reasons, Brazilian federalism has concentrated too much power in the Union, including the power to tax; the Federal Constitution of 1988 attempted to reverse this trend, but was bypassed by Constitutional Amendments and by institution of segregated-revenue *contributions*, the constitutionality of which is doubtful, thereby *re-federalizing* major tax revenues. This paper suggests measures intended to soften the country's tax centralization and to foster more financial democracy in a new fiscal federalism.

## Key-words

Fiscal federalism. Constitutional sharing of revenues. Tax burden. Concentration of power. Decentralization.

Em quadras de globalização propõe-se que o Estado brasileiro seja *mínimo* para não sobrecarregar o esforço desenvolvimentista da sociedade exposta a condições de competição extremamente árduas.

<sup>1</sup> Texto da comunicação do Autor no II Congresso Internacional de Direito Tributário da Cidade do Rio de Janeiro. 9 a 11 de maio de 2007.

<sup>2</sup> Professor Titular de Direito Financeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Não obstante, ao lado do aumento contínuo da carga tributária, o que se nota não é a diminuição, mas a *ausência* generalizada do Estado, que não provê os mais comezinhos direitos da população; quando presente, percebe-se a sua falência. A desesperança social e a impotência diante da insegurança abrem o cada vez mais amplo espaço de exclusão à intervenção profusa da criminalidade organizada; o povo, desatendido pelos Governos, torna-se refém da ação de variados grupos que se aproveitam dessa circunstância.

Parece que na raiz do problema está um componente financeiro relevante que é o desequilíbrio no federalismo fiscal da Nação.

Define-se *federalismo fiscal* como o conjunto de providências constitucionais, legais e administrativas orientadas ao financiamento dos diversos entes federados, seus órgãos, serviços e políticas públicas tendentes à satisfação das necessidades públicas nas respectivas esferas de competência.

Exemplos de providências constitucionais são a atribuição de poder de tributar próprio aos entes federados e a participação estadual e local na riqueza nacional<sup>3</sup>; de normação legal, as leis complementares nº 61, de 26.12.1989, nº 63, de 11.01.1990 e nº 91, de 22.12.1997, que dispõem sobre a repartição de receitas e distribuição de fundos a Estados e Municípios; de ação de governo, as políticas públicas, sociais e econômicas, no âmbito do SUS - sistema único de saúde de que tratam os arts. 196, 198 da Carta Magna.

O federalismo fiscal é uma técnica que visa garantir o melhor atendimento ao Bem Comum, e nessa medida é instrumento de ordenação das finanças públicas de molde a ensejar a realização do federalismo político.

O Federalismo é a idéia-força da união de Estados para a criação de diversas instâncias de poder e de serviços públicos para tutela da Vida, da Liberdade, da Igualdade, da Segurança e da Cidadania, esta, pressuposto da noção mesma de Estado a ser constituído, e aquelas, atributos da Existência e Dignidade da Pessoa Humana. Em resumo: direitos fundamentais.

O federalismo é concepção genérica que se concretiza através das figuras típicas da confederação e da federação de Estados. O Federalismo exprime os ideais políticos de *unidade* em torno de valores compartilhados e *pluralidade* em face das especificidades de seus integrantes.

A Federação é, pois, orientada pelos princípios de *solidariedade* e de *subsidiariedade*.

O grau de retenção de poder local ou de concentração de poder central, ou em outras palavras, o nível de flexibilização ou de centralização política, depende da história do país que se examine. É claro que federações obtidas pela aglutinação de Estados, como é o caso dos Estados Unidos, da Alemanha e do

<sup>3</sup> Cf. arts. 145, 153, 155, 156; art. 30, III; arts. 157-159 da Constituição brasileira.

Canadá, tendem a uma maior retenção de poder nas unidades federadas; nas federações por desintegração de um Estado unitário, como é o caso do Brasil e da Argentina, a propensão é a manutenção de poder no Centro, até como providência cautelar em face do maior risco de secessão.

Acresça-se a isso, a correlação dessas escolhas em função do grau de desenvolvimento da cultura política dos povos em questão: a *pior* a Democracia, maior a possibilidade de concentração de poder na União.

Do ponto de vista jus-financeiro, importa mais saber se o federalismo fiscal corresponde ao federalismo político a que deve servir, porque parece inexistir federalismo político sem federalismo fiscal, assim como não há verdadeira democracia política sem democracia financeira.

Situa-se aqui o Federalismo Fiscal; e, nele, um dos maiores dilemas enfrentados pelo Poder Constituinte – que é o financiamento por meios equânimes e razoáveis das tarefas finalisticamente assinadas aos Entes da Federação nos seus respectivos níveis de governo.

Superada a utopia do imposto único, a Economia, a Ciência das Finanças e o Direito conceberam os sistemas tributários como a solução a um tempo lógica e justa para o financiamento das necessidades públicas com respeito ao princípio cardinal de Igualdade, de sorte que cada qual acuda ao chamamento estatal em função não só das exigências do Bem Comum, mas também tendo em vista a possibilidade do destinatário da ação estatal: o Cidadão contribuinte.

No caso dos países federais, leciona Aliomar Baleeiro, “o problema é ainda mais complexo e árduo, porque devem alimentar-se dos impostos três competências diferentes – a federal, a estadual e a municipal<sup>4</sup>”; ou, acrescente-se, porque as três esferas de Poder devem conter-se dentro do que lhes seja lícito requisitar dos cidadãos em função das tarefas que cada qual deve desenvolver em prol da Sociedade.

A Federação surge, mormente em países de dimensões territoriais avantajadas, não só historicamente para garantir a unidade de ação em face de interesses comuns a Estados-Membros (que foi a causa determinante da fundação das federações norte-americana e alemã), mas, hodiernamente, para garantir à população diversas instâncias públicas de acesso ao Poder e o correspondente exercício da Liberdade.

Do ponto de vista financeiro, a partilha da receita tributária (expressão de autonomia) e a redistribuição de recursos intra-federativos (manifestação de solidariedade) traduzem essa propensão federalista de atendimento plural às necessidades cidadãs.

Para tanto, é essencial que se estabeleça, concomitantemente, uma

<sup>4</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16ª ed. Atualizada por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 233.

adequada distribuição vertical de tarefas constitucionalmente determinadas, pois à Despesa com os respectivos serviços públicos é que deverá corresponder uma Receita bastante. Nas palavras de Alexander Hamilton<sup>5</sup>, “... um poder geral de tributar, de uma maneira ou de outra, deve estar intimamente combinado à estrutura do governo”.

Ora, numa Federação, naturalmente composta de Estados heterogêneos, não será bastante a mera atribuição de competência tributária aos entes federados, mas por princípio de solidariedade, especialmente num país de fortes contrastes, como o Brasil, impõe-se a redistribuição da riqueza nacional, não apenas no plano individual pela tributação progressiva, mercê da aplicação do princípio da capacidade contributiva, mas também no plano sócio-político, através das transferências financeiras, ou repartição das receitas tributárias, de que tratam os artigos 157 a 162 da Constituição.

É preciso ter em mente que determinados Estados-Membros e muitos Municípios não são viáveis senão no seio da Federação, por lhes faltar lastro econômico; estabelecem-se e sobrevivem por força do interesse nacional de atender suas peculiaridades e de tê-los juntos em União, graças aos laços culturais, sociais e políticos comuns que, ao mesmo tempo, determinam a sua Autonomia. E não há autonomia política sem autonomia financeira: “... não basta ao Estado-Membro a possibilidade de auto-organizar-se (...); é imprescindível a existência de autonomia financeira<sup>6</sup>”. Assim também, não há democracia política sem democracia financeira; nem existe, repita-se, federalismo político sem federalismo fiscal.

Porém, há que haver uma correta interpretação do que deva representar essa redistribuição vertical de recursos: a esse *bônus político*<sup>7</sup> deve corresponder um ônus político-jurídico, que é a responsabilidade fiscal, com a implantação de uma tributação regional e local tão justa quanto eficaz, a determinar a aplicação do princípio da generalidade tributária, o aproveitamento legislativo dos campos de incidência tributária e das respectivas bases imponíveis, a minimização de renúncias fiscais, a cobrança eficiente dos tributos; e, ainda, a otimização do gasto público, quer quando financiado pelos tributos próprios, quer quando pelas transferências federativas.

A Constituição de 1988, acusada de inviabilizar as finanças federais em função da descentralização do chamado *bolo tributário*, em favor dos Estados e sobretudo dos Municípios, teve a preocupação exatamente de, através desse processo político-financeiro, democratizar a Federação brasileira.

Ocorre, e este parece ser o *punctum saliens* do problema, que à descentralização de meios não correspondeu a necessária desconcentração de

<sup>5</sup> HAMILTON, Alexander. Os Artigos Federalistas. Apud FONSECA REIS, Elcio. *Federalismo Fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 45.

<sup>6</sup> HAMILTON, A. op. cit., p. 43.

<sup>7</sup> REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2001, p. 342.

poder político-administrativa ou a efetiva racionalização de tarefas objeto de competências comuns, as quais se transformaram numa kafkiana superposição de gastos em prejuízo de todos: basta tomar como exemplos o sistema de transportes e o Sistema Único de Saúde. País afora, o que se vê são estradas federais (muitas vezes com expressão meramente regional) mal conservadas e inseguras, e um sem-número de hospitais federais, estaduais e municipais fechados ou funcionando precariamente. E falidos...

Em outras palavras: para não perder poder político, a União passou a manipular a entrega de repasses federais, ou ainda a realizar ela mesma tarefas que deveriam ser exercidas descentralizadamente. Essa manipulação pode dar-se pela alegação burocrática de falta de projetos ou de inobservância de complexa legislação, ou até pela demora na realização daqueles repasses.

O freqüente contingenciamento de verbas federais força a submissão do poder local ao poder central, estorvando a autonomia desejada pelo Federalismo e formalmente posta na Constituição.

A teoria do orçamento como ato materialmente administrativo, desembocando na teoria do gasto público como ato discricionário da Administração, precisa ser revista. Trata-se de teoria cristalizada por Paul Laband e serviu aos ideais autoritários e centralizadores de Bismarck, que com mão-de-ferro unificou a Alemanha, guerreou com a França e com a Áustria, e fez tábula rasa dos orçamentos aprovados pelo Parlamento. Uma realidade peculiar à Alemanha de então, que não primava pelo constitucionalismo, longe ainda de ser uma Democracia. Uma realidade muito diversa do atual estágio do Estado de Direito.

Por essa teoria anacrônica, introduzida no Brasil na República Velha, pela adesão acrítica ao pensamento de Jèze, sem as reservas que lhe opusera Duguít, e malgrado a divergência e a crítica de contemporâneos do próprio Laband, como Jellinek e Otto Mayer, e entre nós de Francisco Campos, já em meados do século passado, e mais recentemente de Egas Rosa Sampaio e Régis Fernandes de Oliveira, o orçamento seria ato meramente autorizativo, reservando-se à Administração Financeira, e sobretudo ao Poder Executivo, ampla liberdade de ação na efetiva alocação de recursos previstos no quadro da Despesa.

Numa Federação, o problema se agrava, pois o contingenciamento não é apenas horizontal, isto é, dentro de cada qual e entre os Poderes Políticos, mas também vertical, ou seja, afetando as transferências correntes ou de capital para Estados e Municípios.

Essa parece ser a causa da vergonhosa alcunha de *peça de ficção* que marca os orçamentos brasileiros.

Talvez esteja aí também a razão da preocupação do Constituinte Originário, de proceder a diversas vinculações de recursos que garantam valores ou interesses especialmente relevantes, impedindo assim a fraude

administrativa à vontade do Parlamento manifestada na aprovação da lei orçamentária anual.

A questão, como se vê, em última análise, tem a ver com Separação de poderes; com o respeito à legalidade orçamentária.

Mas o que se viu após a promulgação da *Constituição Cidadã* foi uma intensa movimentação federal no sentido do reforço do seu poder financeiro, mercê do vilipêndio ao sistema tributário e orçamentário vigente. E este é o grande dilema financeiro-tributário que se enfrenta no País: o *jeito* brasileiro de *descentralizar* é na verdade uma forma de reforço à progressiva concentração de poder federal pela *re-federalização*, na prática das tarefas locais, através do seu financiamento com recursos federais.

Ora, centralização rima com corrupção... Concentração rima com reeleição...

Vive-se no Brasil um verdadeiro teatro do absurdo em matéria financeira e tributária.

Em vez de descentralizar tarefas (o que reduziria o seu poder político-administrativo), a União obteve Emendas que represaram recursos de fundos estaduais e municipais (FSE, FEF, DRU) e procurou mais recursos não-compartilháveis (aumentando a carga tributária nacional, sobretudo através de contribuições). Isso tem ocasionado barganhas por aumento dos percentuais de composição dos fundos constitucionais de participação vertical, e pressões estaduais por amenização do centralismo tributário, a ponto de Emendas Constitucionais terem determinado distribuições aos Estados da arrecadação da CIDE-combustíveis --- com isso, a União perde recursos pré-destinados a servir de instrumento de sua ação privativa de intervenção na economia, (art. 149 c.c 177). E agora se propõe também o compartilhamento da CPMF, esdrúxulo tributo, que aliás não desencarna, típico reforço do caixa federal que, ao perdê-lo, mesmo parcialmente, tende a pleitear mais aumento de carga fiscal... Trocando em miúdos: um verdadeiro *samba-doido* de Estanislau Ponte Preta!

O que deve propor este fóro é um novo federalismo fiscal. Alinhem-se algumas idéias: uma nova DRU, denominada sugestivamente de *Desconcentração* das Receitas da União, reconduzindo-se as contribuições ao seu papel tópico; uma nova forma de harmonização da tributação local em que alíquotas mínimas combateriam a guerra fiscal entre os entes federados; a devolução da competência residual aos Estados, inclusive com melhores possibilidades locais de tributação ambiental, sob risco e responsabilidade destes; não intromissão federal no imposto de heranças e doações, instrumento de democratização do poder econômico, ressalvada a fixação de alíquota mínima; resgate da contribuição de melhoria, instrumento democrático de financiamento da infraestrutura de transportes, que possa levar a uma re-definição da ocupação do solo urbano e rural, abrindo novos espaços de desenvolvimento.

Alvitra-se um federalismo fiscal que acabe com a concentração de 68,4% da receita tributária em mãos da União Federal --- percentual claramente incompatível com o volume de tarefas assinaladas aos Estados e Municípios.

Além do mais, informam Serra e Afonso<sup>8</sup> que desde 1991 (ano de menor participação federal após a Assembléia Constituinte) a participação federal na arrecadação tributária aumentou 2,9 pontos percentuais e a municipal 1,5 pontos, enquanto a estadual retrocedeu 4,4 pontos.

O que se deseja é um federalismo fiscal que garanta recursos próprios aos entes federados encarregados de prover segurança, saúde, educação e transporte ao cidadão que não se desloca de seu Estado, para não dizer de sua cidade, e que depende desses bens para viver com dignidade. E um federalismo fiscal que não mais aceite contingenciamentos verticais de recursos e muito menos a derrogação do pacto federativo por emendas constitucionais às Disposições Transitórias.

Espera-se que o Poder Judiciário se comprometa a controlar os demais Poderes Políticos nessa tarefa de re-edificação das Finanças Nacionais, admitindo syndicar mais acerca de temáticas sensíveis e candentes, hoje relegadas ao escaninho das *questões políticas* quando não empalidecidas sob o manto de uma visão estreita de controle de proporcionalidade. Refiro-me especialmente à superficialidade da aplicação do princípio da capacidade contributiva, à timidez no combate ao desvio nas políticas públicas, e à excessiva complacência com a discricionariedade orçamentária do Executivo. Uma disposição maior do Judiciário poderá oxigenar e liberalizar o Federalismo brasileiro.

Exige-se, enfim, um federalismo menos centralizador, com maior transparência e obediência à disciplina orçamentária e ao que mais preconiza o direito financeiro, assim melhor reconciliado com o direito tributário, pois a este é que cabe o amargo ônus de reger o ajuste da Receita quando, por violação daquele, se exacerba a Despesa e se quebra o equilíbrio das Finanças Públicas, desatendem-se os reclamos do desenvolvimento sócio-econômico harmonioso, e se tripudia a Cidadania, que quer respirar e produzir mais em clima de Democracia Fiscal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16<sup>a</sup> ed. Atualizada por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FONSECA REIS, Elcio. **Federalismo Fiscal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. São Paulo: Atlas, 2<sup>a</sup> ed., 2001.

SERRA, José. AFONSO, José Roberto R. El Federalismo Fiscal em Brasil: Uma visão panorâmica. **Revista de la Cepal**, v. 91, Santiago de Chile: CEPAL, abril 2007, p. 29-52.

<sup>8</sup> SERRA, José. AFONSO, José Roberto R. El Federalismo Fiscal em Brasil: Uma visão panorâmica. **Revista de la Cepal**, v. 91, Santiago de Chile: CEPAL, abril 2007, p. 29-52, especialmente a p. 49. Dados de 2005: carga tributária 38,94% do PIB; arrecadação tributária direta da União – 68,4%; dos Estados – 26%; dos Municípios – 5,6%; quanto ao ingresso tributário disponível, após transferências constitucionais: União – 57,6%; Estados – 25,2%; Municípios – 17,2%.





# NOTAS EM TORNO DA ARBITRAGEM

*Juvêncio Vasconcelos Viana*<sup>1</sup>

## RESUMO

A arbitragem é meio de resolução de conflitos envolvendo um ou mais terceiros imparciais, escolhidos pelas partes em conflito, ante as quais sua decisão é vinculante.

## Palavras-chave

Processual. Constitucional. Arbitragem

## ABSTRACT

Arbitration is a method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are chosen by the disputing parties and whose decision is binding.

## Key-words

Procedural. Constitutional. Arbitration

## 1. INTRODUÇÃO.

Quando, modernamente, discorre-se acerca dos diversos meios de solução dos conflitos, a palavra de ordem há de ser “convivência”; convivência, entenda-se, a mais harmoniosa possível entre a solução oficial (*jurisdição estatal*) e os meios alternativos de composição das lides.

Não é de agora que a doutrina se preocupa com esse tema. É cada vez mais crescente a “onda” dos chamados *ADR’s* (*Alternative Dispute Resolution*). Trata-se de um movimento moderno que, no final, se vale de antigos e conhecidos meios de solução dos conflitos.

A demora na entrega da prestação jurisdicional - todos sabem - não traz nenhum bem à coletividade, seja sob o aspecto social, psicológico ou mesmo econômico.

A morosidade dos processos civis e comerciais repercute, como é sabido, desfavoravelmente na produção e nos investimentos de capitais, paralisando

---

<sup>1</sup> Advogado, Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito Processual pela USP.

atividades, gerando gastos improdutivos e ocasionando perdas econômicas significativas. A justiça lenta deixa de ser justa. A morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais gera na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos. O sentimento de cidadania se enfraquece e o resultado do inconformismo nem sempre é o mais salutar. A justiça que chega atrasada deixa de ser justa.<sup>2</sup>

A busca desses meios alternativos, com tamanha intensidade, tem a ver, pois, não somente com o próprio fenômeno da demora da prestação jurisdicional, mas também com uma apontada incapacidade do Judiciário de dirimir com eficiência determinados conflitos e, ainda, um certo ressurgir de idéias do liberalismo, autonomia da vontade etc.

Ainda hoje, uma das mais destacadas manifestações de autonomia – entendida não como margem de liberdade concedida e regulada pelo Estado, mas como capacidade de determinar-se e organizar-se independentemente das suas leis – é aquela pela qual muitos grupos prevêem, no seu seio, uma justiça arbitral que se desenvolve de fato (segundo regras de procedimento e de juízo peculiar pelo menos) e se afirma em virtude da própria autoridade do grupo, dos seus membros e do respeito a eles.<sup>3</sup>

Contudo, apesar daquela necessária idéia de boa convivência, muitas vezes nos encontramos diante de (sérios) óbices à efetividade daqueles meios alternativos de composição das lides.

Dentre aqueles, dê-se especial destaque aos obstáculos de natureza cultural e intelectual.

Não se pode ignorar que, ainda hoje em dia, a formação que se dá nos bancos de nossas Faculdades de Direito é a *formação jurídica adversarial*, mostrando o processo judicial aos acadêmicos como sendo uma espécie de “arena de astúcias”.

Daí dizer Pedro A. Batista Martins<sup>4</sup> que “os advogados se formam, se deformam e se conformam com o contencioso”.

De todo conveniente, sem dúvida, repensar-se os currículos jurídicos, submetendo-os à necessária revisão, incluindo ali disciplinas que versem adequadamente sobre tais meios alternativos.

Há também o obstáculo da falta de informação. O cidadão, potencial destinatário e usuário de tais meios, tem que saber da existência dos mesmos.

<sup>2</sup> BASSO, Maristela, Ampliação do uso da Arbitragem – A revitalização da Arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. *Revista da XVI Conferência Nacional dos Advogados*. OAB Nacional, p. 16.

<sup>3</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif, São Paulo: Bookseller, 2006, p. 567.

<sup>4</sup> Invocando lição do Des. Cláudio Vianna de Lima.

É preciso dar-se conhecimento da instituição e da mecânica de tais meios alternativos à população.

Todos os meios de solução dos conflitos devem ser amplamente difundidos, seu funcionamento deve ser explicado em linguagem acessível a todos, devem ser abolidas a linguagem complicada e a nomenclatura ultrapassada e sem sentido. Essa postura é exigível da própria atividade estatal da jurisdição, pois sabe-se que um dos obstáculos ao acesso à justiça é justamente o excesso de tecnicismo, que provoca um imenso abismo entre o cidadão e o Estado.<sup>5</sup>

Especificamente quanto ao juízo arbitral (tema que vai nos interessar), costuma-se dizer que falta nos operadores uma “*cultura da arbitragem*”.

Existe, mesmo no plano doutrinário, posição negativa ao efetivo emprego de tal via.

Para Pontes de Miranda, por exemplo, o juízo arbitral “é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”.<sup>6</sup>

O juízo arbitral não teria criado “raízes firmes na prática do nosso direito interno”.<sup>7</sup> O Brasil, “talvez por força de suas vinculações com o *civil law* e pela sua herança cultural portuguesa, a ela [*arbitragem*] sempre se mostrou arredo, assim como à solução por equidade, de inegável sucesso nos países mais desenvolvidos”.<sup>8</sup>

Uma insatisfatória regulamentação do instituto – que a Lei 9.307/96 procurou resolver (*v. infra*) – também era apontada como uma séria causa àquela maneira (negativa) de pensar.

Passando, agora, para uma ótica mais otimista sobre o tema, é de se destacar que a arbitragem investe exatamente contra obstáculos comuns à efetiva prestação jurisdicional – lentidão, alto custo do processo, ritualismos etc.

Costuma-se apontar como vantagens dessa técnica, comparativamente à jurisdição estatal:

a) privacidade ou confidencialidade (o conteúdo da arbitragem fica circunscrito às partes e aos árbitros); b) melhor propicia o alcance da conciliação; c) celeridade; d) especialização do árbitro; e) possibilidade do emprego de equidade; f) confiança (o “juiz” é eleito pelas partes).

<sup>5</sup> CALMOS, Petrónio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 164.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XV. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 344.

<sup>7</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Arbitragem: perspectivas.*, *Revista Consulex*, Ano I, n. 10, out/1997, p. 32.

<sup>8</sup> TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. *Revista do Advogado*, n. 51, AASF, out/1997, p. 16.

A arbitragem surge como interessante meio heterocompositivo (infra) de solução de controvérsias.<sup>9</sup> Contudo, alerta-se que, embora “o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro”.<sup>10</sup>

A opção pela via arbitral há de ser consciente. Implica na análise e ponderação de diversos aspectos, que vão desde os de ordem prática (v.g., boa logística para prática dos atos procedimentais) até os de natureza jurídica.

Por exemplo, a escolha da *sede* do juízo arbitral traz repercussão para:

- (i) a definição de nacionalidade do laudo com reflexos na execução;
- (ii) definição da competência do Judiciário para controle do laudo via ação de nulidade;
- (iii) a lei da sede tem papel subsidiário para regular a validade da convenção arbitral;
- e (iv) a lei da sede também desempenha papel importante nas disposições procedimentais imperativas.<sup>11</sup>

Dessa forma, ao optar-se pela via do juízo arbitral, é preciso que os interessados, previamente, estudem os custos, verifiquem a especialização dos árbitros e tudo mais a se colocar no compromisso, afim de não se ter surpresas mais adiante.

## 2. O CONTEXTO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS.

Como dito, o emprego e a sistematização na ordem jurídica de tais meios alternativos é algo moderno e cada vez mais crescente.

Antigas vias são abraçadas pelo direito positivo e, ainda, objeto de reforma e ampliação de seu alcance.

Existem vias autônomas e heterônomas. Essa uma classificação doutrinária que toma por critério a *titularidade do poder de decidir* o conflito. Assim, se

o titular do poder de decidir são as partes, individual ou conjuntamente, temos a *autonomia* [autotutela; autocomposição:

<sup>9</sup> É comumente utilizado entre particulares, mas é crescente a proposição de seu emprego para solução de conflitos oriundos de contratos com a Administração. O processo arbitral nesse caso teria suas dificuldades (publicidade dos atos da administração [iria embora o sigilo], legalidade [que atrapalharia o emprego da equidade], indisponibilidade de seus interesses, prerrogativas processuais), podendo gerar um emperramento do instituto em tais casos. “A cláusula compromissória que viesse a ser incluída em contratos com a Administração Pública, em consequência, teria de vir recheada de limitações que, a pretexto de viabilizar a utilização da jurisdição arbitral, acabariam por minimizar as proclamadas vantagens oferecidas por esse meio alternativo de solução de controvérsias”. (DINAMARCO, Julia Raquel de Queiroz, Arbitragem e Administração Pública. *Revista do Advogado*, n. 51, AASP, out/1997, p. 56).

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988, p. 82.

<sup>11</sup> BRAGHETTA, Adriana, A escolha da sede na arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 10.

negociação, conciliação, mediação]. Se o titular desse poder é um terceiro, temos a *heteronomia*. ... A heteronomia é modo de tratamento dos conflitos em que a decisão é produto de um terceiro, que não auxilia nem representa as partes em conflito [arbitragem e jurisdição estatal].<sup>12</sup>

Vejamos, em rápida amostragem, manifestações dessas vias no direito positivo, especialmente com as inovações trazidas pela reforma processual brasileira.

Recorde-se, por exemplo, que o *instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores* (inc. II, art. 585, parte final, CPC) foi colocado como modalidade de título executivo extrajudicial.

Normas dessa natureza servem para demonstrar que o advogado, modernamente, precisa estar também preparado para esse tipo de atuação autocompositiva, em mesas de negociação etc.

Como ressaltamos, os advogados se preparam normalmente para a advocacia contenciosa. Pior, em algumas situações, até tendem a tomar para si o litígio das partes. Esquecem que a busca de uma solução amigável ao conflito é também papel seu, como bem enfatiza o Código de Ética da Advocacia. Consta ali que constitui dever do advogado "... estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios" (art. 2º, pr. único, VI).

Lembremos, ainda, que alguns protagonistas importantes desses meios alternativos serão buscados exatamente na classe dos advogados, v.g., os juízes leigos (art. 7º, Lei 9.099/95) e os mediadores judiciais.<sup>13</sup>

Especificamente quanto à *arbitragem*, também se tem previsão legal da possibilidade de atuação do advogado (§3º, art. 21, LArb).

Nesse território, além dos cuidados com a confecção da convenção de arbitragem ou mesmo com a adequada instalação do juízo arbitral, não pode o advogado esquecer, mais do que nunca, de seus deveres éticos, que não caberão excessos de litigiosidade. Ou seja, a postura do advogado, em tal sede, não deve ter aquele comum tom belicoso, impõe-se, mais que nunca, boa fé e espírito conciliador, esclarecendo ao cliente que ali não cabem recursos ou outros expedientes puramente procrastinatórios.

O advogado deve estar preparado, portanto, para esse novo tipo de advocacia, que exige, de igual, novo paradigma de conduta.

É preciso que o advogado estude técnicas de negociação. Buscar uma via autocompositiva não significa estar despreparado para tratar o conflito. Da

<sup>12</sup> ROCHA, Jose de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 28-29.

<sup>13</sup> Os quais serão colhidos entre advogados com 3 anos de experiência, como se prevê em projeto de lei que regulamentará o instituto.

mesma forma quando vai entrar em juízo, também tem que se estar preparado tecnicamente para o manejo da negociação.<sup>14</sup>

É importante saber transmitir ao cliente as vantagens da negociação, que buscá-la não significa, de forma alguma, sinal de fraqueza. É conveniente ainda mostrar ao cliente, inclusive, que a bem sucedida negociação virá como algo fruto do trabalho do profissional.<sup>15</sup> Seguindo, vamos à *conciliação*. Essa é antigo instituto do direito processual. Mais do que nunca, o legislador tem-se preocupado em mostrar que aquela constitui relevante papel entregue ao Judiciário, que o juiz tem participação fundamental e conclusiva em tal atividade.

Quanto à conciliação, convém lembrar toda uma evolução do instituto, desde a previsão legal de um momento único na fase inicial da audiência de instrução e julgamento, até a possibilidade moderna de tentá-la a qualquer momento.

Primeiro, o art. 125, IV, CPC, o qual permite o juiz “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. É preciso que essa norma não seja interpretada ao extremo e que juizes, por exemplo, ao despachar iniciais de procedimento ordinário não venham, de logo, designando sessão de conciliação, numa espécie de sumarização do procedimento padrão, em todo e qualquer caso, independente de captar clima favorável ou não a tal tentativa.

É, ainda, exatamente com base em tal dispositivo que alguns tribunais da nação têm montado “mesas de conciliação”, levando apelações e agravos a um momento de tentativa de conciliação em segundo grau. Extremamente louvável a iniciativa. Contudo, é importante tomar alguns cuidados práticos para evitar que esse poder conciliatório não funcione, ali, como medida de retardo dos processos. Faz-se necessária, por exemplo, uma adequada triagem dos feitos, para que não sejam levados à mesa processos que não comportam conciliação ou que as partes definitivamente não a queiram. Mais ainda, frustrada que seja essa iniciativa, deve o processo retornar exatamente para a mesma posição anterior da fila, mantendo sua expectativa cronológica de julgamento.

Segundo, temos a *sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo*, como título executivo judicial (art. 475-N, III, CPC).

Essa foi uma previsão bem útil e interessante. Evita que, solucionada que fosse a lide *em parte*, as mesmas partes voltassem, mais uma vez, perante o

<sup>14</sup> Cf. NASCIMENTO, Alessandra Gomes do. *Técnicas de Negociação para Advogados*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12-13.

<sup>15</sup> Até para mostrar-se o cabimento da adequada remuneração. Vale notar que tabelas de honorários de algumas Seccionais da OAB-CE precisam ser revistas para conter norma mais atual e específica acerca dessa advocacia autocompositiva. Há, em algumas normas, quando muito, cláusula genérica de “intervenção para a solução amigável de qualquer pendência”. Em termos práticos, o que importa é que tal remuneração seja proporcional ao benefício (resultado satisfatório, celeridade na solução do conflito) que a atuação do advogado traz para o cliente.

Judiciário para duelar por outros pontos da mesma lide, não apresentados no processo extinto. Compondo-se a lide integralmente mediante o ato transaccional, devidamente homologado esse, evita-se que aquelas mesmas partes voltem a demandar por outros aspectos e fundamentos que não estivessem naquela ação proposta. Com toda essa amplitude conciliatória, evita-se a perpetuação do conflito por um ou outro ponto específico e, mais importante, alcança-se, com eficiência, o escopo pacificador da jurisdição.

Por fim, temos, também como título executivo, o *acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente*. Vem na mesma linha do exemplo anterior, fruto de uma boa experiência inicial ainda nos *Juizados de Pequenas Causas*.<sup>16</sup> A idéia foi mantida na Lei dos Juizados Especiais (art. 57, LJE) e, agora, repetida no CPC (art. 475-N, V).<sup>17</sup> A redação da atual norma do código é mais ampla que a regra do Juizado.

O ato trazido à homologação poderá ter diferentes conteúdos (renúncia, concessões recíprocas). Diz a lei que pode ser um acordo de *qualquer natureza ou valor*. Basta que o acordo seja levado ao *juízo competente*, como ali se prevê. Esse será aquele órgão definido pelas normas de competência aplicáveis (CPC, leis de organização judiciária). A homologação de tal acordo vale como título executivo *judicial*.<sup>18</sup> Isso naturalmente diminui as possibilidades de impugnação oponíveis em sua execução. Não fosse tal homologação, no máximo, contaríamos com um título extrajudicial (inc. II, art. 585, CPC).

É preciso que o magistrado tenha o conhecimento e habilidade necessária no emprego desses amplos poderes. Muitos desses operadores são bacharéis oriundos daquela formação adversarial de que falamos. É fundamental que o juiz (ou mesmo o conciliador que lhe auxilia)<sup>19</sup> não trate a audiência de conciliação como uma “perda de tempo”. Já se disse que “tanto maior é a possibilidade de êxito na conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta” (Chiovenda).

A *mediação*, por sua vez, é a *atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual*.<sup>20</sup>

É, como dito, uma “*atividade técnica*”, algo que revela o aspecto profissional da função. Há um terceiro imparcial, mas não é esse que profere a solução do

<sup>16</sup> Foi uma grande inovação à época (década de 80) porque, na disciplina comum (CPC), somente se conhecia a homologação de acordo trazido na pendência do processo, para extingui-lo “com julgamento de mérito” (incs. II, III e V, art. 269).

<sup>17</sup> A demonstrar que não se cuida, exatamente, de uma inovação.

<sup>18</sup> É claro, desde que traga os requisitos para isso: uma prestação a cumprir; obrigação com certeza, liquidez etc.

<sup>19</sup> Aliás, é fundamental que o Tribunal de Justiça faça boa seleção e treinamento de pessoas que se coloquem como efetivamente preparadas para tal encargo.

<sup>20</sup> Conceito extraído do projeto de lei acerca do tema.

conflito;<sup>21</sup> esse não tem poder de decisão acerca do conflito, apenas ajuda os envolvidos a alcançarem a tal solução.

Envolve todo um procedimento voluntário e confidencial, com método próprio e informal.<sup>22</sup> A mediação propriamente dita conta com:

*Abertura* – ... Faz-se a colocação das regras do procedimento. O mediador ouve cuidadosamente os mediados. ...

*Investigação* – aqui aborda-se profundamente o conflito buscando suas causas e genealogia.

*Levantamento das opções* - ... Levantam-se as necessidades e os desejos de cada um, sem haver, num primeiro momento, compromisso com a aplicabilidade das alternativas.

*Negociação das opções* - ... É o momento em que aspectos da realidade e da possibilidade de cada mediando são levados em consideração. Concessões são feitas dentro do espírito de ganhos mútuos.

*Agenda* – compromissos parciais e provisórios podem ser feitos com o objetivo de testar se as alternativas acordadas realmente funcionam na prática.

*Fechamento* – testadas as alternativas na prática (quando for o caso), é feito o acordo, e o caso volta aos advogados, que farão a redação e o adequado encaminhamento jurídico<sup>23</sup>

Vê-se, pois que cabe ao mediador investigar, levantar opções e proceder negociação (negociação das opções levantadas; verificação da exequibilidade dessas). Observe-se que a *negociação* acaba sendo meio de consecução da *mediação*; técnicas daquela chegam em prol dessa.

Há certa confusão entre *conciliação e mediação*. Alguns vão dizer que simplesmente não há qualquer diferença ou que essa é pura filigrana. Outros vão dizer que uma e outra servem a modalidades diferentes de conflitos. A conciliação seria voltada mais para conflitos “pontuais”; mediação, uma via mais adequada para conflitos “permanentes”, que se projetam no tempo (v.g, direito de família, parcerias comerciais, sociedades).

Há também quem encontre diferenças a partir de critérios de finalidade, método e vínculos:

Quanto à finalidade, observa-se que a mediação visa resolver com abrangência o conflito entre os envolvidos, ou na linguagem de CARNELUTTI, visa por fim à lide sociológica. Por seu turno, a

<sup>21</sup> Não necessariamente apenas um terceiro. Conforme a situação, pode haver uma “co-mediação”, o auxílio de um outro mediador (especialista).

<sup>22</sup> Cogita-se também da denominada “mediação paraprocessual”. Trata-se da conhecida via alternativa, com todas as suas marcas principais, mas contando com o incentivo e controle judicial.

<sup>23</sup> NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 132.

conciliação possui escopo menos ambicioso, contentando-se em resolver o litígio conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos. ... Quanto ao método, em poucas palavras pode-se afirmar que o conciliador assume posição mais participativa, podendo chegar a apresentar uma fórmula de autocomposição, ou seja, pode sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente com elas a este respeito. Já o mediador jamais interfere nos termos do acordo, devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, procurando não se manifestar sobre as propostas apresentadas pelos envolvidos. ... Por último, o critério dos vínculos, em que se avalia a eventual ligação de determinado mecanismo com alguma estrutura preexistente. Por esse critério distinguem-se mediação e conciliação, porquanto esta é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada pelo próprio juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerce a função específica de conciliador. ... Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos.<sup>24</sup>

Agora, a arbitragem.

### 3. ARBITRAGEM E SEUS ANTIGOS PROBLEMAS.

A arbitragem aparece como forma (meio alternativo) de *resolver conflitos* civis, de dirimir controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, por meio de terceiro(s) escolhido(s) pelas partes, os quais recebem seus poderes através de uma convenção privada, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das decisões proferidas no Judiciário.

Sempre se discutiu qual ramo do direito regularia o compromisso arbitral, peça fundamental dessa via, entendendo alguns cuidar-se de matéria processual, outros colocando aquele no campo do direito substancial.

Prende-o ao direito material o fato de nascer o compromisso arbitral de um acordo de vontades, para fugir à jurisdição comum, ou ordinária, isto é, ao trato das controvérsias por seus juízes e em obediência total ao seu processo. Liga-se o compromisso ao Direito Processual pelo fato de ser dele a disciplina do juízo arbitral.<sup>25</sup>

Exatamente por isso o sistema brasileiro, por muito tempo, teve o tratamento simultâneo da matéria no CC e no CPC. Um instituto *bifronte*, pois. Um “*negocio jurídico processual*”, na dicção de outros.

Pois bem, no sistema anterior, regido pelo Código Civil e Código de

<sup>24</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 111-112.

<sup>25</sup> MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 461.

Processo Civil, tínhamos ao menos dois sérios problemas em relação à arbitragem: primeiro, a falta de um adequado tratamento à denominada cláusula arbitral ou cláusula compromissória; segundo, a exigência de homologação judicial posterior em relação à decisão do árbitro (então denominada *laudo arbitral*).

Era uma disciplina, como dito, insatisfatória, que não atendia aos principais objetivos (e vantagens) do instituto.

Depois de algumas tentativas e elaboração sucessiva de anteprojetos, veio iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco (1991), com o lançamento da *Operação Arbiter*, a qual acabou contando com a colaboração e conagração de diversas outras instituições empresariais e acadêmicas.<sup>26</sup>

Veio, no final, a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LArb), a qual procurou atuar sobre aqueles “pontos crônicos” (v. infra).

#### 4. ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO TEMA.

A chegada Lei 9.037/96 trouxe à tona, mais uma vez, a questão da constitucionalidade do juízo arbitral. O problema, como dito, não era novo<sup>27</sup> e foi *reaquecido* pelo advento da LArb.

O principal questionamento acerca de arbitragem diz respeito, exatamente, à sua confrontação com o princípio do acesso à jurisdição (ou da “inafastabilidade do controle jurisdicional”, como preferem outros), reforçado que foi com a Constituição de 1988 (inc. XXXV, art. 5º, Const.).

Não há inconstitucionalidade na espécie, adiantamo-nos em dizer.

Primeiro, é de se ver que a Constituição garante – e não impõe – ao cidadão o acesso à justiça, o juiz natural etc.. Havendo o conflito, nada impede o cidadão, no campo da disponibilidade, buscar outra via que não a judiciária para resolver o seu conflito. Nesse sentido, pronuncia-se Carmona: “Em síntese apertada, a norma inserida na Constituição Federal (art. 5º, XXXV) encarta uma proibição dirigida ao legislador, e não àqueles que precisam resolver um litígio”.<sup>28</sup>

Segundo Hamilton de Moraes e Barros, seria erro grosseiro dizer-se que a Constituição proíbe o juízo arbitral. Na verdade, ela até estimula o emprego de tal via (vide art. 114, §1º, Const.).

O que as Constituições não admitem, nem toleram, é que os indivíduos e pessoas, ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, porque a lei tenha fechado esse caminho. Ao prever o

<sup>26</sup> Acerca das diversas tentativas de elaboração legislativa até a chegada a vigente lei da Arbitragem, cf. TEIXERA, S. op. cit. p. 12-14.

<sup>27</sup> Pela inconstitucionalidade da via arbitral, cf. LIMA, Alcides Mendonça. O juízo arbitral e o art. 150, § 4o. da Constituição de 1967, RT 402/9-14.

<sup>28</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 257.

juízo arbitral e ao discipliná-lo, não está a lei excluindo a lesão ao direito individual, ou pessoal, da apreciação ao Poder Judiciário. Está, apenas, oferecendo às pessoas mais um meio – facultativo – de acertarem as suas relações<sup>29</sup>

Nery Junior, pela sua vez, afirma que,

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade, é a exclusão, *pela lei*, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estadual, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral.<sup>30</sup>

A lei seria inconstitucional se a arbitragem fosse obrigatória, vedando o acesso ao Judiciário. Furtado e Bulos ensinam que “ninguém obriga outrem a usar a arbitragem. Ela é uma *opção*, uma faculdade a mais posta a serviço dos sujeitos, jamais uma imposição, um dever, uma exigência”.<sup>31</sup>

José de Albuquerque Rocha faz distinção oportuna entre o conceito de poder e o de exercício do poder, recordando que uma pessoa pode ser titular de poderes e não ter o seu exercício ou deferi-los a terceiro.

Assim, arremata o professor,

é justamente isso que acontece com a jurisdição: o Estado é seu titular, mas defere seu exercício a agentes privados, constituindo a instituição da arbitragem que, portanto, não nega o monopólio da titularidade da jurisdição pelo Estado, pois o que este transfere ao árbitro é, repetimos, apenas o exercício do poder e não sua titularidade que permanece privativa do Poder Público.<sup>32</sup>

A rigor, *não é a lei que exclui da apreciação do Poder Judiciário a “lesão de direito”*, mas sim as próprias partes, por manifestação inequívoca de sua vontade em sede da convenção de arbitragem.

É de se registrar que aquela técnica *alternativa* (atente-se para tal qualidade) de solução dos conflitos somente será utilizada por partes *capazes* e em casos de direito patrimonial *disponível* (art. 1º, LArb), *v. infra*.

Ora, tão disponível quanto o direito é a *ação* que instrumentaliza a tutela desse mesmo direito.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> MORAES E BARROS, H. op. cit. p. 464.

<sup>30</sup> NERY, JUNIOR, Nery. *Princípios do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.

<sup>31</sup> FURTADO, Paulo Furtado. BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9.

<sup>32</sup> ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *A lei de arbitragem*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 29.

<sup>33</sup> Se o titular do direito “pode renunciar ao direito (princípio da autonomia da vontade), com maior razão pode renunciar a seu exercício eventual por intermédio do Judiciário. Aplica-se ao caso o princípio lógico dos poderes implícitos: quem pode o mais (renunciar ao direito) pode o menos (renunciar a uma forma de exercício do direito)” (ROCHA, J. op. cit. (1998) p. 30).

Assim, as partes não vão “obrigadas” ao juízo arbitral. Se assim fosse – ou seja, se tal via fosse única e obrigatória – aí sim, nos depararíamos, como dito, com inconstitucionalidade da disciplina do instituto.

Decerto a vulneraria [a *garantia do acesso à jurisdição*] se tornasse obrigatória a utilização da arbitragem, cortando às partes, mesmo contra a vontade delas, o acesso à Justiça estatal. *São elas mesmas, porém, que acordam voluntariamente submeter a árbitro, o litígio.*<sup>34</sup>

A parte não vai “coagida” à via do juízo arbitral; vai porque assim pactuou previamente, através de um *ato jurídico perfeito*,<sup>35</sup> irradiador de certos efeitos. Furtado e Bulos acrescentam que “o que não é possível deixar de existir é a certeza e a segurança daquilo que foi decidido em comum acordo, frise-se bem”.<sup>36</sup>

Ademais, a intervenção do Poder Judiciário não está excluída por completo.

Ela não ocorrerá – é certo – quanto à substância do julgamento do árbitro. Contudo, eventual ilegalidade praticada pelo árbitro permite controle pelo Poder Judiciário.

A *LArb* traz situações nas quais a sentença arbitral é reputada nula, podendo a parte interessada pugnar esse reconhecimento judicial (arts. 32 e 33, *LArb*). Não bastasse isto, há diversos outros momentos na legislação de intersecção (necessária relação) do juízo arbitral com o juízo comum: para instituição da arbitragem (art. 7º); para efetivação de medidas de condução de testemunha, cautelares ou coercitivas (§§ 2º e 4º, art. 22); na controvérsia acerca de direitos indisponíveis (art. 25); para fixação dos honorários do árbitro (pr. único, art. 11).

A lei deveria, contudo, ter sido mais precisa quanto à dinâmica dessa relação *árbitros-juizes* (*v. infra*).

## 5. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL.

A cláusula arbitral (ou cláusula compromissória) consiste no dispositivo contratual no qual as partes estabelecem que resolverão eventuais litígios nascidos daquele negócio através da arbitragem.

Em outros termos, é a “previsão de problemas futuros e a sua submissão ao método extrajudicial de solução”.<sup>37</sup>

Ao lado dessa, existe o compromisso arbitral.

O compromisso arbitral é “a base da arbitragem”; de outro lado, a cláusula compromissória “é a obrigação assumida de celebrar compromisso, fixada no

<sup>34</sup> MOREIRA, J. op. cit. p. 32. Também pela constitucionalidade da lei, cf. TEIXEIRA, S. op. cit. p. 14.

<sup>35</sup> Também tutelado constitucionalmente (inc. XXXVI, art. 5º, Const.).

<sup>36</sup> FURTADO, P. BULOS, U. op. cit. p. 9.

<sup>37</sup> BASSO, M. op. cit. p. 19.

instrumento que o formaliza, o qual pode ser perfeito em juízo ou fora dele”.<sup>38</sup>

A cláusula compromissória é promessa de sujeição ao juízo arbitral, devendo posteriormente ser realizado o compromisso, no momento em que surgir o litígio ... A cláusula compromissória é na realidade *um compromisso condicional* em que as partes podem ou não indicar, desde logo, os árbitros que vão funcionar no caso e o modo pelo qual poderão dirimir o litígio.<sup>39</sup>

A cláusula arbitral (compromissória) já nasce, pois, com o contrato, diverso do que ocorre com o compromisso arbitral, o qual sucede ao litígio.

Daí ser difícil mesmo verificar o “objeto do processo” na cláusula arbitral.

Quando a convenção de arbitragem é uma cláusula compromissória, os que a pactuam não tem ainda diante de si um conflito já eclodido (quer seja ela ajustada simultaneamente ao contrato ou depois); por isso, é ao menos extremamente improvável que uma cláusula dessa ordem já possa conter em si a precisa e concreta delimitação da matéria a ser confiada ao julgamento por árbitros.<sup>40</sup>

Essa especificação virá quando as partes decidirem instituir o juízo arbitral ou quando vier sentença com força de compromisso (art. 7º, §7º, LArb).

Pois bem, no anterior sistema brasileiro, não se dava a devida eficácia à cláusula compromissória, mas somente ao compromisso arbitral. A cláusula não era vinculante; o compromisso sim.

A cláusula compromissória então tinha efeito de mera obrigação de fazer, a qual se resolvia em perdas e danos, não importando em instituição automática do juízo arbitral, dependente que ficava da elaboração do compromisso, segundo os requisitos então previstos no CPC e no CC.

Era o compromisso arbitral - somente esse - que autorizava à parte erigir matéria de defesa capaz de extinguir o processo, segundo a antiga redação do art. 301, inc. IX, CPC.<sup>41</sup>

A cláusula compromissória não permitia levar a cabo a vontade da parte de instituir o juízo arbitral; sua inobservância não permitia que a parte interessada obtivesse execução específica de obrigação de fazer, levando essa a contentar-se com meras perdas e danos – essas, diga-se de passagem, extremamente difíceis de se apurar e quantificar, na ausência de clausula penal.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil – Histórico e contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 278.

<sup>39</sup> WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 10ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 106-107.

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. *Revista do Advogado*. n. 65, AASP, dez/2001, p. 44.

<sup>41</sup> Contudo, a atual redação da norma é mais abrangente, cuidando ali da “Convenção de arbitragem”.

<sup>42</sup> Cf. MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Juízo Arbitral. Clausula compromissória: efeitos*. In: *Temas de Direito Processual*, 2ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 210.

Era uma situação de trato não uniforme entre uma e outra modalidade de convenção.

Doutrina e jurisprudência – existe a reclamação - atuaram de forma negativa para “transformar o *pacto de contrahendo* [*clausula compromissória*] em verdadeiro *pactum nudum*, contribuindo para que os agentes do comércio internacional (especialmente estes!) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil”.<sup>43</sup>

Para a lei vigente (LArb), tanto uma como a outra instituirão o juízo arbitral. A lei equipara os dois tipos de convenção em termos de eficácia.<sup>44</sup>

Tudo foi levado para um mesmo capítulo da lei (*Capítulo II, LArb*).

Doravante, vale a expressão, adotada legalmente - “*convenção de arbitragem*” - terminologia mais ampla, abrangente das duas espécies: cláusula compromissória (art. 4º.) e compromisso arbitral (art. 9º.).

Ambas, com a nova lei, são capazes de gerar a exclusão da jurisdição estatal na sua função de composição de lides e solução de controvérsias (art. 267, inc. VII, CPC).

A cláusula compromissória, diversamente ao silêncio legislativo que lhe atingia no passado, passa a ter uma disciplina específica (vide arts. 4º-5º, LArb).

## 6. VENCENDO A RESISTÊNCIA DA PARTE.

Havia o velho obstáculo da recusa de qualquer das partes em cumprir a obrigação de submeter-se a arbitragem (cláusula compromissória).

Como medida final de reforço, ficou previsto na lei um procedimento especial para lavratura do compromisso e instituição da arbitragem, em caso de resistência de alguma das partes (art. 7º., LArb).

Nesse, o juiz, mediante sentença, dispõe acerca do conteúdo do compromisso.

Tal previsão tem razoável utilidade para as denominadas “cláusulas compromissórias vazias”.

Criou-se, dessa forma, um procedimento judicial com amplos poderes para o magistrado fixar as condições do juízo arbitral.

Daquela sentença, caberá recurso de apelação, mas, como forma de aceleração, desprovido de efeito suspensivo (art. 520, VI, CPC).

<sup>43</sup> CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. In: *O Processo Civil contemporâneo*. MARIONI, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, p. 131.

<sup>44</sup> Acerca do moderno alcance das espécies de convenção, ver parecer da lavra de ALVIM, Arruda. *Cláusula compromissória e compromisso arbitral* - Efeitos, Repro 101/191.

Traz-se, com isso, solução para aquele conhecido problema.

O pactuado (mediante cláusula compromissória), no final, terá de ser cumprido. Nada de se resolver tudo em simples reparação de dano.

Propiciou-se uma modalidade de tutela específica do direito do contratante, portanto.

## 7. DO “LAUDO” À “SENTENÇA ARBITRAL”.

Outro obstáculo, como anunciado, consistia na necessidade homologação do laudo arbitral, decisão final do árbitro.

No passado, obtido o laudo arbitral, a parte tinha que levar aquele ato ao juiz togado para fins de homologação, momento em que o mesmo alcançaria a eficácia idêntica da sentença advinda do aparelho jurisdicional estatal, tornando-se, só então, título executivo judicial.

Isso era algo bastante criticado pelos defensores da arbitragem por ser atentatório a todas aquelas vantagens que a parte que foi ao juízo arbitral buscava (celeridade, sigilo etc. – *v. supra*).

Ao andar nessa linha, o sistema não seguia o que havia de mais moderno acerca do tema.

Estava na mão contrária do que demonstrava o direito comparado, onde tal homologação judicial era desnecessária.

Pregava-se que o caminho adequado era o da “jurisdicionalização” da arbitragem.

Com a Lei 9.307/96 desapareceu a necessidade de homologação da decisão do árbitro.

Temos, a partir dali, a “*sentença arbitral*”, modalidade de título executivo judicial (art. 475N, inc. IV, CPC; art. 31, LArb), mesmo com as opiniões que se ergueram em sentido contrário a isso.<sup>45</sup> Vai se dizer ainda que seria inapropriada sua inclusão entre os títulos judiciais, até porque sua possibilidade de impugnação é mais ampla, envolvendo fatos anteriores à formação do próprio título.

Mas, não foi apenas uma mudança terminológica.

O art. 31, LArb, vem para dizer que a sentença arbitral produz “os *mesmos efeitos* da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”.

<sup>45</sup>Há a posição contrária ao emprego da expressão (sentença), haja vista que o árbitro seria uma pessoa privada, e, então, a expressão “sentença” lhe seria inadequada. Sob tal ótica, o “laudo arbitral” seria um ato privado e, ao reconhecer-lhe eficácia executiva, no máximo, adquiriria status de título extrajudicial. Na verdade, não há motivo para tal perplexidade. “Sentença” é uma terminologia usada no plano internacional. O próprio CPC brasileiro de 1939 já usava a expressão. Dizia o então art. 1.041 daquele código: “A execução da sentença arbitral dependerá de homologação”. Apesar da troca terminológica, a própria LArb ainda fez referência `expressão laudo (vide art. 33, §2º, inc. II).

Afirmar isso significa dizer que uma e outra (sentença arbitral e sentença judiciária) “têm a mesma essência jurídica: ambas são declarações de vontade do Estado, no caso concreto, formuladas pelos magistrados judiciais ou pelos árbitros, estes últimos agentes privados no exercício da função jurisdicional”.<sup>46</sup>

É fato que, no passado, mesmo no regime anterior, já se afirmava que “ontologicamente, são a sentença [*judiciária*] e o laudo [*arbitral*] a mesma coisa: uma decisão”.<sup>47</sup> Agora, essa idêntica natureza é assumida plenamente.

Mais ainda:

... além da extinção da relação jurídica processual e da decisão da causa (declaração, condenação ou constituição), a decisão de mérito faz coisa julgada às partes entre as quais é dada (e não beneficiará ou prejudicará terceiros). Sendo condenatória, a sentença arbitral constituirá título executivo e permitirá a constituição de hipoteca judicial.<sup>48</sup>

Assim, ao mencionar que os efeitos de uma e outra sentença são iguais, deixa-se claro que a sentença arbitral, quando de índole condenatória (art. 31, LArb), permite de logo execução, do mesmo modo que a sentença condenatória do juiz estatal.

Em tempo, vale destacar que nada impede, às vezes, a prolação de “sentença estritamente processual, por exemplo, quando o árbitro entende que a questão não pode sujeitar-se à arbitragem ou quando entende ser nulo o compromisso arbitral”.<sup>49</sup>

Alguns vão admitir também a prolação de sentenças executivas e mandamentais. Ainda que se admita tais provimentos em sede arbitral, o credor terá, de qualquer forma, de propor ação “executiva” no juízo comum para o cumprimento da prestação.<sup>50</sup>

Sempre se teve ciência de duas correntes acerca da natureza da atividade do árbitro.

Uma, a *privatista* (“contratualista”), para a qual o árbitro não possuiria os poderes próprios e inerentes ao exercício da jurisdição. Seu pronunciamento equivaleria a um mero parecer jurídico. Os poderes do árbitro seriam apenas

<sup>46</sup> ROCHA, J. op. cit. (1998), p. 116.

<sup>47</sup> MORAES E BARROS, H. op. cit. p. 511.

<sup>48</sup> CARMONA, C. op. cit. p. 258.

<sup>49</sup> AMENDOEIRA JR., Sidnei. Execução e impugnação da sentença arbitral. In: *Processo de Execução*. SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords), São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 687.

<sup>50</sup> Apesar de, “em tese, o árbitro possuir poder decisório para emitir provimentos com eficácia mandamental e executiva lato sensu, o fato é que não é ele, mas o juiz togado, quem deve cumprir essa decisão, instado por meio da ação executiva da parte interessada quando se tratar de sentença, e de ofício quando se tratar de decisão interlocutória, impedindo, assim, que se pudesse falar verdadeiramente em sentenças arbitrais mandamentais e executivas lato sensu” (AMENDOEIRA, S. op. cit. p. 690).

aqueles que as partes outorgassem, sendo assim, o mesmo não passaria de um mandatário comum daquelas.

Outra, a *publicista*, que destaca a identidade entre a decisão do árbitro e a sentença do magistrado. Haveria, nessa atuação, a nota da substitutividade, com a presença de um terceiro que dirigirá o procedimento em busca da aplicação do direito objetivo no caso concreto. A função do árbitro não seria diversa daquela do juiz, pois aquele declara o direito e estabelece a certeza jurídica sobre a lide, observando um procedimento marcado pela imparcialidade e pelo contraditório.

A falta de poderes coercitivos seria algo decorrente de mera “divisão funcional de competência”, onde o árbitro, por não ter tal atribuição, requereria ao juiz togado a prática dos atos coercitivos/executivos/cautelares.

Parece que, com o sistema vigente, adotamos a segunda corrente.

Afinal, a lei vem afirmar categoricamente que o árbitro é “juiz de fato e de direito” (art. 18, LArb). A esse se impõem atributos de imparcialidade, independência e discricção (§6º, art. 13 LArb), ficando equiparado aos funcionários públicos para os fins penais (art. 17).

Vieram posicionamentos no sentido de que “sendo a arbitragem espécie de justiça privada, e sendo o árbitro (art. 18) ‘juiz de fato e de direito’ (embora não integrante do Poder Judiciário), exerce ele jurisdição sob certa perspectiva, no sentido lato, na medida em que contribui para a pacificação social dirimindo conflitos de interesses”;<sup>51</sup> a lei “tornou flagrante o caráter jurisdicional da arbitragem” ... “não há como prosperar qualquer tentativa no sentido de ressuscitar a teoria privatística, já que não acatada em nosso sistema legal”.<sup>52</sup>

Candido Rangel Dinamarco, em posição mais recente, tem afirmado

uma natureza *parajurisdicional* das funções do árbitro, a partir da idéia de que, embora ele não as exerça com o escopo *jurídico* de atuar à vontade da lei, na convergência em torno do escopo *social* pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal.<sup>53</sup>

## 8. ARBITRAGEM NOS JUIZADOS.

A Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95 (LJE), também prevê uma modalidade de *juízo arbitral*.

Nada há que se estranhar nisso haja vista que o processo dos Juizados, na onda do chamado *Acesso a Justiça*, investe em formas céleres e flexíveis

<sup>51</sup> TEIXEIRA, S. op. cit. (1997), p. 15.

<sup>52</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Arbitragem no Brasil. *Revista do Advogado*, n. 51, AASE, out/1997, p. 39 e 40.

<sup>53</sup> DINAMARCO, C. op. cit. p. 40.

ou de composição – inclusive consensual - mais rápida possível do conflito (art. 2º, LJE).

Cuida-se de um regime *específico* de juízo arbitral, com características próprias. Vejamos:

O compromisso arbitral é celebrado de maneira extremamente informal (em ficha ou ata de audiência), em plena sessão de conciliação; não há normas procedimentais para o árbitro (como na *LArb*);<sup>54</sup> o compromisso se celebra sem maiores formalidades; o árbitro, de forma automática, sem necessidade de declaração expressa, já está autorizado a julgar por equidade.

Vale destacar: ali, o árbitro, ao final, ainda profere “laudo” o qual será *a posteriori* homologado pelo juiz, quanto então tornar-se-á título executivo judicial.

Mas essa via (juízo arbitral) tem se mostrado de pouca utilidade, na prática forense, para as causas cíveis de menor complexidade.

Aliás, já na época da Lei 7244/84, “Lei das Pequenas Causas” (art. 25), a constatação era de que as partes não se utilizavam, naquele processo, da técnica da arbitragem.<sup>55</sup>

Pois bem, a Lei nº 9.307/96 entrou em vigor e revogou os dispositivos relativos à Arbitragem constantes do CC/1916 (arts. 1.037-1.048) e do CPC/1973 (arts. 1.072-1.102), tão somente.

Esse o ponto. Nada foi dito acerca do regime especial da LJE.

Em outras palavras, por princípio de especialidade, tal regime permanece mantendo a exigência de homologação do laudo arbitral (mantém-se também a velha terminologia) para, só após, vir execução daquele perante o juiz togado do Juizado.

## 9. ASPECTOS RELEVANTES DA LEI N. 9.307/96.

Vale destacar do texto da Lei n. 9.307/96 algumas notas particularizantes:

a) *aplicação do instituto somente a direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º, *caput*). Uma nota marcante da *LArb* é o prestígio à idéia da autonomia da vontade. Daí porque os interessados que ali acorrem devem ser *capazes*. Aquele princípio (da autonomia da vontade) é “a mola propulsora da arbitragem”.

<sup>54</sup> Acerca dessa ausência de normas procedimentais para o árbitro, explica Cândido Rangel Dinamarco que o “princípio da liberdade das formas foi aqui aplicado, portanto, de modo ainda mais decidido que no próprio processo jurisdicional dos juizados. Essa liberdade está reafirmada mediante remissão expressa ao art. 5º da lei (cfr. art. 25); e a remissão ao art. 6º é mais uma exortação ao árbitro, para que ele instrua a causa, interprete a lei e seja sensível aos fatos da causa, sempre com vista à justiça substancial que tem o dever de dispensar às partes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141).

<sup>55</sup> Uma observação de Carlos Alberto Carmona. (CARMONA, C. op. cit. p. 130.)

E isto em todos os quadrantes da lei, “desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos (art. 1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral ... Enfim, o princípio da autonomia da vontade *atinge a sua quinta-essência na lei 9.307/96*”.<sup>56</sup>

Não somente o princípio da autonomia, mas também – e até como corolário desse – o da boa-fé.

Esse é um outro princípio ali regente. É exatamente a boa-fé que faz, por exemplo, as partes normalmente cumprirem espontaneamente a sentença arbitral, sem necessidade de recurso ao judiciário.

É possível mesmo que, no curso do processo arbitral, surja questão acerca da disponibilidade (ou não) do direito envolvido. Aí, as partes serão “remetidas” ao Poder Judiciário e virá a paralisação do processo (art. 25, LArb). Cuida-se de circunstância que poderá comprometer o benefício da celeridade do juízo arbitral.

*b) Permissão para o emprego da equidade (art. 2º).* Diz a lei que a “arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Enquanto o juízo comum somente pode valer-se da *jurisdição de equidade* em casos excepcionais, quando autorizado legalmente (art. 127, CPC), aqui se vê caminho mais fácil ao emprego da equidade enquanto técnica de julgamento.

É fato que, apesar de acenar-se com a possibilidade do emprego da equidade, isso não libera o árbitro da exigência (constitucional até) da motivação de sua “sentença” (vide art. 26, inc. II, LArb; art. 93, inc. IX Const.).

No passado, ainda na vigência das regras do CPC sobre o tema, anotava-se que

não é o laudo [<sup>57</sup>] um julgamento de plano, uma decisão arbitrária e muito menos caprichosa, inteiramente distanciada dos termos da controvérsia. Mesmo que esteja autorizado a decidir por equidade, *ex bono et equo*, tem o árbitro de fundamentar a sua decisão, dizendo os fatos a que se apegou, os existentes e os inexistentes, bem como os motivos por que chegou a uma determinada solução. Decisão é o fim de um raciocínio e não o resultado de um jogo.<sup>58</sup>

*c) a escolha das “regras de direito” (§1º, art. 2º).* As partes poderão escolher as regras de direito aplicáveis. Veja-se: “... regras de direito”; normas de direito material e processual, inclusive.

Isto é mais uma evidência da adoção ampla da autonomia da vontade (*supra*). É a liberdade das partes na disciplina do procedimento do árbitro. São as

<sup>56</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 51, AASP, out/1997, p. 32.

<sup>57</sup> Hoje, a “sentença arbitral” (v. *supra*).

<sup>58</sup> MORAES E BARROS, H. op. cit. p. 510-511.

partes escolhendo as “*regras do jogo*”. Elas (partes) podem criar regras processuais específicas para o caso ou ainda reportarem-se às normas de um órgão arbitral institucional ou a procedimentos lei estrangeira.

O modo como se dará a arbitragem, pois, pode ser descrito pelas partes ou essas simplesmente fazem alusão a uma instituição especializada.

Na primeira situação, temos a *arbitragem ad hoc*, cujo regulamento fixado pelas partes é somente para aquele caso; na segunda, na qual se reporta a uma instituição com regulamento próprio (e até lista de árbitros), temos a *arbitragem institucionalizada* (vide art. 5º.; art. 11, inc. IV; art. 21).<sup>59</sup>

d) a “*processualização*” da arbitragem. Quando se falava em processualizar a arbitragem, parte da doutrina alertava acerca dos “perigos” de tal fenômeno para o êxito do instituto:

Daí que a processualização da arbitragem, com a adoção de medidas processuais típicas do Judiciário, com sucessivos requerimentos sobre matéria processual e invocação de preclusões, pode retirar o seu grande mérito, que é a rapidez e atenção maior ao cerne da controvérsia: o mérito.<sup>60</sup>

Mas não é isso, de maneira alguma, que se quer.

Na verdade, ao instaurar-se o juízo arbitral, termos um procedimento que não poderá afastar-se, absolutamente, de valores fundamentais que protegem o cidadão-parte.

Ademais, na linha da corrente publicista, reconhecido o árbitro como “juiz de fato e de direito”, admitindo-se ali uma atuação jurisdicional, impõe-se àquela a observância de princípios típicos do devido processo (v.g., igualdade de tratamento entre as partes, contraditório, competência, imparcialidade, motivação da decisão).<sup>61</sup>

Como bem anota Cândido Rangel Dinamarco:

Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do *direito processual constitucional*, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição da República aos institutos processuais.<sup>62</sup>

Evidente que a lei da arbitragem jamais teria o condão de excluir a incidência e eficácia de direitos fundamentais das partes no seu procedimento.

Da Constituição não pode se afastar a arbitragem, quer em seu

<sup>59</sup> BASSO, M. op. cit. p. 19.

<sup>60</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem e o processo judicial *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 65.

<sup>61</sup> Nesse sentido, observe-se: §6º art. 13; §2º, art. 21; art. 26, inc. II, LArb.

<sup>62</sup> DINAMARCO, C. op. cit. p. 40

procedimento quer em sua decisão. Violação desses mandamentos legais-constitucionais leva à nulidade do procedimento e da sentença ali produzida (art. 32, inc. VIII, LArb).

e) *medidas de coerção ou cautelares* (§4º, art. 22). O árbitro não possui poderes para a efetivação de tais medidas. Fica sempre a pergunta - de ordem bastante prática - de como tais medidas se realizam.

Como dissemos, a lei é por demais silente quanto à disciplina da concessão e efetivação de tais medidas.

Apesar da redação do dispositivo, não parece querer a lei negar ao árbitro competência para apreciação de medida cautelar.

Tem-se entendido que é o árbitro quem detém competência para decidir acerca da necessidade e cabimento da medida urgência (cautelar ou mesmo antecipação de tutela).

O árbitro decretaria a medida; havendo resistência, aí sim caberia ao juiz togado mandar cumprir a medida.

Observe-se, nessa atividade, seria o árbitro quem verificaria os pressupostos à tutela de urgência (*fumus boni juris e periculum in mora*), não o juiz, o qual apenas controlaria os limites da convenção, numa análise similar a do cumprimento de uma precatória.

De outro lado, se antes da instauração do juízo arbitral, houver necessidade de medida cautelar, essa será requerida a autoridade judiciária.

Nesses casos,

à exceção da medida cautelar de antecipação de provas (art. 846 do CPC), que se esgota com a simples produção, os demais provimentos cautelares ou de urgência deverão, após concedidos pela Jurisdição Estatal (arrestos, seqüestros etc.), ser realizados pelo juízo arbitral a se instaurar, remetendo-lhe o juiz os autos tão logo tenha ciência da aceitação da nomeação pelos árbitros, preservando-se assim, competência plena da Jurisdição privada sobre o litígio.<sup>63</sup>

Em síntese: de regra, o árbitro conhece e decreta a medida coercitiva ou cautelar; o juiz a executa.

Esse relacionamento entre juizes e árbitros seria de *coordenação* e não de *subordinação*.<sup>64</sup>

Em prol da adequada efetivação das medidas de força do juízo arbitral, será

<sup>63</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 59.

<sup>64</sup> É a opinião de Carlos Alberto Carmona (CARMONA, C. Das boas relações entre os juizes e os árbitros. *Revista do Advogado*, n. 51, AASP, out/1997, p. 21-24.

conveniente que a organização judiciária estabeleça, em cada comarca, alguma unidade jurisdicional competente ao menos para a execução dos ofícios de requisição de medidas coercitivas pelos árbitros (Lei n. 9.307/96, art. 22, §2º), a fim de que o atendimento seja realizado por juízo estatal perfeitamente afeiçoado ao sistema da jurisdição arbitral, e para que essas medidas não se frustrem nos desvãos da burocracia da distribuição cível de 1º Grau nas comarcas mais complexas.<sup>65</sup>

f) a *revisão da sentença arbitral* (arts. 18 e 33). Lançada a sentença arbitral, com os requisitos previstos em lei (art. 26, LArb),<sup>66</sup> há meios legalmente previstos para revisão, em certos limites, daquela: a) correção de erro material ou o espantar de vícios de clareza (incs. I e II, art. 30) – uma espécie de “embargos declaratórios” –; b) a ação de anulação, a qual seguirá procedimento comum (art. 32 e 33).

A existência de “recurso” vai depender do procedimento que as partes adotarem (*v. supra*).

Seriam “recursos arbitrais” para uma Câmara ou grupo de árbitros de uma instituição, por exemplo. Mas, não é comum previsão de tais “recursos”.

Nem se compreende que, havendo as partes optado pelo processo arbitral em busca das vantagens que ele é apto a oferecer (..), depois se vejam sistematicamente autorizadas a rebelar-se contra julgamentos desfavoráveis. Lá se vai a celeridade e até se terá perdido tempo indo primeiramente à arbitragem. Lá se vão a privacidade e o sigilo. Lá se vai o aproveitamento do conhecimento específico dos árbitros especializados.<sup>67</sup>

Mesmo quanto à possibilidade de deduzir-se “nulidade” da sentença arbitral (arts. 32 e 33, LArb), críticas são erguidas por parcela da doutrina, no que diz respeito à sistematização daquelas hipóteses.

Para Barbosa Moreira, por exemplo, uma

sentença arbitral nula, na acepção rigorosamente técnica da palavra, poderia ser declarada tal em qualquer oportunidade, sem necessidade de ação proposta com essa finalidade específica. A ação prevista no art. 33 equivale, *grosso modo*, à rescisória, constitutiva (e não meramente declaratória); o legislador incidiu aqui em equívoco semelhante ao do art. 798 do antigo Código de Processo Civil, que qualificava ‘nula’ a sentença rescindível. Por outro lado, pelo menos em um dentre os casos enquadráveis nos incisos do art. 32, antes que de nulidade (ou de anulabilidade), é de autêntica inexistência que se trata: assim se dá, sem sombra de dúvida, com a decisão que na contiver dispositivo (art. 32, nº III, combinado com o art. 26, nº III), com relação à qual nenhuma ação é necessária,

<sup>65</sup> BENETTI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 108.

<sup>66</sup> Os quais vão na linha do art. 458 do CPC.

<sup>67</sup> DINAMARCO, C.op. cit. p. 47.

ficando salvo ao interessado alegar, seja onde for, que na verdade não existe sentença arbitral.<sup>68</sup>

g) *Execução da sentença arbitral*. A rigor, considerando que a arbitragem é uma via alternativa e de consenso; que a confiança norteia esse negócio jurídico processual; que as partes vêm dizer que se submeterão à decisão de um árbitro, seria de se esperar, diante de tudo isso, que o cumprimento voluntário sempre viesse, uma vez findo o procedimento.

Contudo, não havendo o cumprimento espontâneo, abrir-se-á a via executiva para a parte vencedora.

Os árbitros não contam, como visto, com poderes executivos. Proferida a sentença arbitral, não observada voluntariamente, essa será levada ao juízo comum,<sup>69</sup> segundo as modernas regras do CPC (“Do cumprimento da sentença” - art. 475-J e ss, CPC).

Se a sentença arbitral condenatória é ilíquida, primeiro, vai-se à fase de liquidação perante o Poder Judiciário,<sup>70</sup> para somente depois, adentrar-se a fase executiva propriamente dita.

Cuidando-se então a sentença arbitral de título judicial (v. supra), esse será submetido ao procedimento do art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil. Nessa situação, o requerimento de provocação do credor conterà pedido de citação do devedor para que esse cumpra a obrigação no prazo de 15 dias; não cumprida, incidirá a multa e virá o requerimento do credor para a penhora-avaliação.

Quanto à defesa do executado, nessa fase, a LArb (1996) fazia remissão aos embargos do art. 741, CPC (norma que cuida, atualmente, de uma outra situação: dos embargos à Execução contra a Fazenda Pública, art. 730, CPC).<sup>71</sup>

Hoje, após a vigência da nova sistemática executiva do título judicial, citado o devedor, esse deverá interpor impugnação incidental (Art. 475-L, CPC) e não embargos executivos.<sup>72</sup>

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Cláusula compromissória e compromisso arbitral** - Efeitos, Repro 101/191.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. Execução e impugnação da sentença arbitral. In:

<sup>68</sup> MOREIRA, C. op. cit. p. 33.

<sup>69</sup> Art. 475-P, inc. III, CPC.

<sup>70</sup> Arts. 475-A a 475-H, CPC.

<sup>71</sup> Com a alteração trazida pela lei 11.232 de 22-12-2005.

<sup>72</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral – Apontamentos sobre os reflexos da Lei n. 11232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 86.

**Processo de Execução.** SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords), São Paulo: Revista dos Tribunais.

BASSO, Maristela, Ampliação do uso da Arbitragem – A revitalização da Arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. **Revista da XVI Conferência Nacional dos Advogados.** OAB Nacional.

BENETI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

BRAGHETTA, Adriana, A escolha da sede na arbitragem. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.

\_\_\_\_\_. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. In: **O Processo Civil contemporâneo.** MARIONI, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Juruá, 1994,

\_\_\_\_\_. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. **Revista do Advogado**. n. 65, AASP, dez/2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis.** São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Julia Raquel de Queiroz, Arbitragem e Administração Pública. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.

FAZZALARI, Elio, **Instituições de Direito Processual.** trad. Elaine Nassif, São Paulo: Bookseller, 2006.

FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral – Aparentamentos sobre os reflexos da Lei n. 11232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

FURTADO, Paulo Furtado. BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de Arbitragem Comentada.** São Paulo: Saraiva, 199.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.

LIMA, Alcides Mendonça. **O juízo arbitral e o art. 150, § 4o. da Constituição de 1967**, RT 402/9-14.

- MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem e o processo judicial **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006..
- MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Arbitragem no Brasil. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.
- MORAES E BARROS, Hamilton de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Arbitragem: perspectivas., **Revista Consulex**, Ano I, n. 10, out/1997.
- \_\_\_\_\_. Juízo Arbitral. Clausula compromissória: efeitos. In: **Temas de Direito Processual**, 2ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1988.
- NASCIMENTO, Alessandra Gomes do. **Técnicas de Negociação para Advogados**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.
- NERY, JUNIOR, Nery. **Princípios do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XV, Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- ROCHA, Jose de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. **A lei de arbitragem**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIDOU, J. M. Othon. **Processo Civil – Histórico e contemporâneo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- TEIXERIA. Sálvio de Figueiredo Teixeira. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.
- WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 10ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.





# ESTADO SOCIAL E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo analisa a solidariedade social como um princípio constitucional e não apenas como um padrão ético, assim como analisa as exigências para a sua concretização pelo Governo e a sociedade civil.

## Palavras-chave

Solidariedade Social. Modernidade. Constituição. Princípio Jurídico.

## ABSTRACT

This paper deals with the social solidarity as a constitutional principle, not only a moral pattern, and with the modern exigencies for his concrete implementation by the Government and civil society.

## Key-words

Social solidarity. Modernity. Constitutional law. Juridic principle.

A idéia de solidariedade acompanha desde os primórdios a evolução da Humanidade. Aristóteles, por exemplo, em clássica passagem, afirma que o Homem não é um ser que possa viver isolado; é, ao contrário, ordenado *teleologicamente* a viver em sociedade. É um ser que vive, atua e relaciona-se na Comunidade, e sente-se vinculado aos seus semelhantes. Não pode renunciar à sua condição *inata* de membro do corpo social, porque apenas os animais e os deuses podem prescindir da sociedade e da companhia de todos os demais.

Paulo de Tarso, herdeiro, até certo ponto, de alguns postulados éticos de matriz greco-romana, expõe, em síntese com um pensamento de natureza cristocêntrica, suas idéias acerca da *Christianitas* como “Corpo místico”: o universalismo religioso é de caráter ecumênico, acima das diferenças sociais, raciais, econômicas e geográficas; a comunidade católica une-se de modo fraterno e solidário e vive a rica experiência da doutrina e dos dogmas fundamentas da teologia cristã. O pensamento social cristão acolheu e desenvolveu essas idéias

<sup>1</sup> Doutor em Direito UFMG / Johann Wolfgang Goethe Universität. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado.

- o Homem considerado como *uti socius*; a solidariedade como busca constante do bem comum<sup>2</sup>.

O primeiro contato com a noção de solidariedade mostra uma relação de pertinência: as nossas ações sociais repercutem, positiva ou negativamente, em relação a todos os demais membros da Comunidade. A solidariedade implica, por outro lado, a co-responsabilidade, a compreensão da *transcendência* social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do con-viver comunitário<sup>3</sup>. Percebe-se, aqui, igualmente, a sua inegável dimensão *ética*, em virtude do necessário *reconhecimento mútuo* de todos como pessoas, iguais em direitos e obrigações, que dá suporte a exigências recíprocas de ajuda ou sustento.

A solidariedade, desse modo, exorta atitudes de apoio e cuidados de uns com os outros. Pede diálogo e tolerância. Pressupõe um *reconhecimento ético* e, portanto, co-responsabilidade. Entretanto, para que não fique estagnada em gestos tópicos ou se esgote em atitudes episódicas, a modernidade política põe a necessidade dialética de um passo maior em direção à justiça social: o compromisso constante com o bem comum e a promoção de causas ou objetivos comuns aos membros de toda a comunidade.<sup>4</sup>

Não me ocupo, aqui, do *reconhecimento ético* em todas as suas formas de exposição no pensamento de Hegel, mas apenas tento mostrar que o itinerário percorrido pelo Espírito a partir da *Fenomenologia do Espírito*, até a *Enciclopédia*, revela o percurso em que a consciência [de si] descobre, *per se*, por reflexão e como experiência sua, o respectivo conteúdo desse conceito - o Reconhecimento é o desdobramento da consciência de si em sua unidade<sup>5</sup>.

Isso significa que o indivíduo ético, consciente de si, afirma-se como autônomo e diferente perante os demais, mas também reconhece a autonomia e a diferença, próprias de cada um. Apesar das críticas por ele feitas<sup>6</sup>, Hegel

<sup>2</sup> "A Comunidade é aquela realidade social da qual a pessoa humana participa na especificidade do seu ser, enquanto ser racional e livre. Como ser racional e livre, o homem pensa e quer. A comunidade é o lugar natural onde os homens pensam e querem juntos. Projetam e decidem juntos em função do bem comum. Este é concebido precisamente como o conjunto de condições concretas, nas quais e pelas quais cada pessoa humana pode realizar os seus direitos naturais, obedecendo a seus deveres naturais". Cf. D'ÁVILA. Fernando Bastos, SJ. **Solidarismo**: alternativa para a globalização. Aparecida: Santuário, 1997, p. 156. Ver também: FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>3</sup> Cf. NABAIS, José Casalta. **Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal**. In: **Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 81-85. Ver também, do mesmo autor: Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. vol. LXXV, 1999, p. 145-174.

<sup>4</sup> Cf. EWALD. Solidarité. In: **Dictionnaire d'Étique et de Philosophie Morale**. 2a. ed. Paris: PUF, 1997, p. 1433 e ss.

<sup>5</sup> HEGEL, W.F. Werke in 20 Bänden und Register. Bd.3. **Phänomenologie des Geistes**. Hrsg. Eva Moldenhauer. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, ( *PhG*, V, B).

<sup>6</sup> HEGEL, W. F. Werke in 20 Bänden und Register, Bd.7. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000, Hrsg. Eva Moldenhauer, [Ann. Ao § 33, *PhR*]

retoma, neste passo, o conceito kantiano de *autonomia* como *vontade livre*, inserindo-o na oposição dialética entre universalidade (vontade universal da comunidade ética) e particularidade (vontade autônoma do sujeito livre). Nesse momento, em que se revela a eticidade concreta, a liberdade é também concreta: sabe de si mesma e é, portanto, real; a liberdade ou vontade livre se produz e se determina enquanto Conceito de si mesma na dinâmica da vida social, da vida comunitária. Ética, Política e Direito formam um amálgama que possibilita a construção conceptual de uma teoria da comunidade política<sup>7</sup>

Chamo, neste passo, a atenção para a importância da rediscussão hodierna destes temas – de matriz kantiana ou aqueles de matriz hegeliana –, na medida em que, no interior dos questionamentos e propostas contemporâneos em torno do conceito de reconhecimento ético<sup>8</sup>, contêm-se muitas das respostas a dois grandes problemas, mais do que nunca atuais: *a exigência de maior solidariedade entre os membros da comunidade política* (a solidariedade como *valor*) e *as crescentes demandas de efetividade dos direitos fundamentais em nossa sociedade pluralista*, máxime aqueles de segunda e terceira dimensão (onde se enfrenta o tema da solidariedade como *princípio jurídico*).<sup>9</sup>

O objeto principal destas investigações, desse modo, consistirá na solidariedade social como idéia ligada ao direito público da modernidade política. Ganha relevo, então, compreendê-la não só como *conceito ético*, ou virtude essencial à vida em comunidade, mas também como *princípio jurídico*: de exortações morais de ações solidárias gratuitas e voluntárias (*philia, humanitas, ágape, benevolentia*, etc.), avança-se para exigências tuteladas e garantidas pelo Direito.

A realização da solidariedade social, entendida como princípio jurídico-constitucional, concebe-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade humana e o pluralismo social e político

<sup>7</sup> Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996; GIUSTI, Miguel. *Bemerkungen zu Hegels Begriff der Handlung*. Apud *Hegel-Studien* 22 (1987), p. 51-71.

<sup>8</sup> Cf. DORSCHER, Andreas. *Die idealistische Kritik des Willens*. Hamburg: Felix Meiner, 1998; WILDT, Andreas. *Autonomie und Anerkennung: Hegels Moralkritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1982; KUHLMANN, Wolfgang (ed.). *Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986; KIMMERLE, Heinz. LEFEVRE, Wolfgang. MEYER, Rudolf W. (eds.). *Hegel-Jahrbuch* ("Moralität und Sittlichkeit"). Bochum: Germental, 1987; WILLIAMS, Robert R. *Hegel's Ethics of Recognition*. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1997. Importantíssimos os trabalhos de HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992; *Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der Hegelschen Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Reclam, 2001; *Verdinglichung eine anerkennungstheoretische Studie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

<sup>9</sup> Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *Contas e Ética*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). Acesso em: 03.02.2006; GALEOTTI, Serio. *Il valore della solidarietà. Diritto e Società*. vol 1, 1996, p. 1-3 e ss.; TORRES, Ricardo Lobo. *Existe um princípio estrutural da solidariedade?* In: *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação.

Observe-se, também, que não se está, aqui, propriamente, no marco teórico específico dos direitos fundamentais de Primeira Dimensão, os da liberdade. Apesar de a solidariedade estar mais frequentemente incluída no quadro conceptual dos direitos de Terceira Dimensão<sup>10</sup>, não se mostra desarrazoado sustentar a tese de que os seus pressupostos fundamentais e exigências de densificação atuam também no âmbito da eficácia dos *direitos sociais* (de Segunda Dimensão, ou direitos da fraternidade); aqueles cuja moldura jurídico-constitucional surge a partir da segunda metade do Século XIX, tendo sido a sua positivação em algumas Constituições do início do Século XX (México, 1917; Weimar, 1919), uma resposta possível à denominada “questão social”.<sup>11</sup>

Ao contrário das liberdades públicas, os direitos sociais, económicos e culturais pressupõem a existência de situações de desigualdade e necessidade entre os seres humanos, e têm por escopo alcançar uma igualdade efetiva através da intervenção do Estado.<sup>12</sup>

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstratas, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição, e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.<sup>13</sup>

Nessa ordem de idéias, as concepções liberais clássicas do Estado de Direito não desaparecem, mas se revitalizam, na dinâmica do Estado Social, encontrando nos princípios da dignidade humana e da solidariedade o seu

<sup>10</sup> Cf. dentre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002; p. 146 e ss.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros 2005; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>11</sup> Importante, por esta época, será o papel do pensamento francês (E. Durkheim, L. Duguit, M. Hauriou, G. Gurvitch, v.g.) propondo o “solidarismo” como uma opção ao liberalismo (excludente) e ao socialismo (inclusivo ao extremo). Durkheim percebeu a complexidade do tema: a solidariedade provém da consciência coletiva que, predominando sobre a consciência individual, estabelece uma espécie de “*solidariedade mecânica*”, ou “*por similitude*”. (DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 57); Duguit, a seu turno, lançou os fundamentos do denominado “direito social”: os direitos de liberdade não correspondem ao Homem enquanto tal, apenas, mas também enquanto tem o dever de atuar segundo as regras de solidariedade social. (DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel**. vol. III., 3a. Ed. Paris: LGDJ, 1930, p. 639 e ss..

<sup>12</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. SP: RT, nº1, out/dez de 1992, p.200.

<sup>13</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 286.

ponto de conexão. A liberdade, a vida e a segurança jurídica, por exemplo, princípios axiais daquele primeiro, entram em relação dialética com os princípios essenciais do segundo, especialmente no que toca às exigências de solidariedade entre os membros da comunidade e de *efetividade* dos direitos fundamentais.

Temos, então, um *regime político* [Estado de Direito, Democrático e Social] baseado nas idéias de democracia participativa, pluralismo político e social, soberania popular e bem comum, separação de poderes, tutela efetiva dos direitos fundamentais – neste último caso destaca-se o dever do Estado de proteger os cidadãos quanto à supressão ou diminuição dos meios de subsistência.

Em outras palavras: o Estado Social, no âmbito constitucional, não só assume como fundamentos seus os direitos da liberdade (= liberdades públicas) e os direitos e deveres econômicos, culturais e sociais, como também ordena instrumentos processuais e medidas de Governo para a respectiva proteção e tutela. Confira-se, neste passo, as palavras de Raul Machado Horta:

Radbruch, descrevendo a evolução do direito individualista ao direito social, registrou o prestígio, em nosso século, dos vocábulos **comunidade** (*gemeinschaft*) e **social**, que exprimem a incorporação de valores coletivos na linguagem de nossa época, em superação ao vocabulário individualista da sociedade liberal. (...) É a finalidade protetora que confere originalidade aos direitos sociais. Admitindo que se possa, sob o plano conceitual, estabelecer a filiação entre os direitos individuais da Declaração Francesa de 1789 e os direitos sociais, que emergiram no constitucionalismo do pós-guerra de 1918, Burdeau advertiu, entretanto, que o primado do direito social acarreta uma mudança de concepção que repercute não apenas nas situações individuais, como nos fundamentos da sociedade. Os direitos individuais contêm vantagens atribuídas ao indivíduo, cuja efetiva utilização depende de sua iniciativa, sua inteligência e habilidade. A norma declaratória desses direitos encerra uma autorização, uma faculdade. No ramo dos direitos sociais, a perspectiva é outra, o caráter protetor adquire primazia, e o comando normativo supre deficiências da ordem social existente. Nas palavras de Burdeau, o Poder é convocado para assegurar a liberação do homem.<sup>14</sup>

O Estado Constitucional que pretenda exercer o papel de Estado Social, não pode afastar a eficácia primordial do princípio da dignidade humana, nem olvidar, em benefício da sociedade civil<sup>15</sup>, (i) de promover a justiça social na dinâmica das relações econômicas, reduzindo as desigualdades sociais e assegurando iguais oportunidades a todos; (ii) garantir a realização adequada dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, a assistência e à seguridade social.

<sup>14</sup> HORTA, Raul Machado. *Constituição, Direitos Sociais e Normas Programáticas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 2002. Disponível em: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). Acesso em 10/02/2016.

<sup>15</sup> Cf. JANOSKY, Thomas. *Citizenship and Civil Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Na medida em que os indivíduos não atingem, *per se*, ou para si, o nível de realização destes direitos na dinâmica das relações econômicas, cabe ao Estado, por exigência constitucional, assumir a tarefa de garantir o mínimo vital de cada um e de todos ao mesmo tempo<sup>16</sup>. Estas tarefas estatais são suportadas pela arrecadação de impostos, pois todos os direitos têm os respectivos custos; n'outras palavras, a conta dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos sociais - ainda que submetidos à "Espada de Dâmocles" da "reserva do possível" (possibilidade financeira) e do poder de disposição (capacidade de dispor sobre o objeto da prestação)-, é paga pela arrecadação dos impostos: "direitos não nascem em árvores"<sup>17</sup>.

Ouçamos o Prof. Casalta Nabais, a respeito da natureza do Estado fiscal social:

um estado baseado na liberdade e na correspondente responsabilidade individual, em que cabe, em primeira linha, a cada um, angariar os meios de sustento para si e para a sua família. O Estado apenas será chamado a intervir, através da realização de prestações sociais (monetárias ou em espécie), se e na medida em que o indivíduo, por quaisquer motivos, estruturais ou conjunturais, não esteja em condições de prover a esse mesmo sustento. (...) O que significa que somente relativamente àqueles cidadãos que não consigam atingir os mínimos existenciais dos referidos direitos sociais, o Estado tem o dever de atuar.<sup>18</sup>

A princípio, existindo situações de desigualdade a superar, a titularidade e tutela de tais direitos fundamentais não poderiam ser atribuídas de modo universal, mas, ao reverso, discriminatório, vem a ser, apenas aos excluídos, buscando-se atingir, quanto ao mínimo vital, uma igualdade efetiva entre todos quantos se encontrem em situação de desigualdade material.

Destaque-se, entretanto, que em alguns casos, os direitos sociais passaram a ser dotados de universalidade, circunstância que não afasta o problema de sua natureza jurídica enquanto direitos a prestações materiais, originárias ou derivadas, imediatamente exigíveis do Estado: nesses casos, as normas concernentes à Justiça Social - inclusive as impropriamente chamadas

<sup>16</sup> "Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade". Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 129.

<sup>17</sup> Cf. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra, 2003. p.737-767; do mesmo autor: **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 191-222. Ver ainda: SUSTEIN, Cass R. HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes**. W.W. Norton & Co., New York/London, 2000, p. 35, p. 59 e ss. No Brasil, ver: GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. Ver ainda, SARLET, I. op. cit. p. 288-290.

<sup>18</sup> Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 491-492. Estado fiscal é aquele que tem por suporte financeiro primordial e dominante os impostos; o qualificativo de "social" advém do fato deste Estado ter um nível de fiscalidade reclamado pelo modelo do Estado Social posto na respectiva Constituição. Cf. ALEXI, Robert **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 482.

de programáticas - gerariam imediatamente em prol dos cidadãos direitos subjetivos a prestações positivas, não obstante sua eficácia seja variável de acordo com sua inserção no sistema constitucional, com as respectivas possibilidades de concretização e em função das peculiaridades do seu objeto ou âmbito de proteção.<sup>19</sup>

O Estado teria o *dever* de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais. Longe de conter simples exortações ou conselhos, mas também reconhecendo ao legislador democrático e ao poder executivo a necessária liberdade na escolha de meios com vista à realização dos programas sociais, a Constituição requer e prescreve o empenho dos poderes públicos para atingir estes objetivos<sup>20</sup>, ainda que se tenha consciência (i) da vinculação à conjuntura social e econômica; (ii) dos limites econômicos e orçamentários e (iii) da circunstância de que a Constituição mesma não dispõe expressamente acerca da primazia na relação necessidade/alocação dos recursos.<sup>21</sup>

Canotilho, nesse contexto, aponta os parâmetros político-constitucionais para a solução do problema da realização dos direitos sociais prestacionais: vinculam-na as reservas orçamentárias, as políticas econômicas e as condições sócio-econômicas do País: *ultra posse nemo obligatur*<sup>22</sup>. Isso parece implicar, a primeira vista, a adoção intransigente de políticas públicas sérias, de acordo com os lineamentos constitucionais gerais, sob pena de vincular-se o *direito fundamental*, de matriz constitucional (direito à saúde e à educação), à definição – obrigatória – legislativa (e depois governamental) do seu objeto, sem que o legislativo ou o executivo se sintam vinculados às matrizes constitucionais. Admite-se, aqui, existir uma relação de necessária *congruência* entre o dever constitucional de legislar e o direito público subjetivo do cidadão, porquanto decorre da própria Constituição a determinação positiva aos poderes públicos acerca da realização dos direitos fundamentais.

<sup>19</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 473 e ss. Cf. JACOBS, Nicolas. La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels. **Revue Belge de Droit International**. Bruxelles: Émile Bruylant, vol. XXXII, I/1999, p. 27-28; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 57-58, p. 254.

<sup>20</sup> Já afirmava Rui Barbosa: “não há, numa Constituição cláusulas, a que se deve atribuir meramente o valor moral, de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Cabe, pois, ao legislador, disciplinar a matéria”. Apud. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: RT, 2002, p. 52. Também nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 226.

<sup>21</sup> Como explica Gilmar Ferreira Mendes, “a competência legislativa implica responsabilidade e impõe ao legislador democrático a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas pela Constituição. Compete a ele não só a concretização genérica da vontade constitucional, mas cumpre-lhe, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O poder de legislar converte-se, pois, num dever de legislar”. MENDES, Gilmar. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.infojus.com.br/area3/gilmarferreira1.htm>. Cf. SARLET, I. op.cit., p. 288-289 e ANDRADE, J. op.cit., p. 201.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, 1982, p. 369. Apud, SARLET, I. op.cit., p. 289.

Para o que nos interessa, a denominação *direitos fundamentais sociais* encontra seu fundamento ou justificativa na simples circunstância de que a dimensão existencial do ser humano é acolhida, pelo constituinte, em sua dimensão comunitária real, o que impõe os poderes públicos a obrigação indeclinável de criar condições sociais de igualdade formal e material, fazendo-o mediante prestações fático-materiais, previstas no ordenamento jurídico, ou pela manutenção e equilíbrio de forças na dinâmica do Mercado e nas relações econômicas em geral.<sup>23</sup>

Sem adentrar em digressões teóricas acerca de como tornar eficazes os direitos fundamentais sociais a prestações originárias e derivadas, tem-se que tal necessidade se põe de modo incontornável quando a ineficácia ou inefetividade do preceito aponta para situações de violação ou negação, por quem tem o dever constitucional de realizar tais normas, das condições ou padrões mínimos de condições existenciais dignas<sup>24</sup>. Estas condições podem ser extraídas diretamente, sem muito esforço, dos princípios gerais do Estado Constitucional: vida, liberdade, dignidade, daí decorrendo condições mínimas de saúde, assistência e educação. Sem tais condições mínimas de existência digna, perde o sujeito a sua própria condição de cidadão, perde sua capacidade de auto-determinação, sua autonomia pública e privada. Não mais é fim da ação pública, porque esta lhe nesse instante indiferente.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, quanto a este aspecto, edificou esta lapidar passagem:

A comunidade estatal deve assegurar-lhes [necessitados, concidadãos que não podem prover à sua própria subsistência] pelo menos as condições mínimas para uma existência e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.<sup>25</sup>

Dentre as várias soluções, práticas ou dogmáticas, que se põe acerca da efetividade dos direitos sociais no âmbito do Estado Constitucional moderno, pergunto: *a construção do princípio da solidariedade como diretriz constitucional, do ponto-de-vista axiológico e jurídico, tem o efeito de determinar ao Poder Público a tarefa de estruturar juridicamente e/ou decidir, em caráter prévio, as soluções legislativas ou as ações governamentais concretas que envolvam a efetividade destes direitos fundamentais sociais?*

<sup>23</sup> Cf. SARLET, I. op.cit. Ver também: QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. Coimbra: Coimbra, 2002, Cap. VI.

<sup>24</sup> Cf. CANOTILHO J. J. Gomes. Tomemos a sérios os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 64-66: temos aqui direitos a prestações constitutivas do âmbito normativo de um direito fundamental de liberdade ou liberdades que o Estado [poderes públicos] deve prima facie efetivar. Ver também: ALEXY, Robert, **Direitos fundamentais no Estado constitucional e democrático**. **Revista de Direito Administrativo**. RJ: FGV, n. 217, 1999.

<sup>25</sup> Cf. BVerfGE 40, 121(133). Apud SARLET, I., op.cit., p. 323. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n. 177, 1989, p. 20-49.

Em outras palavras: *a solidariedade, como princípio constitucional, estaria somente, ou apenas, no âmbito da autonomia privada ou, ao contrário, ela agora se determina juridicamente como um dever fundamental autônomo, subtraído da disposição de cada indivíduo, cuja extensão, ou conteúdo, podem ser inferidos após regular processo de concretização constitucional?*

Sob essa ótica, quando a realização dos direitos sociais, ainda que sob o aspecto do mínimo vital, ocorre com base no princípio da solidariedade, tem-se a necessidade de tornar-se eficaz o princípio geral de que os indivíduos (concidadãos) são chamados a adimplir certos deveres ou exigências constitucionais para a tutela e realização dos valores constitucionais fundamentais que decorrem, inclusive, das concepções do que seja o bem comum: *salus populi suprema lex est*. Com efeito, a solidariedade, como valor, fornece as bases da convivência social, reconhecida e prefigurada pela sociedade e pelo constituinte, superando-se uma visão atomística e promovendo um senso ou vínculo de comunidade.

Erhard Denninger, em texto polêmico editado no ano de 2000, sustenta a tese segundo a qual a Lei Fundamental alemã de 1949, antes baseada nos valores da Ilustração Européia - liberdade, igualdade e fraternidade - herdados da Revolução Francesa, estaria sofrendo algumas mutações em virtude de novos paradigmas constitucionais, baseados nos ideais de segurança, diversidade e solidariedade. Esta nova configuração constitucional modifica, expandindo, os conceitos tradicionais: a fraternidade cederia lugar à solidariedade, a igualdade à diversidade e a liberdade à segurança. Numa sociedade moderna, “sociedade de risco”, tais mudanças refletem transformações sociais que trariam à arena político-constitucional o debate acerca da presença destes novos valores.<sup>26</sup>

Sem adentrar no mérito da discussão [superação ou suprassunção dialética], não se pode desconhecer que o desenvolvimento histórico do Estado Social reconhece, portanto, a responsabilidade coletiva (= solidariedade) em relação ao bem-estar das pessoas, capacitadas ou incapacitadas, considerando que ninguém é completamente auto-suficiente. Sente-se a necessidade de subministrar um nível razoável de segurança para que as pessoas possam sentir-se apoiadas, não totalmente entregues à lógica do individualismo e da competitividade e aos riscos do mercado. Tudo parece indicar que a efetividade do princípio da solidariedade aponta para uma definição de um modelo de Estado Ético (Joaquim Carlos Salgado) que afaste de seus mecanismos de decisão coletiva e produção normativa, os fatores mercadológicos, econômicos e políticos, fazendo sobressair, por outro lado, o princípio da autonomia pública e privada do cidadão.

*A liberdade desenvolve-se paralelamente ao trabalho, tornando cada ser humano digno de ser chamado Homem e Cidadão ao mesmo tempo. Como*

<sup>26</sup> Cf. DENNINGER, Erhard. “Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. *Constellations*. Volume 7, nº 4, Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

sempre nos ensinou Joaquim Carlos Salgado, não basta ao Homem o saber da liberdade; é-lhe co-natural, e portanto plenamente exigível, o agir livremente, sem o que comprometida estará a sua autonomia – o que se obtém por meio de uma ordem jurídica justa.

O princípio da eficiência não se define como exigência de governo, mas deve ser assumido como tarefa indeclinável do próprio Estado em favor do titular da soberania, o Povo: ser eficiente é realizar a Constituição e dela extrair o máximo de liberdade e justiça possível.

Não podiam estar ausentes, neste epílogo, as precisas lições de Joaquim Carlos Salgado:

A liberdade pode ser pensada num sentido transcendente, Deus, ou no sentido imanente: a cultura e, dentro dela, o tempo ético, a história. A liberdade é um absoluto e, como tal, é o bem que caracteriza o mundo humano; nesse sentido, não se encontra na natureza, que é carência.

Ela nos dá a noção de bem. Não é possível encontrar o bem senão no ser livre. Mesmo no caso do bem ontológico (Aristóteles) em que a carência é o mal, e a perfeição, o bem. Mas só se valora o bem e o mal a partir da razão, que tem como parâmetro a liberdade. O que veda a liberdade é o mal. O termo que Aristóteles usa para designar a ação ética, como livre, é *pratein*; daí, razão **prática**. A ação ética segue-se a uma deliberação (*proairesis*), livre, com vistas ao bem ético, cujo momento final é o político.

Essa liberdade, na medida em que o homem a constrói para si e para toda a sociedade, só se concretiza no mundo do direito. A liberdade objetivada, o *ethos* na sua forma e conteúdo mais elevados, é a ordenação jurídica, na medida em que garanta direitos subjetivos (quem não os tem, não tem liberdade), ou seja, a reintegração da essência que se alienou da sua realidade substancial pela cisão do poder e da liberdade individual, o que se opera no advento do Estado democrático de direito contemporâneo.

(...)

O poder legítimo não é aquele outorgado pelo povo, como transferência, por ato formal de poucos segundos e que depois desaparece. A legitimidade do Estado está na vontade do povo, que dá origem ao poder, mas está também no exercício do poder, permanente ação do povo na relação de poder, quer através de instrumentos políticos (como plebiscito, destituição, resistência, etc.), quer através de mecanismos administrativos, do que se chama administração participativa, que é um direito fundamental.

O Estado de Direito é, assim, o que se funda na legitimidade do poder, ou seja, que se justifica pela sua origem, segundo o **princípio ontológico** da origem do poder na vontade do povo, portanto na soberania; pelo exercício, segundo os **princípios lógicos** de orde-

nação formal do direito, na forma de uma estrutura de legalidade coerente para o exercício do poder do Estado, que torna possível o princípio da segurança jurídica em sentido amplo, dentro do qual está o da legalidade e o do direito adquirido; e pela finalidade ética do poder, por ser essa finalidade a efetivação jurídica da liberdade, através da declaração, garantia e realização dos direitos fundamentais, segundo os princípios axiológicos que apontam e ordenam valores que dão conteúdo fundante a essa declaração.

Isso, porém, só poderá ser possível através do assentamento de regras procedimentais, de natureza técnico-jurídica, pelas quais se garanta a dinâmica dos princípios de legitimidade. Tais regras, já citadas - **regra ou decisão da maioria, de respeito à minoria e de divisão da competência** no exercício do poder -, realizam o momento técnico do Estado, superado na unidade com a sua natureza ética no Estado de Direito.

(...)

O traço que distingue e faz o **verdadeiro político** emergir no mundo social e que dele faz agente da soberania popular, é a aptidão para captar o universal na particularidade dos interesses individuais, ou seja, superar a particularidade técnica pela universalidade do bem comum ou da ordem justa.

**De sobre isso decidir não se pode abrir mão..<sup>27</sup>**

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais no Estado constitucional e democrático. **Revista de Direito Administrativo**. RJ: FGV, n. 217, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO J. J. Gomes. Tomemos a sérios os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, 1982.

<sup>27</sup>. Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Edição 2002. Disponível em: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). Acesso em 10.02.2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina,

D'ÁVILA. Fernando Bastos, SJ. **Solidarismo: alternativa para a globalização**. Aparecida: Santuário, 1997.

DENNINGER, Erhard. "Security, Diversity, Solidarity" instead of "Freedom, Equality, Fraternity". **Constellations**. Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

DORSCHER, Andreas. **Die idealistische Kritik des Willens**. Hamburg: Felix Meiner, 1998.

DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel**. vol. III., 3a. ed. Paris: LGDJ, 1930.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

EWALD. Solidarité. In: **Dictionnaire d'Étique et de Philosophie Morale**. 2a. ed. Paris: PUF, 1997.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GALEOTTI, Serio. Il valore della solidarietà. **Diritto e Società**. vol 1, 1996.

GIUSTI, Miguel. **Bemerkungen zu Hegels Begriff der Handlung**. Apud **Hegel-Studien** 22, 1987.

HEGEL, W. F. Werke in 20 Bänden und Register, Bd.7. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000, Hrsg. Eva Moldenhauer.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Werke in 20 Bänden und Register. Bd.3. **Phänomenologie des Geistes**. Hrsg. Eva Moldenhauer. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HONNETH, Axel. **Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der Hegelschen Rechtsphilosophie**, Stuttgart: Reclam, 2001.

\_\_\_\_\_. **Verdinglichung eine anerkennungstheoretische Studie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

\_\_\_\_\_. **Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HORTA, Raul Machado. Constituição, Direitos Sociais e Normas Programáticas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Edição 2002. Disponível em: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). Acesso em 10.02.2006.

JACOBS, Nicolas. La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels. **Revue Belge de Droit International**. Bruxelles: Émile Bruylant, vol. XXXII, I/1999.

- JANOSKY, Thomas. **Citizenship and Civil Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- KIMMERLE, Heinz. LEFEVRE, Wolfgang. MEYER, Rudolf W. (eds.). **Hegel-Jahrbuch** ("Moralität und Sittlichkeit"). Bochum: Germinal, 1987.
- KUHLMANN, Wolfgang (ed.). **Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 57-58.
- MENDES, Gilmar. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.infojus.com.br/area3/gilmarferreira1.htm>. Acesso, 03.02.2006.
- MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social.  **cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. SP: RT, nº1, out/dez de 1992.
- NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: **Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005
- \_\_\_\_\_. **Direito Fiscal**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- \_\_\_\_\_. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra, 2003. p.737-767.
- \_\_\_\_\_. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. vol. LXXV, 1999, p. 145-174.
- \_\_\_\_\_. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998,
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: RT, 2002.
- QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. Coimbra: Coimbra, 2002.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e Ética. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). Acesso em 03.02.2006.
- \_\_\_\_\_. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros 2005.
- SUSTEIN, Cass R. HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes**. W.W. Norton & Co., New York/London, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Humanos e a Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n. 177, 1989, p. 20-49.

WILDT, Andreas. **Autonomie und Anerkennung: Hegels Moralkritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption**. Stuttgart: Klett-Cotta, 1982.

WILLIAMS, Robert R. **Hegel's Ethics of Recognition**. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1997.



# DESAFIOS DEMOCRÁTICOS NO MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO

## O CASO MAL RESOLVIDO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

*Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa<sup>1</sup>*  
*Pedro Pontes de Azevedo<sup>2</sup>*  
*Humberto Madruga Bezerra Cavalcanti<sup>3</sup>*

### RESUMO

A recente crise no setor da aviação civil brasileira reativou o debate público acerca do modelo regulatório adotado pelo país desde os anos noventa, a partir das privatizações e dos movimentos de reforma do Estado. O artigo analisa as falhas do processo e alerta para a cautela que se deve adotar nas discussões atuais em torno da aprovação do PL 3.337/2004, que unifica o marco regulatório brasileiro. A idéia é destacar que o momento atual não é apenas do Estado e do mercado. Abrange, principalmente, os interesses da sociedade. Por este motivo, requer abertura democrática nos procedimentos de discussão e controle da gestão reguladora.

### Palavras-chave

Agências reguladoras. Desafios democráticos. Privatização. Crise do Estado Social. Estado regulador.

### ABSTRACT

The recent crisis within Brazilian private aviation area has activated again the public discussion concerning the regulatory model which was adopted by Brazilian political authorities

<sup>1</sup> Mestra em Direito Econômico (UFPB). Doutora em Ciências Jurídico-Econômicas (Universidade de Coimbra). Professora Adjunta IV do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas/CCJ/UFPB. Coordenadora do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das Agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB.

<sup>2</sup> Advogado e jornalista. Especialista em Direito Municipal (UNIPÊ). Mestrando em Direito Econômico (PPGCJ/UFPB). Professor Instituto Superior de Educação da Paraíba – IESP e das Faculdades de Ensino Superior da Paraíba – FESP, João Pessoa. Integrante do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das Agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB.

<sup>3</sup> Advogado. Especialista em Direito Processual Civil (UNISUL). Mestrando em Direito Econômico (PPGCJ/UFPB). Integrante do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das Agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB.

starting from the last decade of the twentieth century, when the first privatization policy and the reform of the State took place. The present essay analyzes the mistakes which were made along this process and suggests a prudent approach in discussing the approval of PL 3.337/2004, which unifies the Brazilian regulatory framework. The intention is to stress that the question does not involve only the relationship between the state and the market, but it concerns the general social interests. For this reason, it is necessary that the procedures of the discussion are open and democratic, and the regulatory process is accurately controlled.

#### Key-words

Regulatory Agencies. Democracy challenges. Privatization. Welfare State crisis. Regulatory State.

## 1. INTRODUÇÃO

A mudança de perfil do Estado nacional, a partir do avanço globalizador dos mercados e dos processos de privatização e de desregulamentação do setor empresarial público, aponta no sentido de uma nova configuração do Estado nas suas relações com a economia e com a sociedade civil. O Estado, enquanto ainda mantém reservas pontuais de sua presença empresarial (como produtor ou distribuidor de bens e serviços) em alguns segmentos, passou a se apresentar preponderantemente como um *agente normativo e regulador* da atividade econômica<sup>4</sup>.

A crise do Estado social de tipo intervencionista, cujo início pode ser identificado no começo dos anos setenta, refere-se, em geral: (i) à crescente complexidade (e disfuncionalidade) do Estado; (ii) ao fenômeno do poder difuso (pluralismo das fontes de poder); (iii) à conseqüente “ingovernabilidade sistêmica”<sup>5</sup> das sociedades complexas da atualidade. Nesse contexto, intensificaram-se os argumentos contra a sustentabilidade do modelo de Estado gestor e das políticas sociais que dele emanavam. A crítica sistemática dos agentes organizados em torno das propostas neoliberais, inclusive no âmbito da academia, davam conta de que demandas em quantidade superior à capacidade de resposta do Estado geravam déficits crescentes, minando as probabilidades de uma governação eficaz. O resultado negativo abrangia, além da sobrecarga fiscal, um volume progressivo de pleitos não satisfeitos, em processo degenerativo que acabava por atingir a legitimidade dos poderes públicos (eixo racionalização-legitimação da problemática<sup>6</sup>).

Teorizou-se sobre a crise financeira do Estado, sobre as mudanças

<sup>4</sup> Cf. BRASIL. Constituição Federal (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988, art. 174.

<sup>5</sup> Expressão atribuída a Samuel Huntington, em *Political Order in Changing Societies*. (HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.).

<sup>6</sup> Em Habermas, as crises do sistema político se dividem em crises de racionalidade (na esfera administrativa, gerando pretensões não satisfeitas) e crises de legitimação (conectadas à crise de identidade, em âmbito legitimatório, quando o sistema político se torna incapaz de criar estruturas eficazes aos fins da legitimação). Vide HABERMAS, J. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Tradução de Giorgio Backhaus. Roma/Bari: Laterza, 1975.

demográficas de que supostamente decorre a inevitável privatização da segurança social e também sobre a necessidade de se promover a autonomia dos cidadãos, tornando-os responsáveis por seu bem-estar presente (emprego, saúde, reinserção social) e futuro (reforma do Estado). Para os adeptos desse discurso, o Estado se havia transformado em um organismo ineficiente, predador e parasita. O estrago que já havia provocado somente poderia ser controlado pela diminuição de seu tamanho, idealmente ao de um Estado mínimo.

A ferocidade dos argumentos denegatórios do Estado, no entanto, arrefeceu diante da impossibilidade do simples cancelamento de todo o aparato estatal e da constatação de que setores e segmentos econômicos importantes continuavam ameaçados por crises sistêmicas, revelando a incapacidade do mercado em lidar, de modo fiável e equilibrado, com a sua total auto-regulação. Na verdade, a radicalização das teses de redução do Estado poderia gerar o efeito perverso de incapacitá-lo para executar as tarefas da própria agenda neoconservadora, como a garantia da segurança jurídica dos contratos, a manutenção da ordem pública e a defesa da propriedade privada, causando sérios e gravíssimos riscos de descontrole social, pela desmoralização de sua autoridade constituída.

Diante dessa perigosa e factível possibilidade, fazia-se necessário moderar a linguagem e reclamar a permanência de um tipo diferente de Estado, com feições modernas, eficiente e tecnocrático. No plano administrativo, o modelo burocrático weberiano, que aparecia como padrão organizacional básico, precisava ser substituído por um modelo ágil e descentralizador. Esse processo, que Evans denominou de *desilusão com o Estado* - ou pelo menos com um certo tipo de Estado<sup>7</sup>, levou os governos dos países centrais, principalmente da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, a buscarem novas alternativas para estancar a crise. A construção de uma agenda alternativa para um modelo novo de Estado passou, evolutivamente, pelo *managerialism*<sup>8</sup>, *consumerism*<sup>9</sup> e *public service oriented (PSO)*<sup>10</sup>. Esses enquadramentos tinham em comum a busca de

<sup>7</sup> Cf. EVANS, Peter. *Autonomia e parceria: Estados e Transformação Industrial*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004, p. 51.

<sup>8</sup> *Managerialism* – traduzido como “gerencialismo puro”, tinha como eixo principal o conceito de produtividade. Sua utilização visava à diminuição e otimização dos gastos públicos, em tempos de escassez, num contexto que tinha como ponto central a busca da eficiência, com clara definição das responsabilidades dos funcionários, dos objetivos organizacionais e uma maior consciência acerca do valor dos recursos públicos.

<sup>9</sup> *Consumerism* – o objetivo da “satisfação dos consumidores” introduzia a perspectiva da qualidade como uma estratégia voltada para a boa realização do consumo, através de medidas que visavam tornar o poder público mais leve, ágil e competitivo: descentralização administrativa, criação de opções de atendimento (como o incentivo à competição entre organizações públicas) e adoção de um novo modelo contratual.

<sup>10</sup> *Public Service Orientation* – PSO – numa perspectiva de “serviço orientado para o público”, esse conceito apresenta novos questionamentos e põe em xeque antigos valores, não estando, ainda, com seu arcabouço teórico concluído. A conjugação entre *accountability* e o binômio justiça/equidade é uma de suas idéias principais. O grande problema dessa corrente é ter sido pensada segundo os parâmetros do poder local, sem oferecer uma visão de conjunto, em âmbito nacional.

aumento de capacidade gerencial do Estado e, no caso do PSO, o aprimoramento do *accountability*. Tais reformas constituíram a base do movimento que ficou conhecido como *New Public Management* (NPM).

Havia aqui uma alteração que atingia, em decorrência, o Estado constitucional e a cultura jurídico-administrativa clássica, cujo funcionamento somente poderia ser satisfatoriamente alcançado em ambiente efetivamente pluralista e democrático. Pela primeira vez, o Estado, que sempre fora o sujeito das reformas, passava a ser entendido como o objeto das mudanças, sem que se soubesse, entretanto, quem, na verdade, poderia ser o titular dessas transformações: o mercado ou a sociedade civil<sup>11</sup>.

Do ponto de vista jurídico, conceitos-chave das novas dogmáticas juspublicísticas perturbavam o sentido normativo tradicional e pugnavam por uma compreensão de conjunto que extrapolasse o simples pensar (ou fazer) imediato. O mesmo ocorria com a substituição do paradigma burocrático de Administração Pública pelo paradigma administrativo-empresarial, que importava modelos gerenciais da iniciativa privada e se desenvolvia no rastro do declínio do Estado de Bem-Estar, consolidando-se no marco teórico do chamado *Estado regulador*<sup>12</sup>.

A função que permitia ao Estado, no contexto da economia de mercado e da livre concorrência, diante e ao cabo dos processos de privatização substancial, definir as regras do jogo e harmonizar os comportamentos dos atores econômicos passou a ser conhecida como *regulação*. Seria, segundo Chevallier<sup>13</sup>, a ação capaz de restituir ao Estado parte da legitimidade perdida, fazendo dele “o princípio da ordem e da coesão”. A regulação comportava a idéia do funcionamento equilibrado da atividade econômica<sup>14</sup> e de um universo social pacificado, pela institucionalização de um terceiro regulador isento e independente.

Em sua vertente administrativa, a reestruturação do Estado acabou passando por procedimentos práticos e teóricos que resultaram, em síntese, no seguinte quadro: (i) reservas de propriedade estatal, mantidas em setores

<sup>11</sup> Boaventura Santos analisa o que chama de “crise do reformismo”, enfatizando, na atualidade, a idéia de um Estado sujeito passivo de reforma, em contraposição às situações anteriores, nas quais o Estado conduzia a reforma, papel especialmente preponderante no Estado de Bem-Estar Social. Cf. SANTOS, B. S. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, nº. 134, 1999.

<sup>12</sup> Dentre as várias adjetivações atribuídas à figura atual do Estado, destacamos a expressão “Estado regulador” como uma designação consolidada e compatível com o objeto de estudo, na seqüência de algumas teorias constitucionais representadas por doutrinadores como Giandomenico Majone (Itália), Gomes Canotilho e Vital Moreira (Portugal), dentre outros. Vide CANOTILHO, J. J. G. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: *Studia Juridica*, Coimbra, n. 61, ad honorem -1, Estudos em Homenagem ao professor doutor Rogério Soares, 2001.

<sup>13</sup> CHEVALLIER, Jacques. *Institutions Politiques*. Paris, LGDJ, 1996, p. 87-88.

<sup>14</sup> Cf. MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

residuais exclusivos (o chamado “núcleo estratégico”); (ii) formas intermediárias de propriedade pública não-estatal (constituídas pelas organizações sem fins lucrativos, que, embora não sejam propriedade privada, estão orientadas para a satisfação do interesse público); (iii) a atuação mista e simultânea do Estado com outras organizações privadas e públicas não-estatais (setor dos serviços competitivos); (iv) por fim, uma faixa onde predomina a propriedade privada, área de atuação das empresas e setor exclusivo da produção de bens e serviços para o mercado, ressalvados os casos de inexistência de capital privado disponível ou de monopólio natural.

Há, portanto, na configuração atual, setores exclusivos e não-exclusivos. Não houve a supressão da intervenção estatal direta na atividade econômica. Esse esquema mostra que, no conjunto das mudanças ocorridas, pode-se constatar a convivência de formas múltiplas e plurais de gestão. Os principais modelos são: a Administração pública burocrática (modelo antigo) e a Administração pública gerencial (modelo novo). A primeira, embora sofrendo do excesso de formalismo e da ênfase no controle dos processos, apresenta as vantagens da segurança e da efetividade das decisões. A segunda caracteriza-se fundamentalmente pela eficiência dos serviços prestados em massa a uma grande quantidade de cidadãos. Em alguns setores estratégicos, a solução mais adequada passa pela instauração de formas híbridas, um misto de administração pública burocrática e gerencial.

A meta da eficiência foi transformada em um princípio administrativo básico a ser alcançado e o modelo da administração gerencial foi entendido como o modo mais adequado de gestão dos novos interesses. Nesse contexto, no entanto, todas as formas de gerenciamento privado e semi-público devem ser acompanhadas por um seguro e eficaz *sistema de regulação*. No âmbito das novas funções regulativas do Estado, a concepção que lhe atribuía o monopólio de produção da normatividade jurídica passou a ser substituída por uma compreensão da natureza plural e multiorganizativa dos fenômenos jurídico e político. A atividade regulatória estatal não deixa de ser um modo de intervenção estatal na economia, porém, substancialmente diverso do modelo de intervenção direta.

A globalização e a internacionalização dos mercados, a conformação do Estado nacional com as organizações internacionais e supranacionais e as crescentes transformações dos padrões clássicos de comportamento social engendraram o renascimento de um pluralismo jurídico e extra-jurídico que abrange, em campos autônomos ou interligados, as figuras do Estado, do mercado e da sociedade. Assim, o núcleo central do espaço econômico assumiu uma feição matizada pelos aspectos social e político, significando que os novos processos de racionalização atravessam os cenários políticos, econômicos e jurídicos. Nessa conjuntura, o poder político tende a se dispersar, buscando novas sedes de configuração não explicitamente institucionais.

Enquanto a política revela permanente exposição às razões da

economia e às razões da sociedade, o poder econômico dos mercados reclama medidas políticas de regulação e dinâmicas sociais de acompanhamento. Nos setores competitivos, devem ser estimulados modelos de controle social direto, facilitando-se o acompanhamento democrático da gestão. Os setores intermediários indicados na classificação apresentada (entre o núcleo estratégico estatal e o setor exclusivo do mercado) constituem a “novidade” e o ambiente formador do novo perfil empresarial público que abrange a intermediação entre o Estado e o mercado, sob a forma de “regulação” (caso das Agências Reguladoras, por exemplo), assim como abrange os modos formais e informais de parceria entre o Estado e o mercado (Parcerias Público Privadas, por exemplo) ou entre a sociedade e o Estado. Essa imbricada estrutura de relações reclama a existência de agentes e processos democraticamente maduros, funcionando em esferas autônomas, mas seguramente interdependentes.

Inquieta-nos a consciência de que o marco regulatório do Estado, no formado que assumiu depois dos processos de descentralização e privatização, somente se pode configurar a contento em um ambiente democraticamente ativo e ascendente. O novo paradigma de Estado requer a configuração de distintos contratos, em âmbito interno e internacional, interinstitucional e intersocietário. É essencial à noção de regulação que o ente regulador estatal dialogue com os agentes sujeitos ao seu acompanhamento. Os processos democráticos atuais demandam seriedade, agilidade e transparência no plano institucional; maturidade, qualificação e objetivos coletivos no plano societário; participação ativa e consciente, no plano interpessoal. Em jogo, o equilíbrio entre os interesses privados (competição, lucro e satisfação do consumidor) com os objetivos de interesse público (universalização, redução das desigualdades, maiores investimentos) e de interesse social (tarifas reduzidas, preços baixos e serviço de boa qualidade). A permear todo esse universo, a idéia de que o modelo do Estado regulador, especialmente considerada a realidade brasileira, precisa se cercar de cuidados de democracia para conseguir se efetivar. Sem estruturas democráticas pertinentes e eficazes, o processo regulador pode enveredar pelo caminho da conveniência de governos (e de governantes) ou ser capturada pelos interesses do grande mercado. Qualquer das situações representa um passo atrás e o resultado pode ser desastroso.

No âmbito desta monografia, procuraremos abordar alguns ângulos teóricos e práticos da questão, na perspectiva de um raciocínio crítico e polivalente, que se revele capaz de lançar luz sobre o problema, em meio à sua abundante e complicada base doutrinal e teórica. A idéia é engrossar as fileiras da cautela, destacando a necessidade de uma participação social real e esclarecida no interior dos quadros reguladores que se perfilham ao longo da renovação dos procedimentos e das funções administrativas, especialmente considerado o processo de reforma do Estado brasileiro.

## 2. AS EXPERIÊNCIAS DE REGULAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NA EUROPA E O DEBATE DEMOCRÁTICO EM TORNO DESSA QUESTÃO

Nos Estados Unidos da América, de acordo com a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), de 1946, à exceção do Governo, do Congresso e dos Tribunais, todas as demais autoridades públicas constituem “agências”. As agências, criadas sempre por lei, têm o seu funcionamento e os seus procedimentos calcados nesse ato criador, que também estabelece as técnicas de controle pelo Congresso. De início, foram criadas *regulatory agencies* e *non regulatory agencies*, conforme a existência ou não de delegação de poderes normativos por parte do Congresso. Essa distinção foi depois superada, passando todas as agências a se submeterem às limitações da Lei de Procedimento Administrativo. Uma segunda classificação dividia o ramo regulativo do governo federal em *executive agency* e *independent regulatory agency* (ou *independent commission*). Os dirigentes destas últimas eram protegidos por uma maior estabilidade em função do caráter de independência desse setor.

A experiência norte-americana de monitoramento do desenvolvimento econômico por meio de “agências de regulação” teve dois momentos cruciais: (i) o *New Deal* (1933-1940) e (ii) a *New Social Regulation* (1965-1980). No primeiro momento, a preocupação central era o controle do poder monopolista e da concorrência nociva. Em sua dimensão substitutiva, o constitucionalismo do *New Deal* rejeitou a *common law*, que fixava os termos básicos da regulação vinculados ao sistema de *checks and balances*, e projetou o aumento dos poderes do Presidente da República, instituindo agências administrativas modernas, dotadas de técnicos qualificados para promover o interesse público, e revitalizar o Poder Executivo<sup>15</sup>. No segundo momento, procurou priorizar a correção dos problemas surgidos com a informação imperfeita e assimétrica, especialmente gerado no âmbito da contratação em massa, visando a proteção do consumidor e do meio ambiente. A regulação americana passa, portanto, pelos canais do direito concorrencial e da regulação social setorial, com ênfase nesta ou naquele, a depender do tipo de política econômica adotada.

A história da regulação nos Estados Unidos da América abrange, por último, uma onda de expansão econômica privada, ocorrida entre os anos oitenta e noventa (por toda a década de noventa), que demandou a intensificação de processos desreguladores. O excesso de desregulação teria contribuído para a crise que se abateu sobre a economia norte-americana no início deste milênio: formas graves de abuso do poder empresarial representadas por tráfico de influências, fraudes contábeis e fiscais, escândalos bancários etc.<sup>16</sup>. Desregulação e desregulamentação se conjugaram nesse cenário<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, vol. 101, number 2, dec./1987, p. 421-510.

<sup>16</sup> STIGLITZ, Joseph. *Os Loucos Anos Noventa*: a década mais próspera do mundo. Tradução de Freitas e Silva. Lisboa: Terramar, 2005.

<sup>17</sup> O caso da falência da Enron Corp, empresa do setor energético no Estado da Califórnia, revelou-se emblemático da conhecida crise.

Na atualidade, podem-se perceber duas situações aparentemente contraditórias. Por um lado, os poderes e a função reguladora das Agências sofreram significativas restrições, duplamente limitados por motivos de disputa política (controle entre o Congresso e a Presidência da República) ou por razões econômicas (os processos desreguladores dos anos noventa). Por outro lado, o fervor desregulatório parece ter arrefecido. Hoje, parte importante de teóricos e agentes econômicos nos Estados Unidos da América recomenda o retorno a um tipo de regulação em bases mais voláteis e factíveis, ponderando inclusive pelo aperfeiçoamento democrático das formas sociais de acompanhamento<sup>18</sup>. Ponderam que, em um sistema administrativo baseado na unidade da jurisdição, como o dos EUA, a outorga de funções quase-legislativas e quase-judiciais às autoridades reguladoras sempre foi considerada um tanto esdrúxula. A verdade é que o Estado, na realidade norte-americana, nunca foi excessivamente interventor. A atuação estatal direta no desenvolvimento de atividades econômicas empresariais sempre foi excepcional.

Em linhas gerais, é esse o percurso histórico da regulação econômica nos Estados Unidos da América. Interessa-nos, neste momento da análise, feita breve alusão aos processos desregulatórios em curso, buscar o problema da *legitimidade do poder regulativo*, no âmbito dos debates norte-americano e europeu. Duas importantes dimensões podem ser consideradas: (i) uma dimensão procedimental, que perspective a conjugação de alguns elementos - agências criadas por lei, reguladores nomeados por quem detém mandato popular, decisões regulativas motivadas e adstritas a regras formais, participação da sociedade nas decisões, sujeição do ato final a reexame pelo judiciário; (ii) outra dimensão substancial ou material, que confronte coerência e racionalidade da política regulativa, qualificação dos reguladores, capacidade política dos reguladores em proteger os interesses difusos, limites à atuação dos reguladores etc. O desafio é encontrar nas estruturas regulatórias norte-americana e europeia a incorporação desses requisitos.

Certamente a realidade dos Estados Unidos da América não é a mesma da Europa. Nos últimos tempos, houve desregulação (*deregulation*) nos EUA e reprivatizações na Europa. O fato é que, passado o auge europeu das políticas de nacionalização (anos oitenta do século XX), a Europa se viu em meio a uma onda de privatizações. As diferenças entre a regulação americana e a europeia comportam a referência a alguns fundamentos históricos e metodológicos importantes. O próprio termo “desregulação” apresenta significados diferentes nas duas realidades. Na Europa, “desregulação” pode indicar somente “privatização”. Diz-se que há desregulação quando as autoridades públicas deixam de regular ou abrandam a regulação em determinado setor, permitindo o livre funcionamento das regras de mercado<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> STIGLITZ, J. op. cit. p. 4-15.

<sup>19</sup> SANTOS, Antonio; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel L. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p.157.

Do ponto de vista do sistema político adotado nas duas realidades, percebe-se que o modelo não-majoritário e a filosofia institucional americana explicam, de *per se*, a maior independência concedida aos órgãos reguladores. O receio de “ingovernabilidade” teria levado os Estados Unidos da América e sua organização federativa a soluções relativamente autoritárias que se organizaram em duas direções: (i) reforço do Poder Executivo, pela preferência a um sistema de governo de tipo presidencialista; (ii) a imposição de novos limites à esfera das decisões que podiam ser tomadas com base na regra da maioria. Registre-se também a unidade entre as jurisdições administrativa e judicial.

Esse é um cenário que difere profundamente do panorama europeu. No contexto europeu continental, os governos são parlamentaristas e o sistema administrativo nacional é dual. Diverso de uma estrutura formada por agências, a Administração pública nos países da União Européia apresenta uma organização complexa: compõe-se por uma série de órgãos que integram a administração direta e indireta dos Estados membros. No âmbito das Comunidades, as autoridades supranacionais não trabalham com a racionalidade interventiva e não detêm poderes para exercer uma intervenção econômica imediata e direta nos países membros.

Revela-se impertinente e absolutamente inadequada à estrutura comunitária a exploração direta da atividade econômica por parte do órgão supranacional. Nesse sentido, o intenso processo de privatizações deu-se, como é óbvio, no interior de cada soberania, uma vez que a Europa não é uma federação. A via da regulação econômica (e não a da intervenção direta, *stricto sensu*) revela-se a mais adequada às peculiaridades do modelo supranacional. Esclareça-se que aqui nos referimos a um tipo genérico de regulação do comportamento econômico dos agentes privados, mais ampliado do que aquele que se opera no rastro das privatizações, nos setores liberalizados.

No interior dos Estados membros, a Administração econômica direta e indireta é formada por serviços centrais e serviços descentralizados. Há um setor público administrativo e um setor público empresarial. Foram criadas, nos diversos países, as autoridades independentes de regulação, com funções administrativas especializadas, dotadas de autonomia orgânica e funcional, não sujeitas a ordens ou instruções governamentais. Ocorre que, na Europa, a chamada “união econômica” – último estágio do processo de integração, depois da união monetária – ainda não se consolidou propriamente e não possui uma estrutura hierarquizada aguda, com instrumentos precisos de intervenção. As formas de funcionamento da união econômica estão fundadas, basicamente, em mecanismos de supervisão multilateral e no controle das políticas financeiras e orçamentárias. As normas imediatamente aplicáveis nos ordenamentos jurídicos nacionais somente podem ser encontradas naqueles domínios em que a Comunidade recebe competências transferidas pelos Estados membros (política de concorrência e política agrícola comum, por exemplo).

A Administração econômica geral funciona por intermédio da Comissão

Européia (composta de Direções-Gerais setoriais<sup>20</sup>), dos Comitês e Grupos de Trabalho e por algumas estruturas autônomas, dentre estas, os chamados Fundos Estruturais. Não existem entidades européias de regulação, no sentido de Agências independentes, como resultado da liberalização de um setor público à dimensão da Europa. No entanto, existem áreas comuns, como o disciplinamento do ambiente, da água, da segurança e das novas tecnologias, nas quais os princípios e as regras procedimentais da Comunidade influenciam os organismos independentes de regulação de âmbito nacional. É o caso da adoção do princípio do desenvolvimento sustentável, do princípio da precaução, dos direitos dos usuários de serviços públicos, do controle das cláusulas abusivas etc. Serviços considerados atividades de “interesse geral” ou “interesse público” precisam ser garantidos, pela aplicação dos princípios da universalidade de acesso, qualidade do serviço e acessibilidade do preço. As regras gerais da concorrência acabam funcionando como parâmetro para a regulação que se processa através das Direções-Gerais, em cada setor específico.

O novo desafio para a regulação dos serviços em rede na União Européia é hoje a implementação de regras claras e coerentes nas atitudes da Comissão relativamente a algumas políticas. O respeito ao princípio da subsidiariedade, o desenvolvimento do princípio da participação pública, a sistematização das informações e a criação de autoridades competentes em espaço transnacional, em detrimento das autoridades territoriais baseadas em fronteiras administrativas, constituem aspectos desse desafio.

No âmbito da discussão democrática, com a consolidação da União Européia, as diferenças geográficas, ideológicas e mesmo lingüísticas entre os países parecem conduzir as propostas de aumento da legitimação democrática das instituições supranacionais a um paradigma mais alinhado ao princípio da maioria e a procedimentos comuns ao federalismo. O déficit democrático do processo regulador europeu (caso das autoridades independentes de regulação setorial) reside justamente no interior dessa dimensão, ou seja, na necessidade de uma maior transparência e responsabilidade das decisões regulativas e de uma maior uniformização das regras nacionais, em esfera comunitária.

Creemos que num caso ou noutro (EUA ou Europa), o debate democrático estará efetivamente prejudicado todas as vezes que as discussões girarem exclusivamente em torno da legitimidade conferida pelo sistema majoritário da democracia representativa. Os representantes eleitos desdobram a sua legitimidade ao conduzirem a regulação e ao procederem, unilateralmente, à escolha dos reguladores. Hoje, o espaço da cidadania, *locus* clássico da regra da maioria, convive com os demais espaços emergentes da multiplicidade das relações nos setores da vida política, econômica e social. Não se pode

---

<sup>20</sup> A Comissão está organizada em direções-gerais, cada uma responsável por uma área concreta de atividade, como a concorrência, o ambiente ou a pesca, de modo semelhante aos Ministérios de um Estado.

negar a existência de um déficit democrático de origem que impende sobre esses sistemas reguladores, atingindo o princípio clássico da separação de poderes e tornando-o inoperante para fundar constitucionalmente a natureza administrativa das instâncias de regulação. Nesse contexto, as realidades européia e norte-americana se equivalem.

Por outro lado, não se pode perder de vista que os reais poderes dos organismos reguladores independentes, tanto normativos quanto repressivos, em substituição às instâncias tradicionais, conferem à sua atuação um papel inevitavelmente político. Esse papel assume proporções ainda maiores, quando se conclui que o desempenho dessas autoridades tem o condão de marcar a postura política do Estado atual nas suas relações com o domínio econômico e com a autonomia negocial privada. Ao lado das organizações não-governamentais e das empresas privadas, as autoridades reguladoras formariam o chamado “terceiro setor”, embora o perfil não-estatal desses organismos não esteja de todo assente. A refundação democrática do Estado e da Administração Pública passa, segundo boa parte dos cientistas sociais, por uma reforma simultânea do Estado e do terceiro setor, pela via de uma articulação entre democracia representativa e pós-representativa<sup>21</sup>, de natureza mais dinâmica e participativa.

### 3. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS ORGANISMOS REGULADORES (ALGUMAS TEORIAS)

Ao longo da história, a democracia tem sofrido mudanças e adaptações. De acordo com Robert Dahl<sup>22</sup>, é possível identificar duas grandes transformações materiais em seu conceito: (i) primeiro, na democracia grega, do governo de poucos ao governo de muitos; e depois (ii), com a mudança entre a democracia do cidade-Estado para a democracia do Estado-nação, mais complexa.

Diríamos que essa cronologia não se encerra por aí. Ao que tudo parece indicar, encontra-se em processo uma terceira transformação do instituto, na passagem das formas democráticas do Estado-nação para o sistema global, com todas as implicações político-jurídicas, internas e internacionais, que decorrem dessa nova alteração. A desterritorialização da economia, a integração regional em poderosas entidades supranacionais (caso da Europa) e a conformação reguladora dos Estados (e do constitucionalismo estatal, perspectivado para o mercado) dão-se no rastro desse percurso. O funcionamento técnico-jurídico do novo Estado regulador passa, necessariamente, por medidas de delegação legislativa, que cancelam a exclusividade normativa do parlamento e alteram as estruturas da democracia tradicional. É o que acontece com o poder normativo concedido às Agências de regulação.

<sup>21</sup> Cf. SANTOS, S. *op. cit.* (1999).

<sup>22</sup> DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. Yale: Yale University Press, 1989, p. 3-15.

Fazendo convergir a análise para os processos de regulação engendrados com a mudança no perfil administrativo do Estado, pode-se constatar que a pretensa autonomia do organismo regulador constitui um grave problema a ser enfrentado. Em primeiro lugar, cabe indagar sobre o contexto em que se exercita essa independência (com relação a quem ou ao quê). A idéia é que os organismos reguladores sejam *formalmente independentes do governo* e *materialmente independentes do mercado*. A correlação entre esses dois níveis de autonomia os aproximaria de um grau ótimo de regulação, pela satisfação dos interesses sociais abrangidos. Na verdade, a atuação dos entes reguladores não deve ser manipulada pelos *interesses regulados*, significando, em suma, que essa independência não deve ser acionada em desfavor da sociedade.

Os organismos reguladores apresentam, a um só tempo, tríplice configuração: (i) entes públicos; (ii) órgãos de monitoramento do mercado; e (iii) reguladores sociais. Precisam pautar-se pelo interesse público, mas não podem se valer de instrumentos de controle desnecessariamente intrusivos, assim como não podem permitir a instrumentalização do setor aos interesses momentâneos dos governos. Monitoram o mercado e devem garantir as regras básicas da livre concorrência sem, entretanto, descuidar dos consumidores, nem se deixar seduzir pelos perigos da captura<sup>23</sup>. Por fim, como reguladores sociais, precisam garantir a universalização e a eficiente prestação do serviço, sabendo contemporizar os interesses envolvidos, em uma perspectiva de mercado. Significa que a sua independência não pode ser exercida de modo absoluto e arbitrário.

Um ponto primordial a destacar é o fato de que a autonomia das entidades reguladoras não pode acobertar um isolamento que se equipare à falta de mecanismos de prestação de contas perante o público e perante o poder legislativo, assim como não pode descartar a revisão judicial de seus atos. Daí entendimento geral de que a independência frente ao Poder Executivo deve ser “compensada” por um reforçado escrutínio público da sua atividade, inclusive perante as comissões parlamentares competentes<sup>24</sup>. Um caminho importante para melhorar a qualidade democrática dos processos reguladores setoriais está seguramente adstrito à participação da sociedade civil, visando o aumento da *accountability* (controle, transparência e demais questões abrangidas por esse termo<sup>25</sup>). Assim, o equilíbrio entre as forças – governo, iniciativa privada e sociedade – estará assegurado mediante efetiva e ampliada participação social, de modo a igualar o poder, a capacidade de articulação e as formas de pressão que governo, empresas reguladas e usuários seriam capazes de acionar<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Os perigos da chamada “captura” foram analisados por Olson (1965), Stigler (1971), Becker (1983) e Peltzman (1989), dentre outros. Procuraram avaliar em fórmulas econômicas os motivos da captura.

<sup>24</sup> Cf. MOREIRA, V. Regulação Independente?. *Revista Cedipre*. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cedipre/revista/mao\\_visivel/regulacao\\_independente.htm](http://www.fd.uc.pt/cedipre/revista/mao_visivel/regulacao_independente.htm) Acesso em: 16 ago. 2006.

<sup>25</sup> Vide: CAMPOS, Ana. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista da Administração Pública*. vol. 24, n. 2. Rio de Janeiro. FGV, p. 47–56.

<sup>26</sup> Cf. PECCI, A. *Controle social no contexto da reforma regulatória*. In: *Anais CLAD IX*, Madrid, 2004, p.3.

Os obstáculos mais potencialmente perigosos englobam, principalmente, o perfil normativo da responsabilidade pública e a falta de legitimidade democrática dos órgãos de direção das autoridades reguladoras. A despeito do grande poder de que desfrutam, essas pessoas não são eleitas para tal, nem são diretamente responsáveis perante os detentores de cargos eletivos. Em geral, são designados pelo Poder Executivo, mediante aprovação do Poder Legislativo. Os organismos da regulação funcionam com poderes: (i) legislativos, na medida em que editam normas técnicas, portarias, resoluções; (ii) de administração, na proporção em que realizam atos e procedimentos administrativos; e (iii) poderes parajudiciais, quando aplicam os princípios técnico-procedimentais inerentes ao juiz, tais como o contraditório<sup>27</sup> e os mecanismos instrumentais de inquirição e inspeção, além da competência sancionatória<sup>28</sup>.

A despeito de todo esse amplo leque de competências, tais órgãos não apresentam intrínseca legitimidade democrática e podem ser vistos, segundo o modelo majoritário de democracia representativa, como “anomalias constitucionais que não se enquadram na estrutura tradicional de freios e contrapesos” ou como ameaça aos princípios fundamentais do constitucionalismo e da teoria democrática<sup>29</sup>. Para os defensores desses pontos de vista, o problema seria solucionado através de medidas que pudessem conduzir a uma maior politização do processo regulativo, de modo a ocasionar expressiva concentração de poder nas mãos da maioria.

Para os que defendem a adoção de um modelo não majoritário (ou madisoniano<sup>30</sup>) de democracia, a delegação de responsabilidades de *policy-making* a organismos independentes, como forma de difusão do poder, pode representar, de *per se*, um modo de controle democrático mais eficaz do que a responsabilização política direta perante os eleitores ou perante os representantes eleitos. Na opinião dos defensores desse modelo, os mecanismos de decisão não-majoritários induzem à relativização da regra da maioria e seriam mais

<sup>27</sup> Para Merusi, é como se a garantia do exercício do contraditório pudesse substituir a necessidade de uma legitimação política desses órgãos de regulação. Cf. MERUSI, F. *Democrazia e autorità indipendenti*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 27.

<sup>28</sup> Cf. MERUSI, F. *op. cit.*, p. 27.

Podem ser identificados nas Agências: (i) poderes normativos (comandos gerais para o setor regulado); (ii) poderes de outorga (expedição de licenças, autorizações, concessões, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular); (iii) poderes de fiscalização; (iv) poderes sancionatórios (advertências, multas ou cassação de licenças); (v) poderes de conciliação e mediação de interesses e (vi) poderes de recomendação. Cf. MARQUES NETO, F. A. *Agências Reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. ABAR, 2003, p. 25-26.

<sup>29</sup> Cf. Veljanovski e Teitgen apud LA SPINA, A. MAJONE, G. *Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 167.

<sup>30</sup> Na linguagem de Madison, o objetivo no modelo não majoritário é proteger a minoria contra a “tirania da maioria” e estimular defesas contra o *factionalism*, ou seja, a usurpação do governo por parte de grupos de interesses e contra as ameaças que isso pode representar aos princípios republicanos numa democracia deliberativa.

adequados à sociedade complexa e pluralista dos dias atuais, tendo-se revelado como os instrumentos preferidos dos governos.

Em âmbito jurídico, algumas novas teorias esboçam posições sobre a relativização da regra da maioria como técnica de legitimação das decisões políticas e denunciam os vícios formais do procedimento majoritário. Para uns, a regra da maioria conduz, em todos os casos, a um resultado de “soma zero” e dissipa o seu potencial legitimador no instante em que a implementação de políticas públicas escapa ao controle da maioria. Para estes, o princípio da maioria deve ser transformado em um instrumento mais dinâmico de regulação social<sup>31</sup>.

Para outros, é possível ir além da responsividade jurídica, a partir do reconhecimento da existência de novas formas de organização social, que incentivam a participação política e controlam as demandas sociais. Referem-se aos chamados “grupos sociais semi-autônomos”, dentre estes, as empresas. A economia globalizada teria ultrapassado a regra da maioria (que concorre, em desvantagem, com outros procedimentos decisórios, como a arbitragem e a negociação<sup>32</sup>).

Dessa forma, estar-se-ia diante de um novo tipo de democracia: a organizacional, mais adequada à *societas mercatorum* dos dias atuais e situada no eixo da produção, baseada na “consciência global”, de caráter espontâneo (espécie de auto-reflexão), de que as “organizações complexas” da sociedade atual desenvolvem acerca dos riscos que o mercado desordenado pode comportar para equilíbrio ecológico e social do planeta. Nesse domínio, as autoridades reguladoras que se desenvolvem nas pegadas do processo de privatizações têm pouco a fazer uma vez que o mercado regulado tenderia, naturalmente, ao reequilíbrio<sup>33</sup>.

O discurso democrático do mundo globalizado é identificado, portanto, em vários estudiosos da atualidade social. Também em Habermas, jusfilósofo alemão, para quem o novo paradigma de Estado se inscreve no âmago do Estado democrático de direito, existe uma crescente necessidade de legitimação num sistema administrativo desvinculado da vontade legitimante dos cidadãos e uma tendência à crise (de legitimação ou de motivação) na esfera pública despolitizada. Nesse contexto, o discurso liberal e o discurso de bem-estar devem ser considerados, reflexiva e criticamente, como lógicas argumentativas

<sup>31</sup> Cf. NONET & SELZNICK. *Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Harper & Row, 1978, p. 108-109. São os teóricos do chamado “direito responsivo”.

<sup>32</sup> Referência a Gunther Teubner e aos divulgadores da conhecida racionalidade reflexiva.

<sup>33</sup> Trata-se da mesma linha sócio-jurídica (com reflexos sobre a regra da maioria) trabalhada pelos teóricos da autopoiese do direito, desde Luhmann, para quem a função do sistema é sempre a de reduzir a complexidade social e, nesse contexto, a democracia não possuiria valor em si. A regra da maioria interessaria somente enquanto servisse para diminuir a complexidade do ambiente sistêmico. Por outro lado, uma democracia participativa também não seria desejada porque aumentaria a complexidade social. Vide LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de M. C. Côte-Real. Brasília: UNB, 1980.

concorrentes, em face de cada situação concreta. Para esse autor, o conceito de Estado de direito, enquanto organização política, parte de um conceito contemporâneo de cidadania, pela institucionalização de procedimentos capazes de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva. O direito, como reflexo da vontade discursiva dos cidadãos, poderia, em ambiente democrático, estabilizar a constante tensão entre facticidade e validade<sup>34</sup>.

Não há dúvida de que a ampliação da capacidade jurídico-reguladora do Estado ocasionou acrescida complexidade aos sistemas democráticos e normativos. O elevado número de leis especiais e singulares tem demonstrado que a norma jurídica já não mais se caracteriza pelo alcance geral de seu comando. A elaboração quase contratual das leis produzidas sob pressão de grupos de interesse fragmenta o sistema jurídico estatal, provocando uma redução do caráter vinculativo das regras jurídicas que produz. A diminuição do grau de eficácia dessas disposições normativas, aliada à multiplicidade de possíveis fontes normativas alternativas, colocou em xeque importantes conceitos e dogmas<sup>35</sup> que até então norteavam o modelo burocrático do Estado assistencial.

Por esse percurso, ao que parece, é necessário expropriar o mecanismo democrático de suas conotações clássicas e consignar algumas de suas competências a instâncias não legislativas como o Judiciário, os processos de *lobbying*, as autoridades administrativas independentes, a sociedade organizada etc. Significa que a democracia parece (e precisa) atuar nos dias de hoje por intermédio de mecanismos não-majoritários, de sentido diferente do original. Há aí uma inversão histórico-material que se procura efetivar nas novas configurações que apresenta o Estado, especialmente consideradas as suas relações com a economia e a sociedade. Não significa uma exclusão *a priori* da via representativa e majoritária, mas uma ampliação de formas negociadas e próprias de acompanhamento democrático no interior dos novos processos.

#### 4. O PERFIL REGULADOR DO ESTADO BRASILEIRO

O Brasil entrou no calendário das privatizações na segunda metade da década de noventa, em meio ao tumulto e à falta de transparência que marcaram esses procedimentos. A reforma que preparava o desmonte da estrutura intervencionista do Estado social entrou na programação de governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), a partir da criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). O objetivo principal era a implantação de uma reforma gerencial no país com o declarado propósito

<sup>34</sup> Vide Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. vol. II. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>35</sup> Os dogmas da separação de poderes, da soberania nacional, da separação entre Estado e sociedade, a relevância dada aos chamados “interesses da administração”, a intransparência financeira e a falta de controle da administração etc.

de suplantar, em termos de direitos sociais, a chamada *Era Vargas*.

A redução do aparelho do Estado se deu principalmente por meio de privatizações de empresas estatais, concessões administrativas e programas de demissão voluntária. As privatizações e a quebra de antigos monopólios estatais em setores importantes como o da eletricidade, das telecomunicações e do petróleo, patentearam a necessidade de novos instrumentos de intervenção estatal para regular esses mercados. Assim, em 1996, foi criada a primeira agência nacional de regulação, a Agência Nacional de Energia Elétrica<sup>36</sup>.

Enquanto se avançava no programa de privatizações, havia um concomitante e pouco esclarecedor deslocamento da relevância atribuída às modalidades diretas de intervenção em direção ao modelo regulador. O esvaziamento das funções do Estado empresário e burocrático significava a necessária construção de um aparato regulatório, que, à moda americana, se organizava em torno das autoridades independentes de regulação setorial, idealizadas como insuscetíveis a pressões, políticas ou econômicas. Era essa a idéia-matriz. Estava em curso uma profunda transformação da administração pública e do próprio Estado. Pelas medidas já efetivadas e pela lógica global que lhe subjaz, o caminho parecia ser o da flexibilidade organizacional e da gestão pública partilhada.

As alterações assinalam uma viragem paradigmática nos aspectos relativos ao Estado e aos direitos do centro regulativo econômico, tais como o direito constitucional, o direito administrativo, o direito econômico, o direito da regulação. A substituição do paradigma burocrático, gestor direto, pelo moderno espírito gerencial (*hi-tech*) do Estado<sup>37</sup>, implica mudanças importantes. Significa a substituição do constitucionalismo dirigente da Constituição Federal de 1988 por um constitucionalismo negociado, calcado em decisões construídas no cotidiano das questões, que se exercita diante das necessidades concretas. É o que Canotilho, teórico cúmplice (como ele próprio reconhece) da textura teleológica e programática de nossa linhagem constitucional, chamaria hoje de "constitucionalismo moralmente reflexivo"<sup>38</sup>.

No Brasil, os desafios da regulação têm sua origem enraizada em âmbitos muito diferentes e complexos, que passam por elementos culturais, mudanças organizacionais, embates político-ideológicos e pouca participação da sociedade civil. A remodelação do Estado brasileiro repercute nas esferas políticas e jurídicas, no plano organizacional e nos aspectos culturais. O processo de modernização proposto e a atuação das entidades reguladoras precisam ser conduzidos em meios a procedimentos democráticos sérios e atitudes sociais e culturais maduras e estáveis. Não existe, no Brasil, uma

<sup>36</sup> Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei nº. 9427/96.

<sup>37</sup> É essa a idéia de Estado da Ciência, da Tecnologia e do Saber, difundida por Canotilho. Cf. CANOTILHO, J. op. cit. (2001).

<sup>38</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. G. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 102 e ss.

cultura regulatória como nos Estados Unidos e em outros países da Europa. As agências brasileiras são recentes e enfrentam dificuldades para concretizarem seu processo de institucionalização<sup>39</sup>.

O processo está marcado por falhas de interlocução e de participação, desde o início. A própria implantação das Agências em nosso ordenamento administrativo parece ocorrer tardiamente. Na verdade, copiamos um modelo que, no país de origem, já perdeu parte do prestígio institucional e social.

Além dos riscos comuns às entidades reguladoras em geral, como a captura diante dos interesses organizados do mercado, as Agências brasileiras enfrentam ainda uma herança cultural muito perigosa para o seu autônomo funcionamento. O vírus do patrimonialismo, do clientelismo e do nepotismo que sempre circundou escalões importantes das empresas públicas brasileiras não foi eliminado. Essa herança enfraquece tanto a atuação da agência, pela ingerência política e privada, quanto a sua imagem, pela negligência com o interesse público. Caso venham a ser relacionadas à satisfação de interesses particulares dos grupos de pressão, correm o risco de ajudar a consolidar um quadro pouco favorável a uma verdadeira interação entre os atores econômicos e sociais, requisito imprescindível ao seu funcionamento.

Uma releitura dos particularíssimos meandros de nossa cultura democrática induz à constatação de que não há, no Brasil, uma tradição de conquista pela cidadania, da mesma maneira como não há grandes compromissos populares organizados em torno de formas associativistas de poder. As representações sociais com assento nos diversos conselhos (federais, estaduais e municipais) ou nos comitês populares revelam, em geral, uma parca presença (em termos quantitativos e qualitativos) de representações da sociedade civil. Nos Conselhos, a vaga é formalmente preenchida pelo representante social, mas não há interesse genuíno e espontâneo em potencializar positivamente essa participação.

A constatação da importância do papel da cultura cívica como pressuposto essencial para o desenvolvimento das agências reguladoras, e conseqüentemente da democracia, encontra relação com o paradigma interpretativo levantado por Putnam acerca de seu desempenho institucional. A superação dos dilemas da ação coletiva e do oportunismo contraproducente depende do contexto social em que a disputa se efetiva. Para esse autor, a cooperação voluntária é mais eficaz em uma comunidade que tenha herdado um bom estoque de capital social sob a forma de *regras de reciprocidade e sistemas de participação cívica*<sup>40</sup>. A solução não poderá vir por meio de implementações em curto prazo ou de formas verticalizadas de interesses (do Estado para sociedade), como ocorreu em parte com a própria Reforma gerencial, de 1995.

<sup>39</sup> À exceção da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), todas as outras agências foram criadas após a privatização, o que gerou inúmeras dificuldades no estabelecimento de contratos, normas e metas.

<sup>40</sup> Cf. PUTNAM, R. **Comunidade e democracia**. A experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

No Brasil, uma avaliação do processo de criação das Agências reguladoras federais pode identificar, à partida, um grave descompasso: as Agências criadas no primeiro mandato de Cardoso perderam os seus idealizadores<sup>41</sup> e não consolidaram o seu modelo ao longo do segundo mandato (1999-2002). O nosso arranjo regulatório tem revelado fragilidades. O processo de privatizações, atrelado ao processo de criação das agências reguladoras, trouxe problemas de identidade ao modelo inicial desses organismos. Para o governo, a meta de venda dos ativos estatais era prioritária e não poderia ser prejudicada por uma suposta imagem de rigor que as agências recém-criadas pudessem passar. O esforço de persuasão dos investidores para as vantagens do negócio envolveu assimetria de informações e maquiagem de dados, acabando por não permitir a implementação dos pressupostos de funcionamento básico de uma estrutura regulatória eficaz: transparência, prestação de contas, isolamento técnico e estabilidade de regras<sup>42</sup>.

## 5. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O GOVERNO LULA

Ao assumir o governo federal, em 2003, o governo do Presidente Luís Inácio da Silva reagiu, de início, ao modelo regulatório implantado pelo governo anterior. A formulação de políticas públicas típicas do Estado regulador não fazia parte do discurso programático tradicional do Partido dos Trabalhadores. Entrar nesse debate significava sancionar, de alguma forma, os processos de privatização que antes combatera. No entanto, contradições pontuais foram logo sentidas entre o programa do Partido dos Trabalhadores e o cronograma de medidas implantadas por um governo de centro-esquerda, marcado pela coalizão interpartidária de centro-direita e pelas grandes alianças eleitorais.

O Governo Lula atravessou, no começo de seu primeiro mandato, um vácuo ideológico no que diz respeito ao tipo de intervenção regulatória que desejava para o Estado brasileiro. Grupos de trabalhos foram instituídos com o objetivo (não declarado) de restringir a autonomia das agências. O modelo foi trazido para o controle e acompanhamento da Casa Civil da Presidência da República. Contraditoriamente, ao tempo em que questionava a autonomia das agências, parte importante do governo defendia a autonomia do Banco Central, entidade disciplinadora do sistema monetário e financeiro, similar às Agências na questão das prerrogativas normativas.

Esse quadro reflete, em linhas gerais, uma certa crise de identidade no interior do atual governo. Na verdade, reforma sociais e regulatórias envolvem múltiplos atores, burocracias executivas intermediárias e complexos processos de implementação<sup>43</sup>. A indefinição que marca o processo brasileiro, somada

<sup>41</sup> São considerados idealizadores da reforma do Estado brasileiro os ministros Luiz Carlos Bresser Pereira, da Administração e da Reforma do Estado, e Sérgio Motta, das Comunicações.

<sup>42</sup> Cf. SALGADO, L. H. *Agências Regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desempenho institucional* (texto para discussão, nº. 941). Brasília: IPEA, 2003, p. 44

<sup>43</sup> Para Naim, os principais atores são o Executivo, as autoridades econômicas, as instituições multilaterais de crédito e os investidores estrangeiros, em suma, atores políticos relativamente isolados dos grupos de interesse afetados. Vide: NAIM, M. *Latin America: The Second Stage of Reform*. *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 4, Outubro de 1994.

aos problemas de cunho social, político e cultural apontados, podem falsear o perfil do Estado, fragilizando-o à vontade dos governantes (instrumentalizados ou não pelo mercado) e questionando conquistas administrativas e sociais importantes para a sua consolidação.

Em 2004, a Casa Civil da Presidência da República encaminhou à Câmara dos Deputados um projeto de lei destinado a criar um modelo único de funcionamento para as agências reguladoras brasileiras. O PL 3.337/2004 buscava normatizar o funcionamento das agências, os reajustes tarifários e a sucessão de dirigentes. Recebeu 137 emendas. A reação dos agentes do mercado e dos reguladores fez com que o relator da matéria, Deputado Leonardo Picciani (PMDB – RJ), apresentasse um substitutivo. Para ele, a proposta inicial da Casa Civil continha um viés estatizante. Mantidas as bases da proposta original, as alterações mais discutidas referem-se à exclusão dos contratos de gestão e à vinculação das Agências ao Ministério da Fazenda, que deverá ser consultado antes da emissão de qualquer norma ou regulamento. Em termos políticos, essas propostas podem ser vistas como a aceitação, pelo atual governo, do modelo de regulação criado anteriormente, com a diferença da limitação de poderes<sup>44</sup>.

O problema é que, depois disso, a relação entre os ministérios e as agências parece ter entrado, implicitamente, numa espécie de “processo de convergência”<sup>45</sup>, não faltando quem defendesse a desnecessidade da aprovação dessa lei. Para alguns dirigentes, os conflitos entre ministérios e agências estariam em fase de exaurimento. Em caso de controvérsias mais complicadas, a querela deveria ser analisada pela Advocacia-Geral da União<sup>46</sup>. Avaliava-se que o governo anterior transferiu responsabilidades a mais às agências, não só da regulação de suas respectivas áreas como também do planejamento das questões da infraestrutura. De acordo com esse entendimento, a autonomia das agências também seria medida pelo grau de compatibilização que apresentasse com relação às políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e pelos Ministérios, não podendo as suas orientações serem equiparadas às políticas e orientações da administração superior, uma vez que devem funcionar em atenção aos objetivos públicos.

No entanto, depois do acidente em Congonhas com o vôo TAM 3054,

<sup>44</sup> As Agências Reguladoras gozarão de menor autonomia. É o que se depreende de algumas medidas previstas no projeto e no substitutivo, como a vinculação ministerial e a criação de ouvidorias.

<sup>45</sup> Opinião de Jerson Kelman, que foi presidente da ANA (Agência Nacional de Águas) durante os governos de FHC e Lula. Cf. IDEC.: **Agências Reguladoras: com PL estacionado, poder de ministérios do governo Lula é alvo de ataques**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=6722> Acesso: 16 ago. 2006.

<sup>46</sup> Em 12 de junho de 2006, o advogado-geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, encaminhou parecer ao presidente Lula o Parecer nº. AC – 051, pronunciando-se sobre a relação dos ministérios com as agências reguladoras. Sancionado pelo Presidente da República em 13 de junho, o parecer foi motivado por uma divergência entre o Ministério dos Transportes e a Antaq (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), a partir de uma questão relativa à cobrança de taxa no transporte de contêineres no Porto de Salvador. O parecer aponta para a independência das agências na regulação de suas respectivas áreas, indicando que, em assuntos que extrapolem essas competências, as decisões devem ser encaminhadas à supervisão do respectivo ministério.

o Projeto de Lei 3.337/04 voltou à ordem do dia, na seqüência de uma crise que se arrasta há um ano sobre o setor aéreo brasileiro. Esse desastre acendeu definitivamente o estopim da crise do sistema regulatório brasileiro. Até o momento, problemas pontuais, como o apagão energético de 2001, não tinham sido suficientes para patentear a necessidade de discussão do modelo representado pelas agências reguladoras.

Cabe esclarecer, de antemão, que as diferenças entre *políticas públicas*, *políticas de Estado*, *políticas de governo* e *políticas regulatórias* precisam ficar melhor evidenciadas no debate atual brasileiro. Assim como não cabe ao governo o monopólio de todas essas dimensões, como não compete aos reguladores a inversão dessa ordem. Ainda que o Estado, em um país periférico como o Brasil, não possa fazer transferências excessivas de poderes que lhe são inerentes e dos quais não pode abrir mão (em nome do interesse público e social), também não pode o governo controlar todas as políticas de Estado, sem a definição de regras claras, na seqüência do que vem estabelecido no texto constitucional.

No terreno das políticas regulatórias, a indefinição (ou mesmo a inexistência) de normas estáveis induzirá à redução da capacidade de resposta dos organismos reguladores e à falência não deliberada do modelo, não significando, como é óbvio, a reposição automática da estrutura estatal anterior. É certo que as agências precisam de independência para fiscalizar inclusive as estatais que atuam no seu setor de abrangência, mas é igualmente correto supor que não podem planejar investimentos, nem usurpar as funções do governo.

A questão é que este tem sido um debate de cúpula. Percebe-se uma clara ausência de discussão verdadeiramente democrática em torno de todo o processo brasileiro de regulação. Estado (governos) e mercado (associações e federações organizadas em torno da indústria e do comércio<sup>47</sup>) disputam, em nome de seus interesses, a consciência do que é melhor para o país, deixando de lado o terceiro elemento, representado pela sociedade.

A reação do mercado é entendida por setores importantes da doutrina, como uma tentativa dos agentes liberais em avançar no seu projeto de “construir uma política econômica que não possa ser modificada pelo voto, em que o voto não possa atuar”<sup>48</sup>, reduzindo-se gradativamente o raio de atuação e de manobra do Estado. Segundo o nosso entendimento, a questão principal não é esta. Não é a democracia representativa que em está em xeque, mas as possibilidades reais

<sup>47</sup> A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) e a Associação Brasileira das Agências Reguladoras (ABAR) anunciaram recentemente uma mobilização no sentido de aprofundar o debate acerca da aprovação da Lei Geral das Agências, alegando que a eficiência das Agências será determinante para atrair investimentos ao país e que precisam ser regulamentadas. A ABAR também apresentou um substitutivo ao PL 3.337/2004, disponível em [www.abar.org.br/biblioteca/documentos](http://www.abar.org.br/biblioteca/documentos).

<sup>48</sup> Carlos Lessa, professor da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e presidente do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) do início do governo Lula até novembro de 2004. Disponível em: “Agências Reguladoras: com PL estacionado, poder de ministérios do governo Lula é alvo de ataques”, cit.

de controle democrático de uma estrutura regulatória até aqui indefinida e instável. A consolidação de um marco regulatório pertinente e adequado à nossa realidade se impõe com urgência. Em regime de economia de mercado, é preciso proteger e assegurar um processo de gestão mais transparente e democrático, institucionalmente equilibrado. Nesse cenário, não pode haver assimetrias de informação, controle governamental unilateral ou captura privada.

A efetiva participação social será capaz de oxigenar essas organizações pelo revigoramento democrático, resultando assim em um melhor funcionamento, o que conseqüentemente contribui para seu processo de institucionalização. Cria-se um ciclo virtuoso, no qual o melhoramento da imagem e da atuação dessas organizações perante a sociedade e o mercado é buscado como meta. O modelo brasileiro ainda se encontra em fase de consolidação. Nesse sentido, pode ser bem ou mal orientado.

## 6. CONCLUSÕES

Todas as novas entidades de realização do direito que surgem na atmosfera de deslegalização e de informalidade por que passa a ordem jurídica tradicional não podem prescindir de um real e efetivo acompanhamento democrático. Portanto, é preciso exercitar uma compreensão de democracia que extrapole os limites da democracia representativa tradicional, hoje incapaz de conferir padrões confiáveis de legitimidade a grande parte dos procedimentos que ocorrem no interior dos processos plurais e diferenciados, surgidos das transformações estruturais da sociedade contemporânea<sup>49</sup>. A ampliação da base democrática dos novos processos reguladores do Estado decorre, para lembrar Bobbio, tanto da “participação” e da “liberdade de dissenso” quanto de uma dinâmica de “expansão do poder ascendente” (controle que ocorre de baixo para cima), em dimensão mais individual e social do que propriamente política, nas suas várias articulações, da família à escola, passando pela empresa e pelos serviços públicos<sup>50</sup>.

Nesse sentido, cremos que uma nova configuração de democracia social, participativa, em bases plurais, mediante novos mecanismos<sup>51</sup>, deve balizar todo

<sup>49</sup> Cf. UNGER, R. M. **Democracy realized** – a progressive alternative. Verso, 1998; Cf. HABERMAS, J. op. cit. (1997).

<sup>50</sup> Cf. BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 52-53.

<sup>51</sup> Algumas modalidades instrumentais de participação democrática na esfera dos poderes legislativo, executivo e judiciário são indicadas por Dallari, com bastante rigor e coerência. No âmbito da Administração Pública, Dallari distingue os seguintes mecanismos democráticos de participação comunitária: (i) a participação do povo nas ações de planejamento; (ii) consulta à comunidade sobre proposta ou projeto orçamentário; (iii) representação da comunidade em órgãos consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada e (iv) participação da população no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação. Cf. DALLARI, D. et al. Mecanismos de participação popular no governo. In: **Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte**. São Paulo: OAB/Depto. Editorial, 1988, p. 193-195.

o universo do Estado regulador. No contexto atual do Estado, as bases da teoria da democracia devem estar inseridas na busca de novos paradigmas. Por sua vez, os espaços democráticos de controle dos processos decisórios dos organismos de regulação somente poderão ser efetivos em ambiente participativo e plural, levando-se em consideração as necessárias compatibilizações no aparato jurídico-institucional, inclusive em âmbito constitucional. A democracia representativa liberal, típica do Estado mínimo, embora não possa ser vista como um “mero expediente tático a descartar”<sup>52</sup>, ante o alargamento da ação política e das novas formas de poder, considerado também o pluralismo das fontes jurídicas, deve ser rearticulada com a democracia participativa, não podendo mais servir como exclusiva ou prevalente base legitimatória ao Estado regulador.

Do ponto de vista da eficácia administrativa do aparelho estatal, sabe-se que a compatibilidade ao estilo de regulação econômica adotado conduzirá ao sucesso ou insucesso do modelo. Compete ao Estado enfrentar eficazmente os novos interesses e os novos conflitos sociais, intervindo de acordo com uma nova racionalidade. Deve, entretanto, considerar as novas modalidades do pluralismo normativo, especialmente aquelas estruturas jurídicas vinculadas aos fenômenos econômicos e seus reflexos nos interesses sociais e na correlação de forças que se estabelece entre estes interesses e os processos de mercado. Aqui, o método da liberdade e da pura lógica do mercado faz contraponto com o método da organização dos interesses e dos poderes públicos.

Não faz sentido associar o modelo das agências reguladoras a uma espécie de “terceirização do governo”. Isso somente ocorre se o governo se subordinar. Em regra, a atividade do governo se mantém plena porque o funcionamento das agências não demanda transferência de poder. A definição dos rumos políticos do país é prerrogativa dos governantes eleitos no exercício de sua legitimidade representativa. Há, entretanto, uma diferença entre as políticas governamentais e as políticas regulatórias. Estas terão que ser mais estáveis do que aquelas e exigem um complexo processo de mediações: há interesses públicos e privados a contemporizar, sem perder de vista a preservação e a autonomia do sistema regulado.

Os órgãos reguladores são, na verdade, instrumentos de efetivação das políticas públicas, em sentido amplo. Ao tempo em que consagram a estabilidade e a permanência da política pública, suas decisões podem desagradar interesses governamentais (como podem desgostar interesses de mercado). Na verdade, o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e a instituição de novos controles democráticos é o que está em causa. Importa discutir e publicar uma lei geral federal que uniformize o regime jurídico, evitando tanto a proliferação como a manipulação da agência. Importa, igualmente, ampliar o controle, desde a possibilidade de convocação dos dirigentes das agências pela casa legislativa ao controle dos relatórios gerais por organismos sociais. É preciso haver, ainda, uma

<sup>52</sup> Cf. SANTOPS, Boaventura dos Santos. A questão do socialismo. In: *O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto: Afrontamento, 1990, p. 100.

maior e mais qualificada articulação entre as agências reguladoras e os organismos de defesa da concorrência (CADE, SEAE) e de tutela do consumidor.

A dimensão protetiva das medidas de regulação e o combate aos efeitos distorcivos das situações de disparidade justificam uma atuação tutelar dos organismos institucionais do Estado, inclusive no âmbito do poder negocial privado, como garantes simultâneos do interesse coletivo e da funcionalidade do mercado. As medidas de organização do mercado e de proteção a determinados grupos econômicos (consumidores, por exemplo), ao funcionarem como repositórias do equilíbrio do mercado, beneficiam, por via oblíqua, os interesses sociais. A estabilidade das regras e a efetivação de medidas democráticas de acompanhamento dos novos tipos de gestão (reuniões deliberativas abertas ao público, consultas e audiências públicas, assento nos conselhos deliberativos etc.) revelam-se imprescindíveis à consolidação de um Estado que não abdica de seu poder de orientação e sabe lidar com os processos de mercado, sem pretender incapacitar os cidadãos.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 3ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRASIL. Constituição Federal (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CAMPOS, Ana. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. **Revista da Administração Pública**, vol. 24, n. 2. Rio de Janeiro, FGV, p. 47–56.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: **Studia Juridica**, Coimbra, n. 61, *ad honorem* – 1, Estudos em Homenagem ao professor doutor Rogério Soares, 2001.
- \_\_\_\_\_. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **Brancosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques. **Institutions Politiques**. Paris, LGDJ, 1996.
- DAHL, Robert. **Democracy and its critics**. Yale: Yale University Press, 1989.
- DALLARI, Dalmo et al. Mecanismos de participação popular no governo. In: **Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte**. São Paulo: OAB/Depto, 1988.
- EVANS, Peter. **Autonomia e parceria: Estados e Transformação Industrial**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.
- HABERMAS, J. **La crisi della razionalità nel capitalismo maturo**. Tradução de Giorgio Backhaus. Roma/Bari: Laterza, 1975.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. vol. II. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUNTINGTON, Samuel. **Political Order in Changing Societies**. New Haven: Yale University Press, 1968.

IDEC.: **Agências Reguladoras: com PL estacionado, poder de ministérios do governo Lula é alvo de ataques**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=6722> Acesso: 16 ago. 2006.

LA SPINA, A. MAJONE, G. **Lo Stato Regolatore**. Bologna: Il Mulino, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de M. C. Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MERUSI, Fabio. **Democrazia e autorità indipendenti**. Bologna: Il Mulino, 2000.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. Regulação Independente?. **Revista Cedipre**. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cedipre/revista/mao\\_visivel/regulacao\\_independente.htm](http://www.fd.uc.pt/cedipre/revista/mao_visivel/regulacao_independente.htm) Acesso em: 16 ago. 2006.

NAIM, M. Latin America: The Second Stage of Reform. **Journal of Democracy**, Vol. 5, No. 4, Outubro de 1994.

NONET, R. & SELZNICK, P. **Law and society in transition: toward responsive law**. New York: Harper & Row, 1978.

PECI, Alketa. Controle social no contexto da reforma regulatória. In: **Anais CLAD IX**, Madrid, 2004.

PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia**. A experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desempenho institucional** (texto para discussão, nº 941). Brasília: IPEA, 2003.

SANTOS, Antonio; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel L. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. **Oficina do Centro de Estudos Sociais**, nº 134, 1999.

\_\_\_\_\_. A questão do socialismo. In: **O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988)**, Porto, Afrontamento, 1990.

STIGLITZ, Joseph. **Os Loucos Anos Noventa**: a década mais próspera do mundo. Tradução de Freitas e Silva. Lisboa: Terramar, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. **Harvard Law Review**, vol. 101, number 2, dec./1987, p. 421-510.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy realized** – a progressive alternative. London/New York: Verso, 1998.



# O ESTADO MODERNO E AS ANTINOMIAS DO LIBERALISMO: DEMOCRACIA E REPOLITIZAÇÃO DA SOBERANIA

---

*Newton de Menezes Albuquerque<sup>1</sup>*

## **Resumo**

O presente artigo aborda a formação da Soberania na idade média e sua resignificação na modernidade a partir do advento do Estado-Nação, bem como, o processo de formalização e despolitização de seu conteúdo com a emergência do Estado de Direito Liberal. Propugna por fim, a reconstrução democrática do conceito de Soberania por intermédio de sua repolitização, possibilitando assim, o estabelecimento de vínculos mais orgânicos entre a vontade política das maiorias e as estruturas institucionais, burocráticas do Estado.

## **Palavras-chave**

Soberania. Estado moderno. Política democrática

## **Abstract**

The present paper studies the formation of Sovereignty in Middle Age and its meaning in Modern with the Development of the Nation-State, as well as the Formalization and Depolitization Processes of its Content with the emerging of the Liberal Rule-of-Law State. It stays, at last, for a democratic reconstruction of the Concept of Sovereignty by means of its Repolitization, so to turn possible a Settlement of more organic Ties between the political Will of Majorities and the institutional/burocratic structures of the State.

## **Key-words**

Sovereignty. Modern State. Democratic Politic

## 1. A SOBERANIA COMO CONCEITO HETERÔNOMO NO PERÍODO PRÉ-MODERNO

A teoria da Soberania nasce e se desenvolve à sombra da gênese do Estado Moderno, em meio a litígios travados com outras ordens normativas concorrentes, quando da transição da Idade Média para o período moderno. Processo que não ocorreu de forma linear, evolutiva sem rupturas ou descontinuidades, mas com ritmos e intensidades desiguais no espaço e no tempo, a depender das configurações sociais, políticas, religiosas e culturais das sociedades. Ao contrário do que usualmente propende uma

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIFOR.

certa concepção necessitarista do mundo, que vê o desenovelar dos fatos na história como parte de um enredo teleológico e metafísico independente dos homens e de suas vontades concretas.

Na Antiguidade e Idade Média, a teoria política e jurídica possuía fundamentos heterônomos aos seus respectivos saberes, notadamente quanto a compreensão da idéia de Soberania, ainda subordinada à realização de finalidades alheias ao Estado e ao árduo processo de consolidação de suas competências e forças. Contudo, não obstante a subsunção das instâncias sociais da política, do direito, da cultura às ordens cosmocêntrica e teológica no período pré-moderno - como bem salienta Néelson Saldanha - deve-se salientar a especificidade da sociedade medieval neste particular, dado sua dimensão *juscêntrica*. O que fazia com que o direito naquele período assumisse uma importância inegável qual seja, o de intermediador dos vínculos essenciais entre ética e vida social, pois segundo suas palavras:

O jurídico servia denexo do ético e do justo com os demais lados da vida humana. García-Pelayo chega a dizer que idéia teocêntrica da sociedade cedeu lugar (a partir do século XIII) a uma idéia *juscêntrica*<sup>2</sup>.

Refutando dessa forma a afirmação amplamente difundida do caráter autocrático e pretensamente infenso ao pensamento constitucional da reflexão jurídica medieval, que o teria levado a alienar-se completamente de qualquer preocupação com o engendramento de mecanismos de contenção do poder do Estado-Monarca absolutista, o que pode ser deduzido das considerações do jusfilósofo pernambucano quando diz:

Aparentemente, para nosso atual entendimento, as concepções medievais são como um entrelaçado de planos, envolvendo o direito divino e o consuetudinário em torno da problemática das relações entre o poder político e as limitações jurídicas. Dá para se entender, entretanto, que o essencial foi a *limitação do poder*, e que este (ao menos em teoria) não foi jamais absoluto, mas sempre compartilhado entre imperador e papa, entre reis e senhores, entre dimensões e lealdades, e ademais controlado aqui e ali por cortes e parlamentos. É esta *limitação* que autoriza os historiadores a falar de um *constitucionalismo medieval* (Mac Ilwain e Kern por exemplo) e mesmo enxergar nas experiências medievais os germes do liberalismo moderno e da teoria constitucional.<sup>3</sup>

Contribuição para o desenvolvimento de uma teoria política constitucional, que não obstante a legitimação de uma estruturação poliárquica do poder nas sociedades medievais ainda se vê envolta pela compreensão teológico-jusnaturalista de mundo. O que pode ser infirmado do exame da dificuldade de cristalização de uma concepção secularizada da Soberania, visto que até o

<sup>2</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p.33.

<sup>3</sup> *ibidem*, p. 34.

século XVI o que se via era a dominância de uma sacralização dos conteúdos políticos, mormente em um significativo período da Idade Média. Como se pode constatar da interpretação agostiniana de mundo, que até então vigorava na mente e coração dos filósofos e juristas da época, dando cobertura ideológica à crença de que o poder – em qualquer que fosse sua manifestação fenomênica – deveria se subordinar à realização dos valores propugnados pela escatologia cristã<sup>4</sup>. Pois como menciona Francesco D’Agostino ao abordar a contribuição de Santo Agostinho para o estabelecimento de um pensamento jurídico:

Per quanto comunemente ritenuto un punto nodale nella storia della filosofia del diritto, Agostino non potrebbe però essere veramente considerato tale se si prendesse in stretta considerazione l’elaborazione strettamente personale di tematiche giuridiche da lui operata; nelle sue opere, oltre tutto, il riferimento al diritto sarebbe costantemente subordinato a valutazioni religiose e al limiti mistiche e addirittura, in certi casi, verrebbe presentato com caratteristica frettolosità e noncuranza.<sup>5</sup>

## 2. FUNDAÇÕES MEDIEVAIS DO PENSAMENTO POLÍTICO MODERNO

No entanto, é a partir da reflexão de um pensador cristão de extrema relevância para o final da Idade Média que se começa a fundamentar as bases da transição para modernidade política e jurídica do Ocidente. Pois é com fulcro na teorização política de Santo Tomás de Aquino<sup>6</sup> - que se reabsorve no âmbito da filosofia a perspectiva imanentista de Aristóteles - que redonda no reconhecimento, mesmo que um tanto quanto mitigadamente, de um espaço de discricionariedade ao homem para o exercício de sua autonomia, desde que não transgrida os postulados normativos superiores postos pela razão divina. Não obstante a prática da igreja e a interpretação cristã do primado da moral sobre o mundo dos homens, se colocarem como um óbice significativo para o estabelecimento de uma reflexão autônoma sobre o político e o jurídico, na medida em que o Estado era visto como um braço da Igreja e da consumação de seus interesses.

Entrechoque entre Estado incipiente e Igreja a que se agrega a proliferação de Direitos que produz o cruzamento múltiplo de normas oriundas do Direito Romano, Visigótico, Urbano, Clerical, Germânico, entre outros, o que nos revela o grande desafio à constituição de um poder soberano na Idade Média: a ausência de um centro unitário político e jurídico, capaz de forjar a estabilidade das sociedades pluralistas de então<sup>7</sup>. Apesar da existência de um ecumenismo

<sup>4</sup> Sobre o assunto ver RAMOS, Manfredo. *A Idéia de Estado na Doutrina Ético-Política de Santo Agostinho*. São Paulo: Loyola, 1984, p. 99-153.

<sup>5</sup> D’AGOSTINO, Francesco. *Il diritto come problema teológico*. Turino: G.Giappichelli Editore, p.114.

<sup>6</sup> AQUINO, Tomás de. *Escritos Políticos*. Tradução de Francisco Benjamim de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 89-91.

<sup>7</sup> Harold Berman, em seu *La Formacion de La Teoria Jurídica em El Occidente*, aborda a extrema

axiológico centrado na crença comum no cristianismo e de seus valores fundantes, que se irradia por toda a pluralidade de organismos medievais.

Dificuldades de estabelecimento de um poder soberano que se viu particularmente agravado pela incessante disputa pelo domínio da jurisdição do político entre Repúblicas e Reinados instáveis e a Igreja, buscando, cada uma das partes em conflito, em última instância - com base em argumentos teológicos - justificar a supremacia absoluta de seu poder. Mas que permitiu o desenvolvimento no interior das Cidades-Repúblicas renascentistas, mesmo que ainda fragmentário, de uma racionalidade política imanente, centrada na afirmação da vontade daquelas comunidades locais urbanas, em contraste com a potência dos impérios sacro-império romano e papal, apesar de serem compreendidas como partes integrantes e harmônicas da *Respublica Christiana* na Baixa Idade Média<sup>8</sup>.

Foi no aparecimento da forma mercantil e da propriedade privada nascente que se identificou os pilares econômicos sobre os quais se apoiaram os glosadores para reabsorver a noção de *imperium*, originária do Império Romano na Antiguidade, que passou então a se constituir em conceito extremamente importante, em que pese o seu conteúdo eminentemente privatístico - como, aliás, todo o direito Romano - para afirmação da supremacia da vontade comunitária ordenada nas Cidades-república sobre os interesses contrastantes que se organizavam dentro e fora de seu interior. Dado que, o *imperium* traduzia exatamente essa compreensão de querer reconhecer a superioridade de uma vontade, no caso do proprietário, sobre as vontades alheias dos demais não-proprietários, que também viviam naquela comunidade.

Somente nos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX, que o conceito de Soberania de fato foi assumindo uma configuração realmente concreta, de forma a definir o Estado do ponto de vista de suas estruturas institucionais, por mais que identifiquemos suas raízes históricas e semânticas já nos séculos XII e XIII<sup>9</sup>, quando elas ainda ressumavam significados teológicos. É esse amplo período histórico que corresponde respectivamente ao processo de construção doutrinária dos pressupostos da soberania, de solidificação prática desses mesmos postulados e de sua posterior relativização.

---

variabilidade de ordens políticas e jurídicas na Idade Média, marcada pelo entrecruzamento de normas provenientes dos mais diferentes referenciais doutrinários e de como se deu o processo de centralização das Fontes de Direito quando da instituição do Estado Moderno. BERMAN, Harold. **La Formación de La Tradición Jurídica de Occidente**. Tradução de Monica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 08-473

<sup>8</sup> Sobre os choques entre Império Sacro-Romano, papado e as diversas Cidades-república italianas - particularmente aquelas situadas no *Regnum Italicum*, hoje no sul da Itália - e de como se deu a construção dos conceitos da política e do direito modernos inerentes ao que futuramente viria a se denominar Estado Nacional ver: SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

<sup>9</sup> Sobre o assunto ver: ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria Política da Soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

### 3. ESTADO MODERNO E A RACIONALIZAÇÃO/SECULARIZAÇÃO DA SOBERANIA

Gradativa e perene relativização que exsurge a partir do século XVII com o advento da concepção liberal de Estado, lastreada na defesa dos valores abstratos da liberdade e igualdade, bem como da universalização do sistema político representativo e da noção de constitucionalização do político, consubstanciado na idéia de Estado de Direito.

Deslocando dessa maneira a justificação do Estado do plano da racionalidade intrínseca do poder monológico do monarca para a esfera abstrata do normativo, presente no Direito moderno, que adstringe o exercício das funções do Estado aos limites autorizados pelo ordenamento legal.

O que confere ao poder do Estado um maior grau de legitimidade democrática, na medida em que a soberania não é mais vista como uma expressão pessoal da vontade do monarca, mas sim como uma construção mecanicista, formada da amálgama de múltiplas vontades individuais que devidamente reunidas conformam o Estado. “Vontades Individuais” que são construídas hipoteticamente com base na projeção dos valores liberais, principalmente os relativos à propriedade privada. O que justifica o apego excessivo das construções liberais a um certo racionalismo abstrato, que não levava em conta as diferenças materiais entre os homens, bem como a historicidade também diversa das estruturas sociais em que o Estado se alicerça<sup>10</sup>.

Não obstante na Idade Média também poder se divisar elementos de uma fundamentação democrática, ainda que, embrionária do poder político<sup>11</sup>, a partir da obra de alguns pensadores que propugnavam por um reconhecimento da supremacia da vontade do povo sobre as vontades particularistas dos seus eventuais governantes<sup>12</sup>, chegando a ponto de justificar a resistência contra o poder tirânico<sup>13</sup>. Haja vista que já na Antiguidade pode se constar à existência de um forte elo entre democracia e a afirmação plena da cidadania, dado que o indivíduo reconhecido como cidadão realizava na sua plenitude a potência criadora da política<sup>14</sup>, apesar da natureza notoriamente restritiva da

<sup>10</sup> Crítica, aliás, costumeiramente feita por pensadores como Burke, que apesar de todo sua perspectiva reacionária, desvendou de maneira crítica a natureza abstrata do racionalismo liberal emergente, principalmente em função dos acontecimentos que levaram à eclosão da revolução francesa de 1789. Ver: BURKE, Edmund. **Sobre a Revolução Francesa**. Brasília: UnB, 1985; LÖWY, Michel; SAYRE, Robert. **Romantismo e Política**. Tradução de Eloísa de Araújo Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

<sup>11</sup> No livro de Maria Cristina Seixas Vilani, *Origens Medievais da Democracia Moderna*, a autora disserta acerca de como Marsílio de Pádua e Guilherme de Ockham contribuíram para a emergência de uma visão moderna da democracia, compatível com as noções de separação dos poderes, supremacia da lei e, no caso de Ockham até mesmo de uma ênfase em uma concepção individualista que marcará a leitura liberal da democracia. VILANI, Maria Cristina. **Origens Medievais da Democracia Moderna**, Belo Horizonte: Inédita, 2000.

<sup>12</sup> Sobre o assunto ver: CARLYLE, A.J. **La Libertad Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

<sup>13</sup> SALDANHA, Nelson. op.cit., p.37-39.

<sup>14</sup> FINLEY, M.I, **Democracia Antiga e Moderna**. Tradução de Wáldea Barcelos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p.17-53.

democracia a época. Legado grego que, aliás, continha *in nuce*, as possibilidades - ainda não de todo realizadas - da racionalidade instituinte do homem de novas realidades institucionais e jurídicas fundadas no reconhecimento de sua autonomia ética e política.

Entretanto, a idéia de cidadania como conceito formal que reconhece o indivíduo como legítimo titular de direitos nasce e se desenvolve a partir da instauração da modernidade. Pelo menos no que se refere à fixação da arquitetônica institucional que de facto assegura as condições de exercício dos direitos fundamentais ao homem como sujeito autônomo de direitos.

Pois se examinarmos a Antigüidade e o período medievo, o que poderemos observar, em que pese à importância das teorias do direito lá produzidas, é a ausência de uma compreensão adequada da necessidade de uma organização do poder do Estado pautada na fundamentação e plena efetivação da liberdade individual<sup>15</sup> por parte dos que integram a unidade estatal.

A ênfase do pensamento antigo, notadamente as reflexões feitas pelo pensamento clássico grego, a respeito do primado de uma compreensão organicista da liberdade política e, por conseguinte da cidadania, explicita as razões das diversas teorias sobre a cidadania deterem-se episodicamente sobre esta época. A bem da verdade, somente com a dissolução da *pólis* grega na Antigüidade, e a emergência da forma imperial identificada com o domínio helênico, é que poderemos divisar um olhar mais detido sobre o indivíduo<sup>16</sup>.

Mas, mesmo neste caso, não se pode detectar uma concepção efetivamente personalista dos direitos, ou mesmo uma percepção da cidadania que não esteja diretamente vinculada à sobreposição da Soberania da *politéia* sobre os seus membros. Pois como bem menciona Joaquim Salgado<sup>17</sup>:

A eticidade clássica era forma objetiva de vida, na qual o indivíduo se inseria, ao mesmo tempo que era interiorizada pelo indivíduo no processo de educação, a *Paidéia*. O ético era, assim, uma unidade que envolvia todos os momentos da práxis do homem grego, quer na consideração do homem grego, quer na consideração do indivíduo na relação consigo mesmo, a ética, quer na relação com o outro, na política, como ocorreu no sistema filosófico da práxis com Platão e Aristóteles. (...) *Paidéia* é, assim, o elemento em que o indivíduo e sociedade se articulam na unidade do produzido pela participação do indivíduo na *pólis* e interiorizado pelo processo de formação ou educação para a *pólis*.

<sup>15</sup> Uma interessante abordagem sobre o processo de constituição de uma compreensão moderna da liberdade política pode ser encontrado em CARLYLE, A. J. op. cit. p. 191-261.

<sup>16</sup> LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia IV*. São Paulo: Loyola, 1999, p. 127-162.

<sup>17</sup> SALGADO, Joaquim. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. v.27. n.2, Abril/Junho, 1998, p. 317-318.

Ou como diria Hannah Arendt:

Na opinião dos Antigos, o caráter privativo da privacidade, implícito na própria palavra, era sumamente importante: significava literalmente um estado no qual o indivíduo se privava de alguma coisa, até mesmo das mais altas e mais humanas capacidades do homem. Quem quer que vivesse unicamente uma vida privada - o homem que, como o escravo, não podia participar da esfera pública ou que, como o bárbaro, não se desse ao trabalho de estabelecer tal esfera - não era inteiramente humano.<sup>18</sup>

Na Idade Média por sua vez, estabelecia-se uma dualidade interna na compreensão da idéia de liberdade, pois se a maioria dos autores buscam identificá-la e restringi-la ao período da fixação doutrinária das bases políticas e jurídicas do Estado Absolutista - onde o que se observava era a preocupação com o acento na autoridade do comando estatal em detrimento das prerrogativas autônomas das distintas comunidades locais existentes, bem como a supressão de qualquer pretensão de controle normativo sobre o poderio do Estado - por outro lado, como já foi referido, outros autores, encontram com cada vez mais freqüência, na Idade Média o exórdio da modernidade, pois é nela que se começa a plasmar a mecânica individualista que se expandirá em sua inteireza na doutrina política e jurídica do liberalismo.

Apesar da insuficiência do desenvolvimento na Idade Média de uma compreensão adequada sobre a esfera pública como, aliás, menciona Néelson Saldanha:

O espaço público pressupõe o *demos* e o *populus*, nos casos antigos, e requer o "povo" (como Terceiro Estado ou não) nos casos modernos, onde a burguesia aparece como componente social característico. Tanto naqueles casos quanto nestes, encontra-se na implantação do conceito de *coisa pública* certo sentido estrutural específico, que parece não ter existido nos períodos feudais. Ao que consta, com efeito, durante a chamada Idade Média o predomínio dos "laços privados" e das vassalagens pessoais impediu o desenvolvimento de uma dimensão genericamente *pública* dentro da vida social. Daí, inclusive discutir-se sobre se houve realmente estado no medievo, e daí alguém já ter dito (com possível exagero) que a única "coisa pública" na Europa medieval teria sido a Igreja.<sup>19</sup>

Processo este, que mesmo no auge do absolutismo dinástico, quando as teorias centravam-se predominantemente no apelo às explicações e justificações teocêntricas do poder do monarca absolutista, visto como representante de Deus na terra, quando não, a própria encarnação divina, já implicava em um certo contrato entre o monarca-soberano e o povo. Teoria contratualista medieval incipiente que podia ser desdobrado em dois momentos hipotéticos: o contrato

<sup>18</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 48.

<sup>19</sup> SALDANHA, Néelson. **Ordem e Hermenêutica**. São Paulo: Renovar, 1992, p.163.

firmado entre povo e monarca, que previa a submissão daquele a este; e o contrato entre o povo e o monarca, que incluía o estabelecimento de direitos e deveres desiguais entre as suas partes.

Pensamento político medieval que ainda encontrava-se longe de atribuir fundamento de legitimidade ao indivíduo como possuidor da titularidade do poder político, apesar de já se divisar a presença da subjetividade criadora do homem e de um certo reconhecimento social da mesma, nas criações culturais e artísticas. O que de certo modo contribuiu para a formação do “homem-burguês”, dotado de uma individualidade única, singular, não dissolvível nos laços comunitaristas da vida social, antes da própria ascensão ao poder econômico e político da burguesia. Demonstrando, desta maneira, que por vezes os condicionamentos culturais podem anteceder e interferir sobre os fatores econômicos, e não figurar apenas como uma mera determinação causal de uma pretensa infra-estrutura material da realidade como o faz certa interpretação redutora do marxismo e de suas imensas potencialidades teóricas.

Prova do acima afirmado se encontra nos entraves à identificação do indivíduo como ente soberano, desvincilhado da cadeia de lealdades estamentais e de grupo, que permaneceram em algumas formações sócio-econômicas e culturais capitalistas, particularmente em relação àquelas vinculadas aos valores do cristianismo de procedência católica. O que já não ocorreu com os países que optaram pela adesão ao protestantismo e a sua ética do trabalho, calcada no primado da iniciativa individual, já que esta figurava como forma de ascese material e espiritual do homem.

Dificuldades, em se reconhecer o indivíduo como titular efetivo de direitos, que se estenderam às formulações de pensadores identificados profundamente com a transição para a modernidade: Maquiavel, Bodin e Thomas Hobbes. Pois se de fato tais autores constituem-se em marcos doutrinários de uma visão epistêmica da sociedade, notadamente em relação a Maquiavel e Hobbes, instauradores de uma compreensão moderna do político, onde a racionalidade individual assoma como principal elemento de legitimação do poder do Estado; sob o aspecto concreto, as bases sociológicas desta nova forma de entendimento das relações políticas ainda não podiam plasmar-se na sua integridade, devido à recalcitrância do arcaico - das sobrevivências feudais e das lealdades estamentais-corporativas - junto à ambiência histórico-concreta dos estados onde viviam. Daí muitas vezes a assimetria entre as formulações teóricas, prefiguradoras de novos direitos e visões de mundo, tendentes à instituição de novos princípios no interior das relações sociais e políticas dadas, e a realidade social imediata, que ainda se apresenta hostil a sua plena consecução.

#### 4. LIBERALISMO E DESPOLITIZAÇÃO DA SOBERANIA

Neste sentido, somente com o emergir de uma nova configuração material das forças políticas e econômicas mercantil-capitalistas se cria as condições

para o evolover do liberalismo político como corrente doutrinária hegemônica da sociedade, atribuindo um maior teor de generalidade e universalidade aos seus valores, e a crença no indivíduo como sujeito de direitos, imprescindível para a constituição de uma compreensão liberal de cidadania. Processo que ganhou exemplaridade histórica com a ascensão das burguesias liberais inglesa, francesa e americana ao poder do Estado, conformando assim, o modelo liberal de Estado de Direito, em contraponto a outros estados que ainda se mantinham presos a uma concepção teológica-política do Estado. Liberalismo que sempre enxergou a Soberania como uma certa desconfiança, posto que esta figurara anteriormente como um instrumento serviente aos interesses dos monarcas absolutistas, no intento de legitimar o seu poder arbitrário contra as demandas por liberdade econômica, ou melhor, por liberdade à propriedade privada.

Domínio liberal-burguês que se assenta na despersonalização crescente do poder do Estado, no culto exacerbado à legalidade e a sua forma escrita, e na proeminência do individualismo possessivo em detrimento dos valores histórico-comunitaristas vigentes em boa parte da Idade Média. Pois apesar da significativa contribuição dada pelo liberalismo político na articulação dos conceitos de Soberania e Cidadania, que se encontravam separados no período medieval, deve se enfatizar que sua concepção jurídico-política de mundo também dimanava um forte formalismo, excessivamente desapegado de uma compreensão mais democrática do Estado.

Visto que a democracia para os liberais adquiria uma dimensão mais marcadamente procedimental do que substancialista, contrariamente ao que propugnava a razão helênica na Antiguidade, daí a plena compatibilidade, segundo os liberais, entre a vigência da democracia e a exclusão concomitante das maiorias do processo social e das decisões políticas fundamentais. Democracia para os liberais que é cada vez mais percebida sob um enfoque minimalista, tanto no que se refere à intervenção do Estado na concretização dos direitos, bem restritos, segundo o liberalismo, atendo-se somente aos direitos individuais, especialmente o de propriedade, quanto no que atine a sua compreensão passiva da fruição dos mesmos, que não somente transforma os indivíduos em meros destinatários da prestação do Estado, quanto retira o caráter criador de novos direitos por parte da coletividade política. Visando realizar algo por si mesmo irrealizável, sob pena do desvirtuamento do próprio conceito de democracia: a sua submissão à mera legalidade como pura forma, apartada de qualquer preocupação com o elemento finalístico ou teleológico<sup>20</sup> de seus comandos normativos por parte da autoridade estatal.

Entretanto, é com a ascensão da teoria liberal do Estado e da Soberania, agora percebida sob o ângulo do constitucionalismo – que refreia e define as competências do exercício do poder político –, que o Estado passa a ser entendido

<sup>20</sup> A crítica central que o liberalismo clássico fez à concepção medieval ou pré-moderna de Estado, deveu-se ao fato de que na Idade Média o Estado encontrava-se adstrito à realização da felicidade na terra para os homens. Conceito de felicidade que não se coaduna com o advento do liberalismo, pois este se radicava na convicção que a felicidade deve ser encarada como algo subjetivo, decorrente da singularidade do homem, opondo-se a qualquer forma de organicismo.

como algo que decorre do domínio de uma racionalidade dialógica entre os indivíduos, e não como a expressão de uma vontade taumartúrgica do Estado confundido com a pessoa do monarca. Dimensão dialógica do poder que se vê, todavia, constantemente mitigada pela supremacia do poderio econômico, e que reiteradamente ameaça o exercício das liberdades políticas no capitalismo.

No período medieval a concepção cristológica e dualista do corpo do monarca<sup>21</sup> o dividiam em duas dimensões – a física e a espiritual – sobrepairando esta, posto que traduzia a supremacia do sentido teológico do mundo e do poder do monarca, representante de Deus na terra, sobre os seus aspectos meramente temporais ou mundanos. Assim como a figura de Cristo amalgamava a noção transitória e corruptível do corpo humano com a dimensão metafísica e eterna do absoluto contida na representação de Deus, o monarca reunia a superfluidade de sua condição humana à crença na natureza divina - a fusão entre o corpo do Rei e a idéia do Estado - e, portanto, superior em seus desígnios, traduzidos em poder político atribuído pelo Deus pessoal do cristianismo.

A Soberania do monarca travestida de Soberania do Estado nos primórdios da modernidade política cede lugar à Soberania do Estado enquanto expressão das vontades singulares dos indivíduos, representados por seus mandatários políticos. Ao mesmo tempo que busca eternizar as relações unilaterais traçadas entre governantes e governados, como se a superação gradativa da estruturação hierárquica de mando vigente nas sociedades modernas nunca pudesse ser ultrapassada através do fomento ao desenvolvimento da autonomia individual e social em seu interior.

Postulados jurídicos e políticos liberais que buscam informar a tutela do indivíduo contra qualquer forma de despotismo ou abuso do poder, o que sem nenhuma dúvida é uma conquista universal do espírito humano, mesmo com suas limitações decorrentes de um enfoque muito preso à racionalidade individualista, mas imprescindível para a conformação de uma nova consciência dos direitos e da cidadania que articule a singularidade do indivíduo com o espaço comum do político.

Pressupostos epistemológico-políticos que consubstanciam o reconhecimento da centralidade da subjetividade do homem no processo social, distanciando-se assim de uma visão organicista, que dissolvia o indivíduo nas determinações de uma organização política, social e cultural gregarista, definindo de maneira apriorística o papel que cada um devia exercer junto à totalidade da vida social.

Compreensão holística que é bastante enfatizada por autores como Otto Von Gierke<sup>22</sup>, quando menciona as raízes germânicas de determinados institutos do Direito Ocidental, geralmente pouco tematizados pela teoria jurídica e política moderna de fundamento eurocêntrica.

<sup>21</sup> Sobre o assunto ver: KANTOROWICZ, Ernst. *Os Dois Corpos do Rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

<sup>22</sup> GIERKE, Otto Von. *Teorias Políticas de La Edad Media*, Tradução de Piedad García-Escudero. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p.141.

## 5. CONCLUSÃO: DEMOCRACIA E A EXIGÊNCIA ÉTICA DA REPOLITIZAÇÃO DA SOBERANIA

Na concepção liberal de Estado, a Soberania se vincula a um sentido primacialmente imanente, mais até do que as visões oriundas de pensadores ligados à afirmação doutrinária do absolutismo nos séculos XVI e XVII como Thomas Hobbes<sup>23</sup> e Jean Bodin, por exemplo, já que no liberalismo<sup>24</sup> a Soberania abole qualquer – por mais remota que se afigure – referência a um plano metafísico. Enquanto Hobbes e Bodin, os dois pensadores mais identificados com a compreensão especificamente moderna da Soberania, ainda se prendiam – apesar desta tendência se manifestar de forma bastante atenuada em Hobbes – a reminiscências pré-modernas da reflexão político-jurídica, ao preverem uma remissão das normas produzidas pelo Estado ao plano transcendente do justo proclamado pelo Direito Natural.

A leitura político-teológica do conceito de Soberania transmuda-se em uma crença não menos encantatória: uma razão operativa, instrumental, assim como na convicção de que é a partir da dilatação da esfera pública, em detrimento do teor claramente privatista das sociedades feudais, que se pode construir um poder consensualmente articulado e, portanto, mais legítimo.

Confirmando, dessa forma, a tipologia weberiana acerca da legitimidade, posto que as sociedades liberais capitalistas no século XVII e XVIII estruturaram suas dinâmicas institucionais e sociais a partir da supremacia da legitimidade racional ou legal.

Apesar da feição minimalista do Estado e da natureza restritiva da esfera pública liberal - mais voltada para a satisfação das carências econômico-mercantis de uma diminuta minoria de proprietários, em meio a uma imensa massa de não-proprietários - do que propriamente preocupado com a incorporação da maioria aos processos político-decisórios e a expansão de seus direitos fundamentais - os direitos fundamentais deviam realizar-se como expressão dos direitos civis e de sua racionalidade centrada no indivíduo.

<sup>23</sup> A caracterização de Hobbes como um autor absolutista é motivo de profundas discordâncias e controvérsias doutrinárias, pois a bem da verdade o pensador inglês ao mesmo tempo que enfatizou demasiadamente o princípio da autoridade, preocupando-se em reforçar o poderio do estado face à anarquia presente na Europa de seu tempo; por outro lado também justificou a idéia de representação tão cara ao moderno liberalismo político, ao subordinar o exercício do poder pela autoridade aos comandos da lei, o que confere uma legitimidade ao estado do uso da força, dado que este se assenta sobre o consenso normativo entre todos que formam a sociedade. Sobre o assunto ver: ZOLO, Danilo. **Il Principato Democratico**. Milano: Feltrinelli, 1996. Em seu livro, Zolo sugere uma relação entre o sentimento de medo - mencionado por Hobbes como a condicionante explicativa, justificadora do poder político – com o temor do sujeito individual a extrema variabilidade não controlável da possibilidade presente em um ambiente de complexidade social.

<sup>24</sup> A exceção aqui se refere ao liberalismo germânico de bases ético-morais inegáveis, o que pode ser claramente percebido em Kant, por exemplo, apesar deste pensador ter influenciado fortemente Kelsen e seu relativismo axiológico face ao Direito. Ver: GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito Kant e Kelsen**. p. 84-86.

Ou seja, se é verdade que a Soberania se configura materialmente com o surgimento do Estado nacional, sendo no primeiro momento apenas instrumento de imposição do poder, em especial do poder unipessoal do monarca, no que pese à abertura dialógica sofrida pelo conceito com a ascensão da burguesia liberal ao Estado - a Soberania ainda permanece contida em suas potencialidades de expansão da Cidadania. Soberania que se reveste de uma dimensão estática, coartada pela ênfase unilateral na normatividade do direito positivo, e por isto mesmo fechada para a dinâmica processual e contraditória da política.

Até mesmo porque, como bem enuncia Norberto Bobbio, a Cidadania tem que ser pensada dentro de uma abordagem histórico-processual, onde os direitos individuais liberais correspondem ao estágio inicial de seu desenvolvimento, mas ainda são insuficientes para apreenderem os direitos sociais que emanam da natureza transpessoal do homem a partir do momento que entra em associação política voluntária.

Dado que somente com a superação do individualismo metodológico, desenvolvido pelos liberais - que esgarça o fundamento intersubjetivo do Estado e de seu conteúdo político -, se poderá rearticular de maneira ampla e suficiente o espaço público nas sociedades contemporâneas. Pois conforme estabelece Hanna Arendt<sup>25</sup>, é por intermédio da atividade política que se entretete o fio da trama dos interesses e vontades que termina por resultar na consecução do que costumamos denominar de bem-comum. Sob pena da Soberania tornar-se um conceito meramente formalístico, desprovido de substância ética, porque esvaziado dos enlaces intersubjetivos, necessariamente políticos que a devem conformá-la. Referência ética que para o liberalismo dominante precisa ser negada, confundida com a moral eminentemente relativista, optando por cingir-se a expressão de um dever-ser abstrato metafísico, intangível à realidade terrena, mundana, dos homens concretos.

Afinal uma perspectiva individualista de Estado é uma contradição nos próprios termos, marcadamente em um Estado Democrático, necessariamente aberto ao outro e não ensimesmado na lógica possessiva, anti-ética e anti-política que caracteriza o liberalismo, especialmente em seus primeiros formatos institucionais. Afinal a Soberania só será aceitável do ponto de vista democrático, quando ela for entendida como a resultante de um processo político contraditório, capaz de envolver as diferentes individualidades que fazem uma sociedade moderna, mas também quando ela for, de fato, instrumento de garantia da vontade das maiorias, geralmente afastadas dos núcleos decisórios do poder pela supremacia conjugada do poderio das burocracias privadas e pública e pelo poder econômico.

Lógica esta que termina por impossibilitar a constituição de uma

---

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. **O que é Política?** Tradução de Reynaldo Guarani. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 45-85.

concepção da soberania adequada do ponto de vista democrático, que incorpore o que é por essência imprevisível e inusitado, a vontade popular, que brota de seu poder constituinte que não pode ser adremente circunscrito por formalismos excessivos. E que termina se explicitando através de ações políticas substitutivas dos representantes políticos do povo, que em seu nome e em nome de uma racionalidade burocrático-normativa se apropriam do poder de decidir, em última instância, o que é da natureza da Soberania.

No entanto o que assistimos com o a consolidação do Estado Liberal de Direito é o aprofundamento do processo de despolitização de seus fundamentos, a partir da estruturação de procedimentos decisórios no interior das instituições estatais cada vez mais infensos a uma razão aberta, democrática e pluralista. Sob a alegação da complexidade social e cultural das sociedades contemporâneas, e, por conseqüência, da inapetência das maiorias de dominarem os pressupostos técnicos envolvidos nos processos decisórios, termina por se consolidar uma mentalidade burocrática estatal hermética e antidemocrática que se consubstancia em uma neutralização axiológica e política do conceito de Soberania.

Abrindo espaços para criações teóricas e doutrinárias que procuram conformar categorias do pensamento social e jurídico que racionalizassem de maneira acrítica tais formas de dominação política, auxiliaram decisivamente na consecução de uma ordem niilista em relação a seus fundamentos éticos originários, crescentemente formalista e socialmente particularista, dando feição a um racionalismo exangue e contraditório.

Daí a crise de sentido aberta pelos Estados Liberais, ao afastarem-se dos princípios filosóficos e éticos que o inspiraram primordialmente na luta contra a ordem estamental e absolutista do feudalismo, terminando – após a consolidação de seu domínio e das pressões sociais que a seguiram – por encapsularem-se em uma lógica crescentemente burocrática e retoricamente antipolítica.

O que somente contribuiu para que se ampliasse a necessidade de reformular as bases políticas da Soberania sob um ângulo democrático, visto que somente por intermédio de um revigoramento deste conceito pode-se garantir que a vontade popular adquira uma supremacia em relação à vontade minoritária e autocrática da burocracia estatal liberal e de todos os interesses particularistas que nela encontram sua expressão.

Perspectiva democrática moderna que pressupõem respeito às instituições do Direito, bem como às garantias constitucionais e às liberdades individuais, mas também uma nova forma de compreender os vínculos entre Estado e sociedade civil que permita um maior entrelaçamento entre ambos, ao contrário do que historicamente tem proposto os autoritários e liberais dos mais variados matizes. Permitindo desta forma que a democracia encontre maneiras de realizar o ideal igualitário, superando dialeticamente os unilateralismos de projetos da modernidade que buscaram no indivíduo proprietário e no Estado os pólos estruturantes de uma sociabilidade injusta.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria Política da Soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- AQUINO, Tomás de. **Escritos Políticos**. Tradução de Francisco Benjamim de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1997.
- ARENDT, Hannah. **O que é Política?** Tradução de Reynaldo Guarani. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- \_\_\_\_\_. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BERMAN, Harold. **La Formación de La Tradición Jurídica de Occidente**. Tradução de Monica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel Republicano**. São Paulo: 1991.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BURKE, Edmund. **Sobre a Revolução Francesa**. Brasília: UnB, 1985.
- CARLYLE, A.J. **La Libertad Política**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- D'AGOSTINO, Francesco. **Il diritto come problema teológico**. Turino: G.Giappichelli Editore.
- FINLEY, M.I. **Democracia Antiga e Moderna**. Tradução de Wáldea Barcelos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- GIERKE, Otto. **Teorias Políticas de La Edad Media**. Tradução de Piedad García-Escudero. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KANTOROWICZ, Ernest. **I due corpi del Re**. Tradução de Giovanni Rizzoni. Roma: Giulio Einaudi Editore, 1989.
- LIMA VAZ, Henrique. **Escritos de Filosofia IV**. São Paulo: Loyola, 1999.
- LÖWY, Michel; SAYRE, Robert. **Romantismo e Política**. Tradução de Eloísa de Araújo Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- RAMOS, Manfredo. **A Idéia de Estado na Doutrina Ético-Política de Santo Agostinho**. São Paulo: Loyola, 1984.
- SALGADO, Joaquim. O Estado Ético e o Estado Poético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v.27. n.2, Abril/ Junho, 1998, p. 3-34.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Ordem e Hermenêutica**. São Paulo: Renovar, 1992.

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TRAVESSONI, Alexandre. **O Fundamento de Validade do Direito Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Malheiros, 2000.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

ZOLO, Danilo. **Il Principato Democrático**. Milano: Feltrinelli, 1996.





# IMPLICAÇÕES SISTÊMICAS DA SÚMULA VINCULANTE

*Paulo Antonio de Menezes Albuquerque<sup>1</sup>*

*Rafael Benevides Barbosa Gomes<sup>2</sup>*

## RESUMO

O artigo mostra de que forma o instituto jurídico da súmula vinculante é visualizado pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. A partir do momento em que o sistema detecta os pressupostos dogmáticos necessários à emissão de tal ato normativo, verificar-se-á que o seu uso acarreta implicações conflitantes. Por um lado, contribui para a diminuição de complexidade e para o fechamento operacional do sistema, interrompendo a reprodução excessiva de decisões judiciais heterogêneas. Por outro lado, seu efeito vinculante reduz a possibilidade de construção do sentido de normas de acordo com as particularidades de cada caso concreto, comprometendo ainda o processo de legitimação.

## Palavras-chave

Teoria dos Sistemas. Súmula Vinculante. Sistema Jurídico. Autopieise. Legitimidade.

## ABSTRACT

The article shows how Niklas Luhmann's social systems theory observes the Brazilian legal system's institute called "súmula vinculante". Once the system detects the dogmatic requirements which are necessary to the emission of such legal act, one will verify that its using comes with conflicting implications. It contributes to the decreasing of complexity and to the system's operational closure, ceasing the excessive reproduction of heterogeneous judicial decisions. On the other hand, its binding effect reduces the possibility to construct the meaning of norms in accordance to the particularities of each case, compromising, also, the process of legitimation through legal procedures.

## Keywords

Systems Theory. "Súmula Vinculante". Legal System. Autopoiesis. Legitimacy.

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC)

<sup>2</sup> Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), aluno do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

## I.

Em sua análise da expansão da criatividade jurisprudencial nas sociedades modernas, Cappelletti<sup>3</sup> detecta, a partir da adoção de seu já conhecido método fenomenológico, “a tendência evolutiva de convergência entre os sistemas *civil law* e *common law*”. Diferenças estruturais entre ambos os sistemas passam a ser relativizadas pela alteração do papel de juízes e cortes supremas. Não distante dessa experiência comum aos ordenamentos jurídicos ocidentais de países desenvolvidos, o sistema jurídico brasileiro segue a tendência de incorporação de institutos que remetem à tradição jurídica *common law*, sobretudo na visão do Direito como ato normativo judicial e nas regras pertinentes à metódica de controle normativo da doutrina do *stare decisis*.

Nesse sentido vale destacar a força normativa diferenciada que carrega o recente instituto da súmula vinculante (implementado pela Emenda Constitucional 45/2004), e as implicações sistêmicas geradas pelo seu uso. Mais do que uma solução institucional para um problema maior gerado pela obrigação de decidir do sistema jurídico (proibição do *non liquet*), a súmula vinculante aparece como verdadeiro pólo em torno do qual se estabelecem definições de um novo modelo de interpretação judiciária. Neste sentido, o presente trabalho pretende valer-se da teoria dos sistemas sociais de Luhmann<sup>4</sup>, notadamente em sua configuração pós-*autopoietic turn*<sup>5</sup>, para tratar de suas possíveis implicações no sistema jurídico brasileiro, de modo contrastante às abordagens tradicionais..

Contrariamente ao que diz o senso comum forense, a principal consequência da implantação da súmula vinculante não gira em torno da denominada *celeridade processual*. Na realidade, o uso cruzado de hierarquias administrativas, típicas de uma organização político-burocrática como o Judiciário, somada às variabilidades semânticas e retóricas presentes na metódica judiciária de aplicação do Direito, suscita uma série de questões acerca de como o uso da súmula vinculante pode vir a reforçar o funcionamento operacional do sistema jurídico. Pressuposto é a visualização do Direito como estrutura de função social definida, com pertinentes formas de comunicação recursiva, tendentes a possibilitar a (re)construção do próprio sistema.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 111.

<sup>4</sup> Também chamada, por vezes, de cibernética social (sociocybernetics), devido ao recurso que a teoria faz a conceitos e visões propostas pela cibernética. O próprio Luhmann chega a citar William Ross Ashby como autor do conceito de sistemas fechados e abertos que veio a influenciar sua teoria. Vide LUHMANN, Niklas. The self reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: De Gruyter, p.111-127, p. 1986, p. 113.

<sup>5</sup> KNODT, Eva. M. Foreword: the post modern predicament. In: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker (trans.). California: Stanford University Press, 2005, p. XXI.

## II.

A discussão teórica acerca da *legal indeterminacy* no *common law* americano, desenvolvida entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, estabeleceu-se no assentimento de que “*ambiguity is the enemy of law*”<sup>6</sup>. Hart<sup>7</sup>, influenciado pela filosofia analítica de Wittgenstein, formula então a idéia de que toda regra possui seu claro núcleo de significado, de um lado, e uma periferia ambígua, que abre espaço para *open textures*, de outro, gerando lacunas no âmbito textual de constituições, legislação ordinária, regras administrativas e decisões judiciais. Daí a necessidade de determinar cânones ou regras de atuação que possam monitorar esse processo de seu preenchimento, que, sobretudo o último autor, irá buscar em critérios de validade universal ligados à reflexão moral<sup>8</sup>.

O chamado “dualismo moderno” entre o plano de *normas positivas* e o de *normas morais*<sup>9</sup>, que surge com a característica da penetrabilidade adquirida pelo Direito, passa a representar ameaça real à chamada “indeterminabilidade” do sistema jurídico. Kelsen<sup>10</sup> já detectara a existência de uma pluralidade de sistemas de moral que não poderiam ser condição para a validade de um ordenamento jurídico, mas tão somente um critério de justiça vigente. Tampouco para Luhmann o Direito se deixa determinar por critérios externos à positividade. Com a freqüente judicialização dos conflitos, o juiz se veria, portanto, cada vez mais desafiado a permanecer fiel à argumentação jurídica necessária à autonomia do Direito, evitando incorrer em decisões construídas por critérios não relacionados ao código operacional sistêmico.

Tal situação acaba por dilatar o problema das lacunas, tornando evidente a incapacidade do Direito em prever normativamente todas as situações de conflitos iminentes. Isto acaba gerando entre juízes e tribunais aquilo que Dworkin<sup>11</sup> chamaria de *theoretical disagreements about the law*, ou seja, discordâncias teóricas no plano da interpretação da norma e de suas raízes (*the grounds of law*). Essas discordâncias, quando originadas nas instâncias primárias do judiciário, nascem a partir da tomada de uma perspectiva compatível com a controvérsia em questão, nos moldes de um *hard-case*. Observa-se então, dentro do sistema jurídico o claro aumento de *complexidade interna*<sup>12</sup>. As decisões judiciais primárias passam a

<sup>6</sup> DORE, Michael C. Legal indeterminacy and institucional design. *New York University Law Review*, vol. 78, n. 3, jun, p. 875-981, 2003, p. 915.

<sup>7</sup> HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 140-142.

<sup>8</sup> Para Canaris, o sistema apenas representa a forma exterior da unidade valorativa do Direito. Toda formação do sistema indicia algo, em geral, devido à existência de valores; *as lacunas de valores implicam por isso, como consequência, sempre lacunas no sistema*. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 239.

<sup>9</sup> PRODI, Paolo. *Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo entre consciência e direito*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 4-11.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 75-76.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. *Laws’s empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 2000. p.5.

<sup>12</sup> “Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos (*Ereignisse, Events*) possíveis.

abrigar programas normativos de consistência ainda não confirmada pelo núcleo sistêmico (a ser realizada pelos Tribunais), criando potenciais divergências entre si. Esta situação permite um descompasso entre o Direito e sua função sociológica de estrutura social estabilizadora de expectativas comportamentais<sup>13</sup>. Surge aí o paradoxo: a formulação das normas jurídicas concretas passa a ampliar as possibilidades da norma, ao invés de delimitá-las, aumentando, de outro lado, gradativamente, seu grau de abstração, surgindo um paradoxo: a diminuição da complexidade passa a implicar também seu aumento.<sup>14</sup>

### III.

As seguintes hipóteses configuram os requisitos constitucionais para a edição da súmula vinculante: existência de controvérsia jurídica sobre matéria constitucional entre órgãos judiciários que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Sua edição permitiria, em tese, a diminuição da heterogeneidade de interpretações na aplicação da norma afetada. Na visão de Luhmann este tipo de recurso constitui um modo de os Tribunais exercerem sua função de “desparadoxização” da tautologia sistêmica gerada. Isto porque no sistema jurídico a “indeterminação”<sup>15</sup> do Direito é característica de sua *auto-organização*<sup>16</sup>, i.e., da imposição dos limites frente ao ambiente – ponto que marca a mudança de paradigma dentro da teoria dos sistemas, na substituição da diferença entre *todo* e *parte* pela entre *sistema* e *ambiente*<sup>17</sup>. O sistema, então apto para a auto-referência, passa a *constituir seus elementos constituintes através de seus elementos constituintes*<sup>18</sup>, numa circularidade autônoma que substitui a atribuição das normas a fundamentos extralegais ou a princípios puramente fictícios, como a *Grundnorm* de Kelsen<sup>19</sup>.

---

Designa-se assim, portanto, o campo ilimitado dos “mundos possíveis”. Tomada desta forma, a complexidade alude, por um lado, a um mundo de possibilidades que não é um mundo real, visto que a igualdade radical de tais possibilidades, tanto quanto possível, não se rompe até que alguma forma de preferência permita a decantação de um desses mundos possíveis como mundo real. Com a complexidade reduzida, começa a existir a sociedade” Amado. A partir da redução da complexidade é que Luhmann observa as condições para o surgimento dos sistemas sociais. A complexidade interna deve então ser vista como aquela situada dentro dos limites do sistema. AMADO, Juan Antonio García. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 301-344, 2004, p. 301-302.

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109-110.

<sup>14</sup> Como também ocorre na atribuição comum de controle de constitucionalidade difuso nas instâncias comuns do judiciário brasileiro.

<sup>15</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 4.

<sup>16</sup> TEUBNER, Gunther. **Introduction to autopoietic law**. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.1-11. Berlin: De Gruyter, 1988. p. 87.

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas **Social systems**. Tradução de John Bednardz Jr. e Dirk Baeker. California: Stanford University Press, 2005, p. 6.

<sup>18</sup> TEUBNER, G. op. cit. (1988), p. 14.

<sup>19</sup> TEUBNER, G. op. cit. (1988), p. 4.

Em texto publicado postumamente, Luhmann<sup>20</sup> discute os modos de operacionalização do paradoxo fundamental do Direito através do uso da metáfora do “décimo segundo camelo”<sup>21</sup>, simbolizando o problema da operacionalização do sistema em face de sua validade, ressaltando que a externalização do paradoxo constitui solução intrinsecamente insatisfatória:

Hans Kelsen identifica o décimo segundo camelo como norma fundamental sob a pressuposição de que a teoria do direito seria uma ciência. Esta tentativa encerra o problema mais de perto. Entretanto, a validade unicamente hipotética de tal norma ou sua fundamentação por [um argumento de] indispensabilidade construtiva gera essa ambivalência própria do camelo emprestado (*Leihkammell*), e, por isso, não necessita ulteriormente de grande ajuda. [A validade da norma fundamental] deve-se a uma instância exterior, que neste caso é a ciência, e que pode dessa forma permanecer [como] uma hipótese. Não obstante ela continuar a possuir uma função normativa diretriz de operação<sup>22</sup>.

Estratégias para gerir o paradoxo da auto-referência, propostas pelo *critical legal studies movement* e por autores como Hart, Ophuels e Fletcher, possuíam em comum a mesma constatação de que o problema residia nas construções peculiares do pensamento jurídico<sup>23</sup>. Para Luhmann, contudo, a realidade possui, independentemente mesmo do conhecimento humano e da sua apreensão cognitiva, uma estrutura circular. A transferência do “paradoxo do mundo do pensamento sobre o direito para o mundo da realidade social do direito”<sup>24</sup> se apresenta como estratégia para lidar com a questão da auto-referência, fazendo da circularidade, antes considerada pensamento proibido, um modelo fecundo e heurísticamente válido.

Dentro da teoria, essa *assimetria* peculiar da auto-referência se apresenta em toda e qualquer operação do sistema jurídico, utilizando orientações normativas e cognitivas simultaneamente:

[...] there are also asymmetries in the legal system. No system can get by without them, for this would mean existing as pure tautology in total indeterminability. However, *all asymmetries must be introduced into the legal system via cognitive orientations*, and they thus articulate willingness to learn<sup>25,26</sup>.

<sup>20</sup> LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 42.

<sup>21</sup> Conhecido problema de matemática, relatado também por Malba Tahan, que envolve industriosa solução para a divisão de um número primo em partes com diferentes fatores de proporcionalidade – no caso, a divisão do número de camelos (11) entre os três herdeiros.

<sup>22</sup> LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 42.

<sup>23</sup> TEUBNER, G. op. cit. (1989), p. 16.

<sup>24</sup> TEUBNER, G. op. cit. (1989), p. 19.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (org.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*, p.12-35. Berlin: De Gruyter, 1988, p.22

<sup>26</sup> Há também assimetrias no sistema jurídico. Nenhum sistema pode livrar-se delas, pois isso significaria existir como tautologia pura e em total “indeterminabilidade”. Contudo, todas as assimetrias precisam ser introduzidas dentro do sistema jurídico através de orientações cognitivas, articulando disposição para aprendizado. [Tradução Livre].

A auto-referência, portanto, nunca pode ser totalmente *auto-determinante* ou sequer *auto-observadora*<sup>27</sup>. É nesse sentido que se afirma que “autorreferencia y heterorreferencia deben efectuarse conjuntamente em la forma de clausura normativa para que sea posible la apertura cognitiva, sobre la base indudable Del cierre normativo”<sup>28</sup>.

Influenciado pela definição de sistemas cibernéticos de W. R. Ashby<sup>29,30</sup>, Luhmann<sup>31</sup> concebe o Direito como estrutura normativamente fechada e cognitivamente aberta. Isso implica o uso da autopoiese aliado às “irritações” do ambiente, tornando os programas do sistema facilmente adaptáveis a fatos sociais externos. A constância da auto-referência concomitante é que torna possível a auto-realização da unidade do sistema: “*It must then itself combine clousure and openness, i.e., reproduce its unity itself and constantly expose this process to the difference that exists between itself and the social environment*”<sup>32,33</sup>.

Essa forma de gerir a auto-referência recai sobre a periferia do sistema, onde o não-direito (pólo negativo de diferenciação do código binário do sistema jurídico) pode se transformar em direito. A periferia “funciona como um amortecedor para as questões a serem submetidas aos Tribunais, sendo tolerante diante das questões não rotineiras, podendo também renunciar à obrigação de decidir”<sup>34</sup>. Pelo fato dos programas legislativos produzidos serem substituíveis, diferentemente dos códigos, o problema da tautologia do sistema jurídico não se esgota aí. Cabe então aos tribunais o fechamento sistêmico efetivo.

Para Albuquerque<sup>35</sup>, o paradoxo da auto-fundação do Direito fica evidente com a aparição de casos concretos a serem julgados, através dos quais tem-se de lidar com a escassa determinabilidade acerca da validade e vinculatividade das normas jurídicas. E o lugar de tratamento desse paradoxo

<sup>27</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1988). p. 21.

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos, 2002, p. 56

<sup>29</sup> Cf. ASHBY, William Ross. *Uma introdução à cibernética*. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

<sup>30</sup> “A cibernética [...] pode ser definida como o estudo de sistemas abertos à energia mas fechados à informação e ao controle – sistemas que são “impermeáveis à informação” (*information-tight*)” ASHBY (1970:4).

<sup>31</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1988). p. 113.

<sup>32</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 26.

<sup>33</sup> É preciso combinar fechamento e abertura, i.e., reproduzir individualmente sua unidade e constantemente expor esse processo à diferença que existe entre os limites internos e o ambiente social. [Tradução Livre].

<sup>34</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 164.

<sup>35</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 76.

também fica cada vez mais determinado: os Tribunais. Reside, portanto, nos Tribunais o atributo de fechar operacionalmente o sistema jurídico em última instância, superando o paradoxo sistêmico<sup>36</sup>. Nesse sentido, Parsons<sup>37</sup>, ainda que munido de perspectiva sistêmica diferenciada, ressalta que só aos Tribunais cabe interpretar – em termos de produção sistêmica –, testar e confirmar ou não a consistência dos programas.

Em Luhmann, o Judiciário não é simples executor das leis, de modo que se admite a criação judicial do Direito. Neste sentido, o instituto da súmula vinculante se apresentaria como alternativa para a interpretação do código direito/não-direito, sendo não mais um referencial para decisões posteriores, mas elemento para a motivação necessária às sentenças em primeiro grau, uniformizando a jurisprudência e atuando como instância primária de diferenciação entre o Direito e seu ambiente. Contribuiria assim para a diminuição da complexidade gerada pelas discordâncias na aplicação da norma, reafirmando a função do Direito como elemento estabilizador das expectativas normativas<sup>38</sup>.

Residiria, portanto, na súmula vinculante, o potencial de determinar aquilo que deve se situar no pólo positivo do código sistêmico, funcionando como meio para o exercício de uma maior atribuição dos Tribunais. Tal enunciado representa uma meta-decisão (decisão sobre a decisão), que é expressa no sistema social como forma de ato jurídico, estando, igualmente, aberta a interpretações. Nesse sentido, à medida que a súmula vinculante ocasiona uma diminuição do aumento gradativo de complexidade, por sua vez, também contribui para um certo aumento da complexidade ela mesma: segundo o artigo 103-A, §3º da Constituição Federal e no artigo 7º e §§, da lei nº 11.417/2006, dá-se a anulação da decisão judicial ou ato administrativo que contrariem enunciado da súmula vinculante, negarem-lhe vigência ou que os apliquem incorretamente. Nesta última hipótese, faz-se notar a típica variabilidade de sentido inerente a um enunciado normativo, seja por seu contexto ou pela perspectiva teórica usada pelo intérprete autêntico, que pode ocasionar um fato correspondente ao que prevê a norma - o que, de acordo com a perspectiva teórica, é inevitável. O que se mensura acerca da realidade na práxis interna ao sistema é a exatamente a auto-limitação produzida pelos aplicadores da súmula, no sentido de adotar interpretação autêntica ou a que se entenda como adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. *Revista Ajuris*, n. 49, Porto alegre: Ajuris, jul. p. 149-168, 1990, p. 168. LUHMANN, N. op. cit. (2002) p. 228.

<sup>37</sup> PARSONS, Talcott. The law and social control. In: *Law and Sociology*, William Evan (ed.), New York: Glencoe Press, 1962, p. 91.

<sup>38</sup> MOELLER vê a função do direito como sendo exatamente a de eliminar a contingência das expectativas normativas MOELLER Hans-Georg. *Luhmann Explained: from souls to systems*. Illinois: Open Court, p. 29).

## IV.

A aparente compatibilidade da súmula vinculante com a posição dos tribunais no sistema jurídico tem, porém, este contraponto à atuação judicial dos patamares hierárquicos inferiores no âmbito do judiciário:

[...] decisões individuais podem também influenciar as instâncias judiciárias superiores, de modo a provocar uma mudança no sentido da jurisprudência. Nesta manifestação de independência pessoal reside a possibilidade do juiz intervir como construtor de sentido, propiciando-lhe margem de manobra relativamente ampla (apesar da tendência de atomização e especialização das profissões jurídicas). Com isto os juízes – em que pese o controle burocrático exercido pelos tribunais – podem tomar decisões relativamente livres de pressões políticas e mesmo medidas impopulares, o que não é de modo algum uma situação rara no regime do Estado de Direito democrático<sup>39</sup>.

Uma visão que identifica a diferenciação interna do Direito Constitucional como subsistema do sistema jurídico, em virtude de sua função de fechamento normativo, operacional e limite sistêmico para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do Direito positivo, não representa uma hierarquização absoluta. Segundo Neves:

[...] as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que numa abordagem técnico-jurídica constituem Direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a vigência das normas constitucionais. A circularidade é mantida, pelo menos na “relação de mistura” entre criação e aplicação do Direito<sup>40</sup>.

A jurisdição é então vista como “laboratório de regras, que são aplicadas ao caso particular, e que podem fundar novos princípios da ordem jurídica ou outras derivações organizacionais”<sup>41</sup>. Talvez resida aqui o claro conflito entre o novo formato requerido à decisão judicial, fundamental para o sistema jurídico criar novos balanceamentos de suas fronteiras, e a função dos Tribunais de confirmar a consistência dos programas, de modo a conter o problema da *legal indeterminacy*.

Surge então o confronto entre o fechamento operacional do sistema jurídico, propiciado em última instância pelos Tribunais, na função sociológica definida por Luhmann, e o atendimento a novas demandas originadas do Legislativo e do Executivo. Para Louis L. Jaffe:

<sup>39</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Realidade constitucional e interpretação judiciária: um novo modelo? *Nomos*, vol. 22, número 1/2, mês jan/dez, p. 237-246, 2004, p. 240.

<sup>40</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 67-68.

<sup>41</sup> ALBUQUERQUE, P. op. cit. (2004) p. 241-242.

[...] o papel criativo dos juízes, em determinado momento histórico, constitui função de muitas variáveis. O executivo pode estar submerso em grandes problemas de estado ou extenso número de negócios correntes; o legislativo pode não ser dotado do pessoal necessário para prestar-lhe aconselhamento e redigir as diversas propostas legislativas [...] o ritmo das transformações pode ser afanoso, trazendo consigo novas condições sociais e econômicas e a exigência de reconhecer novas demandas<sup>42</sup>.

O uso de efetivas técnicas de argumentação jurídica pode vir a contornar o problema da *legal indeterminacy* e aliviar o controle hierárquico no centro do sistema. Um novo modelo de interpretação judiciária pode ser construído através da relativização da hierarquia decisória.

## V.

A súmula vinculante ocupa posição duvidosa quanto ao seu enquadramento como norma jurídica ou decisão judicial (*legal act* ou *legal norm*). Possui características gerais que remetem à doutrina na Kelsen e Cossio, como *bilateralidade*, *disjunção* e sanção. Por outro lado emana como decisão colegiada, versando sobre interpretação de matéria constitucional. Comporta o ato certa ambigüidade, mas difere de uma mera sentença que regula um caso concreto. Pode-se reputá-la como norma, uma vez possuidora das características essenciais a tal condição. Nesse sentido, afirma Arnaldo Vasconcelos:

A sentença, sem dúvida, não é norma jurídica em sentido próprio, porque com ela não se faz Direito, sendo antes, a declaração do reconhecimento ou não de um Direito a ela preexistente. Só a norma jurisprudencial, resultado de um conjunto de sentenças uniformes, possui as características essenciais da norma jurídica, valendo como modelo ou previsão de Direito<sup>43</sup>.

Em Kelsen, a súmula vinculante apareceria como norma jurídica geral, devido aos seus requisitos constitucionais de edição:

Uma decisão judicial pode ter um caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral<sup>44</sup>.

Para Luhmann, igualdade de tratamento entre normas e decisões

<sup>42</sup> JAFFE, Louis L. *English and american judges as lawmakers*. Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 16.

<sup>43</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 149-150.

<sup>44</sup> KELSEN, H. op. cit. p. 278.

jurídicas (*legal acts e legal norms*) é fundamental para a circularidade necessária aos processos autopoiéticos do sistema<sup>45</sup>. **Para tanto afirma:**

Autopoietic processes are recursive, i.e., necessarily symmetrically structured – and this is an aspect of this theoretical approach which has significant and wide-ranging implications for legal theory. The norm quality of each element is owed to the norm quality of other elements, to which the same rule applies. There can therefore be no norm hierarchies. In terms of normativity a strict symmetry exists even between the law and the judge's decision<sup>4647</sup>.

Tomando por base a visão que reputa a súmula vinculante como norma, seu papel no ordenamento jurídico caminha em – somente aparente – descompasso com o processo circular de operação do sistema. Sendo ela uma norma, sua relação recíproca com a decisão entra em assimetria. As normas tornam-se, porém, válidas exatamente porque são interpretadas e adequadas ao caso concreto através da decisão judicial, que, por sua vez, é considerada válida porque se sustenta, em termos de argumentação jurídica, no conteúdo normativo:

Laws are only regarded as norms because they are intended to be used in decisions, just as these decisions can only function as norms because this is provided for in laws. In terms of normativity, the relationship between the rule and its application is circular<sup>4849</sup>.

No mesmo sentido:

A decisão não seria decisão, caso ela não reagisse à expectativa da norma. O cumprimento da norma é uma decisão, porque [este comportamento (de observar a norma)] é escolhido contra [a possibilidade de] um desvio em relação à própria norma, e isto só pode ser assim, pelo fato de existir uma norma geral (*überhaupt*). Inversamente, a norma não seria norma, caso a decisão não fosse produzida. A textualização [(*Vertextung*)] gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*An-und-für-sich-sein*), mas oculta em sua origem a constituição circular [desse processo]. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> TEUBNER, G. op. cit. (1988), p. 4

<sup>46</sup> Processos autopoiéticos são recursivos, i.e., estruturados simetricamente – e este é um aspecto dessa abordagem teórica que tem implicações significantes para a teoria jurídica. A qualidade normativa de cada elemento é adquirida através da qualidade normativa de outros elementos, aos quais a mesma regra se aplica. Não pode, portanto, haver qualquer hierarquia normativa. Em termos de normatividade, uma simetria rígida existe inclusive entre a lei e a decisão judicial. [Tradução Livre]

<sup>47</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 21.

<sup>48</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 21.

<sup>49</sup> Leis apenas são consideradas como normas porque se destinam a ser usadas em decisões, assim como tais decisões somente podem funcionar como normas porque se sustentam nas leis. Em termos de normatividade, a relação entre a regra e sua aplicação é circular. [Tradução Livre]

<sup>50</sup> LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 37

Portanto, carece de certa validade a norma que não se adapta ao caso concreto. Adaptação que ocorre através de um processo judicial que permite, ainda, a aceitação da decisão pelas partes através de uma legitimação da decisão a ser proferida<sup>51</sup> impedida de acontecer devido à incidência direta da súmula vinculante.<sup>52</sup> A respeito, Luhmann lembra que a teoria de Hart, fazendo uma análise superficial, também constitui essa relação auto-compensatória do Direito por meio de regras *primárias* e *secundárias*:

A layer of primary rules, because of their immanent weakness (uncertainty, static character, inefficiency), has to be complemented by a layer of secondary rules. But in legal operations the interrelationship of these two spheres can only be recognized and only be practiced if the same norm quality is involved in both spheres. Otherwise compensation for the inadequacies of law would lie outside the law (which is of course possible)<sup>53,54</sup>.

As normas são decididas num plano superior. Seu sentido é mais geral e por isso é de um nível mais elevado que o da decisão individual, necessitando de correta adequação empírica. O sistema auto-referencial, portanto, “não pode ser visto como uma norma (por si mesmo) nem uma decisão (sobre si mesmo)”<sup>55</sup>. A súmula vinculante, quando objeto de motivação das decisões judiciais, parece, portanto, não obedecer ao círculo auto-referencial de Luhmann. É como um elemento sistêmico que emerge para diminuir a complexidade intra-sistêmica, mas que, ao mesmo tempo, compromete a dinâmica adaptativa do sistema em relação ao seu ambiente, que se encontra em constante mudança. Sua observância rigorosa impede a circularidade simétrica que possibilita a adaptação da decisão individual ao caso em questão, em que pese ser fruto da preocupação de fechamento operativo do sistema pelos Tribunais, estabelecendo-se daí por diante o paradoxo de fundamentação de sua auto-referência.

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980 p. 34.

<sup>52</sup> O processo tem a capacidade de se diferenciar por meio de uma história própria, fazendo com que as colaborações dos endereçados da decisão – comunicações voluntárias e involuntárias claramente pré-determinadas por energia psíquica (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2003., 2004:167) e fatores comunicativos do sistema social – delimitem as alternativas pertinentes ao caso concreto, reduzindo a complexidade e permitindo, de forma democrática, a fixação de uma realidade própria que abona qualquer dúvida sobre os fatos que levaram à formulação do conteúdo decisório (LUHMANN N. op. cit. p.: 101).

<sup>53</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 22

<sup>54</sup> Um grupo de regras primárias, devido a sua fraqueza (incerteza, papel estático, ineficiência), tem que ser complementado por um grupo de regras secundárias. Mas nas operações jurídicas, a relação entre essas duas esferas apenas pode ser reconhecida e praticada se a mesma qualidade normativa está presente em ambas as esferas. Caso contrário, a compensação da inadequação do Direito residiria fora do Direito (o que é possível, claro). [Tradução Livre]

<sup>55</sup> LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 37.

## 6. CONCLUSÕES

Há uma controvérsia jurídica quanto à análise do papel exercido pelas texturas normativas abertas, pelas quais o sentido de determinada norma gera uma pluralidade de atos normativos conflitantes em um mesmo ordenamento. A consequência sistêmica necessária é o aumento da complexidade interna do direito. A auto-produção de novos elementos (decisões) faz elevar o nível de complexidade, a ser enfrentada pela racionalidade imanente ao sistema jurídico, que tem em seu núcleo (tribunais) a atribuição de fechamento operacional do sistema e manutenção do paradoxo da auto-fundamentação do direito: a complexidade é controlada e, portanto, diminuída no âmbito intrasistêmico. Com o uso da súmula vinculante, essa tarefa encontraria seu catalizador, vez que o efeito dado a tal instrumento se utiliza das hierarquias encontradas no núcleo para afirmar o sentido normativo que deverá ser escolhido pelas instâncias inferiores.

Dessa forma seria eliminada a contingência das expectativas normativas, e, por consequência, a sua eficácia na a regulação dos conflitos<sup>56</sup>. Contudo, como se objetivou demonstrar, tal reação dos tribunais à heterogeneidade nas decisões possui uma implicação política correlacionada aos procedimentos judiciais, onde se dá a limitação da liberdade de decidir, limitando a capacidade de construção de sentido das normas jurídicas em instâncias inferiores, onde a seletividade e a participação dos endereçados da decisão é maior. Com isto acarreta-se um comprometimento ao processo de legitimação pelo procedimento judicial, que exige a adequação da decisão concreta do conflito aos padrões de diminuição da complexidade (possibilidades possíveis de comportamento) em seu âmbito.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Realidade constitucional e interpretação judiciária: um novo modelo? **Nomos**, vol. 22, número1/2, mês jan/dez, p. 237-246, 2004.

\_\_\_\_\_. **Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive**, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

AMADO, Juan Antonio García. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 301-344, 2004.

ASHBY, William Ross. **Uma introdução à cibernética**. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

<sup>56</sup> MOELLER, H-G. op. cit. p. 29.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

DORF, Michael C. Legal indeterminacy and institutional design. **New York University Law Review**, vol. 78, n. 3, jun, p. 875-981, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Laws's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

JAFFE, Louis L. **English and american judges as lawmakers**. Oxford: Clarendon Press, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNODT, Eva. M. Foreword: the post modern predicament. In: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker (trads.). California: Stanford University Press, 2005.

LUHMANN, Niklas.. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baeker. California: Stanford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 33-107, 2004.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos, 2002.

\_\_\_\_\_. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. **Revista Ajuris**, n. 49, Porto alegre: Ajuris, jul. p. 149-168, 1990.

\_\_\_\_\_. Law as a social system. Translated by Shierry Weber NicholSEN. **North-west University Law Review**, vol. 83, n.1 & 2, p. 136-150, 1989.

\_. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.12-35. Berlin: De Gruyter, 1988.

\_\_\_\_\_. The self reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: De Gruyter, p.111-127, 1986.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained: from souls to systems**. Illinois: Open Court, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEDRON, Flavio. Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **CEJ Brasília**, n. 29, abr./jun., p.101-110, 2005.

PARSONS, Talcott. The law and social control. In: **Law and Sociology**, William Evan (ed.), New York: Glencoe Press, 1962.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo entre consciência e direito**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

\_\_\_\_\_. Introduction to autopoietic law. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.1-11. Berlin: De Gruyter, 1988.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.



# A EXPERIÊNCIA DOS MESTRANDOS EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ EM PESQUISA EMPÍRICA PREDOMINANTEMENTE QUALITATIVA

*Rui Verlaine Oliveira Moreira<sup>1</sup>*

*Raimundo Helio Leite<sup>2</sup>*

## RESUMO

Este ensaio relata a experiência de mestrandos do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará com a utilização de métodos predominantemente qualitativos de pesquisa empírica. Objetiva dar unidade ao corpo de conhecimentos gerados com cinco dissertações e mostrar métodos alternativos que podem ser empregados na pesquisa jurídica. A primeira teve como foco a análise do contexto histórico e epistemológico, tentando identificar a construção de paradigmas. O segundo mestrando abordou a preparação para a magistratura e a conscientização da importância das escolas judiciais. Um estudo de caso, cujo objetivo é tentar desvendar os ângulos envolvidos no fato de ser juiz e aplicar a lei no atual sistema jurídico brasileiro a partir do discurso do magistrado, foi a abordagem metodológica adotada pelo terceiro mestrando. O trabalho do quarto mestrando pretende, por meio de entrevistas, identificar como o magistrado se utiliza, para aplicação justa do direito, de conceitos vagos e indeterminados. O quinto mestrando analisa o acesso aos Juizados Especiais Cíveis de Fortaleza. Há depoimentos dos autores das dissertações sobre a experiência vivenciada. Ao final, são apresentadas considerações acerca dessa experiência dos mestrandos.

## Palavras-chave:

Pesquisa empírica. Estudo de caso. Entrevistas. Escolas judiciais. Corpo de conhecimentos. Magistratura.

## ABSTRACT

This paper tells the experience of five graduate students of the Master's Graduate Course of Master's of Law School of the Federal University of Ceará, in using methods predominantly qualitative on juridical empiric research. The objective is to give unit to the body of knowledge generated by five dissertations and to show alternative methods that can be used in the juridical research. The first had as focus the analysis the historical epistemological approach, trying to identify the construction of paradigms. The second student approached the preparation for the magistracy

<sup>1</sup> Professor, Doutor, do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

<sup>2</sup> Professor, Doutor, Docente Livre do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

and the understanding of the importance of the judicial schools. A case study, whose objective is to try to unmask the angles involved in the ways a judge use to apply the law in the current Brazilian juridical system starting from the speech of the magistrate it was the methodological approach adopted by the third dissertation. The work of the forth students intends, through interviews, to identify as the magistrate uses, for fair application of the right, of vague and uncertain concepts. The fifth student analyzes the access to Special State Courts at Fortaleza. The authors of the dissertations revealed their opinion and feelings about the experience in applying new methods in judicial research. By the end, are presented considerations about that experience.

#### **Key-words**

Empirical research. Case study. Interviews. Judicial schools. Body of knowledge. Magistracy.

## 1. INTRODUÇÃO

As formas de geração do conhecimento científico contribuem para que os objetos pesquisados não atuem diretamente sobre as pessoas em grande escala. Normalmente, as investigações são realizadas por pesquisadores individuais, ou por grupos, mas a divulgação dos resultados se faz via revistas e periódicos com circulação restrita aos participantes da comunidade a que os mesmos pertencem.

A linguagem altamente técnica e especializada empregada na comunicação dos resultados é outro fator limitante para que se logre maior número de interessados. Lembre-se aqui, por oportuno, a necessidade de que os resultados científicos de interesse geral da comunidade sejam amplamente divulgados, de forma correta, em linguagem acessível, como ocorre com o

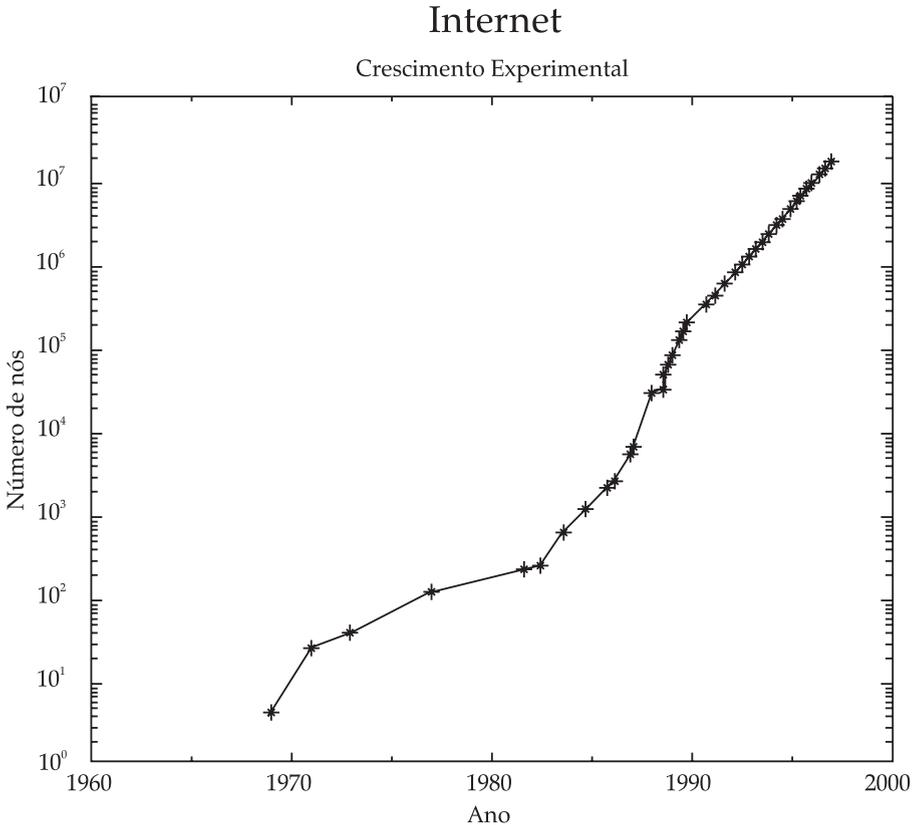
livro *Communicating Research*, de Arthur Jack Meadows, conforme anota a jornalista Patrícia Schaffer<sup>3</sup>.

Aliás, mais uma observação merece ser feita em relação à linguagem: A. J. Meadows usa exemplos divertidos, dialoga com o leitor, provando que assuntos sérios não precisam ser tratados de maneira enfadonha para parecerem sérios. Justamente o contrário. Como tudo na vida, a comunicação científica será obviamente mais eficaz, se for agradável. Nas primeiras páginas, portanto, o estilo do autor já denuncia que ele entende do tema. Meadows vai introduzindo, então, com a maior naturalidade, o leitor no mundo da ciência, com a utilização de um enredo bem contextualizado, como se fosse um romance, com personagens, causas e conseqüências.

A velocidade exponencial com que crescem as informações em algumas áreas configura outra limitação que impossibilita que as pessoas se mantenham atualizadas. O crescimento do número de *nós* na rede internacional de computadores, que dobra cada 14 semanas desde 1973, é exemplo inquestionável, como mostra o gráfico a seguir.

<sup>3</sup> SHAFFER, Patrícia. *Comunicando a pesquisa*. Ci. Inf., Brasília, v. 27, n. 3, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-19651998000300012&lng=pt&rm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651998000300012&lng=pt&rm=iso)>. Acesso em: 05 nov. 20

## GRÁFICO 1 CRESCIMENTO EXPONENCIAL DO NÚMERO DE NÓS NA INTERNET<sup>4</sup>



A dificuldade de comunicação atinge até mesmo a própria comunidade científica que emprega meios específicos para se pôr a par das informações mais atualizadas. O conjunto de resultados consolidados de determinada área do conhecimento, em dado momento, é o que se denomina o estado-da-arte. O acesso a esse corpo teórico é feito via revisões de literatura, especialmente, quando da elaboração de artigos, monografias, dissertações e teses.

As dificuldades e limitações mencionadas levam a que pessoas acusem os trabalhos acadêmicos de ficarem, quase sempre, mofando nas prateleiras das bibliotecas.

Este trabalho objetiva contribuir, em certa medida, para superação desses entraves uma vez que promove a divulgação de experiências de cinco

<sup>4</sup> <http://www.ime.usp.br/~is/abc/abc/node17.html>. Acesso: 20 mar. 2007.

alunos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, tendo como motivação básica a difusão *per se* dos resultados. Entende-se que a utilização de métodos e técnicas na pesquisa jurídica, que não haviam sido objeto de emprego anteriormente, já é motivo significativo bastante para se tomar essa providência. Embora se trate de apenas cinco trabalhos, a densidade dos resultados obtidos configura a formação de um corpo de conhecimentos úteis que deve, sem demora, ser compartilhado com investigadores e estudantes de graduação e pós-graduação da área jurídica.

A apresentação do presente trabalho se inicia com a análise dos métodos, procedimentos e resultados. Nesse tópico, mostram-se as técnicas e métodos usados pelos mestrandos, no primeiro momento, destacando-se a utilização da entrevista como instrumento de coleta de dados.

Num segundo momento, há a explicitação da aprendizagem dos métodos de investigação usados pelos mestrandos.

Discute-se, em seguida, o problema da intersubjetividade ocorrida entre os mestrandos ao criar suas categorias de análise.

### 1.1. Ordenação temática

Faz-se, então, a apresentação sumária dos resultados, iniciando-se com o primeiro estudo relatado, que tem como foco a análise do contexto histórico e epistemológico, tentando identificar a construção de paradigmas e a sua superação no âmbito da ciência jurídica.

O segundo trabalho destaca a preparação para a magistratura e a conscientização da importância das escolas judiciais. Para tanto, a formação deve ser continuada e aperfeiçoada, pois são responsáveis pela difícil e complexa função de julgar os conflitos individuais, coletivos e sociais que lhes são apresentados.

O terceiro mestrando desenvolve seu trabalho como pesquisa de estudo de caso, cujo objetivo é tentar desvendar os ângulos envolvidos no fato de ser juiz e aplicar a lei no atual sistema jurídico brasileiro a partir do discurso do magistrado.

O trabalho do quarto mestrando pretende, por meio de entrevistas, identificar como o magistrado se utiliza, para aplicação justa do direito, de conceitos vagos e indeterminados. Com isso, este mestrando vai no mesmo sentido do anterior que aborda a incerteza no campo do conhecimento jurídico

O último mestrando analisa, em seu trabalho, o acesso aos Juizados Especiais Cíveis de Fortaleza. O objetivo é contribuir para, de alguma forma, despertar na comunidade jurídica, a consciência de melhoria da efetividade da prestação de serviços judiciários.

Por fim, apresentam-se algumas considerações finais.

A idéia central é, portanto, oferecer uma síntese compreensiva dos resultados obtidos pelos cinco mestrados. Embora se possa chamar isso de revisão de literatura, a iniciativa é diferente desse tipo de revisão, na medida em que objetiva apenas divulgar os resultados. Essa iniciativa pode despertar interesse de forma mais rápida, pois evita que os interessados tenham que ler as cinco dissertações.

## 2. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS MÉTODOS, PROCEDIMENTOS E RESULTADOS

Os dados apresentados a seguir resumem e analisam os resultados de cinco dissertações defendidas no curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Adotaram-se três enfoques: o primeiro mostra um resumo dos métodos, procedimentos e instrumentos de coleta de dados e a aprendizagem dos alunos nessas abordagens; o segundo desvela a convergência entre os invariantes comuns explicitados em três das cinco investigações; e o terceiro faz a ordenação epistemológica dos resultados.

A partir deste ponto, as dissertações, ou seus autores, serão referidos pelos códigos que aparecem à direita na listagem a seguir, assim destacados:

- a. Epistemologia do Direito (D1)
- b. Formação de juízes (D2)
- c. Ser juiz e a aplicação da lei (D3)
- d. Indeterminação na aplicação da lei (D4)
- e. Acesso à justiça (D5)

### 2.1. Métodos, procedimentos e instrumentos de coleta de dados

Esta seção apresenta a aprendizagem dos mestrados no que diz respeito aos métodos, procedimentos e técnicas empregados.

O Quadro 1, que vem a seguir, resume os caminhos, percursos, procedimentos e instrumentos de investigação adotados.

QUADRO 1 MÉTODOS DE ANÁLISE E INSTRUMENTOS DE COLETA DE DADOS

Métodos de análise	Instrumentos de coleta de dados
<p>Método fenomenológico de Edmund Husserl (1859-1938)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. redução fenomenológica</li> <li>b. redução eidética</li> </ul> <p>Método hermenêutico - dedutivo</p> <p>Método fenomenológico de Martin Heidegger (1889 – 1976)</p> <p><b>Estudo de caso</b></p> <p>Método qualitativo baseado na idéias de Laurence Bardin</p> <p>Método quantitativo descritivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a. entrevista semi-estruturada, isto é, sem definição prévia de todas as questões de interesse do pesquisador.</li> <li>b. pesquisa documental na internet, CD-ROM, livros e periódicos, jurisprudência e doutrina</li> <li>c. entrevista semi-estruturada, isto é, sem definição prévia de todas as questões de interesse do pesquisador.</li> <li>d. entrevista semi-estruturada, isto é, sem definição prévia de todas as questões de interesse do pesquisador.</li> <li>e. pesquisa de dados quantitativos coletados diretamente junto a instituições, juízes e pesquisadores</li> </ul>

Nota-se, de pronto, a presença de métodos tradicionais de pesquisa jurídica, lado a lado com métodos de investigação predominantemente qualitativa de utilização mais usual em outras áreas das ciências sociais. Esta constatação tem significado emblemático, como se mostrará a seguir.

Essas abordagens não eram utilizadas, até então, nas dissertações de mestrado defendidas no curso de Direito da UFC. Os métodos tradicionais de investigação, na área jurídica, eram empregados apenas para pesquisar a jurisprudência e a doutrina. Embora venha de longa data o emprego da hermenêutica, esta se restringia à interpretação da lei. Não havia a derivação no emprego desse método para a interpretação de dados empíricos coletados diretamente das fontes de informação. Uma explicação para isso é o fato de que tanto os currículos de graduação quanto os de pós-graduação não contemplarem o estudo de disciplinas que lhes permita aprender esse tipo de pesquisa. Ressalte-se, por oportuno, que, dos métodos citados no Quadro 1, os alunos conheciam apenas o método indutivo. Os métodos

fenomenológicos foram aprendidos ao longo do trabalho de orientação, o que mostra ser possível a aprendizagem dessas abordagens numa situação de trabalho. Evidentemente, essa possibilidade não exclui a necessidade de o aluno frequentar curso específico sobre essa temática. O mesmo pode-se dizer acerca da aprendizagem de outros procedimentos e técnicas de coleta de dados utilizados nas investigações em ciências sociais.

Os estudantes de Direito têm larga experiência com a utilização da pesquisa documental, de modo que esse item não é novidade no labor de suas investigações: a **entrevista** e a **pesquisa empírica** o são, todavia.

Outro aspecto interessante diz respeito às unidades amostrais. Os estudos incluíram unidades amostrais variando entre uma e vinte. Nesse tipo de metodologia, emprega-se o **critério de saturação**, ou seja, o pesquisador trabalhará com o número de casos suficientes para que as repetições de idéias de interesse se tornem constantes. Não é necessário se calcular a amostra do estudo com todos os critérios e rigores de um estudo predominantemente quantitativo.

Os resultados empíricos dos estudos analisados encontram ampla validação em estudo realizado por Leite<sup>5</sup>, que utilizou sessenta casos na amostra de sua tese doutoral.

Solicitou-se aos mestrandos que descrevessem a experiência vivida durante a aplicação dos métodos mostrados no Quadro 1. Destacam-se, a seguir, os aspectos mais significativos.

### 2.1.1. A aprendizagem dos alunos com a metodologia

Como dito, os métodos utilizados pelos mestrandos não eram de uso comum, antes da experiência vivenciada durante a elaboração das dissertações, o que provocou aprendizagem de conceitos e abordagens novas.

Uma das falas destaca as dificuldades enfrentadas e o descortino que a metodologia trouxe para as suas atividades de investigação.

A metodologia utilizada representou um grande desafio, pois marcou uma mudança de paradigma, um novo caminho na pesquisa. Por ser algo novo, senti dificuldades [...] (D1, D2).

A “mudança de paradigma”, referida no excerto, representa o modo diferente de realizar pesquisa documental sobre jurisprudência e doutrina. Esses mesmos mestrandos apontam outro ângulo da metodologia que aprenderam, ao destacar que

[...] a metodologia utilizada proporciona a aproximação com a re-

<sup>5</sup> LEITE, Raimundo Hélio. **O esperado e o observado na opinião dos alunos que frequentaram os cursos de especialização ofertados pela Escola de Magistratura do Ceará, no período 1995 a 2002**. Fortaleza, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Ceará, Tese de doutorado, 2004.

alidade, com a vivência dos sujeitos. No meu caso, com a entrevista aos juízes, pude compreender coisas novas que não teriam sido conhecidas se eu tivesse me restringido à literatura, uma vez que esta realmente não esgota toda a realidade (D1, D2).

Foi uma novel abordagem para os mestrandos partir ao encontro da realidade, isto é, ver o que está acontecendo na realidade, para depois tentar encontrar compreensão e explicação, em aportes teóricos. Por outros termos, aliar a prática à teoria. Os depoimentos a seguir destacam esse aspecto:

Essa maneira de trabalhar, partindo de dados concretos para, a partir daí, buscar a fundamentação da literatura pode revelar muitas novidades. [...] passei a ter consciência de que as possibilidades de pesquisa nas ciências sociais, principalmente no Direito, são muito maiores e mais ricas do que eu tinha vivenciado até então (D1, D4).

A aprendizagem de conteúdos, mecanismos e instrumentos de pesquisa que possam ser guardados na memória de longa duração, se caracteriza como um dos principais objetivos que docentes e discentes devem perseguir, na medida em que ela torna possível a geração de mais conhecimentos. O excerto do mestrando D3 salienta essa qualidade em sua aprendizagem que o novo procedimento lhe proporcionou:

A metodologia empregada no desenvolvimento da minha dissertação de mestrado foi extremamente positiva e gerou frutos que até hoje influenciam a forma como desenvolvo o estudo e a pesquisa. O método qualitativo de leitura e análise de textos demonstrou ser bastante eficaz no desenvolvimento do pensamento crítico, da capacidade de análise de textos e de compreensão do pensamento de autores (D3).

A entrevista não é uma simples conversa. Tem por objetivo colher dados que não podem ser encontrados em registros e fontes documentais, e podem ser fornecidos por certas pessoas. É, portanto, encontro entre pessoas, interação social. Trata-se de um instrumento utilizado na investigação social. Como bem ressalta Gil<sup>6</sup>, reforçando o pensamento de Selltiz<sup>7</sup>.

a entrevista é bastante adequada para a obtenção de informações acerca do que as pessoas sabem, crêem, esperam, sentem ou desejam, pretendem fazer, bem como acerca das suas explicações ou razões a respeito das coisas precedentes

A constatação do mestrando D2 convalida o que esses autores destacam sobre essa técnica de coleta de dados:

A entrevista fez-se presente como técnica de obtenção de infor-

<sup>6</sup> GIL, A. C. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117

<sup>7</sup> SELLTIZ, C. *et al. Métodos de pesquisas nas relações sociais*. São Paulo: Herder, 1967.

mações da pesquisa, por possibilitar melhor acesso aos dados experienciais do juiz, que jamais poderiam ser quantificados na lógica do conhecimento científico cartesiano, pelo fato de relatar a subjetividade humana, impossível de ser mensurada, calculada, controlada ou precisada [...] em uma pesquisa científica tradicional (D2).

A maneira de conduzir as entrevistas revelada por um dos mestrados mostra um aspecto singular do método empregado, qual seja tomar todo cuidado possível para não influir no aparecimento do fenômeno estudado:

[...] para que não houvesse uma condução, até involuntária da minha parte, e tendo em vista que a questão do acesso diz respeito diretamente aos princípios que regem o funcionamento dessa Justiça Especial, formulei uma pergunta de caráter geral para o primeiro entrevistado e a partir de sua resposta outras perguntas foram formuladas, todas relacionadas a esses princípios. As respostas a cada indagação foram organizadas possibilitando a geração de um gráfico, o qual identificou a semelhança do posicionamento dos entrevistados (D5).

Observa-se, nos excertos, a riqueza de conteúdos novos aportados pelo cabedal de informações dos mestrados, adquirida pela experiência vivenciada com a metodologia predominantemente qualitativa.

## 2.2. Convergência entre os invariantes

Um dos aspectos mais criticados das metodologias predominantemente qualitativas, especialmente a fenomenológica (SARTRE<sup>8</sup>; WAGNER<sup>9</sup>), é o grau de subjetividade a que ele pode dar lugar. Curiosamente, esse tema foi objeto de preocupação de Edmund Husserl (1859 - 1938), fundador da fenomenologia, em várias investigações teóricas (1969, 1970, 1973, 2001)<sup>10</sup>.

Por **invariantes** devem-se entender conceitos, categorias subjacentes que são **intuídos** pelo investigador a partir das falas dos sujeitos pesquisados. Isto é, os invariantes emergem dos depoimentos, não são previamente definidos pelo pesquisador. Se se considerar que as pesquisas em análise foram realizadas em diferentes épocas, de modo independente, sem prévia definição dos

<sup>8</sup> SARTRE, Jean-Paul. *O Ser e o Nada* – Ensaio de Ontologia Fenomenológica. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

<sup>9</sup> WAGNER, H. Critical Observations Concerning Husserl's Posthumous Writings. In: ELVETON, R. O. *The Phenomenology of Husserl* – Selected Readings, Second Edition. Seattle: **Noesis Press**, 2000. p 205-226.

<sup>10</sup> HUSSERL, E. **Formal and Transcendental Logic**. Hague Netherlands: Martinus Nijhoff, 1969. **The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology**. Evanston: Northwestern University Press, 1970. **Experience and Judgment**. Evanston: Northwestern University Press, 1973. **Meditações Cartesianas** - Introdução à Fenomenologia. São Paulo: Madras, 2001.

invariantes, forçoso é reconhecer que houve convergência na intuição categórica dos pesquisadores. Por outras palavras, observa-se **intersubjetividade** entre os pesquisadores na apreensão dos invariantes mostrados no Quadro 2. Com efeito, há clara identidade semântica entre as formulações dos invariantes.

Dois motivos levam a se afirmar, sem qualquer dúvida, que isso se deve ao rigor adotado no emprego do método fenomenológico. Em primeiro lugar, verificou-se que os mestrandos não leram as dissertações dos outros, o que poderia ter dado lugar a alguma sugestão para a escolha comum dos invariantes. A segunda razão é que os autores deste ensaio orientaram os mestrandos, tendo exigido rigor na aplicação do método.

QUADRO 2 INCIDÊNCIA DE INVARIANTES COMUNS

Invariantes	Dissertação
<b>1) de ordem teórica</b>	
a. adequação das sentenças aos princípios constitucionais	2
a. aplicação da Constituição e seus princípios	3
a. formação de magistrados contemporâneos	2
a. conteúdo da formação do juiz deve ultrapassar conhecimentos técnico-jurídicos	3
<b>2) de ordem prática</b>	
a. dificuldades decorrentes da falta de condições de trabalho	2
a. falta de pessoal técnico-administrativo e de material	4

### 2.3. Ordenação compreensiva dos resultados

Por ser absolutamente impossível e desaconselhável, não houve programação prévia para a escolha dos temas das cinco dissertações. Apesar disso, poder-se-ia realizar uma ordenação temática, o que se fará nesta seção.

Pretende-se, com isso, mostrar que esses estudos formam o embrião de um *corpus* de conhecimentos que se ampliará cada vez mais à medida que novas investigações ocorram ao longo do tempo. Os depoimentos dos mestrandos já revelaram os aspectos apreendidos na parte metodológica. Para melhor compreensão se fará rápida e sucinta apresentação dos resultados mais significativos.

Cabe chamar atenção para o fato de que os resultados do trabalho de

campo, embora representem constatações no plano ôntico, isto é, do **ente** magistrado, trazem traços e características gerais dos sujeitos pesquisados que permitem identificar ângulos do **ser** magistrado. Nesse salto epistemológico é que reside uma das riquezas dos resultados.

O estudo desenvolvido por D1 faz a análise do contexto histórico e epistemológico, tentando identificar a construção de paradigmas e sua superação no âmbito da ciência jurídica.

Adverte-se que a realidade, na qual o mundo jurídico se insere, está sempre em transformação, e que o homem toma consciência da relatividade de tudo que acontece.

Como nas demais ciências, o Direito foi marcado por uma era de certeza, que fornece ao homem a confiança no poder absoluto do saber científico. À luz das ciências naturais impera, no campo do saber, a neutralidade do conceito de cientificidade. Por outro lado, a complexidade leva filósofos e cientistas a lidar com o incerto, a desordem e a contradição.

O novo paradigma de cientificidade daí decorrente provoca uma compreensão aberta à multiplicidade de fatores que marcam toda atividade científica. Com o direito não é diferente. O cientista jurídico reconhece a impossibilidade de permanecer atrelado ao antigo paradigma e se sente impelido a uma mudança de postura, contribuindo para que o direito atinja a condição de agente ativo, dinâmico e modificador da realidade.

O trabalho de D2 destaca a preparação para a magistratura e a conscientização da importância das escolas judiciais. Para tanto, a formação deve ser continuada e aperfeiçoada, pois os juízes são responsáveis pela difícil e complexa função de julgar os conflitos individuais, coletivos e sociais que lhes são apresentados.

Os magistrados participantes da pesquisa falam não como estudiosos, mas como pessoas que, a partir de sua experiência na magistratura, possam contribuir com reflexões e sugestões a respeito da formação de juízes.

No que concerne à aplicabilidade de uma lei injusta, foi observado que parte dos entrevistados ainda está vinculada às concepções positivistas clássicas, ao admitir que o juiz deve aplicar lei, ainda que injusta, em virtude do princípio da separação dos poderes.

O mestrando D3 desenvolve seu trabalho como pesquisa de estudo de caso, cujo objetivo é tentar desvendar os ângulos envolvidos no fato de ser juiz e aplicar a lei no atual sistema jurídico brasileiro a partir do discurso do magistrado.

A entrevista foi o instrumento de que se utilizou o mestrando para obter informações que captassem os dados experienciais dos juízes, o que não seria possível por meio do conhecimento cartesiano, visto que a subjetividade é impossível de ser mensurada, calculada ou precisada como freqüentemente ocorre com a pesquisa científica tradicional.

O magistrado revelou que deve agir de acordo com a lei, porém sem que seus passos sejam por ela determinados. Daí a necessidade de estabelecer limites para a sua atuação. Isso não deve limitá-lo a ponto de criar um universo particular, cuja tarefa primordial é favorecer uma decisão justa para aqueles que recorrem ao poder judiciário.

Percebe-se a situação paradoxal do magistrado no atual sistema jurídico brasileiro, ao tentar seguir a lei. Ao mesmo tempo, ele mostra preocupação, inquietação e responsabilidade diante das vagezas e incertezas da lei em face de sua aplicação ao caso concreto.

O trabalho não esgota toda a realidade. Ressalta, porém, a experiência vivida pelo magistrado que possui valores e deseja que seu mister seja respaldado pelo poder judiciário brasileiro no qual está inserido. A ação do juiz, que expressa a realidade em que vive, tenta estabelecer um vínculo entre a mesma realidade e o direito. Com isso, a tarefa do magistrado torna-se mais humana.

O mestrando D4 pretende, por meio de entrevistas, identificar como o magistrado se utiliza, para aplicação justa do direito, de conceitos vagos e indeterminados. Com isso, ele envereda pelo mesmo sentido do mestrando anterior que aborda a incerteza no campo do conhecimento jurídico. Desta feita, todavia, dá um passo à frente na medida em que tenta identificar instrumentos de que se servem os magistrados na resolução de casos concretos.

O objeto de reflexão do direito é a realidade mutante, exigindo do profissional a capacidade de construir elementos concretos para enfrentar os desafios postos. É um trabalho com enfoque prático e real que visa à interpretação e à aplicação do direito por parte dos magistrados.

O mestrando faz uso da técnica da entrevista como uma maneira de colher as experiências vivenciadas pelos juízes. As falas revelaram que os juízes, ao encontrar conceitos vagos na aplicação da lei, utilizam-se do costume, da equidade, da jurisprudência e dos princípios gerais do Direito. Com isso, desvinculam-se, em determinados casos, da fonte primária do Direito.

O mestrando D5 analisou em seu trabalho o acesso aos Juizados Especiais Cíveis de Fortaleza. O objetivo é contribuir, de alguma forma, para despertar na comunidade jurídica a consciência de melhoria da efetividade da prestação de serviços judiciários.

O instrumento de coleta de dados foi a entrevista semi-estruturada. Os depoimentos dos envolvidos revelam aspectos importantes sobre os juizados como a aplicação dos fundamentos e dos princípios desses entes jurisdicionais, bem como os problemas administrativos encontrados.

A grande maioria dos juízes responsáveis por essas unidades não cumpre os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e o da celeridade, estabelecidos na Lei nº 9.099/95. Os motivos apontados são variados, como, por exemplo, a falta de fita magnética para

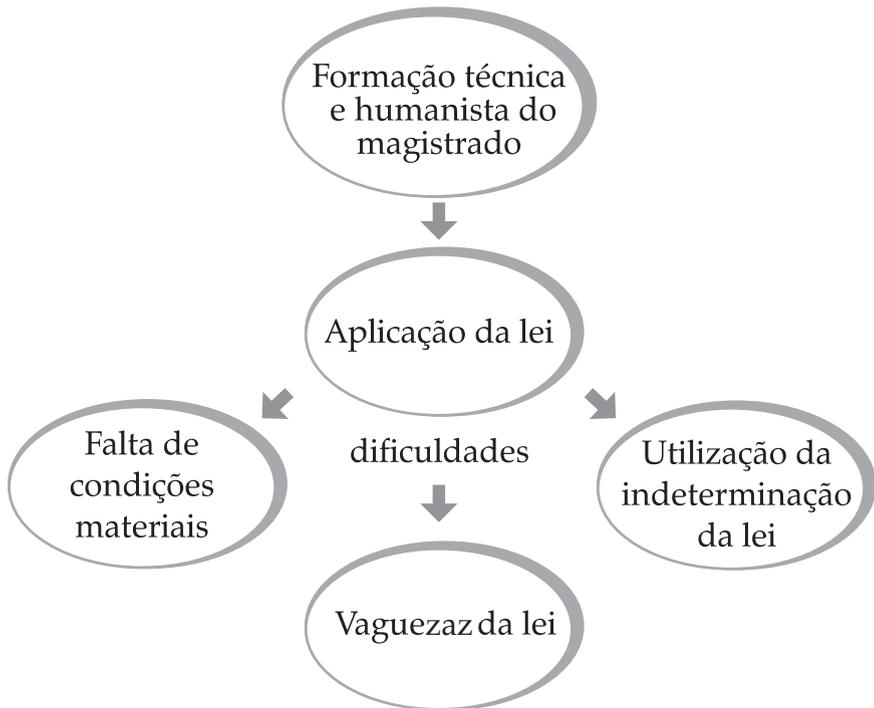
gravadores, o que resulta na diminuição do número de audiências, e a falta de preparação adequada de conciliadores. Outro fator recorrentemente mencionado é o crescente número de processos que chegam a cada ano nessas unidades.

Apesar das dificuldades mencionadas, o mestrando destaca a importância de uma ação criativa e séria por parte dos responsáveis pelo poder judiciário para que a tutela jurisdicional seja efetivada, atendendo desta forma às aspirações da comunidade a que está a serviço.

O gráfico a seguir mostra a organização dos resultados dos mestrandos. Como visto, a certeza e a incerteza na ciência do Direito serviram como pano de fundo para a atuação técnica dos magistrados, que se utilizaram da evolução dos métodos e técnicas de trabalho para enfrentar resolução de casos concretos, em face da realidade complexa e mutante.

O embate com a realidade, por seu turno, pôs a necessidade de ampliação da formação do juiz, com ênfase na parte humanista, e revelam dificuldades de aplicação da lei decorrentes da impossibilidade dela abranger todos os casos, bem como da falta de condições materiais do poder judiciário.

GRÁFICO 2 ORGANIZAÇÃO DOS RESULTADOS DAS CINCO DISSERTAÇÕES



### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A esta altura poder-se-ia questionar sobre os motivos que teriam levado os mestrandos a optar por esse tipo de pesquisa predominantemente qualitativa, na qual a realidade, e não a jurisprudência ou a doutrina, serve de ponto de partida para a investigação. Em contato com os autores das dissertações, algumas pistas foram fornecidas. Há, por parte dos alunos de graduação, a necessidade de sentir, na prática, as teorizações do Direito.

Essa perspectiva reforça a urgência de considerar o fato concreto como predominante nas reflexões jurídicas. O profissional do direito deve preocupar-se em conciliar a arcabouço da literatura jurídica com as aspirações daqueles que, em sua formação acadêmica, sentem a importância de dar respostas aos casos sentidos e vivenciados por eles mesmos. Isso leva a um outro ponto, também ventilado por mestrandos, em não mais aceitar paradigmas definitivos com os quais todos os casos práticos poderiam ser solucionados.

A idéia de conceitos indeterminados desenvolvida por um dos mestrandos em sua dissertação é a prova desta preocupação.

O Direito, em sua indeterminação, será sempre a fonte de positivações históricas e circunstanciais, que são por natureza imprevisíveis, gerando, desta forma, o aspecto de incompletude dos estatutos jurídicos vigentes em determinada época.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 1999.
- HUSSERL, E. **Formal and Transcendental Logic**. Hague Netherlands: Martinus Nijhoff, 1969.
- \_\_\_\_\_. **The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology**. Evanston: Northwestern University Press, 1970.
- \_\_\_\_\_. **Experience and Judgment**. Evanston: Northwestern University Press, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Meditações Cartesianas - Introdução à Fenomenologia**. São Paulo: Madras, 2001.
- LEITE, R. H. **O esperado e o observado na opinião dos alunos que freqüentaram os cursos de especialização ofertados pela Escola de Magistratura do Ceará, no período 1995 a 2002**. Fortaleza, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Ceará, Tese de doutorado, 2004.
- MAC 333 **A Revolução Digital e a Sociedade do Conhecimento- Tema 2 - Existirá mesmo uma Revolução de Informação?** (2006). Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~is/ddt/mac333/aulas/tema-2-18mar99.html>. Acesso em: 05 nov. 2006

PRADO, L. R. DE ALMEIDA. **O juiz e a Emoção** – Aspectos da lógica judicial, 3ed. Campinas, SP: Millennium, 2005.

SCHAFFER, Patrícia. **Comunicando a pesquisa**. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 27, n. 3, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-19651998000300012&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651998000300012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 05 nov. 2006.

SARTRE, Jean-Paul. **O Ser e o Nada** – Ensaio de Ontologia Fenomenológica. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

SELLTIZ, C. *et al.* **Métodos de pesquisas nas relações sociais**. São Paulo: Herder, 1967.

WAGNER, H. Critical Observations Concerning Husserl's Posthumous Writings. In: ELVETON, R. O. **The Phenomenology of Husserl** – Selected Readings, Second Edition. Seattle: Noesis Press, 2000.





# A CONCEPÇÃO DE NORMA-COMUNICAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM CRITÉRIO RACIONAL PARA SUA VALIDAÇÃO RACIONAL

---

*Reginaldo da Costa<sup>1</sup>*

## RESUMO

Esse artigo pretende, inicialmente, apresentar o conceito de norma-comunicação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. A seguir, embora reconhecendo, com Tércio, a influência das ideologias na determinação dos valores condicionantes da institucionalização das normas jurídicas, questiona as ideologias enquanto critério suficiente para a determinação desses valores e dessa institucionalização.

## Palavras-chave

Direito. Norma. Ideologia. Racionalidade

## ABSTRACT

This article intends, initially, to present Tércio Sampaio Ferraz Júnior's concept of norm-communication. Then, although recognizing, with Tércio, the influence of ideologies in the determination of conditioning values of juridical norms, questions these ideologies as sufficient criterion for the determination of those values and of that institutionalization

## Key-words

Law. Norm. Ideology. Rationality.

## 1. IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COMO NORMA

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior “o jurista conhece o direito de forma preponderantemente dogmática”<sup>2</sup> e ao fazê-lo “está preocupado com a decidibilidade de conflitos com o mínimo de perturbação possível”<sup>3</sup>. É neste

---

<sup>1</sup> Professor de Filosofia do Estado no Mestrado em Direito e de Filosofia do Direito no Curso de Graduação em Direito da UFC; Professor de Ética Contemporânea e Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE e Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos

<sup>2</sup> FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 92.

<sup>3</sup> Loc. cit.

horizonte, que, para ele, a dogmática prepara a decisão, isto é, ela cria para a decisão condições razoáveis, de tal modo que ela não apareça como arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis.

Neste processo de decidibilidade, “O jurista (...) capta o direito num procedimento de (...) imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas”<sup>4</sup>. Assim sendo, “Aplica-se o direito, por um procedimento à realidade social”, de modo que “A relação entre a norma e a situação é *mediata*”<sup>5</sup>, sendo que o conjunto (*normas, procedimento e situação*) compõe o fenômeno da aplicação do direito.

Nesta perspectiva, inicialmente, “O fenômeno da aplicação exige do jurista (...) uma identificação do direito a ser aplicado”<sup>6</sup> e é dessa identificação que, primariamente, se ocupa o pensamento dogmático. Este direito a ser aplicado é para o jurista um dado, ou seja, é algo estabelecido<sup>7</sup> que não pode ser trocado ou substituído, mas que, é carente de explicitação.

Deste modo, o jurista, vivendo em uma sociedade organizada, sabe que há critérios gerais, direitos comuns, configurados em normas chamadas leis e é nesse contexto que ele invoca um primeiro princípio geral para iniciar o seu raciocínio: o *princípio da legalidade*<sup>8</sup>. Ora, ele até pode ter dúvidas quanto à legitimidade da ordem jurídica em que vive, no entanto, para a aplicação do direito, ele necessita encontrar um ponto inegável de partida que possa ser generalizado, razão pela qual se atém ao princípio da legalidade e busca nas leis do país uma regra que lhe seja conveniente. Assim sendo, conforme um princípio dogmático (Princípio da legalidade), é a lei seu ponto de partida inegável.

Podemos dizer, então, que para resolver suas questões, o jurista necessita identificar e aplicar o direito. Nesse processo de identificação do direito, o direito precisa ser analisado através de *diferenciações e ligações*<sup>9</sup>, de modo que sempre que se faça a diferenciação se faça, também, as ligações, para que não se perca de vista o todo, isto é, a perspectiva sistêmica. Ao proceder desse modo o jurista procura ver o seu caso dentro de uma rede de elementos interligados: o *sistema*.

Está perspectiva sistêmica requer, porém, mais do que a leitura do que está prescrito, ou seja, torna necessária a identificação de critérios de organização global que tornem possíveis a coerência do sistema; no entanto, está coerência

---

<sup>4</sup> Loc. cit.

<sup>5</sup> FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio. op. cit. p. 92.

<sup>6</sup> Loc. cit.

<sup>7</sup> O direito aplicável é, portanto, algo estabelecido, por exemplo, pelo legislador, pelas partes que contratam, pela administração, etc.

<sup>8</sup> O princípio da legalidade afirma que: *Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

<sup>9</sup> Tércio entende a *diferenciação* como um recurso analítico de decomposição, isto é, como a dissociação do todo em partes e a *ligação* como um recurso analítico que através da concatenação de elementos dissociados os reintegram em uma totalidade.

não é meramente formal<sup>10</sup>, pois tem em vista a decidibilidade de conflitos em geral, isto é, uma decidibilidade de conflitos concretos que seja compatível com a decidibilidade de conflitos que possam surgir no trato social. Para Tércio, porém, “no sistema construído pela ciência dogmática “os conceitos que são, na aparência de pura técnica, jurídica” ou “simples partes do edifício” só adquirem seu sentido autêntico se referidos ao *problema da justiça* (...) por isso, ocultam por detrás de uma análise quase-lógica, elementos axiológicos ou valorativos”<sup>11</sup>, de modo que a identificação e aplicação do direito só têm sentido autêntico quando articulada com elementos axiológicos ou valorativos.

Pelo acima exposto, fica suficientemente evidente que a aplicação de leis envolve muito mais do que a subsunção lógica sob conceitos superiores. Ora, na decisão judicial é estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois ela implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor.

A interpretação e a aplicação da lei não se esgota, portanto, em um processo de *subordinação*, pois ela pressupõe, necessariamente, julgamentos de valor da parte de quem aplica. Assim sendo, há, incontestavelmente, a necessidade de um critério racional válido que possibilite ao jurista avaliar os elementos axiológicos através dos quais ele se orienta para a formulação da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, sob pena da sentença jurídica e da decisão judicial serem arbitrárias.

## 2. CONCEITO DE NORMA: UMA ABORDAGEM PRELIMINAR

Conforme Tércio, “A ciência dogmática contemporânea encontrou no conceito de norma um instrumento operacional importante para sua tarefa analítica de identificar o direito”<sup>12</sup> e de tal modo que Kelsen chegou a ver nele o objeto central de toda a ciência do direito. Ora, Kelsen afirma que “os comportamentos humanos só são conhecidos mediatamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulado por normas”<sup>13</sup> e isto significa dizer que as normas jurídicas são o objetivo e o princípio delimitador das ocupações teóricas do jurista, pois é através delas que é constituído o significado objetivo<sup>14</sup> dos comportamentos ou da conduta de um ser humano perante outro.

<sup>10</sup> Conforme Tércio, “os sistemas elaborados pela ciência dogmática, embora mostrem uma coerência, não são rigorosamente lógicos no sentido da lógica formal” (Ibidem p. 95), pois o que aglutina os elementos do sistema num todo coerente não é um princípio evidente a partir do qual tudo se deduz, mas um problema, uma dúvida permanente para a qual existe um dogma (a lei, a decisão judicial, o contrato) que, se não acaba com a dúvida, ao menos fornece um ponto de partida para que ela seja decidida.

<sup>11</sup> Ibidem p. 96.

<sup>12</sup> Ibidem p. 97.

<sup>13</sup> Ibidem p. 97.

<sup>14</sup> “É claro que as normas, enquanto esquemas doadores de significado, podem manifestar uma objetividade relativa: o que é norma para um grupo pode não ser norma para outro” (Ibidem p. 97.)

Esta posição de Kelsen, porém, sofre muitas objeções e a principal delas tem um caráter metodológico, isto é, diz respeito à pergunta pela possibilidade de descrição do significado objetivo que a norma confere ao comportamento. Pois bem, para Kelsen, os fatores subjetivos devem ser abstraídos pelo jurista e tão-somente serem levados em conta quando a própria norma o faz; nesse contexto, qual o critério para operar essa descrição? Segundo ele, o critério se localiza sempre em alguma outra norma da qual a primeira depende, de modo que o jurista deve caminhar retroativamente de norma em norma até chegar a uma última (a primeira de todas), a norma fundamental<sup>15</sup>. Conforme Tércio, apesar do caráter restritivo e empobrecedor da teoria de Kelsen, “sua posição põe em relevo a importância da norma como um conceito central para a identificação do direito”<sup>16</sup> e possibilita ver o direito como um conjunto de normas, o que é importante para o fenômeno da posituação do direito.

Von Jering acolhe a tese kelseniana da importância fundamental da norma para o direito, pois, para ele, “direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado”<sup>17</sup>, de modo que o direito engloba, fundamentalmente, dois fatores: a *norma* e a *realização por meio da coação*. Assim sendo, para Jering, a norma, embora não se reduza a isso, tem caráter de orientação para a ação humana, sendo que, associada a essa orientação, deve-se lhe acrescer o caráter imperativo, isto é, sua impositividade contra qualquer resistência. Pode-se dizer, então, que: “A norma (...) está numa relação de vontades, sendo um imperativo (obriga ou proíbe) visto que manifesta o poder de uma vontade mais forte, capaz de impor orientações de comportamento para vontades mais fracas”<sup>18</sup>, sendo, por conseguinte, não naturais (existentes na natureza) e interpessoais.

Para Tércio, porém, “A questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas, não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica”<sup>19</sup>. Segundo ele, há três modos básicos conforme os quais a questão do que seja a norma costuma ser enfocada. Ora, conforme Tércio, de modo geral, os juristas vêem a norma, primeiramente, como proposição, independentemente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se, pois, de uma proposição que diz como *deve ser* o comportamento, isto é, uma proposição de *dever-ser*. Nesse horizonte, “promulgada a norma, ela passa a ter vida própria, conforme o

<sup>15</sup> Pode-se dizer, então, que para Kelsen o direito é um imenso conjunto de normas, cujo significado sistemático cabe à ciência determinar. (Ibidem. p. 98)

<sup>16</sup> Loc. cit.

<sup>17</sup> Loc. cit.

<sup>18</sup> Ibidem p. 99

<sup>19</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 98.

Para Tércio, esta questão remete a indagações sobre pressupostos e sobre pressupostos dos pressupostos; e mais, para ele as teorias filosóficas fornecem explicações sobre ela, mas o tema continua renovadamente em aberto: a norma é um comando ou um simples diretivo? Uma regra de organização? A sanção faz parte de sua constituição ou trata-se de elemento aleatório que apenas aparece quando a norma é violada? (Ibidem p. 99)

*sistema de normas na qual está inserida*"<sup>20</sup>. A norma pode ser, então, entendida como imperativo condicional, formulável conforme proposição hipotética, que disciplina o comportamento humano apenas porque prevê, para sua ocorrência, uma sanção<sup>21</sup>.

Para ele, porém, os juristas também costumam conceber as normas como *prescrições*, isto é, como atos de uma vontade impositiva que estabelece disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência. Ora, "A norma como *prescrição* também se expressa pelo dever-ser, que significa (...) impositivo da vontade"<sup>22</sup>, sendo que, por não se abstrair da vontade, a análise da vontade que prescreve é importante para a análise da norma. Conforme Tércio, "Na verdade, para o reconhecimento da prescrição como norma jurídica, essa vontade é decisiva, posto que vontade sem qualidades prescritoras (inabilitada, ilegítima, sem autoridade, sem força) não produzirá norma"<sup>23</sup>, pois, nesse horizonte, normas são imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar.

Para Tércio, no entanto, há ainda a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas, também, as diferentes situações estabelecidas entre as partes que se comunicam. Assim sendo, "A norma é vista como *comunicação*, isto é, troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação da relação entre os comunicadores: subordinação, coordenação"<sup>24</sup>; ora, "Para a análise da norma como comunicação torna-se importante não só a mensagem (proposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito"<sup>25</sup>. Nesse horizonte, a norma torna-se o centro de uma série de problemas: a) a determinação da fonte normativa (teoria das fontes do direito); b) a determinação dos sujeitos normativos (teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência, responsabilidade); e c) a determinação das mensagens normativas (teoria das obrigações, das permissões, das faculdades, das proibições normativas, etc).

Para Tércio, portanto, o conceito de norma jurídica é um centro organizador de uma dogmática analítica, seja como *norma-proposição*, seja como *norma-prescrição* ou, ainda, como *norma-comunicação*. Assim sendo, o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, criando condições para a decidibilidade de conflitos, tem a norma como seu critério fundamental de

<sup>20</sup> Loc. cit.

Para Kelsen, a norma pode até ser considerada o produto de uma vontade, mas sua existência independe dessa vontade.

<sup>21</sup> Tudo isso conforme a fórmula: se A, então deve ser S, em que A é a conduta hipotética, S a sanção que segue à ocorrência da hipótese; o **dever-ser** será o conectivo que une os dois termos.

<sup>22</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 100.

<sup>23</sup> Loc. cit.

<sup>24</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 100.

<sup>25</sup> Loc. cit.

análise, critério a partir da qual o fenômeno jurídico se manifesta como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias decisões, delimitam seu exercício do poder, etc.

### 3. CONCEPÇÃO DOS FENÔMENOS SOCIAIS COMO SITUAÇÕES NORMADAS, EXPECTATIVAS COGNITIVAS E NORMADAS

Para Tércio, quando nos comportamos, na troca de mensagens, está presente, por parte dos agentes, uma *expectativa* mútua de comportamento, no entanto, essas expectativas podem ou não ser confirmadas, de modo que se segue um conjunto instável de expectativas de comportamentais<sup>26</sup>. Assim sendo, as relações comunicativas e comportamentais são contingentes, razão pela qual na constituição de sistemas comunicativos sociais são desenvolvidos certos mecanismos (estruturas) que garantem, em contraposição à sempre presente possibilidade de seu não cumprimento (desilusão), um certo grau de confiabilidade em relação às expectativas comportamentais. Portanto, são as estruturas que garantem certa estabilidade às relações, aliviando os agentes da carga da contingência que se mostra na seletividade.

Pois bem, as estruturas garantem certa estabilidade às relações, apresentando-as como ordem. Essa ordem se configura através de expectativas normativas expressas por meio de normas, de modo que as “Normas (...) manifestam expectativas cuja duração é estabilizada de modo *contrafático*, isto é, a generalização da expectativa independe do cumprimento ou do descumprimento da ação empiricamente esperada”<sup>27</sup>, ou seja, elas não se referem à regularidade do comportamento, mas prescrevem a sua normatividade<sup>28</sup>. Como vimos anteriormente, “A dogmática analítica permite ao jurista compreender a sociedade normativamente, isto é, captá-la como uma ordem”<sup>29</sup> e isto tem como implicação que as normas jurídicas não se referem a *regularidades* do comportamento, mas prescrevem a sua *normatividade*.

O jurista e sua dogmática analítica, por conseguinte, capta a sociedade como ordem. Isto, porém, não significa que ele despreze as regularidades

<sup>26</sup> Para Tércio, as situações comunicativas e comportamentais são complexas, pois o número de possibilidades de ação é sempre maior do que os das possibilidades atualizáveis. (Ibidem p. 102); além disso, a desilusão, isto é, o não cumprimento as expectativas de comportamento, faz parte das situações comportamentais, de modo que a *contingência* é um elemento característico da situação comunicativa e comportamental. (Loc. cit).

<sup>27</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 103.

<sup>28</sup> Sob certo aspecto, a diferença entre uma lei científica e uma “norma em geral” estaria em que a primeira compreende a normalidade, e a segunda *prescreve* a normalidade do comportamento.

<sup>29</sup> Ibidem op. cit., p. 101. Tércio entende por *sociedade* um sistema de interações, comportamentos mutuamente dirigidos e referidos uns aos outros, formando uma rede de relações, e por *comportamento* a troca de mensagens, de comunicação, de modo que, para ele, a troca de mensagens é o elemento básico da relação social, do sistema social.

empíricas que constituem a estrutura social, explicáveis causalmente, mas, que “a dogmática analítica dá preferência, em última instância, à compreensão do comportamento em termos normativos, estabelecendo relações de imputação: dada a conduta  $x$ , imputa-se a ela a consequência  $y$ ”<sup>30</sup>, ou seja, graças à relação de imputação o jurista capta a sociedade como rede de expectativas normativas.

Embora o jurista saiba que há entre causalidade e imputação certa interdependência, pois ele sabe que as normas, por um lado, reforçam a regularidade empírica, e, por outro, se a regularidade empírica associada à norma não ocorre absolutamente podemos chegar a uma situação de *anomia*, seu enfoque é predominantemente imputativo, porquanto “o jurista parte das normas como dogmas, tomadas como premissas que ele não pode trocar, pois seu saber dogmático não é adaptativo, é fundamentalmente paraprescritivo”<sup>31</sup> e é nesta perspectiva, que “ele encara os fenômenos sociais, as interações, como conjuntos normados, isto é, unidades firmes e permanentes, objetivas e concretas, dotadas de organização e estrutura”<sup>32</sup>.

#### 4. CARÁTER JURÍDICO DAS NORMAS: INSTITUIÇÕES E NÚCLEOS SIGNIFICATIVOS

A dogmática analítica, devido a inegabilidade dos pontos de partida, exige a postulação de normas preponderantes que, em caso de conflitos, deve prevalecer. Uma vez que a norma jurídica é um conceito nuclear para a dogmática analítica, cabe a mesma identifica-las; mas como?

Segundo Tércio, “Do ponto de vista zetético (...) a identificação de normas como jurídicas, realizada pelos juristas, se dá conforme critérios variáveis no tempo e no espaço”<sup>33</sup>. Importa, pois, para o jurista apontar um critério para esta identificação, porém, há dificuldades para o estabelecimento de um critério universal. Tendo em vista a norma como comunicação, Tércio procura dar conta do problema da identificação do direito e propõe que “o caráter de juridicidade das normas está no grau de *institucionalização* da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa”<sup>34</sup>.

Para a justificação dessa proposta, ele examina a noção de norma-comunicação. Ora, segundo sua visão o homem comunica-se em dois níveis: a) *do relato*, isto é, da mensagem emanada (Ex: sentar-se); e b) *do cometimento*,

<sup>30</sup> *Ibidem* p. 103 e 104.

<sup>31</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 104.

<sup>32</sup> *Loc. cit.*

<sup>33</sup> *Ibidem* p. 105.

Tércio cita, como exemplo, a distinção de Pufendorf entre normas morais e jurídicas. Ora, Pufendorf (Séc. XVII) distinguia as normas jurídicas (direito natural) das normas morais, por se referirem as primeiras ao sentido e finalidades das ações humanas *desta vida*, enquanto as segundas eram referentes à *outra vida*, tomando por critério a distinção das ações em *internas* e *externas*, assumindo, pois, que o que permanecia guardado no coração humano e não se manifesta exteriormente deveria pertencer ao âmbito moral.

<sup>34</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 105

isto é, da mensagem que emana de nós, ou seja, da simultânea determinação de relação entre os comunicadores (Ex; <por favor, sentem-se> ou <sentem-se>). Pois bem, para ele, é na relação entre os comunicadores que se localiza o caráter prescritivo das normas e é nela que se pode descobrir o caráter prescritivo jurídico.

No caso da comunicação normativa ou cometimento das normas, a relação é complementar e baseada na diferença entre os comunicadores, o seja: um manda, outro obedece; um recomenda, outro acata; um coordena, outro se enquadra. Assim sendo, a relação complementar manifesta uma espécie de controle do receptor pelo emissor<sup>35</sup>, sendo que a superioridade do emissor sobre o receptor da mensagem é de natureza hierárquica, de modo que o emissor se põe como *autoridade* perante o receptor, que se enquadra como *sujeito*; por conseguinte, “A relação (cometimento) que caracteriza qualquer norma é a *relação autoridade/sujeito*”<sup>36</sup>.

Tomando como critério às reações e contra-reações possíveis entre emissores e receptores, para Tércio, essa relação autoridade/sujeito ou relação de autoridade pode ser encarada pelo receptor de três maneiras: a relação ou é confirmada, ou é rejeitada ou desconfirmada. Portanto, a confirmação é uma reação de reconhecimento da relação, a rejeição uma reação de negação da relação e a desconfirmada uma reação de desconhecimento da relação. Ora, “a relação de autoridade é aquela em que o emissor aceita a confirmação, rejeita a rejeição (...) e desconfirma a desconfirmada”<sup>37</sup>, de modo que a relação de autoridade admite uma rejeição, mas não suporta uma desconfirmada.

Nessa perspectiva, a norma, em seu cometimento, instaura uma relação de autoridade, isto é, uma relação onde não há a desconfirmada. Para Tércio, isso ocorre quando “o emissor, em face do receptor, sinta-se respaldado pela confirmação de terceiros<sup>38</sup>, isto é, (...) daqueles que não participam da relação”<sup>39</sup>. Assim sendo, “A suposição bem-sucedida da confirmação de terceiros (podemos falar em consenso social) significa que a autoridade está *institucionalizada*”<sup>40</sup>. Ora, é a institucionalização da norma em seu mais alto grau em uma determinada sociedade dada que nos permite dizer que estamos diante de uma norma jurídica, o que significa que há o prevalectimento de um presumido consenso social sobre a norma.

Nesse horizonte, pode-se dizer que o fundamento do direito não está na

<sup>35</sup> Conforme Tércio, esse controle pode ocorrer por diferentes modos e por diferentes razões: pelo uso da superioridade física (força), por superioridade culturalmente definida (ex: relação médico X paciente), por característica antropológica (relação pais e filhos) etc.

<sup>36</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 106.

<sup>37</sup> Loc. cit.

<sup>38</sup> Para ele essa confirmação de terceiros não precisa de sua manifestação concreta, bastando a sua suposição.

<sup>39</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 106 e 107.

<sup>40</sup> *Ibidem* p. 107.

força, mas no grau de institucionalização da relação de autoridade manifesta em seu cometimento. Isso, porém, não significa dizer que o direito nada a tenha a ver com a força, que é base para o ato de coação que executa, no entanto, implica em dizer que “Embora o ato de coação (força) faça *parte* do direito, isso não quer dizer que ele seja responsável pela sua existência”<sup>41</sup>, pois “o que vai dar caráter jurídico à norma é a *institucionalização* dessa relação de autoridade”<sup>42</sup>, respaldada pela confirmação de um terceiro<sup>43</sup>.

Pode-se dizer, então, que as normas são jurídicas por seu grau de institucionalização, isto é, por sua inserção em sistemas normativos que representam o consenso anônimo e global de terceiros (a sociedade), porém, atualmente, a institucionalização das normas jurídicas depende de sua inserção em grandes sistemas disciplinares da instituição denominada *Estado*<sup>44</sup>. Importa, no entanto, lembrar que as instituições repousam não sobre acordos fáticos, mas sobre suposições comuns a respeito da expectativa comum dos outros e que, nesse contexto de institucionalização, as normas jurídicas são expectativas contrafáticas de comportamento; nesse horizonte, “O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela *garantia de consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência*”<sup>45</sup>.

Com base no exposto, importa refletir que: a) embora seja primordial para a identificação da norma jurídica o critério do grau de institucionalização, o cometimento ou relação autoridade/sujeito não esgota o fenômeno normativo; e b) esse critério, por parecer demasiadamente formal, parece ignorar o problema dos conteúdos (do *relato normativo*). Assim sendo, importa perguntar se os cometimentos institucionalizados ou a relação complementar metainstitucionalizada suportam qualquer conteúdo ou conter qualquer relato<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 107.

<sup>42</sup> Loc. cit.

<sup>43</sup> Para Tércio, o cometimento jurídico constitutivo da institucionalização da relação de autoridade constrói-se por referência básica das relações entre as partes a um *terceiro* comunicador: por exemplo, o juiz, o costume, o legislador. Desse modo, “É pela referência a esse terceiro comunicador que se institucionaliza, na comunicação normativa, a relação complementar autoridade/sujeito” (Loc. cit.)

<sup>44</sup> Conforme Tércio, o Estado, porém, não é a única instituição a garantir o consenso suposto e anônimo de terceiros para as normas ou comunicações normativas jurídicas. É o caso de quando falamos de normas costumeiras.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 108.

No entendimento de Tércio, a institucionalização como fundamento das normas jurídicas é a razão pela qual o discurso dos juristas busca a conformidade das expectativas normativas com os objetivos do *interesse público*, do *bem comum*, do Estado. Além disso, ela aponta para a importância de procedimentos institucionalizados (como o processo civil e criminal, o inquérito policial e administrativo, a eleição política e a organização partidária, o processo legislativo) para a identificação de normas como jurídicas. Ora, são aqueles objetivos e esses procedimentos que, segundo Tércio, garantem para as normas jurídicas um grau de institucionalização de seu cometimento.

<sup>46</sup> Esta pergunta implica no questionar se, independentemente do conteúdo ou relato, a norma que manifeste um alto grau de institucionalização é norma jurídica ou, ainda, no questionar se podemos

Para autores positivistas (como Kelsen) os conteúdos *em si* são neutros, isto é, não são nem jurídicos e nem antijurídicos<sup>47</sup>. Contrariamente aos positivistas, os jusnaturalistas, para os quais há um direito natural, reclamam para a identificação da juridicidade um elemento material, um conteúdo, que tem como referencial, por exemplo, os ditames da natureza humana, a natureza das coisas, etc. Para os positivistas, portanto, o direito é positivo e posto por autoridade, no entanto, para os jusnaturalistas há como referencial para o direito positivo um direito dado pela natureza e passível de ser reconhecido pela razão.

Para Tércio a querela entre essas duas concepções do direito é um problema de filosofia do direito, o qual ele não pretende discutir em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*. Apesar de não entrar nessa discussão, ele reconhece que nas situações sociais onde ocorre a relação de cometimento ou de autoridade a institucionalização da norma jurídica está associada a núcleos significativos como os *valores*, os quais expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa. Assim sendo, o prevailecimento de valores, como, por exemplo, *justiça* (valor do justo), condiciona a identificação do direito, logo, a institucionalização da norma jurídica.

Nesse contexto, importa indagar o critério para o sentido dos valores condicionantes da norma jurídica e, por conseguinte, condicionante de sua institucionalização. Ora, para Tércio, como os valores são intuitivos<sup>48</sup>, é preciso um outro mecanismo capaz de conferir-lhes um mínimo de consistência concreta - ainda que genérica. Essa é, conforme ele, função das *ideologias*, as quais "são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais, de avaliação dos próprios valores"<sup>49</sup>. Por conseguinte, as ideologias, ao avaliar valores, garantem o consenso dos que precisam expressar seus valores, estabilizando, assim, os conteúdos normativos, o que traz como consequência que temos a justiça no *sentido liberal, comunista, facista, etc* e, uma vez que as

---

invocar o conteúdo para conferir juridicidade à norma. Ora, Tércio afirma, contundentemente, que não podemos invocar o conteúdo para conferir juridicidade à norma (FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 109.)

<sup>47</sup> Assim sendo, o ato de matar alguém se torna ilícito e reprovável apenas se for conteúdo de uma norma de proibição que imponha sanção ao ato.

<sup>48</sup> O intuicionismo sustenta que os valores, sendo entidades não empíricas e, portanto, não acessíveis aos cinco sentidos, são cognoscíveis somente através de uma faculdade especial, como a intuição, sendo, pois, os mesmos, intuitivos. No entendimento de Alexy, alguns consideram essa faculdade especial como algo semelhante a um sexto sentido, que teria acesso a verdades evidentes. No entanto, "dado que diferentes pessoas respondem de modo diferente à mesma evidência, a teoria falha em não distinguir as corretas das falsas, as autênticas das não autênticas" (Cf. em ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 61 e 62), de onde podemos concluir que a valoração a partir de intuições é arbitrária; além disso, se os valores resultam de evidências intuídas, não há espaço para estabelecer o que razoável quando há discordância dessas evidências, pois, as evidências intuitivas são imediatas, de onde se pode concluir, também, que o critério intuicionista é irracional ou pré-racional.

<sup>49</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 111.

ideologias<sup>50</sup>, ao contrário dos valores, são fachadas delimitadoras, elas não dialogam entre si e buscam a hegemonia de umas sobre as outras. Com base no exposto, conclui Tércio que:

não é qualquer conteúdo que pode constituir o relato das normas jurídicas, mas apenas os que podem ser generalizados socialmente, isto é, que manifestam núcleos significativos vigentes em uma sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas a elas conforme<sup>51</sup>

Tércio, portanto, aponta para a influência da ideologia na determinação dos valores e, por conseqüência, para o estabelecimento da institucionalização das normas jurídicas por referência a seu conteúdo, porém, como ele não indica qualquer critério possível para a crítica das ideologias e, por conseguinte, para a crítica dos valores e do conteúdo das normas jurídicas, o direito parece ser, e apenas poder ser, um mero reflexo da faticidade das ideologias, isto é, do embate muitas vezes irracional, e, portanto, arbitrário das ideologias; o que traz como conseqüência fundamental um inevitável necessitarismo de uma institucionalização irracional ou arbitrária para o direito.

Se quisermos evitar a arbitrariedade e a irracionalidade na institucionalização das normas jurídicas, se faz necessário, então, propor com razoabilidade um critério para a sua institucionalização. Não devemos, portanto, assumir uma postura positivista, pois ela acaba legitimando a norma jurídica a partir do detentor do poder de plantão em dada sociedade, o qual pode legislar conforme seu arbítrio, logo, sem a pretensa isenção de valor em relação à norma jurídica (como quer o positivismo).

Não devemos, também, assumir, uma postura jusnaturalista, a qual, também, conduz a arbitrariedade, pois, como já demonstrou Kant<sup>52</sup>, e como confirmam não só os teóricos da física moderna, mas, também, a hermenêutica alemã<sup>53</sup>, se só podemos conhecer as coisas a partir do ponto de vista do observador ou do intérprete, então, não podemos conhecer um direito em si<sup>54</sup>, independente do horizonte de compreensão do intérprete, de

<sup>50</sup> Sustenta Tércio a tese de que os valores, por sua abstração, são expressões abertas e flexíveis e que as ideologias expressões rígidas e limitadoras.

<sup>51</sup> *Ibidem* p. 112.

<sup>52</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2006, p. 15 a 26.

<sup>53</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.23 a 44.

<sup>54</sup> Na compreensão de Kant, qualquer tentativa de conhecer o real como ele é em si mesmo é dogmática e ingênua, pois se nosso conhecimento é necessariamente mediado pela subjetividade, que impõe limites a esse conhecimento, tudo o que pode ser cognoscível está marcado por essa subjetividade e seus limites. (Cf. a esse respeito em KANT, Immanuel. *Kritik der Praktischen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997). Assim sendo, “em uma perspectiva kantiana, não podemos fazer uma ontologia jurídica de cunho científico, pois se não podemos conhecer as coisas em si, menos ainda podemos conhecer o Direito em si, independente de nossas mediações subjetivas.

modo que pretender um direito natural absoluto – válido atemporalmente e independentemente do que pensam os homens e a sociedade - é uma ilusão dogmática, sem sustentação epistêmica. Esta posição além de ser ingenuamente dogmática, acaba levando à arbitrariedade, pois na hora de dizer qual é esse direito absoluto cada um o diz de acordo com sua visão particular, arbitrária, porém, elevando-a ao estatuto de verdade absoluta.

Não devemos, finalmente, como quer Tércio, atribuir às ideologias o estatuto de critério suficiente para a valoração das normas jurídicas, pois as mesmas variam de acordo com cada indivíduo e cada cultura e se não temos um critério racional para a crítica das ideologias<sup>55</sup>, podemos cair no relativismo e na arbitrariedade das ideologias faticamente constituídas, onde tudo pode ser aceito como válido, já que as ideologias variam conforme o gosto e o interesse e, portanto, podem ser irracionais e arbitrárias.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001

COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ética do Discurso e Verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2001.

KANT, Immanuel. **Kritik der Praktischen Vernunft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

---

Todo o Direito que podemos conhecer é constituído através da mediação da subjetividade, de modo que se há um direito natural de cunho ontológico, não podemos conhecê-lo, pois a razão teórica ao tentar ultrapassar o campo dos fenômenos jurídicos e querer conhecer a essência do Direito (Direito em si) apenas confunde suas idéias sobre o Direito com a realidade do Direito (essência do Direito), caindo em uma ilusão metafísica, na mesma medida em que não tem consciência de seus limites e, portanto, é ingênuo e pré-científico. Se Kant tem razão, ou seja, se nosso conhecimento científico está circunscrito ao campo dos fenômenos, então, qualquer tentativa de efetivar uma ontologia jurídica, ou de propor um direito natural de cunho ontológico, é uma tentativa acrítica e dogmática, porquanto pressupõe uma racionalidade que não se fez crítica o suficiente para conhecer sua extensão e seus limites. Ora, essa racionalidade, com pretensões ontológicas no campo dos fenômenos jurídicos, isto é, que pretende a ontologia jurídica enquanto ciência, presta um desserviço à ciência, pois conduz a ciência ao descrédito na mesma medida em que pretende verdades absolutas (ontológicas) sobre o que não pode ser objeto de conhecimento: a essência do Direito ou o Direito tal como é em si mesmo.”(COSTA, R. op. cit. (2006) p. 25 a 26)

<sup>55</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, R. op. cit (2002) p. 92 a 116.

# REFLEXOES SOBRE A METODOLOGIA DO ENSINO JURIDICO E A EPISTEMOLOGIA PREPARATÓRIA DA AÇÃO COMUNICATIVA MODERNA

*Regis Frota Araujo*<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo busca aportar uma abordagem acerca de algumas reflexões sobre a Metodologia do Ensino do Direito, a partir das influências decorrentes, nas ciências modernas, das epistemologias cartesianas e empiristas. Faz-se, igualmente, um quadro comparativo mínimo, face ao saber dialético que o Ensino Jurídico mais contemporâneo tende a incorporar.

## Palavras-chave

Metodologia do Ensino Jurídico. Saber cartesiano. Saber empirista.

## ABSTRACT

This article intends to make an approach about some reflections from Law teaching methodology, since the influences into Modern Sciences, of the Cartesian and Empiristic epistemologies. It draws also one comparative amount in front of the dialectic knowledge that the juridic teaching incorporates.

## Key-words

Teaching of Law methodology. Empiristic knowledge .Cartesian knowledge.

*Pour que l'esprit gagne en sagacité, on doit lui donner de l'exercice en lui faisant chercher ce que les autres ont déjà trouvé, et en lui faisant examiner méthodiquement toutes les techniques humaines, même les plus insignifiantes, mais de préférence celles qui manifestent ou présupposent un ordre.*

*Rene Descartes*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Professor do Mestrado em Direito da UFC. Doutor pela Universidade de Santiago de Compostela-Espanha. Presidente da AIADCE-Ass.Ibero-Americana de Direito Constitucional Econômico.

<sup>2</sup> DESCARTES, Rene. 'Règles pour la direction de l'esprit. In: Oeuvres philosophiques, Tome I, Paris: Garnier Frères, 1963, p. 126

## 1. INTRODUÇÃO

Por ocasião da ampla discussão do Plano Político Pedagógico – PPP, no âmbito dos diversos departamentos da Faculdade de Direito da UFC, ao largo do ano acadêmico de 2006, me dispus a escrever alguma reflexão sobre a Metodologia do Ensino Jurídico, a partir das influências recebidas pelas epistemologias cartesiana e empirista. Minha intenção é transmitir nossa contribuição pessoal à melhoria da qualidade do ensino (de disciplinas jurídicas) que é, indubitavelmente, o ponto prioritário e basilar do PPP de nossa Salamanca cearense, seja na pós-graduação, seja no quadro curricular da formação acadêmica.

## 2. POSIÇÃO EPISTEMETODOLÓGICA DA MODERNIDADE.

Todos sabemos que o caráter manipulador das ciências modernas tende a reduzir todo o saber- inclusive o jurídico- aos cânones experimentais. Um saber assim com caráter predominantemente tecnológico exalta a razão instrumental do ser humano, em detrimento das indagações filosóficas e éticas.

Com efeito, nossa postura metodológica – durante a produção deste artigo, pelo menos- consiste em traçar um panorama das idéias e teorias que concorreram para caracterizar a modernidade, na busca de um caminho através do qual se aproveitou o homem para dominar a natureza, fundamentar um saber legitimado, responsável, regrado. Na verdade, a metodologia científica em Ciências Sociais - cujo campo de incidência abrange, necessariamente, o relacionamento do poder e do direito com a ação comunicativa, objeto do presente ensaio -, carece de uma auto-consciência que se expressa por meio de sua fundamentação teórica. Destarte, pretendemos incursionar sobre as contribuições teóricas formuladas pelo empirismo, especialmente Francis Bacon, e pelo racionalismo, em especial, Descartes, de modo a configurar um painel comparativo entre a lógica advinda dessas correntes instrumentais do pensamento moderno e a lógica dialética enquanto saber que busca contextualizar-se, que busca descobrir uma totalidade concreta na qual se situam suas próprias descobertas.

Por outro lado, a temática da comunicação se integra no conjunto de investigações exercidas pelas Ciências Histórico-Hermenêuticas através da utilização da razão simbólica do homem.

Com efeito, tendo em vista que não existe vida humana sem interpretação, vive o homem num mundo simbólico.

Essa significação se transmite, primeiramente através da linguagem, cuja importância no mundo simbólico pode ser ressaltada como a instituição das instituições. A linguagem é essencialmente uma relação consigo, com a realidade, social: falar é falar com os outros, enfim, é uma mediação entre os homens. O renomado comunicólogo da Escola de Frankfurt, Juergen Habermas, para quem

a Sociologia se confunde com a teoria da **ação comunicativa**, considera que a ideologia do capitalismo tardio é aquela que reduz todo o saber aos cânones experimentais, ou seja, ao saber instrumental com interesse tecnológico e, conseqüente atrofia dos valores culturais, éticos e filosóficos.

Da ação humana instrumental á ação humana simbólica, contudo, reside grande distância senão uma certa dose de impossibilidade. Torna-se impossível reduzir a comunicação simbólica à ação instrumental do homem porquanto o falar é um agir de natureza própria, ou seja, revela o ato pelo qual , dois sujeitos se entendem sobre algo. Como assevera Manfredo Araujo de Oliveira “o dizer se transcende a si mesmo na medida em que se diz algo, isto é, revela o sentido de algo, refere-se, pois, essencialmente ao real, que é, assim, elevado ao nível do sentido”.<sup>3</sup>

Este sentido é sempre revelado a alguém.

Eis já uma diferença fundamental ou regra de diferenciação entre as civilizações clássicas e as da modernidade: enquanto aquelas se legitimavam pelas vias religiosas e políticas, as civilizações modernas buscam se legitimar pelas vias tecnológicas e científicas.

No entanto, cumpre-nos, nessa primeira abordagem do tema situar corretamente os horizontes científicos de nossa postura método-epistemológica da comunicação. Ao revisarmos os projetos metodológicos do saber racionalista cartesiano, bem como empirista baconiano, comparativamente ao projeto metodológico do saber dialético, tencionamos encarar a ciência não apenas como produto humano mas, igualmente, como atividade humana, ação do homem para compreender e mudar o mundo.

Com efeito, toda vida humana tem dois momentos fundamentais: o da construção e o da interpretação. O homem é um paradoxo, na medida em que se caracteriza, pois, por esses dois momentos, o da criação e o da negação, os quais, segundo Manfredo Oliveira<sup>4</sup> se opõem tais dois momentos: o da criação e o da negação. Ele é ao mesmo tempo situado no tempo, inserido num determinado contexto, condicionado pela História, sendo essa situabilidade do ser humano uma condição de possibilidade de qualquer ação, lhe restando sempre, porem, a possibilidade de questionar-se acerca da validade desta realidade objetiva determinada. Surge ai o segundo momento da utilização da liberdade humana: o da criticidade ou negação pela vida interpretativa. Assim e que nenhuma totalidade concreta esgota o Homem.

O filósofo cearense Manfredo Oliveira analisa muito percucientemente essa condição paradoxal do homem: “Em cada totalidade concreta, em que se insere o homem, emergem algumas estruturas fundamentais, nas quais se

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **A educação e os fundamentos antropológicos dos horizontes científicos** (Mimeografo), Fortaleza, 1989, p. 3

<sup>4</sup> OLIVEIRA, op.cit. p. 4.

efetiva o processo de mediação entre homem e mundo: ele sempre se encontra relacionado com a natureza, que ele trabalha e com os outros homens, com os quais ele está em interação simbolicamente mediada e com os quais estabelece relações específicas.”<sup>5</sup>

Antes de partir para uma análise das condições de possibilidade da **praxis** comunicativa humana, torna-se imprescindível refletir sobre a passagem do saber clássico para a ciência moderna da natureza iniciada com os nominalistas medievais da fase mais recente e corporificada pelas contribuições método-epistemológicas cartesianas e baconianas -,no que essas correntes modernas da filosofia das ciências revolucionaram o modo de conceber o saber, como o de conceituar a própria natureza, com vistas a domá-lo.

Enquanto a ciência e o saber tradicionais - desde suas primeiras sistematizações feitas pelas obras aristotélicas -, se baseavam na intuição da sensibilidade ou do intelecto, o saber e as ciências modernas menosprezam a intuição sensível, sendo apontada como fonte de erro pelas concepções epistemológicas racionalistas, em especial por Descartes.

Mas, em que consistiu o projeto método-epistemológico do saber de René Descartes? É o que veremos, a seguir.

### 3. PROJETO METODOLÓGICO DE DESCARTES

O projeto metodológico do saber cartesiano representou um corte transversal no conhecimento moderno, uma verdadeira revolução epistemológica nos princípios do século XVII. Tendo vivido uma geração após Galileu, René Descartes já esteve mais inserido no contexto da modernidade caracterizado pela ascensão da burguesia, pelo capitalismo mercantil e desenvolvimento das cidades, cuja herança científica ligada por seu antecessor buscava se nortear pela certeza, pelo método e pela sistematização.

De fato, não se observara, fosse na antiguidade clássica ou no período medieval, tivesse se desenvolvido a metodologia científica.

A primeira grande contribuição do projeto metodológico do saber cartesiano se relaciona com suas reflexões sobre o papel do método. Para ele aí residia a essência ou a estrutura fundamental do conhecimento científico. Ou mais: a ciência, segundo René Descartes, não tem método, é método, Numa linguagem popperiana diria que o método e o princípio de demarcação do conhecimento científico. O método, assim, era tão importante para Descartes que em uma de suas obras, defende o caráter matemático do saber, ou seja, a determinação prévia do saber a partir unicamente da razão.

Descartes sonha com a possibilidade de conhecer os princípios de todo o real através de uma concepção unitária do saber.

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 2.

Octave Hamelin assevera que,

si recordamos ahora que todo conocimiento consiste en la captación de naturalezas simples y en la formación de agregados de naturalezas simples, veremos todavía mejor como y por que el método cartesiano es en lo esencial un conjunto de procedimientos, casi de recetas, pero de recetas racionales e infalibles como la razón.<sup>6</sup>

O racionalismo cartesiano projeta a autonomia da razão para a manipulação do real. O caráter matemático do saber cartesiano se justifica, portanto, na medida de sua determinação previa a partir unicamente da razão. Nesse sentido, apura-se a auto-consciência do saber racionalista, cuja primeira distinção com o empirismo desponta já voltada, por quanto a visão global do real se estrutura tão somente a partir da razão humana, independentemente da experiência - matéria tão prioritária ao projeto gnosiológico baconiano, como se verá no próximo tópico.

O projeto do saber em Descartes assume desde cedo essa consciência de autonomia científica. Logo na primeira parte, Descartes afirma:

Assim, a pouco e pouco, libertava-me de muitos erros, que podem ofuscar a nossa luz natural e tornar-nos menos capazes de ouvir a razão. Mas, depois de assim ter dispendido alguns anos a estudar no livro do mundo e a procurar adquirir alguma experiência, tomei um dia a resolução de estudar também em mim próprio e de empregar todas as forças do meu espirito a escolher os caminhos que devia seguir<sup>7</sup>.

O método cartesiano busca, assim, estabelecer momentos do processo cognitivo: primeiro, a dúvida metódica e absoluta. Para Descartes, a ciência clássica carecia de cientificidade, posto que não tivera método, mostrara-se sem alicerce ou fundamento. E tendo em vista que o conhecimento, para Descartes, era absoluto, a dúvida deveria ser igualmente absoluta. Duvidada de tudo, menos que pensava, que duvidada. Pensar, para o criador do racionalismo metódico era sinônimo de auto-presença, de auto-posse, auto-percepção e auto-consciência. De conseqüência, o ideal do saber moderno era ter um juízo próprio, capaz de auto-legitimar-se pela reflexão de si mesmo. Assevera o autor do "Discurso":

E tendo notado que no **Eu penso, logo existo**, não há nada que me garanta que digo a verdade a não ser que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, julguei que podia tomar como regra geral que as coisas que concebemos muito clara e distintamente, são todas verdadeiras, havendo apenas alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente<sup>8</sup>

<sup>6</sup> HAMELIN, Octave. **El sistema de Descartes**. Tradução de Amalia Haydee Raggio. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 79

<sup>7</sup> DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1979, p. 48.

<sup>8</sup> DESCARTES, Rene. Discours de la methode, quatrieme partie. In: **Oeuvres philosophiques** (1618-1637) Tome I. Paris: F. Alquié Paris, 1963, ps.604-605. No original: "Et ayant remarqué qu'il n'y a rien du tout en ceci: je pense, donc je suis, qui m'assure que je dis la verité, sinon que je vois très

Esse ideal do saber cartesiano se diferencia fundamentalmente do saber clássico cuja aceitação passiva de todas as coisas se fazia notar. Descartes busca com o emprego de seu método racional a neutralidade científica, um conhecimento sem pressupostos. Com o emprego da dedução, ou seja, aquela operação pela qual se entende tudo que se conclui ou infere necessariamente de outras coisas conhecidas com certeza, Descartes faz a explicitação do saber até a exaustão. O conhecimento verdadeiro e certo, destarte, se desenvolve de si mesmo num processo de atomização que parte do complexo ao simples. O método cartesiano perde, portanto, o elo de ligação ou a mediação recíproca tão cara à metodologia ou lógica dialética, por exemplo, segundo a qual deve-se partir, inversamente, do átomo ao todo, do simples ao complexo, à totalidade concreta.

Por outro lado, torna-se imprescindível ressaltar que a explicitação do saber cartesiano visa prioritariamente sua matematização. Com efeito, o saber para Descartes só é real se matematizado.

Assevera Manfredo Oliveira,

Para Descartes, o saber humano, para se livrar da incerteza da experiência sensível, deveria atingir uma proporção matemática, que possibilita ao espírito humano uma transposição de todos os dados numa forma a ele adequada. O que importa no saber são medidas comparáveis entre si. Mudam-se, com o saber moderno, as próprias categorias fundamentais, que constituem o fundamento do projeto científico, pois elas são a partir de então número, medida e peso<sup>9</sup>

O projeto metodológico do saber cartesiano pretendeu, de fato, obter uma universalização da matemática, criar uma matemática universal como medida de números e dados certos. A matemática passou assim a ser o objetivo último do saber moderno em substituição à busca incessante da ciência clássica pelo conhecimento da essência das coisas; a indagação clássica acerca “do que é” a ciência moderna substituiu com outra acerca do “quanto é”. A comparação de grandezas funcionava como parâmetro científico das novas descobertas, respondia a demandas de dominação da natureza pela ciência e estudiosos modernos.

O filósofo educador cearense Manfredo Oliveira captou mui acuradamente o sentido desse tipo de saber racionalista quando ponderou que “com este saber, o homem não só se fazia capaz de captar racionalmente a ordem da natureza, mas, sobretudo, adquiria possibilidade de intervir nela racionalmente, isto é, baseado no conhecimento de suas leis.”

---

clairement que, pour penser, il faut être: je jugeai que je pouvais prendre, pour règle generale, que les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement son toutes vraies; mais qu'il y a seulement quelque difficulté a bien remarquer quelles sont celles que nous concevons distinctement”.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, M. op. cit. p. 4.

E mais:

Assim se abre uma porta para uma apropriação prática do mundo cientificamente mediada. A teoria se faz enquanto possibilitação de uma manipulação prática do mundo natural. Neste contexto, a ciência emerge, pela primeira vez, na história do Ocidente, como essencialmente ligada ao círculo da ação instrumental, pela qual o homem manipula as coisas<sup>10</sup>

O projeto metodo-epistemológico de Descartes se caracterizava por aquele saber denominado por Max Scheller de “saber de dominação”, que se contrapôs ao ideal supremo do saber entre os gregos antigos consistente numa espécie de “**saber de contemplação**”. O aparecimento da ciência moderna deuse, portanto, com a maturidade do homem e da história; nesse sentido, René Descartes ter-se-ia antecipado em mais dois séculos do positivismo comteano que classificou os momentos da história humana em teológico, metafísico e positivo. A infância da humanidade, para Comte, teria se caracterizado pela prevalência da visão teológica, somente tendo sido superada pela caracterização metafísica posterior, à qual o positivismo moderno superaria. O que se pretende, contudo, ressaltar é a crença cartesiana na metodologia moderna capaz de provocar uma revolução no saber, catalizados, seja pelo racionalismo, seja pelo empirismo baconiano, em especial no tocante às preocupações modernas com o método, a partir de 1620.

Com efeito, a pesquisa metodológica é preocupação central dessas correntes modernas da filosofia das ciências, cujos elementos mais expressivos como Descartes e Bacon servem-nos de estudo comparativo. Octave Hamelin bem comentou que

en ese momento aparece el **Novum Organum** de Bacon; luego vienen, después del **Discours de Méthode, De emendatione intellectus** de Spinoza (con el cual hay que relacionar la **Medicina mentis de Tschirnhaus**), el **Art de Penser de Port Royal**, la **Recherche de la Verité de Malebranche**, sin contar los diversos opúsculos de Leibniz, consagrados también al mismo tema y que, a veces, hasta admiten palabra método en el título<sup>11</sup>.

Apesar da tendência contemporânea às pesquisas cartesianas sobre o método, satisfaz-nos estabelecer uma comparação entre o racionalismo e o empirismo, cujo quadro sinótico (quadro número 1), adiante resumido, revela diferenças e aproximações inspiradas em Hans Albert, discípulo de Karl Popper, neo-empirista do Círculo de Viena.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, M. op. cit. p. 7

<sup>11</sup> HAMELIN, O. op. cit. p. 79.

## QUADRO NÚMERO 1:

TEORIAS	CARACTERÍSTICAS	
	RACIONALISMO	EMPIRISMO
1. Conhecimento	Revelação da verdade	Idem
2. Origem da revelação	A Razão	A experiência
3. Quanto à autonomia	Metódico	Empirista
4. Conteúdo e forma do conhecimento	Como deve ser conhecido (a forma e a estrutura)	No que deve ser conhecido (conteúdo experimental/ indutivo)
5. Neutralidade Metódica	Sem pressupostos	Idem (Parte o conhecimento de zero absoluto).

A mencionada pesquisa metodológica resultou numa epistemologia de dominação da natureza e das técnicas de comunicação, que os séculos posteriores conheceram de perto. Na verdade, o saber instrumental, advindo das reflexões cartesianas, se corporificou nos meios de comunicação de massa, desenvolvidos nos séculos XIX e XX, como uma mão na luva.

Os engenhos eletrônicos de comunicação que caracterizaram a presente Era, encontram sua origem tecnológica, precisamente, nas reflexões metodológicas de um Bacon e de um René Descartes, às quais incentivaram a pesquisa, a indução, a experimentação exaustiva em busca da verdade. A verdade, para Descartes, se confundia com a neutralidade científica. Para Francis Bacon, é objetiva.

Decididamente, sem a epistemologia-método cartesiana, a comunicação não teria evoluído de sua conceituação medieval encastelada para o dinamismo dialético dos meios de massa. Não fora a contribuição teórica cartesiana e baconiana, tão bem assimilada pela revolução industrial e revoluções democráticas dos três mais recentes séculos, os meios de comunicação não teriam atingido o estágio de operacionalização dos “**mass media**”.

Pelo visto, não obstante incluir o projeto metodológico cartesiano poucas reflexões acerca da comunicação e dos meios de comunicação, muito contribuiu aquele para o desenvolvimento destes, ao longo dos séculos posteriores à época seiscentista.

Esta a razão pela qual reflexionar sobre o projeto método-epistemológico

do saber cartesiano, comporta, no presente ensaio, a pertinência do estabelecimento do elo de ligação entre o velho e o novo, completa a relação dialética entre a comunicação antiga/medieval e o pensamento moderno.

O próximo tópico, a pesquisa baconiana face ao espírito comunicacional moderno, revela, inclusive, uma acurada premonição do filósofo seiscentista, ou seja, sua teoria dos ídolos afirma, segundo nosso juízo, com quatro séculos de antecedência em relação a Mashall McLuhan, que o **meio é a mensagem**.

Quais as bases teóricas do empirismo baconiano? Pois as veremos, à continuação.

#### 4. MODELO DO CONHECIMENTO EMPIRICO.

Francis Bacon<sup>12</sup> não desconhece a inteligência dos antepassados. Tendo vivido de 1.561 a 1626, Bacon foi professor de Direito na *Gray's Inn*, onde ensinou que o problema do saber aristotélico advinha do método empregado pela filosofia grega clássica, falso método, segundo Bacon, impossibilitador de mostrar ou aclarar o caminho justo para o conhecimento da natureza. Consoante Bacon, os fins da ciência moderna seria conhecer o real e manipular o real. Daí a razão do insucesso do saber antigo, porquanto a finalidade da ciência antiga era tão somente contemplar o real, reduzindo a capacidade de manipulá-lo.

Do confronto com o método antigo, exposto por Aristóteles no seu "**Organon**", parte Bacon para a apresentação de um novo método científico, no "**Novum organum**". Logo, no capítulo XXXII, do livro I, Bacon afirma que "a glória dos antigos, como a dos demais, permanece intata, pois não se estabelecem comparações entre engenhos e capacidades, mas de métodos".<sup>13</sup>

Tanto a metodologia baconiana visava manipular o real, em oposição à mera contemplação que caracterizou os objetivos da metodologia aristotélica e de resto, à da antiguidade, que Bacon informa que, "a ciência e poder do homem coincidem (cap. III, livro 1), uma vez que, sendo a causa ignorada, frustra-se o efeito."<sup>14</sup>

O projeto do saber baconiano visa, portanto, fazer uma ciência que se justifique por si mesma, independentemente de seu caráter não epistemológico, mas tão somente pela praticidade que Bacon quer transpor à ciência que deseja

<sup>12</sup> BACON, Francis. **NOVUM ORGANUM ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>13</sup> BACON, F. op. cit. p. 109.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 19. No original está assim, a referida citação, a continuação transcrito trecho mais completo: "The ancient authors and all others are left in undisputed possession of their honors; for we enter into no comparison of capacity or talent, but of method, and assume the part of a guide rather than of a critic.(...) Knowledge and human power are synonymous, since the ignorance of the cause frustates the effects".

construir: se distingue do pragmatismo típico da teoria dos sistemas e do funcionalismo americano dos dias correntes.

Por outro lado, o saber baconiano empirista vai interessar, de perto à comunicação e à metodologia do ensino jurídico, seja pela inspiração altamente experiencial que suscita, seja pela inauguração de um novo tempo, o moderno, que em muito se distingue do medieval e do clássico antigo, do período justiniano.

Os estudiosos de comunicação, bem como de Metodologia do Ensino Jurídico, por seu turno, têm se reportado à “**teoria dos ídolos**” como um dos aspectos mais interessantes e de permanente fascínio da filosofia baconiana. Com efeito, apesar da teoria dos ídolos não se constituir no cerne fundamental de seu pensamento metodológico, ou seja, a parte “construtiva” de suas proposições, sua mencionada teoria dos ídolos chama a atenção na medida em que se trata de uma postura preventiva do conhecimento justo, ou uma reflexão epistemológica de cura. Na expressão de Habermas, Bacon buscava uma ciência emancipatória, com a teoria dos ídolos, os quais, no dizer de Gaston Bachelard se constituíam em obstáculos epistemológicos à realização da ciência.

Mas, em que consistiam referidos ídolos, para Bacon?

Eram de quatro espécies: ídolos da tribo; da caverna; do foro e do teatro. Eram obstáculos naturais ao conhecimento humano, os dois primeiros; os restantes, óbices de perspectiva histórica.

Bacon resume: “São de quatro gêneros os ídolos que bloqueiam a mente humana. Para melhor apresentá-los, lhes assinamos nomes, a saber: ídolos da Tribo; ídolos da Caverna; Ídolos do Foro e Ídolos do teatro”<sup>15</sup>. Enquanto os dois primeiros ídolos diziam respeito à própria tendência humana ao erro, radicados na sua própria essência; os demais, ou seja, os ídolos do foro e do teatro relacionavam-se ao peso da linguagem e às disputas filosóficas, respectivamente.

Nesse particular afigura-se-nos, especialmente, intuitiva a reflexão baconiana, a ponto de podermos afirmar que o ídolo do foro prenuncia a tese McLuhaniana do meio confundir-se com a mensagem. Noutras palavras, ao reconhecer Bacon o peso da linguagem, a tirania das palavras, na comunicação, ao nível de fazer existir o inexistente, prenuncia, de certo modo, a tendência moderna dos meios eletrônicos de comunicação, onde, irrelevante mostra-se a mensagem. O **meio** é a **mensagem**, dirá McLuhan, alguns séculos após Bacon ter-se antecipado no reconhecimento do peso das palavras na comunicação.

Bacon, destarte, antecipou-se na análise da possibilidade das palavras exercerem uma **disfunção comunicativa** e **científica**. Senão vejamos o que afirma Bacon:

---

<sup>15</sup> BACON, F. op. cit. 25.

Há também os ídolos provenientes, de certa forma, do inter-curso e da associação recíproca dos indivíduos do gênero humano entre si, a que chamamos de ídolos do foro devido ao comércio e consórcio entre os homens. Com efeito, os homens se associam graças ao discurso, e as palavras são cunhadas pelo vulgo. E as palavras, impostas de maneira imprópria e inepta, bloqueiam espantosamente o intelecto. Nem as definições, nem as explicações com que os homens doutos se munem e se defendem, em certos domínios, restituem as coisas ao seu lugar. Ao contrário, as palavras forçam o intelecto e o perturbam por completo. E os homens são, assim, arrastados a inúmeras e inúteis controvérsias e fantasias.<sup>16</sup>

A estrutura fundamental do conhecimento humano na perspectiva baconiana, portanto, se constitui na origem do universal, já que, para ele, a ciência é universal, embora se confunda este com o particular. Ou seja, a solução encontrada pelo empirismo baconiano rumo à neutralidade e objetividade foi reduzir o conhecimento ao registro regulado dos fatos, a uma relação entre as coisas, esquecendo, porém, as mediações do conhecimento. Eis uma das contradições fundamentais da epistemologia-método empirista: olvidar-se que, por trás de determinada coisa, há sempre um conjunto de relações e mediações e não, fatos isolados.

A metodologia dialética, por seu turno, especialmente a que se deve utilizar no ensino do Direito, superará tal contradição afirmando que o conhecimento integra uma totalidade processual.

Assim, enquanto para Bacon, o conhecimento é fruto da lógica indutiva, para Hegel e Marx o real será conhecido pelo emprego da lógica dialética: para aquele interessa estudar o fato isolado; para estes, todo fato tem mediações, remete a seu evento produtivo, histórico.

O quadro sintético-comparativo, adiante exposto, dá uma rápida medida das diferenças entre as metodologias empirista e dialética:

#### QUADRO NÚMERO 2:

TEORIAS	EMPIRISTA	DIALÉTICA
1. A REALIDADE	O singular- o evidente- um fato-o aqui e agora	a totalidade processual
2. O UNIVERSAL	exclui as diferenças	inclui as diferenças
3. UM FATO FIXADO	o real	uma abstração.

Como se vê, os processos de conhecimento dialético e empirista-baconiano se distinguem profundamente. Apesar da dialética não negar o empirismo, percebe que ele não segue o rumo da verdade, ficando só no princípio, fazendo

<sup>16</sup> Ibidem, p. 28.

deste a própria finalidade da ciência. O próprio Marx reflete a evolução filosófica do idealismo quando reconhece que as categorias não são pura concepção mental e sim, as realidades expressas no pensamento. Já para a epistemologia empirista, o mundo se apresenta para ser passivamente conhecido pelos homens. O modelo do conhecimento apresentado, por Bacon, apesar das críticas que lhe foram formuladas, seja pelos não-empiristas das décadas de 1920 e 1930 (Karl Popper, Bertrand Russell, Rudolf Carnap, e demais componentes do **círculo de Viena**), seja pela dialética, como configurado no quadro sinótico retro exposto, se adequou perfeitamente como justificação para o desenvolvimento das comunicações modernas. O próprio Marx reconhece que o empirismo é criação do capitalismo. O Modelo empírico de reconhecimento e método inaugurado por Francis Bacon faz, portanto, a ligação do velho com o novo, liga as concepções clássicas de **contemplação do real** -típicas das filosofias aristotélicas e platônicas-, com as concepções de **dominação do real**, preparatórias da comunicação moderna, sobretudo em função da crescente importância que os meios e os veículos de comunicação desempenharão na mensagem contemporânea.

## 5. CONCLUSÃO

A ordem política moderna conhecerá a emergência da comunicação como **res juris** e, não apenas, fato social ou técnico, porquanto os engenhos eletrônicos de informação e comunicação de tal modo se sofisticaram, a partir do telégrafo sem fio que o Estado não mais pôde se omitir de regulamentar, de interferir ou intervir nesse campo. Seja com a introdução de normas jurídicas comunicacionais, tenha sido com mecanismos institucionais intervencionistas da parte do Estado, a nível constitucional, através da ordem econômica e social, certo é que impossível ficou para o poder público ignorar a grandiosidade dos avanços tecnológicos no território comunicacional.

Como vimos, portanto, o saber instrumental e empírico, que teve origem e sedimentação nos projetos epistemológicos de Descartes e Bacon, funcionou como uma preparação para a modernidade, aplainou as estradas que conduziriam a comunicação encastelada do período medieval e antigo para uma comunicação do tipo eletrônica e de massa, que o ocidente conheceu após a revolução industrial e ainda está a estudar, em pleno início do século XXI.

A assimilação da tecnologia apregoada pelos **métodos cartesiano e baconiano** traslada o homem do mundo comunicacional fechado para o mundo comunicacional aberto.

E adequando tais anteriores reflexões para o âmbito de avaliação do Plano Político Pedagógico, apresentado e aprovado pela Coordenação da Graduação em Direito da UFC, em 2006, nos indagamos se o ensino jurídico resultante da nova grade curricular proposta – com ênfase nos Direitos Fundamentais, e ressaltando a relevância de disciplinas relacionadas com o Direito Constitucional-, estaria, responsabilmente, apropriado para responder às demandas pós-modernas da autopsia do Direito, no início deste novo milênio.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACON, Francis. **NOVUM ORGANUM ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973

DESCARTES, René. DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1979

\_\_\_\_\_. Discours de la methode, quatrieme partie. In: **Oeuvres philosophiques (1618-1637)**. Tome I. Paris: F. Alquié, 1963, p.604-605.

\_\_\_\_\_. 'Règles pour la direction de l'esprit. In: **Oeuvres philosophiques**, Tome I, Paris: Garnier Frères, 1963.

HAMELIN, Octave. **El sistema de Descartes**. Tradução de Amalia Haydee Raggio. Buenos Aires: Losada, 1949.

OLIVEIRA, Manfredo. **A educação e os fundamentos antropológicos dos horizontes científicos**. (Mimeografado), Fortaleza, 1989.



---

## DOUTRINA ESTRANGEIRA

---





# A LEGITIMIDADE DA OBRIGAÇÃO DE VOTAR NA AUSTRÁLIA

Ana Maria D'Ávila Lopes<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo analisa a razoabilidade da obrigação de votar dos cidadãos na Austrália, buscando encontrar características similares com o sistema eleitoral brasileiro. Desse modo, temas como a natureza do direito do voto, os possíveis significados do absentismo, as vantagens e desvantagens dos sistemas obrigatórios e voluntários, a fundamentação da obrigação de votar, etc., são desenvolvidos a partir da experiência australiana.

## Palavras-chave

Voto. Absentismo. Sistema eleitoral. Eleições. Democracia representativa

## ABSTRACT

This article analyzes the reasonableness of compulsory vote in Australia, looking for common characteristics with the Brazilian electoral system. Thereby, topics such as the nature of the right to vote, the possible meanings of absenteeism, the positives and negative aspects of compulsory and voluntary systems, etc. are studied from a comparative perspective based on the Australian experience

## Key-words

Vote. Absenteeism. Electoral system. Elections. Representative democracy

O presente artigo visa analisar a legitimidade da obrigação de votar e suas repercussões práticas, a partir do pensamento da professora australiana Lisa Hill, exposto no artigo *"On the reasonables of Compelling Citizens to 'vote': The Australian Case"*.<sup>2</sup>

A escolha de analisar o sistema australiano do voto obrigatório justifica-se por ser, a Austrália, o Estado que possui o segundo mais antigo sistema obrigatório de votação (após a Bélgica) e, conforme posicionamento majoritário da doutrina estrangeira, o sistema obrigatório mais eficiente de votação.

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará e do Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.

<sup>2</sup> HILL, Lisa. *On the reasonables of Compelling Citizens to 'vote': The Australian Case*. **Political Studies**: 2002, vol. 50, Oxford, 2002.

Hill ensina que a legitimidade da obrigação de votar dificilmente tem sido estudada além do enfoque sobre os seus benefícios diretos para o povo, ou além da análise dos problemas que a obrigatoriedade provoca em relação à violação da liberdade de escolha.

Os liberais australianos, por exemplo, têm-se manifestado contra a irrazoável imposição de votar, argumentando que o direito fundamental da liberdade de escolha inclui também o direito de se abster e não votar em uma eleição.

Diante desse e outros posicionamentos contrários à imposição de votar, é que Hill decidiu procurar a justificação dessa imposição sem se limitar à clássica teoria que fundamenta a obrigação de votar apenas no poder de coercibilidade do Estado.

A primeira questão a definir é se a imposição de votar viola algum direito fundamental. Para os liberais, que são contrários à obrigação, o direito à liberdade de escolha é mais importante do que o respeito fechado aos valores democráticos da legitimidade, representatividade, igualdade política e diminuição do poder da elite.

Diferentemente, para a teoria democrática, a participação política da maioria é um elemento essencial de seu próprio conceito, sendo que o absentismo, comum nos sistemas facultativos de votação, pode colocar em dúvida a legitimidade do Estado. Assim, Roberto Amaral afirma que “o conceito de democracia – qualquer – é incompatível com o absentismo, pois a regra que legitima é o governo produto da vontade da maioria, expressa no processo eleitoral”.<sup>3</sup> Da mesma forma manifesta-se Paulo Henrique Soares, para quem o absentismo poderia “comprometer ainda mais a credibilidade da população nas instituições políticas nacionais”<sup>4</sup>.

Contra esse posicionamento, Bruno Wanderley Júnior salienta que a obrigatoriedade do voto contradiz o próprio sentido da democracia.

se, porventura, o voto for tratado por um sistema eleitoral como uma obrigação, uma imposição do Poder, ao invés de um direito, ele será uma obrigação, portanto não poderá ser chamado de exercício democrático, uma vez que a democracia se caracteriza pelo direito e o poder de escolha do povo. Direito este não apenas de escolher governantes pelo voto, mas de decidir por sua vontade se vai o não exercer esse direito<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 141 jul./set. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 37

<sup>4</sup> SOARES, Paulo Henrique. Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 161, p. 107-120, jan./mar, Brasília: Senado Federal, 2004, p. 108.

<sup>5</sup> WANDERLEY JÚNIOR, Bruno. A obrigatoriedade do voto em face da liberdade do cidadão no estado democrático de direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 1, n. 39, p. 47-67, Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 59.

Devemos observar, contudo, nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, que

quando se fala que o voto é obrigatório, nos moldes previstos pelo sistema constitucional brasileiro, se está a fazer referência à obrigatoriedade formal, ou seja, àquela que não está afeta ao conteúdo do voto e que por isso não retrata o dever político de votar<sup>6</sup>

Para Hill, o que se pretende defender não é somente a simples obrigação de participação política, mas defender a igualdade de oportunidade política, que é um dos valores fundamentais de toda cultura liberal, como a australiana. Invocar a liberdade de escolha como um direito superior, não apenas pode colocar em risco os valores democráticos, mas também a própria igualdade de oportunidades.

O sistema obrigatório de votação, segundo Hill, contribui na coordenação e racionalização da democracia, permitindo que os cidadãos, que não se conhecem, possam se comunicar e compartilhar suas preferências. Quando uma pessoa não comparece ao local de votação, está indiretamente se excluindo da sociedade e perdendo toda chance de coordenar suas preferências com as outras pessoas que pensam como ela.

Nesse contexto é que o governo australiano entende que sua função não deve apenas se limitar a alistar e organizar eleições, mas também oferecer a possibilidade de votar pelo correio, nos hospitais e nas prisões. Da mesma forma, o governo deve oferecer horários alternativos para os que, devido a suas crenças religiosas, não possam comparecer ao local de votação em determinado dia ou hora. O problema do absentismo dos aborígenes e das pessoas que moram na Antártida também é considerado, por meio da implementação de mecanismos que possam garantir uma maior participação. Outro exemplo interessante dessa preocupação, vislumbra-se no envio de cartões de aniversário para os australianos que fazem 18 anos, contendo informação eleitoral.

Toda essa preocupação é interpretada não como o afã do Estado australiano de conseguir o maior número de eleitores, mas como uma forma de garantir a igualdade de oportunidades. Com efeito, na medida em que o alistamento e o voto são obrigatórios, o Estado deve tomar as devidas providências para que todos os cidadãos possam cumprir de forma consciente com sua obrigação de decidir os destinos da sua própria sociedade, evitando que compareçam às urnas apenas para fugir das sanções previstas em lei, votando no primeiro nome que lhe sugerirem, em candidato que não conhece, em branco ou ainda, anulando o seu voto<sup>7</sup>.

O princípio democrático da igualdade na participação política não é apenas uma questão simbólica, mas implica também incentivar a participar em atos que afetem os interesses econômicos do povo.

<sup>6</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O voto: direito ou dever? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 12. n. 48 jul/set 2004, p. 91- 101. São Paulo: Revista dos Tribunais, P. 97.

<sup>7</sup> SOARES, P. op, cit p. 110.

A participação constante do eleitor no processo eleitoral torna-o ativo na determinação do destino da coletividade a que pertence, influenciando, desse modo, nas prioridades da administração pública ao sugerir, pela direção de seu voto, aos administradores e parlamentares, quais problemas desejam ver discutidos e resolvidos, a omissão do eleitor pode tornar ainda mais grave o atraso sócio-econômico das áreas pobres do país<sup>8</sup>

Nos Estados Unidos, cujo sistema de votação é voluntário, estudos comprovam que o governo dá mais atenção aos votantes, e isso é percebido não apenas durante as campanhas eleitorais, mas também na escolha e execução de determinadas políticas públicas.

A pobreza, por exemplo, é um fator de absentismo que termina favorecendo o *status quo*, a desigualdade. Uma das conseqüências mais sérias do absentismo é que não se consegue quebrar o círculo vicioso no qual se encontram os grupos mais desfavorecidos.

No entanto, o simples argumento que a imposição de votar justifica-se pelo próprio interesse do votante de receber as prestações públicas-estatais, não é suficiente para qualificá-lo como um dever, visto que o governo tem a obrigação de cuidar de todos, e não apenas dos votantes e é, justamente, esse o motivo pelo qual o Estado pode exigir que todos votem.

Questão relevante a determinar é se o absentismo é uma forma de expressão política a qual, para os liberais, poderia ser interpretada como uma eloqüente aceitação ou contentamento da situação em vigor. Não obstante, estudos realizados nos Estados Unidos, em 1996, comprovaram que os não votantes estavam duas vezes mais insatisfeitos com o governo do que os votantes.

Nesse sentido, resulta muito simplista a interpretação que se faz do absentismo como uma forma de contentamento ou aceitação do governo. Existem outros fatores relevantes que devem ser cuidadosamente levados em consideração como, por exemplo:

- a. isolamento geográfico: pela dificuldade das pessoas de se deslocarem aos centros de votação;
- b. isolamento social: pelo sentimento incorporado de exclusão social que a pessoa possa experimentar;
- c. baixa renda: pela necessidade de comparecer ao centro de trabalho em vez de ir a se alistar ou votar, ou até pela falta de dinheiro para o transporte público;
- d. baixa educação: pelo desconhecimento dos direitos dos que a pessoa é titular e a falta de consciência sobre a importância da participação política;

<sup>8</sup> SOARES, P. op. cit. p. 108.

- e. desemprego: não apenas pela falta de recursos econômicos que essa situação implica, mas também pelo sentimento de exclusão social que provoca;
- f. juventude: pela falta de consciência da importância da participação.

Observe-se, assim, que o absentismo pode ter muitas significações e não necessariamente deve ser interpretado como uma forma de concordância ou até de protesto contra o governo. Deve-se, nesse sentido, observar que não apenas o voto validamente emitido é uma manifestação política, pois o voto em branco<sup>9</sup>, o voto nulo e o voto “slogan” (contendo alguma frase significativa), são formas de expressão que devem ser levadas em consideração em uma análise sobre os sistemas de votação<sup>10</sup>

O absentismo tem um valor, uma significação, pois transfere o poder dos excluídos para os interesses dos mais fortes, como afirma Hill, não se trata de um jogo 0 – 0<sup>11</sup>.

Os defensores do sistema voluntário afirmam que não todo mundo se abstém no sistema voluntário, ainda que, segundo Hill, o mais importante não é saber *quantos* não votam, mas *quem* não vota. É um fato comprovado que nos lugares com maior desigualdade social, maior é o absentismo<sup>12</sup>.

Os defensores dos sistemas voluntários não apenas defendem que não há obrigação de votar, mas que não votar é moralmente indiferente. Contrariamente, nos sistemas onde existe a obrigação de votar considera-se esta não apenas uma obrigação, mas é qualificada como uma ação racional, pois votar constitui um dever cívico e social para com os outros membros da sociedade.

Votar é uma atividade social, coletiva, e não individual. Os sistemas obrigatórios mostram os erros dos sistemas voluntários, que concebem o direito de votação como um direito individual. Desse modo, as incongruências entre a imposição de votar e o direito de escolha, terminam quando o voto passa a ser considerado uma ação coletiva, e não mais uma ação individual.

Para muitos doutrinadores o ato de votar constitui um dever, e não um mero direito; a essência desse dever está na idéia da responsabilidade que cada cidadão tem para com a coletividade ao escolher seus mandatários<sup>13</sup>.

Na doutrina tradicional, encontramos diferentes posições a respeito da

<sup>9</sup> Sobre o valor político do voto em branco ver: COSTA, Tito. A propósito de votos em branco e votos nulos em eleições proporcionais e majoritárias. *Revista de Estudos Eleitorais*. v. 1. n. 2. p. 131-137. mai/ago. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1997.

<sup>10</sup> Cf. POWER, Timothy J. ROBERTS, J. Timmons. Voto obrigatório, votos inválidos e abstencionismo no Brasil. *Revista de Estudos Eleitorais*. v. 1. n. 3. p. 161-196. set/ dez. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1997.

<sup>11</sup> HILL, L. op. cit. p. 86.

<sup>12</sup> HILL, L. op. cit. p. 84.

<sup>13</sup> SOARES, P. op. cit. p. 108.

natureza do voto<sup>14</sup>. Assim, para Rousseau<sup>15</sup>, o voto era um direito individual, enquanto que para Jellinek<sup>16</sup>, o voto era visto como uma função social. De forma intermédia, Duguit<sup>17</sup> afirmava que não podia ser negado o caráter pessoal da manifestação do eleitor, sendo assim simultaneamente um direito individual e uma obrigação de cumprir uma função estatal.

Uma visão diferente é a apresentada por Carré de Marberg<sup>18</sup> para quem o voto não implicaria a atividade simultânea de exercer um direito e uma função social, conforme a teoria de Duguit, mas seriam duas situações alternativas, sendo o voto inicialmente uma faculdade subjetiva individual assegurada pelo Estado, transformada, posteriormente, em uma função social, momento em que a vontade do cidadão passa a ser parte do corpo eleitoral. De forma similar pronunciava-se Hauriou<sup>19</sup>, para quem o problema deve ser analisado a partir da distinção entre o eleitor individualmente considerado e o eleitor como parte do corpo eleitoral ao qual pertence.

De qualquer forma, o sufrágio, segundo Jorge Miranda, “pode ser considerado como o único capaz de proporcionar a formação e manifestação de uma vontade unitária e o mais eficaz meio de o povo agir sobre seus governantes”.<sup>20</sup> Tratando-se, segundo o mestre português, de um direito político cujo exercício é realizado em conjunto por todos os seus titulares, daí que o resultado seja global, pois embora cada cidadão vote individualmente, o voto somente terá valor se somado aos dos restantes eleitores.

No direito brasileiro, o voto apresenta o duplo caráter de ser um direito individual e uma função social<sup>21</sup>. Nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari,

O sistema brasileiro busca, como a Itália, uma solução eclética, que procura conciliar o sufrágio universal, fundado na soberania popu-

<sup>14</sup> Cf. RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Forense. Rio de Janeiro, 1998.

<sup>15</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1999, L. Livro IV.

<sup>16</sup> JELLINEK, George. *Tratado general del Estado*. Mexico. Continental, 1958. p. 477-478.

<sup>17</sup> DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. T. II. Paris: Librairie Fontemoing & Cie. 1928, p. 589.

<sup>18</sup> CARRE DE MALBERG, R. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 507.

<sup>19</sup> HAURIOU, Maurice. *Princípios de derecho político y constitucional*. Madri: Reus 1927, p. 237.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge. *A democracia representativa: princípios e problema gerais*. *Estudos Eleitorais*. v. 2, n. 1, jan./abr. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1998, p. 12.

<sup>21</sup> Constituição Federal brasileira de 1988:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante

(...)

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

(...)

lar, com a obrigatoriedade do voto e sanções que serão impostas ao eleitor pelo não cumprimento desta obrigação. Aceita o voto como um direito de função, conjugando a função eleitoral (um direito) com o seu correlato exercício (dever ou obrigação)<sup>22</sup>.

Questiona-se a respeito da semelhança entre a obrigação de pagar impostos e a obrigação de votar assim, se uma pessoa tem a obrigação de pagar impostos, como forma de contribuir com o Estado, teria também a obrigação de votar e decidir como o Estado deve ser governado. Hill nega essa comparação, afirmando que no caso do sonegador de impostos, por exemplo, este se beneficia do seu não cumprimento, enquanto que no caso do não votante, estudos mostram que seu absentismo lhe irá trazer menos benefícios do que se tivesse cumprido com sua obrigação.

Hill compara a obrigação de votar com a obrigação de educar, de assistir à escola, porque é uma forma de aprender o “complexo código social”<sup>23</sup> e faz a vida social e econômica possível, visto que a educação obrigatória é uma forma de buscar a igualdade de oportunidades. O fim da obrigatoriedade do voto para Soares “significaria um ganho irrisório de liberdade individual, constituindo, porém, uma perda substancial do nível de participação dos cidadãos no processo eleitoral”<sup>24</sup>. De qualquer forma, a limitação à liberdade de escolha é pequena em relação a outras imposições estatais já existentes, como pagar impostos, participar do Tribunal de Júri, etc

A obrigação de votar é uma obrigação entre os cidadãos. É uma rua de mão dupla, que envolve reciprocidade e mútuo benefício. Votar não pode ser entendido apenas como uma conglomeração de massas de atos individuais, mas como um agir coletivo. Nesse sentido, a obrigação justifica-se não apenas em relação ao próprio desenvolvimento, mas a do vizinho. A obrigação para com o Estado é secundária e prudencial.

Para alguns autores, a discussão sobre se o voto deve ou não ser obrigatório centra-se mais em uma “questão de conceitos e de valores, do que a uma questão de fato”<sup>25</sup>. No Preâmbulo do *Australian Citizenship Amendment Bill* de 1993, não se fala do “dever individual”, mas dos “laços comuns” que existem na sociedade. Por isso que na Austrália votar é uma questão cultural

Obrigação de votar é razoável porque beneficia os interesses da comunidade e protege os valores democráticos liberais e morais. Nesse sentido, conclui Hill afirmando que,

- a. obrigação de votar existe em função do interesse do eleitor;
- b. imposição é o meio para acabar com o absentismo;

<sup>22</sup> FERRARI, R. op. cit. p. 96.

<sup>23</sup> HILL, L. op. cit. p. 92.

<sup>24</sup> SOARES, P. op. cit. p.109.

<sup>25</sup> SANTOS, Eurico A. Gonzalez Cursino. Da obrigatoriedade do voto. *Revista de Informação Legislativa*. a. 41. n. 161. jan/mar 2004. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 103.

- c. imposição de votar é mais uma obrigação com os outros cidadãos do que com o Estado;
- d. a imposição de votar é uma obrigação com os outros cidadãos porque é universal e contribui para que toda a sociedade possa se desenvolver; mas, é também uma obrigação para com o Estado porque implica certo investimento público na realização das eleições, permitindo e fomentando a proteção de bens públicos e valores políticos;
- e. a obrigação de votar é razoável porque conduz a sociedade a proteger diversos valores democráticos, liberais e morais.

A exigência da participação política de todos os membros de uma sociedade justifica-se pela necessidade de dar concretização aos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade, propostos como metas a serem alcançadas por todo Estado que pretenda ser considerado democrático, onde não seja possível conceber a existência de direitos sem seus correlatos deveres.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política. **Revista de Informação Legislativa.**, ano 38. n. 141, p. 29-65, jul./set, Brasília: Senado Federal, 2001.

CARRE DE MALBERG, R. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de cultura Económica, 1948.

COSTA, Tito. A propósito de votos em branco e votos nulos em eleições proporcionais e majoritárias. **Revista de Estudos Eleitorais**. v. 1. n. 2. p. 131-137. mai/ago. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1997.

DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. T. II. Paris: Librairie Fontemoing & Cie. 1928,

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O voto: direito ou dever? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 12. n. 48 jul/set 2004, p. 91- 101. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho político y constitucional**. Madri: Reus, 1927.

HILL, Lisa. On the reasonables of Compelling Citizens to 'vote': The Australian Case. **Political Studies**: 2002, vol. 50, p. 80-101. Oxford, 2002.

JELLINEK, George. **Tratado General del Estado**. Mexico. Continental, 1958.

MIRANDA, Jorge. A democracia representativa: princípios e problema gerais. **Estudos Eleitorais**. v. 2, n. 1, jan./abr. p. 12, Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1998.

POWER, Timothy J. ROBERTS, J. Timmons. Voto obrigatório, votos inválidos e abstencionismo no Brasil. **Revista de Estudos Eleitorais**. v. 1. n. 3. p. 161-196. set/ dez. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1997.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Forense. Rio de Janeiro, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1999.

SANTOS, Eurico A. Gonzalez Cursino. **Da obrigatoriedade do voto**. **Revista de Informação Legislativa**. a. 41. n. 161. jan./mar 2004. Brasília: Senado Federal, 2004.

SOARES, Paulo Henrique. Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo. **Revista de Informação Legislativa**. ano 41. n. 161, p. 107-120, jan./mar, Brasília: Senado Federal, 2004.

WANDERLEY JÚNIOR, Bruno. A obrigatoriedade do voto em face da liberdade do cidadão no estado democrático de direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 1, n. 39, p. 47-67, Belo Horizonte: UFMG, 2001.





# UNA APROXIMACION AL CONCEPTO DE JUSTICIA: EL SENTIDO GRUPAL DE “LO JUSTO”<sup>1</sup>

---

*Antonio Peña Jampa*<sup>2</sup>

## RESUMEN

El presente artículo trata de aproximarse al concepto de justicia desde la abstracción o valorización y la percepción o materialización que hace cada grupo social. Se resalta el concepto de grupo social y dentro de éste el proceso de construcción de la justicia.

## Palabras-clave

Justicia. Grupo social. Construcción de la justicia.

## ABSTRACT

This paper deals with the concept of justice considering its approaching from the abstraction or appreciation and the perception or action of coming to fruition in each social group. The concept of social group is emphasized, and, within this, the process how the justice is constructed.

## Key-words

Justice. Social group. Construction of justice.

## 1. INTRODUCCIÓN

Abordar el concepto de justicia nos puede conducir por distintos caminos. Supone ingresar a uno de los espacios más discutibles de la filosofía jurídica. “¿Qué es Justicia?” es una interrogante que se ha intentado absolver desde siempre, por lo menos desde los filósofos chinos o persas a los filósofos griegos, o desde los filósofos africanos a los filósofos nativos americanos, hasta la actualidad. Contemporáneamente se habla de una ciencia de la justicia<sup>3</sup>, de

---

<sup>1</sup> El presente artículo es una revisión de parte del marco teórico de la investigación “Justicia Comunal en los Andes del Perú, el caso de Calahuyo” (Peña, 1998 [1991]).

<sup>2</sup> Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado, Master en Ciencias Sociales, PhD. in Law Professor Principal do Departamento de Direito da Pontificia Universidad Católica del Perú. Advogado. Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain (Bélgica).

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, James Paul. **Derecho y justicia material**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas de Europa-América, 1958.

una teoría de la justicia<sup>4</sup> o de una justicia global<sup>5</sup>, pero sin agotar el término.

Nuestra intención en las siguientes páginas no consistirá en ingresar a todos esos diversos caminos. Nos limitaremos enfocar brevemente el problema de la definición del concepto de justicia procurando precisar el sentido grupal o de grupo social de tal definición o su sentido contextual desde donde es definido.<sup>6</sup> Asumiremos un concepto general y práctico vinculado a este sentido grupal para con ello poder acercarnos más adelante a los conceptos de derecho y orden jurídico, buscando distinguirlos o precisarlos. Sólo con esta amplitud y pragmatismo será posible sostener la existencia de una justicia a nivel de grandes espacios sociales, como son los Estados, pero también a nivel de pequeños espacios sociales, como puede ser una comunidad andina.

## 2. LA JUSTICIA NO ABSOLUTA

Seguir el lineamiento antes señalado sobre el concepto de justicia supone, ante todo, separarlo del carácter absoluto con el que normalmente se le caracteriza. Solo a partir de esta separación será posible ubicar el concepto en su sentido plural o en un contexto determinado, lo que coincide con nuestro ya señalado objetivo.

Es usual que los tratados sobre teoría general del derecho destaquen del concepto de justicia el carácter de un valor absoluto e inmutable,<sup>7</sup> o atribuyéndole ciertas cualidades trascendentes,<sup>8</sup> o enmarcándolos dentro de ciertos principios absolutos que guían el Derecho.<sup>9</sup> Las líneas siguientes tienen una intención distinta. Nuestro interés estará orientado a aceptar su carácter de valor, pero no de modo trascendente o absoluto, sino situado en un contexto o una realidad determinados, lo que le da propiamente su sentido

<sup>4</sup> RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1986.

<sup>5</sup> POGGE, Thomas Winfried Menko ed. *Global Justice*. Oxford : Blakwell Publishing, 2001.

<sup>6</sup> Esta apreciación del sentido grupal del concepto de justicia, coincide con la teoría de Savigny en cuanto refiere la idea de pueblo para identificar el concepto de Derecho. No se puede hablar de El Derecho, sino de Este o Aquel Derecho, de acuerdo a los distintos pueblos, nos diría el mencionado autor. Ver Hernandez Gil, quien desarrolla claramente la teoría de Savigny en el capítulo referido a la Escuela Histórica. (HERNANDEZ, Gil. *Metodología del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945)

<sup>7</sup> Ver por ejemplo los tratados de la Escuela Jusnaturalista, como los de Santo Tomás de Aquino, donde el concepto de Justicia como el Derecho pueden ser equiparados con el poder divino (AQUINO, Tomas de. *Santo Suma Teológica (Selección)* / Introducción y notas por el P. Ismael Quiles, S.J. Madrid: Espasa – Calpe, 1979)

<sup>8</sup> Ver por ejemplo a Pacheco, particularmente el concepto de Justicia que desarrolla en su página 25 (PACHECO GOMEZ, Máximo. *Teoría del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones jurídicas de Chile, 1990).

<sup>9</sup> Ver por ejemplo la teoría de Dworkin, basada en principios para el sistema anglosajón (DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, 1988).

plural. Consideramos que tal carácter absoluto, inmutable y trascendente de la justicia conduce a una apreciación parcializada que excluye, en sí mismo, otras. En todo caso podríamos adelantar la posibilidad de entender tal carácter absoluto, inmutable y trascendente de la justicia a nivel de cada contexto o en la diversidad de espacios sociales del mundo, pero entonces creemos que tal concepto deja de ser absoluto, inmutable y trascendente.

Al respecto, queremos referir en primer lugar al cuestionamiento que sobre el carácter absoluto del concepto de justicia desarrolla Hans Kelsen, en oposición a la doctrina del Derecho Natural (Kelsen 1982). Sin pretensiones de alinearnos dentro de la propia teoría Kelseniana –en lo referido a su teoría para el Derecho-, su cuestionamiento a dicho carácter absoluto nos será de gran utilidad para dar apertura a la aproximación que queremos hacer al concepto de justicia.

El maestro austriaco Hans Kelsen (1881-1973), para abordar la búsqueda de su verdad en la ciencia del Derecho, relativiza el concepto de justicia. Cuestiona toda validez absoluta de cualquier norma de conducta; busca liberar a la justicia – y con ésta, a su Derecho puro- de cualquier carácter totalizante o absoluto. La justicia absoluta es un ideal irracional, según nos dice:

Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es que es falsa la pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana –lo cual supone que sólo hay un nivel de conducta humana justa, que excluye la posibilidad de considerar que el sistema opuesto puede ser justo también- Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado es que *la razón humana sólo puede acceder a valores relativos*. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. *La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre*. Desde el punto de vista del conocimiento racional, no existe más que intereses humanos y, por tanto, conflicto de intereses. La solución de estos conflictos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento del otro o mediante un compromiso entre los intereses en pugna. Es imposible demostrar que sólo una de las dos soluciones es justa. Una u otra pueden ser justas según las circunstancias. Si tomamos la paz social como fin último, y sólo entonces, la solución del compromiso puede ser justa, pero la justicia de la paz es (también) una justicia únicamente relativa y no absoluta.”(1982: 58-59, cursivas nuestras).

Kelsen no acepta la caracterización absoluta de la justicia frente a la constatación racional de los conflictos de intereses entre los seres humanos. Dentro del conocimiento racional del hombre – nos dirá- sólo será posible apreciar una justicia relativa, porque el mismo hecho de considerar algo como “justo” no quita la posibilidad de que lo otro pueda llegar a ser considerado “Justo” también; con ello no excluye la existencia de lo “injusto” como “justo”.

En la resolución de conflictos relacionados a intereses humanos la solución que se asume no impedirá lo "injusto", así tales conflictos se resuelvan a favor de una de las partes que muestre la mayor diligencia y las mejores pruebas, o así las partes del conflicto lleguen incluso a una transacción. Pero más aún, en los mismos conflictos de intereses humanos, así las partes llegasen hoy a un "arreglo justo", esto no significará que dicha solución aparentemente "justa" para ambas partes sea absoluta, porque al día siguiente ambas partes podrían pensar de manera distinta o entrar –por intereses relacionados- al mismo conflicto. La existencia de cualquier juicio de solución se ve rodeada inmanentemente de su opuesto, sin poderse determinar cuál de los dos es "justo" o "injusto". En el fondo, creemos, el incesante cambio de las cosas, de las opiniones como de los propios intereses sumadas a la ambición humana de acumular más bienes o valores y consumir más, justifican la interpretación de Kelsen.

Este cuestionamiento relacionado al carácter absoluto de la justicia lo tendremos en cuenta para las reflexiones siguientes. A partir de él, que parte de la apreciación de un destacado pensador del Derecho Moderno, es que creemos podremos fundamentar una mayor apertura para el desarrollo grupal y contextual del concepto de justicia. Sin embargo, el sentido relativo de la justicia de Kelsen no es estrictamente nuestro paradigma. Es más bien un referente para buscar interpretaciones alternativas.

### 3. UNA DEFINICIÓN GENERAL DE LA JUSTICIA

Volviendo a nuestra intención preliminar de pretender una aproximación general y práctica al concepto de justicia, nos toca ahora adelantar nuestra definición. Podemos definir la justicia en los siguientes términos: Se trata de aquella armonía u orden, de la cierta congruencia, proporción o equidad, y hasta de una cierta relación armoniosa con el cosmos, que abstraen y perciben los miembros de un grupo social.

De esta definición debemos tener en cuenta, en primer lugar, que las referidas categorías, características o propiedades de la justicia como son "armonía", "orden", "congruencia", "proporción", "equidad" y "relación armoniosa con el cosmos", corresponden a las teorías clásicas del concepto de justicia. Esas categorías o propiedades han sido tomadas indistintamente de conocidos jusfilósofos. Vecchio habla de armonía, congruencia y proporción de la justicia (1925: 1-3); Rawls se refiere fundamentalmente a la equidad de la justicia (2002 [1985]), y Willey destaca el significado de orden y de relación armoniosa con el cosmos en la justicia (1979:77). Sin embargo, no es nuestra intención discutir el contenido o los tipos de estas categorías o propiedades – que pueden ser muchas más, y una multitud la interpretación de sus significados; nuestra intención principal será situar tales categorías o propiedades en una realidad o contexto determinado y de allí definir su sentido plural.

#### 4. LA DEMARCACIÓN GRUPAL DE LA JUSTICIA

Lo que más importa de la definición de justicia arriba presentada es, en efecto, relacionar esas categorías o propiedades con su medio o contexto social, que no es otro que identificarlos a nivel de un grupo social determinado. A través de esta relación es que es posible entender el contenido o tipos de propiedades o categorías del concepto de justicia, así como los niveles o acciones de abstracción y percepción que componen el mismo concepto de justicia. No podríamos hablar de armonía u orden, de congruencia o equidad, ni de cierta relación armoniosa de los hombres con poderes sobrenaturales (como creer que los santos o las montañas o apus castigan), si es que no identificamos esas actitudes con un grupo social. Los actos de abstracción, como los de percepción o materialización de lo que se entiende por “lo justo” en una situación determinada no pueden precisarse si es que no hacen referencia a quienes socialmente intervienen, esto es un conjunto de individuos cohesionados o un colectivo. Es decir, lo que nos interesa, al final de todo, consiste en situar el concepto de justicia –sobre todo, al tener en cuenta su relatividad, como señala Kelsen- remitiéndonos para ello a tratar de definir el contexto social, que no es otro que tratar de entender lo que piensa y vive cada grupo social, étnico o cultural diferente.

Siguiendo este razonamiento, es necesario referirnos previamente a lo que entendemos por grupo social. Sólo después, será posible ingresar a la parte más difícil y conflictiva del análisis conceptual que queremos hacer: entender cómo se elabora el concepto de justicia al interior del grupo social. Para ello, los niveles, planos o acciones de abstracción y percepción o materialización son cruciales para entender como es la justicia. Después de ello podremos entender más claramente el sentido plural del concepto de justicia, destacando que dicho concepto no puede ser considerado igual para todos los grupos sociales y que, por lo demás, cambia históricamente.

Por grupo social o cultural queremos referirnos –de modo general- a una unidad básica, el conjunto de individuos que, asentados en un espacio territorial, se ven identificados con un tipo de organización político social, con relaciones de producción económica propias, así como elementos culturales tradicionales y actuales. Un ejemplo representativo de esta definición de grupo social caracterizada como unidad básica puede ser la comunidad campesina, sea andina o amazónica. En esta comunidad se puede apreciar el asentamiento de individuos en un territorio comunal, identificados con una organización política-comunal propia –aunque dejar de tener relación en el Estado Central-, con una economía también particular- que a su vez puede incluir su relación con el mercado-, así como un folclore y cosmovisión que muestran elementos culturales propios.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Ver la definición de comunidad campesina en Diez (DIEZ HURTADO, Alejandro. **Comunidades mestizas. Tierras, Elecciones y Rituales en la Sierra de Pacaipampa (Piura)**). Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999), como en Peña (PEÑA JUMPA, Antonio. **Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo**). Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998, capítulo 2).

Pero también podemos hablar como referencia de grupo social, aunque de modo más general y complejo, de los Estados Nacionales. Estos serían macro grupos sociales en los que sus miembros se sienten identificados con un territorio, una organización política social, una organización económica y valores culturales. Sin embargo, resulta más difícil aplicar la referencia de grupo social a los Estados plurinacionales, -Estados Federales, Confederaciones o Comunidades de Estados. Que más bien comprenderían a una heterogeneidad de grupos sociales.

Lo que destaca del concepto de grupo social es la capacidad de integración entre los individuos o miembros que lo conforman. No es que la totalidad de miembros se sientan integrados, pero si la mayoría de ellos o una parte importante de ellos que haga posible una satisfacción y representación total. Lo importante es que los miembros del grupo social puedan resaltar de sus relaciones o interacciones intereses colectivos, más allá de los nuevamente individuales a pesar de la influencia o poder de pequeños grupos económicos.

## 5. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE JUSTICIA BAJO EL SENTIDO GRUPAL

En los grupos sociales antes definidos, que nos ha permitido contextualizar el concepto de Justicia, se puede apreciar de modo particular la capacidad de elaborar su propio concepto de justicia, tal capacidad supondrá un proceso que responderá a situaciones complejas que parten de la subjetividad de cada individuo y de la interacción de estos dada las propias relaciones al interior de su grupo social. Intentando acercarnos a esa complejidad, señalaremos que el proceso de elaboración del concepto de justicia puede distinguir por lo menos dos principales planos o condiciones:

a) Por un lado el plano que denominaremos de valoración del concepto de justicia, que corresponde a aquel donde se desarrolla el conjunto de relaciones socioeconómicas y culturales que diariamente vive el grupo de manera normal, ajeno a sus conflictos;

b) Por otro lado, el plano que denominaremos de percepción o materialización, que comprende el conjunto de relaciones, sobre todo sociales, que afronta el mismo grupo ante la presencia de sus conflictos.

En el primer plano, de valoración del concepto de justicia, al referirnos a las relaciones socio-económicas y culturales del grupo (sin conflictos) nos estamos refiriendo a la manera como el conjunto de individuos se reúne, se organiza y administra sus bienes, a la forma como producen económicamente, así como a la forma de ser o actuar que surge ante sus elementos culturales propios. Estas situaciones son entendidas por los miembros del grupo como "normales", propias de su vida diaria aunque sujeto a cambios, como se explicará más adelante. Bajo esta aparente normalidad el grupo va definiendo

su concepto de justicia. Así, el conjunto de individuos abstrae o idealiza lo que cree “justo” en sus relaciones socioeconómicas y culturales, va limitando mentalmente o subjetivamente dicho concepto. Por ejemplo, en sus relaciones laborales el conjunto entiende como “justo” que los hombres se presten su fuerza de trabajo de modo recíproco para producir y subsistir, como ocurre con el *ayni* que predomina en las comunidades andinas; o también entiende “justo” que por la fuerza de trabajo del obrero o empleado se tenga que pagar una contraprestación en dinero –que siempre descuenta una plusvalía- para producir y subsistir, como ocurre en la sociedad moderna bajo el régimen capitalista. Los elementos o condiciones de este plano de la justicia se va generando en el actuar diario, consentido –sin conflictos- por el grupo, a través de criterios de valorización, abstracción, –que también podemos denominar justicia sustantiva (Peña 2006)- que se encuentra en relación con la realidad del grupo social.

Sin embargo, esta justicia del valor, idealizada por los individuos del grupo social, se agota ante el surgimiento de los conflictos. Aquí ingresamos al segundo plano de la justicia, de percepción o materialización como lo hemos denominado. Teniendo en cuenta la variedad de intereses entre los individuos, tanto la presencia inevitable de conflictos entre ellos, el grupo requerirá de una manifestación más objetiva que busque hacer prevalecer lo que está entendiendo por justo. Es decir, esa parte de la justicia abstraída de las relaciones diarias de los individuos para permanecer y, al mismo tiempo, para cambiar, requerirá mostrarse o percibirse<sup>11</sup> válida ante el mismo grupo social, requerirá materializarse ante el conjunto de sus miembros. Así, en el mismo ejemplo de las relaciones laborales, si un individuo no quiere ser recíproco con el *ayni* o no quiere pagar la contraprestación del capital, entonces se tendrá que acudir ante los órganos resolutorios o de control social del grupo para que establezcan la sanción de lo que sus miembros consideren justo en aquel momento. Los propios individuos del grupo a través de las relaciones de su organización social, decidirán sobre “lo justo” o “lo injusto”. Podrá tratarse de una decisión tomada indirectamente, a través de un órgano especializado preparado para ello, como ocurre con el sistema judicial de un Estado Moderno, o, también de una decisión tomada directamente a través del consenso, la unanimidad o el voto por mayoría de una asamblea de los miembros del grupo social, como ocurre en el sistema judicial de comunidades andinas. Lo relevante es que siempre será el mismo grupo social el que sancione como justo lo que anteriormente abstraigo como tal.

Podrá decirse que esta intención del grupo casi siempre se verá disminuida por existir ideas discrepantes en sus miembros. Sin embargo, aunque esto ocurra, aunque resulte aparentemente imposible que el grupo social tenga un concepto

<sup>11</sup> Con el término “percibir” queremos referirnos a la acción de recibir una sensación interior o a la impresión material provocada en nuestros sentidos por alguna cosa exterior –como lo define la Real Academia Española. Incluso se establece su sinonimia con los términos “advertir”, “experimentar”, “notar” (LAROUSSE, *El Pequeño Larousse Ilustrado*. México, Buenos Aires: Larousse, 1996).

uniforme de justicia, será normal, en cambio, por la propia naturaleza del grupo o su supervivencia, que sus miembros comprendan que necesariamente tiene que llegarse a un acuerdo. A pesar de las discrepancias, que pueden ser radicales en un momento determinado, el sentido de grupo social motiva el desarrollo de un acuerdo de lo "justo" materialmente frente al temor de desintegración del mismo grupo. Esto porque la concepción de justicia tiene su razón de ser en el grupo social, como se explicó anteriormente, y entonces no tendrá la mayor relevancia si es que no es considerado socialmente por el conjunto de individuos del mismo grupo.

Entonces, resumiendo, el proceso de elaboración del concepto de justicia supone, dentro de la complejidad subjetiva de los individuos del grupo social y de sus interacciones, distinguir dos condiciones o planos de la justicia: el plano de la abstracción o valoración de la justicia, referido a la idea de justicia, que los individuos o miembros del grupo social van internalizando de acuerdo a sus relaciones socio-económicas y culturales cotidianas; y el plano de la percepción o materialización de la justicia, que se refiere en concreto a la puesta en práctica o en movimiento o externalización de la justicia por los propios individuos del grupo social.

Podemos considerar que todo individuo gira en torno a estos dos planos o condiciones del concepto de justicia. De un lado puede abstraer una idea de justicia, al poder calificar de "justo" o "injusto" una situación determinada que llega a conocer o experimentar. Pero al mismo tiempo, puede llegar a percibir o materializar la justicia no solo cuando conoce o experimenta una situación determinada, sino, sobre todo, cuando llega a participar o tomar parte en la sanción de "lo justo" o "injusto" de esa situación determinada no es necesariamente un conflicto, mientras en el segundo caso normalmente si lo es. En el primer caso, el individuo hace una abstracción de la situación determinada, de acuerdo, siempre, a la valorización de su contexto y a su formación aprendidos en el seno de su grupo social; en el segundo caso, más que una abstracción. Siente el hecho o la situación en concreto, la vive, la experimenta. El individuo, entonces, piensa la justicia, como también la puede sentir. Pero recalquemos que la validez de tal abstracción y percepción solo tendrá sentido socialmente, en interacción con los demás individuos o miembros de su grupo social.

Estos dos planos o condiciones del concepto de justicia no están separados ni son autónomos. Por el contrario, ambos interactúan dialécticamente: se complementan y se recrean en su oposición, constantemente. Ambos planos o condiciones se complementan en tanto los individuos o miembros de un grupo social no pueden tener una idea de justicia si es que antes no la han experimentado o recibido como formación de quienes la han experimentado o sentido; y previamente no la han abstraído o no la tienen como significado o valor aprendido por experiencia propia o de otros miembros del mismo grupo social. El factor formación-apreciación o educación se puede apreciar

importante en esta relación de complemento, puede apreciarse además una relación de recreación a partir de una cierta oposición entre ambos planos. La idea de justicia que tienen los miembros de un grupo social determinado se va enriqueciendo o transformando conforme la práctica o materialización de la justicia sobre las nuevas relaciones cotidianas o cambios emergentes; y viceversa, la percepción de la justicia, su plano práctico, se va transformando o adaptando conforme a la valorización o abstracción pensada o calculada sobre las nuevas relaciones cotidianas o cambios emergentes. Son estas nuevas relaciones cotidianas o cambios emergentes los que imprimen la necesidad de esa relación de recreación en el concepto de justicia. En suma, la justicia vive el plano ideal y práctico a la vez y va transformándose y enriqueciéndose en esta relación de sus dos planos a la vez.

## 6. EL SENTIDO PLURAL E HISTÓRICO DE LA JUSTICIA

Definida la justicia a partir del contexto de un grupo social y a través de los actos de abstracción y percepción de los individuos o miembros del mismo grupo social, refirámonos ahora a dos aspectos que también complementan su definición. Por un lado cabe sumar el carácter plural del concepto de justicia toda vez que dada la diversidad de grupos sociales existentes en una región, continente o en el mundo es posible ubicar un concepto de justicia conforme cada uno de estos grupos sociales. Es decir, el concepto de justicia difiere al no existir dos grupos sociales idénticos. De otro lado, se suma el carácter histórico del concepto de justicia, determinado por el paso del tiempo de cada uno de esos grupos sociales que conlleva a identificar diversos conceptos de justicia en ese paso del tiempo. Es decir, el concepto de justicia ha variado y varía históricamente.

Como ya lo adelantáramos inicialmente, el concepto de justicia se desarrolla en una diversidad de grupos sociales y por tanto dicho concepto no puede ser el mismo para esa pluralidad de grupos sociales. El concepto de justicia de un grupo social puede llegar a tener mucha semejanza con el concepto de justicia de otro grupo social, pero al final siempre serán diferentes en tanto los grupos sociales también lo son. Cada grupo social es diferente a otro en tanto cada individuo o miembro del grupo así lo es.

Bajo estos criterios, el grupo social racionaliza a través de sus miembros y de su interacción de los actos de abstracción y percepción con su medio, el contenido de su propio concepto de justicia. Esto quiere decir que las propiedades o categorías de la justicia antes citadas, como son los de armonía, orden, congruencia, equidad o hasta relación armoniosa con el cosmos, variarán de acuerdo al contexto socioeconómico y cultural de cada grupo social. Por citar un ejemplo: si un grupo social percibe el aborto como un delito grave, sea por los elementos sociales y culturales del grupo que definen sus miembros una

moral determinada, no necesariamente lo perciben así los miembros de otro grupo social. En muchos grupos sociales, incluso a nivel estatal de los Estados Unidos o la comunidad Europea el aborto llega a ser consentido sin ninguna duda. En otros grupos sociales, en cambio, como en aquellos de países Latino americanos, incluyendo el Perú,<sup>12</sup> el aborto es sancionado. Así, habrá variaciones a nivel valorativo y perceptivo de la justicia en cada grupo social. En algunos casos, incluso, existirán actos sociales no tipificados en otros grupos sociales, de acuerdo siempre al contexto que los caracteriza.

Pero no solamente hay diferencias en la valoración y percepción de la justicia por ser distintos los espacios sociales o contextos; también hay diferencias que surgen por la transformación de las relaciones sociales, económicas y culturales en el tiempo. A través de la historia de cada grupo social es posible distinguir un proceso de cambio del concepto de justicia. A través de este proceso de cambio el concepto de justicia nunca ha sido el mismo. De un lado opera el cambio del concepto de justicia a nivel de cada grupo social, pero el cambio también se produce con cierta generalidad a nivel de varios grupos sociales o una familia de grupos sociales dado el intercambio que desde estos mismos opera. Por citar un ejemplo, refirámonos a la casi ya olvidada institución de la esclavitud. En el pasado, esta institución era permitida, consentida y hasta auspiciada por los grupos sociales o sociedades nacionales predominantes. Era considerada como necesaria, "justa" o normal por el conjunto de individuos de esos grupos. En la actualidad, en cambio, dicha institución resulta sancionada, criticada y hasta repudiada. Si bien hay grupos sociales que continúan aceptando o practicando la esclavitud bajo el mismo nombre u otros nombres, la apreciación general es de considerar "injusta" la mencionada institución. La concepción de justicia, en el caso específico de los actos derivados de tal institución ha ido variando. La valoración de dichos actos, como su percepción o materialización desde cada caso concreto, se han ido transformando. Ello confirma cómo el concepto de justicia es relativo: tampoco puede ser igual en todos los tiempos. Esto porque la justicia irá transformándose en una relación dialéctica con los cambios operados en las relaciones sociales, económicos y culturales, como con los criterios de la resolución de los conflictos, de cada grupo social. Los miembros de los grupos sociales reaccionarán e irán adaptando su concepto de justicias en cada una de sus relaciones cotidianas: al cambiar el tipo de organización política, al cambiar el sistema de producción, al concebirse y practicarse de manera distinta una fiesta nacional o patronal, pero también al asumirse nuevos criterios o criterios distintos frente a los conflictos que derivan de estas relaciones. El concepto de justicia cambia al construirse una historia distinta día a día con el fluir mismo del grupo social.

---

<sup>12</sup> Para el caso Peruano, cabe aclarar que no solo nos referimos a la sanción legal que surge del Estado, sino además a la sanción real que desde grupos sociales como las comunidades andinas se aplica contra el aborto. Ver por ejemplo los casos de sanción comunal aplicadas por las comunidades Aymaras cuando ocurre un "castigo de la naturaleza como consecuencia de actos inmorales" (PEÑA JUMPA, Antonio *Castigos de la naturaleza como actos jurídicos y ecológicos: reflexiones a partir de la experiencia de los aymaras del Sur andino*. In: *Derecho y ambiente : nuevas aproximaciones y estimativas*, Lima: PUCP, Fondo Editorial, 2001).

## 7. BALANCE

Con todo lo mencionado en las líneas precedentes, podemos destacar que tan importante es situar grupalmente o bajo el contexto de grupos social el concepto de justicia. La naturaleza del concepto de justicia se encuentra en el sentido de grupo social que constituyen los seres humanos. No se puede hablar de equidad, congruencia, proporción, armonía u orden si es que no se tiene en cuenta la referencia de un grupo social y de las relaciones que sus miembros desarrollan. Es a nivel de cada grupos social que se puede entender la complejidad del proceso de elaboración del concepto de justicia: los planos de valoración o abstracción de la justicia y de percepción o materialización de la justicia solo se dan a partir de las relaciones sociales, económicas y culturales de los miembros de cada grupo social, así como de los conflictos que ellos mismos resuelven. La equidad, congruencias, proporción, armonía u orden se encuentran en esos planos de la justicia que los miembros de cada grupo social definen.

La relativización del concepto de justicia definido por Hans Kelsen ha servido de preámbulo para la aproximación de la concepción de justicia planteada. Pero ésta ha querido ir más allá. Destaca la relativización del concepto de justicia a nivel de los distintos grupos sociales y en la historia, pero ha querido plantear cierta estabilidad (relativa) a partir de su ubicación en cada grupo social. Si los miembros de un grupo social abstraen o valoran una relación social, económica o cultural como “justa”, o perciben o materializan la solución “justa” de un conflicto bajo un acuerdo o sanción determinado, entonces allí hay una cierta estabilidad (relativa) del concepto de justicia. La justicia nunca es absoluta, pero puede entenderse relativamente estable por los miembros del mismo grupo social.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomas de. **Santo Suma Teológica** (*Selección*) / Introducción y notas por el P. Ismael Quiles, S.J. Madrid: Espasa – Calpe, 1979.

DIEZ HURTADO, Alejandro. **Comunidades mestizas. Tierras, Elecciones y Rituales en la Sierra de Pacaipampa (Piura)**. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999.

DWORKIN, Ronald. **El imperio de la justicia**: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Barcelona: Gedisa, 1988.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Derecho y justicia material**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas de Europa-América, 1958.

HERNANDEZ, Gil. **Metodología del Derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945.

KELSEN, Hans. **¿Qué es la Justicia?**. Buenos Aires: Madrid: Fontamara, 1996.

LAROUSSE. **El Pequeño Larousse Ilustrado**. México, Buenos Aires: Larousse, 1996.

PACHECO GOMEZ, Máximo. **Teoría del Derecho**. Santiago de Chile: Ediciones jurídicas de Chile, 1990.

PEÑA JUMPA, Antonio. **Communitarian law and justice based on peoples identity: the Aymara experience**. Leuven: Katholieke Universiteit Leuven, 2006

\_\_\_\_\_. Castigos de la naturaleza como actos jurídicos y ecológicos: reflexiones a partir de la experiencia de los aymaras del Sur andino. In: **Derecho y ambiente : nuevas aproximaciones y estimativas**, Lima: PUCP, Fondo Editorial, 2001.

\_\_\_\_\_. **Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo**. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998.

POGGE, Thomas Winfried Menko ed. **Global Justice**. Oxford : Blakwell Publishing, 2001.

RAWLS, John. **Justicia como equidad: una reformulación**. Barcelona: Paidós. 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Justicia**. México: Fondo de Cultura Económica. 1986.

VECCHIO, Giorgio del. **La Justicia**. Madri: Góngora, 1925.

VILLEY, Michel. **Compendio de Filosofía del Derecho**. Pamplona: Cunsa, 1979.



# THE DUTY TO TAKE CARE AND LIABILITY FOR THE ACT OF THE THINGS IN COMPARATIVE LAW.

---

*Julio Alberto Díaz<sup>1</sup>*

## **ABSTRACT**

The twentieth century was extremely rich when referring to the formation of the fundamental bases for liability in both, Civil and Common Law. The present article aims at comparing different solutions for the same problem analyzing three of the most representative cases of that century in each system: *Winterbottom v. Wright* in England and the *Arrêt Teffaine* and the *Jand'heur* case in France.

## **Key-words**

Liability. Torts. Duty of care

## **RESUMEN**

El siglo veinte ha sido extremadamente rico en lo que se refiere a la formación de las bases fundamentales en materia de responsabilidad tanto en los derechos de raíz románica cuanto en el Common Law. El presente artículo apunta a la comparación de diferentes soluciones para un mismo problema recurriendo, para ello, al análisis de tres de los mas representativos casos del siglo en cada sistema: *Winterbottom v. Wright* en Inglaterra y el *Arrêt Teffaine* y el caso *Jand'heur*, en Francia.

## **Palabras-clave**

Responsabilidad. Responsabilidad Civil. Deber de cuidado

## 1. THE USEFULNESS OR USELESSNESS OF THE NOTION OF DUTY

Among the elements of liability existing in the Common Law, the duty of care represents a unique characteristic peculiar to this system. Its conception was completely unknown in Roman law and there is no a single trace of it in modern Continental systems. Therefore, this element of negligence brings to civil lawyers, the strongest angle for doubts in relation to its utility and scientific adequacy.

Those doubts do not belong exclusively to those coming from the civil law world. In effect, the unanimously recognized intellectual authority of Professor Buckland had already classified it as “an unnecessary fifth wheel on the coach,

---

<sup>1</sup> Pós-doutor pela University of Ottawa (Bolsista CAPES). Doutor em Direito Civil pela UFMG.

incapable of sound analysis and possibly productive of injustice.”<sup>2</sup>

In his seminal article “*Duty in tortious negligence*”, Winfield has also pronounced his disapproval in relation to the utility of the concept, maintaining that, in theory, it might well be eliminated from the tort of negligence, for it got there only by a historical accident and it seems to be superfluous. He also remarks that among the extensive set of circumstances in which a man was civilly liable for inadvertent harm in the early times, in not one of them could it be said that there was any formal and conscious postulation of a precedent duty on the defendant’s part to take care. He shows that, in fact, that duty was taken for granted and consisted in the defendant, either having put himself in a position in which any sensible man would act carefully, or in having assumed something like a status which demanded professional legal skill on his part.<sup>3</sup>

Leon Green has also expressed his disbeliefs saying that duties are usually stated in broad terms like the “duty to take reasonable care” and that, as such, it means little. Even when it is said that a person owes a “duty to take reasonable care (for example) towards other travelers on the highway”, or duty to provide a “reasonable safe place for a servant to work”, and the like, he sustains that those are little more than pious aphorisms. He argues that, in fact, nothing more has been stated than that some interests of travelers on the highway and some interests of a servant are given protection by organized society-government. But what interests and how much protection, or what specifically is required of respective defendants, are in no way indicated.<sup>4</sup>

He also questions the test that is been used and concludes that “the strangest chapter in all tort law” is that the foreseeability test for duty is nothing more than the foreseeability test of negligence, and also the one used for the determination of the violation of that duty.<sup>5</sup>

Professor Stone, in his precious book *The province and function of law*, condemns the pre-requirement of duty as being tautologous with the definition of negligence itself.<sup>6</sup> Similar observations remark that it is probable that not many cases could be found in which liability has been denied by the Court, on the ground of absence of duty, which could not have been similarly decided on the ground that damage to the plaintiff was not reasonably to have been contemplated.

More recently, Howarth has adhered to the long list of critics emphasizing that the central problem with the duty of care concept is that

---

<sup>2</sup> BUCKLAND, W.W. The duty to take care. (1935) 51. *Law Quarterly Review*, p. 639.

<sup>3</sup> WINFIELD, Percy Henry. *Duty in tortious negligence*. (1934) 34. *Columbia Law Review*, p. 78.

<sup>4</sup> GREEN, Leon. The duty problem in negligence cases. (1928) 28. *Columbia Law Review*, p. 1025.

<sup>5</sup> *Id.*ib. p. 1029.

<sup>6</sup> STONE, Julius. *The Province and function of law: law as logic, justice and social control; a study in jurisprudence*. Sidney: Associated General Publications, 1946, p. 181.

it appears as *unnatural and artificial*.<sup>7</sup> As an example of this, he points that to say that it is wrong to run some one over because there is a duty not to run over that particular person sounds extremely peculiar. It is wrong to run some one over because it is wrong to do harm, not because one 'owed a duty' to the victim not to run him over!<sup>8</sup>

Buckland had already put that in evidence. If a person has a defective step on his stairs and another is hurt by it, he says, the negligence certainly does not consist in having a defective stairs. Every one has a perfect right to have a defective stair and to keep it unrepaired. The tort consists in allowing other to be damaged by entering the danger zone without warning or taking other precautions against the damage. No one owes any duty not to be careless, every one has a right to be as careless as he likes. The duty is a duty not to harm others by carelessness and that duty every one owes to everyone, he concludes.<sup>9</sup>

However, some respected authors still consider the duty element as valuable. Fleming, for instance, believed that the question whether a duty exists in a particular situation involved a determination of law for the court, and offered, as a consequence, the procedural advantage of raising the issue as a preliminary question of law (or demurrer) or permitting the case to be withdrawn from a jury, even if there was sufficient evidence for a finding of negligence against the defendant. That circumstance led him to the conviction that the notion of duty aided consistency in the Common law and served as a brake upon the proclivity of juries to indulge their compassion for accident victims, without due regard for the wider implications of their findings in imposing undue burdens on particular activities.<sup>10</sup>

Even if this could have been an acceptable argument in former times, Hepple remarks that at the present time, this control is unnecessary now that jury trials in civil cases for negligence have disappeared.<sup>11</sup>

Lawson contends that the requirement of a legal duty to take care, or something analogous to it, is a necessary feature of any developed law of negligence. Perhaps anticipating critics that the *lex Aquilia* did not mention anything of the kind, Lawson says that it must be remembered that the *lex Aquilia* itself limited liability very strictly to killing and to damage done by a person who *usserit, ruperit, fregerit*, that is, burnt or broke the thing in question; and the jurists, though they enlarged the meaning of *ruperit* to include any spoiling (*corruperit*), insisted that the damage must have been done *corpore*

<sup>7</sup> Prosser also refers to the artificial character of the concept of duty. In the ordinary case, he says, "if the court should desire to find liability, it would be quite as easy to find the necessary 'relation' in the position of the parties toward one another, and hence to extend the defendant's duty to the plaintiff." PROSSER, William, KEETON, W. *On torts*. St. Paul: West Publishing, 1984, p. 357.

<sup>8</sup> HOWARTH, David *Textbook on tort*. London: Butterworth, 1995 p. 157.

<sup>9</sup> BUCKLAND, W *op.c it.*, p. 639.

<sup>10</sup> FLEMING, John. *The law of Torts*. Sidney: Law Book, 1977, p. 150.

<sup>11</sup> HEPPLER, Bob. Negligence: The search for coherence. *Current Legal Problems* (1997), p.78.

*corporis*, that is, there must have been physical damage to the thing, and a physical contact between it and the defendant.<sup>12</sup>

Stapleton considers that the value of the duty concept is that it allows courts to signal, what she calls, relevant systemic factors going to the issue of liability. A 'countervailing systemic' factor is one which the courts find persuasive in justifying the decision not to impose liability whenever it is present, even if the defendant in a particular case had clearly been careless and caused an actionable form of damage to the plaintiff.<sup>13</sup>

Dias adopted a conciliatory tone arguing that duty of care is a hybrid notion that combines a question of law and of fact, a dichotomy which is apparent in the language of judges and writers. For him, those who seek to defend its utility seem mindful of the element of law in it, while those who attack it are thinking of the element of fact.<sup>14</sup>

The undeniable practical wisdom of the Romans discarded any conception equivalent to the notion of duty. Their instinct led them to believe that it was more rational to say that there is always a duty not to harm people by negligence. *Alterum non laedere* (not to cause damage to others) that was the pivotal notion. The Roman law was clear: the tort consisted in damage wrongfully inflicted. The damage done was the cause of action. They did not have to think about a previous relation of any kind, because the relation was created by the damage itself. The duty was to compensate the economic disequilibrium caused by the act of the defendant. But all this functioned through the idea of *culpa*. Not taking the care that a reasonable man would take in the circumstances, as they were or should have been present to his mind was the basis of the notion of culpability, and if any damage resulted as a consequence liability should be imposed.

This method of rationalization passed on to all civil systems, which manage without the idea of duty with any detriment of soundness in the structure of the systems, or to the individual adjudication of justice. Markesinis has pointed, in relation to the German law, that if there is any link to the duty to take care, this is done with the broader question of whether or not the law recognizes or protects the type of interest interference which forms the basis of the plaintiff's complaint. In that sense, he thinks it would be better to speak of a plaintiff-protected rights rather than of a defendant's duty, especially when the focus is on the kind of injury the plaintiff has suffered.<sup>15</sup> Fleming noticed that *Tate & Lyle v. GLC* (1983) is a rare case where plaintiff's negligence claim was defeated specifically on the ground that he lacked a legally protected interest (to deep water access to his jetty).<sup>16</sup>

<sup>12</sup> LAWSON, Frederic Henry. Duty of care: a comparative study. (1947) 22. *Tulane Law Review*, p.113.

<sup>13</sup> STAPLETON, Jane. Duty of care: peripheral parties and alternative opportunities for deterrence. (1995) 111. *Law Quarterly Review*, p. 303.

<sup>14</sup> DIAS, Reginald Walter. The duty problem in negligence. (1955). *Current Legal Problems*, p. 198

<sup>15</sup> MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Torts*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

<sup>16</sup> FLEMING, J. op. cit. p. 150, note 6.

A similar method of rationalization looks particularly hard to imagine in the Common law, especially considering the strong influence of its historical roots. In effect, it is important to remind that trespass itself was a writ of wrong rather than a writ of right, where the plaintiff complained of a wrong rather than demanded the reinstatement of a right. The natural consequence of this was the need to prove the particular wrong that has been committed, instead of emphasizing the general right of not been harmed.

Perhaps, most of the uncertainty that prevails in the Common Law through the whole law of negligence could have been avoided if the general notion of liability for fault of the Civil law had been adopted. It has been said that the rule about setting up a legal duty *in limine* is superfluous, and that exactly the same result would be reached if the law simply said to the plaintiff: “prove that the defendant has harmed you by not acting as a reasonably careful man would have behaved in similar circumstances, and you have then made the case.”<sup>17</sup> In fact, Howarth believes that if that were the case, proximity could have been confined to its proper role as a test of remoteness of damage. He goes beyond and persuasively argues that what Lord Atkin was saying in *Donoghue* was simply that negligence requires both, fault (including foreseeability) and an absence of remoteness.<sup>18</sup>

## 2. WINTERBOTTOM V. WRIGHT AND THE IRREPARABLE DAMAGE RESULTING FROM IT, OR WHEN LORD ABINGER CROSSED THE RUBICON.

Apart from the discussion about its utility, the fact is that in the early times of the evolution of the Common law, the courts and lawyers functioned quite well without the use of the concept of duty of care.<sup>19</sup> In effect, there is no discussion in the earlier cases as to any ‘duty’ that must be antecedently proved to make the defendant liable. Of course, in pleadings of the eighteenth century there were references such as “not regarding his duty in this behalf, conducted himself so carelessly, negligently and unskillfully”, or some others of the kind but, in those cases, the sense of the expression was simply equiparable with the general idea of the Roman *culpa*.

Winfield believes that this ‘duty’ was not made the subject of critical discussion by counsel or by the bench, except to decide whether the action was founded on this, that, or the other branch of the law, i.e. whether the declaration was based on contract, tort, or what not.<sup>20</sup> It is certain that before *Winterbottom v. Wright* the plaintiff had always been able to sue without proving the existence of any kind of duty. As Winfield put it, the plaintiff might have lost his action for some other reason, but he had never lost it because he had not proved a duty to take care.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> WINFIELD, P. op. cit., p. 73.

<sup>18</sup> HOWARTH, D. op.cit., p. 265.

<sup>19</sup> THE, E.K. Reasonable foreseeability in negligence. (1975) 5. *University of Tasmania Law Review*, 45.

<sup>20</sup> WINFIELD, P. op. cit., p. 79.

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 85.

The absence of the necessity of discussion of that element in earlier cases, is probably the reason why old and respected authors, like Pollock have asserted that “duties imposed in tort are fixed by the law and independent of the will of the parties...all members of a civilised commonwealth are under a general duty towards their neighbors to do them no hurt without lawful cause or excuse.”<sup>22</sup> This statement has provoked the strong reaction of Hepple, who sustains that as a proposition of law, this was certainly wrong in 1887, since duties of care were recognised only in specific situations, most of them involving direct relations between the parties.<sup>23</sup>

Fleming has argued that “the concepts we encounter in the books or in the jurisprudence are often little more than verbal devices, means of formulating conclusions, but not the reasons that dictate them.”<sup>24</sup> Even if this is true, no doubt that the preference for one verbal device over the other reveals, some substantial aspects of that system. In that sense, we believe there is a move away from fundamental moral principles lying subtly underneath the notion of duty. It appears to us that to reflect notions of corrective justice, negligence has to have an element that expresses the moral basis of the obligation to compensate. Duty does not do that. Fault does. Professor Howarth seems to agree when he remarks that “duty of care cases are cases in which the defendant says, so what if I was at fault and you were harmed as a consequence, I win anyway.”<sup>25</sup>

But, how did the idea of duty arise? No doubt, that *Winterbottom v. Wright* was largely responsible for getting into the law the duty idea in negligence.

In the nineteenth century the law of negligence operated mainly within a contractual context. Actions between strangers were the exception rather than the rule. Atiyah has shown that when injury was caused by negligence to a railway passenger, or to a visitor on dangerous premises, or to an employee, there was constantly the presence of a contractual flavour to the nineteenth century lawyer.<sup>26</sup> There is no doubt that the division between tort, contract and quasi-contract has been obscure in the Common law until relatively recent times. Winfield says that the boundaries marking off tort, contract, quasi-contract and bailment were so imperfectly realised that even Blackstone himself reflects this confusion.<sup>27</sup> A consequence of that obscurity was that in the process of separating contract from tort, in the development of the tort of negligence, a confused notion about *assumpsit* became the germ of the duty idea. It was thought that, as *assumpsit* in contract always showed an ‘undertaking’ of liability, therefore liability in tort must show something equivalent to it, i.e., ‘duty’.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Pollock’s *Law of Torts*. 1887, p. 3.

<sup>23</sup> HEPPLÉ, Bob. op. cit., p. 76.

<sup>24</sup> FLEMING. Remoteness and duty control devices in liability for negligence. (1953) 31. *Canadian Bar Review*, p.497.

<sup>25</sup> HOWARD, D. op. cit., p. 162.

<sup>26</sup> ATIYAH, Patrick. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 502.

<sup>27</sup> WINFIELD, P. op.cit. p. 75.

<sup>28</sup> Ibid. p. 97.

Before Winterbottom in relation to common callings nobody talked about a precedent duty to take care; their liability derived from their *status*. As Winfield sums up, the question was not, “Is there a duty?” but, “was the defendant in fact a bailee, common carrier, or the like and, if so, what excuse has he to offer for the harm that has occurred?”<sup>29</sup>

In trespass, the defendant was liable, provided the harm done was direct and immediate, even if the harm inflicted was unintentional. Any discussion related to a precedent duty to take care would be absolutely incompatible with the essence of trespass. In the overlapped instances of nuisance and negligence, there was no need to show the existence of duty either.

In *Winterbottom v. Wright*, the defendant was a manufacturer and repairer of mail coaches who contracted with the Postmaster-General, to provide coaches for the purpose of conveying mailbags. Under the contract, the defendant also agreed to keep the coaches in a fit, proper, safe and secure state and condition. He failed to comply his obligations and the plaintiff, a mail coach driver, was seriously injured when a vehicle broke down due to lack of repair. The Court denied liability arguing that an action in tort could not be based on the fact that the defendant’s conduct constituted a breach of someone else’s contract. In other words, since it was the Postmaster-General, rather than the coach driver, who had paid the coachbuilders to assume responsibility for the safety of the coach, there was no reason why the coach driver should benefit when the coach broke down. This rule, later described as “the privity fallacy”, was that a plaintiff who was a third party to a contract could not make a claim in tort, that is, a claim based on an independent tort duty, if the conduct of the defendant identified as tortious also happened to constitute a breach of the contract.<sup>30</sup>

The negligence fate was settled. It was like if the Court had said *alea jacta est*, and crossed the Rubicon. The law took a wrong turn, an unfortunate detour. From the position that a lack of a (contractual) duty was a bar to liability, the courts moved to the position that the existence of a duty to the plaintiff was a necessary condition for liability.<sup>31</sup> Winfield explained how *the die was cast* in *Winterbottom* showing the very short step that existed from what the Court said and

to say that negligence is not actionable unless there is a duty to take care. True, this was putting a twist upon the older law which was quite alien to it, for duty was not then thought of as an essential of liability for inadvertence. True, again, it was introducing a new element in the more recent law of which negligence had been born as a tort; for, to take only a single instance, and that only a

<sup>29</sup> *Ibid* p. 78.

<sup>30</sup> STAPLETON, Jane. Duty of care and economic loss: a wider agenda. (1991) 107. *Law Quarterly Review*, p. 250.

<sup>31</sup> GIBSON, R.D. A new alphabet of negligence. In: *LINDEN Studies in Canadian Law*, p. 189.

year before *Winterbottom v. Wright*, the Queen's bench decision of *Lynch v. Nurdin* shows express recognition of negligence as a tort, but is silent about duty.<sup>32</sup>

In a well-known article, Palmer says that it is immaterial whether the citadel of privity was intentionally or mistakenly built. The fact is that due to subsequent misinterpretation or an original fallacy, *Winterbottom* acquired a meaning well beyond the accepted contract principle, 'if no privity, no contract', and came to stand for the fallacious hegemony of contract over tort: 'if no privity of contract, no action in tort.'<sup>33</sup>

The famous part of Lord Abinger's opinion that originated the entrance of privity in the field of torts stated: "There is no privity of contract between these parties; and if the plaintiff can sue, every passenger, or even any person passing along the road who was injured by the upsetting of the coach, might bring a similar action."

His worries were clearly expressed when he said that "unless we confine the operation of such contracts as this to the parties who entered into them, the most absurd and outrageous consequences, to which I can see no limit, would ensue."

Alderson B. also expressed his fears: The only safe rule, he said, "is to confine the right to recover to those who enter into the contract; if we go one step beyond that, there is no reason why we should not go fifty."

It has been said that the essence of the decision meant that to compel a negligent worker to indemnify each and every person who might be injured by his negligence would be inexpedient and unjust. The reason alleged was that it would widen unduly the circle of liability, thus producing excessive intricacy of actions, and creating conditions of responsibility, which would deter prudent men from engaging in certain occupations.

Labbat has questioned this saying that, "until the matter has been brought to the test of experience, the burden of proving that this would be the consequence of widening the circle of responsibility, lies upon those who make the assertion, and this burden is not discharged by the mere *ipse dixit* of any judge, however eminent he may be." He completes the idea emphasizing that, in fact, the opinion of a lawyer upon the probable operation of economic forces is of just as great or as little value as that of a layman of equal intelligence and with the same knowledge of the subject.<sup>34</sup>

Some voices have arisen in defense of *Winterbottom v. Wright*. Bohlen, for instance, argued that the case might have been correctly decided on the

<sup>32</sup> WINFIELD. Duty in tortious negligence. (1934) 34. *Columbia Law Review*, p. 85.

<sup>33</sup> PALMER, Vernon. Why privity entered tort. An historical re-examination of *Winterbottom v. Wright*. (1983) 27. *American Journal Law History*, p. 96.

<sup>34</sup> LABBAT, C.B. Negligence in relation to privity of contract. 16. *Law Quarterly Review*, p. 188

basis of privity, but only because the plaintiff misled his case in contract and failed to allege negligence. The distinct professor emphasizes that it must be remembered that at the time and in the court before which the case came for decision the utmost accuracy of pleading was still of essential importance.<sup>35</sup>

His conviction is that, in form, the only obligation alleged was clearly one arising solely by virtue of the contract to which the plaintiff was not a party, but upon which he, knowing of its existence, had chosen to rely. In substance, he says, the breach was a failure to keep the coach in repair. Complementary, he argues that there was no allegation in the declaration that the coach, when delivered to the Postmaster, was in any way defective and also that, with the transfer of possession, the legal duty of repair had passed to the Postmaster and rested solely upon him.<sup>36</sup>

Atiyah strongly reacted saying that what passes for legal reasoning in students' textbooks cannot satisfy as sound history and declares that the story is almost complete nonsense. He reaffirms that the action in *Winterbottom v. Wright* was fully argued in tort. Besides, he remarks that the privity of contract rule was not even clearly established at that time. Finally, he concludes that it was no logical 'fallacy', but policy arguments, which swayed the Court. In effect, he points out that besides the familiar argument that to allow the action would be to open the door to vast numbers of potential lawsuits, it is of great significance Lord Abinger's statement that "the arrangements between the parties should not be ripped open by this action of tort."

According to Atiyah, what he meant was that the manufacturer sold the carriage to the plaintiff<sup>37</sup> at a price based upon the manufacturer's expectations as to his potential liabilities and that these expectations did not cover possible liability to servants such as the plaintiff, because such actions were unheard of. Therefore, if the action were allowed, the manufacturer's expectations and calculations would be upset; the basis of the contract of sale would thus be '*ripped open*'. This, he concludes, was not so much of a privity of contract fallacy, as the Bramwellian fallacy, in a clear reference to one of the strongest supporters of the introduction of limited liabilities for companies.<sup>38</sup>

From the point of view of corrective justice, this is completely wrong.

<sup>35</sup> In fact, it was not until ten years later than the Common Law Procedure Act dropped the requirement that any particular form of action should be mentioned on a writ, and it was not until the Judicature Act of 1873 that the forms of action were abolished completely.

<sup>36</sup> BOHLEN, Francis H. *Basis for affirmative obligations in the Law of Tort*. 53. *American Law Register*, p. 281. It is not clear why Bohlen refers to the defendant as if his only obligation was to deliver a perfect coach, when there is no doubt that he was also in charge of the repairs, keeping and maintaining the coach in "a fit, proper, safe and secure state condition". Maybe Bohlen was thinking of a previous necessary condition for the repairs to be made, which was the deliver to the defendant of the object to be repaired.

<sup>37</sup> He mistakenly says that the manufacturer sold the carriage to the plaintiff. Obviously, he meant the Postmaster-General.

<sup>38</sup> ATIYAH, Patrick. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarence, 1979, p. 503.

What should matter is that the one who, without justification, harms another by his conduct is required to put things right. Harm-doer and harm-sufferer are to be treated as equals, neither more deserving than the other. The one is therefore not entitled to become relatively better off by harming the other. The balance must be restored.<sup>39</sup>

Anyways, Atiyah's views are in accordance with the accepted idea that, in general, the courts were happy to make defendant's liable where they had *assumed* responsibility for the care of another by entering into a contract with that other for reward, and that they were less happy about *imposing* on defendants a gratuitous duty to look after others.<sup>40</sup>

Alderson's words that "this is a case of hardship; but that might have been obviated if the plaintiff had made himself a party to the contract", besides being a '*ludicrous suggestion*', as Gardiner<sup>41</sup> has called it, clearly reveals the Victorian belief that individuals should bear all responsibility for their own welfare and that they could not be expected to look for the welfare of others unless they were being paid to do so. In fact, this words are so strong (a fact that has not been sufficiently emphasized by commentators) that a civil lawyer is ready to accept that, almost in the middle of the nineteenth century, a victim in the common law, '*lived at his peril*', and that liability to the world at large would not have a place in it for still a long time (if ever).

Another opinable aspect of Atiyah's remarks is his conviction that Winterbottom was "fully argued in tort". In effect, the references to the contract are so constantly repeated and emphasized that nothing, besides pure reverence to the authority of the former Oxford professor, would lead us to the contrary opinion. Abinger's words also do not leave any margin to doubts about the nature of the action: "a carrier may be sued in either *assumpsit* or case; but there is no instance in which a party, who was not privy to the contract entered into with him, can maintain any such action. The plaintiff in this case could not have brought an action on the contract..."

Palmer adds arguments saying that the report in Meeson and Welby states, "The declaration then averred, that the defendant so improperly conducted himself, and so utterly disregarded his aforesaid contract, and so wholly neglected and failed to perform his duty in this behalf that, etc..." He has no doubts that a contractual reference is sandwiched in between others, but he also believes that the allegation of negligence can be read standing on its own to refer to a duty apart from the defendant's contract. However, it seems more accurate to say that the negligence to which Palmers refers, is used in the sense of the way in which the contractual violation was performed.

His other argument that two judges stated without qualification that

<sup>39</sup> HONORÉ, Tony. *Responsibility and fault*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 73.

<sup>40</sup> GILIKER, Paula. BECKWITH, Silas. *Tort*. London: Sweet & Maxwell, 2000, p. 23.

<sup>41</sup> GARDINER, David. Mc GLONE, Frances. *Outline on Torts*. Sidney: Butterworths, 1998, p. 132.

the plaintiff was 'remediless', does not seem strong either. His conclusion that if they had meant that the plaintiff was only remediless in contract, and not in tort, they would have qualified themselves does not seem that obvious.<sup>42</sup> In effect, if the action was in contract, what would be the reason for the need of the judges to refer to a tort that had not been even mentioned?

Professor Palmer stresses the fact that the doctrine of privity arose in the context of three factors (which are no longer true today). These were: (i) a rigid tort law not yet in possession of the tort of negligence, (ii) the analytical inability to distinguish between tort and contract except in procedural terms, and (iii) a strong bias, if not a rule, against concurrent actions in tort and contract. In substance, he defends that the privity point was the third step in a lengthier analysis and that the reasoning was first premised upon the non existence of any remedy in tort for the plaintiff, irrespective of the presence of a contract. He also points to the perception that plaintiff's action would disturb the normal rule against the concurrence of tort and contract remedies.<sup>43</sup>

Palmer believes that the court truly reached a motivated conclusion that plaintiff was altogether remediless in tort quite apart from any privity considerations. He also reminds that Baron Rolfe said it was a case of *damnum absque injuria*, which he considers, as a matter of contemporary authorities, that was not an untrue statement.

Palmer's opinion is questionable. In fact, two and a half years after the publication of the first volume of Blackstone's Commentaries on the Laws of England, Francis Buller, in his Introduction to the law relative to trials at *Nisi Prius*<sup>44</sup> had already set a striking formulation of the principle of negligence. "Every man ought to take a reasonable care that he does not injure his neighbor; therefore, wherever a man receives any hurt through the default of another, though the same were not willful, yet if it be occasioned by negligence or folly, the law gives him an action to recover damages for the injury so sustained."<sup>45</sup>

As Ibbetson emphasizes these ideas were not indigenous and all of them can be traced into those Natural lawyers of the seventeenth and eighteenth centuries, who were particularly influential in England, such as Grotius, Pufendorf, Burlamaqui and Barbeyrac.<sup>46</sup> In other words, the substance was there, it was the Court of Exchequer's job to use it.

Winfield restated the significance of *Langridge v. Levy* and *Winterbottom*

<sup>42</sup> PALMER, V. op.cit.

<sup>43</sup> Ibid. p. 93.

<sup>44</sup> The text was first published anonymously in 1767. The attribution to Buller appears in the edition of 1772. According to the dedication in this edition, it was based on manuscript notes of his uncle, Henry Bathurst.

<sup>45</sup> PRICHARD, M.J. *Trespass, case and the rule in William v. Holland.* (1964) *Cambridge Law Journal*, p. 234.

<sup>46</sup> IBBETSON, David. *A historical introduction to the law of obligations.* Oxford: University Press, 1999, p. 165.

v. Wright saying that they were the forerunners of a long chain of decisions reducible to the following type: (i) There was a contract or agreement between A and B whereby A was bound to do something for B, or was permitted by B to do something, or was bound to supply B with something. (ii) C, who was no party to the contract, was injured by A's imperfect, but unintentional misperformance of his contract or agreement with B, or by abuse of B's license. (iii) C sued A for the tort of negligence. (IV) You, C, are a stranger to that contract. How can I be under duty to you? (V) Hence, the courts were forced to deal with the question, "Was there a duty towards C"? And thus the consideration of this question became of prime importance and duty became an essential in negligence.<sup>47</sup>

No distinctions were made between duty as contractual obligations and duty as the obligation against the world to refrain from harming others, or as Heuston puts it, between the warranty that care has been taken and the duty to take care.<sup>48</sup> And that was how, those very peculiar ideas of morals and justice (or the lack of it) of the Court, based on the fear of impeding industrial development and overwhelming the courts, drew the shape of manufacturer's liability (or the lack of it) during almost a century, labeling actual acts of negligence (no matter how gross) as simply incidents of the activity.

### 3. THE CODES OF THE ENLIGHTENMENT

By the time of *Winterbottom v. Wright* the Enlightenment had already given birth to one of its most significant products: codification; this is, the idea that the diverse and unmanageable traditional law could be replaced by comprehensive legislation, consciously planned in a rational and transparent order. As a result, in 1842, there were in continental Europe three civil codes in force: the Prussian, the Austrian and the French civil code.

The Prussian code of 1794 is considered to be the first of the modern kind of national codifications. The early steps towards a codification took place in the eighteenth century. In 1746, Frederick II (the Great) instructed his Grand Chancellor, Samuel Cocceji, to devise a code to replace "that law which is written in Latin and has been compiled without system or order". According to the instructions, the law was to be rational and comprehensible as to the form, and as to the substance, it was to be based on natural reason and the constitutions of the component territorial units.

After some drafts produced before the death of Frederick II a code, called the Common Territorial Law of Prussian States (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, the ALR) was finally promulgated by Frederick William II in 1794. It was a massive and exhaustive code, which covered not only matters of private and public law, but also church, criminal and feudal law,

<sup>47</sup> WINFIELD. Duty in tortious negligence. (1934) 34. *Columbia Law Review*, p. 86.

<sup>48</sup> *Donoghue v. Stevenson* in retrospect. (1957). *Modern Law Review* 20, p. 10.

descending to the regulation of cases in extraordinary detail, in the vain hope of foreseeing and regulating all possible cases.<sup>49</sup> The legislator's passion for completeness and comprehensiveness and the enlightened wish to make the Code comprehensible, popular, and educational, led him to abandon juristic and conceptual consistency and to adopt a style of language, which was discursive and pedagogic. With almost 17.000 paragraphs, the Code (a "monstrous anti-intellectual undertaking", according to Kunkel) was extremely hard going and impossible for anyone to master.<sup>50</sup>

The details account for the Prussian Code's failure to achieve greater success.<sup>51</sup> However, it remained in force in all territories governed by the Prussian monarchy until the German Civil Code replaced it in 1900.

The most influential and long-lasting Germanic codification of this period is undoubtedly the Austrian code of 1811, the *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, or ABGB. Wieacker remarks that, in Austria, the process of codification ran parallel with that in Prussia which shows that the Enlightenment, of which the codes are the product, was a pan-German affair.<sup>52</sup>

Plans for a codification of civil law in the Hapsburg Empire had begun in the eighteenth century under the empress Maria Theresa (1740-1780). The intention was to produce a code of general private law for the hereditary lands of Austria. It was to be based upon the *ius commune* and the Law of Reason.

The first part of this code was promulgated under Joseph II, in 1786, but it was not completed until 1806 by Franz von Zeiller and finally promulgated in 1811.

The whole content of this code, that excludes public law and commercial law, witnesses to an amalgam of Roman law and natural law ideas. With the exception of significant modifications in 1914-16, the Austrian code remains in force to the present day.

Watkins points out that the Prussian and Austrian code were specifically described as codifications for a particular territory or the subjects of a particular dynasty. The French Civil code of 1804 was altogether more ambitious in its scope. If nature manifested to human reason the laws by which mankind should live, it followed that those laws were immutable, the same for all societies at all times. A rational code of law, therefore, should not be limited in its application to subjects of one ruler or the inhabitants of one territory. In the new age of freedom and equality, a rational system of law could and should be devised which was capable of serving any human society, regardless of place or time.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> CAENEGEM, Van R.C. *An historical Introduction to Private Law*. Cambridge: University Press, 1988, p. 124.

<sup>50</sup> ZWIEGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 138.

<sup>51</sup> RIEGERT, Robert. *The west german civil code, its origin and its contract provisions*. (1970). *Tulane Law Review*, Vol. 45, p. 51.

<sup>52</sup> WIEACKER, Franz. *A history of private law in Europe*. Oxford: Clarendon, 1995, p. 267.

<sup>53</sup> WATKIN, Thomas Glyn. *An historical introduction to modern civil law*. Cornwall: Ashgate, 1999, p. 133.

Codification attempts began with the vote by the Constituent Assembly on 5 July 1790 “that the civil laws be reviewed and reformed by the legislators and that there would be made a general code of laws, simple, clear and appropriate to the constitution”. The first title of the constitution of 1791, establishes that “a Code of civil laws common to the whole kingdom will be enacted.” Nevertheless, actual work on codification only began under the convention (1792-95). Various drafts were formulated between 1793 and 1799 by different commissions presided by Cambacérès, who was a member of the national Convention in 1792. In 1793, he presented a first draft which was immediately rejected on the ground of being too comprehensive and complicated, although it had only 697 articles. The next year, Cambacérès presented another draft with only 297 articles, but the national Convention found it too sparse and terse. A third draft was yet offered in 1796, but its consideration was interrupted by Napoleon’s taking power in 1799.<sup>54</sup>

In August 1800, Napoleon appointed another commission of four members to do the task, which was finished in the astonishing short period of four months. Two of them (Tronchet and Bigot de Préameneu) came from the north of France, where customary law prevailed, and two from the south (Portalis and Maleville) where Roman law prevailed. This shows the conscious effort to treat customs and Roman law on an even footing. These different penchants, rather than frustrating collaboration, were ideal for producing a code blending the two basic elements of the then existing French law in its dispersed condition. Portalis refers to this, in particular, in his *Discours Préliminaire*: “We have made a compromise, if such an expression may be used, between the *droit écrit* and the customs, whenever we have been able to reconcile their provisions or to modify each in the light of the other, without infringing the unity of the system or causing widespread dissatisfaction.”

By “consolidation, moderation and compromise”, Napoleon, working with a small team of lawyers, transformed the laws of the Revolution into a valuable system of Codes and, after several political wrangles with the various organs of the legislative body, the civil Code was eventually enacted on 21 March 1804.<sup>55</sup>

The purpose of the drafters of the Code, to deliberately restrain in the proliferation of detailed rules, is transparently explained by Portalis: The task of the Code, he says, is “to express, in broad terms, the general maxims of the law, to settle principles fertile in consequences and not to go down in the details of questions which may arise in every topic. It is the task of judges and lawyers, engrained with the general spirit of the law, to conduct the application of those principles. There is a science of legislators as there is one for the judges; and one is not similar to the other. The legislators’ science consists in finding in every matter the principles most favorable to a general rule; the judge’s science is to

<sup>54</sup> ZWEIGERT op. cit., p. 82.

<sup>55</sup> CRUZ, Peter de. *Comparative law in a changing world*. London: Cavendish, 1999, p. 63.

make such principles operative, to ramify them, to extend them by a wise and reasoned application to given cases.”<sup>56</sup>

These views would probably appear strange to Justice Holmes, to whom “general propositions do not decide concrete cases”, and therefore, should believe that a code is unworkable.

The best known example of this compressed style of legislation is found in articles 1382-1386 of the French Civil Code. These five laconic paragraphs cover virtually the whole of French tort law in a handful of majestic, if trivial propositions. Austria, having only half as many paragraphs as the code, devotes about 40, and the German Civil code, 31.

The Civil code presented the law in clear, concise and readily understandable language, addressed to the average citizen of France. Merryman said that the French Civil code was envisioned as a kind of popular book that could be put on the shelf next to the family bible.

It is a novel piece of substantive law which fused *droit écrit* and the *coutumes*, and created a unified law for the whole country. At the time of the Revolution, France was divided into the land of customary law (*pays de droit coutumier*) and the land of written law (*pays de droit écrit*) of basically Roman character. Its drafters declared that the code is a collection of rules of civil law in that it derives from Roman law as it was practiced in France – a *ius commune* – a modernized form of Roman law. However, it did not simply reproduce Roman law and there were obvious differences between the code’s approach to certain legal concepts, and that of previous interpretations of Roman law.

The structure of the French Civil Code is that of the system of the Law of Reason and it shows the strong influence of two great lawyers. In effect, Domat had already indicated the order in which a rational code should be arranged in his seminal book *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Pothier, in turn, during the eighteenth century, particularly in his *Traité des Obligations*, also had begun the task of arranging the substance of the roman law of the Digest and the principles of the customary laws of France according to a rational scheme.

Following Gaius *Institutes*, the Code is composed of three “Books” or divisions, preceded by a brief Preliminary Title containing six articles to introduce the purpose of the Code. Book One is headed “Of Persons”; Book Two “Of Property and Different kinds of ownership” and Book Three “Of the different ways of acquiring property”. Each Book is divided into Titles. These are again divided into Chapters and, in several instances, these Chapters are divided into Sections. The ultimate units are the articles and there were originally 2281 of these.

Although the Civil Code has undergone several revisions and amendments, being overtaken in many areas by supplementary legislation,

<sup>56</sup> Apud TUNC, André. *Methodology of the Civil law in France*. (1976). *Tulane Law Review*, vol. 50, p. 463.

it has certainly stood the test of time as a model codification. This result is attributed to the clarity of its concepts, the accessibility of its language to the ordinary citizen, and the fact that it was, in Portalis' words, "the result of the experience of the past, the spirit of centuries." Other great codes came into force later in Central and Western Europe, but beyond doubt, the French Code civil is intellectually the most significant and historically the most fertile.

#### 4. LIABILITY FOR THE ACT OF THE THINGS IN THE FRENCH CIVIL CODE (ART. 1384 PARAG. 1)

The classical theory of French law is that fault (*faute*) is a necessary condition of civil liability. This principle, asserted by Domat, appears clearly stated in art. 1382, the central opening rule of Chapter II related to Delicts and Quasi-Delicts: "Any act whatever of man which causes damage to another obliges him by whose fault it occurred to make reparation."<sup>57</sup> The onus of proving this fault, as well as that it was the cause of the damage rests on the plaintiff.

Complementing this notion, art. 1383 establishes that: "Each one is liable for the damage which he causes not only by his own act but also by his negligence or imprudence."

It is clear that the drafters of the Code sustained through this conception that civil liability was nothing else but a particular aspect of moral responsibility. To condemn anyone who, without fault, causes damage would be like condemning an innocent man. Until very recent times it was believed that, whenever, in exceptional circumstances, liability without fault was accepted, it could possibly be justified on notions of social utility, but never on moral bases.

Following arts.1382/3 that establish the general rules for intentional (art. 1382) or negligent (art. 1383) harm, the following articles enumerate specific cases of liability: art. 1384 sets liability for persons (parents, masters and teachers) or things; art. 1385 liability for animals and art. 1386 liability for collapsing buildings due to default of maintenance, or defect in its construction.

The traditional theory considered that the code had established a presumption of fault in articles 1385 and 1386, so the victim did not have to prove the negligence of the defendant, as in general cases. Therefore, anyone who had not been "lucky" enough to be bitten by a dog, kicked by a horse, or hurt by the fragments of a collapsing building, but instead had been hurt by an explosion, for instance, had had, according to the Civil Code, to prove the fault of the allegedly liable.<sup>58</sup>

On the second half of the nineteenth century, the huge transformations

---

<sup>57</sup> "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

<sup>58</sup> STARCK, Boris. *Droit Civil*. Obligations. Paris: Librairies Techniques, 1972, p. 27.

introduced by the industrial revolution gave way to the first doubts and objections about the adequacy of the principle of fault to the new and emergent social needs. As Walton remarked, before the days of steam and electricity and dynamite the worker could, as a general rule, protect himself by the exercise of ordinary care. His tools were few and simple. None of them moved except when he handled them, and no one was in a hurry. It was, therefore, not to be wondered at if the law gave him no claim against his employer, unless some fault on the part of the employer could be proved.<sup>59</sup> Industrialization changed this bringing an enormous increase in the number of accidents at the workplace, as well as others. Complicated swift-moving machine explode, boilers burst, scaffoldings fall apart, trains collide, or are derailed. All this added, not only an increase in the number, but also a particular obscurity on the origin of many of them so intense that led some authors to say that the accident had become *anonymous*.<sup>60</sup>

The requirement of the Code imposing the victim the need of proving the fault of the defendant would frequently represent the impossibility of proving that fault, either because the cause of the accident was due to an unforeseeable mechanical deficiency (where no fault could be attached to anyone), or even if there was a fault at the origin of the accident, the victim was not able to establish it, because of lack of witnesses, or due to a technical impossibility to know what really happened, etc.

In this crucial period, many influential writers, among them Louis Josserand (*La responsabilité du fait des choses inanimées*) and René Saleilles (*Les accidents du Travail*) advocated a radical change in the law of torts, consisting in the rejection of fault as the sole basis for liability and in a wide adhesion to 'objective' (i.e., no-fault) forms of liability.<sup>61</sup>

The main idea of their theory was that a person who benefits from an activity that involves a risk (an employer, a driver) should bear the burden of the damage caused by that risk. Other formulation asserted that liability for accidents occurring in the pursuit of monetary profit should not depend upon the presence of fault in the defendant, but should simply be a charge against the profits. The risk was thus correlative to the profit: *ubi emolumentum ibi onus*.

On this context, a new interpretation of art. 1384 was going to represent the most dynamic and significant change in contemporary civil law, transforming an irrelevant sentence, with no legal meaning and quietly ignored for three quarters of a century, into the most frequently applied of all the Civil Code provisions.

In effect, art. 1384 enacts that "A person is liable not only for the

<sup>59</sup> WALTON, F.P. Liability for damage done by things. (1937) 49. *Juridical Review*, p. 364.

<sup>60</sup> STARCK, Boris. The foundation of delictual liability in contemporary French law. *Tulane Law Review* (1974) p. 1045.

<sup>61</sup> GALAND-CARVAL, Suzanne. *Unification of Tort Law: Strict Liability*. London: Antony Rowe, 2002, p. 127.

damage he causes by his own act but also for the damage which is caused by the act of persons for whom he is responsible, or by things which he has under his guard.”<sup>62</sup>

Until the end of the nineteenth century, it was accepted without question by French courts and writers, that the reference to liability for things was taken to be simply a preliminary indication of the liabilities imposed by art. 1385 and 1386 on the guardian of an animal and the owner of a building. The sentence was considered a transition, a mere *elegance de style*, to paraphrase Tunc's expression. It did not express any rule of law; it was not meant to be applied and had no place in a code.<sup>63</sup>

The new interpretation argued that in ordaining liability for the things 'which one has under one's control', art.1384 par.1 was not simply making a preliminary announcement that art.1385 and 1386 were about to impose liabilities for animals and ruinous buildings but, on the contrary, had an independent force of its own and was applicable in all cases in which any thing under the defendant's control had caused harm in any form.

Until then, the traditional interpretation was that, when referring to the action of persons for whom the defendant must answer, the draftsmen had in mind the persons mentioned in the latter part of the same article, children, apprentices, and workmen. Similarly, when referring to the action of things in the defendant's control, the draftsmen had in mind the animals and buildings mentioned in articles 1385 and 1386.<sup>64</sup> But in 1896, in the famous *Arrêt Teffaine*<sup>65</sup>, the plaintiff argued that the letter of the text permitted its application to all inanimate things, and her contention was sustained by the *Cour de Cassation*. The adoption of that view, already expressed by Saleilles and Josserand, was now to become the starting point for revolutionary change in the law of delict.

In that case, the victim had been killed in the explosion of a steamer's engine. The widow sought damages from the owners, for herself and for her minor children, basing her action upon the fact that the accident occurred because of a latent defect in the machinery. The owner of the steamer was held liable, as 'keeper' of the engine, notwithstanding the fact that he did not know, and could not know, of the existence of the defect.

---

<sup>62</sup> Art. 1384 (1) "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

<sup>63</sup> TUNC, André. It is wise not to take the Civil Codes too seriously. In: *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson*. London: Butterworths, 1986, p. 71.

<sup>64</sup> AMOS Maurice. WALTON, Frederick. *Introduction to French Law*. Oxford: Clarendon, 1963, p. 204.

<sup>65</sup> Several years before that decision, Germany had adopted the first workmen's compensation act in history and, at the very moment the boiler case was under consideration, England was favourably debating a similar statute which was adopted the following year. It is fairly to be expected that the French court should be inclined similarly to protect the French workers from the dangers of industrial machinery by interpreting art. 1384 of the civil Code, so as to produce a result similar to that which would have been reached under the compensation acts in neighbouring countries. MALONE, Wex. *Ruminations on liability for the acts of things*. 42. *Louisiana Law Review* (1982) p. 984.

The court of first instance held that the plaintiff could not recover, as no fault could be proved on the part of the defendant. Art. 1382 was not applicable. On appeal, the *Cour d'Appel* of Paris reversed this decision primarily on the basis of a breach by the employers of their implied contractual obligation to provide a safe machine. A further appeal to the *Cour de Cassation* was rejected, allowing the claim, not on the basis of art. 1382, nor for breach of contract, but by application of art. 1384!

According to the decision, art. 1384 imposed a presumption of liability that could not be excluded by proving the fault of manufacturer of the engine, or the latent character of the defect; it was necessary to show that the accident occurred by *cas fortuit* or *force majeure*, and this, of course, was excluded by the finding that the explosion was due to a defect in construction.<sup>66</sup>

In effect, the Court held that "Whereas...the explosion of the engine...was due to a defect in construction; as under article 1384 of the Civil Code this finding, which excludes the *cas fortuit* and *force majeure*, established, as to the victim of the accident, the responsibility of the owner of the tug, the owner cannot avoid this responsibility by proving either the fault of the builder of the engine or the hidden character of the fault in question..."

In spite of some critics, many jurists pointed to the essential justice of the conclusion that the person who profits by the use of a thing should be liable for the damage which it causes.

In 1898, the enactment of a statute which gave workers injured in industrial accidents a claim for damages against the employer, whether he was at fault or not, did away with the principal reason for an extensive construction of art. 1384 par.1. Conservative voices argued that there was no longer the need to put an extensive interpretation upon art.1384<sup>67</sup> and that the decision of 1896 should be construed as establishing merely a presumption of fault in the case of dangerous things. For many years the Court of Cassation followed this interpretation.<sup>68</sup> The presumption seemed to admit a rebutting, not only by proof of fault on the part of the victim or of a third party, but by mere negative proof of absence of fault.

However, the Court of Cassation went a stage further in a decision of 19 January 1914 establishing that a custodian of a thing could escape liability in damages under art. 1384 par.1 only by proving that the damaging occurrence was due (a) to *force majeure*, (b) to the fault of the victim, or (c) to the fault of a third party.<sup>69</sup>

Thenceforth, it was clear that proof by the defendant custodian that

<sup>66</sup> RYAN, K.W. *An introduction to the Civil Law*. Sidney: Halstead, p. 121.

<sup>67</sup> "C'était une jurisprudence tendancieuse et dont la valeur est tout relative: ses motifs qui étaient temporaires ont disparu." PLANIOL. *Revue Critique*, 1906, p. 90.

<sup>68</sup> AMOS, M. WALTON, F. op. cit., p. 204.

<sup>69</sup> ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: North-Holland Publishing, 1977, p.323.

he was not to blame for the occurrence of the harm was not enough to free him from liability.

Motor vehicle accidents presented particular problems. At first, the courts tended to limit the applicability of art. 1384 to cases where the cause of the accident was some latent defect in the vehicle itself. Where the accident was caused by the act of the driver of the vehicle, it could not be said that it was caused by a thing which the driver has under his guard, and liability would depend upon proof of fault.

But in 1930, in the celebrated *Jand'heur* decision of the *Chambres réunies* of the *Cour de Cassation* this limitation was rejected. In that case, a truck had mounted a pavement and had gravely injured a girl who was walking upon it. The court held that no distinction was drawn in art. 1384 whether the thing was or was not driven by a human agent, that the presumption was not limited to dangerous things and that the defendant could not exclude liability by proving that he had committed no fault, or that the cause of the injurious event remained unknown: he had to prove affirmatively an external cause for which he was not to blame, or show that the case was one of *cas fortuit* or *force majeure*.

Following the conclusions of the *Procureur Général*, the Court established that:

Whereas the presumption of responsibility established by that article as to one who has under his guard an inanimate object that has caused harm to another can be rebutted only by proving a *cas fortuit*, a *force majeure*, or a *cause étrangère* that cannot be imputed to him; as it does not suffice to prove that he did not commit any fault or that the cause of the harmful act has not been ascertained; whereas, on April 22 1925, a truck belonging to the *Compagnie Les Galeries Belfortaises* knocked down and injured the minor *Lise Jand'heur*; as the challenged decision refused to apply the article cited above on the ground that an accident caused by an automobile in movement, under the impulsion and direction of an individual, does not, so long as it has not been shown that the accident was due to a defect in the automobile, constitute the act of an object that one has under his guard within the meaning of paragraph 1 of article 1384, and that, in consequence, the victim must, in order to obtain compensation for the injury, establish a fault imputable to the driver. But whereas the law does not distinguish, for purposes of application of the presumption that it has established, whether the object that caused the harm was or was not put in motion by man; as it is not necessary that there be a defect in the object capable of causing the damage as article 1384 attaches the responsibility to the guard of the object, not to the object itself. From which it follows that, in ruling as it did, the challenged decision reversed the legal burden of proof and violated the article of law cited above. For these reasons, quash...

The *Jand'heur* decision brought the french law of liability essentially to

its modern position. The liability of railways and tramways, of custodians of motor vehicles and of operators of installations for the production, storage or transmission of electricity, gas or dangerous substances are all covered by art. 1384 par.1 and the cases which construe it.

The first precondition for liability under art. 1384 is that the harm must have been caused by 'the action of a thing'. 'Thing' here includes every corporeal object, whether they are defective or not, natural or artificial, dangerous or not dangerous, movable or immovable. The *Cour de Cassation* applied art. 1384 par.1 for the first time to an immovable thing in 1928, in a case in which someone suffered damage as the consequence of an accident with a lift. Later the court also applied the provision to other immovable things like a falling tree<sup>70</sup>, a landslide, a burst dyke, and accident on an escalator.<sup>71</sup> Buildings, which are mentioned in art. 1386, are to be included except when the damage has been caused by their fall. The composite form of the object is immaterial: fluid and gases are included, as are radioactive materials and electrically energised wires.

It is irrelevant whether the thing caused the harm as a result of being impelled or not. Therefore, although the *Jand'heur* case concerned a motor vehicle, later decisions have extended the principle to motorcycle and bicycle accidents, to trees, ships, electric installations, explosive gases, locomotive fumes, and even to a razor-blade in a soap.<sup>72</sup> Nor is it necessary that the thing be intrinsically or potentially dangerous so as to require delicate handling or constant supervision. Such limitation has been refused either on the ground that the text of the article makes no such distinction or that such a distinction is impractical or difficult to make. In effect, it has been said that what looked dangerous yesterday, may not be anymore today due to a technical evolution. On the other hand, a thing considered 'inoffensive' or 'harmless' (a flowers vase, for instance) that nevertheless causes an accident, proves that it was in fact dangerous, considering its location at the time of the accident (at the edge of a window on a fourth floor). For a time the courts accepted this distinction as a means of limiting what might otherwise seem the boundless area of application

<sup>70</sup> With a similar text in the Louisiana Civil Code, the courts only very recently launched a new interpretation of custodial liability, being the tremor from a magnolia tree that finally awakened the principle of art. 2317 of that Code. In *Loescher v. Parr*, plaintiff brought suit when a rooted 60-foot magnolia tree on his neighbour's property fell and destroyed plaintiff's Cadillac. The tree appeared healthy to the naked eye, thus the owner was unaware of the magnolia's diseased condition. Nevertheless, he was held liable for the loss because he was guardian of the defective thing which caused the damage. MEAUX, J.M. *Ross v. La Coste de Monterville: The extension of Loescher v. Parr*. 1988 (62). *Tulane Law Review*, p. 279.

Before that, Louisiana attempted to solve the problem by importing the doctrine of *res ipsa loquitur* and applying it to things under one's custody. TEHALL, Gary E. *Things in one's custody*. *Tulane Law Review*, 43 (1969) p. 909.

<sup>71</sup> DAM, Cees van. *European Tort Law*. Oxford: University Press, 2006, p. 303.

<sup>72</sup> STONE, Ferdinand. *Liability for damage caused by things*. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 1, Tubingen: Mohr, 1978, p.7.

of art. 1384 par.1, but the *Jand'heur* decision made it clear that nothing turns on the dangerousness of the harmful object.<sup>73</sup>

The term 'action' seems to imply that the thing must have played an active part in the event that has caused the damage, and decisions have indicated that the custodian may rebut the presumption of responsibility by showing that the thing played a 'purely passive role' in the accident. The distinction is not between moving and inert things, but rather between things that are normal and normally placed and managed, and things that are abnormal or abnormally placed or managed. Thus, a motor car in motion, driven carefully and in accordance with the rules of the road, would be regarded as playing a 'purely passive role', while a car parked dangerously near a corner on a main road, although physically static, would be regarded as playing an active part in any consequential accident.

A further requirement for liability under art. 1384 par.1 is that the person being sued for damages be the custodian (*'le gardien'*) of the thing which caused the harm.

According to the decision of the *Chambres réunies* of the *Cour de Cassation* in *Connot v. Franck*, a person is guardian of a thing if on the facts he has the use, management and control of it (*"le pouvoir d'usage, de direction et de contrôle"*), that is, if he has the power of physical disposition over it. However, many questions arise, like what is 'use'? What is 'direction'? Or what is 'control'? Is one a 'keeper' if he has only one or two of these three elements?

The concept of guardian is a factual, rather than a legal one, and is instrumental to the idea of enabling claimants to easily identify the liable person without having to deal with the legal relationship someone has with the thing.

The owner is usually the guardian, and for that reason, the courts will presume that the proprietor is the guardian of the thing. However, he may be able to show that he transferred the custody (*'garde'*) of the thing to someone else, either pursuant to a contract of lease or services or by some purely factual act. Thus, an owner who allows his employee to use a vehicle retains custody as long as the employee is using the vehicle in the scope of his employment, but if the employee takes it on an unpermitted trip, the custody of the vehicle passes from the employer. The owner also loses custody of a vehicle if it is stolen or if he takes it to a garage for repair.<sup>74</sup> However, some have argued that liability was based, not on fault, but on the fact of ownership. The person who profited from the use of a thing should support the risks which were incidental to its use. Therefore, even when a car had been stolen, its owner was responsible for the damage which its use by the thief had occasioned. A few cases adopted this reasoning, but they were overruled by the *Chambres réunies* in *Connot v. Franck*, where it was held that in such a case the dispossessed owner was not

<sup>73</sup> STARCK, B. op. cit., p. 156.

<sup>74</sup> ZWEIGERT, K. KÖTZ, H. op. cit., p. 325.

liable, as he no longer had it under his guard, because it was impossible for him to exercise any supervision over it. The injured party must prove fault on the part of the owner. In other words, it is not excluded the possibility to file a claim against the owner, based on art. 1382, if he has been negligent in taking precautionary measures against theft.

An interesting question is raised by a situation in which an owner of a thing has custody of it, but has contracted out the responsibility for maintaining it. It may be argued that the maintenance firm has custody by virtue of its contract. Alternatively, it may be argued that the owner retains custody, but has a possible contractual right of indemnity from the maintenance firm. In Louisiana, in *Leaber v. Jolley Elevator Corp.* the court chose this latter approach. There, an elevator fell, with plaintiff inside, due to hydraulic leakage. The owner had a contract with Jolley for the maintenance of the elevator system. The court held the owner strictly liable, citing arts. 2317 and 2322, finding that the owner was the custodian.<sup>75</sup>

An important distinction is made between '*garde du comportement*' (custody of the thing's conduct) and '*garde de la structure*' (custody of the thing's structure or composition). In most cases these two aspects will be in one hand: usually that of the owner. In other cases, however, the two aspects can be distinguished: transporters or keepers can be liable for the '*garde du comportement*' whilst the '*garde de la structure*' stays with the owner. Also, the manufacturer stays '*gardien de la structure*' after having put his product onto the market and he can be liable if the product's structure appears to be defective.<sup>76</sup>

In the *Jand'heur* case it was said that art.1384 established a presumption of responsibility.<sup>77</sup> This presumption cannot be rebutted merely by proof of absence of fault. In other words, he cannot exonerate himself by showing that he has acted with all the care and skill that could be expected of him and that, whatever the cause of the accident, it was occasioned by no fault on his part. However, liability can be excluded if the custodian of the thing can prove that the harm was due to *cas fortuit* or *force majeure*, or by proof that the accident is attributable exclusively either to the victim<sup>78</sup> or to a third party.

<sup>75</sup> VERLANDER, David E. *Art. 2317 Liability: An analysis of Louisiana Jurisprudence since Loescher v. Parr.* 25 *Loyola Law Review* (1979) p. 270.

<sup>76</sup> DAM, C. op. cit., p. 303.

<sup>77</sup> Since the judgment of 1930, the Court of Cassation has used the expression presumption of liability, which in itself is devoid of sense. The function of the courts is to decide whether there is or there is not liability, and not to presume it. ESMEIN, Paul. *Liability in French law for damages caused by motor vehicle accidents.* 2. *American Journal of Comparative Law* (1953), p. 160.

<sup>78</sup> More recently, the Cour de Cassation has virtually banished the defence of victim's fault in the context of custodian liability. In the 1982 *Affaire Desmares*, the court ruled that the guardian under art. 1384 cannot exonerate himself, even partially, by proving the fault of the victim, unless the victim's behaviour was unforeseeable and unavoidable. PALMER, Vernon. *A general theory of the inner structure of strict liability: common law, civil law, and comparative law.* 1988 (62). *Tulane Law review*, p. 1333.

*Force majeure* always refers to an act external to the defendant, but in the context of art. 1384 it also requires that the event should be external to the thing that was under the defendant's care. The event must also be both, unforeseeable and unavoidable in its consequences. It is upheld on the causal ground that an irresistible and unforeseeable force absorbs all the causal connection between the defendant's conduct and the plaintiff's harm. The cumulative nature of the requirement (unavoidable and unforeseeable) means that the event must be regarded as abnormal in the surrounding circumstances. A patch of oil on a highway which causes a vehicle to skid will only constitute *force majeure* if it was quite impossible for an attentive and careful driver to see the oil on the dark road.

One important effect of the rule that the cause must be 'external' or 'outside' the thing which does the harm is that a latent defect in the thing, such as a failure in the brakes, a blowout of a tire, or a defect in the steering mechanism, does not release the defendant. This is not going to be different even if it was quite impossible for him to discover and remove the defect.

Natural events are only regarded as *force majeure* if they occur with unforeseeable suddenness and irresistible violence and the custodian in the case could not possibly or reasonably have taken the steps required to prevent the harm. Traditionally, the incident had to be exclusively caused by *force majeure*, independent of any legal fault of any person. This meant that the combination of the force of nature with a legal fault of a person which caused an injury would not permit the defense of irresistible force to be maintained. For example if a storm was sufficiently strong to destroy a weakened tree, but not a healthy tree, even though unforeseeable, would not exclusively have caused the damage; rather, it would be conjoined with the legal fault of the guardian of the tree, and he would be liable. However, a recent line of decisions allows the custodian to be held liable for just *part* of the harm.

Liability under art. 1384 par.1 is further excluded if it was the behavior of the victim that caused the harm. The defense will lie even though the victim's fault was not the sole cause of the damage. In each case the courts ask how far the harm was due to the behavior of the victim and to the 'act' of the thing respectively.<sup>79</sup> Liability under art. 1384 par.1 can be wholly avoided if the conduct of the victim was such that it could not normally have been foreseen by the custodian.

The same is true if the harm was caused by the behaviour of a third party, not including those for whom the custodian of the thing is rendered liable by art. 1384 par.5 nor yet those to whom he has entrusted the management or use of the thing. For instance, he must not be a worker or a contractor hired by the custodian, nor a borrower who has permission to use the thing. The third person's act must also be of the nature of an irresistible and unforeseeable occurrence that deprives the thing in custody of all causal significance.

---

<sup>79</sup> ZWEIGERT, K. KÖTZ, H. op. cit., p. 326.

## 5. IF WINTERBOTTOM HAD GONE TO FRANCE...

In 1896, in France, Wright would probably have been held liable if Winterbottom had sued him there. The central issue would have been, *who was the guardian of the thing?* The facts are not too clear if Wright sold the defective coach to the Postmaster-General, or if he simply had rented it. It is said in the originals that the defendant was a contractor for the 'supply' of mail-coaches and that he had contracted 'to provide' the Postmaster a mail-coach, but both expressions admit either interpretation. Atiyah, without paying much attention to this fact, assumes that it was a sale; others, on the contrary, refer to 'the hire'. If this was the case, Wright remained the owner and, as such, would easily have been found liable under art. 1384 parag. 1. On the contrary, if it was a sale, the question would have been, if the existence of a contract of maintenance could have been invoked by Winterbottom, not to claim the benefit of any right emerging from it, but simply as a fact to prove the condition of guardian that Wright was holding at the time as a result of the existence of that contract.

We have no doubts that this would be perfectly admissible and that no substantial, neither procedural rule had been violated with the admission of such a proof. We have already seen that the notion of 'garde' is a factual, rather than a legal one, therefore, no obstacles should be opposed if the plaintiff decided to choose the existence of a contract as the basis to show that, in fact, the guard had passed from the owner to somebody else.

Some doubts remain in relation to why Winterbottom chose to sue Wright, instead of the Postmaster-General. The most natural answer would be that the election was purely practical, not technical: the postmaster was his employer and he did not want to affect the present relationship, introducing a conflict that could prevent, in the future, the continuity of that business partnership. For some strange reason (maybe pedagogical reasons) the authors, when referring to this case, omit to mention that, in fact, Winterbottom had not been contracted by the Postmaster, but who did this was a firm managed by Mr. Nathaniel Atkinson, who was under a contract with the Postmaster-General to supply horses and coachmen. In other words, his employer was Atkinson and not the Postmaster. Having clarified that, the question still remains, why he did not sue Atkinson instead of Wright?

If the reasons were technical, and not practical as suggested before, the possible answer is that, according to the existing common law rules of the time, he really thought that his legal basis against his employer were very weak and, in fact, it was better to sue Wright.

It is not easy try to think as a nineteenth century lawyer would have done, but is certainly comprehensible to see why Winterbottom's lawyer was so confused, as to the point of not knowing whether he was suing on torts, or on contract. In fact, it is not sufficiently clear if his relationship with Atkinson was one of the kind master-servant that would give rise to liability. It looks

more as if he was an independent contractor, in which case his chances were, in fact, very few, to say the best. If this was the case, his strategy of choosing Wright as a defendant could have been adequate.

In France, this aspect would have been relevant if the cause of action was liability for third persons, but not in a case of liability for the *act of the things*, where the facts would concentrate, exclusively, on the determination of who was the guardian of the thing at the moment of the accident. It would have not been necessary to prove that the thing was defective. (Can anyone think this would be really necessary after the fact that it broke down in pieces leaving a man lamed for life?) It would also have been irrelevant to prove that the thing was intrinsically dangerous (would have not been enough to show the tragic results as an evidence of the danger that it carried?) It would have been enough simply to show Winterbottom's leg and the broken coach in order to get the comprehension of the court.

In that sense, Atiyah's economic analysis is incomplete (or wrong) when he says that the manufacturer *sold* the carriage (or *hired*, we'd say) to the Postmaster at a price based upon the expectations as to his potential liabilities, in which were not included servants as Winterbottom, and that those calculations would be upset in case of an unfavorable decision of the Court. In fact, Wright had supplied a coach, the price of which was that of a perfect good coach and it was not; according to its real defective conditions, it should be much cheaper. The benefit of the difference was on Wright's pocket; the losses on Winterbottom's lamed leg. That was the balance that the Court of Exchequer failed to restore. The cause of action was not a contract duty that had been dishonored, but a negligent act that caused harm!

The decision of the court established an absurd economic equation. Let us imagine that to hire the coach at a price  $X$  and to keep it in proper conditions, Wright had to invest a certain quantity of work, represented in effort, time and materials by the value  $Y$  and that not doing a proper job (working less hours, or using cheaper materials) that value would be  $Y-1$ . It could also be assumed that the reduction in his efficiency would represent an increase in the created risk (in the seriousness and number of potential victims) for the society as a whole, that could be represented by  $R+1$  (original risk plus the increase due to the inefficiency) together with an increase in his benefits  $B+1$  (original benefits plus the increase due to the savings in effort, time and materials). If the quality of the maintenance work got worse, let us say to  $Y-2$  or  $Y-3$ ; the created risk increases to  $R+2$  or  $R+3$  and the benefits increase to  $B+2$  or  $B+3$ ; and therefore, we have a perfectly established legally recognized equation where the bigger the risk, the bigger the profits and with absolute no liability derived from the creations of that risk. This should be unacceptable under any law system, and only a lack of sufficient reflection or an intellectual laziness of the Court could have given way to such a deviation from the most basic principles of Justice.

Did the Postmaster also loose money paying a higher price than he should? Yes and no. He actually did not loose money because he charged the

transports according to what he paid. Did he lose a better bargain? Yes, because he could have kept charging his clients the same amount, having paid a lower price. In other words, he did not lose, in the sense that he was not any poorer than he was before the transaction, but he could be better off having paid less, had he known of the real conditions of the coach.

Nevertheless, the real '*fallacy*' is saying that, because it was the Postmaster who had paid for the safety of the coach, Winterbottom (or anybody else) could not benefit when the coach broke down. He was not suing for a broken coach, he was suing for a broken leg, and to do that he did not need to show that he had paid anyone a single penny for the safety of his body!

That some judges felt the injustice of the decision is clear, not only from the dissenting of Justice Peacock, but specially from Rolff B.'s words: "this is one of those unfortunate cases...a hardship upon the plaintiff to be without remedy".

The different reaction or sensitivity of the courts is significant. On the one hand, (the English Court of Exchequer) nothing but resignation in front of what seemed to be an unrecognized tort, a case of *damnum absque injuria*; worries about what could represent the "most outrageous consequences" (meaning overwhelming days of work in the courts) and total insensitivity about a person who had just become lamed for life. On the other hand, (the French *Cour de Cassation*) departing from the victim's point of view, and feeling that the balance between harm-doer and harm-sufferer had to be restored decides to make the most extraordinary intellectual effort reinterpreting art. 1384 to bring some justice to the victim of somebody else's fault.

The utility of a theory such as *the act of the things* is evident when we see how a complicated issue like Winterbottom's is reduced to the most simple pair of questions, what was the thing that caused the damage? And who was its guardian?

The flexibility of the civil law rules also show its benefits when compared to the Procrustean bed that the precedent system represents. This could be appreciated in the vain efforts of Justice Peacock trying to demonstrate that Winterbottom was a case like Landgridge v. Levy. On the contrary, the generosity of the civilian general principles unchain the courts from those burdens facilitating the inclusion of hard cases when the sense of justice indicates so.

Anyways, this is a game of imagination where we are cheating on the facts, or we better say, the dates, because by the time that Winterbottom v. Wright was judged, the *Arrêt Teffaine* had not taken place yet and, therefore, Winterbottom would have had to prove that some fault on the part of the defendant was the cause of the mischief. It would have made no difference if it was an action or an omission because both are contemplated in the general rules clearly established in arts. 1382 and 1383. But, this is another story, and we should leave it for some other day...

## 6. REFERENCES

- AMOS, Maurice. WALTON, Fr BUCKLAND, W.W. **The duty to take care**. 51 *Law Quarterly Review*, 1935.
- CAENEGEM, Van R.C. **An historical Introduction to Private Law**. Cambridge: University Press, 1988.
- CRUZ, Peter de. **Comparative law in a changing world**. London: Cavendish, 1999.
- DAM, Cees van. **European Tort Law**. Oxford: University Press, 2006.
- DIAS, Reginald Walter. **The duty problem in negligence**. *Current Legal Problems*, 1995.
- ESMEIN, Paul. Liability in French law for damages caused by motor vehicle accidents. 2. **American Journal of Comparative Law**, 1953.
- FLEMING, John. **The law of Torts**. Sidney: Law Book, 1977.
- Remoteness and duty control devices in liability for negligence. 31. **Canadian Bar Review**, 1953.
- GALAND-CARVAL, Suzanne. **Unification of Tort Law: Strict Liability**. London: Antony Rowe, 2002.
- GARDINER, David. Mc GLONE, Frances. **Outline on Torts**. Sidney: Butterworths, 1998.
- GIBSON, R.D. A new alphabet of negligence. In: LINDEN **Studies in Canadian Law**, 1998.
- GILIKER, Paula. BECKWITH, Silas. **Tort**. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- GREEN, Leon. The duty problem in negligence cases 28. **Columbia Law Review**, 1928.
- HEPPLE, Bob. Negligence: The search for coherence. **Current Legal Problems**, 1997.
- HEUSTON, Robert. Donoghue v. Stevenson in retrospect. **Modern Law Review**. 20, 1957.
- HONORÉ, Tony. **Responsibility and fault**. Oxford: Hart Publishing, 1999.
- HOWARTH, David **Textbook on tort**. London: Butterworth, 1995.
- IBBETSON, David. **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: University Press, 1999.
- LABBAT, C.B. Negligence in relation to privity of contract. 16. **Law Quarterly Review**.
- LAWSON, Frederic Henry. Duty of care: a comparative study 22. **Tulane Law Review**, 1947.

- MALONE, Wex. Ruminations on liability for the acts of things. 42. **Louisiana Law Review** 1982.
- MARKESINIS, Basil S. **The German Law of Torts**. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- PALMER, Vernon. Why privity entered tort. An historical re-examination of Winterbottom v. Wright. 27. **American Journal Law History**, 1983.
- A general theory of the inner structure of strict liability: common law, civil law, and comparative law. (62) **Tulane Law Review**, 1988.
- PRICHARD, M.J. Trespass, case and the rule in William v. Holland. **Cambridge Law Journal**, 1964.
- RIEGERT, Robert. The west german civil code, its origin and its contract provisions. **Tulane Law Review**, vol. 45, 1970.
- RYAN, K.W. **An introduction to the Civil Law**. Sidney, Halstead.
- STAPLETON, Jane. Duty of care: peripheral parties and alternative opportunities for deterrence. 111 **Law Quarterly Review**, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Duty of care and economic loss: a wider agenda**. 107 **Law Quarterly Review**, 1991.
- STARCK, Boris. **Droit Civil**. Obligations. Paris: Librairies Techniques, 1972.
- \_\_\_\_\_. The foundation of delictual liability in contemporary French law. 48 **Tulane Law Review** 1974.
- STONE, Ferdinand. Liability for damage caused by things. In: **International Encyclopedia of Comparative Law**, Vol. 1, Tubingen: Mohr, 1978.
- STONE, Julius. **The Province and function of law: law as logic, justice and social control; a study in jurisprudence**. Sidney: Associated General Publications, 1946.
- TEHALL, Gary E. Things in one's custody. **Tulane Law Review**, 43, 1969.
- THE, E.K. Reasonable foreseeability in negligence. 5 **University of Tasmania Law Review**, 45, 1975.
- TUNC, André. Methodology of the Civil law in France. **Tulane Law Review**, vol. 50, 1976.
- \_\_\_\_\_. It is wise not to take the Civil Codes too seriously. In: **Essays in Memory of Professor F.H. Lawson**. London: Butterworths, 1986.
- VERLANDER, David E. Art. 2317 Liability: An analysis of Louisiana Jurisprudence since Loescher v. Parr. 25 **Loyola Law Review**, 1979.
- WALTON, F.P. Liability for damage done by things. 49. **Juridical Review**, 1937.
- WATKIN, Thomas Glyn. **An historical introduction to modern civil law**. Cornwall: Ashgate, 1999.

WIEACKER, Franz. **A history of private law in Europe**. Oxford: Clarendon, 1995.

WINFIELD, Percy Henry. Duty in tortious negligence. 34. **Columbia Law Review**, 1934.

ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Oxford: Clarendon, 1998.



# LES MOYENS D'INFORMATION ET DE COMMUNICATION COMMUNAUTAIRE CONCERNANT LA COOPERATION AU DEVELOPPEMENT ET L'AIDE EXTERIEURE OCTROYEE PAR L'UNION EUROPEENNE A L'AMERIQUE LATINE

---

*Leda Rouquayrol Guillemette<sup>1</sup>*

## **RÉSUMÉ**

Je me propose de vous faire une présentation sur les moyens d'information et de communication communautaire et institutionnelle concernant la coopération au développement et l'aide extérieure octroyée par l'Union européenne à l'Amérique latine, notamment en mettant l'accent sur la visibilité de la mise en œuvre de sa politique de lutte contre la pauvreté et l'impact de la mise en œuvre des programmes et projets sur les populations défavorisées dans cette région du monde

## **Mots-clé**

Union européenne. Citoyenneté européenne. Constitution. Communication. Information

## **RESUMO**

Este artigo se propõe a fazer uma apresentação sobre os meios de informação e de comunicação comunitários e institucionais no que concerne a cooperação e a ajuda exterior dispensada pela União Europeia à América Latina. Insisto especialmente sobre a visibilidade da política de luta contra a pobreza implementada pela UE nos países

latino-americanos, assim como os projetos para as populações desfavorecidas nesta região do mundo.

## **Palavras-chave**

União europeia. Cidadania europeia. Constituição. Comunicação. Informação

## 1. INTRODUCTION

A partir de l'an 2000, au service de la présence française auprès des Institutions européennes, j'ai été mise à disposition de la Commission

---

<sup>1</sup> Université du Havre. Master de Commerce avec l'Amérique Latine.

européenne en tant qu'Expert National Détaché auprès de la Direction Amérique latine de la Direction Générale EuropeAid/Office de Coopération, à Bruxelles.

J'ai été notamment chargé de l'établissement du rapport annuel sur la mise en œuvre de l'aide extérieure de la Commission européenne et du rapport général annuel sur l'activité de l'Union européenne en Amérique latine, entre autres bulletins, journaux et rapports internes.

Cette Direction Générale a été créée en janvier 2001, dans le cadre de la réforme de la Commission. Elle est chargée de la mobilisation de l'aide extérieure de la Commission, financée à partir du Budget Communautaire et du FED. Elle gère actuellement environ 7,5 milliards d'euros d'aide extérieure.

La position privilégiée que j'ai occupée m'a permise d'acquérir une connaissance solide des circuits de l'information, ainsi que de connaître les responsables des réseaux communautaires travaillant avec l'Amérique latine.

Je me propose de vous faire une présentation sur les moyens d'information et de communication communautaire et institutionnelle concernant la coopération au développement et l'aide extérieure octroyée par l'Union européenne à l'Amérique latine, notamment en mettant l'accent sur la visibilité de la mise en œuvre de sa politique de lutte contre la pauvreté et l'impact de la mise en œuvre des programmes et projets sur les populations défavorisées dans cette région du monde.

Plusieurs raisons m'ont amenées à ce choix. La première est de toute évidence la méconnaissance autour du sujet et ce malgré une forte activité concernant la gestion de l'aide extérieure par la Commission européenne. Celle-ci gère actuellement quelques 7,5 milliards d'euros d'aide extérieure. Son action reste toutefois méconnue du public en général et plus particulièrement du milieu académique.

La deuxième raison vient du constat qu'un important effort a été fourni par la Commission européenne concernant une plus grande visibilité et transparence de ces actions vis-à-vis du public. Cet effort se concrétise sous forme de documents publiés ou mis sur Internet. Ces documents permettent une étude plus approfondie des moyens mis en œuvre par la CE pour le développement durable dans les pays tiers.

## 2. LA COOPÉRATION EUROPÉENNE AU DÉVELOPPEMENT

Tout d'abord, avant d'entrer dans le vif du sujet, j'aimerais passer rapidement en revue quelques informations importantes sur l'action extérieure de l'UE, qui nous aideront à mieux comprendre la problématique centrale de cette intervention, soit l'information et la communication communautaires.

Comme vous le savez, l'UE assure son action extérieure non seulement

à travers le dialogue politique avec les pays tiers, mais aussi en développant des relations commerciales et en plaçant l'aide au développement parmi ses priorités. Il est important de souligner que l'Union européenne est un de plus grands donateurs mondiaux d'aide au développement.

L'UE est consciente des problèmes qu'une mondialisation à sens unique pourrait engendrer. Alors, afin de participer à la lutte contre la pauvreté de façon efficace l'UE a conçu une approche globale concernant sa politique d'aide au développement. Ceci se traduit par des interventions d'ordre prioritaire et sur un nombre limité de domaines.

Les activités mises en place par la Commission européenne suivent un cadre intégré concernant les programmes et projets. En effet, la prise en compte de la participation des pays en voie de développement au commerce mondial est parmi ses préoccupations, ainsi que le soutien aux politiques macro-économiques qui favorisent l'accès des populations pauvres aux services de santé et éducation.

Par ailleurs, cette politique de lutte contre la pauvreté ne serait pas efficace sans un partenariat durable entre l'UE et les pays en voie de développement. Ceci permet l'appropriation du savoir faire par les populations locales, le renforcement de la participation de la société civile, ainsi que l'amélioration des capacités institutionnelles et administratives des pays partenaires. Cette approche a comme objectif la réduction de la dépendance des pays pauvres concernant l'aide extérieure.

Suite à la prise en compte des observations faites dans un cadre interinstitutionnel et à l'écoute attentive des suggestions de la société civile, la CE a décidé de mettre en place une réforme pouvant répondre aux défis lancés par la coopération envers les pays tiers. En 2001, la CE a créé l'Office de Coopération – EuropeAid, dont l'objectif était d'améliorer la gestion de l'aide extérieure, de réduire le temps nécessaire à la mise en œuvre des projets approuvés et aussi de donner la garantie d'une gestion saine et efficace.

Tout au long de ces deux dernières décennies, le nombre de pays bénéficiaires de l'aide extérieure a augmenté. Au départ, l'aide au développement était limitée aux pays ACP. Actuellement, la CE finance des projets dans 140 pays dans le monde. Les relations entre l'UE et l'Amérique latine concernant l'aide au développement ont été prises en compte notamment à partir de l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne.

Ces dernières années les relations entre **l'Union Européenne et l'Amérique latine** ont été renforcées par une stratégie communautaire qui vise l'établissement d'un partenariat durable et solide entre ces deux régions. La politique de coopération menée par la Commission européenne va dans ce sens-là, car elle vise à développer les échanges et la connaissance mutuelle des cultures, notamment à travers les programmes et actions mis en place par la CE.

Les programmes régionaux appuyés par la CE en Amérique latine soutiennent les politiques de développement de ces pays en les aidant à renforcer leurs capacités institutionnelles. Il est important de citer ces programmes horizontaux qui contribuent également à l'intégration régionale: Al-Invest, Alfa, Alban, Alis, Urb-Al, Obreal et Eurososial. Tous les pays membres de l'UE et tous les pays latino-américains éligibles peuvent présenter des initiatives à travers les appels d'offre lancés périodiquement par la CE.

### 3. LA POLITIQUE D'INFORMATION ET COMMUNICATION DE L'UE

#### a) En Europe

Suite à ce bref exposé sur la coopération entre l'UE et l'Amérique latine, nous allons au vif du sujet de cette section V, à savoir l'information et la communication de l'UE.

Il serait important de revenir un peu en arrière et tenter d'accompagner l'évolution de la politique de communication de l'UE.

Cette merveilleuse idée d'Union qui a commencé à prendre forme dans les années 50 n'était pas accompagnée par une véritable politique de communication. A cette époque, il y avait d'autres priorités et les moyens de communication n'étaient pas ce qu'ils sont de nos jours.

Il me semble que les Institutions mises en place par les EM ont pendant longtemps travaillé en autarcie par rapport au public en général, européens ou à l'extérieure de l'UE. Et les questions ont commencé à fuser : Construire l'Europe sans les européens ? Avoir une politique extérieure sans l'expliquer aux européens ou aux bénéficiaires de l'aide européenne ?

Je pense que ceci s'explique par le fait qu'à l'époque, il fallait d'abord donner vie, concrétiser et mener à bien l'idée d'Union pour la paix et la prospérité des pays européens avec une longue histoire commune. C'était la priorité.

Je pense que le fait de créer l'Europe sans communiquer avec les européens a créé un abîme entre les fonctionnaires et politiques chargés de mettre en place la politique européenne et les citoyens européens. Le manque d'information du public sur l'Europe a mené à l'éloignement entre les deux parties et à une forte incompréhension mutuelle. Nous pouvons citer pour exemple, la faible participation des citoyens aux **élections parlementaires européennes**. Ceux-ci ne se sont pas vraiment mobilisés.

La communication de l'UE vers ses citoyens concernant n'importe quel sujet (et celui qui nous concerne ici c'est l'aide publique à l'Amérique latine), ne pouvait pas se résumer à quelques communiqués de presse transmis par des portes paroles ou à du matériel de propagande, soigneusement réfléchis et distribués, à un large public qui les regardait distraitement.

Les citoyens ont encore le sentiment d'un manque de cohésion entre

la politique de communication des institutions européennes et celle des Etats Membres. Un exemple très récent et révélateur fut la commémoration du **9 mai**. Pendant que l'UE communiquait sur son jour officiel à travers plusieurs manifestations assez intéressantes, certains EM dont la France, commémoraient le 8 mai, la fin d'une guerre atroce et fratricide.

En France, tous les médias ont parlé de cette guerre pendant une semaine, du matin au soir et pas un mot ou presque sur l'UE. Ils ont déversés un flot d'images de bombardements, charniers entre autres images de haine ancienne. Le regard des medias se tournait vraisemblablement vers le passé et non pas vers l'avenir.

Ce manque de coordination et **cohérence entre l'UE et les EM** concernant l'info/com, mène à ce que chacun mette en place sa propre communication sur l'UE. Les EM parlant en bien quand ça les arrange et parfois disant du mal quand ils ne veulent pas assumer ses propres responsabilités.

La phrase « C'est la faute à Bruxelles » a bon dos. Finalement, Bruxelles devient aux yeux des citoyens un danger et une menace. Le résultat du referendum français illustre bien ce dialogue de sourds.

Il a été dit que les français ont voté **non à la Constitution européenne** pour désavouer une politique interne sur laquelle ils n'étaient pas d'accord. Je pense que la vraie question qui devrait être posée est : pourquoi un peuple cultivé, d'un niveau de vie élevé a voté non sur une affaire qui les concerne de près ? La réponse est : on ne peut pas voter ou se prononcer vraiment sur quelque chose que nous ne connaissons pas. En effet, il y a eu un total mélange de genres et finalement les français ne se sont pas prononcé sur une constitution, mais sur la politique interne d'un pays. Suite à ce résultat une certaine gauche française était sûre d'emporter les élections présidentielles. Je pense que les citoyens ne sont pas dupes. Cet exemple démontre bien la défaillance d'un EM et de l'UE en ce qui concerne l'information sur l'UE.

A coté d'un manque de concertation des politiques d'info/com entre l'UE et les EM il faut aussi signaler le manque d'homogénéité dans les cursus de l'enseignement en Europe. L'offre de **formation sur l'UE** depuis la maternelle jusqu'à l'enseignement supérieur est différente selon l'EM.

Certains pays vont jouer à fond la carte de l'Europe, vont beaucoup investir dans leurs programmes d'enseignement et surtout dans la mobilité des étudiants. D'autres seront bien plus frileux. Là aussi il faudra une véritable volonté politique de concertation pour que finalement il puisse y avoir plus d'Union Européenne dans les cursus scolaires et universitaires.

Beaucoup de progrès a déjà été fait, notamment dans les collèges, avec les classes européennes et les programmes d'échanges, notamment Erasmus. Mais beaucoup reste à faire. Les plus jeunes en Europe ont la chance d'avoir de plus en plus des formations tournés sur l'essentiel de la **richesse européenne** :

## **paix, prospérité, mobilité, égalité, respect des droits et en plus d'un grand choix possible d'apprentissage des langues.**

A côté de cela, les citoyens de 20 ans et plus dans certains pays, ont déjà raté le train concernant la formation sur l'Europe. Pour eux, l'Europe a une connotation négative. A force d'écouter une certaine cacophonie ou des messages négatifs dans les médias, renforcés par certains politiciens et ceci allié au manque de formation scolaire, ces personnes se sentent difficilement européens, se sentant strictement nationaux.

Quelques pays comme l'Espagne et le Portugal qui ont profité des fonds structurels européens, notamment pour les infrastructures, ont une image positive de l'Europe et il y a dans ses pays, une volonté politique d'informer sur les retombées extrêmement positives de leur entrée dans l'UE. Par contre, d'autres EM suivent le mouvement inverse.

En ce qui concerne l'info/com sur l'UE, nous pouvons dire qu'il y a une défaillance voulue ou pas de certains EM que se soit au niveau des médias, que se soit au niveau de l'enseignement.

On constate une certaine impuissance de l'UE à s'imposer positivement sur la scène médiatique. Pourquoi ? Les journalistes ne croient pas en l'Europe ? Il faudra attendre encore longtemps pour que les nouvelles générations de journalistes puissent parler de l'Europe positivement ? Est-ce que pour vendre les journaux il faut parler de façon négative de l'Europe ? Est-ce que les nouveaux moyens de communication tels les blogs, Internet et autres changeront la donne plus rapidement ?

Ou alors, le fonctionnement des institutions est si difficile à comprendre et opaque que beaucoup préfèrent rester à la surface. La question du côté Institutions serait : est-ce qu'il faut plus de transparence et de visibilité de ses actions et de sa politique ? Comment communiquer et pour quel public ?

Je suis persuadé que suite au non français et néerlandais, tous UE et EM, mettrons sur place une véritable politique concertée de formation, information et communication envers les citoyens européens.

### **b) En Amérique Latine**

L'Union Européenne est un exemple unique de réussite de l'intégration territoriale. Les retombées de cette union de pays sont très positives à plusieurs niveaux. Le monde entier a les yeux rivés vers l'UE, l'étudie et essayent de comprendre son système d'intégration.

Quant à l'information sur l'UE dans les pays tiers, là aussi beaucoup reste à faire, malgré une image positive de l'UE dans le monde.

Un des domaines le plus sensibles c'est **l'aide au développement**. Dans mes contacts avec les jeunes européens et latino américains, nombre d'entre eux s'interrogent sur l'efficacité de l'aide européenne.

Ils ne sont pas contre l'envoi de quelques milliards d'euros d'aide aux pays tiers, même si les sommes les surprennent, mais ils parlent clairement de l'ignorance totale concernant l'utilisation de ces fonds. Dans leurs questionnements, ils mélangent des propos sur la corruption, la mauvaise gestion et la volonté d'aider.

Dans le domaine de la coopération beaucoup est en train d'être fait concernant la communication au public sur les politiques de lutte contre la pauvreté dans le monde menée par l'UE. Mais beaucoup reste à faire. Il faudra plus de visibilité pour ceux qui aident les pays tiers avec leurs impôts (les européens) et ceux qui reçoivent cette aide, dans les pays tiers (les bénéficiaires).

D'autres domaines se dégagent tel la politique de l'élargissement et voisinage. Quels sont les messages positifs qui doivent être véhiculés ? Pour l'instant **les médias parlent de chômage, trafic, immigration**. Ces mots font peur et la réaction est de rentrer dans sa coquille et fermer la porte. Fermer la porte à d'autres adhésions ou à ceux qui sont arrivés récemment. Il faudra passer des **messages de solidarité, grand marché pour les échanges commerciaux, lutte contre le chômage, contre la pauvreté, le crime organisé et l'immigration clandestine**.

Je pense aussi à ce immense continent qui est l'Afrique et du manque d'une véritable politique de développement vers les pays pauvres de ce continent. Aucune politique d'aide au développement ne peut pas être crédible sans que le commerce et la formation soient mis en exergue. L'UE devra en quelque sorte réfléchir sur sa politique d'aide à l'Afrique et le faire en cohérence avec les autres donateurs. Afin de vraiment aider les pays africains : Est-ce qu'il est suffisant de véhiculer les images de camions chargés de nourriture vers les populations africaines ? Est-ce que les médias peuvent montrer autre chose que la misère de cette région ?

L'UE doit être capable avec des messages simples et cohérents, d'expliquer aux pays tiers sa politique extérieure. Pourquoi l'UE veut aider les autres pays, pourquoi elle est le plus grand donateur d'aide publique ? Les réponses à ces questions doivent être adressés non seulement à l'égard des pays tiers, bénéficiaires de l'aide européenne, mais aussi aux citoyens européens, qui participent financièrement à cet effort.

Je suis persuadée du rôle essentiel des Délégations et des représentations de l'UE présentes dans le monde entier. Ce formidable réseau formé par des fonctionnaires et agents locaux peut être une caisse de résonance des politiques mises en place par l'Union. La réforme de la CE en 2001 a été essentielle pour que ces Délégations puissent être renforcées et devenir des véritables relais de l'UE dans le pays tiers.

La communication et l'information sur l'UE dans les pays tiers peut voir le jour sous forme de manifestations, CD, films, brochures, livres et Internet,

avec des Web Site dirigés aussi bien au grand public, qu'au publique spécialisé, dans un langage simple, évitant le jargon communautaire.

#### 4. CONCLUSION

On s'accorde à dire que la mise en place d'un cadre légal et d'une programmation indicative a eu des retombées positives concernant les relations entre l'UE et l'Amérique latine. Les montants engagés par la CE et les secteurs d'actions prioritaires ont été identifiés en partenariat avec les pays bénéficiaires. Ceci veut dire que les programmes et projets soutenus par l'UE obéissent actuellement à une logique d'entente bi-régionale conçue selon les vrais besoins des populations locales.

Dans le cadre de la réforme de la CE, la gestion de l'aide aux pays tiers a été déconcentré et le suivi des projets financés par la CE est effectué de manière collégiale entre le Siège (Bruxelles) et les Délégations de la CE en Amérique latine. En effet, les Délégations présentes dans les pays latino-américains suivent de plus près la mise en œuvre des projets faisant partie de la programmation établie par le Siège.

Il est difficile à l'heure actuelle de vérifier l'impact de la création de l'Office sur l'efficacité de la gestion de l'aide aux populations latino-américaines. Néanmoins, selon le dernier rapport de la CE sur l'aide extérieure de la CE publié en 2004 sur les actions de 2003, il y a eu une nette amélioration dans la rapidité de l'acheminement de l'aide ainsi que dans l'efficacité de la gestion des montants alloués aux pays tiers.

Quant aux informations concernant les détails des montants alloués aux pays tiers, tels que les périodes et secteurs choisis, il est fort de constater que les sources ne sont pas nombreuses et que parfois on est confrontés à une différence entre les informations publiées par chaque service. Pour un chercheur non averti, il est très difficile de comprendre toutes les subtilités des chiffres publiés.

La CE a déployé des grands efforts dans le sens de donner une plus grande visibilité de ses actions concernant l'aide extérieure. Néanmoins, les informations sont trop globales et ne réfléchissent pas la réalité de la coopération dans le détail. Il serait utile que des informations plus détaillées soient publiées, tels les montants par pays, par année et par secteur de toute l'aide envoyée en Amérique latine. Il est possible qu'avec des nouveaux programmes informatiques mis en place par les services de la CE, l'information soit plus détaillée.

Concernant les rapports publiés depuis 2001 par la CE sur « la politique de développement de la Communauté européenne et la mise en œuvre de l'aide extérieure » on remarque que la méthode de recherche des montants alloués à l'aide extérieure change à chaque année, rendant difficile l'étude pour une période donnée. Encore une fois, les informations sont très générales ne donnant pas la mesure exacte de cette coopération.

On peut se questionner sur l'objectif et le public cible de ces publications. Si elles sont faites pour le grand public afin de donner une idée très générale de la coopération ou si elles sont faites à l'usage des Institutions européennes, comme le Conseil et le Parlement. Telles qu'on les trouve actuellement, les informations ne donnent qu'une vision partielle de la coopération.

On remarque que la tendance générale est à la concertation entre les grands bailleurs de fonds et les États membres de l'UE. Avoir un tableau plus précis des montants alloués à l'aide extérieure peut rendre plus efficace la concertation des acteurs mondiaux de la coopération et de l'aide au développement.





# I DIRITTI DEL SOSPETTATO NEL TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER L'EX JUGOSLAVIA

*Michelle Schulz*<sup>1</sup>

## **riassunto**

In quest'articolo mi propongo di discutere alcuni problemi che insorgono in relazione alla tutela dei diritti del sospettato nel Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia. È nostra opinione che, sebbene certi diritti sono garantiti, nel complesso lo Statuto, le norme di procedura e la giurisprudenza del Tribunale hanno fallito nel garantire un giusto processo al sospettato.

## **Parole-chiave**

Tribunale Internazionale Penale per l'ex Jugoslavia – Sospettato – Giusto Processo.

## **RESUMO**

Neste artigo propomos discutir alguns problemas que surgem em relação à tutela do direito do suspeito no Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia. É nossa opinião que, ainda que certos direitos são garantidos no complexo Estatuto, a norma processual e a jurisprudência do Tribunal tem falhado na sua tarefa de garantir um processo justo ao suspeito.

## **Palavras-chave**

Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia. Suspeito. Processo Justo

## 1. INTRODUZIONE

Il Tribunale Internazionale Penale per l'ex Jugoslavia è un organo giuridico istituito *ad hoc* dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con il mandato di indagare e giudicare, conformemente ai criteri di giusto processo stabiliti nelle convenzioni e patti internazionali, i responsabili per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia. Lo Statuto e le "norme di procedura e deposizione", cd. *Rules of Procedure and Evidence (RPE)*, formalmente assicurano i diritti dell'accusato e del sospettato. suspeito

Nel complesso, tuttavia, la tutela offerta è discutibile, ed è stata l'oggetto d'innumerevoli critiche in particolare per quanto riguarda le violazioni dei diritti dell'accusato. Al contrario, la letteratura sui diritti del sospettato non è

<sup>1</sup> Laurea in Giurisprudenza (Università di Firenze), Ph.D Student (University of Canterbury, New Zealand).

altrettanto ampia, sebbene molte sono le questioni che insorgano in relazione alla tutela di quest'ultimo. In particolare, i problemi che ci proponiamo di discutere in questa sede sono: primo, sebbene alcuni diritti sono formalmente tutelati, il sospettato sottoposto ad interrogatorio fuori della sede del Tribunale, non ha né il diritto di essere avvisato del suo *status*, né il diritto d'essere informato, in forma chiara e precisa, dei fatti che gli sono attribuiti e degli elementi di prova esistenti. Secondo, i diritti del sospettato insorgano solo quando l'Ufficio del Procuratore, nel corso delle indagini, decide di interrogare, o/e trasferire sotto la custodia del Tribunale, una persona sospettata di aver commesso i crimini nella giurisdizione del Tribunale. Tali fattori compromettono la nozione di giusto processo poiché: da un lato, l'assenza di un atto formale che informi il sospettato del suo *status* e fatti a carico determina che quest'ultimo non ha l'abilità di godere pienamente dei suoi diritti; dall'altro, l'insorgere dei diritti del sospettato dipende dal potere discrezionale del Procuratore, e non vi è, di là dal trasferimento e/o interrogatorio del sospettato, un momento nella procedura in cui è possibile individuare con certezza quando una persona sottoposta ad indagini assume lo *status* di sospettato.

## 2. IL TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER L'EX JUGOSLAVIA E LA NOZIONE DI "GIUSTO PROCESSO".

Prima di discutere i problemi che insorgono in relazione alla tutela dei diritti del sospettato nel Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, vorrei introdurre brevemente la nozione di giusto processo, e delineare, in termini generali, la giurisprudenza resa in materia dal Tribunale.

### 2.1. La nozione di giusto processo.

La nozione di giusto processo è uno strumento concettuale del procedimento penale, il cui fine è garantire al soggetto sottoposto ad azione penale un processo equo e giusto, in cui la tutela delle garanzie individuali ha precedenza sulle esigenze di sicurezza e di condanna.<sup>2</sup> Il giusto processo è pertanto un modello ideologico di base, uno strumento indispensabile per la

<sup>2</sup> La nozione di giusto processo è un elemento essenziale dell'idea di Stato di Diritto o *the Rule of Law*. Si vedano ad esempio: WALKER, Geoffrey. **The Rule of Law. Foundation of Constitutional Democracy**. Melbourne: University Press, 1988, p. 29 e 38; FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa. **The Rule of Law in the European Constitution**. London: Kluwer Law International, 1999, p. 69; EPSTEIN, Richard Allen. **What do we mean by the Rule of Law**. Wellington: New Zealand Business Roundtable, 2005, p. 6; SAUNDERS, Cheryl & LE ROY, Katherine. **The Rule of Law**. Sydney: The Federation Press, 2003, p. 2, 5, 7 e 81; LARSON, Arthur. **Design for Research in International Rule of Law**. Durham: World Rule of Law Centre, Book Series No. 2, School of Law, 1961, p. 29; MARSHALL, Thomas Humphery. **Citizenship and Social Class, in Contemporary Political Philosophy: An Anthology**. Oxford: R. E. Goodin & P. Pettit (eds), Blackwell, 1997, pp. 291- 319; HARRIS, David. **The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right**. **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 16, No. 2, 1967, p. 353.

legittimità d'ogni sistema criminale, sia questo nazionale o internazionale.<sup>3</sup> Come tale è riconosciuto quale diritto fondamentale dell'uomo nel Patto Internazionale e nelle Convenzione Europea,<sup>4</sup> ed è previsto a livello costituzionale nelle democrazie moderne.<sup>5</sup>

In specifico, la nozione di giusto processo, sebbene nel diritto anglosassone è più semplicemente definita con il termine *right to a fair trial*, non si concretizza attraverso un singolo diritto, ma è composta di *principi fondamentali* quali: *nullum crimen*, imparzialità ed indipendenza degli organi giudicanti, presunzione di non colpevolezza, processo pubblico, *habeas corpus*, parità delle armi e principio del contraddittorio; e di un insieme non esaustivo di *garanzie processuali minime*, quali ad esempio: il diritto di essere informato della natura e dei motivi dell'accusa, il diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa, il diritto all'assistenza di un difensore, il diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.<sup>6</sup> In questa sede non ci è possibile illustrare in dettaglio il significato dei principi e garanzie minime che compongono la nozione di giusto processo. È importante in ogni modo premettere che: primo, affinché un giusto processo sia attuato tali principi e garanzie minime devono essere pienamente garantiti; secondo, i diritti della persona sottoposta ad azione penale non devono essere incondizionatamente limitati e/o bilanciati per favorire gli interessi dell'accusa o delle vittime.<sup>7</sup>

## 2.2. Il giusto processo e la giurisprudenza del Tribunale

Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, durante la stesura dello Statuto del Tribunale, ha, apertamente sancito che, per la legittimità dei procedimenti condotti all'Aja, è imperativo che un giusto processo sia garantito a coloro sottoposti all'azione penale.<sup>8</sup> Il Tribunale in Camera d'Appello, ha

<sup>3</sup> Si vedano: *Judgment of the International Military Tribunal of the Trial of German Major War Criminals (with dissenting opinion of the soviet member)*. Nuremberg, 30<sup>th</sup> September and 1<sup>st</sup> October, 1946, In: **His majesty's stationary office**, Miscellaneous no. 12, 1946, London; **Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808** (1993), UN Doc. S/25704, para 106; *Prosecutor v. Tadic* Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case IT - 94- I - AR72, 2 October 1995, paras. 47-48; e **Amnesty International Fair Trial Manual**: <http://www.amnesty.org/ailib/intcam/fairtrial/fairtria.htm>, last visited on 7 August 2007.

<sup>4</sup> Articoli 5, 6, e 7, Convenzione Europea (ECHR), European Treaty Series No. 5. ; text reprinted in (1951) 45 A.J.I.L. , *Supp.* , p. 26; Articoli 9, 14 e 15, Patto Internazionale (ICCPR), G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 160 52, U.N. Doc. A/6316 (1967).

<sup>5</sup> Si vedano ad esempio: Articoli 3, 27, 104 e 111 della Costituzione Italiana.

<sup>6</sup> Articoli 5, 6, e 7, Convenzione Europea (ECHR); Articoli 9, 14 e 15, Patto Internazionale (ICCPR). Si veda anche Human Rights Committee (HRC), *General Comment No. 13*.

<sup>7</sup> **Draft Third Optional Protocol to the ICCPR, Final Report, Commission on Human Rights, UN Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 46<sup>th</sup> Session, E/CN.4/Sub.2/CN. 4/Sub.2/1994/24**. Per ulteriori discussioni su questo punto si veda: MATHIAS, Don. **The Accused's Right to a Fair Trial: Absolute or Limitable?** *New Zealand Law Review*, 2006, p. 217 e ff.

<sup>8</sup> **Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808** (1993), UN Doc. S/25704, para 106.

in seguito dichiarato che la sua legittimità è assicurata dal fatto che, nei procedimenti condotti dinanzi allo stesso, un giusto processo è messo in pratica tenendo conto degli standard internazionali.<sup>9</sup>

Tuttavia, nel complesso, la giurisprudenza del Tribunale relativa al giusto processo è discutibile. In particolare è riprovevole la tesi secondo cui i diritti del soggetto sottoposto ad azione penale possono essere limitati o derogati tenendo conto del *contesto* peculiare in cui i procedimenti sono condotti, degli interessi dell'accusa e dei testimoni.<sup>10</sup> Nel caso di *Tadic*, per esempio, l'imputato lamentò che il Tribunale, ammettendo le deposizioni di testimoni le cui identità erano sconosciute alla difesa, ha compromesso il principio del contraddittorio, il diritto di esaminare i testimoni, e il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per approntare la difesa. Rispondendo, il Tribunale, ritenne: primo, che date le peculiari circostanze del caso, l'anonimità dei testimoni era necessaria per ragioni di sicurezza; e secondo, che la nozione di giusto processo tutela non solo l'imputato, ma anche il Procuratore, i cui testimoni nel caso in esame non sarebbero stati disposti a deporre se la loro identità fosse stata svelata all'imputato e al suo difensore.<sup>11</sup> Il Tribunale, dunque, valutando la situazione ha ritenuto che i diritti dell'imputato fossero meno importanti dell'interesse del Procuratore. Per giustificare tale decisione, il Tribunale ha inoltre dichiarato che, l'insieme delle garanzie processuali minime che compongono la nozione di giusto processo, possono essere derogate in procedimenti di natura militare, come quelli condotti dinanzi al Tribunale.<sup>12</sup>

Tale decisione del Tribunale compromette la nozione di giusto processo. Primo, le garanzie processuali minime, quali il diritto di esaminare i testimoni a carico e di preparare una difesa, e il principio del contraddittorio sono inviolabili poiché la loro funzione è di tutelare i diritti fondamentali della persona sottoposta ad un processo penale.<sup>13</sup> Studiosi in materia, la Corte Europea e la *Human Rights Committee* hanno inoltre ripetutamente sancito che il principio del contraddittorio proibisce categoricamente l'uso di cd. testimoni anonimi e che, anche se in circostanze eccezionali, si può non rendere nota l'identità dei testimoni all'imputato, in ogni caso il difensore deve essere informato dell'identità dei testimoni e delle dichiarazioni rese in tempo per preparare una difesa in condizioni di parità con l'accusa.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case IT-94-I-AR72, 2 October 1995, para. 28-40, para 45; e *Prosecutor v. Milosevic*, Preliminary Protective Motion, Case No. IT-99-37-PT, August 2001.

<sup>10</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Prosecution Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, UN Doc IT-94-I-T, 10 Aug. 1995, paras. 28-30. In paragrafo 27, il Tribunale ha sancito: "In determining where the balance lies between the accused's right to a fair and public hearing and the protection of victims and witnesses, the Judges of the International tribunal must do so within the *context* of its own unique legal framework".

<sup>11</sup> *Ibid*, paras 17, 26 and 55.

<sup>12</sup> *Ibid*, para 61.

<sup>13</sup> **Draft Third Optional Protocol to the ICCPR, Final Report, Commission on Human Rights, UN Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities**, 46<sup>th</sup> Session, E/CN.4/Sub.2/CN. 4/Sub.2/1994/24

<sup>14</sup> LEIGH, Monroe. Witness Anonymity is inconsistent with Due Process. **The American Journal**

Secondo, l'ammissibilità di un bilanciamento, come accaduto nel caso di *Tadic*, contraddice la nozione di giusto processo, poiché determina il rischio che la persona sottoposta all'azione penale sia arbitrariamente svantaggiata da altri interessi in conflitto, in questo caso l'interesse del Procuratore di avvalersi dei cd. testimoni anonimi. La nozione di giusto processo è per definizione tutela dell'individuo sottoposto all'azione criminale e non del Procuratore.<sup>15</sup> I principi e garanzie processuali che compongono la nozione di giusto processo, infatti, sono *a priori* definiti tenendo in considerazione gli interessi dei testimoni e del Procuratore, non è dunque necessario limitare o bilanciare ulteriormente i diritti della persona sottoposta ad azione penale. Per esempio il diritto di essere processato pubblicamente può essere limitato per ragioni di ordine morale, come accade nei casi di violenza sessuale, ma non può essere limitato al di là dei casi espressamente previsti.<sup>16</sup> Lo stesso vale per altri diritti. Per esempio, il diritto di esaminare i testimoni dell'accusa può essere limitato nelle fasi preliminari del procedimento se vi sono ragioni sufficienti da temere che la vita e la sicurezza dei testimoni siano a rischio. Tale limitazione, in ogni modo, non può eccedere i limiti previsti; in altre parole, come accennato, l'identità del testimone deve essere svelata in ogni caso al difensore in tempo per preparare una difesa.

Terzo, l'asserzione che l'insieme delle garanzie processuali minime può essere derogato in procedimenti di natura militare è superficiale.<sup>17</sup> Il Tribunale nel caso *Tadic* si riferisce alla clausole derogatorie dell'Articolo 15 della Convenzione Europea e Articolo 4 del Patto Internazionale. Tali clausole, seppure in apparenza ammettono deroghe al giusto processo in situazioni di emergenza, a un'analisi

---

**of International Law.** Vol. 91, No. 1, Jan, 1997, p. 80; DE FRANCIA, Cristian. Due process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters. **Virginia Law Review**, Vol. 87, No. 7, Nov. 2001, p. 1414; HARRIS, David. op. cit. , p. 358; STAVROS, Stephanos. op. cit. , 187; Human Rights Committee (HRC), *Rodriguez Orejuela v. Colombia*, 848/99, para 7.3; **Human Rights Committee (HRC) Concluding Observations on Peru** (1996) UN doc. CCPR/C/79/Add. 67.

<sup>15</sup> SLOAN, James. **The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Fair Trial Rights: A Closer Look.** Leiden **Journal of International Law.** No. 9, 1996, p. 493.

<sup>16</sup> STAVROS, Stephanos. op. cit. , pp. 191 e 19; HARRIS, David. op. cit. , p. 359-361; See: European Court of Human Rights: Judgments, *Campbell and Fell v. U.K.*, 28/6/1984, Series A, No. 80; E/CN. 4/SR. 155, paras 20–22, 24, 28 and 29; Human Rights Committee (HRC), *Van Meurs v. The Netherlands*, (215/86), para 6.2; Human Rights Committee (HRC), *Van Meurs v. The Netherlands*, (215/86), para 6.2; Human Rights Committee (HRC), *Z.P. v. Canada*, 341/88, para 3.3.j.

<sup>17</sup> SLOAN, James. op. cit. , p. 487; STRAVOS, Stephanos. **The Right to a Fair Trial in Emergency Situations.** **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 41, No. 2, 1992, p. 347-348. Si vedano: Human Rights Committee (HRC), *General Comment No 29*, paras 11 e 16, e *General Comment No 13*, para. 4; Study on States of Siege or Emergency, **Special Rapporteur for the Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities**, E/CN. 4/Sub.2/1982/5; **Syracuse Principles on the Limitation and derogation Provisions in the ICCPR**, International Group of Experts in a Symposium held in Syracuse in 1984; **Study on States of Emergency and their impact on Human Rights**, International Commission of Jurists, Geneva 1983; **Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Exception**, International Law Association's Paris Conference in 1984; Res. 1989/27, UN Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN. 4/Sub.2/1990/34, para 150; **Draft Third Optional Protocol to the ICCPR, Final Report, Commission on Human Rights**, UN Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 46<sup>th</sup> Session, E/CN.4/Sub.2/CN. 4/Sub.2/1994/24, paras 59-62.

meno superficiale illustrano che deroga non è permessa in procedimenti eccezionali di natura militare, quali i procedimenti *ad hoc* condotti all'Aja, perché ammesso che Articoli 15 e 4 siano applicabili in tali circostanze, devono essere interpretati tenendo conto di altre obbligazioni internazionali, in particolare le Convenzioni di Ginevra, che non ammettono derogazione.<sup>18</sup>

Il caso *Tadic* è stato oggetto di molte critiche da parte di studiosi e, fortunatamente, la decisione del Tribunale non è diventata giurisprudenza costante in materia di ammissibilità dei cd. testimoni anonimi.<sup>19</sup> Tuttavia, la giurisprudenza del Tribunale ha ripresentato in molti altri casi la tesi, cd. *contextual approach*, secondo la quale i diritti dell'imputato possono essere limitati tenendo conto del contesto in cui il Tribunale si trova ad operare, e degli interessi del Procuratore o dei testimoni secondo le circostanze del caso. Tale giurisprudenza ha compromesso fondamentali principi quali la parità delle armi e il principio del contraddittorio, ed ha in sostanza pregiudicato tutte le garanzie processuali minime.<sup>20</sup>

### 3. I DIRITTI DEL SOSPETTATO NEL TRIBUNALE INTERNAZIONALE PER L'EX JUGOSLAVIA

Al Tribunale Internazionale per l'ex Jugoslavia, Articolo 18 e *Rule 42* garantiscono che il sospettato sottoposto ad interrogatorio, abbia il diritto all'assistenza legale, il diritto ad un interprete ed il diritto a rimanere in silenzio. *Rule 43* stabilisce che l'interrogatorio del sospettato deve essere video o/e audio registrato. *Rule 40 bis* infine garantisce al sospettato trasferito in detenzione al Tribunale i diritti di *Rules 42* e *43*, il diritto di essere informato delle ragioni dell'arresto e il diritto di avere la legalità dell'arresto esaminata da un giudice.

#### 3.1. Il mancato "avviso di garanzia" e la ridotta tutela per il sospettato.

Basandosi sullo Statuto e sulle *RPE* è evidente che non tutti i diritti che formano l'insieme giusto processo sono garantiti al sospettato. In particolare

<sup>18</sup> Si vedano: Geneva Convention I, Art. 49; Geneva Convention II, Art. 50; Geneva Convention III, Arts 102-108; Geneva Convention IV, Arts 5, 64-75, 146 and 147; Additional Protocol I, Arts 71 (1), 75 (4) and 85 (4) (e), Additional Protocol II, Art. 6; and Common Article 3.

<sup>19</sup> *Prosecutor v. Blasik* Case No. IT-95-14-PT, para 50, Trial Chamber, ICTY, Mar. 3, 2000; *Prosecutor v. Bradanin and Talic*, Case No. IT - 96 - 36- PT, Decision on the Motion for Protective Measures, 3 July 2000; *Prosecutor v. Milosevic*, Case No, IT - 02 -54 -T, First Decision on the Motion for Protective Measures for Sensitive Source Witnesses, 3 May 2002.

<sup>20</sup> Si vedono ad esempio: McINTYRE, Gabrielle. *Equality of Arms – Defining Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. *Leiden Journal of International Law*, No. 16, 2003, p. 271; *Case number IT-95-13a-PT*, *Prosecutor v Slavko Dokmanovic*, 8 Sept. 1997; *Prosecutor v. Kavoka*, Decision on Defense Preliminary Motions on the Form of the Indictment, Case No. IT-98-30-T, 12 April 1998, para. 17; *Prosecutor v. Kupreskic*, Appeal Chamber Judgment, Case No. It - 95 -16 - A, 23 October 2001, para 39; *Prosecutor v. Nikolic et al.*, Decision on Nikolic's Motion for Disclosure Pursuant to Rules 65 ter and 66, IT-05-88-T, 30 January 2007

è l'assenza di un "avviso di garanzia",<sup>21</sup> in altre parole di un atto formale che informi il sospettato del suo *status* e dei fatti su cui le autorità fondano i loro sospetti, che è discutibile. Non vi è, come già anticipato, alcuna norma nello Statuto o *RPE* che provvede l'emissione di un simile atto. Infatti, anche se *Rule 40 bis* garantisce al sospettato trasferito nella custodia del Tribunale il diritto di essere informato delle ragioni dell'arresto, tale diritto è limitato primo, alle situazioni in cui il sospettato è stato trasferito al Tribunale, e dunque non insorge per il sospettato che è stato arrestato da autorità nazionali *ex Rule 40*. Secondo, tale informazione ha l'unico obiettivo di permettere al sospettato di contestare la legalità della detenzione preventiva e non di informarlo del suo *status* di sospettato.

L'assenza di un atto formale, che informi il sospettato del suo *status* e dei fatti che gli sono attribuiti, crea problemi in particolare per i sospettati che sono interrogati in sedi diverse da quelle del Tribunale, in altre parole, per quei sospettati che non sono stati trasferiti *ex Rule 40 bis*. Per esempio nel caso *Delalic*, l'indiziato fu arrestato il 18 marzo 1996 dalle autorità tedesche, a seguito di richiesta formulata dal Procuratore *ex Rule 40*. A seguito dell'arresto *Delalic* venne interrogato il 18 e 19 marzo 1996 dai membri dell'Ufficio del Procuratore a Monaco. Prima di cominciare con l'interrogatorio gli intervistatori lessero *Rules 42 e 43* a *Delalic*, senza comunque espressamente informarlo del suo *status* di sospettato e delle ragioni dell'interrogatorio. *Delalic* venne formalmente accusato lo stesso giorno. Durante il processo, il difensore ripetutamente ha richiesto che le dichiarazioni rese da *Delalic* a Monaco il 18 e 19 Marzo non fossero ammesse come prova. Una delle ragioni addotte dal difensore, fu che la garanzia di un giusto processo era stata violata perché *Delalic* non è stato informato del suo *status* e dei fatti supportanti i sospetti.<sup>22</sup> Il difensore non solo riferì a *Rule 42* ma anche a *Rules 55 e 62* e agli Articoli 20 e 21 dello Statuto.<sup>23</sup>

A nostro parere, l'argomentazione del difensore era corretta e coerente con la giurisprudenza della Corte Europea e della *Human Rights Committee*, dove è riconosciuto che il sospettato, come l'accusato, ha diritto di essere informato tempestivamente dei fatti a carico prima dell'interrogatorio.<sup>24</sup> La *ratio* di tale diritto è, infatti, di garantire al sospettato le condizioni per apportare la propria difesa in parità con l'accusa ad ogni stato e grado del giudizio, incluse le indagini preliminari. Inoltre, è nostra opinione che il difensore giustamente riferì ai diritti dell'accusato poiché non vi è ragione per cui il sospettato riceva una tutela minore.

Il Tribunale, tuttavia, ha deliberato che non vi era in questo caso una

<sup>21</sup> Si veda cd. "informazione di garanzia" del modello italiano: Articolo 335 Codice di Procedura Penale.

<sup>22</sup> *Prosecutor v. Zejnir Delalic*, Decision on the Motion on the Exclusion and Restitution of Evidences and other Material seized from the Accused, 9 October 1996, paras 9 and 12.

<sup>23</sup> *Ibid*, para. 10.

<sup>24</sup> Human Rights Committee (HRC), *D. Williams v. Jamaica*, 561/1993, para 9.2; European Court, *Corigliano v. Italy*, Judgment, 10 December 1982, para 34; and European Court, Judgment, *Angelucci v. Italy*, 19 February 1991.

violazione del diritto del sospettato dato che primo, il sospetto era stato informato dei suoi diritti e che tale contesto era sufficiente perché Delalic fosse informato del suo *status*.<sup>25</sup> Secondo, che il sospettato non ha il diritto di essere informato dei fatti a suo carico prima dell'interrogatorio.<sup>26</sup> Terzo, che il sospettato non ha gli stessi diritti dell'accusato.<sup>27</sup>

La decisione del Tribunale è discutibile. Primo, che il sospettato debba essere capace di desumere dal contesto il suo *status* e le ragioni dell'interrogatorio sembra essere una violazione del principio di presunzione di non colpevolezza. Secondo, perché sembra essere illogico che il sospettato non ha gli stessi diritti dell'accusato. In alcuni sistemi nazionali, come ad esempio in Francia ed in Inghilterra, il sospettato non gode degli stessi diritti dell'accusato,<sup>28</sup> probabilmente perché la Convenzione Europea e il Patto Internazionale non riferiscono espressamente le garanzie del giusto processo per il sospettato.<sup>29</sup> Tale tesi tuttavia sembra illogica, perché la fase investigativa è elemento essenziale del processo penale che non comincia nel momento in cui una persona è formalmente imputata, ma dal momento della *notitia criminis*.<sup>30</sup> Negli ultimi decenni, infatti, le decisioni della Corte Europea e della *Human Rights Committee*, e studi promossi dalla Commissione Europea e associazioni non governative quali Amnesty International hanno promosso la garanzia dell'insieme dei diritti che compongono il giusto processo anche durante le indagini preliminari.<sup>31</sup> Nel sistema italiano, ad esempio, durante le indagini preliminari, il sospettato ha gli stessi diritti dell'accusato.<sup>32</sup> Infine la decisione del Tribunale è discutibile perché, non riconoscendo al sospettato il diritto di essere informato del suo *status* e delle ragioni dell'interrogatorio, quest'ultimo non è in condizione di

<sup>25</sup> *Prosecutor v. Zejnir Delalic*, Decision on the Motion on the Exclusion and Restitution of Evidences and other Material seized from the Accused, 9 October 1996, para. 11. "Although it is true that at no stage in the Transcript of Interview did the interviewer expressly inform the accused Zejnir Delalic of his status as a suspect, he was however informed that the rights that were read out pursuant to Rule 42 'deal[t] with the rights of suspects during investigation'"

<sup>26</sup> *Ibid*, para. 12.

<sup>27</sup> *Ibid*, para. 10.

<sup>28</sup> Si vedano: Police Criminal Act 1984, (s.66(1)), Code of Practice C, 2006, Section 10.3, 11.1. and Section 3; e Articoli 63 e 64, French CPP.

<sup>29</sup> European Court, *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment, 24 November 1993; Human Rights Committee (HRC), *Kelly v. Jamaica*, 253/1987.

<sup>30</sup> ZAPPALÀ, Salvatore. *op. cit.*, p. 48; SPROKEN, Taru & ATTINGER, Marelle. **Procedural Rights in Criminal Proceedings: Existing Level of Safeguards in the European Union**. European Commission, Dec. 2005, Section 1.3.; and **Amnesty International Fair Trials Manual**, Section A, Chapter 3, available on <http://www.amnesty.org>, last consulted on 8/08/2007.

<sup>31</sup> European Court, *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment, 24 November 1993, Dissenting Opinion of Judge Pettiti; HRC, *D. Williams v. Jamaica*, 561/1993; European Court, *Angelucci v. Italy*, 19 February 1991. In particolare, in quest'ultimo caso il ricorrente lamentò violazione del diritto di essere processo entro limiti di tempo adeguati. Nondimeno, l'analisi fatta dalla Corte nell'individuare il momento in cui il diritto di essere processato nei limiti di tempo previsti è rilevante in questa sede perché la Corte ha sancito che il diritto insorge dal momento in cui le indagini sono formalmente aperte.

<sup>32</sup> Si vedano: Articoli 335, 347, 369, 369 bis, 391 – 391 decies, 415 bis, 419, e 61, Codice di Procedura Penale.

valutare le conseguenze delle sue dichiarazioni.

L'assenza di un'informazione simile all'avviso di garanzia, infatti, ha determinato che Delalic non fosse in grado di esercitare pienamente sia il suo diritto all'assistenza legale sia il suo diritto di rimanere in silenzio.

*Rule 42* garantisce al sospettato il diritto di essere interrogato alla presenza del suo difensore, diritto al quale il sospettato può rinunciare. La possibilità di rinuncia a tale diritto in teoria non crea problemi, ma questioni insorgono nella pratica.

Delalic, per esempio, prima di essere interrogato il 19 Marzo 1996, espressamente richiese la presenza del suo avvocato. L'Ufficio del Procuratore, preso atto della richiesta, chiese se, dato che l'arrivo del difensore avrebbe richiesto del tempo, l'interrogatorio poteva nel frattempo continuare. A tale richiesta Delalic rispose in modo affermativo, dunque tecnicamente rinunciando al suo diritto.<sup>33</sup> Successivamente, il difensore, richiedendo la non ammissibilità come prova delle dichiarazioni rese durante l'interrogatorio, lamentò che vi era stata una violazione del giusto processo perché Delalic era stato interrogato senza il suo difensore, precisando che, seppur apparentemente Delalic aveva rinunciato a tale diritto, nella sostanza, non essendo stato informato del suo *status* e dei motivi dell'interrogatorio, Delalic non era consapevole delle conseguenze della sua rinuncia.<sup>34</sup> Il Tribunale, tuttavia, sancì che Delalic volontariamente aveva rinunciato al suo difensore.<sup>35</sup>

A nostro parere, la decisione del Tribunale compromette la nozione di giusto processo, perché è evidente che Delalic è stato indotto, attraverso uno stratagemma, a rinunciare al suo diritto. Studi sulla condotta delle autorità competenti a svolgere l'interrogatorio illustrano che generalmente la presenza dell'avvocato durante l'interrogatorio è malvista perché, sotto la guida del difensore è più probabile che il sospettato asserisca il suo diritto al silenzio. Gli investigatori adottano degli stratagemmi per indurre il sospettato a rinunciare al suo diritto, come per esempio, affermare che l'arrivo del difensore richiede del tempo e chiedere se l'interrogatorio nel frattempo può continuare. Studi illustrano che solo il sospettato, consapevole del suo *status* e dei suoi diritti, non rinuncia al suo diritto di essere interrogato alla presenza del difensore, mentre la maggior parte dei sospettati è riluttante a insistere sulla presenza del difensore perché vi è l'idea che ribadire tale richiesta potrebbe virtualmente ammontare ad un' ammissione di colpevolezza.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> *Prosecutor v. Zejnil Delalic*, Decision on the Motion on the Exclusion and Restitution of Evidences and other Material seized from the Accused, 9 October 1996, para 14.

<sup>34</sup> *Prosecutor v. Zejnil Delalic*, Decision on the Motion for the Exclusion of Evidence by the Accused, 25 September 1997, para 7

<sup>35</sup> *Prosecutor v. Zejnil Delalic*, Decision on the Motion on the Exclusion and Restitution of Evidences and other Material seized from the Accused, 9 October 1996, para 14; Decision on the Motion for the Exclusion of Evidence by the Accused, 25 September 1997, para 6.

<sup>36</sup> HUDGSON, Jaqueline. Adding Injury to Injustice: The Suspect at the police Station. *Journal of Law and Society*, 1994, p. 90; DIXON, David. Safeguarding the Rights of Suspects in Police Custody. *Policing and Society*, Vol. 1, 1990, p. 125; LEO, Richard. Inside the Interrogation Room.

Per ovviare alle storture che possono essere causate dagli stratagemmi usati durante l'interrogatorio e ridurre il margine di rischio che una persona tecnicamente possa rinunciare al suo difensore a seguito di uno stratagemma, il diritto del sospettato di essere interrogato alla presenza del difensore deve essere garantito in termini assoluti, anche se la Corte Europea e alcuni sistemi nazionali non garantiscono espressamente tale diritto.<sup>37</sup> La presenza dell'avvocato durante l'interrogatorio è, infatti, una *conditio sine qua non* per un'effettiva protezione di tutti gli altri diritti del sospettato, quali per esempio il diritto al silenzio e soprattutto il principio della parità delle armi.

Problemi simili insorgono in relazione al diritto di rimanere in silenzio. Tale diritto è garantito in *Rule 42*, come per il diritto di essere interrogato alla presenza dell'avvocato, la rinuncia è ammissibile. L'ammissibilità di rinuncia del diritto anche se teoricamente non svantaggia il sospettato, in pratica crea problemi perché l'obiettivo primario delle autorità che conducono le indagini è di ottenere una confessione.<sup>38</sup> Dunque, il rischio di stratagemmi per indurre il sospettato a rinunciare al suo diritto è alto, come per esempio non informare chiaramente il sospettato del suo *status*. Riferendoci ancora una volta al caso *Delalic*, il sospettato non solo ha rinunciato al suo diritto di essere interrogato alla presenza del difensore, ma anche al suo diritto di rimanere in silenzio. Come per il diritto all'assistenza legale il difensore ha argomentato che vi era una violazione di *Rule 42* perché il sospettato non era consapevole del suo *status*, non era stato informato sui fatti oggetto dell'interrogatorio e che quindi non poteva aver valutato le conseguenze delle sue dichiarazioni. Il difensore ha aggiunto che se *Delalic* fosse stato consapevole dello *status* e dei fatti dell'interrogatorio non avrebbe volontariamente reso tali dichiarazioni. Dunque il Tribunale era tenuto ad offrire al sospettato un procedimento incidentale, cd. *voir dire*, con l'obiettivo di valutare se le dichiarazioni rese dal sospettato fossero state rese volontariamente e quindi potessero essere ammesse come confessioni nel corso del procedimento.<sup>39</sup> Il Tribunale, tuttavia, non ha accolto la richiesta di un procedimento *voir dire*, sancendo che *Delalic* aveva volontariamente rinunciato al suo diritto.<sup>40</sup>

A nostro parer, tale decisione, come quella presa sul diritto alla presenza dell'avvocato e sul diritto di essere informato, contraddice la nozione di giusto processo perché non è stato riconosciuto che l'assenza di un documento simile all'informazione di garanzia e l'uso di stratagemmi ha compromesso l'abilità del sospettato di pienamente asserire il suo diritto di rimanere in silenzio e che questo ha creato per lo stesso un grande svantaggio.

---

**The Journal of Criminal Law and Criminology**, 1996, p. 266 ff.

<sup>37</sup> European Court, *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment, 24 November 1993. Per una visione generale di come il diritto alla presenza del difensore è tutelato negli stati europei si veda: SPROKEN, Taru & ATTINGER, Marelle. op. cit.

<sup>38</sup> LEO, Richard. op. cit.

<sup>39</sup> *Prosecutor v. Zejnir Delalic*, Decision on the Motion for the Exclusion of Evidence by the Accused, 25 September 1997, para 8, 15 and 29.

<sup>40</sup> *Ibid*, paras 41-46.

Per ovviare alle problematiche che insorgano per il sospettato durante l'interrogatorio è opportuno: primo, informare il sospettato del suo status e dei fatti a carico mediante un atto formale; e secondo, garantire il diritto alla presenza del difensore in termini assoluti, poiché in tal modo si riducano i rischi derivanti dall'uso di stratagemmi e che il diritto al silenzio sia compromesso. L'assenza di un avviso di garanzia e l'uso di stratagemmi, infatti, non compromette solo il diritto alla presenza del difensore o il diritto al silenzio, ma nel complesso pregiudica il principio delle parità delle armi giacché il sospettato si trova in una posizione di svantaggio rispetto al Procuratore.

Tuttavia, sebbene garantire in termini assoluti il diritto alla presenza del difensore durante l'interrogatorio è una soluzione che facilmente si può implementare rendendo la presenza dell'avvocato obbligatoria, non è altrettanto facile individuare il momento in cui l'avviso di garanzia deve essere notificato.

### 3.2. La discrezionalità del Procuratore e l'insorgere dei diritti del sospettato.

I diritti del sospettato insorgono solo quando il Procuratore decide, nel corso delle indagini, di interrogare il sospettato o di trasferirlo nella custodia del Tribunale.<sup>41</sup> Il Procuratore dunque in piena autonomia decide quando nel corso delle indagini preliminari interrogare o/e trasferire il sospettato.<sup>42</sup> Non vi è dunque un momento nelle fasi delle indagini preliminari in cui il Procuratore è tenuto a formalmente qualificare una persona come sospettato, al contrario, il Procuratore ha il potere incondizionato di differire l'interrogatorio e/o arresto dell'indiziato e così l'insorgenza dei diritti di quest'ultimo.

Osservando le fasi delle indagini preliminari illustrate da Carla Del Ponte e Ditore, è chiaro che dal momento in cui la *notitia criminis* è ricevuta dal Procuratore, il suo ufficio concentra le indagini sui possibili responsabili e sulla loro gerarchia di comando. Il Procuratore, tuttavia, formalmente dà inizio alle investigazioni solo quando è soddisfatto che le informazioni raccolte contro l'indiziato sono sufficienti per formalizzare un atto di accusa *ex Rule 47*.<sup>43</sup> Per esempio, Generale Djukic, arrestato dalle autorità bosniache su loro iniziativa, ufficialmente fu trasferito nella custodia del Tribunale, *ex Rule 90 bis*, come testimone. Al momento del trasferimento Djukic non era formalmente né imputato né sospettato. Tuttavia, in una conferenza stampa

<sup>41</sup> Si vedano: Articoli 18 e 16 dello Statuto, e *Rules 2 (A)* e 39.

<sup>42</sup> Per discussioni su come il Procuratore esercita tale discrezionalità nella selezione dei sospettati e/o imputati si vedano: ZAPPALÀ, Salvatore. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 51; CRYER, Robert. *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 191 ff

<sup>43</sup> DEL PONTE, Carla. *Investigation and Prosecution of large scale crimes at the International Level*. *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 543; DITORE, Koha. *Tribunals Indictment are based on Evidence*, 3 December 2004, available on [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty), last consulted on 25/07/07. Si veda anche: Address of Carla Del Ponte at the Police Briefing, European Policy Centre, Brussels, The Hague, 3 July 2007.

tenuta dopo la formale imputazione, l'Ufficio del Procuratore ha dichiarato che, sin dal momento in cui gli era pervenuta notizia dell'arresto di Djukic su iniziativa delle autorità bosniache, indagini preliminari erano state condotte e che vi erano ragioni sufficienti da ritenere che il Generale avesse commesso i crimini nella giurisdizione del Tribunale.<sup>44</sup> Le dichiarazioni rese durante la conferenza stampa indicano che, seppure era stato trasferito come testimone, nella sostanza era un indiziato sottoposto ad indagini preliminari. Il Generale, quindi, sarebbe dovuto essere trasferito al Tribunale *ex Rule 40 bis*, e non *ex Rule 90 bis*. Il fatto che Djukic fosse trasferito come testimone e non come sospettato, ha determinato che quest'ultimo non si è potuto avvalere dei diritti del sospettato previsti in *Rules 40 bis*, 42 e 43. È da notare inoltre che il Generale fu trasferito al Tribunale perché era intenzione del Procuratore ottenere la collaborazione del Generale. Al rifiuto del Generale, il Procuratore pubblicamente ha affermato che data la riluttanza a collaborare non era rimasta altra scelta che formalizzare un atto d'accusa *ex Rule 47*.<sup>45</sup>

Sembrirebbe dunque che sia per ragioni opportunistiche che non è stato indicato un momento preciso nelle fasi delle indagini in cui il Procuratore è tenuto ad individuare formalmente il sospettato. Altresì nei sistemi nazionali, indipendentemente dal modello utilizzato la decisione su quando una persona assume la qualifica di sospettato è nella discrezionalità delle autorità che conducano le indagini. Per esempio, in Inghilterra e in Nuova Zelanda è la polizia che conduce le investigazioni ed individua il sospettato.<sup>46</sup> In Italia ed in Francia è il Procuratore che dirige le investigazioni, sotto la supervisione del giudice per le indagini preliminari.<sup>47</sup> Anche in sistemi nazionali, dunque, vi è il rischio che il Procuratore o la polizia esercitino arbitrariamente i loro poteri. Per esempio, in un celebre caso neozelandese, il caso *Scott Watson*, durante i cinque mesi delle indagini preliminari l'ispettore incaricato di svolgere le indagini non ha mai pubblicamente nominato Scott Watson come sospettato, sebbene abbia continuamente riferito alla barca di Watson come il luogo in cui il crimine era stato commesso e ha tacitamente acconsentito alla demonizzazione di Watson da parte dei Media. Watson durante i cinque mesi è stato interrogato ripetutamente, ma sempre come testimone e non come sospettato, senza che i suoi diritti gli fossero conferiti. Watson fu imputato al termine delle indagini senza essere mai stato formalmente considerato un sospettato, sebbene i resoconti del tempo non lasciassero dubbi che, nel corso delle indagini Watson fosse stato l'unico indiziato.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Si veda: Press Release, CC/PIO/039-E, 1 March 1996.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> WHITE, Robin. Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-Formulation of the 'Philips Principle'. *The Modern Law Review*, Vol. 69, 2006, p. 153. Si veda: Royal Commission on Criminal Procedure, *Phillips Report*, 1981, para 7.

<sup>47</sup> GRANDE, Elisabetta. The Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. *The American Journal of Comparative Law*, 2000, p. 235; HUGSON, Jaqueline. Suspects, Defendants and Victims in the French Criminal Process: The context of Recent Reforms. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, p. 796. Si vedano: Articoli 41, 63 e 77, French CPP.

<sup>48</sup> HUNTER, Keith. *Trial by Trickery*. Auckland: Hunter Productions, 2006.

Illustrato il problema, questioni insorgano sulle possibili soluzioni. Primo, l'istituzione di un giudice per le indagini preliminari come nel sistema francese ed italiano certamente favorirebbe una maggiore garanzia al sospettato.<sup>49</sup> Tuttavia, non è nostra opinione che la sola presenza del giudice per le indagini preliminari risolva il rischio di abusi in relazione alla discrezionalità lasciata alle autorità nell'individuazione del momento in cui una persona è ufficialmente dichiarata un sospettato.

Secondo, Zappalà ha suggerito che l'istituzione di un atto formale che informi il sospettato del suo *status* e dei fatti a carico, come il cd. avviso di garanzia nel modello italiano, servirebbe a limitare la discrezionalità del Procuratore. Certamente, come accennato, il cd. avviso di garanzia creerebbe più chiarezza sullo *status* del sospettato una volta che questo sia formalmente individuato dal Procuratore.<sup>50</sup> Tuttavia, se un momento preciso in cui nel corso delle indagini una persona assume la qualifica di sospettato non è individuato, la presenza di un avviso di garanzia non elimina la possibilità che il Procuratore differisca la notifica dell'avviso di garanzia, così da poter condurre le indagini senza dover garantire i diritti al sospettato.

La soluzione sembra dunque essere nella ristrutturazione delle fasi delle indagini preliminari, in modo tale da individuare un momento preciso in cui il Procuratore è tenuto a qualificare un soggetto come sospettato, indipendentemente dalla decisione di interrogare o/e trasferire il sospettato. Individuato tale momento sarebbe, infatti, possibile notificare al sospettato un avviso di garanzia, e dunque permettere a quest'ultimo primo di esercitare consapevolmente i suoi diritti quando interrogato, e secondo di essere in condizione di parità con il Procuratore.

#### 4. CONCLUSIONI

La nozione di giusto processo è un modello ideologico di base per ogni procedimento penale, sia questo nazionale o internazionale. L'insieme di principi fondamentali e di garanzie processuali minime che la compongano deve dunque essere garantito in termini assoluti per la legittimità dei procedimenti penali.

Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e il Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia hanno formalmente asserito che, per la legittimità dei procedimenti condotti all'Aja, è imperativo che un giusto processo sia garantito al soggetto sottoposto ad azione penale, in coerenza con gli standard internazionali. Tuttavia, come illustrato analizzando la questione dei cd. testimoni anonimi nel caso *Tadic*, il Tribunale ha adottato un'interpretazione della nozione di giusto processo che ha compromesso i diritti dell'imputato. Tale interpretazione, cd. *contextual approach*, infatti,

<sup>49</sup> PLOSCOWE, Morris. The Investigating Magistrate in European Criminal Procedure. *Michigan Law Review*, Vol. 33, 1935, p. 1010; FIELD, Steven. Judicial Supervision and the Pre Trial Process. *Journal of Law and Society*, Vol 21, 1994, p. 119; HUGDSON, Jaqueline. The Police, the Prosecutor and the Judge d'Instruction. *British Journal of Criminology*, Vol. 41, 2001, p. 345.

<sup>50</sup> ZAPPALÀ, Salvatore. op. cit., p. 15

ha autorizzato che la tutela dei diritti dell'imputato potesse essere limitata, derogata e bilanciata tendo conto del contesto peculiare dei procedimenti e degli interessi del Procuratore. Anche se la decisione nel caso *Tadic* non è divenuta giurisprudenza costante in materia dei cd. testimoni anonimi, il Tribunale, in molti altri casi, ha riaffermato il cd. *contextual approach*.

Tale approccio non solo compromette i diritti dell'accusato ma anche del sospettato. Due sono i problemi illustrati in questa sede. Primo, il sospettato non gode degli stessi diritti dell'accusato. In particolare, la mancanza di un formale atto, quale il cd. avviso di garanzia in Italia, che informi il sospettato del suo *status*, dei fatti che gli sono attribuiti e delle prove a suo carico, crea problemi per il sospettato interrogato fuori della sede del Tribunale. Riferendo al caso *Delalic* è evidente che la mancanza di tale atto ha compromesso l'abilità di Delalic di pienamente godere dei suoi diritti, in particolare il diritto alla presenza del difensore durante l'interrogatorio e il diritto di rimanere in silenzio. Tali diritti sono compromessi, inoltre, dall'incapacità del Tribunale di tenere in considerazione lo svantaggio che il sospettato soffre a causa dell'uso di stratagemmi. La soluzione qui proposta è garantire in termini assoluti al sospettato i suoi diritti, e conferire al sospettato gli stessi diritti dell'accusato. Secondo, il Procuratore ha una discrezionalità incondizionata nel decidere quando interrogare o/e trasferire nella custodia del Tribunale un sospettato, e conferirgli i suoi diritti. Questo è un problema che sussiste anche in sistemi nazionali, e la cui soluzione non sembra facilmente individuabile, e richiede una ristrutturazione delle fasi investigative.

Vi sono molti altri aspetti della tutela offerta al sospettato dal Tribunale che meritano discussione, quali i problemi che insorgano in relazione alla qualità delle traduzioni degli interrogatori, alle modalità in cui gli interrogatori sono audio e video registrati, e alla giurisprudenza concernente la valutazione della legalità dell'arresto. E' dunque auspicabile che la ricerca giuridica si concentri non solo sull'imputato, ma anche sullo status del sospettato nei procedimenti dinanzi al Tribunale.

## 5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

CRYER, Robert. *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

DE FRANCIA, Cristian. *Due process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters*. *Virginia Law Review*, vol. 87, no. 7, nov. 2001.

DEL PONTE, Carla. *Investigation and Prosecution of large scale crimes at the International Level*. *Journal of International Criminal Justice*, 2006.

DITORE, Koha. *Tribunals Indictment are based on Evidence*, 3 December 2004, available on [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty), last consulted on 25/07/07.

DIXON, David. *Safeguarding the Rights of Suspects in Police Custody. Policing and Society*, vol. 1, 1990.

EPSTEIN, Richard Allen. **What do we mean by the Rule of Law**. Wellington: New Zealand Business Roundtable, 2005.

FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa. **The Rule of Law in the European Constitution**. London: Kluwer Law International, 1999.

HARRIS, David. The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 16, no. 2, 1967.

HUDGSON, Jaqueline. Adding Injury to Injustice: The Suspect at the police Station. **Journal of Law and Society**, 1994

\_\_\_\_\_. The Police, the Prosecutor and the Judge d’Instruction. **British Journal of Criminology**, vol. 41, 2001.

\_\_\_\_\_. Suspects, Defendants and Victims in the French Criminal Process: The context of Recent Reforms. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 51, 2002.

HUNTER, Keith. **Trial by Trickery**. Auckland: Hunter Productions, 2006.

GRANDE, Elisabetta. The Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. **The American Journal of Comparative Law**, 2000.

GUHR, Alexandra & MOSCHTAGHI, Ramin & AFSHAR, Rassekh. **Max Planck Manual on Fair Trial Standards**. Hamburg: Max Planck Institute for Comparative and International Law, 2006.

FIELD, Steven. Judicial Supervision and the Pre Trial Process. **Journal of Law and Society**, vol 21, 1994.

LARSON, Arthur. **Design for Research in International Rule of Law**. Durham: World Rule of Law Centre, Book Series No. 2, School of Law, 1961.

LEIGH, Monroe. Witness Anonymity is inconsistent with Due Process. **The American Journal of International Law**. vol. 91, no. 1, jan, 1997.

LEO, Richard. Inside the Interrogation Room. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, 1996.

MARSHALL, Thomas Humphery. Citizenship and Social Class, In **Contemporary Political Philosophy: An Anthology**. Oxford: R. E. Goodin & P. Pettit (eds), Blackwell, 1997.

MATHIAS, Don. **The Accused’s Right to a Fair Trail: Absolute or Limitable?** New Zealand Law Review, 2006.

McINTYRE, Gabrielle. Equality of Arms – Defining Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. **Leiden Journal of International Law**, no. 16, 2003.

PLOSCOWE, Morris. The Investigating Magistrate in European Criminal Procedure. **Michigan Law Review**, vol. 33, 1935.

SAUNDERS, Cheryl & LE ROY, Katherine. **The Rule of Law**. Sydney: The Federation Press, 2003.

SLOAN, James. The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Fair Trial Rights: A Closer Look. **Leiden Journal of International Law**. no. 9, 1996.

SPROKEN, Taru & ATTINGER, Marelle. **Procedural Rights in Criminal Proceedings**: Existing Level of Safeguards in the European Union. European Commission, dec. 2005.

STRAVOS, Stephanos. The Right to a Fair Trial in Emergency Situations. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 41, no. 2., 1992.

\_\_\_\_\_. **The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

WALKER, Geoffrey. **The Rule of Law. Foundation of Constitutional Democracy**. Melbourne: University Press, 1988.

WHITE, Robin. Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re- Formulation of the 'Philips Principle'. **The Modern Law Review**, vol. 69, 2006.

ZAPPALÀ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. New York: Oxford University Press, 2003.



## DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2007.1

---

**1. ALUNA: CHRISTIANNY DIÓGENES MAIA**

**TÍTULO:** ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR: TEORIA E PRÁTICA EMANCIPATÓRIA

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADORA:** PROFESSORA DOUTORA ANA MARIA D'AVILA LOPES – UFC  
PROFESSOR DOUTOR ANTONIO CARLOS WOLKMER – UFSC

PROFESSOR DOUTOR MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA - UNIFOR

**DATA A DEFESA:** 29 DE JANEIRO DE 2007

**2. ALUNA: SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA**

**TÍTULO:** PRINCÍPIOS DO PROCESSO ELEITORAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADORA:** PROFESSORA DOUTORA ANA MARIA D'AVILA LOPES - UFC  
PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES – UNIFOR

PROFESSOR DOUTOR PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE – UFC

**DATA A DEFESA:** 30 DE JANEIRO DE 2007

**3. ALUNA: PATRÍCIA MARLA FARIAS LIMA MACHADO**

**TÍTULO:** A SOLIDARIEDADE E O ESTADO: DO VALOR À NORMA JURÍDICA

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR LIVRE-DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - UFC  
PROFESSOR DOUTOR CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA – FACULDADE CHRISTUS

PROFESSOR DOUTOR REGENALDO RODRIGUES DA COSTA – UFC

**DATA A DEFESA:** 22 DE FEVEREIRO DE 2007

**4. ALUNO: JOÃO AURINO MENDES BRITO**

**TÍTULO:** O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A INCONSTITUCIO-

NALIDADE SUPERVENIENTE DO ARTIGO 791 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - UFC  
PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES – UNIFOR

PROFESSOR DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA – UFC

**DATA A DEFESA:** 08 DE MARÇO DE 2007

**5. ALUNO: ANDRÉ DIAS FERNANDES**

**TÍTULO:** “DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DO STF EM ADIN E ADC: EFEITO VINCULANTE, COISA JULGADA ERGA OMNES E EFICÁCIA ERGA OMNES”

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS - UFC

PROFESSORA DOUTORA MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI – UFPE

PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – UFC

**DATA A DEFESA:** 26 DE MARÇO DE 2007

**6. ALUNO: FRANCISCO PAULO BRANDÃO ARAGÃO**

**TÍTULO:** A INDEPENDÊNCIA E A AUTONOMIA DOS BANCOS CENTRAIS

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR LIVRE DOCENTE ÁLVARO MELO FILHO - UFC

PROFESSOR DOUTOR CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA – FACULDADE CHRISTUS

PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – UFC

**DATA A DEFESA:** 21 DE JUNHO DE 2007

**7. ALUNA: JULIANA SOMBRA PEIXOTO**

**TÍTULO:** ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA – UFC

PROFESSORA DOUTORA ENCIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO – UFPE

PROFESSOR DOUTOR JOSÉ JÚLIO DA PONTE NETO – UNIFOR

**DATA A DEFESA:** 21 DE JUNHO DE 2007

**8. ALUNA: ROBERTA TELES CARDOSO**

**TÍTULO:** O DIREITO À EDUCAÇÃO, A QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO E O ACESSO À JUSTIÇA

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS – UFC

PROFESSORA DOUTORA MARIA VITAL DA ROCHA – FA7

PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – UFC

**DATA A DEFESA:** 03 DE JULHO DE 2007

**9. ALUNO: EDMILSON BARBOSA FRANCELINO FILHO**

**TÍTULO:** A JUSTIÇA ELEITORAL DO BRASIL

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR FERNANDO BASTO FERRAZ - UFC

PROFESSOR DOUTOR PAULO LÓPO SARAIVA – UNP

PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO RÉGIS FROTA ARAÚJO – UFC

**DATA A DEFESA:** 04 DE JULHO DE 2007

**10. ALUNO: NAGIBE DE MELO JORGE NETO**

**TÍTULO:** JURISDIÇÃO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS - UFC

PROFESSOR DOUTOR LUIZ MOREIRA GOMES JÚNIOR – UNIVERSIDADE

DOM HELDER CÂMARA/MG

PROFESSORA DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES – UFC

**DATA A DEFESA:** 12 DE JULHO DE 2007

**11. ALUNA: JULIANNA VASCONCELOS DE ALCÂNTARA**

**TÍTULO:** CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS: PERFIL CONSTITUCIONAL  
**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA -  
FACULDADE CHRISTUS

PROFESSOR TITULAR/NOTÓRIO SABER HUGO DE BRITO MACHADO – UFC

PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – UFC

**DATA A DEFESA:** 19 DE JULHO DE 2007

**12. ALUNO: JOSÉ PATRÍCIO PEREIRA MELO**

**TÍTULO:** A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO  
AMBIENTE (ESTUDOS DE CASOS – DOMINIALIDADE DAS ÁGUAS SUBTERRÂ-  
NEAS NO CARIRI CEARENSE)

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR:** PROFESSOR DOUTOR RUI VERLAINE OLIVEIRA MOREIRA

PROFESSORA DOUTORA VERA LÚCIA MENDES DE PAULA PESSOA–UECE

PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – UFC

**DATA A DEFESA:** 26 DE JULHO DE 2007





## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1. Os trabalhos para publicação na Revista NOMOS deverão ser preferencialmente inéditos, caso não sejam, deverão ser indicados os dados da publicação anterior.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhadas de prova impressa. Recomendamos a utilização do processador de texto Microsoft Word.

3. Os trabalhos deverão ter preferencialmente entre 10 e 30 laudas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador [TAB] para determinar os parágrafos: o próprio [ENTER] já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinhas 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço profissional, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

5. As citações deverão ser feitas nas notas de rodapé.

6. As referências bibliográficas deverão ser feitas da seguinte forma: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

Exemplo:

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário* – a função do cidadão contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2004.

7. Os trabalhos deverão ser precedidos de resumo em português e inglês, bem como, com a indicação das palavras chaves.

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado a sublinha. Citações de texto de outros

autores deverão ser feitas entre aspas, sem uso de itálico.

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista NOMOS. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista onde seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser publicados em outros números da Revista NOMOS, desde que autorizado pelo autor.

11. Os trabalhos devem ser encaminhados para o seguinte endereço: FACULDADE DE DIREITO – COORDENAÇÃO DO MESTRADO – Praça Clóvis Bevilácqua s/n – Centro – Fortaleza-Ceará - Brasil CEP 60.035-180

**Telefone/fax: (55-85) 3366.7850**

**E-mail: [pgdir@ufc.br](mailto:pgdir@ufc.br)**





**Gráfica e Editora LCR Ltda**

Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844  
Bairro: Dionísio Torres  
Fortaleza - Ceará