

NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC



NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2005

NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Volume 24 – Jan./Dez./2005

Comissão de Redação

Prof^ª. Denise Lucena Cavalcante

Prof^ª. 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^ª. Denise Lucena Cavalcante – UFC

Prof^ª. Germana de Oliveira Moraes – UFC

Prof. Eros Roberto Grau – USP

Prof. Francisco Gérson Marques de Lima – UFC

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.
v. 1-1979-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

Prof. Doutor Ph.D – University of Tennessee - Docente do Mestrado em Direito – UFC.

Álvaro Melo Filho

Professor do Mestrado em Direito da UFC. Livre-Docente em Direito Desportivo. Advogado. Membro da FIFA. Consultor credenciado pela ONU-PNUD na área de Direito Desportivo. Membro da International Association of Sports Law e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. Autor de 37 livros jurídicos.

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do Mestrado em Direito da UFC

Charles D. Cole

Beeson Professor of Law, Cumberland School of Law of Samford University, Birmingham, Alabama, U.S.A., B.S. Auburn University, J.D. Cumberland School of Law of Samford University, and LL.M. New York University Graduate School of Law. Director of the Master of Comparative Law Program and Director of International Programs.

Denise Lucena Cavalcante

Doutora em Direito – PUC/SP. Mestre em Direito - UFC. Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação – UFC; Coordenadora do Mestrado – UFC. Procuradora da Fazenda Nacional.

Filomeno Moraes

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado em Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo Eleitoral da Universidade de Fortaleza. Professor de Ciência Política da Universidade de Fortaleza. Juiz Efetivo (Jurista) do Tribunal Regional

Eleitoral do Ceará.

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Estágio de Pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal) – Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – Juiz de Direito no Ceará.

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora adjunta da Universidade de Fortaleza – Curso de Mestrado em Administração de Empresas.

Julio Alberto Díaz

Pós-Doutor pela Universidade de Ottawa (Canadá). Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor da Universidade de Fortaleza.

Raimundo Helio Leite

Professor Doutor. Docente do Mestrado em Direito da UFC.

Reginaldo da Costa

Doutor em Ética e Filosofia Política pela PUCRS. Professor de Ética Contemporânea do Mestrado em Filosofia da UECE. Professor de Filosofia do Estado e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC e membro do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos.

Roberta Laena Costa Jucá

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – (UNIFOR) - Bolsista PROSUP/CAPES - Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Advogada – Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE – Membro do Instituto de Mediação e Arbitragem do Ceará - IMAC

Rui Verlaine Oliveira Moreira



Editorial

O Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará tem o prazer de apresentar à comunidade jurídica brasileira o volume 24 da Revista NOMOS.

Este volume contém artigos atuais e de grande relevância para os debates jurídicos, enfocando temas das mais diversas áreas.

Além dos textos dos professores do Programa, este volume traz a colaboração especial do Prof. Dr. Charles Cole (*Cumberland School of Law*) que visitou nosso Programa no ano de 2004, intermediando o Convênio de Cooperação Acadêmica entre a Universidade Federal do Ceará e a *Cumberland School of Law – Alabama/USA*.

Sem dúvidas, os artigos desta edição são preciosas contribuições para o debate dos vários temas tratados, que pela qualidade científica, confirmam a tradicional excelência da produção científica da nossa centenária Faculdade de Direito.

Além dos artigos em questão, este volume, recuperando a tradição das primeiras revistas, traz a relação das dissertações defendidas e aprovadas no ano acadêmico de 2004, proporcionando, assim, uma melhor divulgação das pesquisas realizadas pelo corpo discente do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Fortaleza, dezembro de 2005.

Denise Lucena Cavalcante

Coordenadora



Sumário

A necessidade de uma fundamentação racional intersubjetiva das normas morais e jurídicas <i>Reginaldo da Costa</i>	11
A teoria política democrática moderna e seu renascimento <i>Agamenon Bezerra</i>	25
Brasil: cambio constitucional, gobernabilidad y reforma política <i>Filomeno Moraes</i>	33
A problemática do nexu de causalidade no Common Law <i>Julio Alberto Díaz</i>	49
Futebol, “denuncismo” e Ministério Público: equívocos jurídicos <i>Álvaro Melo Filho</i>	65
Município: espaço público ideal para a concretização da democracia participativa <i>Francisco Luciano Lima Rodrigues</i>	75
<i>Roberta Laena Costa Jucá</i>	
Norma: convergência entre Filosofia, Direito e Educação <i>Raimundo Helio Leite</i>	87
<i>Rui Verlaine Oliveira Moreira</i>	
O conteúdo essencial dos direitos fundamentais no direito comparado	

<i>Ana Maria D'Ávila Lopes</i>	97
Poder regulamentar das agências reguladoras <i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	109
Processo administrativo fiscal federal <i>Denise Lucena Cavalcante</i>	119
The reality of binding precedent in America <i>Charles Cole</i>	137
Dissertações defendidas	155
Normas de publicação	165



A necessidade de uma fundamentação racional intersubjetiva das normas morais e jurídicas

Reginaldo da Costa¹

RESUMO

Estamos vivendo o surgimento da era da comunicação e da criação de uma civilização global, o que traz como consequência fundamental a necessidade de repensar as relações humanas e, desse modo, os parâmetros racionais da ética e do direito. Nesse horizonte, a Ética do Discurso estabelece o discurso argumentativo como meio indispensável, na civilização atual, para a fundamentação racional intersubjetiva das normas consensuais da moral e do direito.

Palavras-chave

Ética. Globalização. Responsabilidade. Intersubjetividade. Ciência. Tecnologia. Direito. Justiça.

ABSTRACT

We are living the sprouting of the communication age and the creation of a global civilization, which bring, as fundamental consequence, the need to rethink the human relations and, in this way, the rational parameters of ethics and law. On this horizon, the discourse ethics establishes the argumentative speech as essential to the rational intersubjective foundation of the consensus of moral and law in nowadays civilization.

Key - words

Ethics. Globalization. Responsibility. Inter-subjectivity. Science. Technology. Law. Justice.

¹Doutor em Ética e Filosofia Política pela PUCRS, Professor de Ética Contemporânea do Mestrado em Filosofia da UECE, Professor de Filosofia do Estado e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC e membro do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos.

1. A necessidade e a possibilidade de uma orientação racional ético-política e ético-jurídica na nova ordem mundial

Estamos vivendo o surgimento de uma nova era, um novo tempo, um novo mundo. O que caracteriza o surgimento dessa nova era é uma mudança na maneira de pensar e de ser da humanidade, que traz como conseqüência a criação de um novo mundo e porque não dizer a criação de um novo ser humano. Esse processo de criação de um novo mundo já estava embrionariamente presente na invenção da linguagem e da escrita e se acelerou com a invenção da imprensa e das tecnologias de comunicação, em pleno desenvolvimento.

O crescente processo de ciberneticização e informatização da sociedade atual - expresso no uso em massa de tecnologias de comunicação e informação - esta provocando mudanças com conotações globais. Essas mudanças científico-tecnológicas estão por toda a parte e co-condicionam a construção de um novo mundo, uma nova realidade, uma nova sociedade, um novo homem, o que traz como conseqüência fundamental a necessidade de repensar as relações humanas e, deste modo, a ética e o direito.

A existência humana incorporou a ciência e a tecnologia como mediação fundamental de suas atividades e, assim, incorporou, também, a computação, a informática, a realidade virtual, a robotização e a inteligência artificial, etc, como mediações constitutivas das relações humanas, da existência humana. Pois bem, estas profundas mudanças científico-tecnológicas implicam mudanças profundas no homem e na realidade humana e a tal ponto que se fala do surgimento do *homo ciberneticus* como o sucessor do *homo sapiens*.

O mundo contemporâneo está, pois, em constante transformação e o impacto das novas tecnologias de comunicação - associadas aos resultados da ciência e da tecnologia em geral - está constituindo uma nova sociedade, a sociedade científico-tecnológica da informação e da comunicação, cujas conseqüências para a humanidade e a vida planetária como um todo são só parcialmente conhecidas.

Uma das conseqüências imediatas desta sociedade científico-tecnológica é a interconexão de todas as regiões do planeta através de uma malha de redes, criando assim uma realidade planetária global, intermediada por uma realidade virtual, que é o *ciberespaço*. Essa interconexão planetária permitiu a estruturação de uma economia global, planetarizada, elaborada através de processos de integrações econômicas e políticas, as quais trouxeram mudanças para a vida cotidiana, o mundo do trabalho, do lazer, da guerra e, deste modo, também, para o mundo da ética e do direito.

Construímos e estamos construindo uma civilização planetária, uma civilização global, ou seja, uma civilização em que pela primeira vez na história da humanidade o destino de cada homem está diretamente associado ao destino de todos os homens. Ora, a ciência e a tecnologia possibilitaram às ações do homem contemporâneo um poder e um alcance demasiado grande e a tal ponto que as conseqüências e subconseqüências de suas ações e omissões têm um alcance

planetário.

Podemos dizer, então, que a revolução na maneira de pensar ocorrida no início da modernidade - a qual trouxe como consequência uma concepção de ciência voltada para o domínio da natureza e a sujeição da mesma aos fins e determinações da vontade humana - nós criamos a atual civilização planetária. Os efeitos de nossas ações e omissões têm alcance planetário e atingem a humanidade como um todo, o que exige de nós a assunção da responsabilidade pelas consequências e subconsequências das mesmas, também, a nível planetário. Ora, a bomba atômica colocou a guerra como um grave risco para toda a humanidade e o mesmo vale, talvez em âmbito maior, para a exploração da natureza pela tecnologia da moderna sociedade industrial, que traz consequências como: a destruição do meio ambiente e a ameaça biotecnológica, que põem em risco a existência da vida no planeta¹.

Poderíamos pensar que a nova situação problema da relação do homem com a natureza e suas consequências, tais como a poluição ambiental, o buraco da camada de ozônio, a superpopulação e sua ameaça ao esgotamento da biosfera, a ameaça da guerra nuclear e biológica de extermínio, deveriam ser capaz de minimizar a importância vital dos conflitos entre os homens, porquanto a consciência de que todos estão no mesmo barco e que têm um mesmo destino ecológico poderia ter levado os habitantes do planeta a subordinar todos os interesses divergentes e particulares ao interesse comum pela sobrevivência. No entanto, as análises da situação existente induzem, antes, a esperar o contrário; o que se evidencia através do exemplo do enfrentamento da ameaça ecológica e da ameaça de extermínio da humanidade através uma hecatombe nuclear.

Pois bem, se os problemas, desafios e riscos que a humanidade enfrenta hoje têm alcance planetário, só uma resposta ética e jurídica em nível planetário, em nível global, pode nos ajudar a enfrentar adequadamente estes problemas, de modo que temos que ir além da responsabilidade de cada um em face de seu próximo e também além da responsabilidade política e jurídica, no sentido convencional de "razão de estado".

Ora, o risco dos efeitos colaterais de nossas atividades técnico-industriais, que ameaçam destruir a vida humana e planetária, deve hoje ser responsabilizado por nós, daí porque não é uma *ética de convicção* - assentada em opiniões pessoais, crenças e tradições particulares - que deve fornecer uma orientação ético-política e ético-jurídica capaz de enfrentar os desafios de nosso tempo, mas uma macro-ética planetária da responsabilidade que supere os fundamentos da ética solipsista ou particularista na direção de uma ética intersubjetiva capaz de transpor as barreiras subjetivas e particulares de cada forma de vida cultural específica e conciliar racionalmente os interesses de cada

¹ Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 173 a 224.

um com os interesses de cada outro e com os interesses de todos².

Pela primeira vez na história da humanidade somos chamados assumir a responsabilidade coletiva pelas conseqüências e subconseqüências de nossas atividades coletivas *em escala mundial*, atividades estas que põem em risco a sobrevivência não só da humanidade como um todo, mas, também, da vida planetária em sua totalidade (haja vista as conseqüências da poluição ambiental, da guerra nuclear, da superpopulação, da engenharia genética, da guerra bacteriológica e química, etc.). Isto significa, entre outras coisas, que uma moral de indivíduos, grupos particulares (formas de vida particularizadas) ou de povos e nações, não é capaz de responder de forma racional (intersubjetiva) responsável pela praxis coletiva da humanidade.

Esta situação (a possibilidade de através de nossas ações, mediadas pela ciência e pela tecnologia, destruímos nossa civilização planetária) aponta, então, para a necessidade da cooperação solidária dos indivíduos na fundamentação das normas morais e jurídicas intersubjetivas ou transubjetivas, transnacionais, suscetíveis de consenso racional.

Neste contexto, cabe-nos perguntar e responder se é possível uma tal orientação racional ético-política e ético-jurídica em nossa era, ou seja: é possível levantar racionalmente a questão ético-política e ético-jurídica: o que devemos fazer? Se faz necessário responder a esta pergunta pela possibilidade de tal orientação básica no contexto de uma perspectiva filosófica, porém não é nada evidente que uma tal orientação normativa de base seja realmente possível em sentido filosófico³, e de tal modo que hoje se discute se é realmente possível fundamentar racionalmente uma orientação ético-política e ético-jurídica intersubjetivamente válidas.

2. A aparente impossibilidade de uma fundamentação racional da ética e do direito

O risco dos efeitos colaterais de nossas atividades técnico-industriais em medida planetária, que ameaçam destruir a vida humana e planetária, deveria hoje ser responsabilizado por nós, daí porque não é uma <ética de convicção>, mas de responsabilidade a que é exigida⁴.

Entretanto, segundo Apel, uma ética da responsabilidade situacional não corresponde a exigência desta hora, pois o que na atual crise da civilização técnico-científica seria exigido em medida planetária é muito mais do que uma ética de situações limites existenciais. Ora, se exige algo como uma resposta ético-política e ético-jurídica capaz de responsabilizar a humanidade no sentido de uma intermediação comunicativa de interesses e ponderação da situação.

² Verificar a esse respeito em COSTA, R. op. cit.

³ APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 173.

⁴ APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia*. Tomo II. São Paulo: Loyola, 2000, pp. 407 a 427.

Importa, pois, perguntar sobre a possibilidade de uma fundamentação racional de validade intersubjetiva da ética e do direito. Pois bem, a tentativa de responder a esta pergunta parece resultar em uma situação paradoxal na medida em que:

“ ... a (...) ciência, que por suas seqüelas tecnológicas se constitui numa causa fundamental para a necessidade prática de uma responsabilidade solidária (...), através do conceito de racionalidade por ela moldado, no sentido de uma objetividade neutra (de valor), parece ser causa ou fundamento para a impossibilidade de fundamentação racional de uma ética intersubjetivamente válida”⁵.

É assim que se apresenta a situação se tomarmos em consideração os recursos racionais da filosofia analítica do ocidente. Pois bem, isso ocorre porque na filosofia analítica são pressupostas três premissas axiomáticas para qualquer fundamentação de normas éticas e jurídicas. A primeira premissa, afirma que “*Fundamentação racional tem o mesmo significado que dedução lógico-formal de sentenças a partir de sentenças, num sistema de sentenças sintático-semânticas axiomatizadas*”⁶; já a segunda premissa, afirma que “*Validade intersubjetiva de sentenças tem o mesmo significado que validade objetiva, no sentido de constatação neutra dos fatos ou de conclusão lógico-formal*”⁷; e, finalmente, a terceira premissa, que “*De constatações fatuais não é possível deduzir, através de conclusões lógicas, nenhum juízo de valor ou asserção normativa ...*”⁸.

Se tomarmos estas premissas como pressupostos para o sentido de fundamentação racional, é logicamente impossível uma fundamentação racional de normas éticas e jurídicas, pois, a rigor, bastaria só a primeira premissa para demonstra a impossibilidade de uma fundamentação racional.

Ora, Hans Albert ressalta que cada tentativa de uma fundamentação lógico-formal de sentenças a partir de sentenças resulta em três conseqüências: em primeiro lugar, esta tentativa resulta em um *regresso ao infinito*, pois os axiomas que sustentam a dedução devem também, para serem válidos, ser deduzidos num sistema sentencial axiomático e assim ao infinito; em segundo lugar, ela resulta em um *círculo lógico*, pois sentenças carecedoras de fundamentação são, na dedução, postas como sentenças de base; e, finalmente, o processo de fundamentação para não direcionar-se ao infinito, o que é irrealizável, deve ser *interrompido* por um *destaque dogmático* de determinadas premissas.

Esta demonstração da impossibilidade de uma fundamentação última apresenta não só a impossibilidade da fundamentação das normas éticas, más

⁵ APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994, pp. 173 e 174.

⁶ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 174.

⁷ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 174.

⁸ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 174.

também a impossibilidade de qualquer espécie de fundamentação das normas jurídicas, inclusive dela própria enquanto demonstração da impossibilidade de uma fundamentação racional.

Ora, quando a fundamentação é equiparada à dedução lógico-formal de sentenças a partir de sentenças, então, se condena, de saída, ao fracasso qualquer espécie de fundamentação ética, jurídica e teórico-científica, de modo que a validade intersubjetiva de sentenças normativas não pode ser fundamentada; além do mais, as sentenças normativas não são consideradas intersubjetivamente válidas, pois não são deduzidas de fatos objetivamente válidos, ou seja, isentos de juízos de valor⁹.

Assim sendo, não pode haver normas éticas e jurídicas intersubjetivamente válidas e nem fundamentadas racionalmente e mais, "... na filosofia analítica do ocidente isto é geralmente explicado de forma que as normas ou valorações (...) deveriam ser reportadas a sentimentos meramente subjetivos ou a decisões aleatórias"¹⁰, de modo que os juízos morais e jurídicos têm a ver com sentimentos subjetivos, logo, privados e com decisões aleatórias, logo, arbitrárias.

É nesta direção que, para Apel, transparece a conexão entre as conseqüências meta-éticas da filosofia analítica e do existencialismo, pois estas duas tendências representativas da filosofia ocidental concordam abertamente que a ética e o direito é um assunto de decisão subjetiva, privada e, em última instância, irracional.

Para Apel, nestas duas tendências não existem antagonismos inconciliáveis, pois, embora elas tenham uma relação suplementar reciprocamente excludente, ao mesmo tempo, elas têm uma relação complementar, ou seja, "A filosofia analítica, como ciência da lógica, tem a ver com o campo (...) da racionalidade isenta de valor; o existencialismo (...) tem a ver com a esfera privada das decisões subjetivas da consciência"¹¹.

Pois bem, essa complementaridade da filosofia analítica e do existencialismo implica que não é absolutamente possível nenhuma justificação racional de quaisquer normas com pretensão de validade intersubjetiva e nem tão pouco a justificação da validade intersubjetiva do princípio da liberdade da consciência subjetiva pessoal e nem mesmo da concordância entre representação de interesses, que forma a base da democracia liberal.

Assim sendo, a filosofia ocidental, com sua mais recente forma de crítica da fundamentação e com os pressupostos do conceito de racionalidade científica, implica como resultado a impossibilidade de fundamentar obrigatoriedades éticas e jurídicas, de modo que "... todo o *ethos* da democracia liberal - se

⁹ Conferir a este respeito em COSTA, R op. cit

¹⁰ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 175.

¹¹ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 176.

reduz, então, a dispositivos de prudência (...) pensáveis, em princípio, numa comunidade de gangsters"¹² e a obrigatoriedade ou validade normativa dos acordos e as leis normativas sobre eles fundadas podem ser reduzidas a uma efetividade fatural em função dos interesses persistentes.

Se realmente é impossível uma fundamentação de validade intersubjetiva de normas éticas e jurídicas, então não subsiste nenhuma obrigação de aceitar ou cumprir acordos livres, ou seja, cada um é obrigado a aceitar ou respeitar acordos apenas enquanto espera vantagens dos mesmos ou enquanto, por conduta adversa, espera deles ter prejuízos; assim, por conseguinte, não há propriamente obrigatoriedade normativa, pois a <obrigatoriedade normativa> é reduzida a efetividade de estratégias em função da finalidade, muitas vezes irracionais, dos interessados.

A Ética do Discurso se contrapõe a esta perspectiva e suas implicações, pois, para ela, o meramente privado é irracional e mais, "Nem mesmo a autonomia de uma decisão chamada livre é possível ser garantida, quando ela só pode ser fundamentada privadamente por si própria ..." "¹³, pois "... a identificação de uma decisão privada com uma decisão existencialmente livre (...) se baseia em uma ilusão"¹⁴, ilusão esta que é patrocinada pela ideologia do sistema de complementaridade ocidental (filosofia analítica-existencialismo).

É neste horizonte que a *liberdade, enquanto se apresenta como decisão arbitrária e meramente privada*, no sentido de uma privacidade irracional, é, embora concebida como existente, *incapaz de responsabilidade ética e jurídica*. Para a Ética do Discurso, no entanto, não se pode excluir a liberdade e a responsabilidade subjetiva em favor da objetividade científica, isenta de valoração, pois ao tentarmos fazer isto se manifesta o incontestável conteúdo de verdade do sistema de complementaridade ocidental, ou seja: "*.. ciência objetiva e liberdade e responsabilidade subjetivas dos sujeitos da ciência se pressupõem reciprocamente. Um se afirma e cai no outro*"²⁵.

3. Introdução à concepção da Ética do Discurso

A expressão <Ética do Discurso> pode ser qualificada como um ponto de partida da ética que é representada por Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel. O que é comum na postulação da postura filosófica de ambos filósofos é que ela estabelece o discurso argumentativo como meio indispensável para a fundamentação das normas consensuais da moral e do direito.

Apel pretende chamar a essa ética <ética discursiva>, ao invés de <ética de comunicação>, e isso por dois motivos principais: *primeiro*, porque esta denominação se refere a uma forma especial de comunicação que é o *discurso*

¹² APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 177.

¹³ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 178.

¹⁴ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 179.

²⁵ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 181.

argumentativo como meio da fundamentação de normas, de onde se pode inferir que quando Apel pensa em <Ética do Discurso> não está pensando em uma ética especial para o discurso ou para a comunicação lingüística; e *segundo*, porque o discurso argumentativo (e não qualquer outra forma de comunicação no mundo da vida) contém o *a priori racional de fundamentação* para o princípio da ética e do direito¹⁵.

Mas o que tem essa ética a ver com a atual situação do ser humano? Se faz realmente necessária, possível e válida uma <Ética do Discurso> como meio de lidar com os desafios ético-políticos e ético-jurídicos da humanidade no contexto da civilização do XXI? É capaz a Ética do Discurso de estabelecer uma orientação normativa para que lidarmos de forma racional válida e responsável com a moral e o direito em nossa época?

Como vimos anteriormente, pela primeira vez na história da humanidade somos chamados assumir a responsabilidade coletiva pelas conseqüências e subconseqüências *em escala mundial* de nossas atividades coletivas, atividades estas que põem em risco a sobrevivência não só da humanidade como um todo, mas, também, da vida planetária em sua totalidade (haja vista as conseqüências da poluição ambiental, da guerra nuclear, da superpopulação, da engenharia genética, da guerra bacteriológica e química, etc.). Isso significa, entre outras coisas, que a moral e o direito de grupos particulares (formas de vida particularizadas), povos e nações particulares não são capazes de responder de forma racional (intersubjetiva) responsável pela praxis coletiva da humanidade¹⁶.

Esta situação (a possibilidade de através de nossas ações, mediadas pela ciência e pela técnica, destruímos nossa civilização planetária) aponta, então, para a necessidade da cooperação solidária dos indivíduos na fundamentação das normas morais e jurídicas intersubjetivas ou transubjetivas, transnacionais, suscetíveis de consenso racional, o que para a Ética do Discurso é possível, principalmente, através do *discurso argumentativo*.

Podemos dizer, portanto, que a possibilidade de lidarmos com os problemas e desafios que a humanidade enfrenta hoje aponta para a necessidade de uma ética e um direito *intersubjetivamente vinculantes e responsáveis*, capazes de se legitimarem racionalmente (intersubjetivamente) perante todos os afetados e com isso capazes de se colocarem como mediação legítima na formação cooperativa racional solidária da vontade consensual de indivíduos, grupos, nações e da própria humanidade na deliberação co-responsável dos fins e ações humanos, com suas correspondentes conseqüências e subconseqüências locais e planetárias.

¹⁵ Conferir a este respeito em COSTA, T. op. cit.

¹⁶ Conferir a este respeito em APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia*. Tomo I. São Paulo, Loyola, 2000.

A Ética do Discurso, como ética da responsabilidade intersubjetiva solidária, aponta, pois, para a institucionalização dos *discursos práticos* como mediação necessária da cooperação racional voluntária de todos os indivíduos humanos co-responsáveis e de tal modo que os indivíduos enquanto membros da comunidade de comunicação, capacitados para o discurso, se coloquem em última instância, com a competência de decidir e deliberar racionalmente, isto é, de forma intersubjetivamente vinculante (moralmente e juridicamente) frente às escolhas humanas e frente às instituições¹⁷.

Mas, além de necessária, é justificável racionalmente esta <Ética do Discurso> como mediação necessária na deliberação responsável dos fins e escolhas humanas e na postura moralmente e juridicamente legítima na criação e manutenção das instituições humanas e seus fins?, ou seja: é possível fundamentar racionalmente a Ética do Discurso, de forma tal que ela seja aceita como válida por todos aqueles que se propõem a pensar e agir racionalmente e, deste modo, legitimar moral e juridicamente, isto é, de forma intersubjetivamente válida suas ações e instituições?

4. Ética do Discurso e validade racional (intersubjetiva) das normas morais e jurídicas

A proposta da Ética do Discurso é esboçar um ponto de partida filosófico capaz de desfazer a aparência da impossibilidade de uma fundamentação racional de normas morais e jurídicas intersubjetivamente válidas, o qual poderia fornecer um parâmetro crítico para a desejada reorientação político-jurídica, e para isso ela propõe como necessário o questionar, ao menos em parte, as três premissas axiomáticas pressupostas na filosofia analítica e que <impedem> uma fundamentação racional da ética e do direito.

É nesse horizonte, que a Ética do Discurso se propõe a questionar a equiparação da fundamentação filosófica com a dedução lógica de sentenças a partir de sentenças e a equiparação de validade intersubjetiva com a validade objetiva de conclusões isentas de valor ou de constatações de fato.

Assim sendo, ela pretende demonstrar, em primeiro lugar, que “... a *fundamentação última* de natureza *filosófica* não pode ser equiparada com a dedução lógico-formal, mas antes com a reflexão sobre as condições subjetivo-intersubjetivas de possibilidade de argumentação intersubjetivamente válida”¹⁸ e, em segundo lugar, que “... às condições subjetivo-intersubjetivas de possibilidade de toda argumentação, pertencem normas básicas de uma ética intersubjetivamente válida”¹⁹.

Pois bem, se for possível demonstrar que a argumentação lógica, como

¹⁷ Conferir a este respeito em COSTA, R. op. cit.

condição de possibilidade, já pressupõe uma ética intersubjetivamente válida, então, se estará em condições de adotar um princípio da ética, indiscutível para todos os que se puserem em argumentação, o que implicara em um abrir mão do bloqueio cientificista da racionalidade ética e jurídica.

Ora, segundo Apel, às condições de possibilidade de uma argumentação racional não só pertence a competência lingüística que cada um traz consigo, mas, também, a pressuposição de uma *comunidade ideal de comunicação*, em princípio ilimitada, na qual uma compreensão de sentido e uma formação de consenso sobre pretensões práticas deve ser, em princípio, possível; por conseguinte, “Com a suposição, “*a priori*” necessária, de uma comunidade ideal de comunicação (...) também a validade intersubjetiva de uma ética normativa da comunidade ideal de comunicação já deve ser sempre suporte e subjacente”²⁰.

Pois bem, isso significa dizer que ninguém pode, nem mesmo consigo, entender-se corretamente, se, em princípio, já não reconhecer todas as normas de uma correta comunicação, nas condições de um reconhecimento recíproco dos parceiros da comunicação, e sem esta suposição, expressa ou inexpressa, sem dúvida qualquer discurso levado a sério deixaria de ter sentido.

Com isso, então, se demonstra que não se sustenta o conceito de racionalidade intersubjetiva do cientificismo, que reduziu a racionalidade à objetividade, no sentido da validade de asserções isentas de valoração; ora, para Apel, “... a objetividade da ciência, isenta de valoração, ainda pressupõe, ela mesma, a validade intersubjetiva de normas éticas”²¹.

Poderíamos pensar que pouco se conquistou para ética com o *a priori da comunidade de argumentação*, pois ele apenas implica na pressuposição de uma ética argumentativa correta abstraída das necessidades concretas dos argumentantes. Entretanto, para Apel, pensar isso seria falacioso, pois, deste modo, se desconsidera que “o domínio dos possíveis contextos de argumentação (...) não pode ser delimitado (reduzido) pelo princípio da argumentação”²².

¹⁸ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 185. Para Apel “... a abstração da dimensão pragmática da argumentação, característica da filosofia analítica, devia para a tendência de se pensar o problema da “fundamentação última”, unicamente como um problema de pressupostos lógicos (sintático-semânticos) de sentenças e, respectivamente, de proposições” (APEL, Karl-Otto. *Transformacion de la Filosofía*, Taurus, Madri, 1985, P. 364; sobre este assunto conferir, também, em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 385 a 405). Ora, a abstração da dimensão pragmática da linguagem e da argumentação implica, conforme Apel, na impossibilidade de uma reflexão sobre as condições, por nós sempre pressupostas, de possibilidade da argumentação, de modo que com esta abstração não se pode perceber nenhuma dimensão última legitimamente fundada, pois essa aparece como uma quebra arbitrária da argumentação ou um recurso a um dogma. (A esse respeito verificar APEL, Karl-Otto, Op. cit., pp. 364 e 365 e Le logos propre au Langage Humain, Edition de L’Éclat, 1984, pp. 38 a 53; verificar, também, em COSTA, R. op. cit. pp. 2799236

¹⁹ APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. Petrópolis, Vozes, 1994, p. 185.

²⁰ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 187.

Ora, para Apel, junto com pretensões defensáveis pela argumentação, podem ser afirmados argumentativamente todos os interesses e necessidades individuais e particulares conciliáveis com os de todos os outros. Deste modo, “Resulta (...) como implicação de uma ética da comunidade ideal de argumentação, a exigência de uma intermediação conteudística de todos os interesses humanos”²³ e, assim, a Ética do Discurso Prático exige que seja constituída a situação da deliberação livre de repressão, ou seja, a situação de liberdade política e jurídica, situação na qual possa ser conseguido o consenso acima de todas as pretensões conteudísticas particulares de todos os membros da comunidade de comunicação, o que implica na criação de uma instituição político-jurídica de deliberação universal.

Esta instituição de deliberação universal está, para Apel, implícita no *a priori* da comunicação e deve ser vista não só como metainstituição de todas as instituições sociais contingentes surgidas na história, mas como a instância de legitimação e de deslegitimação de todas as instituições de fato existentes ou a serem criadas.

Para Apel, o pressuposto da comunidade de comunicação, implicado em todo discurso, estabelece o parâmetro ético que ao se confrontar com a realidade, as dificuldades e os limites reais de uma praxis ético-política e ético-jurídica, implica no destacar e conquistar bases para estratégias de longo prazo, o que pode ser mostrado em dois postulados ético-políticos e ético-jurídicos que podem ser deduzidos da contradição entre o ideal de uma ética de comunicação e a realidade sócio-política e sócio-jurídica.

O primeiro postulado ético-político e ético-jurídico resulta da contradição entre a comunidade ideal e a real de comunicação, necessariamente antecipada de forma contrafática. Pois bem, cada um que argumenta pressupõe necessariamente uma situação ideal de fala e uma comunidade ideal de comunicação, porém, sabe que ele mesmo e seus parceiros não satisfazem ao pressuposto necessário, de onde resulta o primeiro postulado, ou seja: *esta contradição entre comunidade ideal e real de comunicação deve ser superada historicamente através de meios políticos e jurídicos.*

O segundo postulado ético-político e ético-jurídico resulta da percepção de que a comunidade ideal de comunicação deve ser realizada na comunidade real de comunicação. Isso implica no postulado ético-político e ético-jurídico segundo o qual *deve ser assegurada política e juridicamente para a comunidade real de comunicação a conservação de sua existência*, pois ela é pressuposto necessário para a realização da comunidade ideal de comunicação.

Nesse horizonte, a exigência da responsabilidade solidária dos seres

²¹ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 188.

²² APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 188.

²³ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 188.

humanos deve ser cumprida, embora as condições de possibilidade de seu cumprimento nem sequer tenham sido constituídas. Essa exigência resulta em uma orientação ético-política e ético-jurídica fundada no pressuposto ineliminável de uma comunidade ideal de comunicação e seu princípio ético, implicado em todo o falar e agir humano, estabelece a orientação para o agir político e jurídico.

Desse modo, *todo e qualquer ser humano que atua sob uma tal orientação ética de base deve esforçar-se com recursos políticos e jurídicos, no sentido de uma estratégia de longo prazo, para atuar sob a intermediação dos imperativos emancipatórios e isso implica que para ele são já obrigatórias aquelas normas éticas de comunicação e deliberação político-jurídicas, cujas condições reais ele se esforça por realizar.*

Assim, portanto, devem os todos os indivíduos humanos, enquanto argumentantes, não só pressupor a possibilidade de uma comunidade ideal de comunicação no sentido da norma ética básica, mas até *antecipar contrafaticamente sua existência* enquanto argumentam e nesse processo discursivo-argumentativo legitimam e institucionalizam suas normas morais e jurídicas.

Ora, a necessidade de antecipação contrafática das condições ideais da formação do consenso é importante pela seguinte razão: por esta antecipação é apresentado um *telos* normativamente fundamentado que não é idêntico com o atual estado da sociedade dos construtores, mas antes com o estado a ser ambicionado por qualquer possível comunidade político-jurídica de argumentantes.

Pois bem, esta antecipação contrafática da comunidade ideal de comunicação aponta para o futuro no sentido de uma idéia reguladora do progresso moral e jurídico, que pode ser reconhecida por qualquer um que argumente, e é condição de possibilidade do entendimento racional intersubjetivo e da tolerância racional na unidade e multiplicidade das culturas humanas.

Podemos postular, portanto, com Apel, que *a reconstrução político-jurídica da situação histórica deve ser sempre tentada, pois, a partir da racionalidade crítica do discurso argumentativo temos o parâmetro para a atuação teórico e prática, logo, também para a validação de normas morais e jurídica voltadas ao processo da realização humana.*

Podemos concluir, por conseguinte, que a razão discursiva humana, que é uma razão intersubjetiva teórica e prática, é capaz de autolegitimar-se e legitimar uma orientação ético-política e ético-jurídica em condição de legitimar racionalmente normas morais e jurídicas para a humanidade, capaz, portanto, de responder a contento aos desafios catastróficos que põem em risco nossa civilização marcada pela ciência e tecnologia e só precisa do compromisso humano para poder efetivar-se no mundo.

Referências bibliográficas

- APEL, Karl-Otto. *Diskours und Verantwortung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.
- _____ *Estudos de Moral Moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- _____ *Ethique de la Discussion*. Paris: Les Éditions du Clef, 1994.
- _____ *Transformação da Filosofia, Tomos I e II*. São Paulo: Loyola, 2000.
- BECK, Ulrich. *Was ist Globalisierung?* Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1997.
- COSTA, Reginaldo da. *A Ontologização da Lógica em Hegel como Crítica à Crítica Kantiana à Ontologia Clássica*. Em *Veritas*, n° 4, Porto Alegre, 1997.



A teoria política democrática moderna e seu renascimento

Agamenon Bezerra¹

RESUMO

Um instigante livro de ciência política intitulado “O Renascimento da Teoria Democrática” (“The Revival of Democratic Theory”, em inglês) de renomado cientista político norte-americano, analisa o declínio da teoria democrática de governo no mundo moderno e avalia as possibilidades de renascimento desta teoria objetivando evitar o colapso da civilização ocidental. Em outras palavras, o livro procura justificar o declínio da teoria política como resultado das reações da “intelligentsia democrática”, isto é, de intelectuais americanos, ingleses, e franceses, e o resultado de coisas resultante destas reações nos últimos cinquenta anos.

O objetivo deste ensaio é avaliar as premissas apresentadas no supracitado livro e comentar criticamente a validade destas premissas e ao mesmo tempo sugerir meios de melhorar algumas das formulações contidos no livro.

Mesmo enfatizando que suas críticas são especificamente dirigidas à “O Renascimento da Teoria Democrática”, o autor acredita entretanto que seus comentários podem também ser aplicados a outros livros sobre teoria política democrática moderna que defendem as mesmas idéias ou ideais semelhantes.

Palavras-chave

Democracia. Teoria Política.

ABSTRACT

In an instigating book on political science by the title “The Revival of Democratic Theory”, a well known American political scientist analyzes the decline of the democratic theory of government in the modern world and appraises the possibilities of revival of this theory aiming to avoid the collapse of Western civilization. In other words, the book tries to justify the decline of political theory as a result of the reactions of the “democratic intelligentsia”, that is, of American, English, and French intellectuals, and the state of things resulting from these reactions in the last fifty years.

The purpose of this essay is to appraise the premises put forth in the above mentioned

¹Professor Doutor Ph.D – University of Tennessee – Docente do Mestrado em Direito – UFC.

book and to critically comment the validity of these premisses while at the same time suggesting ways to improve some of the formulations contained in the book.

Though emphasizing that his criticisms are specifically directed at “The Revival of Democratic Theory”, the author believes that his comments may also be applicable to other similar books on modern democratic political theory with similar ideas.

Key-words

Democracy . Politic Theory.

Um instigante livro de ciência política, de autoria de renomado professor norte-americano, analisa brilhantemente o declínio da teoria democrática de governo no mundo moderno e avalia as possibilidades do renascimento desta teoria objetivando evitar o colapso da civilização ocidental. Mais especificamente, o livro procura justificar o declínio da teoria política como resultado de uma complexidade de fatores em torno das reações da “intelligentsia democrática”, isto é, de intelectuais americanos, ingleses e franceses, e o estado de coisas resultante destas reações nos últimos cinquenta anos. Estas reações, argumenta o autor, muito têm a ver com: a) o reconhecimento do pecado de Procusto, b) o temor do “grande irmão ciência”, c) a aquisição de uma conscientização democrática infeliz, e d) um pendor para abrigar-se nos chamados corredores enclausurados da academia (universidade).

O autor oferece ainda razões mais sofisticadas sobre o declínio da teoria política que explicam claramente a inquestionável falta de confiança no empreendimento que caracteriza o campo da ciência política. Argumenta que a teoria política fracassou porque falhou em desempenhar cinco tarefas (ou papéis) principais: (1) unificar a disciplina ciência política, (2) esclarecer valores políticos, (3) esclarecer a realidade política, (4) facilitar uma “orientação prudente” (*prudential guidance*), e (5) promover a realização de pesquisas relevantes. Diante deste quadro negativo é natural que se conclua, mesmo que apressadamente, que o papel da teoria política, como um todo, parece ter sido um fracasso quase total que merece fartamente a onda consistente e persistente de críticas que tem recebido. Assim, em face deste insucesso, o autor propõe-se a elaborar uma teoria política para a democracia moderna que poderá desempenhar as tarefas não cumpridas pela teoria política geral e aliviar este campo da ciência política das dores do abuso e do descrédito. E foi para isso que escreveu “The Revival of Democratic Theory” (“O Renascimento da Teoria Democrática”)¹. Como este livro me parece bastante representativo da visão e pensamento de um bom número de teóricos políticos da atualidade, e ressaltando que as observações a seguir dirigem-se principalmente ao trabalho do Professor Riemer, creio que as opiniões aqui apresentadas podem ser também aplicáveis a estudos semelhantes no campo da teoria política.

É preciso admitir, logo de início, que não é tarefa fácil analisar um livro do escôpo e importância de “The Revival of Democratic Theory”. Talvez somente um

teorista político de alta qualificação poderia dar um tratamento mais adequado e fazer plena justiça às idéias apresentadas e elegantemente defendidas por seu brilhante autor. Entretanto, apesar da sólida contribuição à teoria política, alguns dos seus argumentos me parecem suscetíveis a discordâncias. Estas divergências surgem principalmente das seguintes lacunas: (a) falha em não identificar as forças sociais e intelectuais que contribuíram para o declínio da teoria política democrática; (b) inexactidão de análise quanto à necessidade do componente prudente (prudential component) da teoria política; (c) erro em não lidar adequadamente com os chamados “fatos empíricos” da política; e (d) falta de análise mais aprofundada dos fundamentos éticos do que se convencionou chamar de “a vida política boa”². Estes quatro pontos serão analisados detalhadamente.

(a) Falha Em Não Identificar as Forças Sociais e Intelectuais que Contribuíram para o Declínio da Teoria Política Democrática.

Uma tela mais ampla de explicações poderia ser mais apropriada para descrever explicitamente o ambiente sócio-cultural através do qual o declínio da teoria democrática tem se processado. Sou também inclinado a dizer que o autor lida demasiadamente com razões filosóficas para explicar o declínio da teoria política, dando a entender que um modelo racional-intelectual do homem é incorreto e difícil de provar. Além do mais, o autor tende a exagerar o poder causal das idéias. As idéias, até onde posso observar, não são tão básicas às pessoas como o professor indica que são. As coisas básicas no mundo social – pelo menos é o que a história nos diz – são as classes sociais e a luta pelo poder.

As razões apresentadas em “The Revival of Democratic Theory” para explicar o declínio da teoria política estão na sua própria natureza, todas ou intelectuais ou ideológicas. Isto me leva a concluir que o fracasso da teoria política em unificar e orientar a ciência política é acima de tudo um fracasso intelectual de primeira magnitude. Os quatro obstáculos que impedem o desenvolvimento de uma teoria política criativa, apontados pelo autor, são também intelectuais em sua natureza. O obstáculo que ele classifica de “pecado de Procusto” não passa de um erro intelectual. É a infeliz conscientização democrática, bem como o medo do “grande irmão ciência”, também indicados como obstáculos, são enfermidades da “intelligentsia” do mundo ocidental. Quanto aos “enclausurados corredores da academia”, estes não passam de uma fuga de ativistas frustrados ou de pesquisadores incompetentes e medíocres.

No tocante à identificação de fatores intelectuais envolvidos no declínio da teoria democrática, o autor faz um bom trabalho ao torná-los bem claros, mesmo incorrendo em certa negligência sobre seus aspectos sócio-históricos.

¹ Riemer, Neal. *The revival of democratic theory*, New York: Appletou-Century – Crofts, 1962.

² “Good political life”, em ingles.

Dois aspectos são implicitamente negligenciados: o crescimento da teoria democrática acompanhado pelo surgimento do movimento democrático; depois o fato de a teoria democrática ter seguido a institucionalização do movimento democrático. A teoria democrática tem – utilizando-me de uma expressão de Karl Mannheim – se tornado como que uma “ideologia” ou uma justificativa ao “status quo”. Além do mais, a causa sociológica do declínio da teoria democrática pode ser encontrada no declínio de qualquer movimento democrático de alguma importância nas democracias ocidentais. A época de surgimento de democracias parece ter acabado, e talvez seja fútil esperar um renascimento da teoria política em grande escala quando a situação na qual ela surgiu desapareceu e possivelmente jamais voltará. De forma semelhante, o declínio da teoria política marxista deve também ser chamado a atenção. A teoria marxista originalmente desempenhou as quatro tarefas elaboradas pelo Professor Riemer mas atualmente passa por dificuldades em realizar todas elas no mundo de hoje. Talvez, como Herbert Marcuse sugere em “One Dimensional Man”, o próprio pensamento político encontra-se em declínio irreversível.

Um outro aspecto a ser observado é que a teoria democrática está em declínio exatamente devido aos tropeços da própria democracia. Realmente, é difícil teorizar confiantemente quando estamos céticos e inseguros. Os críticos da democracia, de Michels (“a lei de ferro da oligarquia”) à E. H. Carr (“a nova sociedade”) têm reforçado a afirmação de que a democracia está em dificuldade e que a teoria democrática – a teoria democrática formal – pode muito bem ter declinado porque se tornou irrelevante. Teorizar sobre “o governo da maioria”, para usar uma expressão de Robert Dahl, parece quase inútil quando na realidade a maioria não governa. Por isso, se o declínio de poder do público (o crescimento da “anomie”, as realidades do poder oligárquico, etc) enfraqueceu o exercício das forças democráticas modernas, torna-se difícil formular teorias políticas criativas que possam preencher a necessidade de reavivar a teoria política democrática.

O autor observa que o declínio da teoria política tem sido constatado por muitos. Se a análise apresentada por ele é de fato correta, a razão para o aparente fracasso e aparente ineficácia da teoria democrática pode ser atribuída ao malogro de teóricos políticos em ver a teoria como um relacionamento harmonioso entre os componentes normativo, empírico, e prudente.

(b) Inexatidão de Análise Quanto à Necessidade do Componente Prudente da Teoria Política.

Sou inclinado a argumentar que três dos componentes da teoria política, o normativo, o empírico, e o prudente, defendidos pelo autor, não estão bem relacionados como ele nos leva a crer. Eu diria que o componente prudente não é necessariamente uma parte da teoria política; podemos ter fatores suficientes para constituir uma teoria política sem a presença deste componente. Não quer isto dizer que considero não ser a função do teórico político a de prescrever políticas e ações.

O autor defende a noção de que há uma conexão entre conhecimento e poder; isto é, ele parece indicar que se você compreende algo você pode resolvê-lo. Esta conexão entre conhecer e resolver raramente existe. O que na realidade existe é o fato de uma função normal e própria ao teorista democrático ser mais aproximada ou semelhante à do meteorologista que compreende a natureza e as causas dos furacões mas mesmo assim é incapaz de controlá-los.

Considero também bastante extravagante argumentar que a teoria política é inadequada a não ser que conduza à formulações políticas. Não quero, entretanto, desencorajar ninguém de apresentar formulações políticas baseadas em valores e pesquisas empíricas, mas somente enfatizar que isto dificilmente pode ser considerado um componente necessário ao trabalho do teorista político. Assim, ao analisar o componente prudente, o leitor tem a impressão de que “prudente” (prudential, em inglês) é uma mera fórmula verbal ou uma palavra de efeito. Em outras palavras, a impressão é que, ao chamar uma política de prudente tudo o que o autor quer dizer é o seguinte: “Eu penso que é razoável chamá-la assim”.

(c) Erro Em Não Lidar Adequadamente Com Os Chamados “Fatos Empíricos” da Política.

Uma terceira crítica à posição do politicólogo americano tem a ver com a sua imagem da situação das democracias ocidentais no mundo moderno. Em determinado trecho de “The Revival of Democracratic Theory” encontramos esta afirmação: “Tampouco fui capaz de me aprofundar – como deve fazê-lo um teorista da democracia – nas questões sobre a compatibilidade de normas democráticas com as realidades oligárquicas”. A citação é seguida de uma referência ao livro “The Power Elite” de C. Wright Mills. Enquanto este clássico trabalho de Mills não deve ser considerado como verdadeiro em todas as suas conclusões, não deixa de ser, entretanto, bastante autêntico e factual. Infelizmente o retrato pintado por Mills em sua obra não encontra “ecos”, por assim dizer, nas colocações empíricas do autor como expostas nos capítulos V e VI. É minha convicção, entretanto, que não se pode desprezar a contribuição indireta de Mills ao componente empírico da teoria política. Mas a desculpa do autor no tocante a esta omissão parece apoiar-se no fato de que ele não acredita que as formulações de Mills sejam corretas. Mas certamente alguém logo dirá que esta falha não passa de um simples erro de análise. Enfim, se o teorista da democracia precisa lidar com as realidades oligárquicas do poder, por que então o autor não o faz?

Da mesma forma, o retrato apresentado sobre o estado ou condições internas das chamadas democracias ocidentais – excetuando-se algumas ligeiras referências aos direitos civis – faz pouca menção sobre o militarismo, a pobreza, o crescimento dos movimentos extremistas de direita, a beligerante política externa dos países ocidentais, a concentração e controle de poder das elites, e assim por diante. É claro que um único livro não poderia tratar de todos estes

temas; mas não são estes tópicos de importância maior do que uma defesa do direito ao poder da maioria ou uma simples reafirmação do pluralismo?

A validade do conceito da obrigação pluralista e condicional, deve também ser discutida. (Várias outras implicações e apoios, presumidos pelo professor, podem também ser questionados). O autor argumenta que a obrigação deve existir quando encontramos alguma coisa que esteja de acordo com o nosso próprio desejo de participar de decisões, e quando há deveres ditos tradicionais; ou, ainda, quando existem obrigações que são relevantes para nossos interesses a longo prazo. Dos mencionados, o segundo tipo de obrigação é o que pode ser mais questionado, apesar de o primeiro partilhar mais da natureza dos truísmos do que de teorias significativas.

A noção de obrigação e também a de obedecer porque tivemos participação no processo de tomada de decisão, (esta última destaca-se mais do que a noção de obrigação) representam princípios básicos da teoria democrática corrente. (Veja a esse respeito o livro de J. R. Pennock, "Liberal Democracy: Its Prospects and Merits"). A chamada acomodação democrática e constitucional realmente assume certa harmonia de interesses (ou aceitação) de fundamentos amplos, afim de que nada crucial corra risco de alterar o processo eleitoral, e coisas semelhantes. Do contrário, toda a estrutura pode entrar em colapso, e assim teríamos algo semelhante à Guerra Civil Americana (1861-1865). Por outro lado, sou inclinado a indagar, o que acontece se os interesses em jogo forem incompatíveis e se a participação no processo de tomada de decisões – devido à acumulação de desequilíbrios de poder, de presunções falsas e variadas, de inferioridade numérica -, não impulsionarem as decisões no campo desejado? Esta é a condição (ou tem sido assim) do negro americano, em geral; e não é lógico dizer que isto é uma luta por direitos básicos (como se o negro algum dia os tivesse tido plenamente). Esta situação é muito mais complexa. Os negros do Norte dos Estados Unidos, por exemplo, têm tido seus "direitos básicos" já por muitos anos, e muito mais do que seus irmãos do Sul, sem que, apesar disso, consigam realizar seus verdadeiros objetivos de igualdade perante os brancos. A análise do autor não aborda este tipo de questão ou pelo menos não se aprofunda o bastante em seu desenvolvimento. O que ele faz é, na realidade, tomar a "democracia" como algo natural de direito, tanto no seu significado e na sua existência; em determinados pontos o pensamento se torna quase uma frase meramente de encorajamento.

Um outro comentário merece ser feito a respeito da discussão sobre "pluralismo". O autor descreve várias instituições que funcionam para manter o consenso necessário para assegurar a acomodação e sustentar o pluralismo. Dentre estas instituições estão os grupos de pressão, os partidos políticos, a mídia, o executivo, o legislativo, e o judiciário dos governos democráticos. Neste ponto torno-me céptico e até questiono o entusiasmo com que o autor abraça estas instituições como salvaguardas da democracia. Tomemos, como exemplo, os grupos de pressão. Estudos como os de Robert P. Wolf, "A Critique of Pure Tolerance", assim como os de Grant McConnell, "Private Power and American

Democracy”, e ainda o de Robert Brady, “Business as a System of Power”, têm questionado eficientemente o tipo de apoio que os grupos de pressão têm dado à democracia. A mídia, como afirma o relatório da “Comissão sobre Liberdade de Imprensa”, que o autor menciona, são às vezes uma vantagem duvidosa à democracia. As conseqüências positivas de suas operações, como George Seldes enfatizou, raramente são conhecidas pelo povo. Também nesta linha de raciocínio Henry Commanger e Franz Neumann têm expressado dúvidas sobre o papel dos tribunais na democracia, fato este despercebido tanto pelo público como pelos especialistas. O fato é que estas instituições estão longe de serem os baluartes necessários à democracia, como o autor tenta nos levar a crer. Nenhuma instituição social é indispensável à operação da democracia; nem a separação de poderes do Estado (descentralização, federalismo, autonomia, etc) pode ser classificada como democrática em sua operação. A democracia se sustenta sobre forças sociais e não sobre estruturas de governo. Se as forças sociais estão ausentes, nenhuma estrutura de governo será suficiente para preservar ou apoiar a democracia. Sinto que o autor sobreestima a determinação e a habilidade de muitas destas instituições quando afirma que elas ajudam no funcionamento efetivo do governo democrático e na manutenção do poder popular.

Um outro ponto abordado no livro relaciona-se à aceitação de práticas comuns nas democracias ocidentais. Também, descreve sua teoria de transição, que consiste somente da análise da situação presente no mundo atual, excluindo algumas feições relevantes tais como o imperialismo e a possibilidade de uma catástrofe nuclear. A própria tendência utópica que o autor freqüentemente critica poderia possivelmente dar maior densidade, senão maiores percepções, à sua corrente de pensamento.

Uma boa dose de utopismo pode ser exatamente o que falta à formulação positiva do autor de “The Revival of Democratic Theory”. Karl Mannheim era freqüentemente indagado sobre o que acontece quando uma ideologia declina e a utopia surge. O Professor Riemer acredita que sua teoria positiva, com respeito à democracia, e às possibilidades de transição, pode reavivar a teoria democrática. Eu não estou tão convencido de que ele possa fazê-lo, ou, pelo menos, duvido que sua formulação seja capaz de fazê-la. O que ele defende, no meu entender, não é um substituto à utopia, um plano liberal para um mundo melhor. O velho mundo ainda existe, talvez até com coisas menos desagradáveis. Na minha opinião, está faltando visão à sua teoria e sem visão o povo esmorece. A teoria política precisa dar visão e precisa fazê-lo com uma perspectiva mais ampla do que a do homem comum. O desafio apresentado pelo terrorismo, a paz mundial, os direitos civis, são eventos ou problemas reais e não processos ou tendências subjacentes.

d) Falta de Análise Mais Aprofundada dos Fundamentos Éticos do que se Convencionou Chamar de “A Vida Política Boa”.

Finalmente alguns comentários sobre a formulação denominada de “formativa”. No nível da meta-ética, o livro se apóia em uma posição que

poderíamos classificar de “normativa-humanista”, semelhante à de Erich Fromm que, coincidentemente, o autor cita em algumas de suas notas de rodapé. Deve-se salientar, entretanto, que não há eco nenhum sobre a literatura do movimento da análise filosófica na discussão do professor. Caso ele assim o fizesse certamente mencionaria a severa crítica a que foram submetidos o humanismo e o naturalismo. Ao mesmo tempo, a teoria empírica e a de julgamento de valores, deixa a formulação apresentada em “The Revival of Democratic Theory” como que suspensa no ar. Os padrões éticos que o livro recomenda são também passíveis de serem questionados. Ao referir-se à “auto realização individual dentro da estrutura do bem comum” ele está simplesmente dizendo um pouco mais que uma banalidade. Que realmente significa isto? Esta expressão não oferece nenhuma orientação a um significado concreto. Parece que o autor tem em mente o crescimento na direção de valores tradicionais do sistema ocidental, como, por exemplo, valores da classe média. Mas isto é válido? Esta é a questão crucial analisada insuficientemente no capítulo “A Vida Política Boa”. Que defesa específica dos valores tradicionais e individuais pode ser oferecida mediante esta vida política boa? O autor não especifica, apesar de freqüentemente aproximar-se de um apelo à opinião pública em vez de apresentar uma argumentação convincente.

Em conclusão, o que pode ser finalmente dito a respeito de “The Revival of Democratic Theory”? Primeiro, que representa uma tentativa importante e demasiadamente tardia de se enfrentar de vez o triste estado da teoria democrática. Uma vez dito isto, suas limitações precisam ser brevemente sumarizadas: (a) omissão em tratar adequadamente o papel das forças sociais e intelectuais subjacentes ao declínio da teoria política democrática; (b) falha em avaliar corretamente a necessidade do componente prudente (prudential component) da teoria política; (c) omissão em enfrentar os fatos ditos empíricos da política; (d) análises circulares e inexpressivas dos fundamentos éticos da vida política boa vistos como sinônimo de democracia. Apesar destas limitações, deve-se admirar e louvar o trabalho do autor de “The Revival of Democratic Theory”, enquanto se espera uma formulação mais definitiva dos problemas da teoria democrática.



Brasil: cambio constitucional, governabilidad y reforma política*

Filomeno Moraes¹

RESUMEN

El proceso brasileño de transición del autoritarismo hasta el estado de derecho y hasta la democracia tuvo como marcos fundamentales el Congreso Constituyente (1987-1988) y la Constitución del 1988. La ponencia aborda sobre todo los cambios en las dimensiones “constitucional” y “de procedimiento” del sistema político, comparando el texto constitucional original con las enmiendas constitucionales realizadas hasta ahora, bajo el título de *reforma política*. También discutiendo el problema de la estabilidad *versus* cambio constitucional, con sus impactos sobre el estado de derecho brasileño, el trabajo contrasta dos tipos de discusiones acerca de la reforma política, a saber, la de los adeptos de la ingeniería política, confiados en las posibilidades transformadoras de la acción legal, y la de los analistas de perspectiva burkeana, contrarios al artificialismo de los medios legales.

Palabras - Clave

Reforma política. Sistema Político Brasileño

ABSTRACT

¹Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado em Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo Eleitoral da Universidade de Fortaleza; Professor de Ciência Política da Universidade de Fortaleza; Juiz Efetivo (Jurista) do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará.

**Paper* apresentado durante o II Congresso Latino-americano de Ciência Política (Área Temática “Política e Direito”), realizado na Cidade do México de 29/09 a 10/10/04. Uma primeira versão do trabalho foi publicada pela *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 2, jun/dez 2003, pp. 571-535, sob o título “A Constituição do Brasil de 1988 e a reforma política”. Agradeço a Ana Maria D’Ávila Lopes por seus comentários.

**Filomeno Moraes é Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado em Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo Eleitoral da Universidade de Fortaleza; Professor de Ciência Política da Universidade de Fortaleza; Juiz Efetivo (Jurista) do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará.

The Brazilian process of transition from authoritarianism to the state of law and democracy had the Constituent Congress and the Constitution of 1988 as fundamental landmarks. The article presents all the changes of the political system comparing the original constitutional text with all the amendments made by the political reform. The discussion about the problem of stability vs. constitutional changes is also presented in this article.

Key-word

Political reform. Brazilian political system.

I

José de Alencar, también teórico de la democracia representativa y proporcional y fino observador de la escena política brasileña, exasperado frente a tantas y siempre incompletas mutaciones en el sistema electoral, advertía lo siguiente en un discurso pronunciado en 1874 en la Cámara de Diputados: "Algunos, sinceramente, hacen como el médico que, una vez agotado su recetario, cuando el enfermo se queja, le manda que 'cambie de almohada'. La elección directa es la almohada que está disponible. Ya hemos probado los círculos, los triángulos, distintas formas de manipulación. Falta la elección directa: es la almohada para el enfermo que no tiene reposo" (Alencar, 1977:424).¹

El tiempo pasó y - a partir de la constatación de aquel parlamentar - la vida política brasileña también pasó por muchas vicisitudes. De manera más reciente, desde los años ochenta del siglo pasado hasta ahora, se está elaborando una experiencia que, a pesar de los pesares, coloca al País en el camino de las democracias. La democracia en Brasil, entonces, ya dejó de ser un gran malentendido. Pero, si dependiese de muchos de los ingenieros institucionales que abundan por estos lugares, el sistema político, que ya nos da indicios de salud, no tiene y ni tendrá descanso tan pronto, como si tuviese siempre la necesidad no sólo de una sino más bien de muchas almohadas, para así citar la imagen de José de Alencar. O aún, como detalla Fábio Wanderley Reis, "el debate brasileño ha mostrado una característica de enfrentamiento bastante rígido entre partidarios y opositores con relación a los posicionamientos sobre los diferentes aspectos de los problemas, como si fuese un Fla-Flu en el cual se confrontan presidencialistas y parlamentares, mayoritarios y proporcionales, etc." (Reis, 2003:13-14), destacándose las formas en que dichos enfrentamientos han asumido el contraste entre dos tipos de orientaciones básicas, a saber, los adeptos a la ingeniería política y confiados en las posibilidades transformadoras de la acción legal deliberada, y los analistas de perspectiva burkeana, contrarios al "artificialismo" de los medios legales.

II

Poco tiempo atrás, teniendo como relator al entonces senador Sérgio Machado (Partido del Movimiento Democrático Brasileño-PMDB/Estado de Ceará), se tramitó en el Congreso Nacional un proyecto de reforma que consideraba los siguientes

¹ Obsérvese también que Antonio Pereira Pinto, en la introducción, fechada el 17 de febrero de 1875, en su *Reforma política* (1983:12) dice que "desde la primera legislatura (1826) se iniciaron en ambas cámaras luminosos proyectos tendientes a reglamentar el proceso de las elecciones".

aspectos: sistema electoral; fidelidad partidaria; partido nacional y desempeño electoral; domicilio electoral y filiación partidaria; duración de mandato de senador; fechas de asunción; voto facultativo; divulgación de encuestas electorales; inmunidad parlamentaria; número de concejales; suplentes de senadores y financiación de campañas electorales.

En la legislatura actual, se creó una comisión especial en la Cámara de Diputados, siendo su presidente el diputado Alexandre Cardoso (Partido Socialista Brasileño – PSB/Estado de Rio de Janeiro) y como relator actuó el diputado Ronaldo Caiado (Partido del Frente Liberal/Estado de Goiás). El relator propuso que se examinasen los siguientes temas básicos: financiación de campañas electorales; fidelidad partidaria; domicilio electoral; filiación partidaria; sistema electoral; listas; coligaciones partidarias; límites; propaganda de los partidos políticos; encuesta y causas que tornen inelegible al candidato; renuncia. Todo esto sin que haya perjuicio en el análisis de otras cuestiones como lo pertinente al pacto federativo y a la que se refiere a la organización de los poderes.

Independiente de dichas tentativas integrales de reforma política, no se puede dejar pasar por alto al conjunto de cambios en el orden constitucional inaugurado en 1988, referente al sistema político. Dichas mutaciones, realizadas de manera incrementada, han alcanzado - algunas veces - puntos centrales de la tradición política constitucional nacional, como muestra el caso de la inserción del mecanismo de reelección de mandatarios del Poder Ejecutivo. La verdad es que, desde mediados de la década del 70 y alargándose por los años 80, Brasil presenció un importante proceso de cambio político, con la inflexión del régimen militar, la construcción de instituciones representativas y multipartidarias y la elaboración, entre 1987 y 1988, de una nueva constitución.

El ritmo cadencioso de cambios así como las permanentes negociaciones - entre los agentes que presionaban por una abertura política y los líderes del régimen autoritario - ha sugerido un tipo especial de transición, llamado “transición por la transacción” (Share & Mainwaring, 1984; Moraes, 1998; Santos, 2000).

La transición brasileña dentro de la Constitución de 1988 tiene un momento fundamental para la definición de la nueva institucionalidad, de la cual se necesita destacar la dimensión propiamente “constitucional”, es decir, el sistema electoral, el partidario y el del gobierno, y la dimensión de “procedimiento”, o sea, las reglas que reglamentan el proceso decisorio, específicamente aquellas que son relativas a los poderes de agenda y a la capacidad de formulación de las políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo y del Legislativo.

En la Constitución Federal del 1988 se previeron dos mecanismos para viabilizar el propio cambio. Por un lado, el de la revisión constitucional (por medio del Art. 3º. del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias),² que ya había sido realizada en 1944 y que agregó seis enmiendas – llamadas “enmiendas constitucionales de revisión” – al texto constitucional. El otro mecanismo – el proceso ordinario de enmienda, con dos turnos de votación en cada casa legislativa y quórum de tres quintos, respetando las “cláusulas pétreas” (la forma federativa del Estado, el Art. 3º. La revisión constitucional será realizada después cinco años, contados de la promulgación de la Constitución, por el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso Nacional, en sesión unicameral.” La Constitución Federal fue promulgada el cinco de octubre de 1988.

el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de los poderes y los derechos y garantías individuales)³ - ha sido usado con cierta generosidad y le cabe la responsabilidad sobre cuarenta y dos enmiendas.

La Tabla 1 nos muestra – fuera las cuarenta y dos enmiendas hechas de acuerdo con el rito previsto en el Art. 60 de la Constitución Federal – aquellas enmiendas constitucionales que se relacionan al aspecto “constitucional” y al de “procedimiento” del sistema político.

Nº. de la EC	Enmienda
<u>35, de 20.12.2001</u>	Da nueva redacción al Art. 53 de la CF (inviabilidad e inmunidad de los senadores y diputados federales)
<u>32, de 11.9.2001</u>	Altera dispositivos de los Art. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 y 246 de la CF (disciplinas y de medidas provisionales)
<u>15, de 04.05.1997</u>	Da nueva redacción al § 2º del Art. 14, al caput del Art. 28, al inciso II del Art. 29, al caput del Art. 77 y al Art. 82 de la CF (elección del presidente de la República, gobernador de Estado y del Distrito Federal y alcaldes, cuatro años de mandato del presidente de la República, fecha de las elecciones)
<u>15, de 12.09.1996</u>	Da nueva redacción al § 4º del Art. 18 de la CF (creación, incorporación, fusión y desmembramiento de Municipios)
<u>9, de 09.11.1993</u>	Da nueva redacción al Art. 177 de la CF, alterando e insinuando parágrafos, y prohibiendo la adopción de medida provisoria
<u>8, de 15.08.1993</u>	Altera el inciso XI y la línea "b" de inciso XII del Art. 21 de la CF (veda la adopción de medida provisoria para reglamentar lo dispuesto en inciso XI del Art. 21 con la redacción dada por esta enmienda constitucional)
<u>7, de 15.08.1993</u>	Altera el Art. 178 de la CF y veda adopción de medida provisoria en la reglamentación del artículo de la Constitución cuya redacción haya sido alterada por medio de enmienda promulgada a partir de 1993
<u>6, de 15.08.1993</u>	Altera el inciso IX del Art. 170, el Art. 171 e o § 1º del Art. 176 de la CF, y veda adopción de medida provisoria en reglamentación del artículo de la Constitución cuya redacción haya sido alterada por medio de enmienda promulgada a partir de 1993
<u>5, de 15.08.1993</u>	Altera el § 2º del Art. 25 de la CF (veda la edición de medida provisoria para reglamentación de la exploración de los servicios de gas canalizado por parte de los Estados)
<u>4, de 14.08.1993</u>	Da nueva redacción al Art. 16 de la CF (ley que altera el proceso electoral no se aplica a la elección que ocurra hasta un año de su vigencia)
<u>2, de 25.08.1993</u>	Dispones sobre el plebiscito previsto en el Art. 28. Del AD CF (forma y sistema de gobierno)

Fuente: Presidencia de la República – Casa Civil (www.presidencia.gov.br)

La Tabla 2, a su vez, muestra las enmiendas que conciernen a las dimensiones “constitucional” y de “procedimiento” del sistema político, oriundas del proceso de revisión constitucional realizado fundamentalmente durante el año 1994.

Nº. de la ECR	Enmienda
<u>6. de 07.06.1994</u>	Agrega el § 4º al Art. 55 de la CF (reunión de parlamentarios sometido a proceso que pudiese llevar a la pérdida del mandato)
<u>5. de 07.06.1994</u>	Añade al Art. 82 de la CF (reduce de cinco para cuatro años el mandato del presidente de la República)
<u>4. de 07.06.1994</u>	Añade el § 9º del Art. 14 de la CF (ley o complementos establece en otros casos de re-elección)
<u>2. de 07.06.1994</u>	Añade el cepul del Art. 50 y su § 2º, (convocción de ministro de Estado o de cualquiera de los titulares de órganos directamente ligados a la presidencia de la República)

Fuente: Presidencia de la República–Casa Civil (www.presidencia.gov.br)

III

La ejecución de una constitución es una tarea múltiple. En primer lugar, porque las constituciones son, principalmente en Brasil, frutos de los acontecimientos. Así, el advenimiento de la República exigió la elaboración de la segunda constitución brasileña (de 1891) y la independencia, la revolución del 30, el estado Nuevo, la redemocratización post-45, el golpe de 64, el refuerzo autoritario de 1968/69 y el pasaje del gobierno militar para el civil también

³Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta:

- I. de un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal;
- II. del Presidente de la República;
- III. de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas por mayoría relativa de sus miembros.

1º La Constitución no podrá ser enmendada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio.

2º La propuesta será discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional dos veces, considerándose aprobada si obtuviera en ambas tres quintos de los votos de los respectivos miembros.

3º La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal con el respectivo número de orden.

4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:

- I. forma federal del Estado;
- II. el voto directo, secreto, universal y periódico;
- III. la separación de los poderes;
- IV. los derechos y garantías individuales;

5º La materia objeto de propuesta de enmienda rechazada o considerada inoperante, no podrá ser objeto de nueva propuesta en la misma sesión legislativa.”

exigieron, cada uno de estos hechos a su debido tiempo, las constituciones de 1824, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 y 1988. En segundo lugar, la comprensión eficiente del texto constitucional depende de su inserción en el juego político del lenguaje en disputa en aquellos momentos, la definición de sus personajes, sus intereses y puntos privilegiados, y sobre todo sus intenciones – *a mens legislatoris* (Jasmim, 2001). En tercer lugar, una constitución se asienta en una tradición (teniendo en cuenta una tradición rica como la brasileña) que se renueva por medio de sucesivas reinterpretaciones, resignificaciones y recepciones y si es un texto inminentemente prescriptivo, es también la interpretación y ordenación de una realidad concreta.

La literatura especializada resalta que la mayoría de los recientes procesos de transición política en América Latina se consolidaron a través de cambios constitucionales, ya que las constituciones desempeñan un papel vital en la política (Pessanha, 2002) aquí o más allá, las constituciones son, por encima de todo, instrumentos de gobierno que limitan, restringen y permiten el control del ejercicio político, que es su razón de ser. Una constitución es fundamentalmente una moldura de gobierno, o como dice Sartori, “sin una carta de derechos, una constitución todavía es una constitución; pero si ella no se centraliza en una moldura de gobierno, no es una constitución” (Sartori, 1996:211). La importancia de la constitución es de relevancia ya que a través de la estructura constitucional del Estado - de la *polity* - es que se definen, en realidad, las condiciones del juego político. Las mismas derivan del desenlace de conflictos, negociaciones y acuerdos, trabados entre los participantes de los diferentes ámbitos decisivos de la *polity*. Así hay, *polity*, *politics* y *policies*, los tres diferentes niveles de la vida estadual (Couto, 2001). El primero es su estructura; el segundo es su funcionamiento y el tercero son sus productos. La estructura tiene que ver con las reglas de relación que hay entre los actores y las organizaciones en las cuales ellos actúan – o sea - las propias instituciones. El funcionamiento se identifica con la actividad política que se desarrolla de una u otra forma, sean cuales sean las instituciones vigentes, aunque las condiciones de ese desarrollo tengan una considerable variación, de acuerdo con el tipo de arreglo constitucional puesto en cuestión.

IV

La Constitución de 1988 consagra, partiendo de su preámbulo, la prevalencia de los derechos fundamentales, y “es la mejor de la mejor de las constituciones brasilenas de todas nuestras épocas constitucionales” (Bonavides, 2001:204). Allí, los constituyentes aclamaron que estaban juntos para instituir “un Estado Democrático, destinado a consolidar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, con la solución de las controversias”.

La ciudadanía, la dignidad del ser humano y el pluralismo político se levantaron como fundamentos del estado democrático de derecho (Art.1º.), proclamando la Carta Magna que el poder emana del pueblo, que lo ejercerá a través de representantes elegidos o de forma directa (Moraes, 1996). La Constitución Federal vigente presenta un conjunto de disposiciones que, colocadas en práctica, pueden contribuir de manera sustancial para la realización de los derechos políticos y, por lo tanto, para la construcción de la ciudadanía en el País. De una manera distinta a países como Estados Unidos, Suiza, Italia, Francia y Uruguay – que poseen importantes tradiciones de democracia participativa – la historia política-constitucional brasileña, casi siempre, se caracterizó por una concepción más ortodoxa de gobierno participativo. Sin embargo, el compendio constitucional de 1988 es muy diferente, ya que se destina al pueblo el derecho de elegir a sus representantes; mejor dicho, al votar a favor de los componentes de las listas de candidatos elegidos conforme a la Constitución y a las leyes surge también la posibilidad para que el electorado pueda iniciar las leyes, apreciar cuestiones de orden política e institucional y ratificar o revocar actos legislativos o administrativos.

Entre sus aspiraciones innovadoras, al establecer que “todo poder emana del pueblo, que lo ejerce a través de representantes electos o *directamente*, en los términos de esta Constitución” (Art. 1º., párrafo único), la Ley Fundamental atiende la posibilidad de realización en conjunto de la democracia representativa con la democracia participativa. En otras palabras, la realización de decisiones (y de no decisiones) políticas venideras de la actuación de los representantes elegidos (concejales, alcaldes, diputados estaduais, gobernadores, diputados federales, senadores y presidente de la República) o directamente de los electores, crea la perspectiva de un modelo mixto, de *democracia semidirecta*.

En este aspecto, la Constitución Federal establece que “la soberanía popular será ejercida por medio del sufragio universal y por el voto directo y secreto, con igual valor para todos, y - de acuerdo con los términos de la ley - mediante: I – plebiscito; II – referéndum; III – iniciativa popular” (Art. 14). Plebiscito, referéndum e iniciativa popular son así los canales institucionales que tornan posible la intervención directa del electorado en la actividad de creación de las leyes y de políticas gubernamentales.

Evidentemente, corresponde observar que la clase de problemas que marcó y marca la institucionalización democrática en Brasil fue y es bastante extensa, y los desafíos que presentó o presenta fueron amplios y aún lo son. Sin embargo, en los años 90 y a lo largo de los primeros años del siglo XXI, incluso para los observadores más profundos y bien provistos de instrumentos de recelo y comprensión de la realidad política brasileña, más que nunca y con mucha astucia, el proceso político preparó trampas difíciles, que desmoralizaban las previsiones de escenarios y profecías catastróficas. Puede verse, como ejemplo, el *impeachment* de un presidente de la República, la perforación en la propia carne acometida por el Congreso Nacional con la

investigación parlamentaria del Presupuesto, el desenlace del gobierno Itamar Franco, con el exitoso arranque en dirección a la estabilidad económica, la coligación gubernamental liderada por Fernando Henrique Cardoso, la elección del candidato del Partido de los Trabajadores para ocupar la presidencia son asuntos que, prácticamente, es imposible imaginárselos con cierto grado de antelación.

A su vez, en los años 90 se deshicieron algunas ilusiones que perduraban aún en la década del 80 con relación al logro de ciertas metas en el proceso de transición del autoritarismo a la democracia.⁴ De hecho, se redujo la esperanza de que la democracia brasileña alcanzase a corto plazo – o mismo a medio o largo plazo – un nivel de desarrollo semejante al de las antiguas democracias. Debido a la existencia de ciertos estorbos, dicha experiencia quedó inscrita dentro de las calificaciones congéneres que hacen parte de la literatura de las transiciones, tales como democracia “débil”, “pobre”, “sin consolidar”, “no institucionalizada”, “poco institucionalizada” o, incluso, “informalmente institucionalizada”

Últimamente, el análisis político sistemático ha tenido el cuidado de destacar que, en las nuevas democracias - como la brasileña - aparecen de forma combinada los tres componentes, a saber: una gran distancia entre las normas formales y el funcionamiento de la mayoría de las instituciones políticas, el particularismo como una institución política dominante y las elecciones institucionalizadas (O'Donnell, 1996).

Particularmente, con relación al sistema partidario electoral, a partir de 1979⁵ hasta los actuales días, se vivió una interminable elaboración y/o discusión de la normatividad partidaria electoral, la cual tuvo uno de sus momentos más relevantes al promulgar la Constitución de 1988 que hasta hoy en día está en discusión. Las mutaciones normativas por las que pasó la formación partidaria electoral, desde fines de la década del 70, se distribuyen en tres escalas: 1) el fijar y ampliar los límites para ejercer la ciudadanía electoral; 2) las decisiones que afectaron al proceso electoral y a la organización partidaria; 3) las decisiones que alteraron a la representación política.⁶ Así es que por lo menos tres aspectos revestidos por dichos cambios fueron de crucial importancia para que el

⁴ Sobre las transiciones del autoritarismo de un punto de vista comparativo, cf., sobretudo, O'Donnell & Schmitter (eds.) (1988), Perelli, Picado & Zovatto (comps.) (1995). Sobre la transición específicamente brasileña, cf., entre otros, Vianna (1986 y 1989); Skidmore (1996); Moisés & Albuquerque (orgs.) (1989); Reis & O'Donnell (orgs.) (1988); y Weffort (1992).

⁵ La reforma partidaria electoral empezó como uno ítem de la agenda de reformas que el régimen autoritario emprendía, por lo tanto, vinculada a su cronograma “lento”, “gradual” y “seguro”, pero la dinámica de la transición democrática acabaría por darle vida propia. Sobre el asunto, cf., entre otros, Diniz (1990:73-86).

⁶ Cf., entre otros, Lamounier (1989); Lima Jr. (1994); Moraes (1992-1993); Kinzo (1993); Nicolau (1996); y Moraes & Lima (2003).

País volviese a la democracia política y para que hubiese un crecimiento de la ciudadanía política: 1) el restablecimiento de las elecciones directas para gobernador, a partir de 1982; para alcaldes de las capitales, a partir de 1985, y, desde el año 1989, para Presidente de la República; 2) el permiso para la creación de los partidos nacionales, que estaba fuera del modelo bipartidario esbozado por el Acto Complementar n.º. 4/65; 3) la creación del voto facultativo para el analfabeto (1985) y para los menores, con edad entre dieciséis y dieciocho años.

En lo que se refiere a los partidos políticos, pudo verse en el transcurso de los años 70 y 80 la proyección de un proceso de paulatina y progresiva apertura hacia su creación. Desde 1979 – momento en el que fueron extinguidas las dos siglas que habían sido creadas basándose en la legislación del régimen militar - Arena (Alianza Renovadora Nacional) y MDB (Movimiento Democrático Brasileño) – hasta la promulgación de la Constitución del 1988, las normas relativas al sistema partidario electoral estuvieron siempre dirigidas hacia la apertura con relación a la creación de partidos. La reimplantación de la pluralidad partidaria en el País ocurrió dentro de un contexto de valorización de la democracia política y de los mecanismos institucionales. La larga trayectoria del autoritarismo acarreó, como una especie de efecto benéfico, el hecho de que el sistema democrático pasase a ser visto de forma creciente como un valor en sí mismo y como un mecanismo capaz de originar la estabilidad económica y de crear condiciones propicias para el desarrollo social. Pero, a su vez, y de forma contradictoria, se desarrolló también en una coyuntura en que la crisis de los partidos políticos llegó a escalas bastante elevadas.

Se sabe que, aún en las democracias avanzadas, los partidos políticos pasan por crisis y sufren el impacto de las nuevas agencias de representación, derivadas del dinamismo que vino a caracterizar el proceso político, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX. Aún cuando comparada la situación brasileña con la de otros países de América Latina, se observa que aquí, los partidos y el sistema partidario sufren de vulnerabilidades preocupantes, que marcan al País caracterizándolo como el caso más serio de *subdesarrollo partidario* (Mainwaring, 1995).

V

Un pacto constitucional firma las condiciones en las cuales el poder será ejercido, definiendo las obligaciones gubernamentales y los recursos con los cuales los gobernantes se desobligan de las mismas. Del mismo modo, establece lo que les está vedado, ya sea por omisión (al no colocar dentro de su rol de atribuciones ciertas materias); ya sea por prohibición (impidiendo que el gobierno actúe en ciertas cuestiones.) La verdad es que, cuando un Estado surge, o es restaurado o entonces sufre una transformación radical en su estructura,

se dota de una constitución. De una constitución material y enseguida de una constitución formal, o de una constitución material y una constitución formal concomitante (Miranda, 2002).

El debate del cambio *versus* estabilidad constitucional no es reciente. Sobre esto, al final del siglo XVIII, el liberal Thomas Paine ya enfatizaba que “la vanidad y la presunción de gobernar más allá del túmulo son las más ridículas e insolentes de las tiranías. Los hombres no son los dueños de los propios hombres; ninguna generación tampoco es dueña de las generaciones venideras (...)” (Paine, 1984:16).

A su vez, los *founding fathers* Thomas Jefferson y James Madison ya se preocupaban también con el conflicto entre la democracia y el constitucionalismo⁷ y el debate entre ellos ha sido comúnmente recapitulado en la discusión sobre el tema. Para Jefferson, sería necesario realizar revisiones constitucionales periódicas para lograr el buen funcionamiento de la democracia, pues: “Cada generación es tan independiente de la que la precede como ésta lo es de aquélla que la precedió. Cada una, así como todas las otras, tiene por derecho escoger para sí misma la forma de gobierno que crea que es mejor con el fin de promoverle la felicidad (...). Los que murieron no tienen derechos”. Simétricamente, para James Madison, la propuesta de Jefferson provocaría “la mayor y violenta lucha (...) entre los partidos interesados en revivificar, y aquellos interesados en reformar el antecedente estado de la propiedad”.⁸ Desde el punto de vista de Madison, la disminución de la lucha entre facciones justificaba el aislamiento de la constitución del funcionamiento rutinario de la política.

La observación de la realidad demuestra que los hechos se inclinaron a concordar más con Jefferson de que con Madison, ya que, si es frecuente el entendimiento de que las democracias tienen constituciones estables y que esa estabilidad hace parte de la propia democracia, los datos no sustentan dicha interpretación, como observa Jan-Erik Lane: “Todas las constituciones propenden a tener vida corta, no sólo las democráticas. Desde cualquier ángulo del cual se mida su longevidad, la conclusión es la misma: las constituciones son mortales (...) La mayoría de ellas dura una o dos décadas, o hasta menos, con excepción de los casos de América del Norte y de Oceanía” (Lane, 1996:198).

Así, sobresale la importancia de la naturaleza del cambio constitucional, con los argumentos tanto pro como contra la estabilidad se sitúa en segundo orden. Si el cambio, considerado a partir de una teoría democrática externa a la constitución, fuese democratizador, la inestabilidad sería menos relevante; si el cambio, no obstante, bajo la misma óptica, no fuese democratizador, sería preferible que se mantuviese la estabilidad (Lima Jr, 1999). Pero, aún cuando

⁷ Sobre democracia y constitucionalismo, cf. Lima (2003).

⁸ Las citaciones de Thomas Jefferson y James Madison se extrajeron de Sunstein (1998:327).

no pese a favor del constitucionalismo, en detrimento de la democracia, es razonable que se reivindicuen algunos índices de *sentimiento constitucional*, tomando cuidado para que la tentación del furor de cambios no impida o aleje tal sentimiento. A propósito, debe recordarse la observación de Karl Loewenstein, que señala el hecho de que la reforma constitucional deberá tratarse con un máximo de cuidado y de reserva. Y, si de todas maneras, dicha reforma fuese totalmente necesaria, se deberá buscar y encontrar para ella el máximo consenso, lo cual no se resuelve simplemente con la obtención de la mayoría parlamentaria exigida constitucionalmente. Ya que, “una reforma constitucional que se obtiene por la fuerza o que se impone a la minoría, importante tanto numéricamente como por su peso político, no sólo causa daño a dicha minoría, como también lo causa al sentimiento constitucional” (Loewenstein, 1976:205).

VI

Es importante observar que la lógica que caracterizó el Congreso Constituyente de 1987-1988 no es la misma que marcó la Revisión Constitucional de 1993-1994 y el proceso de cambio responsable por la mayoría de las cuarenta enmiendas sufridas por el texto constitucional original. Con relación al caso del Congreso Constituyente, el objetivo era el de restaurar la democracia después de años de autoritarismo político; los debates posteriores intentan responder a problemas que emergen después y alteran sustancialmente la escena mundial (Reis, 2003).

Si la Constitución de 1988 consagró, a partir de su preámbulo, la prevalencia de los derechos fundamentales, incluso de los derechos sociales, económicos y culturales, se llega a pensar, sin embargo, que - en Brasil - aquella *guerra* de la que hablaba T. H. Marshall en un ensayo clásico (Marshall, 1967) - entre el principio de la igualdad implícito en el concepto de ciudadanía y la desigualdad inherente al sistema capitalista y a la sociedad de clases - fue vencida definitivamente por la desigualdad, tal cual las disparidades económicas y sociales aquí presentes.

Los altos coeficientes de iniquidad social llaman la atención sobre algo de crucial extremo en el País y de cuya marcha parece que depende la construcción de un futuro razonable: la definición del papel efectivo del Estado, con la necesidad de la concretización de un Estado en sintonía con el modelo adoptado en 1988 y, por lo tanto, en confrontación con el modelo que goza de hegemonía ideológica en la coyuntura. Ya pudo verse que el neoliberalismo es absolutamente incapaz de encaminar la solución de problemas tan complejos como los de Brasil, haciendo cumplir, por vía de regla y consecuencia, que la *falacia neoliberal*⁹ sea maldecida.

VII

⁹ Esta expresión la tomo prestada de artículo de Przeworski (1992).

Evidentemente, se identifican distorsiones en el funcionamiento de las instituciones políticas brasileñas, debiendo ser modificadas muchas veces, para que se eviten consecuencias negativas asociadas a las mismas.

Quizás, por todo esto, la perspectiva del incremento de cambio pueda ser menos dañina, pues podrá evitar los probables altos e imprevisibles costos de un cambio radical. Así, cuando se habla de reforma política en Brasil, se debe tener el suficiente cuidado para que, en nombre de principios abstractos o de aquella política silogística - que es pura construcción en el vacío y que ya mencionaba Joaquim Nabuco cierto tiempo atrás - no se esté causando más mal que bien.

Al final, normalmente la democracia tanto aquí como en otros lugares es frágil, vulnerable y corruptible, pero es un camino que se recorrió en los últimos veinte años con cierto éxito. Y como en la casa de las reformas hay muchas moradas, no es inoportuna la preocupación con la naturaleza, el punto de mira y el alcance de los cambios que se pueden implementar.

Huir de la tentación de cambiar todo, innovar o recrear, tentación que, muchas veces conserva más de lo que cambia, innova o recrea, parece que es el camino de la sensatez. Con el perfeccionamiento del presidencialismo, del sistema de representación proporcional y también del federalismo, que son elementos ya tradicionales en la política brasileña, quizá realmente se esté formulando la necesaria reforma política.

Se observa, cada vez más, que los riesgos de crisis institucionales cíclicas disminuyen y parece que las costumbres políticas están dando soluciones sin necesidad de mayores innovaciones formales (Moraes, 2003). Sobre todo, y ésta es la mayor conclusión obtenida de estas consideraciones, el proceso político brasileño, aunque enfrenta problemas y dilemas, ha caminado en el sentido de evitar los conflictos disruptivos que marcaron perversamente la evolución política y constitucional anterior a 1988. Además, la riqueza de conocimientos acumulados recientemente en Brasil cuestiona mucho de lo que se afirmó tradicionalmente sobre el sistema político nacional y sobre todo, echa bajo tierra juicios que, sin la debida base empírica, orientan la parte de la élite política para sostener un conjunto de propuestas de reforma institucional inclinado a promover una verdadera *subversión desde arriba* (Santos, 1994).

Así, el voluntariado casi demiúrgico y el furor reformista que marcaron el debate político, con recetas como parlamentarismo, cláusula de barrera, voto voluntario, representación comarcal mayoritaria, entre otros aspectos, se pueden dover más como tentativas para reducir la competición democrática de que como posibilidades de contribución, para la calificación institucional. La verdad es que, normas e instituciones no son neutras ni indiferentes a los resultados de la competición política. Al contrario, tienen el don de afectar las decisiones estratégicas de los diversos actores políticos, ciudadanos electores, ciudadanos candidatos, partidos y, en el límite, tiene el don de afectar los

resultados de la competición.

Referências bibliográficas

- ALENCAR, José de. *Discursos parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL, *Constituição Federal*. 33ª edição São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Presidência da República–Casa Civil (www.presidencia.gov.br).
- COUTO, Cláudio Gonçalves. O avesso do avesso: conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira. *São Paulo em Perspectiva*. vol. 15, nº. 4, 2001 p. 32-44.
- DINIZ, Eli. Ciclo autoritário: a lógica partidário-eleitoral e a erosão do regime. En LIMA JR. Olavo Brasil de (org.). *O balanço do poder - formas de dominação e representação*. Rio Janeiro: Rio Fundo Ed./Luperj. p. 73-86.
- JASMIM, Marcelo. *Francisco Campos e a crítica das constituições liberais*. Caxambu-Minas Gerais: *paper* apresentado durante el XXV Encuentro Anual de la Anpocs, 2001.
- KINZO, Maria D’Alva Gil. *Radiografia do quadro partidário brasileiro*. 1ª edición. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1993.
- LAMOUNIER, Bolívar. *Partidos e utopias: o Brasil no limiar dos anos 90*. 1ª edición. São Paulo: Loyola, 1989.
- LANE, Jan-Erik. *Constitutions and political theory*. 1ª edición. Manchester and New York: Manchester University Press, 1996.
- LIMA, Martonio Mont’Alverne B. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. En SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, BERCOVICI, Gilberto, MORAES, Filomeno & LIMA, Martonio Mont’Alverne B. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. 1ª edición. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 p. 199-261.
- LIMA JR., Olavo Brasil de. *Democracia e instituições políticas no Brasil nos anos 80*. 1ª edición. São Paulo: Loyola, 1994.
- _____. Eleições presidenciais: centralidade, contexto e implicações. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. vol. 14, nº. 40, 1994 p. 11-30.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ª. edición. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAINWARING, Scott. (1995), Brazil: weak parties, feckless democracy”. En MAINWARING, Scott & SCULLY, Timothy R. (eds.). *Building democratic*

institutions: party systems in Latin America. 1ª. edición. Stanford-CA: Stanford University Press, 1995 p. 354-398.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense.

MOISÉS, José Álvaro & ALBUQUERQUE, José A. Guillon (orgs.). *Dilemas da consolidação da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, (1989).

MORAES, Filomeno. A discussão sobre o sistema de governo e seus parâmetros. *Nomos – Revista do Mestrado em Direito da UFC*. vol. 11/12, nº. 1/2. 1992/1993, p. 195-204.

_____. Direitos e garantias fundamentais e a realidade brasileira. En TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José-Costa Rica; Brasília: IIDH;ACNUR;CIVC;CUE. 1996, p. 471-484.

_____. *A construção democrática*. Fortaleza: Casa José de Alencar/UFC,1998.

_____. A separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. En SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, BERCOVICI, Gilberto, MORAES, Filomeno & LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 p. 151-197.

MORAES, Filomeno & LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Political parties and elections - the role of the Electoral Justice and legislation in the construction of democracy*. Durban-Africa do Sul: *paper* presentado durante el XIX Congreso Mundial de la International Political Science Association-IPSA, 2003.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Multipartidarismo e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1996.

O'DONNELL, Guillermo. "Otra institucionalización". *La Política – Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*. nº. 2. 1996 p. 5-27.

O'DONNELL, Guillermo & SCHMITTER, Philippe C. (eds.). *Transições do regime autoritário*. 1ª edición. São Paulo: Vértice/RT, 3 v, 1988.

PAINE, Thomas. *Rights of man*. New York: Penguin Books, 1984.

PERELLI, Carina, PICADO, Sonia S. & ZOVATTO, Daniel (comps.). *Partidos y clase política en América Latina en los 90*. San José-Costa Rica: IIDH/CAPEL, 1995.

PESSANHA, Charles. , O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. En VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte, UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002 p. 141-190.

PINTO, Antonio Pereira. *Reforma política*. Brasília: Un, 1983.

PRZEWORSKI, Adam. The neoliberal fallacy. *Journal of Democracy*, July, pp. 45-50, 1992.

REIS, Fábio Wanderley. Engenharia e decantação. En BENEVIDES, Maria Victoria, VANNUCHI, Paulo & KERCHE, Fábio (orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003 p. 13-32.

REIS, Fábio Wanderley & O'DONNELL, Guillermo (orgs.). *Democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice/RT, 1998.

SANTOS, Fabiano. Escolhas institucionais e transição por transação: sistemas políticos de Brasil e Espanha em perspectiva comparada. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. vol. 43, nº. 4, 2000, p. 637-669, .



A problemática do nexo de causalidade no Common Law

Julio Alberto Díaz¹

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar um panorama geral da visão do *Common Law* em relação à reparação de danos nesse sistema. A escassa familiaridade dos juristas provenientes dos direitos codificados parece requerer em um mundo globalizado uma maior aproximação entre os dois sistemas. A problemática da causa, elemento fundamental da questão reparatoria, é utilizada na presente ocasião como recurso introdutório do fascinante e complexo sistema do *Common Law*.

Palavras-chave

Responsabilidade civil. Common Law. Causa do dano

ABSTRACT

The present article intends to give a general vision of the Common Law system in relation to compensation of damages. The lack of familiarity of the jurists belonging to codified systems requires in a globalized world a closer approximation between both systems. The problem of the cause, essential element in the matter of compensation, is used in the present occasion as an introductory means to the fascinating and complex system of the Common Law.

Key-words

Torts – Common Law – Cause of damage

1. Causalidade fática

Um requisito que pode ser considerado essencial na indenização, tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual, é que a ação do réu, ou o descumprimento do contrato, tenham sido a causa do dano do autor.

A tradição ensina que o autor deve ser colocado na mesma situação que

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Ottawa (Canadá). Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor da Universidade de Fortaleza.

ele estaria se o contrato tivesse sido cumprido, ou se o ilícito não tivesse sido cometido. Costuma-se indicar, nesse sentido, a estreita correlação existente entre as afirmações anteriores e o “*but for test*”, ou teste de causalidade. Com efeito, através desse raciocínio, submete-se a ação do réu, ou o seu descumprimento contratual, à indagação essencial que determina sua responsabilidade: “a não ser pelo ilícito, ou pelo descumprimento, teria acontecido o dano?” Ou seja, procede-se a comparar os fatos que realmente aconteceram com os que hipoteticamente teriam acontecido sem o ato ou a omissão que se alega ser a causa do dano.

A razão pela qual o problema da causa adquire relevância é que o autor não deve apenas ser compensado, senão que essa compensação terá que ser extraída de um réu em particular, e este não será individualizado só em função de algum reproche moral de caráter geral e abstrato, mas em razão de sua conexão com o dano que foi provocado. O sistema não impõe responsabilidade por atos, ainda que monstruosos ou abomináveis, se não tem como resultado algum dano ao reclamante. A singularização do requisito da causa tem por finalidade evitar que a disputa judicial seja transformada em uma indagatória comparativa geral acerca das qualidades ou condutas morais dos litigantes.

O *but for test* aparece como um elemento excludente da responsabilidade que não possui, contudo, a função oposta. Ou seja, provado o fato de o autor ter sido o causador do dano, não significa, necessariamente, que ele será responsabilizado, pois os juízes ainda terão que determinar se essa causa deve ter conseqüências legais.

O modo de demonstração do nexos causal no âmbito contratual ou extracontratual, basicamente, é o mesmo, porém, a maioria dos casos de relevância é de natureza extracontratual. Isso se deve, provavelmente, ao fato de que o nexos causal é matéria questionável apenas em relação aos danos nas pessoas ou na propriedade e esses, geralmente, são objeto de ações extracontratuais.

O caso mais emblemático de aplicação direta do *but for test* foi o de *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*. Uma pessoa que tinha começado a experimentar dores e a vomitar depois de tomar um chá concorreu ao hospital em procura de ajuda. A pessoa relatou seu problema à enfermeira encarregada na recepção que telefonou para o médico de plantão. Sem maiores preocupações este respondeu que fosse para casa e que consultasse seu próprio médico. O paciente voltou para casa, morrendo poucas horas depois de envenenamento por arsênico.

A negligência do médico era evidente, mas a prova fracassou porque o autor (a viúva da vítima) não conseguiu provar, de acordo com o cálculo de probabilidades, que essa negligência teria sido a causa da morte, já que, ainda que a vítima tivesse sido adequadamente examinada e tratada, muito provavelmente teria sido impossível salvar sua vida ao tempo do seu ingresso

ao hospital.

Um caso de aplicação ainda mais rigorosa do *but for test* provém da jurisprudência caribenha, *Mc Williams v. Sir William Arrol & Co. Ltd.* Um trabalhador da construção morreu como consequência da queda do prédio em que se encontrava trabalhando. Se estivesse usando cinto de segurança a queda não se teria produzido. O réu encontrava-se obrigado por lei a fornecer o equipamento de segurança a todos os operários, e tinha descumprido a sua obrigação. Não obstante, foi inocentado pois conseguiu provar que em outras ocasiões em que o equipamento tinha sido fornecido, o autor nunca se preocupou em usá-lo. A conclusão foi que, ainda que o cinto de segurança tivesse sido provido no dia do acidente, o autor não o teria usado e, em consequência, não se podia afirmar que o descumprimento da obrigação de fornecer o equipamento de segurança tinha sido a causa da morte.

2. O problema das causas múltiplas

O teste do *but for* pode apresentar limitações quando o ilícito ou o descumprimento do contrato é suficiente em si mesmo para produzir o dano, mas há um outro evento adicional, também suficiente em si mesmo como para produzir o dano. A aplicação, nesses casos, do *but for test* traria como consequência o inaceitável resultado que nenhum dos fatos poderia ser considerado *causa* do dano.

Nesses casos, os tribunais têm-se afastado da aplicação automática do teste, e empregado outros raciocínios para decidir que cada um dos fatos em particular foi a causa do dano (ficando a salvo o direito de regresso entre os autores). No passado, a tendência dos juízes era a de responsabilizar o último culpável, mas essa orientação encontrava sua justificativa porque o sistema não permitia a solidariedade entre os causadores de um dano. Hoje, a lei permite a responsabilidade conjunta e, em consequência, não há constrangimento por parte dos tribunais para condenar dois ou mais sujeitos a indenizar a vítima.

Os fatos adicionais suficientes podem ser concorrentes ou sucessivos. O exemplo clássico de eventos concorrentes é o de dois sujeitos que imprudentemente ateiam fogo em locais opostos de uma mata que rodeia uma propriedade. O fogo espalha-se e destrói a casa que se encontrava no meio do fogo. De acordo com o *but for test*, ambos sujeitos poderiam argumentar que a destruição da casa teria acontecido de qualquer maneira, sem a sua participação individual.

Nesses casos, os tribunais têm desenvolvido o que se denominou o *teste do fator substancial* que determina que se as ações de duas pessoas são fatores substanciais na produção de um resultado, a responsabilidade deve recair sobre ambas. Se a ação do réu representa um *fator substancial* na produção do dano, ele não será liberado da responsabilidade, simplesmente porque outras causas

também concorreram para aquele resultado.

Tem-se considerado que a expressão *fator substancial* é suficientemente inteligível como para fornecer uma guia adequada nas instruções ao júri, e que não seria possível, nem conveniente, avançar em maiores explicitações.

Também não seria válido argumentar que a ação não traria resultado danoso a não ser pela ação independente de outra pessoa. Neste sentido, um dos casos mais antigos é o de *Lambton v. Mellish* onde o proprietário de uma casa no condado de Surrey, na Inglaterra, sofria todos os verões o tormento de dois carroséis que se instalavam durante toda a temporada a cem metros de sua propriedade produzindo um barulho intolerável com o som dos órgãos que acompanhavam o entretenimento.

Da prova trazida, resultou evidenciado que os órgãos tocavam incessantemente durante três ou quatro meses do verão, das dez da manhã até as sete da tarde, e que o som por eles produzido era enlouquecedor. O órgão utilizado por Mellish era um pequeno órgão portátil que, em comparação com o de Cox (o outro réu), produzia pouco barulho. O órgão de Cox podia ser ouvido a um quilômetro e meio de distância. Independentemente desta circunstância, ambos réus foram condenados a cessar na perturbação.

Um caso similar de causa múltipla é o de *Corey v. Havener*. Uma pessoa ia conduzindo uma carroça na estrada quando, de repente, aparecem dois rapazes por trás dirigindo motocicletas em alta velocidade e com forte barulho. Na manobra da ultrapassagem, um a cada lado da carroça, espantam o cavalo com o barulho e a gritaria provocando ferimentos no condutor da carroça. O tribunal estabeleceu que ambos motoristas tinham cometido um ilícito e que, tendo ambos contribuído aos ferimentos era suficiente para condenar solidariamente a ambos.

Nas circunstâncias de *Corey v. Havener*, tratava-se de dois agentes que cometeram atos ilícitos, mais uma dificuldade adicional pode surgir no caso em que existam duas causas, mas uma derivada da comissão de um ilícito e outra proveniente de causas desconhecidas. Assim, em *Kingston and Chicago and NW Ry.* faíscas de uma locomotiva deram início a um incêndio que se foi juntar a um outro fogo, de origem desconhecida, que tinha começado a uns mil metros da propriedade do autor e que juntos acabaram por destruí-la completamente.

O tribunal sinalizou duas hipóteses que não coincidiam com os fatos em consideração, e em conseqüência, não entrou na sua análise. A primeira situação seria a de um sujeito que dá início a um fogo que acaba se juntando a outro, fruto de causas naturais, como um raio. A outra é a de um incêndio que se junta a outro de muita maior proporção, como o de um incêndio florestal, e que acaba sendo engolido por este, de modo a que sua identidade é destruída.

Mas, a questão era outra: determinar se a companhia ferroviária, que tinha dado origem ao incêndio proveniente do nordeste, poderia ser eximida

de responsabilidade em razão de que o incêndio proveniente do noroeste não tinha sido identificado, ainda que não existissem razões para acreditar que a causa tivesse sido outra que uma ação humana. Uma resposta afirmativa, na opinião do tribunal, significaria privilegiar o autor de um ato ilícito a expensas da vítima. Quando alguém sofre danos como consequência de um incêndio, provando a origem desse incêndio, e o curso que o fogo percorreu até atingir a propriedade, certamente já estabeleceu a responsabilidade daquele que deu origem ao fogo. Caberia ao réu, afirma o tribunal, provar que em razão da união com outro incêndio de determinadas características, o fogo por ele iniciado não foi a causa próxima do dano.

Outro caso, também antigo, é o de *Crossley & Sons v. Lightowler*, onde foi desconsiderada a defesa de um réu que poluía um rio, e pretendia não ser responsabilizado sob a alegação de que existiam outros agentes poluidores e, em consequência, o autor não teria água em boas condições, ainda que ele não tivesse poluído.

Uma outra possibilidade, é que os *eventos suficientes* não sejam simultâneos, mas sucessivos. Para estas circunstâncias, o *leading case* é *Baker v. Willoughby*. Como consequência de uma ação negligente de Willoughby, o autor sofre uma lesão na sua perna esquerda. Um tempo depois ele resulta vítima de um assalto durante o qual recebe um disparo na mesma perna esquerda que teve que ser amputada. Willoughby argumentava que ele tinha que ser responsabilizado apenas até o dia do assalto, depois disso, sua ação já não mais poderia ser considerada como causa do dano. A Câmara dos Lordes rejeitou a argumentação e decidiu que, em relação aos *eventos suficientes sucessivos*, o *but for test* não devia ser aplicado. Willoughby foi condenado à reparação integral, sem qualquer redução em função do dano posterior. A decisão parece correta se se considera que seria carente de toda lógica, do ponto de vista da lei de danos, que uma vítima que sofre as consequências de dois ilícitos, fique em piores condições que se tivesse sofrido apenas um (o primeiro). Por outro lado, a Câmara considerou que o assaltante, se pudesse ser responsabilizado (ele não tinha sido preso) o seria em relação a uma perna já lesionada, o que iria significar a aceitação do *but for test* em relação ao assaltante.

Quando um dos eventos suficientes é um fato natural e não um ilícito, as decisões parecem se inclinar no sentido de isentar o réu. Em *Jobling v. Associated Dairies Ltd.* a imprudência do réu tinha provocado uma lesão na coluna da vítima pela qual esta só ficaria apta, pelo resto de sua vida, à realização de trabalhos leves. Três anos depois, e antes do julgamento, descobriu-se que ela padecia uma doença na espinha dorsal (mieleopatia) não relacionada com o acidente, e desenvolvida depois de sua ocorrência, e que o inabilitava completamente para o trabalho. Os réus alegavam que o desenvolvimento da mieleopatia encerrava a sua responsabilidade pelos lucros cessantes derivados da lesão na coluna. O raciocínio era que, aplicando o *but for test* ao ilícito, não se poderia concluir que o autor não teria sofrido a perda dos lucros a não ser pela ação dos réus.

O autor, por sua vez, argumentava que *Baker v. Willoughby* devia ser aplicado por analogia, de modo que a responsabilidade dos réus fosse mantida como se a doença não tivesse existido.

A Câmara dos Lordes pronunciou-se em favor dos réus, com forte crítica a *Baker v. Willoughby*. As razões foram pouco claras, mas a justiça da decisão parece repousar no princípio de que o sistema não aceita indenizações por lesões derivadas de causas naturais ou doenças, mas apenas as produzidas como conseqüência de atos ilícitos. Nesse sentido, a Câmara, que se sentiu a vontade para decidir pelas conseqüências derivadas de dois atos ilícitos, evidenciou uma sensível aversão à possibilidade de estar indenizando por danos não derivados de atos ilícitos.

A conclusão a que se arribou em *Jobling* é completamente inconsistente com *Baker*, e parece indicar que este não mais pode ser visto como autoridade em matéria de danos sucessivos. Porém, parece prematuro afirmar que *Jobling*, agora é.

A Suprema Corte do Canadá também se tem pronunciado em relação a fatos similares em *Sunrise Co. Ltd. et al. v. Ship "Lake Winnipeg"*. Em junho de 1980 o navio *Kalliopi L.* que navegava no rio St. Lawrence cruzou-se com o *Lake Winnipeg*, que vinha na direção contrária. A imprudência da manobra deste, fez com que o *Kalliopi* encalhasse, sofrendo danos. Enquanto era rebocado para uma área de segurança, um segundo acidente, sem qualquer vínculo com o primeiro, fez com que o navio encalhasse novamente sofrendo maiores danos.

Cada um dos acidentes teria obrigado o *Kalliopi L.* a efetuar imediatamente as reparações necessárias. O tempo requerido para concertar os danos ocasionados por ambos acidentes era de 27 dias. O tempo necessário de detenção para a realização das reparações do primeiro acidente sozinho iria demandar os 27 dias, enquanto que as relacionadas com o segundo acidente, se fossem realizadas de maneira independente, teriam demandado apenas 14 dias.

A questão central que se apresentava era determinar quem seria responsável pelos lucros cessantes derivados da detenção por 27 dias do *Kalliopi L.*

A maioria decidiu que a natureza do segundo acidente, se proveniente de ato ilícito, ou não, era irrelevante. Se o primeiro acidente impossibilitava a continuidade da atividade lucrativa do navio e, se o período de detenção necessário excedia o do requerido pelo segundo incidente, a responsabilidade devia ser atribuída integralmente ao causador do primeiro acidente, independentemente de que o segundo tivesse sido provocado pela própria vítima, por culpa de um terceiro, ou por caso fortuito.

O voto da minoria dissidente expressava que a finalidade do direito de danos é recolocar o autor na mesma posição em que ele iria se encontrar de não ser pela conduta negligente do réu, nem mais, nem menos. Após algumas

considerações concluía que como o navio, de qualquer maneira, teria que estar fora de serviço durante o tempo requerido pelo segundo incidente, o autor não teria provado que a detenção, nesse período, foi o resultado do ato do réu causador do primeiro acidente. O princípio adotado pela minoria foi o de que qualquer fato independente, posterior ao ilícito que diminuísse as perdas ocasionadas por aquele, devia ter um reflexo na determinação do *quantum* indenizatório.

Nesse sentido, interpretava que o autor teria direito aos lucros cessantes derivados da detenção do navio por 13 dias, ou seja, os 27 dias que a reparação iria demandar, menos os 14 dias que o navio estaria, de qualquer maneira, fora de serviço devido a causas alheias ao fato do réu.

O voto minoritário sugere também uma outra forma de contabilizar a incidência de fatos posteriores; isto é, o reflexo no *quantum* indenizatório realiza-se através do princípio da distribuição proporcional. Em concordância com essa idéia seria necessário reconhecer a existência de duas causas de detenção do navio, com os conseqüentes lucros cessantes. A pergunta que se formula é o que seria requerido para que o autor voltasse à posição que ele teria se o primeiro acidente não tivesse ocorrido. A resposta, afirma, é a de que apenas 13 dias são atribuíveis à culpa do réu, e este deve suportar a reparação integral desse período. Os outros 14 dias foram usados para reparar os danos causados pela negligência do réu assim como os derivados do incidente posterior. A justiça sugere que a perda derivada desse período seja dividida entre as duas causas de detenção. No final, os réus seriam obrigados a compensar 20 dias de detenção do navio.

3. Incerteza causal

A regra indica que o autor deve sempre provar a causa do dano. Se há um grupo de duas ou mais pessoas, normalmente, não seria suficiente que aquele afirme que um deles foi o sujeito que provocou o dano.

A exceção surge quando todas as pessoas integrantes do grupo praticaram uma conduta negligente em relação à vítima, ainda que apenas um deles tenha causado o dano. Nesses casos, todos serão responsabilizados, a não ser que possam provar que eles não foram os autores. Ou seja, há inversão do ônus probatório.

No Canadá, o *leading case* é *Cook v. Lewis*. No dia 11 de setembro de 1948, o autor encontrava-se caçando com o seu irmão, John Lewis e um amigo, Dennis Fitzgerald, numa área perto da ilha de Vancouver. Era o primeiro dia da temporada de caça e comentava-se que a região estava cheia de caçadores. Os réus, acompanhados por John Wagstaff que na época tinha 16 anos de idade, encontravam-se caçando juntos. Levavam um cachorro que pertencia a

Akenhead e tinham concordado em dividir o produto da caça em proporções iguais.

Cook, Akenhead e Wagstaff andavam praticamente em uma mesma linha, Cook à esquerda, Akenhead no meio, e Wagstaff à direita. O cachorro, que ia poucos metros na frente, de repente ficou parado apontando. Nesse momento, Fitzgerald, que tinha aparecido à esquerda do campo visual de Cook, gritou apontando na direção de um grupo de árvores que se encontravam na frente de Cook e Akenhead onde, naquele momento, encontrava-se o autor. Cook ouviu o grito de Fitzgerald mas não entendeu o que ele disse. Ele achou que Fitzgerald estava chamando a atenção para o fato de que o cachorro estava apontando para alguma coisa. Akenhead disse não ter ouvido o grito de Fitzgerald. Nesse instante, um pequeno bando de quatro ou cinco aves voou a uma curta distância na frente do cachorro. Akenhead disse que ele atirou ao pássaro que se encontrava mais à direita, deixando os outros para Cook. Cook disse que ele atirou a um pássaro que se encontrava bem na sua frente. Eles atiraram simultaneamente. Imediatamente depois ouviu-se um grito saindo das árvores referidas anteriormente, e o autor apareceu. Ele tinha recebido um disparo no rosto que lhe provocou a perda de um olho.

O Juri declarou não ter condições de estabelecer quem tinha efetuado o disparo que provocou o dano, e a maioria da Corte, citando um caso da Suprema Corte da Califórnia (*Summers v. Tice*) determinou que, sendo a conduta de ambos réus negligente, e não existindo meios de provar quem feriu a vítima, ambos deviam responder solidariamente. Caberia a estes, para se eximir de responsabilidade, evidenciar que não foram eles os autores do disparo.

Um passo mais audacioso foi dado pela Suprema Corte de Califórnia em *Sindell v. Abbott Laboratories*. No caso se devia decidir a responsabilidade dos fabricantes de uma droga administrada a mulheres grávidas para evitar abortos espontâneos que continham substâncias cancerígenas. Os efeitos começaram a se manifestar nas filhas adolescentes, cujas mães tinham tomado o remédio e, pelo tempo transcorrido, era impossível determinar qual dos inúmeros laboratórios tinha fabricado a droga causadora do dano.

A solução encontrada pela Corte foi a de responsabilizar cada réu de acordo com o seu grau de participação no mercado (em relação àquela droga) ao tempo dos fatos, a não ser que pudesse provar que não foram eles os causadores do dano.

4. Incremento substancial do risco de dano

Uma significativa decisão da Câmara dos Lordes estabelece a inversão do ônus da prova quando o réu é negligente, e sua negligência incrementa substancialmente o risco de dano.

Em *Mc Ghee v. National Coal Board* o autor contraiu uma dermatite quando era empregado da firma dos réus na limpeza de fornos de tijolos. A prova médica indicava que a causa da doença tinha sido o pó dos tijolos. Os réus não tinham sido negligentes em expor a vítima ao contato com o pó. Isso representava uma inevitável característica da função para a qual tinha sido contratado. Porém, eles tinham violado o dever de cuidado ao não oferecer (o que era comum na época) instalações adequadas para se lavar e tomar banho após o trabalho. Foi provado que o autor voltava de bicicleta a sua casa com o pó de tijolo aderido à sua pele, o que representava um aumento substancial do risco de contrair a doença.

O réu argumentava que não tinha sido provado que a falta de instalações adequadas tinha sido a causa da doença. De fato, a prova médica não era conclusiva no sentido de estabelecer que a vítima não teria contraído a doença se as duchas existissem.

No seu voto, Lord Reid disse que a lei estabelece que o autor deve provar que a culpa do réu causou, ou contribuiu, materialmente para a produção do dano. No caso de existir duas causas independentes é suficiente se uma delas é consequência da negligência do réu. O autor não precisa provar que esta causa, por si só, teria sido suficiente para causar o dano. Finalmente, Lord Reid manifesta não reconhecer qualquer diferença entre dizer que o réu aumentou materialmente o risco do dano e dizer que ele contribuiu materialmente para esse dano.

Lord Wilberforce, por sua vez, após algumas considerações, afirma que a questão central continua sendo a de se a ação do autor deve ser rejeitada, se depois de ter provado a conduta culpável representando um incremento no risco da doença, não consegue provar que esse aumento do risco causou, ou contribuiu materialmente para o aparecimento da doença, quando o empregador não consegue provar o contrário. Seguidamente, declara ser razoável que, quando um sujeito, através de sua conduta negligente, cria um risco, e um dano acontece na área desse risco, a perda deve ser suportada por ele, a não ser que prove que a causa foi outra.

O princípio do risco, enunciado por Lord Wilberforce, apareceu recentemente rejeitado, ainda que a autoridade do caso *Mc Ghee* foi conservada. Em *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, um bebê prematuro, hospitalizado em razão de sua condição, desenvolveu fibroplasia retrolental, uma doença incurável da retina que lhe provocou cegueira em um olho e dano substancial no outro. Os pais processaram o hospital alegando que o dano tinha sido consequência da imperícia na administração do oxigênio. De fato, por um descuido, um cateter tinha sido colocado em uma veia em lugar de em uma artéria, fazendo com que a medição do nível de oxigênio fosse imprecisa, o que conduziu a um excesso na dosagem aplicada.

A prova técnica evidenciava duas possibilidades igualmente aceitáveis. Sabia-se que o excesso de oxigênio por tempo prolongado podia causar

fibroplasia retrolental. Mas, também se sabia que esta doença pode se apresentar em bebês prematuros que sobreviveram sem qualquer ajuda de oxigênio. Existiam provas suficientes que indicavam a correlação entre a fibroplasia retrolental e uma série de outras condições que geralmente apresentam os bebês prematuros, como apnéia, hipercarbia, hemorragia intraventricular, etc. todas elas existentes no caso em discussão. Em síntese, a prova médica sinalizava, pelo menos seis causas potenciais da cegueira, cinco das quais inerentes à própria condição de prematuro.

A Câmara dos Lordes rejeitou a ação considerando que a causa não tinha sido adequadamente provada. Segundo Lord Bridge, *Mc Ghee* não estabelecia uma inversão do ônus. Pelo contrário, naquela circunstância, adotando um critério pragmático a maioria havia concluído que, de fato, a negligência do réu tinha contribuído materialmente na lesão da vítima.

Em *Mc Ghee* não existiam dúvidas acerca de que a dermatite do autor tinha sido causada pelo pó dos tijolos. A única questão que permanecia sem ser respondida era a de se a continuidade da presença do pó na pele como conseqüência da falta de duchas tinha causado, ou contribuído, materialmente para a doença. Em *Wilsher* existia uma série de possíveis agentes provocadores do dano, um dos quais era o excesso de oxigênio. O réu tinha sido negligente na adoção de medidas preventivas contra um desses agentes, mas nada indicava que essa circunstância causou ou contribuiu materialmente à lesão sofrida pela vítima. A negligência em relação a uma das cinco causas possíveis não provava, na opinião da Câmara, qual dessas causas tinha provocado a lesão.

A Suprema Corte do Canadá teve recentemente a oportunidade de reavaliar *Mc Ghee* em *Snell v. Farell*. Tratava-se da ação de uma paciente que tinha perdido a visão de um olho durante uma operação cirúrgica, que a autora afirmava tinha sido praticada com imperícia. A prova, no caso, não era conclusiva, mas a Corte decidiu que era suficiente para condenar o réu.

A impressão que fica é a de que os tribunais tendem a compensar as desvantagens em relação ao acesso aos meios probatórios, seja através do recurso da inversão do ônus, seja através de uma flexibilização nas deduções destinadas a estabelecer o nexo de causalidade a partir das provas existentes.

5. Dano remoto e causa próxima. A extensão da responsabilidade

Depois de ter sido determinado que a conduta do réu foi, de fato, a causa do dano, permanece ainda a questão de se aquele deve responder por este.

As expressões “*causa próxima*” ou “*dano remoto*”, assim como outras fórmulas verbais equivalentes, são geralmente utilizadas pelos tribunais como instrumentos para estabelecer um limite à responsabilidade. A adjetivação “*próxima*” não foi feliz pois ela sugere que o fato que acontece imediatamente antes do dano sofrido pela vítima é sempre escolhido pela lei como a causa

determinante do dano, o que não é verdade.¹

Diferentemente da questão da *causa fática*, a *causa próxima* envolve, muitas vezes, aspectos complexos de julgamento de valores destinados a determinar a fina linha demarcatória entre responsabilidade e isenção.

Para complicar ainda mais o panorama, existe uma crescente disputa acerca da competência do júri e do tribunal. Tradicionalmente, as questões de fato eram deixadas ao júri, enquanto que as legais eram decididas pelos tribunais, mas alguns subterfúgios verbais têm permitido o acesso a estas últimas também ao júri. Assim, em *Barnard v. Carnegie* estabeleceu-se que “a questão do dano remoto é uma questão de fato em relação às circunstâncias de cada caso em particular, razão pela qual, deve ser submetida ao júri”.

A idéia da necessidade de impor limites à responsabilidade apareceu cedo no *Common Law*. Era evidente que os tribunais não poderiam impor responsabilidade por todos os danos derivados de qualquer conduta negligente. O problema consistia em encontrar as razões que justificariam uma determinada extensão, e não outra. Existia coincidência em sinalizar que a responsabilidade não podia ser atribuída para os danos que fossem *remotos*. Afirmava-se, no mesmo sentido, e por uma espécie de simetria semântica, que a conduta negligente devia ser a *causa próxima* do dano. A verbalização apenas dava uma contextualização à questão: a necessidade de uma estreita conexão entre a ação do réu e o dano resultante. Mas, determinar em concreto aquele limite era outra coisa bem diferente.

Em 1920, o dramático caso conhecido como *Re Polemis and Furness, Withy & Co. Ltd.*, deu lugar à discussão da matéria. Um grupo de estivadores enquanto descarregavam, imprudentemente deixaram cair uma prancha de metal no porão do navio. Uma pequena faísca, em contato com os vapores de petróleo que existiam acumulados, provocou uma forte explosão seguida de um incêndio que causou a destruição total do navio. Os réus alegavam que não podiam ser responsabilizados por uma classe de dano que não era previsível.

Lord Bankes, na Câmara de Apelação da Inglaterra, expressou que tendo sido provado que o fogo foi conseqüência da faísca produzida pela queda da prancha, era irrelevante a circunstância de que provocar uma faísca pela queda de uma prancha não era previsível. Sendo a conduta negligente, e sendo o dano resultado direto dessa conduta negligente, a previsibilidade do autor dessa conduta torna-se absolutamente irrelevante. Em conseqüência, concluiu que os danos não foram *remotos*.

Lord Warrington, por sua vez, manifesta que a presença ou ausência de razoável previsibilidade do dano determina a qualificação legal do ato como culpável ou inocente, mas, uma vez que esse ato é considerado culpável, a

¹ WINFIELD. JOLOWICZ. *Winfield & Jolowics on Tort*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 209.

resposta a se determinados danos são indenizáveis depende exclusivamente da circunstância de estes serem, ou não, consequência *direta* do ato.

Lord Scrutton, referindo-se à defesa do réu de que o dano seria remoto em relação ao ato negligente por não ser razoavelmente previsível, considerou que para determinar se um ato é negligente, deve-se estabelecer se uma pessoa razoável poderia prever que esse ato iria causar dano. Se a resposta é negativa o ato não constitui negligência. Mas, se o ato poderia causar dano, a circunstância de que o dano que de fato produz não seja exatamente da classe de dano que se poderia esperar é irrelevante, na medida em que esse dano seja diretamente reconduzível ao ato negligente.

Assim, uma vez determinada a condição de negligente do ato, a circunstância de que sua operação exata não fosse previsível, é imaterial. No presente caso, houve negligência na operação de descarga ao deixar cair a prancha que poderia facilmente causar danos, seja às pessoas, à carga, ou ao navio. O fato de ter produzido um resultado inesperado (uma faísca em uma atmosfera carregada de vapor de petróleo que causou um incêndio) não libera a pessoa negligente pelos danos diretamente causados.

Consequências diretas são aquelas que seguem sequencialmente aos efeitos da ação do réu, sem a intervenção de qualquer força externa que opere ativamente com posterioridade. A referência implícita às consequências físicas imediatas parece, necessariamente, vincular a teoria a uma idéia de solução mecânica que desvirtua a essência de decisão política que envolve a questão. Por outro lado, nem sempre é fácil determinar a existência de novas forças intervenientes.

Re Polemis and Furness, Withy & Co. Ltd não merecia sobreviver, e em 1961, no caso conhecido como *The Wagon Mound (nº1)*, finalmente, o princípio do dano direto sucumbiu. Funcionários do navio *Wagon Mound* derramaram descuidadamente óleo no porto de Sidney, na Austrália. O óleo espalhou-se uns duzentos metros até a doca do autor onde estavam se realizando alguns trabalhos de reparação de outros navios. Inicialmente os trabalhos foram suspensos quando o autor percebeu a presença de óleo, mas logo foram reiniciados quando o administrador do autor foi informado pelo réu que não existia perigo, pois o óleo não era inflamável na água.

Dois dias depois, o óleo entrou em combustão provocando danos na doca e em dois navios ancorados no porto. De acordo com as provas existentes, ficou estabelecido que o fogo tinha sido causado por algumas gotas de metal fundido proveniente dos trabalhos de soldadura que caíram sobre uns pedaços de pano que flutuavam na água, e que agiram como pavio para acender o óleo. A perícia técnica também determinava que não era razoável prever que o óleo pudesse queimar na água.

O juiz de primeira instância, em consonância com *Polemis*, determinou a responsabilidade baseado em que o derramamento negligente de óleo, tinha

sido a causa *direta* do fogo. Confirmado na apelação, o caso foi para o Conselho Privado que denegou a ação de responsabilidade.

Em seu memorável voto, Lord Simonds expressou a nova política nestes termos não parece coerente com as atuais idéias de justiça ou moral que por um ato de negligência, ainda que pequena ou venal, que resulta em algum dano previsível trivial, o seu autor deva responder por todas as conseqüências, sem importar quão imprevisíveis ou graves, apenas pelo fato de ser "*diretas*". Constitui um princípio basilar da responsabilidade civil que um sujeito deva ser considerado responsável pelas conseqüências previsíveis de seus atos. Exigir mais dele seria injusto, exigir menos é ignorar que a ordem da civilização requer a observância de um *standard* mínimo de comportamento.

Após outras considerações, Lord Simonds expressa que quando se julga um sujeito pelo que um homem razoável devia prever, está se refletindo a consciência da humanidade, enquanto que o teste das conseqüências "*diretas*" não conduz a nada senão à questão insolúvel e infinita da causalidade.

O novo teste teve uma aceitação razoável na doutrina. Interpretava-se que o princípio estabelecido era mais justo. Com efeito, como a negligência pode consistir em um desvio mínimo do *standard* de conduta devido, de acordo com *Polemis*, ainda assim as suas conseqüências poderiam ser catastróficas, completamente desproporcionadas em relação à gravidade da falta. De qualquer maneira, a dúvida sempre se apresenta pois se trata do conflito de interesses entre uma vítima completamente inocente, e um réu cuja negligência pode até ter criado um risco, mas o dano resultante não se encontra no âmbito do risco previsível. Deve considerar-se esse réu, em relação a esse dano, tão inocente quanto a vítima ou, pelo contrário, deve considerar-se que o risco criado compreende também outros riscos imprevisíveis até um limite mais ou menos impreciso?

Allen Linden tem enfatizado que fazer responsável uma pessoa negligente que coloca a cadeia causal em andamento responsável por toda as conseqüências, ainda as mais imprevisíveis, não é menos ilógico que isentá-la dos resultados inesperados. Com efeito, doutrina o mestre canadense, apesar do fato de que os resultados foram pior do que o esperado, depois de tudo, o réu criou o risco inicial. Se tivesse ele adotado uma conduta acorde com o *standard* devido, não teria havido acidente, nem dano. Essa análise, destaca Linden, apenas enfatiza a idéia de que a eleição do teste a ser aplicado nos casos de proximidade do dano não está baseada em lógica, mas em valores.²

Uma certa uniformidade de critério se apresenta em relação aos danos físicos nas pessoas. Para este tipo de danos, a responsabilidade além do risco criado é de comum aceitação. Assim, um pequeno corte no dedo de uma pessoa, pode derivar para as mais impensadas conseqüências, e ainda assim, a tendência

² LIDEN, Allen. *Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworth, 1988, p. 320.

seria a responsabilização do réu.

Um problema de singular dificuldade apresenta-se nos chamados casos “*egg-shell skull*” (“crânio casca de ovo”, ou “crânio delgado”). Com efeito, uma antiga regra do *Common Law* estabelece que o causador de um dano responde pela vítima nas condições que esta apresenta. Ou seja, não se admite que aquele possa alegar, por exemplo, que esta teria sofrido um dano menor se não estivesse doente do coração, ou que a fratura do crânio não se teria produzido se este não fosse tão frágil.

The Wagon Mound tinha despertado alguma inquietação entre os doutrinadores porque se temia que aquele fosse incompatível com o velho princípio, já que a inusual susceptibilidade não parecia ser *razoavelmente previsível*. Os prognósticos, porém, não se concretizaram. Em *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.*, um trabalhador tinha se queimado no lábio ao ser salpicado por um metal derretido quente, em uma parte da boca em que sua pele tinha tecidos propensos ao desenvolvimento de câncer, doença que acabou lhe causando a morte três anos depois.

Lord Parker, no seu voto, poderia ter invocado *The Wagon Mound*, reafirmar o princípio da previsibilidade como base da responsabilidade, e eliminar para sempre o princípio do “crânio delgado” do âmbito do *Common Law*. Ele preferiu, porém, conservá-lo. No seu voto ele declara que *The Wagon Mound* não teve em mente os casos de “crânio delgado”. No seu raciocínio ele sinaliza que sempre foi regra no *Common Law* que quem pratica uma conduta negligente “deve tomar sua vítima como a encontrar” (“*he must take his victim as he finds him*”), e estabelece não ser necessária a previsibilidade da *extensão*, mas do *tipo* de dano. A negligência considerada foi a de não fornecer máscaras de proteção. A partir daí, a pergunta “não era a de se os empregadores deviam razoavelmente ter previsto que uma queimadura poderia causar câncer, e a morte posterior da vítima. A pergunta era, se esses empregadores poderiam razoavelmente ter previsto o *tipo* de dano sofrido, ou seja, a queimadura. A gravidade, ou o *quantum* do dano que a vítima sofreu como conseqüência da queimadura dependia apenas de suas características pessoais e condição”. Em outras palavras, a decisão estabelece o princípio de que a imprevisível extensão de um tipo de dano previsível é simples questão de grau e, portanto, irrelevante para isentar a responsabilidade.

Finalmente, Lord Parker considerou que se devia fazer uma substancial redução da quantia a ressarcir em função da circunstância de que existia a possibilidade de que a vítima tivesse desenvolvido o câncer de qualquer maneira, ainda sem ter sofrido a queimadura.

No Canadá, a Corte de Apelações de Ontário teve também oportunidade de se pronunciar a respeito. Em *Cotic v. Gray* uma pessoa sofreu graves ferimentos como conseqüência de um acidente de carro devido à negligência do réu. Pouco antes do acidente, a vítima vinha apresentando sintomas de

neurose e depressão que pioraram depois, até o ponto de cometer suicídio 16 meses depois. O réu negava a responsabilidade pela morte baseado em que, ainda que a morte derivada de dano físico no acidente fosse previsível, o suicídio não o era.

A Corte decidiu que o réu devia tomar sua vítima como ela se encontrava, ou seja, uma pessoa psicologicamente vulnerável. De modo que, ainda que a consequência fosse indiscutivelmente imprevisível, mas, a partir do momento em que algum dano pessoal fosse previsível, o princípio do “crânio delgado” opera autonomamente estabelecendo, como questão de política legislativa, a responsabilidade pelo dano associado à peculiar vulnerabilidade da vítima. A alegação de que o suicídio teria quebrado o nexo de causalidade foi rejeitado, não porque o suicídio fosse previsível como a consequência natural do ato do réu, mas porque a política defendida pelo princípio do “crânio delgado” ver-se-ia frustrada se fosse atribuída uma relevância causal à peculiar vulnerabilidade da vítima

6. A previsibilidade da seqüência causal

Uma importante restrição, considerada como um recuo em relação a *The Wagon Mound*, ou um passo em favor das vítimas, surgiu em *Hughes v. Lord Advocate*. Empregados do réu deixaram aberto um poço de inspeção em que tinham estado trabalhando, coberto apenas com uma pequena barraca e rodeada de lâmpadas de óleo. Uma criança de oito anos, brincando com a lâmpada, tropeçou derrubando-a no poço. Imediatamente, seguiu-se uma explosão com chamas de 9 metros de altura que provocaram a queda da criança para dentro do poço, sofrendo graves queimaduras. Duas instâncias tinham negado a responsabilidade baseados no caso *Wagon Mound*. A argumentação era que, apesar de que o dano por queimaduras fosse previsível se a criança tivesse tomado contato com uma das lâmpadas, a seqüência de eventos em que ocorreram os fatos tornaram essas queimaduras não previsíveis. Em outras palavras, a *classe* ou o *tipo* de danos sofrido, não era previsível. A rigor, a inclusão da distinção da *classe* ou *tipo* de danos previsível era uma terminologia que tinha sido incorporada em *The Wagon Mound*. Com efeito, naquela circunstância, o dano que foi considerado previsível era o de tipo ecológico, mas não o de fogo.

A Câmara dos Lordes revogou as decisões anteriores interpretando que apenas a fonte do risco devia ser previsível, mas não os detalhes em particular em que aconteceram os fatos. Houve negligência em deixar aberto o poço sem custódia. Na expressão da Câmara, “uma tentação” para que crianças procurassem brincar nele. Os Lordes expressaram que uma reconhecida fonte de risco (as lâmpadas) provocaram a queimadura pela inesperada explosão, mas que isso não era diferente da *classe* de dano de queimadura por contato direto com a chama da lâmpada. A distinção entre queimadura e explosão que provoca queimadura era muito sutil para ser aceita. O *tipo* de acidente, a queimadura

de uma criança, era razoavelmente previsível, ainda que os meios através dos quais a fonte de risco provocou a consequência fosse imprevisível.

Independentemente da fraseologia empregada, a conclusão de *Hughes v. Lord Advocate* parece ser a de que há uma reaproximação, pela porta dos fundos,



Futebol, “denuncismo” e Ministério Público: equivocos jurídicos

*Álvaro Melo Filho*¹

RESUMO

Este artigo analisa os limites legais do procedimento público federal envolvendo especialmente as instituições profissionais de futebol. O artigo mostra que o esporte mais popular do país não é integrado no conceito jurídico de patrimônio cultural brasileiro de forma a motivar a intervenção do poder público federal na organização e operacionalização dos times de futebol. Estes estão protegidos pela Constituição Federal como esportes autônomos, nos moldes do art. 217, inciso I, da Constituição Federal.

Palavras-chave

Autonomia dos times de futebol. Limites da intervenção pública.

ABSTRACT

This article analyses the legal limits of institution functions of Federal Public Prosecution involving specially the professional football activities. It shows that the most popular sport of the country is not integrated in the juridical concept of brasilian cultural heritage avoiding any purpose of intervention of Federal Public Prosecution on its organization and operation that are protect with sport autonomy warranted by article 217, I of Federal Constitution.

Key-words

Autonomy of professional football activities. Limits of public intervention.

¹ Professor do Mestrado em Direito da UFC. Livre-Docente em Direito Desportivo. Advogado. Membro da FIFA. Consultor credenciado pela ONU-PNUD na área de Direito Desportivo. Membro da International Association of Sports Law e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. Autor de 37 livros jurídicos.

"Há uma onda denunciasta, em que o acusado se vê condenado, sem julgamento, no patíbulo de "juris populares".

O fenômeno se repete com freqüência e pode ser identificado em cada um dos grandes escândalos recentes: a) surge a acusação, em geral com base num grampo qualquer ou documentos confidenciais (bancários, Imposto de Renda etc); b) os suspeitos são execrados e arrastados pelas ruas como Judas em sábado de aleluia; c) começam a ser constatadas inconsistências que, com menos apelo, vão decaindo de importância no noticiário; d) as suposições iniciais não se confirmam, nem se comprovam no todo ou em parte. Os erros de informação veiculados não são corrigidos. Ninguém se lembra de que às pessoas crucificadas se deve, no mínimo, um pedido de desculpas. Mas o que acontece é o contrário: graças à rede mundial dos computadores, as notícias desastrosas continuam à disposição de todos, como acusações perpétuas e sem que os erros sejam retificados." (Ricardo Tosto)

São recorrentes as matérias jornalísticas bombásticas, centradas em "escândalos" ou CPI's do futebol profissional, visivelmente contaminadas por enfoques apaixonados que se deixam trair por interesses inconfessáveis e raciocínios de deturpação da realidade desportiva. Diante desse "denuncismo" inconseqüente e irresponsável, produtor de manchetes que buscam, maldosamente, induzir a opinião pública à conclusão de que a corrupção é generalizada e imanente ao futebol brasileiro, clama-se pela intervenção do Ministério Público. E, sendo este desporto detentor de lugar cativo e espaço amplificado na mídia, têm sido frequentes e plúrimas as indagações oriundas dos mais diferentes segmentos desportivos e sociais em torno do enquadramento do desporto, mais especificamente de todas as organizações dirigentes e dirigidas de modalidades desportivas, como integrantes do "patrimônio cultural brasileiro", de modo a ensejar a atuação do Ministério Público, sob o argumento de que lhe incumbe, como instituição de defesa da sociedade, zelar pelo cumprimento das leis e defender o interesse geral, lastreando-se esta suposta prerrogativa no ditame a seguir transcrito:

"Art. 4º -

§ 2º A organização desportiva do País, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social, inclusive para os fins do disposto nos incisos I e III do art. 5º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993."

Este § 2º do art. 4º da Lei nº 9. 615/98, cuja atual redação foi-lhe dada pela Lei nº 10.672/03, estatui a inserção do desporto como "patrimônio cultural brasileiro", expressão esta que tem dado azo a interpretações visivelmente modeladas por oportunismos, humores e rancores, gerando justificativas desarrazoadas e argumentos inconsistentes, fruto de uma análise superficial,

literal e apartada da Constituição Federal. De logo, é preciso elidir confusões terminológicas assinalando que “patrimônio cultural brasileiro” é expressão jurídica que abrange não só o patrimônio cultural estabelecido pela União, mas também pelos Estados e Municípios, pois, somente se a Constituição tivesse mencionado *patrimônio cultural nacional* poder-se-ia entender abrangido apenas o patrimônio cultural organizado e protegido pelo Governo Federal. Demais disso, o estímulo e repetição insistentes de parte da mídia especializada, com suas fantasias e estereótipos, acabou disseminando, subliminarmente, como veraz a falsa assertiva de que “o futebol é patrimônio cultural do País” como se a “organização desportiva do País” fosse sinônima, equivalente e adstrita ao futebol. E não custa enfatizar, neste tocante, sem pretender ferir susceptibilidades e sem o *animus* de melindrar, que há um indissimulado e exacerbado propósito de “intervencionismo público”, por via legislativa ou judicial, no futebol, como se fosse este a única ou a mais importante atividade brasileira, mesmo diante de um visível “colapso de expectativas” de outros segmentos e setores de maior relevância sócio-político-econômica para a população brasileira, a desafiar e exigir a implementação urgente de novas e criativas políticas públicas, porquanto a educação ainda não se alfabetizou, a saúde está doente, a segurança com medo, a habitação sem casa e o salário sem dinheiro.

Preliminarmente, reponte-se que a interpretação jurídica, sobretudo no plano constitucional, há de levar em conta o todo e não apenas uma ou outra norma isolada ou específica, pois, como averba Hesse, as “normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a evitar contradições com outras normas de idêntica hierarquia” (Grundzuzes des Verfassungsrechts, 16ª ed., Heidelberg, 1988, p. 26). Se assim não for haverá a má interpretação das leis, positivando uma exegese apta a romper e vulnerar a hierarquia normativa que deve ser observada.

Sem afastar-se desta diretriz, o Min. Marco Aurélio, Relator do RE nº 166.772-9, observa que:

“Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela perseguida” – Celso Antônio Bandeira de Melo – em parecer inédito, pois sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele”. (in DJ nº 238, de 16.12.94, p. 34896)

Na mesma linha de raciocínio lembra Bacon que o hermeneuta deve evitar “torturar as leis a fim de causar torturas aos homens”, daí não ser tolerável nem admissível “forçar a exegese” e impor teses pelas quais o intérprete se apaixonou, vislumbrando idéias existentes apenas no seu próprio cérebro ou no seu sentir individual marcado por ojerizas e preconceitos. Adite-se, ainda, que não compete ao intérprete *judgar* a Lei das Leis, decidindo da conveniência, ou não, de seus dispositivos. Se estes forem claros, taxativos, isentos de dúvidas,

não assiste poder aos tribunais para negar-lhes aplicação, sob pretexto de que são inconvenientes ou injustos.

À luz de tais ensinamentos e diretrizes hermenêuticas, a integração do desporto como patrimônio cultural brasileiro é, à evidência, um rematado equívoco decorrente de uma afoita e descabida avaliação técnico-jurídico-desportiva. Com efeito, se o futebol promanou da Inglaterra, se o basquete nasceu nos Estados Unidos, tal como ocorreu com inúmeras outras modalidades desportivas largamente difundidas e praticadas no Brasil, é incogitável torná-las todas, indistintamente, dimensões da cultura nacional por um simples "passe de mágica" da legislação ordinária. E, esta ilação tem supedâneo na própria Constituição Federal, mui especificamente, no inciso IV do art. 217 quando prevê "**a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional**", onde se enquadram o futebol de salão, o voley de praia, a peteca, a capoeira aqui mencionadas a título exemplificativo e não exaustivo. Tais colocações levam, inexoravelmente, à conclusão de que o futebol não é "patrimônio cultural brasileiro" pelo simples fato **de não ser criação nacional**.

Visando a dissipar quaisquer dúvidas em derredor da concepção ampla de "patrimônio cultural brasileiro" atente-se, com cuidado, para o art. 216, *caput*, da Constituição Federal, *verbis*:

"Art. 216 - Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, de fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico."

Este ditame referente especificamente à Cultura na Carta Maior de 1988 fornece os alicerces conceituais seguros para asseverar-se que o desporto não se encaixa em qualquer dos itens elencados como bens de natureza material e imaterial, integrantes do patrimônio cultural brasileiro. Nessa hipótese do art. 216, impõe-se uma exegese restritiva para os casos passíveis de enquadramento como "patrimônio cultural brasileiro", em respeito à opção feita pelo próprio legislador constituinte que, se pretendesse deixar o rol em aberto, não teria optado por uma descrição casuística em cinco incisos, consoante se infere do ditame citado, quando, poderia, por exemplo, ter aditado um inciso VI – *nas demais hipóteses previstas em lei*, e não o fez, aplicando-se, aqui, o brocardo latino – *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – "*Quando a lei quis determinou, sobre o que*

não quis guardou silêncio”.

É interessante citar, ainda, que o acatado constitucionalista José Afonso da Silva, no seu livro “Ordenação Constitucional da Cultura” (Ed. Malheiros, S. Paulo, 2001), ao dissecar e interpretar, com profundidade, as normas constitucionais sobre a cultura, exaure o conteúdo e extensão jurídicas do “patrimônio cultural brasileiro” (pp. 100-118), trazendo centenas de exemplos, que variam da renda de bilro à literatura de cordel, do pato ao tucupi ao Carnaval, sem uma única referência a qualquer manifestação ou atividade desportiva, atestando que o desporto é matéria impertinente, estranha e alheia ao campo de incidência das normas sobre cultura.

De outra parte, sem maior esforço, note-se que, no transcrito inciso IV do art. 216, destaca-se a expressão “*manifestações artístico-culturais*”, enquanto a mesma Constituição Federal, logo no dispositivo subsequente, ou seja, no inciso IV do art. 217, reservado exclusivamente ao Desporto, alude “*às manifestações desportivas*”. Observe-se que, a prevalecer uma concepção mais abrangente e dilargada, sem ficar jungida ao texto constitucional, por esquisito que possa parecer, chegar-se-á à conclusão de que manifestações coletivas como o “arrastão” ou os “costumeiros conflitos entre torcidas organizadas”, podem, também, ser consideradas integrantes do “patrimônio cultural brasileiro”. De tudo isso, extrai-se e evidencia-se, à saciedade, que as manifestações desportivas não se conformam, conceitualmente, se amoldam, faticamente, e nem se harmonizam, juridicamente, como patrimônio cultural brasileiro, até porque não incluídas no rol exauriente do *caput* explicitado no já citado art. 216 da CF, sob pena de derruir-se a consistência e coerência do sistema constitucional brasileiro. Vale dizer, inexistente no Texto Constitucional autorização do constituinte para que o legislador infra-constitucional amplie e acresça hipóteses outras que não aquelas constantes dos cinco incisos do *caput* do art. 216, daí ser flagrantemente injurídica e inconstitucional a inclusão do desporto como patrimônio cultural brasileiro consoante dispõe o § 2º do art. 4º da Lei nº 9.615/98. E, como remarca o Ministro do STF Célio Borja “*a rigidez normativa que ostentam os preceitos de nossa Constituição impõe ao Poder Judiciário, qualquer que seja a sede processual, que se recuse de aplicar leis ou atos estatais reputados em conflito com a Carta Federal*” (in RTJ, nº 140, RE 107.869).

Ainda no campo da ordenação constitucional brasileira, recolhe-se do art. 5º, inciso XXVIII, “a”, o destaque e o reconhecimento jurídico de que as “*atividades desportivas*” configuram-se como um campo específico, autônomo e dotado de peculiaridades que não se confundem, por exemplo, com a “*atividade intelectual, artística, científica e de comunicação*” a que alude o art. 5º, inciso IX da Constituição Federal. E mais, numa sociedade marcadamente globalizada onde há uma notória “*mundialização do desporto*”, as “*atividades desportivas*” têm uma multiplicidade de valências e de especificidades que se projetam nos domínios sociais, educacionais e econômicos, com uma pujança e uma transcendência sem paralelo.

É interessante ressaltar, também, que o acatado constitucionalista José Afonso da Silva, no seu livro "Ordenação Constitucional da Cultura" (Ed. Malheiros, S. Paulo, 2001), ao dissecar e interpretar, com profundidade, as normas constitucionais sobre a cultura, exaure o conteúdo e extensão jurídicas do "patrimônio cultural brasileiro" (pp. 100-118), trazendo centenas de exemplos, que variam da renda de bilro à literatura de cordel, do pato ao tucupi ao Carnaval, sem uma única referência a qualquer manifestação ou atividade desportiva, atestando que o desporto é matéria impertinente, estranha e alheia ao campo de incidência das normas sobre cultura.

Por outro prisma, desporto e carnaval, na concepção vesga de alguns, são manifestações equiparadas como símbolos maiores e mais significativos da identidade brasileira no exterior, e, por isso consideradas integrantes do "patrimônio cultural brasileiro", até porque, em tais eventos, coincidentemente, ocorre a venda de ingressos, a comercialização de direitos de transmissão por TV, milionários contratos de patrocínio, a par de exigir estádios ou sambódromos, onde haja segurança e higiene para o público, e, a cada ano, tais disputas até apontam os campeões e vices, além de adotar o sistema de acesso e decenso. Contudo, é importante atentar para duas diferenças básicas:

- a) o desporto goza de autonomia constitucional (art. 217, I), enquanto o carnaval não tem amparo nem sequer previsão expressa no texto constitucional;
- b) as entidades desportivas profissionais, na sua quase totalidade, não recebem dinheiro público, enquanto as escolas de samba e até trios elétricos, que nunca foram fiscalizados pelo Ministério Público, auferem incentivos fiscais, e, não raro, são ajudadas com verbas públicas provenientes de Estados para divulgar as suas peculiaridades culturais, até porque se quadram como "patrimônio cultural brasileiro", consoante se extrai do art. 216, III e IV da Carta Constitucional.

Neste diapasão, não se afigura excessivo dizer que, pessoas físicas ou jurídicas, partícipes do desporto profissional, não estão obrigadas a suportar constrações em sua liberdade ou propriedade que vulnerarem, agridam ou ofendam princípios constitucionais. Cabe, neste embalo, registrar que tanto os elaboradores da lei, quanto os seus aplicadores, não podem desviar-se dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição. Karl Larenz, nessa esteira, afirma: "*Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social: sua "função negativa" significa a rejeição de valores e normas que os contrariam*" (in "Derecho Justo", p. 33 *apud* Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno, p. 136).

Nesse passo, traz-se à colação a opinião de Gilberto Freyre que costumava dizer que os radicalismos faziam sucesso porque as pessoas têm preguiça de

refletir. Outrossim, adotar slogans e clichês tais como – *o futebol é patrimônio cultural do povo brasileiro* - é mais fácil do que pensar, daí porque não se sabe onde termina o acerto e começa o erro, sobretudo no futebol profissional, onde a paixão obscurece a razão, onde se mesclam o real e o simbólico, onde se confundem a ganância e a solidariedade e onde estão presentes o invisível e o previsível, para citar algumas ambivalências destacadas por Tostão, ou ainda, como escreveu Carlos Drummond de Andrade, “*para o diabo vai a razão quando o futebol entra no coração*”.

- a) A “forçada” e “engendradora” integração do desporto (e não apenas do futebol) como “patrimônio cultural brasileiro” atropela, de todo modo, a própria Constituição Federal, pois, o patrimônio cultural brasileiro (art. 216) não inclui nem poderia incluir o desporto que, topograficamente, consta de Seção diversa e de outro dispositivo (art. 217), evidenciando tratar-se de hipóteses inconfundíveis, distintas, apartadas e, juridicamente, inequiparáveis. Isto se comprova, igualmente, pelo art. 24, inciso IX da *Lex Legum*, que outorga à União competência para estabelecer normas gerais sobre “educação, *cultura*, ensino e *desporto*”. E, se isso fosse possível, o desporto passaria a ser o *acessório* e o patrimônio cultural brasileiro o *principal*, contrariando a própria Constituição Federal quando reconhece e convalida a existência da *Justiça Desportiva* (art. 217, §§ 1º e 2º), ao passo que, em nenhum momento, cogita da existência de uma *Justiça Cultural*. Outrossim, é patente que o Poder Legislativo, na lição do Min. Orosimbo Nonato, “*é um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável ainda aqui, a doutrina fecunda do détournment du pouvoir*” (RE nº 18.331). E dele não discrepa Caio Tácito, no artigo intitulado “O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais”, onde arrola várias outras decisões do Supremo Tribunal Federal que, unissonamente, apontam o desvio de poder como vício capaz de enodiar a atividade e a produção legislativa (*in RDA* nº 188, p. 1 e segs.);
- b) A injuridicidade da norma *sub examine* robustece-se, ainda mais, ao se verificar que a única alusão ao desporto feita na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, está no seu art. 5º, II, “d”, quando insere entre as funções institucionais do Ministério Público da União “*zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos*” ao “*desporto*”, como, por exemplo, a autonomia desportiva (art. 217, I) e “as manifestações desportivas de criação nacional” (art. 217, IV), previstas e asseguradas no mais elevado patamar normativo. E, para espancar qualquer dúvida, note-se que “patrimônio cultural brasileiro” configura-se com hipótese diversa, estampada no mesmo art. 5º III, “c” da referida Lei Complementar nº 75/93, onde se atribui ao MPU “a defesa dos bens e interesses do patrimônio cultural brasileiro”, vale dizer, sem albergar o desporto, como se deflui do art. 216 da Lei Maior do País.

c) Fosse insuficientes tais argumentos, remanesceria a confissão explícita do Poder Executivo Federal que tem a sua estrutura organizacional publicizada e disciplinada na Lei nº 10.683, de 28.05.2003, contemplando um Ministério do Esporte (art. 25, XI) e um Ministério da Cultura (art. 25, VI), tornando patente tratar-se de áreas que albergam pessoas, órgãos, orçamentos e atividades absolutamente diferenciadas a exigir cada uma, tratamento especial e específico, tanto que há um Conselho Nacional de Esporte (art. 29, XI da Lei nº 10.683/03) e um Conselho Nacional de Política Cultural (art. 29, VI da Lei nº 10.683/03), atestando, sem a mais mínima dúvida, estar-se diante de aspectos e realidades formais e materiais absolutamente inconfundíveis.

Olvidaram, ainda, apesar de sugerido pelo autor deste trabalho, de acrescentar ao ditame, aqui analisado, a garantia da extensão em prol dos entes desportivos dos benefícios das leis de incentivos fiscais para a cultura (Lei nº 8.313/91 e Lei nº 8.685/93), em face da "artificial e artificiosa" categorização do desporto como integrante do "patrimônio cultural brasileiro", o que implica, na prática, numa incoerência jurídica, a par de um tratamento inequitativo e discriminatório. Aliás, a concessão desses benefícios fiscais ao desporto teria um alcance sócio-educacional bem maior do que na esfera adstrita à cultura, configurando-se como um investimento inteligente e de retorno palpável, reduzindo a necessidade de mais leitos nos hospitais e mais cárceres nos presídios, não tendo e nem teria qualquer impacto negativo nas receitas da União.

Diante dos aspectos sinalados, é preciso deixar translúcido e aclarado que as muitas Ações Populares que tem sido ajuizadas contra organizações do desporto do País, especialmente na esfera do futebol profissional, regra geral, fundam-se no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, a saber:

"Art. 5º -

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao **patrimônio** histórico e **cultural**, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência."

Os argumentos centrais de tão esdrúxulas ações populares são retóricos, emocionais e sem qualquer respaldo jurídico, pois, fazem *tabula rasa* do art. 216, da Lex Magna, quando assinalam que "o orgulho do povo brasileiro de ser o país do futebol evidencia a força dessa modalidade desportiva na cultura nacional, daí porque, atentar contra o futebol brasileiro e sua organização é em última análise, afrontar o *patrimônio cultural do país*". Com efeito, a ação popular só é cabível quando se trata de ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, *latu sensu*, e, por explicitação constitucional, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao *patrimônio histórico e cultural*. Cumpre realçar, nesse passo, que

a Constituição Federal usou a expressão “patrimônio histórico e cultural”, o que é muito diferente de dizer-se “patrimônio histórico **ou** cultural”. Ou seja, as espécies patrimoniais ensejadoras de ação popular estão interligadas pela conjunção aditiva “e” (e não pela alternativa “ou”), donde se deduz que o objetivo do legislador constituinte foi o de estabelecer o liame e a vinculação estreita, detalhe que passa despercebido de muitos e que, neste particular, é esclarecedor para elidir erros processuais, alguns grosseiros, outros de má-fé.

Por outro lado, a Ação Popular só é remédio processual para promover a anulação de atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas ou de instituições ou fundações de qualquer natureza para cuja criação ou custeio concorra o **tesouro público**. Ou, como declarado na sentença da 15ª Vara Cível do Distrito Federal, na ação popular promovida pelo ex-Senador Geraldo Althoff contra a Confederação Brasileira de Futebol (Proc. nº 2003.01.1.055314-7), em inteira sintonia com a manifestação do Ministério Público da União que funcionou na referida demanda, *“apenas pode ser aviada a ação popular quando o ato tido como lesivo ao patrimônio público tenha partido de administração pública direta ou indireta, ou mesmo de entidade privada, contudo subvencionada pelos cofres públicos, o que não é o caso”*.

De fato, no caso, a CBF, do mesmo modo que os outros entes desportivos dirigentes e dirigidos têm natureza jurídica privada, foram constituídos com dinheiro privado, a maioria não recebe recursos públicos, *“não exercem função delegada pelo Poder Público, nem são consideradas autoridades públicas para os efeitos desta Lei”* (art. 82 da Lei nº 9.615/98) e, por isso mesmo, torna-se absolutamente ilegítima sua inclusão no polo passivo de tais ações populares. Agregue-se, por oportuno, que até mesmo na Espanha, onde a própria lei outorga às entidades desportivas dirigentes o “exercício delegado de funções públicas de caráter administrativo” (art. 30. 2. da Lei nº 10/1990), ou seja, atuando como agentes colaboradores da Administração Pública, a doutrina jus-desportiva, como González Grimaldo ao apontar que, em se tratando de entidades desportivas *“en ningún caso han justificado un intervencionismo estatal más allá de lo que significan la vigilancia y el control del destino de los fondos públicos”* (in “El Ordenamiento Jurídico del Deporte”, Madri, Civitas, 1974, pp.14-15). Similar conclusão é sustentada por Bañegil Espinosa ao admitir que havendo subvenções ou ajuda de verbas públicas *“estos mecanismos de intervención sobre lo dinero público son suficientes”* (in “El orden público deportivo, como límite a la autoregulacion em el movimiento deportivo”, artigo incluso em Justicia Deportiva, Navarra, Aranzadi, nº 2, 1996, p. 12 e 18). É curioso observar que tais posições doutrinárias estão confirmadas pelo Tribunal Supremo da Espanha, ao decidir que as entidades desportivas dirigentes (Federaciones) configuram-se como instituições privadas, e, muito embora *“desarrollen funciones públicas de carácter administrativo, como es el caso de servir de via para canalizar la asignación de subvenciones, fuera de cuyos campos actúan con plena autonomia”*. (conf. Iñaki Agirreazkuenaga, “Intervención Pública en el Deporte”, Madri, Civitas, 1998, p. 32)

Assim, sem o falso complexo apontado por Vicente Ráo de que "*a clareza tem o defeito de fazer parecer superficial*" e, procurando distinguir o real do ilusório, bem como o permanente do transitório com vistas a exorcisar a "estéril especulação" e as "conotações destorcidas" em derredor da temática, assinala-se que o vigente § 2º do art. 4º da Lei nº 9.615/98, com a dicção que lhe foi atribuída pela Lei nº 10.672/03, condensa vícios jurídicos formais e materiais que o tornam carente e despido da mais mínima constitucionalidade e consistência jurídicas. Ou seja, trata-se de um preceito aparentemente concorde com a Carta Magna, mas que, num exame das consequências que acarreta sua aplicação, constata-se que o seu significado real infringe e colide com a letra e com o espírito do Texto Constitucional.

Infere-se, então, que, paralelamente aos equívocos exegéticos destacados, são cristalinos os vícios jurídicos que contaminam o vigorante § 2º do art. 4º da Lei nº 9.615/98. Adite-se que tais defeitos congênitos aqui explicitados, decorreram, também, de decisões precipitadas e irrefletidas na apreciação da matéria pelas duas Casas Legislativas, levadas a fazer "acordos cogentes", por estarem pressionadas para desobstruir suas pautas trancadas em razão da perversa, abusiva, avassaladora e juridicamente inescrupulosa edição de



Município: espaço público ideal para a concretização da democracia participativa

Francisco Luciano Lima Rodrigues¹

Roberta Laena Costa Jucá²

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar ser o município o espaço público ideal para a efetivação de uma gestão democrática participativa. Para tanto, necessária se faz uma análise acerca da evolução da democracia, com destaque para a concepção da democracia participativa. Da mesma forma, mister seja realizado estudo sobre o município como espaço democrático

Palavras-chave

Democracia. Participação popular. Gestão Democrática. Princípio da Subsidiariedade. Município.

ABSTRACT

The present article aims to prove that the county is the ideal public space to achieve an effective participative democracy. Therefore, it is necessary to analyze democracy's evolution, emphasizing the concept of participative democracy. At the same time, it is also necessary to study the county as a democratic space.

Key-words

Democracy. Popular participation. Democratic administration

Considerações Iniciais

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Estágio de Pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal) – Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – Juiz de Direito no Ceará.

² Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – (UNIFOR) - Bolsista PROSUP/CAPES - Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Advogada – Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE – Membro do Instituto de Mediação e Arbitragem do Ceará - IMAC

Democracia é governo do povo. No entanto, não se pode reduzir a democracia a simples procedimentos, nem muito menos limitá-la a uma instituição. Seria, no pensamento de Alan Touraine¹, imaginada a democracia como uma força política que tem por objetivo a transformação do Estado de direito em um sentido que corresponda aos interesses dos dominados, ou seja, do povo.

A democracia seria, no exemplo moderno, exercida por uma representação eleita pelo povo e que fosse capaz de exprimir os desejos e anseios dos atores sociais. Assim, a idéia que prevalece no sentido de democracia é a de democracia representativa.

É fato é que esta idéia de representatividade está em crise, porque já não satisfaz os anseios populares. A complexidade da vida hodierna, decorrente da globalização e de seus efeitos nos setores econômicos, sociais e culturais, exige que sejam percorridos novos caminhos. Por isso, muito se fala em participação popular: a necessidade de se ter um governo, de fato, governado pelo povo começa a ser compreendida e reivindicada pelas sociedades, sendo, assim, pautada como prioridade da gestão pública. Se realmente concretizada, a democracia participativa pode simbolizar o início de novos tempos.

Nesse contexto, importante destacar a importância da esfera municipal para a efetivação da democracia participativa. Eis, então, o objeto desta pesquisa: destacar a cidade como local ideal para a concretização de um governo realmente democrático.

Primeiramente, faz-se uma rápida abordagem sobre a evolução da democracia, a fim de se chegar à democracia participativa, inclusive, em nível de Ordenamento Jurídico brasileiro. Em seguida, aborda-se o município com entidade federada, notadamente no que refere ao fato de ser ele o ente concreto, real, o espaço no qual os indivíduos vivem e podem exercer a cidadania.

1. Democracia: da forma clássica à democracia participativa

1.1. Evolução: concepções hegemônicas e contra-hegemônicas

Etimologicamente, democracia, do grego *demokratía*, quer dizer 'governo do povo'. Fundada na soberania popular e na separação de poderes, a democracia é o regime político do povo, pelo povo e para o povo.

Consolidada no final do século XVIII com o movimento constitucionalista e com surgimento do estado liberal, especialmente após a teoria de Rousseau, no século XX o conceito de democracia evoluiu do caráter formal – quando apenas servia de forma de sustentação e justificação de um governo – para o material – possibilitando sua realização prática.

¹ TOURAINE, Alan – *O que é democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, Petrópolis: Rio de Janeiro, Vozes, 1996.

Essas concepções democráticas são divididas por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer em hegemônicas e não-hegemônicas. As primeiras se traduzem nas formas tradicionais: a liberal-democracia e a democracia marxista; as segundas, por eles chamadas de concepções alternativas ou contra-hegemônicas, rompem com a ideologia clássica e consideram a democracia, assim como Habermas², uma gramática de organização social e da relação entre estado e sociedade. Dessa forma, o regime democrático deixa de ser uma mera construção teórica utilizada pelos governantes para legitimar o poder e passa a ser concebida como real possibilidade de inovação social.

Em relação às características das formas contra-hegemônicas de democracia, os mencionados autores abordam o princípio de deliberação amplo, preconizado por Habermas² e a importância dos movimentos societários para o exercício da cidadania. Considerando o cenário globalizado e a conseqüente complexidade dos problemas públicos, percebem, então, a necessidade de uma sociedade plural capaz de garantir meios efetivos de participação popular, ou seja, de uma re-inserção dos arranjos participativos no debate democrático.

Das conseqüências desse inovador modo de se pensar democracia, destacam os autores “a percepção da possibilidade da inovação, entendida como participação ampliada de atores sociais de diversos tipos de processo de tomadas de decisão”³, e concluem determinando a finalidade dessa nova concepção:

o objetivo é associar, ao processo de fortalecimento da democracia local, formas de renovação cultural associadas a uma nova institucionalidade política que recoloca na pauta democrática as questões da pluralidade cultural e da necessidade da inclusão social (2002:47).

1.2. Democracia Participativa e Gestão Democrática da Cidade na Ordem Jurídica brasileira¹

Reza a Constituição Federal de 1988, em seu art. art. 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Com isso, não é difícil compreender que o Estado brasileiro adota como princípio a soberania popular, ou seja, o povo é o titular do poder constituinte e elemento legitimador do Estado.

Dessa forma, a participação política é decorrência direta do Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição. Ademais, é também um direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, posto que reflete a dignidade humana e os valores da sociedade brasileira de hoje. Ao longo de todo o texto constitucional, podem ser encontradas diversas formas de participação direta dos cidadãos que confirmam o supramencionado. A título

²HABERMAS, J. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1 p.18.

³Op. cit. p. 26

de exemplificação, destacam-se os incisos XVIII (liberdade de associação e de auto-organização), XXXIV (direito de petição) e LXXIII (ação popular), do art. 5º, o art. 14 (plebiscito, referendo e iniciativa popular), art. 37, § 3º (formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta), art. 206 (gestão democrática do ensino) e art. 225 (dever da sociedade de preservar o meio ambiente).

A fim de demonstrar a participação popular como direito fundamental, Humberto Cunha⁴ assevera: “Não pode restar dúvida de que a participação popular é efetivamente um direito fundamental, tanto em forma, quanto em essência. Sua presença física esparrama-se em todo o corpo da Constituição...”

Nesse contexto, impende destacar a observação de Paulo Bonavides⁵ acerca da teoria da democracia participativa. Segundo ele, esta se confunde com a própria teoria material da Constituição, porque “sem cidadania não se governa e sem povo não se alcança a soberania legítima”, e, por isso, a teoria da Constituição não faz sentido se relegar os princípios da Nova Hermenêutica, pelos quais a Constituição deve ser aberta, inclusiva e pluralista, de forma a permitir a real e efetiva atuação do povo na vida pública.

Portanto, a participação política do povo é direito fundamental dos cidadãos e elemento concretizador da própria democracia. Isso significa que os cidadãos não são apenas expectadores, mas agentes ativos da gestão pública local, atores sociais com poder decisório.

Assim, Gilberto Nardi Fonseca esclarece que

a participação popular enquanto princípio constitucional é aquela participação do cidadão sem interesse individual imediato, tendo como objetivo o interesse comum, ou seja, é o direito de participação política, de decidir junto, de compartilhar a administração, opinar sobre as prioridades e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos⁶.

É essa participação, pois, que se julga fundamental para, parafraseando Boaventura de Sousa Santos, a democratização da democracia. Porque além de ser fundamental para a consolidação da verdadeira soberania popular, é imprescindível para o início da superação da forma representativa de governo. A esse respeito, André Franco Montoro afirma que a democracia tem de

¹ Inobstante o presente texto limitar a abordagem ao Ordenamento pátrio, interessante destacar a observação feita por Rubens Lyra de que a participação direta do povo está consolidada há mais de cinquenta anos na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos.

⁴ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A Participação Popular na formação da vontade do Estado: um direito fundamental. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 p.91.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.36

superar a mera representatividade e assegurar a participação direta de todos os interessados. Segundo ele,

*A participação organizada é progressiva da população é o caminho insubstituível para a formação de uma sociedade realmente democrática, em que a pessoa humana como fundamento e fim da vida social tenha sua dignidade respeitada*⁷.

É ainda o mencionado autor quem classifica as espécies de participação, com destaque para a participação política, no trabalho, no bairro etc. Em relação aos níveis de participação, são elencadas a participação na informação, no planejamento e na execução dos serviços e obras públicos, nas decisões políticas e na administração do governo⁸.

A essencialidade da participação popular para a concretização da democracia é ressaltada também por Luiz Paulo Vellozo Lucas⁹. Segundo ele, o planejamento estratégico da cidade se diferencia do tradicional justamente por ter um perfil democrático e inclusivo: "A visão estratégica parte do princípio de que não é apenas o Poder Público municipal que planeja. A participação da sociedade na concepção e execução do planejamento reforça a possibilidade de sucesso".

Partindo dessa perspectiva, e considerando a evolução histórica das cidades no Brasil, notadamente no que concerne ao planejamento urbano, ou melhor, à falta dele, a Lei federal nº 10.257/01 - o Estatuto da Cidade -, regulamentou a gestão democrática da cidade em seu capítulo IV.

De acordo com referido Estatuto, as cidades devem possuir órgãos colegiados de políticas urbanas que garantam a gestão democrática. Como instrumentos de participação a lei menciona consultas e audiências públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, debates, iniciativa popular de leis e orçamento participativo, programas e projetos de desenvolvimento urbano, dentre outros.

A relevância sócio-cultural da forma participativa de democracia merece uma reflexão na medida em que ao povo é dado o direito de participar do planejamento público e das decisões políticas de seu município, está-se contribuindo para o fim da cultura de privilégios, do personalismo, do clientelismo e do corporativismo que ainda predominam na gestão da coisa pública.

Nas palavras de Maria do Carmo Albuquerque:

⁶ FONSECA, Gilberto Nardi. A Gestão Democrática dos Municípios. In: *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*. Ano II, nº 20. Março 2003 p. 720.

⁷ MONTORO, André Franco. Descentralização e Participação: Importância do Município na Democracia. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999. p. 298.

⁸ Op. cit. p. 299

⁹ LUCAS, Luiz Paulo Vellozo. Planejamento Estratégico com participação. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999 p.60.

Outra questão relevante é avaliar a capacidade dessas práticas participativas de efetivamente melhorar as condições de vida da população, provocando uma real inversão de prioridades, sua capacidade de efetivamente democratizar a política, desprivatizando os processos de formulação e gestão de políticas públicas¹⁰.

Por fim, com o intuito de colaborar com o entendimento de que a democracia participativa é o futuro da democracia, pelo fato de que assim o povo exerceria o seu papel de soberano na escolha dos destinos da sociedade, exercendo de fato a cidadania que lhe é de direito, vale a pena trazer à colação o pensamento de Friedrich Muller ¹¹ quando ao discursar por ocasião do lançamento do livro *Quem é o povo?*, tece reflexões sobre a importância da democracia participativa como um “*quantum possibile*” de democracia para servir de oposição ao “*modelo excessivamente reducionista de democracia do (neo) liberalismo burguês*”, concluindo, por fim, com a seguinte afirmativa:

“ Não existe nenhuma democracia viva sem espaço público. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da população: “ A praça é do povo, como o céu é do condor ” (Castro Alves). Nele oscilam os processos informais de participação: para tornar o povo identificável, abrindo-lhe espaço para ele se crie – atuando em situações concretas, diante de problemas concretos.”

2. O município como espaço democrático

Município é a entidade política autônoma, integrante da Federação, que abrange um determinado espaço geográfico. Antes de 1988, o município não integrava o sistema federado. Com o advento da Constituição hoje vigente, a República brasileira é formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal. Ou seja, desde então, o município passou a integrar a Federação, e, conseqüentemente, a ter autonomia organizacional, administrativa e financeira.

Peculiaridade brasileira, a Federação que engloba municípios se justifica pela diversidade geográfica, cultural e econômica existente nas localidades do País. Apesar dos entendimentos contrários, é majoritário o posicionamento segundo o qual os municípios integram a Federação brasileira, possuindo a mesma autonomia que os Estados-membros .

Assim esclarece Hely Lopes Meirelles:

A Constituição da República arrola o Município como componente da Federação (arts. 1º e 18º), reconhecendo-lhes, agora expressamente,

¹⁰ ALBUQUERQUE, Maria do Carmo. Participação Cidadã nas Políticas Públicas. In: Participação Cidadã: novos conceitos e metodologias. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2004 p. 45

¹¹ Muller, Friedrich p. 132.

*a natureza de entidade estatal de terceiro grau, pela outorga de personalidade jurídica, governo próprio e competência normativa (...) É exatamente essa a condição que a Constituição confere aos Municípios, colocando-os em pé de igualdade com os Estados-membros*¹².

Como se disse, 1988 foi o marco da evolução municipal. Com autonomia, o governo local tornou-se importante instrumento de concretização das políticas públicas. Com essa descentralização do poder, o município despontou como ente mais adequado para o desenvolvimento de planos e projetos sociais, bem como para a participação popular e para o exercício da cidadania.

Ladislau Dowbor, ao analisar detalhadamente os problemas a serem enfrentados pelas cidades no século XXI, em razão dos efeitos da chamada globalização e das conseqüências do fracassado sistema capitalista, ressalta que “a cidade desponta como a unidade social básica da organização social” (1999:6). Para ele, não é utopia falar em gestão democrática, principalmente porque há no mundo cidades organizadas democraticamente, onde a população tem uma boa qualidade de vida em razão do equilíbrio entre os setores sociais e econômicos. Acrescenta referido autor que o espaço local é um espaço privilegiado:

*Assim, se no conjunto o equilíbrio a ser constituído entre mercado, Estado e sociedade civil deve buscar um reforço nos pólos enfraquecidos – Estado e sociedade civil-, assume um importante papel o município, o Poder local, onde a articulação entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil pode ser mais facilmente organizada. É no plano local que as políticas de saúde, de educação, de esportes, de cultura e outros podem ser articuladas em dinâmicas sinérgicas em torno da qualidade de vida do cidadão. (...) É também no plano local, onde os diversos atores sociais se conhecem, que as parcerias podem ser organizadas da maneira mais flexível*¹³.

Como se pode depreender das passagens supra, a esfera municipal é a que melhor viabiliza a gestão democrática. Entre os municipalistas, há consenso: o fato de a cidade propiciar a aproximação entre os indivíduos influi diretamente no aumento do índice de participação ativa cidadã e no sucesso de políticas públicas sociais. De fato, se é no município que eleitor tem contato direto com governantes e legisladores, o que lhes permite fiscalizar, exigir o cumprimento das propostas de campanha e denunciar irregularidades, é no município que

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001 p.130.

¹³ DOWBOR, Ladislau. O Poder Local diante dos novos desafios sociais. In: O município no século XXI: cenários e perspectivas. São Paulo: CEPAM, 1999 p.20.

o governo democrático tem mais chances de se realizar.

Outrossim, o espaço municipal e o diálogo com a população permitem uma percepção mais real das necessidades e das possíveis soluções por parte dos dirigentes. Por isso, acentua Rosa Maria Marques haver “um entendimento generalizado de que a proximidade confere maior capacidade de percepção dos problemas e maior agilidade para sua solução”. Mas, adverte referida autora:

*Nem sempre a descentralização significa a democratização do processo de decisão e controle. Para que isso ocorra, é absolutamente necessário que a comunidade esteja organizada de forma a efetivamente participar (...) A efetiva participação da comunidade nos rumos das políticas locais irá depender, sempre, do grau de organização e interesse construído por ela mesma no seu processo histórico*¹⁴.

Corroborando o acima afirmado, João Baptista Herkenhoff coloca o município como base da vida política:

*Poderíamos dizer que a cidadania, de certa forma, começa nos municípios. Nesse sentido: antes de ser um cidadão brasileiro consciente (...), a pessoa tem de ser um munícipe consciente. (...) Prefeitos e vereadores têm contacto direto e diuturno com o povo, bem mais que governadores e deputados estaduais e bem mais ainda que os titulares de funções públicas no plano federal. O povo pode exercer pressão direta sobre o poder público municipal. É muito mais fácil fiscalizar os titulares da função pública no plano municipal do que no plano estadual ou federal. (...) O aperfeiçoamento da Democracia exige o fortalecimento dos municípios, o aprimoramento da vida política municipal.*¹⁵.

Como se vê, a esfera local é sim o espaço público perfeito a efetivação de uma gestão democrática. A proximidade e o conhecimento da situação e das necessidades locais proporcionados pelo espaço municipal dão à população segurança e estímulo para as práticas participativas. A consequência é o aumento de chances de efetivação de uma gestão democrática inclusiva.

Nessa mesma linha, interessante abordar aqui a doutrina alemã acerca do princípio da subsidiariedade. No Brasil a respeito do princípio da subsidiariedade, assevera Baracho¹⁶ que tal princípio comportaria várias investigações, uma vez que não é bem conhecido e que a sua origem estaria ligada ao direito canônico, indicando, inclusive, a abordagem de tal princípio na Encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931 e que os ensinamentos da igreja teriam promovido um interesse

¹⁴ MARQUES, Rosa Maria. O lugar do município em tempos de globalização e questionamentos dos sistemas de proteção social centralizados. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999 p.109.

¹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania*. Manaus: Valer, 2000 p.189.

na ordem jurídica no sentido de procurar compreendê-lo e aplicá-lo a vários domínios do direito.

O princípio da subsidiariedade estaria, segundo Baracho¹⁷ ligado a existência do federalismo considerado componente essencial do governo democrático. Tomando como referência o Estado alemão, continua Baracho, seria o federalismo justificado por motivações de ordem racional, tendo como seus pontos essenciais, os seguintes: a) o federalismo preserva a diversidade histórica e a individualidade; b) facilita a proteção das minorias; c) aplica o princípio da subsidiariedade; d) o federalismo é um meio de proteção da liberdade; e) o federalismo encoraja e reforça a democracia, facilitando a participação democrática, f) a eficiência é, também, considerada como uma das razões que justificam o federalismo. Pode-se, a partir destas considerações, estabelecer o entendimento de que a aplicação do princípio da subsidiariedade favorece o implemento da federação em um Estado Democrático. Seria, assim, o federalismo a implementação do princípio da subsidiariedade na vida do Estado, ou, como afiança Baracho, o federalismo sendo a própria aplicação do princípio da subsidiariedade.

Considerando a relação existente entre o federalismo e o princípio da subsidiariedade, pode-se dizer que tal princípio teria uma ligação particular com um ente federado, no caso, o município na exata proporção em que este, como afirma Baracho¹⁸ seria o titular natural das competências locais por possibilitar a integração do indivíduo no corpo social municipal, forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado.

Seria, portanto, aplicável ao município as palavras de Stéphane Rials, citado por Baracho¹⁹ quando se refere ao princípio da subsidiariedade, ao afirmar que, tal princípio, se resume a uma idéia simples:

“as sociedades são subsidiárias em relação à pessoa, ao passo que a esfera pública é subsidiária em relação à esfera privada. Como colorário, não se deve transferir a uma sociedade maior aquilo que pode ser realizada por uma sociedade menor...”

Quanto à descentralização, afirma ser “um domínio predileto de aplicação do princípio da subsidiariedade” e “aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes”²⁰. Porque a descentralização é um estímulo à liberdade, à criatividade, às iniciativas, como ensina, e que

¹⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000 p.23.

¹⁷ Op. cit. p.43.

¹⁸ BARACHO. op. cit. p.32.

¹⁹ Loc. Cit

²⁰ Op. cit. p.31

o melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade ²¹.

Vale ressaltar, ainda, que o princípio da subsidiariedade desponta como solução viável para o estabelecimento de uma divisão de poderes mais democrática e da responsabilidade dos cidadãos pela coisa pública:

O princípio da subsidiariedade é considerado como instrumento utilizável pelos governantes, na procura de equilíbrios, necessários a redefinir as novas mudanças procuradas pela sociedade, na compreensão e efetivação de suas necessidades ²².

Ou ainda:

*Em termos de filosofia de ação, o homem individualmente considerado é responsável por seu próprio destino, dotado de capacidade para assumi-lo. A representação do interesse geral consubstancia-se na existência de uma sociedade política, com destino próprio, mas que deve assegurar as potencialidades dos entes e pessoas que a circundam*²³.

Dessa forma, vê-se que o princípio da subsidiariedade apresenta-se como mais um fundamento para a tese de que a esfera local é o espaço por excelência para a realização de práticas democráticas.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar os entraves existentes na órbita local que dificultam o desenvolvimento democrático dos municípios. Com efeito, a cultura corporativista, clientelista, e coronelista ainda está arraigada na alma das autoridades municipais. A regra ainda é o favorecimento pessoal, a confusão entre o público e o privado, e a propagação de políticas públicas influenciadas por interesses particulares. Infelizmente, essa ainda é a realidade a maioria dos municípios brasileiros.

Todavia, esses problemas não podem desestimular as tentativas de transformação. Principalmente, porque é no município que se deve começar a praticar essas ações alternativas, com vistas ao surgimento de uma nova cultura, porque a cidade é o único espaço no qual essa transformação pode ser real e democrática.

Nessa mesma linha, Regina Silva Pacheco, ao abordar a gestão estratégica do município, ressalta como maior desafio do poder local a realização conjunta da eficiência com a democracia participativa ²⁴. Ou seja, a gestão democrática da cidade é um imperativo dos novos tempos, de uma nova era na qual a Administração Pública deve superar a burocracia que ainda lhe permeia e

²¹ Op. cit. p.19

²² Op. cit p.59

²³ Baracho op. cit. p.59

²⁴ PACHECO, Regina Silva. *Administração Pública Gerencial: desafios e oportunidades para os municípios brasileiros*. In: O município no século XXI: cenários e perspectivas. São Paulo: CEPAM, 1999.

perquirir caminhos menos patrimonialistas e mais democráticos.

No que concerne ao argumento generalizado de que as ações locais são frágeis e incapazes de solucionar problemas complexos, o já citado Ladislau Dawbor destaca o fato de essas pequenas dinâmicas terem “um efeito organizador e estruturador sobre a base política do País, cidade por cidade, bairro por bairro”²⁵. A isso, acrescenta ele o efeito multiplicador de experiência realizadas em municípios, que rapidamente se tornam exemplo para outras localidades.

Assim, as mencionadas dificuldades não são argumentos para que se desacredite na viabilidade das gestões democráticas. Possuindo o município tantas características favoráveis à implementação de políticas participativas, que possibilitem a participação direta do povo, qualquer obstáculo – cultural ou não – deve ser combatido de todas as formas. O sonho de ser ter uma democracia realmente participativa vale o esforço.

Considerações finais

Gustavo Tavares da Silva sintetiza o que se procurou demonstrar no presente trabalho:

*O novo modelo de gestão do Estado depende de uma administração pública democrática e flexível, onde as decisões são descentralizadas numa dinâmica participativa. Esse processo de descentralização transfere para os municípios grande parte da responsabilidade pela solução dos problemas estruturais que dizem respeito aos serviços públicos essenciais. No novo cenário que se desenha, os municípios assumem uma importância cada vez maior; as cidades assumem um papel central na sociedade, e a construção da capacidade do governo local tornou-se fundamental*²⁶.

Ou seja, é fato que as cidades têm um grande potencial para o desenvolvimento de gestões participativas e que o sucesso de políticas inclusivas e realmente democráticas representam o maior desafio para o século XXI. Essa descentralização, além de fortalecer o poder local, favorece à participação direta dos cidadãos no governo, o que significa exercício da cidadania e realização prática da soberania popular, princípios constitucionais que fundamentam e legitimam o Estado Democrático de Direito.

Portanto, não resta dúvida quanto ao fato de ser o município o local mais viável para a efetivação de uma gestão democrática. E as dificuldades decorrentes da cultura que se tem hoje não podem ser empecilho para práticas participativas. Porque não se pode esperar que o povo esteja culturalmente preparado para a democracia participativa para que esta seja “implementada”; ao contrário, é com a própria realização da democracia participativa que o povo

²⁵ DOWBOR, Ladislau. O Poder Local diante dos novos desafios sociais. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999.

²⁶ SILVA, Gustavo Tavares da. Gestão Pública e Transformação Social no Brasil. In: *Participação Cidadã: novos conceitos e metodologias*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2004.

poderá evoluir para o nascimento de uma nova cultura.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Maria do Carmo. Participação Cidadã nas Políticas Públicas. In: *Participação Cidadã: novos conceitos e metodologias*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 8 ed.*, São Paulo: Riddeel, 2002.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A Participação Popular na formação da vontade do Estado: um direito fundamental. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- DOWBOR, Ladislau. O Poder Local diante dos novos desafios sociais. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999.
- FONSECA, Gilberto Nardi. A Gestão Democrática dos Municípios. In: *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*. Ano II, nº 20. Março 2003.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania*. Manaus: Valer, 2000.
- LUCAS, Luiz Paulo Vellozo. Planejamento Estratégico com participação. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999.
- MARQUES, Rosa Maria. O lugar do município em tempos de globalização e questionamentos dos sistemas de proteção social centralizados. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MONTORO, André Franco. Descentralização e Participação: Importância do Município na Democracia. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999.
- PACHECO, Regina Silva. Administração Pública Gerencial: *desafios e oportunidades para os municípios brasileiros*. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: CEPAM, 1999.



Norma: convergência entre Filosofia, Direito e Educação

*Raimundo Helio Leite*¹.

*Rui Verlaine Oliveira Moreira*¹.

RESUMO

Este artigo tem por base o capítulo oitavo da tese de doutorado do professor Raimundo Helio Leite, a qual teve como objeto de estudo a avaliação dos cursos de aperfeiçoamento e especialização ofertados pela Escola Superior de Magistratura do Ceará (ESMEC), no período de 1995 a 2002.

Nele, discute-se, num primeiro momento, o termo **norma** como conceito filosófico, tendo como fundamento as idéias de Edmund Husserl (1859-1938) e Jürgen Habermas (1929). No segundo momento, a dicção norma é enfocada como conceito jurídico geral, a partir de dois ângulos: o deontico e o axiológico. Esses dois termos são discutidos de forma a apresentar ao leitor uma compreensão dos mesmos no contexto deste ensaio.

A seguir, trata-se norma sob a perspectiva da avaliação educacional, e mostra-se que assume o caráter imputativo (deontico), quando se estabelece uma nota mínima para aprovação, ou consensual (axiológico), no caso da avaliação em que as pessoas envolvidas no processo de avaliação definem um programa de aprendizagem.

O artigo conclui que o termo *norma* serve de ponto de convergência entre Filosofia, Direito e Educação.

Palavras-chave

Filosofia. Educação. Norma. Deontologia e Axiologia.

ABSTRACT

This article is based on chapter eighth of Raimundo Helio Leite's doctoral thesis. The object of this thesis was the assessment of the improvement and specialization courses offered by Magistrate's School in the State of Ceará, during the period from 1995 to 2002. At the outside it is discussed the term "norm" as a philosophical concept, using as reference the ideas of Edmund

¹ Professor Doutor. Docente do Mestrado em Direito da UFC.

² Professor Doutor. Docente do Mestrado em Direito da UFC.

Husserl (1859-1938) and Jürgen Habermas (1929). Next the term “norm” was analyzed as a juridical concept seen from two different angles: the deontic and the axiologic. The two concepts were discussed to familiarize the reader with their use in the context of this article. Continuing, it is treated the concept of “norm” from a perspective of educational evaluation showing how it is assumed an **imputed character** (deontic) when the person evaluating insisted on a minimum score for as approval or classification in a **consensual case** (axiologic) of formative evaluation where a learning program is defined in an evaluation process. The article concludes showing how the term “norm” served as a point of convergence for philosophy, law and education.

Key-words

Philosophy. Education. Norm. Deontic. Axiologic

1. Introdução

Este artigo foi elaborado com base no capítulo oitavo da tese de doutorado do professor Raimundo Helio Leite, a qual objetivou avaliar os cursos de especialização e aperfeiçoamento, ministrados pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, no período de 1995 a 2002, para magistrados e advogados cearenses, na Escola Superior de Magistratura do Ceará (ESMEC).

Em virtude de parte das reflexões deste artigo se encontrarem no capítulo aludido da tese, apresenta-se, inicialmente, breve esboço dos capítulos anteriores, a fim de oferecer aos leitores o contexto mais amplo em que a identificação do termo *norma* foi feita.

A tese é fruto de estudos teóricos sobre a fenomenologia de Edmund Husserl e de sua aplicação aos dados empíricos colhidos.

Os motivos da escolha da fenomenologia husserliana, como eixo teórico, são explicitados no capítulo terceiro. Aí, aborda-se o nascimento das ciências do espírito, como novo enfoque metodológico para as ciências humanas, em contrapartida ao método utilizado nas ciências naturais, e faz-se a apresentação dos fundamentos teóricos da fenomenologia de Edmund Husserl, que surgiu como ciência nova e como um novo método filosófico para se conhecer a realidade.

A elaboração teórica da fenomenologia husserliana, acompanhada ao longo de algumas obras básicas, constitui-se como método, desenvolvido no capítulo quarto.

O capítulo quinto trata do método fenomenológico e dos seus elementos metodológicos auxiliares. O conceito de redução fenomenológica é exaustivamente discutido. Com a *epoché* (dúvida em grego), Husserl exercita três momentos em seu processo investigativo: no primeiro, ele põe o conhecimento entre parênteses; no segundo, promove uma **redução eidética** que visa a descobrir o perfil (*eidós*) encontrados nos dados analisados e, por último, realiza a redução transcendental em busca da essência pura do fenômeno observado. Embora a tese seja um estudo predominantemente qualitativo, alguns cuidados de natureza metodológica não foram desprezados. Em decorrência disso, no estudo estão definidas a população formada por 522 sujeitos, e a amostra de 60

alunos que participaram da pesquisa, representando 11,40% do total de alunos, retirada proporcionalmente ao tamanho de cada turma, com a aplicação do assim chamado critério de *saturação*, ou seja, a incidência repetida e exaustiva dos aspectos de interesse para a pesquisa. Faz-se também descrição exaustiva do universo pesquisado, ao mesmo tempo que se mostra como a investigação de campo levou em conta a opinião dos alunos de cada turma.

A descrição empírica dos dados é feita no capítulo sexto. Mostram-se os saberes, fazeres e as avaliações que os alunos revelam nas entrevistas. Merece destaque a visão que os magistrados têm de si mesmos, em que se destacam as dimensões humana e técnica.

O capítulo sétimo contém a **redução eidética**. Diferentemente da anterior, que descreve apenas as falas dos depoentes, esta procura identificar a essência dos elementos comuns aos cursos. As formas de conhecimento reveladas nas entrevistas são analisadas à luz dos princípios da teoria husserliana, considerada como *teoria elucidativa do conhecimento*.

O desocultamento da essência do fenômeno estudado ocorre no capítulo oitavo, utilizando-se a **redução transcendental**. A redução final das falas mostra dois resultados interessantes: o primeiro é a existência de um núcleo de sugestões, avaliações e julgamentos sobre os cursos; o segundo é a revelação da **qüididade** do magistrado.

O primeiro resultado constitui o núcleo de interesse deste artigo. Verificou-se que ele satisfaz aos critérios adotados por Edmund Husserl para a caracterização de **norma**, sob o ponto de vista filosófico. Fez-se, então, breve estudo do conceito sobre **norma**, considerada sob o ângulo jurídico, destacando-se os aspectos **deontico** e **axiológico**, constatando-se que a noção husserliana se aproxima da visão axiológica jurídica. Ao aplicar as idéias husserliana e de Direito sobre **norma**, concluiu-se que elas também se aplicam à área de educação, o que mostra ligação epistemológica entre esses ramos do conhecimento humano.

2. Norma como conceito filosófico

As avaliações dos depoentes sobre os cursos formaram significativo conjunto de proposições com teores envolvendo as noções de **bom**, **ruim**, **fraco** e outros elementos avaliativos. Na linguagem husserliana, a fixação de tipo de conteúdos, em sentido amplo, é chamada de *norma*. No caso deste ensaio, assegura-se que o conjunto de normas define os aspectos de interesse do estudo, ou, caso se queira dizer de outro modo, demarca o conjunto de **normas avaliativas** sugeridas pelos alunos dos cursos de aperfeiçoamento e especialização estudados. Essa interpretação encontra suporte teórico em Husserl¹:

¹HUSSERL, E. *Logical Investigations*. London: Routledge, 2001, v.1. p.36.

*[...] se o conteúdo constitutivo do que deve ser considerado como bom ou ruim é fixado, pode-se perguntar o que numa **avaliação comparativa**, contará, constitutivamente, como **melhor** ou **pior** e, além disso, o que está mais perto e mais longe, as condições necessárias e suficientes para os predicados relativos, subjacentes aos conteúdos [...]. A proposição normativa que exige dos objetos de uma esfera, a partir da qual eles podem ser medidos em seus elementos constitutivos, seu maior valor predicativo, na maior extensão possível, pode ser chamada a norma básica.*

Por se tratar de estudo de natureza fenomenológica, não foi objetivo da tese avaliar ou comparar gradações existentes entre as valorações e avaliações dos alunos. Interessava sim caracterizar, sob o ponto de vista teórico, os achados gerais da pesquisa como uma *norma*, o que pôde ser feito a partir das idéias de Husserl. Com efeito, segundo o excerto, pode-se até mesmo criar uma “norma básica”.

A essência constitutiva de que se compõe o fenômeno estudado na tese de doutorado é formada por **valores predicativos**. Portanto, esses valores podem ser considerados como *norma* na visão husserliana. Apoio para essa visão de *norma* pode ser encontrado em Jürgen Habermas:

[...] Princípios ou normas mais elevados, em cuja luz podem ser justificadas, possuem sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico [...] Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim ².

Esse texto envolve duas idéias sobre a dicção *norma*. A primeira traduz a noção jurídica: uma norma deve ser obedecida sob pena da aplicação de sanção para quem a desobedecer. São exemplos disso: a prisão por causar a morte voluntária ou involuntária de outrem e a aplicação de uma multa por avanço de sinal de trânsito; a outra envolve valores e teleologia, como revelado pelas entrevistas. Portanto, o conjunto formado de sugestões e avaliações feitas pelos participantes dos cursos pode ser caracterizado como uma *norma*, visto que originário de uma comunidade de pessoas que visaram a um mesmo fim: melhorar sua qualificação profissional. Essas sugestões se caracterizam como teleologia, ou mesmo como axiologia, na medida em que os dirigentes da ESMEC e da Faculdade de Direito não serão punidos se deixarem de pô-las em prática. Nessa perspectiva, podem ser consideradas como normas as regras de convivência social e de comunicação, como as adotadas pelos internautas que

²HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.36

utilizam a *Internet*.

Esse tema será abordado a seguir, sob o ponto de vista jurídico.

3. Norma como conceito jurídico geral

Há outra visão do termo *norma* que é enfocada sob o aspecto deontológico e axiológico, servindo de apoio a este ensaio. Alexv (3, p.145) apresenta uma

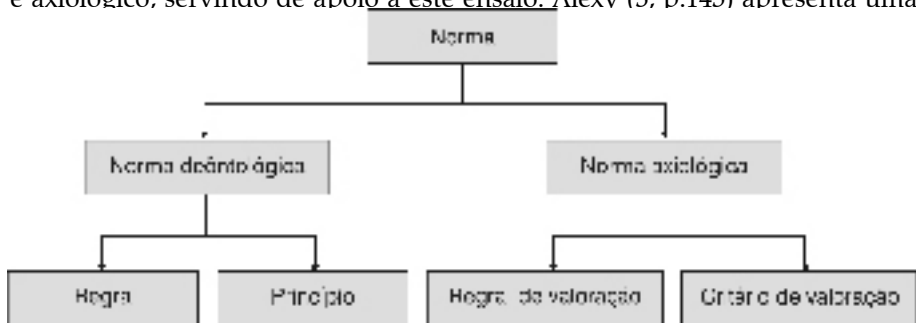


Ilustração 1: Tipos de norma

Neste contexto são necessários alguns esclarecimentos conceituais: norma, ética, moral, axiologia e deontologia. Isto torna-se hoje em dia necessário porque vivencia-se uma ausência de referenciais tradicionais; é a “era do vazio” ético de que fala Gilles Lipovetsky³, quando os fundamentos habituais, ontológicos, metafísicos de ética pura ou aplicada desapareceram. Esta crise de fundamentos, além de atingir a filosofia, a ciência, afeta também o direito. As ações do homem se mostram cheias de perigos e riscos; o homem está inserido no niilismo. É a advertência de Hans Jonas:

[...] agora estremeçemos no desnudamento de um niilismo, no qual o maior dos poderes se acopla com o maior vazio, a maior capacidade com o menor saber devido ao que é bom ⁴.

O termo *norma*, derivado do latim passaria a significar “regra, preceito, lei ou qualquer tipo ou modelo paradigmático de ação que se deve seguir ou a que se deve obedecer”. A norma é jurídica imposta e sancionada obrigatoriamente pelo Direito. Neste caso, o Direito é sempre determinado onticamente, “direito positivo, ou seja, estatuído e garantido pelo Estado ou qualquer outro organismo

³ LIPOVETSKY, Gilles. *O crepúsculo do dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2004 p. 16-17.

⁴ JONAS, Hans. *Le principe responsabilité*. Paris: Cerf, 1998 p.60.

⁵ Jonas Hans. cit p. 1176-11798.

equivalente com poder de mandar”⁵.

Há que se fazer logo a distinção entre ética e moral. A primeira sinaliza uma de conduta, os juízos de bem e de mal, o conjunto de regras próprias de uma cultura. A ética é uma metamoral, uma doutrina que se acha além da moral, no plano ontológico; pretende elaborar uma teoria raciocinada sobre o bem e o mal, sobre os valores e os juízos morais, constitui-se em axiologia, reforçando a teleologia.

A moral, referida ao âmbito ôntico, exige da ética um reforço para ir até os fundamentos ocultos da obrigação, do dever. Aqui, mais uma vez, Lipovetsky põe a obrigação de uma ordem “completamente outra”, expressando-se da seguinte forma.

[...] as nossas sociedades liquidaram todos os valores sacrificiais, quer sejam determinados pela outra vida ou por finalidades profanas, a cultura quotidiana deixou de ser irrigada pelos imperativos hiperbólicos do dever e passou a sê-lo pelo bem-estar e pela dinâmica dos direitos subjetivos, deixamos de reconhecer a obrigação de nos ligarmos a qualquer coisa para além de nós próprios [...] as democracias vacilaram na sua implementação além-dever, organizam-se não ‘sem-fé nem lei’ mas segundo uma ética fraca e minimal, “ sem obrigação nem sanção”; a marcha da história moderna deu azo à formação de um tipo inédito: as sociedades pós-moralistas”⁶.

A deontologia, cuja etimologia remonta à língua grega, *deon* (o que é preciso fazer) parece trazer para o plano ôntico a ética que pertence ao âmbito ontológico.

O deontologismo, surgido no fim do século XIX e começo do século XX, é a doutrina segundo a qual moralidade e ética consistem em agir como se deve, sem consideração do útil ou do bem.

É preciso, como diz Ricoeur “submeter a intenção ética à prova da norma”. Constitui-se “uma ética enriquecida pela passagem pela norma e inscrita no juízo moral em situação”⁷.

Há que destacar que amiúde a ética se confunde com um conjunto de regras. Para ilustrar esta ambigüidade, fala-se hoje em “ética dos negócios” ou uma “ética da mídia”, éticas cuja significação parece bem pouco teórica; são éticas práticas próximas da deontologia.

Na contemporaneidade, a comunicação assume um lugar de destaque, marcando o que se veio a chamar “reviravolta lingüística”: uma mudança de

⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *O crepúsculo do dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2004 p16-17.

⁷ RICOEUR, P. *Leituras 1: em torno ao político*. São Paulo: Loyola, p.165.

paradigma, uma passagem – a de uma filosofia da consciência a uma teoria centrada na linguagem e nos signos lingüísticos.

É no princípio de comunicação, na linguagem, na intercompreensão, que Habermas vai descobrir o solo da ética. A racionalidade comunicativa busca o entendimento entre os sujeitos que agem em vista da intercompreensão. É aqui que a moral encontra seu princípio. Toda comunicação se torna, efetivamente, “normativa”. A razão comunicativa, procedendo por intermédio de regras transparentes e imparciais, se refere a normas de valores universais (universalização) do discurso que permite chegar ao campo ético.

Habermas, na busca do consenso, elabora uma “pragmática universal” que “visa esclarecer as condições que geralmente precisam ser satisfeitas em quaisquer ações comunicativas na linguagem natural”⁸.

Ainda a respeito do conceito norma, Habermas traz algumas considerações:

[...] o mundo das normas, graças às pretensões de validade normativas nele inseridas, tem [...] uma espécie singular de objetividade [...] as entidades feitas são independentes [...] de tudo aquilo que atribuímos ao mundo social na atitude de conformidade às normas [...] as normas dependem de que as relações interpessoais ordenadas de maneira legítima não cessem de ser reproduzidas. [...] É a esse entrelaçamento de pretensões de validade [...] que também se vincula a caráter ambíguo da validade deôntica”⁹.

Com isso, podemos concluir que a norma se encontra no plano ôntico (disciplinador da conduta humana, nível da moralidade) e vinculada essencialmente à ontologia, plano ontológico dos valores, de universalidade, de eticidade. Portanto, os depoimentos, fornecidos pelos entrevistados, enquadram-se como **normas axiológicas**, em virtude de se tratarem de critérios ou regras de valor pessoal acerca dos elementos envolvidos nos cursos. As sugestões e opiniões sobre os cursos visam à melhoria da formação profissional dos depoentes, não tendo poder de aplicação imediata ou compulsória. Trata-se de valores expressos por uma comunidade de profissionais cujos interesses convergem para a mesma finalidade: aplicar a justiça. Nessa perspectiva, as sugestões, avaliações e julgamentos se aproximam das idéias expostas.

4. A noção de norma em avaliação educacional

Esta seção apresenta a discussão sobre o termo *norma*, usado no sentido de avaliação ou de julgamento, sob o ponto de vista educacional.

A dicção norma pode ser usada para significar a forma como se deve corrigir um teste ou um conjunto de medidas tomadas em um ajuntamento

⁸ HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989 p48.

⁹ Op. cit p.82.

de pessoas que servem de referência para a comparação, em relação às medidas coletadas em outro grupo com características semelhantes. Nesse sentido, a *norma* serve para comparar resultados. Esse tipo de avaliação é utilizado por instituições que trabalham com avaliação de grandes populações como empresas que realizam concursos, instituições que realizam avaliações independentes e universidades. Essa concepção de norma tem como base o emprego de **critérios ou padrões que devem ser atendidos**, e é empregada em situações de **classificação** e **seleção** de grupo, com, por exemplo, vestibulares envolvendo várias instituições. Isso significa dizer que, quem não atinge o critério estabelecido, não é **aprovado** ou **classificado**. Por outras palavras, há uma punição ou sanção, isto é, a reprovação ou a não classificação. Nesse sentido, a norma educacional pode ser considerada **deontica, na medida em que há um algo a ser feito ou atingido**.

Esse tipo de avaliação pode ocorrer no sistema escolar ou em situações de sala de aula. Ao estabelecer a nota 7, numa escala de 0 a 10, como nota mínima para aprovação, o professor toma essa nota como padrão mínimo que passa a ser um critério imposto, que tem que ser cumprido.

Esse tipo de norma tem por base o **paradigma quantitativo**, positivista, que subentende que a nota numérica representa a aprendizagem do aluno. Portanto, esse paradigma considera a norma educacional como um indicador impositivo, isto é, **deontico**.

A outra concepção de avaliação é a **avaliação formativa**, desenvolvida por Scriven¹⁰ (9, 1967). Como não é objetivo deste ensaio aprofundar o conceito de avaliação formativa, mas apenas verificar em que grau ele contempla ou não a idéia de norma, serão discutidas algumas formulações dessa corrente de avaliação. De acordo com Perrenoud (9, p.77-78)¹¹

Ela se situa como alternativa à avaliação impositiva, visto que propõe uma “regulação da aprendizagem”, isto é, um processo em que professor e aluno tomam parte, tanto no estabelecimento das estratégias que devem ser desenvolvidas, como na determinação do nível de aprendizagem que o aluno pretende atingir. É interessante observar que se pode substituir a expressão *avaliação formativa* por observação formativa, com base na argumentação de Perrenoud:

[...] melhor seria falar de observação formativa do que de avaliação, tão associada está esta última palavra à medida, às classificações, aos boletins escolares, à idéia de informações codificáveis, transmissíveis, que contabilizam os conhecimentos. Observar é

¹⁰ SCRIVEN, M. The methodology of evaluation. In: STAKE, R (dir.). *Perspectives of curriculum evaluation*. Chicago: Rand McNally, 1967.

¹¹ PERRENOUD, P. *Avaliação: da excelência à Regulação das aprendizagens -Entre duas lógicas*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p.7778

construir uma representação realista das aprendizagens, de suas condições, de suas modalidades, de seus mecanismos, de seus resultados [...] a observação formativa pode ser instrumentada, ou puramente intuitiva, aprofundada ou superficial, deliberada ou acidental, quantitativa ou qualitativa, longo ou curta, original ou banal, rigorosa ou aproximativa, pontual ou sistemática (10, p.104).

Como se lê no excerto, seu autor abre perspectiva para se trabalhar a avaliação escolar de forma ampla, sem levar em conta padrões a serem atingidos. Importa construir a aprendizagem do aluno, não impô-la. O realismo da situação de aprendizagem é que conta. Trata-se, portanto, de princípios de valor aplicados à avaliação.

Outro termo ligado a essa corrente de avaliação é **arranjo**. Leia-se sobre ele, o que esclarece Merle¹³:

[...] O julgamento é a aposição de uma sentença. por uma pessoa ou várias pessoas com condição e habilitação para pronunciá-lo [...] lembra, de maneira inevitável, o poder do juiz. O arranjo, ao contrário, ocorre principalmente a partir de uma negociação entre duas ou várias pessoas que realizam uma transação amigável em proveito das partes envolvidas [...] (11, p.33; fez-se a tradução).

O texto formula com pertinência as idéias de **norma deontica**, quando refere ao “poder do juiz” associado a julgamento e penalização, e de **norma axiológica** quando menciona “negociação”, “transição amigável”. Esclareça-se que a negociação mencionada no texto envolve, de modo geral, o professor, o aluno e sua família, ou seja, as pessoas que irão vivenciar todo um processo de aprendizagem., para, durante o processo, propor mudanças e ajustes. Em outras palavras, definir um *arranjo*, pactuar uma *norma* para a conduta do grupo na experiência de aprendizagem.

Essa idéia de arranjo pode resultar num *contrato pedagógico*, pactuado e não imposto, entre os atores envolvidos num processo de ensino e aprendizagem, que dever ser cumprido por todos, na medida em que foi consensualmente definido. Portanto, tanto o *arranjo*, quanto o *contrato pedagógico* podem ser considerados como **normas axiológicas**.

5. Conclusão

A discussão precedente abordou o termo norma em três áreas: Filosofia,

¹² Op. cit p. 104

¹³ MERLE, P. L'évaluation des élèves: *Enquete sur le jugement professoral*. Paris: PUF, 1996 p33.

Direito e Educação. A primeira abordagem teve como apoio as idéias de Edmund Husserl. Esse autor caracterizou norma como um conjunto de valores.

Na área jurídica deu-se o enfoque de norma sob os aspectos deontológico e axiológico, enquanto na área da avaliação educacional, mostrou-se que coexistem linhas de trabalho que praticam a avaliação dando ênfase a aspectos punitivos (reprovação), enquanto outras adotam o diálogo, a negociação e o compromisso pactuado do grupo de aprendizagem.

Ao se comparar os aspectos constitutivos do termo *normas*, chegou-se ao entendimento de que eles são comuns às áreas do pensar filosófico, do agir jurídico e do avaliar. Configura-se, dessa forma, a ligação epistemológica que o termo norma proporciona entre Filosofia, Direito e Educação.

6. Referências bibliográficas

HUSSERL, E. *Logical Investigations*. London: Routledge, 2001, v.1.

HABERMAS, J. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. *O crepúsculo do dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2004.

JONAS, Hans. *Le príncipe responsabilité*. Paris: Cerf, 1998.

MONCADA, L. Cabral de. *Norma jurídica*. In: LOGOS-. *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa, São Paulo, 1994. v.3.

HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

RICOEUR, P. *Leituras 1: em torno ao político*. São Paulo: Loyola.



O conteúdo essencial dos direitos fundamentais no direito comparado

Ana Maria D'Ávila Lopes

RESUMO

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi criada com a finalidade de evitar que um direito fundamental seja desnaturalizado ou fique desprotegido após a atividade reguladora do Poder Legislativo. É uma garantia que tem sua origem na Alemanha, mas que hoje está também presente no direito espanhol. Nesse sentido, o artigo analisa como a garantia do conteúdo essencial tem sido prevista nesses dois ordenamentos jurídicos, salientando suas diferenças e semelhanças, como forma de contribuir na sua compreensão e possível incorporação no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave

Conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Direito constitucional espanhol. Direito constitucional alemão

ABSTRACT

The writ to protect the essential content of fundamental rights was created with the purpose to avoid that a fundamental right could lose its essence or become without protection as a consequence of the regulatory activity of the Legislative Power. The writ was created in Germany, but today it also exists in Spain. Therefore, this article has the objective of analyzing how the writ of essential content of fundamental rights was established in both juridical systems; emphasizing their differences and similarities, as a contribution to its comprehension and possible incorporation to Brazilian law system.

Key-words

Essential content of fundamental rights. Spanish constitutional law. German constitutional law

¹Doutora em Direito Constitucional pela UFMG Professora do Mestrado em Direito da UFC

1. Introdução

A natureza principiológica¹ dos direitos fundamentais, que os caracteriza como semântica e estruturalmente abertos, exige, na maioria das vezes, sua concretização via normas infraconstitucionais, o que provoca a imposição de diversos limites ao exercício desses direitos. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo evitando excessos que possam desnaturalizar o conteúdo essencial desses direitos.

Em razão da sua importância e eficácia na defesa dos direitos fundamentais, a garantia do conteúdo essencial foi pacificamente incorporada em diversos ordenamentos jurídicos europeus. Dentre eles, mencionam-se o sistema alemão e o espanhol, os quais apresentam algumas particularidades importantes.

2. A garantia do conteúdo essencial no direito alemão e no direito espanhol

O primeiro aspecto, e talvez o principal a ressaltar, é a diferença existente entre o ordenamento alemão e o espanhol a respeito da finalidade da garantia. Assim, enquanto o artigo 19.2² da Lei Fundamental de Bonn estabelece como limite específico à **restrição** de um direito fundamental o respeito à sua essência, o artigo 53³ do texto constitucional espanhol prescreve o conteúdo essencial como limite ao poder de **regular** qualquer direito fundamental. Observe-se que, na Alemanha, resulta duvidoso determinar se a garantia do conteúdo essencial atua apenas na atividade restritiva de um direito fundamental ou também sobre qualquer atividade normativa que lhe seja referente. Contrariamente, na Espanha, o respeito ao conteúdo essencial é claramente exigido em todos os casos em que se regule ou restrinja um direito fundamental.

Outro aspecto importante que diferencia os sistemas espanhol e alemão refere-se à maneira como o conteúdo essencial é determinado. Na doutrina, em geral, existe uma profunda dissensão sobre o conceito e a determinação do conteúdo essencial, o que, ainda assim, não diminui a importância da garantia na defesa dos direitos fundamentais, mas apenas mostra até que ponto o tema pode ser conflitivo, exigindo do Tribunal Constitucional a enorme responsabilidade da determinação e proteção do conteúdo essencial.

O problema da imprecisão do conceito de conteúdo essencial resolve-se, precisamente, por meio do controle de constitucionalidade da lei reguladora do direito fundamental. É o Tribunal Constitucional, pois, quem decide quais são as convicções generalizáveis, quais são os interesses protegidos e quais são as

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

faculdades que fazem um direito recognoscível como tal⁴. Desse modo, será o Tribunal Constitucional quem deverá escolher entre o método da determinação geral e abstrata do conteúdo essencial ou o método da determinação específica de seu sentido em cada caso concreto. O Tribunal alemão tem adotado o primeiro método, enquanto que o Tribunal espanhol tem acolhido um método híbrido, consistente na adoção original da determinação geral e abstrata do conteúdo essencial, mas levando em consideração sua particular aplicação no caso concreto.

Por outro lado, na Alemanha, a incorporação da garantia do conteúdo essencial foi consequência da negativa experiência vivida durante a vigência da Constituição de Weimar de 1919, quando não foi possível evitar os excessos cometidos pelo Poder Legislativo no referente à regulação dos direitos fundamentais, provocando a desconfiança nas funções do legislador ordinário e motivando a necessidade da incorporação de uma garantia que especificamente resolvesse esse problema. Desse modo, incorporou-se na Lei Fundamental de Bonn de 1949 o artigo 19, proibindo ao legislador efetuar qualquer alteração restritiva ao conteúdo essencial (*wesensgehalt*) dos direitos fundamentais.

Essa inovação, segundo explica Stern⁵, já antes fora utilizada por Carl Schmitt no referente ao conteúdo central da Constituição e das garantias institucionais. Nessa época, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais era definido com base nas propriedades decorrentes da sua substância básica - núcleo essencial -, isto é, das características que os distinguiam como tais, não se aplicando a propriedades incidentais ou ocasionais⁶.

Observe-se, pois, que, inicialmente, o ordenamento alemão adotou a teoria absoluta do conteúdo essencial, por meio da qual tentou reconstruir um âmbito no qual o titular de um direito fundamental pudesse decidir sobre o exercício e conteúdo desse direito e que, simultaneamente, esse âmbito estivesse excluído de qualquer possível regulação normativa, o que lembra à concepção jusnaturalista do Direito. Para a determinação desse âmbito, utilizaram-se

² Art. 19 da Lei Fundamental de Bonn:

"1. cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso en concreto y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental.
= (...)"

³ Art. 53 da Constituição da Espanha:

"1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

(...)"

⁴ GAVARA CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1994. p. 355.

dois critérios: o primeiro foi o conceito de liberdade ativa, concebido como a determinação de um espaço no qual o titular do direito adota suas próprias decisões, conforme a teoria do *status* de Jellinek⁷; o segundo critério, consistiu em distinguir, dentro do conteúdo de um direito, um âmbito interno e outro externo, o que remete à teoria schmittiana da garantia institucional e do núcleo de um direito, admitindo apenas a eventual afetação do âmbito externo de um direito fundamental.

No entanto, as críticas e os problemas decorrentes da adoção desses critérios não tardaram a aparecer. Assim, sobre a adoção da visão de Jellinek, afirmou-se que:

- a) a ausência da exigência do princípio de reserva de lei para regular certos direitos fundamentais não pode ser considerada como equivalente a um âmbito no qual está excluída a regulação estatal. O Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, admitiu que o Poder Legislativo estabelecesse limites externos a esses direitos, com base na proteção dos direitos fundamentais de terceiros pessoas e de bens jurídicos de interesse geral;
- b) em alguns direitos não é possível determinar o conteúdo essencial identificado com o âmbito de decisão do titular sobre o objeto do direito, visto que alguns direitos fundamentais estruturam-se:
 - em forma de proibição concretizada em uma obrigação do destinatário, da qual não decorre um âmbito de decisão do titular, mas um âmbito de abstenção do destinatário;
 - em forma de proibição de afetação de bem jurídico protegido pelo direito fundamental;
 - como uma declaração de inviolabilidade equivalente a uma proibição de ações ilegais por parte do destinatário do direito fundamental.
- c) nos direitos fundamentais, com maior repercussão social, também não é possível determinar o conteúdo essencial absoluto em razão da sua tendência em provocar conflitos com direitos de terceiros pessoas ou bens jurídicos de interesse geral.

Já as críticas sobre o critério de definir o conteúdo essencial como expressão de um núcleo substancial podem resumir-se nas seguintes:

- a) uma norma sobre direito fundamental pode ser declarada inconstitucional sem a necessidade de se recorrer à idéia do núcleo essencial;

⁵ STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 248.

⁶ GAVARA DE CARA, J. op. cit. p. 212.

⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

- b) a violação ao núcleo essencial exige a sua reconstrução mediante a utilização de critérios extraconstitucionais para a determinação do tipo, identidade e função dos direitos fundamentais; o problema é que essa reconstrução realiza-se simultaneamente com o controle de constitucionalidade, perdendo sua objetividade;
- c) a consideração da existência de um núcleo e de uma parte periférica implica excluir do controle de constitucionalidade a parte periférica ou acidental do direito, com o qual, o objeto do controle se reduz a apenas a uma parte da disposição constitucional.

Na atualidade, o controle da constitucionalidade de lei reguladora de direito fundamental inicia-se com a determinação da incidência da lei nos elementos configuradores do direito, isto é, a incidência em relação ao titular, destinatário e objeto do direito fundamental. Para controlar a incidência em relação ao titular, recorre-se ao princípio de igualdade. No caso de incidência no destinatário e no objeto, resulta útil a proibição da arbitrariedade, que se configura na falta de uma justificação objetiva para a afetação do direito. Paralelamente, analisa-se se o Poder Legislativo tem realizado sua atividade reguladora cumprindo os requisitos exigidos pelo princípio de legalidade em matéria de direitos fundamentais. A constatação da extralimitação na competência material implica sua inconstitucionalidade. Posteriormente, passa-se à determinação do conteúdo essencial, o que é realizado por meio dois mecanismos:

O primeiro mecanismo pode ser analisado com base em três elementos:

- a) o critério de identificação: consiste em considerar a natureza jurídica do direito fundamental como equivalente à forma como esse direito é concebido, o que constitui um critério externo à letra da própria disposição de direito fundamental, isto é, o conteúdo essencial identifica-se com a norma de direito fundamental, e não com a disposição que a regula, o que decorre em duas contradições:
 - o respeito ao conteúdo essencial deve ser protegido pelo controle de constitucionalidade da disposição constitucional como um todo e não apenas em relação a uma parte, ainda que essa parte seja o “núcleo”;
 - o método de determinação do conteúdo essencial é considerado o mesmo tanto para um direito fundamental como para um direito subjetivo. Tradicionalmente, tem-se considerado que os direitos subjetivos dependem de construções doutrinárias; por isso, o Tribunal alemão acostuma determinar a infração ao conteúdo essencial de um direito subjetivo comparando a linguagem usada nos disposições normativas e a metalinguagem jurídica, ou seja, a terminologia específica que reflete as idéias generalizadas e as convicções geralmente admitidas pelos especialistas em Direito, ainda que, obviamente, o controle de

constitucionalidade tenha como principal referência a disposição de direito fundamental e não a doutrina.

b) o critério de determinação da infração do conteúdo essencial deve considerar:

- a preexistência do *nomen* e do alcance do direito subjetivo em relação ao momento em que esse direito é regulado pelo legislador. É uma preexistência teórico-conceitual e independente da norma que estabelece o direito;
- a vulnerabilidade do conteúdo essencial identificado com a “reconoscibilidade do tipo⁸ abstrato da norma” preexistente conceitualmente à sua regulação concreta. A reconoscibilidade do tipo abstrato implica a necessidade de ser determinada com anterioridade a sua aplicação, para evitar que esse parâmetro de validade seja “reconstruído” apenas no momento do controle de constitucionalidade, gerando insegurança;

c) a finalidade da determinação do conteúdo essencial deve ser a identificação com a forma como o direito fundamental foi concebido ou configurado pelo legislador constituinte, para que depois da sua possível e necessária regulação legislativa, seja possível determinar se provocou-se desnaturalização ou não.

Esta primeira metodologia para a determinação do conteúdo essencial apresenta uma enorme dependência da tradição do Direito Privado. Assim, o critério de identificação está intimamente vinculado à teoria tradicional sobre o conceito de direito subjetivo, identificado como o poder da vontade, ou seja, como o poder de disposição que compreende um conjunto de faculdades e cujo exercício atribui-se ao seu titular. Tal concepção apresenta uma série de dificuldades⁹, dentre elas, a impossibilidade de se identificar todos os direitos fundamentais como direitos subjetivos, visto que muitos são redigidos na forma de proibições de afetação de um bem jurídico. Outra dificuldade consiste em que, teoricamente, todo direito subjetivo apresenta como contraposição um dever, também determinado pela norma, com o que o “direito” do titular dependerá do “dever” do destinatário da norma.

Conclui-se que, identificar o conteúdo essencial com as faculdades do titular (direito subjetivo) implica uma visão restrita dos direitos fundamentais o qual provoca uma enorme insegurança jurídica para o legislador, em razão de que:

- provoca uma dependência com a doutrina, na medida em que será ela a que irá desenvolver o tipo abstrato preexistente na norma, a partir da elaboração de conceitos e noções jurídicas. Gavara Cara leciona que “el recurso a las ideas o convicciones de los juristas implica juzgar las leyes con parámetros extraconstitucionales de dudosa seguridad

⁸ No Direito alemão, o termo *tipo* - hipótese normativa - não se restringe ao direito penal.

jurídica”¹⁰;

- o critério utilizado para a determinação da infração ao conteúdo essencial - a recognoscibilidade do tipo abstrato - exige que se realize uma análise sobre se as faculdades ou possibilidades de atuação necessárias do direito permaneceram intactas e sem sofrer alterações como consequência da regulação estatal. O problema é que esse critério depende, por sua vez, do critério utilizado pela jurisprudência, o qual somente é conhecido no momento em que se realiza o controle de constitucionalidade;

- o critério de identificar o conteúdo essencial com o modo como o direito fundamental foi concebido ou configurado dirige-se a determinar a idéia que dele se tinha no momento histórico em que foi criado. Na verdade, é um critério que remete à concepção schmittiana da garantia institucional, na qual se reconhece um núcleo inalterável por via legislativa, e um zona exterior suscetível a modificações. É uma opção que pode resultar na “petrificação” do direito, já que o que se identifica com o núcleo não pode ser modificado, contradizendo a aparente opção da historicidade. Para evitar cair nessa aparente contradição, aceitam-se alterações no núcleo, na medida em que não signifiquem a sua desapareição, anulação ou destruição, o que, pela sua vez, implica uma tentativa de adaptação evolutiva do Direito, o que não diminui a insegurança do legislador visto que ele deverá, novamente, esperar o resultado do critério jurisprudencial utilizado no controle de constitucionalidade o qual, evidentemente, poderá sofrer constantes modificações.

O segundo mecanismo que o Tribunal Constitucional utiliza para determinar o conteúdo essencial assenta-se na teoria de Ihering, que identifica o conceito de direito subjetivo com os interesses juridicamente protegidos. Tais interesses configuram-se a partir de dois elementos: o substancial, que se identifica com a finalidade prática do direito, e o formal, que concebe essa finalidade como um meio, ou seja, como a proteção do direito. É uma teoria que procura objetivar o direito subjetivo concebendo-o a partir de seu objeto, incorrendo em dois erros:

- a) os direitos fundamentais são categorias complexas, nas quais não é suficiente sua determinação a partir apenas da delimitação do objeto de proteção, visto que existem uma série de outros fatores, como as obrigações do destinatário;
- b) os interesses juridicamente protegidos somente se relacionam com o objeto de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que

⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 37, n. 148, 2001, p. 127 – 139.

¹⁰ GAVARA CARA, J. op. cit. p. 351.

seja possível delimitar seus contornos em relação ao benefício obtido pelo titular. O problema resulta em reduzir o interesse juridicamente protegido apenas aos benefícios que um determinado titular possa obter, confundindo-se o pressuposto de fato da norma, sobretudo porque nem sempre o objeto de proteção pode ser plenamente identificado com um benefício do titular.

Recentemente, entretanto, o Tribunal alemão tem optado por não utilizar a referência ao direito subjetivo, em virtude dos problemas já mencionados. Para a determinação do conteúdo essencial, o Tribunal tem considerado os direitos fundamentais como categorias constitucionais analisadas abstratamente. Tal modelo, baseado na generalização, não se mostra muito útil, visto que, em muitas situações concretas, o conteúdo essencial previamente definido não pode ser aplicado.

Contrariamente, no direito espanhol, fala-se, com razão, que o conceito do conteúdo essencial é um conceito “jurídico indeterminado”, cujo alcance e significado não podem ser fixados de maneira geral, senão que hão de ser especificados em relação a cada direito fundamental¹¹. Em consequência, mostra-se importante conhecer a doutrina jurisprudencial estabelecida pelo Tribunal Constitucional espanhol¹² em sua sentença 11/81, proferida em 8 de abril de 1988, tendo como membro a Luis Díez Picazo, na apreciação do “recurso de inconstitucionalidade” contra diversos artigos do decreto-lei 17/77 (4 de março de 1977), regulador do direito de greve, pronunciando-se da seguinte forma:

Constituyen, el contenido esencial de un derecho subjetivo, aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente a ese tipo (...). Todo ello referente al modelo histórico que cada caso trata y a las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales (...). Se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte, del contenido del derecho, que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidas. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección¹³.

Dessa parte da sentença, depreende-se que:

a) o conteúdo de um direito está constituído por aqueles elementos

¹¹ PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madri: Debate, 1990, p. 141-142.

¹² PAREJO, A. Alfonso. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 174-175.

mínimos que o tornam recognoscível e que impedem sua transformação em outro direito;

- b) para determinar o conteúdo essencial não é suficiente levar em conta o disposto no texto constitucional, mas ter presente outros conceitos jurídicos e as convicções geralmente admitidas pelos juristas;
- c) trata-se do conceito de um valor absoluto e não relativo, pois sempre vai conservar seus traços essenciais, qualquer que seja a circunstância;
- d) existe um conteúdo essencial próprio e diferente em cada um dos direitos fundamentais, ou seja, sobre seus alcances não se pode fazer uma afirmação geral.

A partir da determinação do que podia ser entendido por conteúdo essencial, nessa mesma sentença, o Tribunal Constitucional também fixou os limites cabíveis à atividade reguladora do Poder Legislativo em matéria de direitos fundamentais:

- a) limites estabelecidos diretamente pela Constituição, como a restrição à liberdade religiosa, ideológica e de culto, pela necessária manutenção da ordem pública, mencionada no artigo 16.1 da Constituição espanhola;
- b) limites derivados mediata ou imediatamente da Constituição diante da necessidade de proteger outros direitos fundamentais;
- c) limites mediata e imediatamente derivados do texto constitucional pela necessidade de proteger outros bens constitucionalmente tutelados.

No primeiro caso, não resulta complicado justificar a limitação, pois ela surge do próprio texto constitucional; o que, talvez, pudesse ser discutido seria sua conveniência no interior de um ordenamento determinado, mas não sua recepção positiva.

Os dois últimos casos, entretanto, não dizem muito, pois continua-se com a exigência da especificação do direito fundamental, o que só pode ser realizado por meio da atividade do legislador ordinário ou do Tribunal Constitucional.

O supremo intérprete da Constituição espanhola concluiu considerando que, para delimitar o conteúdo essencial de um direito fundamental, deveriam ser seguidos dois caminhos complementares: o primeiro consistia em tentar descobrir a natureza jurídica do direito, para o que dever-se-ia estabelecer a relação entre a linguagem usada nas disposições normativas e as idéias gerais e convicções admitidas pelos juristas, ou o que alguns autores chamam de *metalinguagem*; e o segundo caminho seria buscar e determinar os interesses juridicamente tutelados como único meio para sua real e efetiva proteção, o que dependeria, evidentemente, do caso concreto¹⁴.

¹³ PAREJO, A. op. cit. p. 186.

3. Conclusões

A influência da experiência alemã não se limitou, entretanto, ao ordenamento constitucional espanhol, servindo como fonte de inspiração para outros sistemas, como é o caso do português, no qual também se reconhece, ainda que de maneira indireta, a exigência de se respeitar o conteúdo essencial de um direito fundamental. Com efeito, o artigo 18.3 da Constituição do Portugal dispõe que “no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”.

Outros ordenamentos, ainda que não contenham nenhuma menção constitucional expressa sobre o assunto, foram influenciados pela experiência alemã, através da jurisprudência, como acontece no Conselho Constitucional francês, na Corte Constitucional italiana e no Tribunal Constitucional austríaco.

Finalmente, é importante ter presente que, ainda que a garantia do conteúdo essencial tenha surgido basicamente para limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário, isso não impede, senão exige, que o alcance da garantia atue também em todas as fases da aplicação dos direitos fundamentais, na medida em que constitui o “limites dos limites” ou, como no direito alemão é referida, “limita a possibilidade de limitar”, isto é, assinala o limite que indica onde já não é mais possível a atividade limitadora ou reguladora dos direitos fundamentais, qualquer que seja a natureza dessa atividade, legislativa ou jurisprudencial¹⁵.

O controle de constitucionalidade em matéria de direitos fundamentais permite, por outro lado, desenvolver a idéia de que o legislador, nas suas decisões normativas, deve cumprir, a obrigação de ser objetivo, o que decorre na proibição de qualquer arbitrariedade. O Estado deve justificar objetivamente suas decisões normativas ou, pelo menos, essas devem ser justificáveis perante a Constituição. Essa objetividade, que garante a proteção do Estado de Direito, baseia-se no princípio de constitucionalidade, isto é, da sujeição de todo poder público à Constituição¹⁶, o que, pela sua vez, confere segurança ao sistema jurídico e caracteriza os direitos fundamentais como seus elementos legitimadores.

4. Referências bibliográficas

ABAD, Samuel. Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. *Themis*. segunda época, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 21, 1992.

¹⁴ PRIETO SANCHIS, L. op. cit. p. 143.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1994.

HÄBERLE, Peter. Recientes aporte sobre los derechos fundamentales en Alemania. In: *Pensamiento Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios

Constitucionales, 1983.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. Os direitos subjetivos: última tentativa de salvação da teoria do direito

¹⁵ OTTO Y PARDO, Ignacio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madri: Cuadernos Civitas, 1988, p. 126.

¹⁶ Aliás, hoje mais do que *sujeição* fala-se de *vinculação*, que tem um sentido mais forte do que o termo *sujeição*, já que este se refere apenas à não-adoção de condutas ou não realização de atos contrários à Constituição, enquanto que a *vinculação* significa que, além de respeitar, deve cumprir e fazer cumprir os direitos fundamentais, isto é, cria a obrigação de potencializar a efetividade do cumprimento dos direitos fundamentais.



Poder regulamentar das agências reguladoras

Joyceane Bezerra de Menezes¹

RESUMO

Trata do poder regulamentar das agências reguladoras, organismos dotados de superior autonomia em relação ao governo, encarregados da regulação especializada de atividades econômicas e públicas exercidas por particulares. A par das críticas que se formulam ao poder regulamentar desses entes, a sua admissão é necessária para uma regulação setorial técnica e especializada. Somente com a possibilidade de editar atos normativos, as agências podem exercer uma regulação eficaz do ponto de vista técnico para assegurar a estabilidade do mercado concorrencial, resguardado o respeito aos interesses dos usuários, do exercente da atividade e do Estado. Não é corresponde a uma delegação legislativa à administração pública, uma vez que o exercício do poder regulamentar encontra limites em lei federal.

Palavras-chave

Regulação. Agência Reguladora. Poder regulamentar. Reserva legal.

ABSTRACT

This study deals with the power to regulate of the regulatory agencies, which are organisms endowed with superior autonomy in relation to the government, and being the person in charge of the specialized regulation of economical and public activities exercised by the private sector. Although there is controversy and criticism on the formulated power of the agencies, it is necessary recognize their role on technical and specialized sectorial regulation. Only with the possibility to edit normative acts, the agencies can exercise an effective regulation of the technical point of view to assure the stability of the market competition, protecting at the same time the users' interests, of the activity explorer and of the State. It doesn't mean that it is a legislative delegation to the public administration, once the action of regulation power is limited by federal law.

Key-words

Regulation. Regulatory agency. Authority for regulation. Legal reserve.

Introdução

¹Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora adjunto da Universidade de Fortaleza – Curso de Mestrado em Administração de Empresas.

Sob a influência externa e pressões das demandas internas, o estado brasileiro reduziu o seu campo de atuação a setores mais estratégicos, coincidentes com as funções públicas. Ampliou as parcerias com a iniciativa privada, em um processo de desestatização que se operacionalizou através de privatizações, concessões, permissões e terceirizações. A atividade reguladora emergiu como consequência desse processo de desestatização, atraindo a atenção dos pesquisadores na medida em sua operacionalização se dá por um ente estranho à estrutura administrativo-burocrática nacional: as agências reguladoras. Organismos integrantes da administração direta, com uma roupagem de autarquias especiais, mas caracterizadas pela considerável autonomia em relação ao governo e pelo acentuado poder regulamentar que dispõem. Estas características são os alvos das críticas formuladas pela doutrina, embora não se possa vislumbrar uma regulação eficiente sem a possibilidade do poder normativo. É exatamente em razão das especificidades técnicas do objeto da regulação que emerge o poder regulamentar das agências reguladoras. Não se espera que o legislador tenha conhecimentos técnicos especiais para a promoção de uma regulação setorial, ao contrário dos entes reguladores, cujos dirigentes são investidos no cargo, em virtude do notável saber técnico que desenvolvem naquela área.

O objeto deste artigo é a análise do poder regulamentar das agências reguladoras no âmbito do sistema jurídico brasileiro, especialmente considerando a opção pela separação dos poderes, a vedação constitucional da delegação do poder-dever de legislar aos órgãos do Executivo, o suposto déficit democrático dos dirigentes das agências reguladoras. Antes, contudo, de abordar as questões referentes ao poder regulamentar das agências, é importante situar a conformação desses entes no âmbito da estrutura administrativa brasileira. Para o enfrentamento das questões serão cogitadas as conclusões, nem sempre uníssonas, de juristas como Tércio Sampaio Ferraz, Eros Roberto Grau, Maria Sylvia Di Pietro, Diogo F. Moreira Neto, dentre outros.

1. As agências reguladoras – regulação desgovernamentalizada

As agências reguladoras integram, tradicionalmente, à realidade da administração pública de países de *common law*, embora a sua inserção, em Estados como o Brasil, marcados por uma administração pública centralizadora e unicêntrica, seja mais recente. A emergência de orientações privatizadoras e o generalizado movimento de liberalização da economia que presentes na Europa, a partir dos anos oitenta, provocaram uma substancial alteração no papel do Estado (MOREIRA; MAÇAS, 2003:9-10). Uma das manifestações mais visíveis do redimensionamento do papel do Estado traduz-se na criação destas entidades, independentes do Governo, com finalidades específicas de regulação para a garantia da constituição e o funcionamento de um mercado concorrencial, respeitando-se os interesses dos usuários e dirimindo-se os abusos do poder econômico (ARAÚJO; PIRES, 2000:11-12).

A regulação da atividade econômica e dos serviços públicos por essas agências² corresponde a uma resposta ao processo de elevada tecnicização dos diversos subsistemas sociais bem como ao processo de interpenetração dos espaços *público e privado*. Pois uma regulação estatal homogênea, centralizada e meramente política, sem o recurso aos meios técnicos não seria suficiente para produzir os efeitos necessários à sociedade que deve servir (ARAGÃO, 2003:205). Neste sentido, a necessidade de conhecimentos especializados na regulação de certos setores justificou a admissão do poder regulamentar das agências reguladoras pela doutrina e jurisprudência americanas³.

Etimologicamente, o conceito de regulação envolve duas idéias básicas: o estabelecimento e implementação das regras e a manutenção ou garantia do funcionamento equilibrado de um sistema. Envolve o estabelecimento das regras do jogo e a garantia de sua implementação, mediante fiscalização e sanção das infrações, na tentativa de alcançar os objetivos públicos determinados.

O surgimento das agências reguladoras corresponde à tendência da administração pública moderna (MEDAUAR, 2003:48) em romper com a estrutura monolítica de controle para adotar um modelo policêntrico, caracterizado pela pluralidade de centros de decisão e de responsabilidade. Tanto mais a coletividade se especializa e se diferencia técnico-profissionalmente e ético-culturalmente, quanto mais haverá a necessidade de diferenciação político-administrativa capaz de corresponder à realidade social. Como salienta José Eduardo Faria (1999:307-308), o Estado tende a perder a centralidade, a unidade e a exclusividade diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance de sua jurisdição.

É certo que, nos Estados de organização administrativa tipicamente unitária e centralizada, a inserção destes organismos pode surpreender não apenas os doutrinadores, mas os aplicadores do direito e a própria sociedade. Não sem razão a presença das agências reguladoras, com a sua singular autonomia, na estrutura administrativa de Estados, como a França, Portugal, Argentina e Brasil, suscita dúvidas e discussões, que vão desde a roupagem jurídica por elas assumida até a sua constitucionalidade diante do princípio da

² Na Europa, as autoridades reguladoras independentes assumiram uma feição mais ampla, como autoridades administrativas independentes (AAI), de cunho francês, integradas por outras autoridades independentes dotadas de outras funções que não apenas a regulação econômica. Integram-se ali, por exemplo, entidades criadas para a defesa de certos direitos fundamentais, como na área de audiovisual, da proteção de dados pessoais informatizados etc (MOREIRA e MAÇAS, 2003: 22-23).

³ Mesmo nos EUA houve discussões em torno da constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras. Inicialmente os tribunais americanos entendiam que a delegação do poder legislativo aos entes reguladores feria a separação dos poderes e, portanto, padecia da inconstitucionalidade. Porém, a doutrina da não-delegação não perdurou em virtude da incapacidade do Legislativo em tratar sobre matérias tão específicas (CUÉLLAR, 2002: 71-72).

separação dos poderes (CAVALCANTE, 2000:261-265).

De toda sorte, emergem como alternativa às estruturas da administração pública tradicional de estirpe puramente burocrática, central-hierarquizadas, morosas, inspiradas em critérios preponderantemente políticos, que se revelaram inadequadas ao enfrentamento dos novos desafios com os quais se depara o Estado.

A atividade administrativa de regulação entrou em cena para orientar e acompanhar a atuação dos agentes privados em setores diretamente ligados à satisfação das necessidades coletivas. Nos Estados Unidos da América são objeto da atividade regulatória, as *public utilities* (PORRAS; MUÑOZ, 1996:42); em países da Europa, os serviços públicos de interesse geral, nem sempre considerados serviços públicos. No Brasil, são objeto da ação regulatória estatal, o serviço público executado por particular, por meio do regime de concessão ou permissão; as atividades econômicas que exercem impacto sobre o interesse público; e, a exploração de monopólios públicos.

As entidades de regulação são caracterizadas por alguns traços essenciais: a estabilidade do mandato dos seus reguladores, que não podem ser destituídos, exceto por falta grave; a autonomia no exercício das funções reguladoras; a natureza definitiva das suas decisões que só podem ser impugnadas nos tribunais, não podendo ser revistas pelo Governo; e a substancial autonomia na sua gestão financeira e dos recursos humanos, além do acentuado poder regulamentar.

As críticas que a elas se opõem traduzem-se na idéia de déficit democrático que ronda as entidades haja vista a forma de investidura dos dirigentes, a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo chefe do Executivo, a diferença entre tecnicidade e imparcialidade, o elevado poder normativo deferido pelas *leis-quadro*, a falta de *accountability* (CAMPOS, 1990:54) perante o Legislativo e a sociedade e o perigo da *captura* pelos entes regulados.

2. Poder regulamentar das agências reguladoras

Conforme observa Juan Carlos Cassagne (1994:45-46), as agências reguladoras são entes dotados de *variada natureza e extensão*, consubstanciando uma multiplicidade de funções, que abrangem poderes administrativos fiscalizatórios, disciplinares, sancionatórios e preventivos das condutas prejudiciais aos interesses coletivos tutelados.

O exercício do poder normativo é intenso para que a agência exerça suas funções, especialmente em virtude da peculiaridade técnica do setor. Assim, compete-lhes editar normas em matéria de segurança da atividade regulada, procedimentos técnicos de mediação, possibilidade de suspensão da prestação dos serviços, acesso a imóveis etc.

É exatamente em função da especialização técnica dos órgãos reguladores que se justifica esse poder normativo. O fato de os membros do Poder Legislativo serem eleitos diretamente pelo povo, não lhes confere à capacidade técnica superior à aquela que se pode verificar nos postos dirigentes da agência reguladora. As agências unissetoriais, em especial, cujos dirigentes devem apresentar notável saber técnico naquela área objeto de regulação, oferecem melhores condições para uma regulação⁴ mais adequada e eficaz.

Mas o exercício do poder normativo por estas agências têm gerado debates doutrinários, especialmente, no que toca à possível afronta ao princípio da legalidade e ao princípio da separação de poderes, fundamentos do Estado democrático de direito. Argüem sobre a possibilidade constitucional da delegação de tantas competências aos entes reguladores autônomos⁵, ainda que sob autorização legal, em face da tripartição dos poderes⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003:407) é incisiva ao negar a constitucionalidade da função normativa daquelas agências que não têm uma previsão direta na Constituição Federal, como a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo). Admitindo-se o poder normativo das agências descendentes diretamente da Constituição, somente se lhes autorizaria a edição de normas de estrito caráter técnico, em atenção aos parâmetros e princípios estabelecidos em lei (PIETRO, 2001:146). Em oposição à percepção mais fechada de Maria Sylvia, José Carlos Francisco (2002:138) entende que as demais agências reguladoras extrairiam do art. 174, da Constituição, justificativa para o seu poder normativo.

Na contra-argumentação de Di Pietro, Tércio Sampaio Ferraz Jr.(2000:149) afirma que o advento do Estado regulador trouxe a necessidade de uma reflexão mais detida sobre a atividade normativa das Agências Reguladoras, para a perscrutação dos seus fundamentos e limites no seio da Constituição brasileira.

No Brasil é vedada a delegação do poder-dever de legislar que importe na renúncia do *âmbito* intransferível dessa competência política (CF/88, art. 25, ADCT), de sorte a ofender o princípio da reserva legal (FERRAZ JR, 2000:150).

⁴ Entenda-se por regulação “o estabelecimento de regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta” (PIETRO, 2001:140).

⁵ Especialmente em face do art.25, do ADCT – “Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I. ação normativa;

II. alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.”

⁶ Note-se porém que o poder é um só e a idéia de tripartição dos poderes não pode ser compreendida na perspectiva oitocentista, pois a *separação* enfatiza muito mais uma combinação de poderes (MORAES FILHO, 2003:163-164).

Por esta proibição, não poderia a administração pública tratar sobre matérias de reserva legal. Mas em que medida poderia se dar uma delegação admissível constitucionalmente? Tércio Sampaio responde a questão por meio do recurso ao princípio da proporcionalidade, de modo a sopesar os limites do princípio da legalidade em face dos demais princípios aos quais se sujeita a atividade administrativa. Utilizando o entendimento de Sotirios Barber (*The constitution and the delegation of congressional power – apud FERRAZ JR., 2000:150*), diz que é possível ao Congresso efetivar tal delegação, e aqui seria uma espécie de delegação instrumental, a órgãos independentes, desde que sejam destacados previamente, em lei, eventuais pontos de dúvida sobre a questão. Assim, Tércio (2000:150-151) assegura que,

“tais delegações, enquanto autênticas delegações complementares, nessas condições, e se for possível encontrar-lhes fundamento na Constituição brasileira, não feririam o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, até porque, no plano dos fatos, emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados”.

O Estado regulador cria para a Administração Pública o dever de corrigir as assimetrias de informação que funcionem como incentivo ao comportamento oportunista da iniciativa privada, gerando uma disfunção do mercado. Neste sentido, gera a possibilidade de uma delegação instrumental para possibilitar o exercício do princípio da eficiência, dotando o administrador de competências reguladoras de natureza técnica e especializada. Diogo Figueiredo Moreira Neto (1999:74) atribui à competência normativa das agências reguladoras o elemento que justifica a sua criação. O poder de emitir normas de ordem técnica, como já mencionado, tem em vista tanto evitar o obsolescimento das técnicas cristalizadas em lei, como também evitar que, na sua determinação, interfiram fatores de natureza partidária.

Para Moreira Neto (1999:77-79), o fenômeno em questão corresponde a uma espécie de delegação denominada *deslegalização*, através da qual o próprio legislador retira certas matérias do domínio da lei para situá-la no campo do regulamento. A lei de deslegalização, não penetrando na matéria de que trata, atribui a outras fontes normativas a tarefa de fazê-lo. Segundo ele, a deslegalização não tem proibição constitucional, merecendo, inclusive, referência em alguns artigos. Assim, conclui

parece que tanto a tendência flexibilizadora, que tem caracterizado a evolução do Direito Público contemporâneo, quanto a própria ausência de regra vedatória, corroboram-na, no sentido de que a deslegalização legal será sempre possível. Só não o será, todavia, se a própria Constituição proibi-la expressamente, isso porque, a admitir-se de outro modo, se estaria aceitando uma redução dos poderes do Congresso para dispor, conforme as circunstâncias,

sobre como deverá exercer a sua própria competência (MOREIRA NETO, 1999:79).

Para atender adequadamente ao princípio da legalidade, o Poder Legislativo deve editar uma lei estabelecadora de políticas setoriais específicas, apontando, inclusive, os objetivos a serem atingidos. Em virtude da especialidade técnica, ausente no Poder Legislativo, os meios e fins específicos para a aplicação concreta daquela lei, podem ser editados pela Administração Pública⁷. A delegação instrumental deferida, tem relação direta, portanto, com a eficácia limitada da lei que propõe funções programáticas e de resguardo. A lei estabelece políticas setoriais, decidindo sobre macro-alternativas e indicando os meios gerais que, mediante a delegação instrumental, lograrão maior detalhamento por meio dos atos do ente regulador.

É importante que o Estado, descreve Vital Moreira (1997:113), limite-se a definir o quadro-geral da regulação, deferindo para a autoridade reguladora toda a competência de regulação. Além de leis específicas por setor, uma *Lei Quadro* (MOREIRA; MAÇÁS, 2003:260) deve estabelecer os *standards* necessários ao funcionamento das agências reguladoras, conformando a sua atuação administrativa com o princípio da legalidade, sem prejuízo da autonomia necessária⁸. No Brasil, ainda não existe uma lei geral sobre agências reguladoras, embora cada uma delas tenha sido criada por lei e vigore, a partir de 2000, uma lei (no. 9.986) que trata do regime dos recursos humanos das agências reguladoras⁹.

Em síntese, não se vê ofensa ao princípio da separação dos poderes ou ao princípio da legalidade, quando da ocorrência do poder normativo dos entes reguladores. Veja-se que tal poder continua sob o manto da legalidade, submetendo-se a limites externos e internos¹⁰. Com a deslegalização, os órgãos especializados de regulação exercem discricionariedade técnica para o exercício do poder normativo, de sorte que o conteúdo válido das normas baixadas está integralmente definido no âmbito da escolha técnico-científica que a legislação delegante possibilitou à exclusiva discrição dos respectivos agentes técnicos (MOREIRA NETO, 1999:81).

Nas conclusões de Alexandre Aragão (2003:375-376),

⁷ Neste sentido, recorra-se a Paulo Roberto Ferreira da Motta (2003: 150), em cuja lição sobre o tema, têm-se que a lei, em sentido formal, “deixa de ser garantia para o exercício de direitos e obrigações e se torna um óbice ao livre desenvolvimento dos indivíduos, de suas idéias, de seus produtos e de suas riquezas. O que antes era manifestação racional da sociedade, passa a ser aparato custoso e sem sentido. Ao Parlamento, como satisfação às massas, que, afinal, periodicamente o elege, reservam-se outras funções. A elaboração da lei, e tudo em nome da liberdade, passa para aqueles que têm o conhecimento técnico necessário para tanto. É como os pós-modernos dizem: não podemos estar subordinados a quem não conhece a tecnologia que criamos e usamos para progredir”.

⁸ Também nos EUA, o desempenho das funções regulamentares pelas agências deve estar orientado por lei com *standards* mínimos, funcionando como verdadeiros parâmetros de atuação (PORRAS; MUÑOZ, 1996,25-29).

as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas, fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.

Eros Roberto Grau (2002:181-185) analisa esse processo como um declínio da legalidade tradicional. A legislação perde o caráter essencialmente político para incorporar um caráter eminentemente técnico, realçando a incapacidade do Legislativo que, a par da legitimidade, é desprovido de muitas habilidades técnicas. Neste momento há uma interpenetração dos campos de atuação do Executivo e do Legislativo, “aquele, a exercitar, amplamente, função normativa; este, a produzir leis-medida”. A esse respeito, lembre-se da posição declinada por Victor Nunes Leal (*apud* ROCHA, 2002:78), quando advertiu que o Estado contemporâneo não funciona sem mecanismos de transferências de função do Legislativo para o Executivo. Grau (2002: 185-195) alerta para que esse processo, em razão da possível hipertrofia normativa, não venha a gerar uma insegurança para as relações jurídicas em face do postulado *ignorantia legis neminen excusat*, bem como critica o amplo poder discricionário depositado no administrador.

A par das preocupações acima resumidas, entende-se que na estrutura do Estado subsidiário, as agências reguladoras não podem prescindir do questionado poder normativo, pois a desgovernamentalização da regulação leva a esta conseqüência. Importa estabelecer os parâmetros legais da ação da agência reguladora, para balizar seus atos normativos nos limites da legalidade, sujeitando-os ao controle jurisdicional quer por descumprimento da Lei, quer por que a lei geral deve ser respeitada, quer porque eventual abuso do poder discricionário.

Conclusão

É difícil esperar uma regulação especializada que não seja pautada em

⁹ O Projeto de Lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, já citado, estabelece normas gerais, mas minimiza a autonomia das agências através da celebração de contrato de gestão minuciosamente detalhado.

¹⁰ Consideram-se limites externos aqueles pertinentes a um dado sistema jurídico, aos quais se sujeitam todos os atos normativos legislativos ou não. Entende-se por limites internos aqueles aos quais se submetem todas as normas derivadas, no caso, aos parâmetros formais e materiais definidos na norma delegante (MOREIRA NETO, 1999: 80).

normas técnicas, dotadas de acentuada especificidade. É na especialidade técnica da regulação setorial que se justifica o poder regulamentar das agências reguladoras, aptidão não verificável no Poder Legislativo. O modelo de Estado desenhado pelas normas constitucionais brasileiras, embora vede a delegação legislativa (art.25, ADCT, CF/88), admite o poder normativo das agências reguladoras, haja vista o art.174 da Constituição Federal vigente.

Embora nem todas as agências reguladoras tenham previsão constitucional, a exemplo da ANP (Agência Nacional do Petróleo) e da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), as demais agências surgem em decorrência da previsão constitucional contida no art.174, da função reguladora do Estado. Por esta via, o modelo de regulação tem raiz constitucional, esmiuçando sua estrutura na forma da lei. Coube ao legislador, a tarefa de organizar as linhas gerais desse sistema de regulação e, em semelhança ao que a própria Constituição fez para o setor das telecomunicações e do petróleo, criaram-se outras agências reguladoras unissetoriais para os demais serviços concedidos e atividades econômicas de maior impacto para o interesse público.

O modelo não ofende à separação de poderes porque não há uma delegação legislativa ofensiva ao princípio da reserva legal. Toda a ação normativa das agências reguladoras é circunscrita aos limites da lei que se apresenta como uma lei-moldura ou lei-quadro. No Brasil, as leis que instituem as agências reguladoras estabelecem o rol de suas competências, além da sua estrutura básica. Estabelecem os standards necessários ao funcionamento das agências, conformando a sua atuação com o princípio da legalidade. É importante que lei estabeleça políticas setoriais, decidindo sobre macro-alternativas e indicando os meios gerais que, mediante a atuação normativa das agências lograrão maior detalhamento. Não se pretende que o ato normativo das agências se sobreponham a lei, mas que integrem-na no demandar apuração técnica específica.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPOS, Ana Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português. *Revista de administração pública*. No.24, fev/abr, 1990, Rio de Janeiro: FGV, 1990.

CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos entes regulatorios. *El derecho público actual*. (Obra coletiva). Buenos Aires: Depalma, 1994.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de direito administrativo*. No.219, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAZ, Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista tributária e de finanças públicas*. No.35, Ano 8, novembro/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCISCO, José Carlos. Agência reguladora: atividade normativa. Direito da regulação. *Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*. Coord. Alexandre dos Santos Aragão. Vol. XI, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação dos poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de direito administrativo*. No. 215, janeiro/março, Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira da. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2001.



Processo Administrativo Fiscal Federal

Denise Lucena Cavalcante¹

RESUMO

O presente artigo analisa o processo administrativo fiscal no âmbito do governo federal fazendo um paralelo entre o Decreto n. 70.235/72 e a Lei n. 9.784/99. O objetivo maior deste estudo é destacar os princípios basilares do processo administrativo fiscal e demonstrar a sua instrumentalidade na defesa dos cidadãos-contribuintes.

Palavras-chave

Processo administrativo fiscal federal. Princípios.

ABSTRACT

This article analyse the taxes administrative process in the federal system, making a parallel between the rules: Decreto n. 70.235/72 and Lei n. 9.784/99. The object of this study is to demonstrate the importance of the principles of the taxes administrative process and to show how to use this to protect tax payers.

Key-words

Federal fiscal administrative process. Principles.

1. Introdução

¹ Doutora em Direito – PUC/SP; Mestre em Direito - UFC; Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação – UFC; Coordenadora do Mestrado – UFC; Procuradora da Fazenda Nacional.

Refletindo sobre as peculiaridades do processo administrativo fiscal e seus inúmeros questionamentos, recorda-se aqui a fundamental reflexão de Gregorio Robles Morchon sobre a análise dos problemas jurídicos:

" Solía decir Ortega, con aquel donaire que caracterizaba su peculiar estilo, que los problemas filosóficos no se resuelven acometiéndolos de frente, entrando directamente a las cuestiones, como el toro entra al trapo, sino hay que afrontarlos dando vueltas en torno de ellos, como dice la Sagrada Escritura que los israelitas conquistaron la ciudad de Jericó. Dando y dando vueltas, al toque de las trompetas. Todo problema filosófico es como Jericó, una bella y enigmática fortaleza que espera ser conquistada a golpe del sonido de trompeta, pero todo con la gran paciencia de pasarse días y días deambulando entusiásticamente en su derredor, con la esperanza de que, al final, las torres de Jericó se derrumbarán y podremos entrar en la ciudad. Algo así sucede con el gran tema de qué sea Derecho. Todos aquellos que se precipitan y pretenden conquistar a la fortaleza encarándola de un modo directo y sin otras músicas, esto es, dando una definición, comenten un gran error de estrategia".²

Sabe-se que o processo tributário é sempre um tema atual e repleto de controversas decorrentes da sua própria natureza. É preciso constante reflexão para enfrentar as polêmicas, justificando, assim, a retomada deste tema, afinal, tendo em vista o seu caráter dinâmico, deverá ser sempre analisado considerando os aspectos vigentes em cada momento e, principalmente, considerando o que as cortes judiciais e administrativas do país vêm decidindo nos casos concretos.

iniciar a análise do presente tema sugere-se uma reflexão sobre o termo *processo*.

Seguindo a tendência do moderno constitucionalismo o **processo deve ser visto como um direito fundamental do cidadão-contribuinte**³.

Compartilha-se da concepção do processualista Juvêncio Vasconcelos Viana, que *considera o processo muito mais que um instrumento técnico de aplicação do Direito, mas também, um poderoso instrumento ético voltado a servir à sociedade e ao Estado*⁴.

Enfatiza, ainda, o Professor Juvêncio Vasconcelos Viana, a estreita relação do processo com a Constituição, considerando o processo o meio de realização de diversas garantias do cidadão, nos seguintes termos:

"O processo é, sem dúvida, instrumento essencial à tutela da ordem jurídica material, mas também tem papel decisivo para a convivência em sociedade e, como também se tem destacado

² MORCHON, Gregorio Robles. *Teoría del derecho (fundamentos de teoría comunicacional del Derecho)*. Vol. I, Madrid: Civitas, 1998, p. 33).

*modernamente, para a realização de garantias constitucionalmente previstas”.*⁵

A Constituição Federal de 1988 inseriu no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais a cláusula específica do *due process of law*, conforme previsto no art. 5º, incisos LIV e LV:

“ LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No âmbito do Direito Tributário o **devido processo legal** deve ser observado tanto no aspecto substantivo, como no processual, bem como, em relação aos órgãos encarregados de concretizar a sua aplicação, que podem estar na esfera administrativa ou judicial.

No caso da resistência de satisfazer determinada pretensão material ou mesmo em situações de divergências interpretativas, o que é bastante comum em matéria tributária, surge a necessidade de provocar a atuação estatal dando origem, assim, à tutela jurisdicional que se opera através do processo.

O processo é, pois, o instrumento da jurisdição, sendo o exercício da função jurisdicional exercido exclusivamente pelo Estado⁶.

Recordam-se aqui as noções básicas denominadas trílogia estrutural do processo:

- i) Jurisdição (poder);
- ii) Ação (função);
- iii) Processo (atividade);

É certo que hoje a moderna teoria do processo vai muito além destes institutos fundamentais, buscando não somente a aplicação da boa técnica processual, mas, também, a eficiência e a prestação jurisdicional adequada ao

³ “O processo, nas palavras do notável jurista e magistrado Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, sob o ponto de vista da cidadania passou a ser compreendido como o instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Ou, na fórmula de José Alfredo de Oliveira BARACHO: O processo, de ângulo de vista jurídico, é o instrumento do Estado para solucionar os conflitos de transcendência jurídica e como tal o meio de fazer efetivo o direito vigente.” (NOGUEIRA, Alberto. *O devido processo legal tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 7).

Dejalma de Campos assim define: “O processo é um instrumento que assegura os direitos com os quais as pessoas pretendem postular uma pretensão ou defender-se diante de uma ação.” (*Direito processual tributário*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 17).

⁴ *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17

⁵ Ob. cit. p. 15.

Estado Democrático de Direito, atuando o processo jurisdicional contemporâneo como garantia constitucional do direito substancial.

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*⁷.

O que se tem no Brasil são órgãos do Poder Executivo com competência para solucionar conflitos entre os contribuintes e a própria administração fazendária, mas sempre, sob o controle do Judiciário.⁸

No Direito Brasileiro, temos a previsão de dois tipos de processos para dirimir questões tributárias, quais sejam, processo judicial e o administrativo.

Embora a análise no presente estudo seja do Processo Administrativo, lembra-se que o processo judicial é sempre acessível, conforme previsão constitucional estabelecida no art. 5º, inciso XXXV:

“ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito ”.

3. Processo Administrativo Fiscal

O processo administrativo, via de regra, é o caminho colocado à disposição de qualquer cidadão-contribuinte para o acesso à atuação direta e específica da Administração Pública. No âmbito da Secretaria da Receita Federal, por exemplo, o gênero processo administrativo tributário é composto ainda por várias outras espécies, tais como: (i) processo de parcelamento de débitos (REFIS; PAES etc); (ii) processos de reconhecimento de direito à imunidade, isenção, suspensão ou redução de tributo; (iii) processo de registro especial na área do IPI; (iv)

⁶ Atualmente fala-se em jurisdição arbitral em decorrência da Lei nº 9.307/96 que prevê a possibilidade da solução de conflitos através da arbitragem. Contudo, embora a sentença tenha natureza de título executivo judicial (art. 41, III e art. 29), ela não tem o poder de império, ou seja, necessita de ser executada judicialmente caso não seja cumprida. Em matéria tributária a arbitragem ainda não se aplica, principalmente em virtude dos princípios da legalidade estrita e da vinculação dos atos administrativos que praticamente não deixam possibilidades de negociação por parte do Fisco.

⁷ “No Brasil, que se filia a esse sistema de jurisdição una, existem, na estrutura do Poder Judiciário, alguns órgãos especializados no trato das causas em que são partes pessoas da Administração. Por exemplo, temos juízes e tribunais federais para processar e julgar causas em que a União Federal é parte ou interveniente (arts. 106 a 110, Constituição Federal). Na Justiça dos Estados encontramos as denominadas *Varas da Fazenda Pública* e, em algumas unidades federativas, ainda, as *Varas de Execução Fiscal*. Isto, contudo, não exclui a previsão de órgãos pertencentes à própria Administração que tentam resolver os conflitos entre essa e o administrado, *v. g.*, Conselho de Contribuintes. São órgãos, é certo, desprovidos de função jurisdicional.” (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 79).

⁸ “Da substancialidade do processo tributário emerge o problema da *jurisdição tributária, marcado por sérias ambigüidades* como reconhece a doutrina. Enquanto para alguns não há jurisdição sem processo mas há processo sem jurisdição, para outros não há processo sem jurisdição. Novamente nos deparamos com poderosas influências da concepção civilista a invadir o campo do Direito Público, pois, mais adequado seria dizermos: não há *processo civil* sem jurisdição. Vem à lume o problema da *autotutela* tributária do Estado, agora em confronto com a noção de jurisdição e os

processo de cancelamento, retificação ou comprovação de DARF; (v) processo de consulta, dentre outros.

Em relação à organização administrativa referente ao processo administrativo fiscal, ela está no âmbito do Ministério da Fazenda.

Comumente as instâncias administrativas são no mínimo duas⁹, podendo ser em primeira instância um órgão colegiado ou singular (no âmbito federal é colegiado, porém, não paritário).

As normas do processo administrativo tributário devem ser analisadas sempre em consonância com os princípios constitucionais e, principalmente, levando em consideração o devido processo legal substantivo, como princípio norteador do Estado Democrático de Direito.

Desenvolve-se aqui uma abordagem do processo administrativo fiscal e da Lei nº 9.784/99, buscando fazer uma comparação entre as principais diretrizes dos dois procedimentos.

Para bem entender os dispositivos legais em questão, parte-se da análise sobre a natureza do processo administrativo e sua influência no contexto jurídico, ressaltando, inclusive, alguns aspectos históricos relevantes, que auxiliam na compreensão do atual contexto jurídico.

4. O estado democrático de direito e o devido processo legal

O processo administrativo é exigência do próprio Estado Democrático de Direito quando determina a fixação de um regime jurídico administrativo, uniformizando os procedimentos do Poder Público.

Partindo da análise do princípio maior do Estado de Direito e visto este como um *princípio estruturante*, como explica o constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho¹⁰, ver-se-á que a partir deste, conjugam-se elementos formais e materiais que darão forma e conteúdo ao exercício das atividades do Poder

problemas gerados pela doutrina unitarista do processo, a sustentar a necessidade de conceito que congloba tanto o processo jurisdicional como o de autotutela. Explica-se então que a autotutela tem que ser vista, agora, como mero exercício de prerrogativas legais. Precisamente nesse aspecto concernente à *ampliação do conceito de processo*, pensamos nós, aloja-se a principal problemática do processo tributário. Queremos com isso dizer: *há processo sem jurisdição e em matéria tributária é inútil combater-se esta realidade, não apenas como decorrência da cristalização histórica e legal de instituições administrativas com funções especiais de julgamento, como em virtude da consagração jurídica da aplicação do princípio do due process law nas contendas deduzidas perante a Administração, muitas vezes com gênese constitucional, como no caso do Direito brasileiro.*" (MARINS, James. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 137).

⁹ Ressalta-se que o art. 4º, do art. 27, do Decreto-lei n. 1.455, de 07/04/1976, estabelece que o processo relativo à impugnação contra aplicação da pena de perdimento decorrente de dano ao Erário será apreciado, em instância única, pelo Ministério da Fazenda.

¹⁰ "Do princípio do Estado de Direito deduz-se sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito (...). A exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como

Público e aos demais *subprincípios concretizadores*, como por exemplo, a garantia do **devido processo legal**.

O pilar fundamental do Estado de Direito está na existência da proteção jurídica ao cidadão, que se expressa na garantia do devido processo legal, como definiu a Constituição Brasileira.

Entende-se melhor a relevância da garantia do devido processo legal quando se busca a origem no Direito Inglês e seu posterior desenvolvimento no Direito Americano.

Os historiadores definem o ano de 1066 como marco inicial da teoria constitucional britânica, época em que foram formulados princípios relevantes para o Direito.

Posteriormente, institucionaliza-se a estrutura feudal com a invasão de Guilherme, o Conquistador, quando os senhores feudais buscam a garantia da propriedade conquistada frente a coroa e ao arbítrio real.

As rivalidades entre o trono e a nobreza se seguiram até 1215, quando o Rei João Sem Terra se vê na obrigatoriedade de outorgar aos senhores feudais a MAGNA CARTA, limitando o poder real.

O Direito Americano transplantou o devido processo legal inglês, concretizando-o com a promulgação da “Declaração de Liberdades” da colônia de Massachusetts.

A base constitucional para o devido processo legal na cultura jurídica dos Estados Unidos se solidifica nas EMENDAS XIV e XV à Constituição Americana de 1787.

Hoje a cláusula do devido processo legal está também no sentido material ou substancial, indo além da mera definição de normas processuais, buscando a garantia dos valores fundamentais do cidadão.

Suas garantias se tornaram não só instrumentos da função jurisdicional, mas, também, das demais funções do Estado.

O devido processo legal substantivo permite uma maior garantia, pois busca valores fundamentais no Texto Maior, não se limitando ao texto da lei. Afinal, a mera sujeição à lei é insuficiente para garantir materialmente Direito.

É preciso observar princípios maiores, tais como: a democracia; a justiça social; a federação; os direitos fundamentais; a separação dos

dimensão insubstituível da administração do Estado de Direito Democrático.” (CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 266-268).

¹¹ ATINZA, Manuel. Sobre lo razonable en el derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, año 9, n. 27, 1989, p. 95.

¹² A fim de simplificar a análise do tema proposto não se adota aqui a distinção entre processo e procedimento. Porém, não se pode deixar de citar a opinião de Lúcia Valle Figueiredo, que assim

poderes; a legalidade; a segurança jurídica; a confiança; a razoabilidade; a proporcionalidade, dentre outros.

4.1. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Quanto a estes dois princípios: razoabilidade e proporcionalidade, devem-se tecer alguns comentários, devido à sua importância no atual contexto jurídico, que apesar de não estarem expressamente previstos na Constituição Brasileira, vêm sendo frequentemente citados pela jurisprudência e pela doutrina.

A proporcionalidade e a razoabilidade são princípios que viabilizam a observância do devido processo legal substantivo, permitindo o funcionamento do Estado Democrático de Direito e preservando os Direitos e Garantias Fundamentais.

É importante destacar a distinção entre ambos, pois reduzi-los a um mesmo conceito levaria à diminuição.

A razoabilidade ou irrazoabilidade como denominam os alemães, deve ser compreendida como uma medida negativa (*no sentido de deixar de*) enquanto a proporcionalidade é uma medida positiva.

A razoabilidade confronta-se com a “racionalidade”, em sentido amplo. Porém, como ressalta corretamente Manuel Atienza¹¹ “*todo lo razonable – cabría decir – es racional, aunque no todo lo racional sea razonable*”.

Uma decisão pode ser racionalmente justificada, porém, sem ser razoável, no sentido de adotar princípios maiores de consistência, eficiência, relevância, coerência, sinceridade, dentre outros.

A razoabilidade vai além dos meros requisitos formais, sendo justificada sua aplicação sempre que os requisitos formais (racionais) forem insuficientes.

Este princípio busca o máximo de consenso (e de bom senso) nas decisões, através de um sopesamento de princípios e regras que devem se ajustar a cada caso concreto.

Já a proporcionalidade está intrinsecamente relacionada com a isonomia. Alguns doutrinadores também denominam de *princípio da proibição de excesso*.

O conceito de proporcionalidade está ontologicamente ligado ao próprio conceito de Direito, sendo conceitos indissolúveis.

A proporcionalidade evita decisões e sacrifícios desproporcionais, buscando um equilíbrio nos atos públicos, respeitando a *máxima do meio mais suave*.

Observa-se que estes princípios estão diretamente relacionados também com o processo administrativo, que deverá observá-los em suas decisões.

5. Processo administrativo fiscal federal

O processo administrativo é hoje de fundamental importância para a solução de lides e também de grande valia para o cidadão-contribuinte.

O processo administrativo prima pela economia, informalidade, simplicidade, ausência de custas e inúmeras outras vantagens, representando um importante instrumento de viabilização da boa gestão da Administração Pública.

No Brasil a via administrativa é facultativa quando no interesse do contribuinte, podendo este, sempre que lhe convier, eleger diretamente a via judicial, conforme assegurado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Com o advento da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ficou uniformizado o procedimento administrativo no âmbito federal que até então utilizava os mais variados procedimentos para atender às questões trazidas pelo cidadão-contribuinte.

Ressalta-se, desde logo, que o termo **procedimento** é aqui utilizado no sentido genérico, significando o *conjunto de formalidades seqüenciais para chegar ao ato final*, não se diferenciando do termo **processo**.¹²

Sendo o processo administrativo este conjunto sistemático de atos, é indispensável que estes sejam uniformes e vinculados, atendendo as formalidades inerentes à própria Administração Pública.

6. Princípios específicos do processo administrativo

Como se afirmou anteriormente, o devido processo legal, previsão constitucional que abrange tanto o processo judicial como o administrativo, garante a todos o direito de ser ouvido; a ampla publicidade dos atos; a produção de provas e perícias; a fundamentação de todo ato administrativo emanado da autoridade competente; o exame dos autos, com direito a cópias e certidões, enfim, todos os recursos para apurar os fatos e a verdade.

Destaca-se na Constituição Brasileira os importantes princípios expressos no art. 5º, que servem como limites à atuação estatal em qualquer procedimento administrativo.¹³

O processo administrativo sempre teve vários atos normativos dispendo sobre seus atos e procedimentos, mormente pela diversidade da administração pública e atuação nos mais diversos setores.

distingue ambos: "Entendemos que se possa referir a processo quando estivermos diante dos de segundo grau, como os denomina Giannini, quer sejam disciplinares, sancionatórios ou revisivos (quando houver,

Têm-se também princípios específicos do Processo Administrativo, dentre os quais destacam-se a legalidade; a imparcialidade; a oficialidade, a informalidade; a busca da verdade material e o contraditório.

O processo administrativo está em consonância com os princípios constitucionais expressos no art. 5º, da Constituição Federal, estando ressalvados o direito de petição (inciso XXXIV); o devido processo legal (inciso LIV); o contraditório e a ampla defesa (inciso LVI); a ausência de taxas (inciso XXXIV).

6.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade no processo administrativo caracteriza-se por seu objetivo de resguardar a lei, não tendo direito subjetivo a defender. Daí, mesmo quando há o contraditório, a Administração Pública enquanto parte, ainda assim, procurará a aplicação da lei ao caso concreto, e não sua defesa incondicional.

Ressalta-se que no âmbito do processo administrativo a matéria a ser discutida deverá ser essencialmente em relação a questões de legalidade, não cabendo aos julgadores administrativos discussão acerca da constitucionalidade de leis, sendo esta matéria restrita ao Poder Judiciário.

portanto, "litigantes" ou "acusados"); do contrário, como requisito essencial da atividade administrativa normal da explicitação de competência, haverá procedimento." (Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 403).

¹³ "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade nos termos seguintes:

I – (...);

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...);

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso delicto ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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

(...);

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...);

XXXIII – todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV – são a todos assegurados independente do pagamento de taxas:

o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direito e esclarecimento

6.2. Princípio da imparcialidade

O **princípio da imparcialidade** permite que a Administração Pública exerça seu papel de administradora e julgadora. Suas decisões processuais têm que ser imparciais, estando nos limites da lei, buscando solucionar conflitos. Tal procedimento caracteriza o princípio da imparcialidade, que na visão moderna da boa administração evita o conflito de interesses, uma vez que a Administração não pode ser injustificadamente contra o cidadão, mas a favor da Lei e do interesse público.

6.3. Princípio da oficialidade

O **princípio da oficialidade** garante o andamento do processo sob a responsabilidade da Administração Pública, não podendo paralisar o processo, mesmo na inércia do interessado. Desdobra-se daí o **princípio da eficiência** acrescido ao art. 37, da Carta Magna, através da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que visa sanar de ofício eventuais irregularidades formais.

6.4. Princípio da informalidade

A **informalidade** é característica intrínseca do processo administrativo, dispensando formas rígidas e procedimentos próprios. Sempre para auxiliar o interessado, pode a Administração Pública estabelecer alguns procedimentos, tais como a elaboração de formulários ou mesmo modelos de requerimentos, contudo, como é no interesse do administrado, jamais pode ser adotado como padrão único e indispensável. Deve sempre ser facultado ao cidadão a forma como peticionar ao Poder Público.

de situações de interesse pessoal;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

(...);

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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

(...);

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem.”

¹⁴ *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 34.

¹⁵ A Portaria nº 258, de 24/08/2001, disciplina a constituição das turmas de julgamento e seu funcionamento.

¹⁶ A Câmara Superior de Recursos Fiscais é um órgão colegiado judicante diretamente subordinado ao Ministro de Estado.

6.5. Princípio do contraditório

O **contraditório** é característica do processo e deve ser garantido, com o mínimo de independência e imparcialidade, garantindo a efetiva participação dos interessados.

Lembra-se que contraditório não significa contenciosidade, como bem assevera Leonardo Greco, nos seguintes termos:

*“Contraditório não significa contenciosidade, luta efetiva de adversários em confronto, o que certamente contribui para uma cognição mais profunda, mas garantia de participação efetiva dos interessados, mesmo que concordantes, ou até de um só interessado. Nesse sentido, CARNELUTTI também é categórico, devendo o juiz, antes do provimento, escutar a outras pessoas, sejam elas titulares de interesses convergentes ou divergentes sobre o negócio submetido à sua apreciação”.*¹⁴

6.6. Princípio da verdade material

O **princípio da verdade material** ou **princípio inquisitório** busca alcançar o Direito materialmente, não se deixando limitar por formalidades dispensáveis ou rigidez processual.

7. Peculiaridades do processo administrativo fiscal e os efeitos da lei nº 9.784/99

Em relação ao processo administrativo fiscal (de natureza exclusivamente tributária), antes do Decreto-lei nº 822, de 05/07/69, haviam vários atos legais com normas esparsas. Então o citado Decreto-lei determinou em seu art. 2º, que o Poder Executivo regulasse o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta.

Daí o advento do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, consolidando as normas referentes ao processo fiscal, estando hoje em vigor e adquirindo *status* de lei, tendo tido suas principais alterações decorrentes da Lei nº 8.748/93 e Lei nº 9.532/97.

É preciso enfatizar desde logo que o Decreto nº 70.235/72 não conflita com a Lei nº 9.784/99, sendo esta lei genérica abrangendo todo o processo administrativo federal e, aquela norma específica do processo administrativo fiscal e, assim, está previsto no art. 69, da citada Lei:

“ Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a

Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais julgar recurso especial (prazo de 15 dias)

reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

Vejam-se, a seguir, as principais considerações, comparando a lei que se aplica aos processos administrativos federais e o Decreto nº 70.235/72, que é específico do PAF – Processo Administrativo Fiscal.

No tocante ao processo administrativo fiscal, nos moldes do Decreto nº 70.235/72, ele terá início com o primeiro ato de ofício, por escrito, de servidor competente e com a ciência do sujeito passivo, ou ainda, se for o caso, com a apreensão de mercadorias, documentos ou livros, ou com o começo do despacho aduaneiro de mercadoria importada (art. 7º, Decreto nº 70.235/72) e com o auto de infração formaliza-se a exigência do crédito tributário.

O formalismo, que não prevalece para o contribuinte, é essencial para a Administração Pública quando na elaboração do auto de infração, que deve seguir rigorosamente os ditames do art. 10, do citado Decreto, sob pena de nulidade.

A fase litigiosa do processo administrativo instaura-se com a impugnação, que deverá ser oposta no prazo de 30 dias, contados da ciência do auto de infração, tendo como consequência a imediata suspensão do crédito tributário, nos moldes do art. 151, do Código Tributário Nacional.

Já a Lei nº 9.784/99 estabelece um prazo genérico de cinco dias para ambas as partes: administração e cidadão (art. 24); bem como também é menor o prazo para recorrer da decisão (10 dias -art. 59).

Muito embora não seja obrigatória a representação do contribuinte por advogado (**princípio do informalismo**), é sempre aconselhável o acompanhamento desses processos pelos advogados e contadores, que poderão dar melhor andamento ao feito e apresentar tecnicamente os fatos e o direito a defender.

A produção de provas deve ser no momento da impugnação; contudo, com o objetivo de garantir o **princípio da verdade material**, afastando a possibilidade de decisão com fulcro em verdade meramente formal, é possível a apresentação de provas em momento posterior (até decisão de 1ª instância) desde que justificados os motivos (art. 16, parágrafos 4º e 5º, Decreto nº 70.235/72 e art. 38 da Lei nº 9.748/99).

Também como garantia de defesa o interessado poderá requerer perícias e diligências; contudo, o pedido sempre deve ser justificado e acompanhado dos quesitos referentes aos exames desejados, sob pena de ser desconsiderado preliminarmente (art. 16, parágrafo 1º do Decreto nº 70.235/72).

Quanto ao pedido de diligências e perícias, há controvérsia na doutrina sobre a possibilidade de recusa da autoridade julgadora. É preciso deixar claro

que as perícias e diligências têm como escopo auxiliar na busca da verdade, não podendo ser meramente protelatórias no processo, além do que, elas servem para auxiliar o julgador ao seu convencimento. Portanto, entendendo este que são desnecessárias ou injustificadas, poderá indeferi-las preliminarmente, desde que justifique sua decisão (art. 18 e art. 28, Decreto nº 70.235/72 e art. 38 e parágrafos da lei nº 9.748/99).

Aliás, a questão da fundamentação das decisões da Administração Pública é hoje regra, sendo esta obrigada a justificar formalmente todos os seus atos.

O impedimento legal do deslocamento dos autos é garantia para o próprio contribuinte, que terá certeza que os autos estarão sob a responsabilidade da Administração Pública e se, porventura, houver extravio ou perda, aquela será responsabilizada, cabendo a ela a reconstituição e ressarcimento dos danos que causar.

Lembra-se, ainda, que ao contrário do processo judicial, onde é indispensável a presença do advogado, tal exigência não ocorre no processo administrativo e, se fosse possível o interessado retirar os autos do processo, talvez este não tivesse conhecimento das normas e deveres específicos determinados legalmente, podendo cometer equívocos ou mesmo alterações indevidas.

Ressalta-se, ainda, como base na limitação legal em relação ao manuseio dos autos processuais administrativos, o parágrafo 3º, do art. 37, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998).

Da decisão de primeira instância, em qualquer processo administrativo, será sempre assegurado o direito de recurso a instância superior, não cabendo, contudo, pedido de reconsideração de decisão de primeira instância (art. 36, do Decreto nº 70.235/72 e art. 65, da Lei nº 9.784/99).

A legislação pertinente determina que o processo administrativo deverá ter instâncias para recurso, podendo ser duas ou três.

Atualmente o julgamento de primeira instância no âmbito da Delegacia da Receita Federal de Julgamento não é mais singular, passando agora a ser coletivo (turmas de cinco julgadores), conforme disposição da Medida Provisória nº 2.158, de 27/07/2001.¹⁵

No caso do processo administrativo fiscal, o recurso será dirigido ao Conselho de Contribuintes em Brasília, órgão de segunda instância e; à Câmara Superior de Recursos Fiscais – instância especial, que tem competência para julgar os recursos especiais (Portaria MF 55/88).¹⁶

O recurso da decisão de primeira instância poderá ser de ofício - quando apresentado pela autoridade julgadora, ou voluntário - quando interposto pelo contribuinte.

O recurso de ofício cabe à autoridade julgadora em duas situações: quando a decisão que exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa for superior a R\$ 500.000,00 (limite definido pela Portaria MF n. 333, de 11/12/97); ou quando o julgador deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada a infração denunciada na formalização da exigência (art. 34, do Decreto 70.235/72).

Quanto ao recurso voluntário, este deverá ser interposto no prazo de 30 dias, contados da ciência da decisão.

Com alteração do art. 33, do Decreto n° 70.235/72, através da Medida Provisória n° 1.621/97, exigiu-se a garantia de instância para recorrer, devendo o recorrente depositar, no mínimo, 30% da exigência fiscal definida na decisão.

Depois, inclui-se a possibilidade alternativa ao depósito, podendo ser prestadas garantias ou arrolar bens e direitos de valor igual ou superior à exigência fiscal definida da decisão, limitadas ao ativo permanente, se pessoa jurídica, ou ao patrimônio se pessoa física. Este dispositivo estabelece ainda que a prestação de garantias e o arrolamento serão realizados preferencialmente sobre bens imóveis.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que é constitucional a exigência do depósito recursal ou garantia real sob o argumento de que a Constituição Federal não garante o duplo grau de jurisdição para o Processo Administrativo, posição que não se pode concordar, vez que o devido processo legal e a ampla defesa abrangem a possibilidade de recurso.¹⁸

Já em relação aos demais processos administrativos federais, hoje regidos pela Lei n° 9.784/99, o prazo para recorrer é somente de 10 (dez) dias, não sendo necessária caução (art. 56, parágrafo 2°).

Nesta lei há também previsão de até três instâncias administrativas, dependendo da estrutura organizacional de cada órgão da administração pública pertinente.

Importante salientar que o julgamento de primeira instância compete exclusivamente às autoridades determinadas na lei, não podendo haver delegação de competência para julgamento de processos administrativos, assegurado o princípio constitucional do devido processo legal, onde o contribuinte terá a certeza que seu caso será decidido pela autoridade legalmente

interposto contra: I - decisão não unânime de Câmara de Conselho de Contribuintes, quando for contrária à lei ou à evidência da prova (recurso privativo do Procurador da Fazenda Nacional) e; II - decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara de Conselho de Contribuintes ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

¹⁷ O Decreto n° 3.717, de 3 de janeiro de 2001 regulamenta o depósito, a garantia e o arrolamento de bens para interposição de recurso voluntário no processo administrativo de determinação e exigência de crédito tributários da União.

¹⁸ O Supremo Tribunal Federal tem decidido sobre a constitucionalidade do depósito recursal: **STJ – RECURSO ADMINISTRATIVO –DEPÓSITO PRÉVIO** - É constitucional e legal a condicionante do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo, uma vez que a

competente.

8. Estrutura organizacional do processo administrativo fiscal

O trâmite do Processo Administrativo Fiscal realiza-se no âmbito do Ministério da Fazenda¹⁹, precisamente em três instâncias, como se demonstrará no quadro a seguir:

8.1. Delegacia da Receita Federal de Julgamento

Relevante inovação foi a dada pela Medida Provisória nº 2.113-30, de 28 de abril de 2001, reeditada pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, que altera o art. 25, do Decreto nº 70.235/72, o qual determinou que as Delegacias da Receita Federal de Julgamento são órgãos de natureza colegiada, substituindo a figura do Delegado de Julgamento para um grupo de julgadores reunidos em turmas.

Constituição Federal de 1988 não garante o duplo grau de jurisdição administrativa. Precedentes citados do STF: ADIN 1.836-SP, DJ 4/12/1998; ADIN 1.922-DF, DJ 24/11/2000; RE 210.244-GO, DJ 19/3/1999; do STJ: RMS 14.030-RJ, DJ 9/9/2002, e REsp 495.808-ES, DJ 2/6/2003. REsp 616.716-MA, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 8/6/2004.

Também assim tem decidido o Conselho dos Contribuintes, em várias decisões, das quais destacamos a seguinte: *“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RECURSO NÃO CONHECIDO – Não se conhece de recurso desacompanhado do depósito de garantia de instância, previsto no art. 33, parágrafo 2º, do Decreto n. 70.235/72, com redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 1.621, em sua mais recente edição. Cumpre à autoridade preparadora controlar o cumprimento da exigência legal e, à vista de seu não atendimento, sustar o recurso na origem.”* (Decisão do 1º Conselho de Contribuintes – Recurso 014648, de 11.11.98).

¹⁹ O Decreto nº 4.643, de 24 de março de 2003, que aprova a estrutura regimental do Ministério da Fazenda, estabelece no Anexo I que as Delegacias de Julgamento, os Conselhos de Contribuintes e a Câmara Superior de Recursos Fiscais integram a estrutura organizacional daquele Ministério.

Esta medida foi implantada em setembro de 2001, caracterizando um grande avanço no processo administrativo fiscal, que apesar de não ser ainda o ideal, tal qual ocorre com os Conselhos de Contribuintes, que têm natureza coletiva e composição paritária, com representantes do Fisco e dos contribuintes, sem dúvida, já é um grande avanço.

8.2. Conselhos de Contribuintes

Os Conselhos de Contribuintes são órgãos colegiados judicantes subordinados diretamente ao Ministro da Fazenda e têm por finalidade o julgamento administrativo, em segunda instância, dos litígios fiscais.

Os três Conselhos de Contribuintes têm composição paritária, sendo metade dos conselheiros composta por representantes da Fazenda Nacional (Auditor-Fiscal da Receita Federal) e metade de representantes de Contribuintes, estes indicados por entidades de classe de suas categorias econômicas de nível nacional. O mandato é de três anos, admitida a recondução.

As atribuições dos Conselhos são definidas conforme o assunto, ficando assim distribuído:

1º Conselho de Contribuintes: Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza, adicionais e empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições (com oito Câmaras).

2º Conselho de Contribuintes: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, inclusive adicionais e empréstimos compulsórios a ele vinculados; Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF; Contribuições para o Programa de Integração Social e de Formação do Servidor Público -PIS/Pasep e para o Financiamento da Seguridade Social –COFINS; Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF (com três Câmaras).

3º Conselho de Contribuintes: Impostos sobre a Importação e Exportação (II e IE); IPI nos casos de importação e o incidente sobre produtos saídos da Zona Franca de Manaus ou a ela destinados; demais contribuições relacionadas com a importação e exportação; Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES; Imposto sobre Propriedade Territorial Rural – ITR; Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE; Contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL; todos os demais tributos e contribuições não incluídos na competência julgadora dos demais conselhos (com três Câmaras).

8.3. Câmara Superior de Recursos Fiscais

À Câmara Superior de Recursos Fiscais, composta por três turmas (sendo a primeira com dezesseis Conselheiros e as demais com oito Conselheiros) compete o julgamento de recurso especial interposto nos casos de: (i) decisão não unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova (recurso privativo do Procurador da Fazenda Nacional) e; (ii) decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara de Conselho de Contribuintes ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

9. Conclusão

Busca-se com esta explanação do processo administrativo fiscal destacar sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro, devendo este ser cada vez mais aperfeiçoado para que possa efetivamente ser mais um instrumento de defesa dos cidadãos e de esclarecimentos de questões técnicas e legais que devem ser resolvidas no âmbito da própria Administração Pública.

Defende-se aqui o aprimoramento do processo administrativo fiscal com o intuito de diminuir o elevado número de processos judiciais que afogam a Justiça Brasileira com questões que a própria administração poderia sanar.

Referências bibliográficas

ATIENZA, Manuel. *Sobre lo razonable en el derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 9, n. 27, p. 156-163, 1989.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. São Paulo: Atlas, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed.



The reality of binding precedent in America

*Charles Cole*¹

RESUMO

Este artigo oferece ao leitor uma oportunidade de entender o uso da doutrina do precedente vinculante nos Estados Unidos, tanto no sistema federal quanto no estadual. O autor oferece comentários que adotam a posição segundo a qual o uso do precedente vinculante nos Estados Unidos da América fornece as bases para os estudantes de direito, advogados, professores de direito, juízes e legisladores poderem prever o que um tribunal deve decidir em um caso sujeito a um precedente estabelecido. O artigo explica como o precedente é criado e também como ele é usado pelos tribunais para julgar casos. Ademais, o material explica que o precedente vinculante nos Estados Unidos não significa que o precedente de um caso é escrito em pedra. A maneira pela qual o precedente pode vir a ser mudado é discutida, assim como as características necessárias da formação jurídica e as funções de apoio ao sistema judiciário que precisam existir para permitir a uma cultura jurídica a utilização com sucesso do precedente vinculante. O autor conclui que o método da formação jurídica e o sistema de apoio necessário para garantir o efetivo uso do precedente vinculante nos Estados Unidos é justificado pela estabilidade e previsibilidade das decisões legais que o conceito torna possível

Palavras-chave

Precedente vinculante americano. Constitucional.

ABSTRACT

This article offers the reader an opportunity to understand the use of binding precedent in the United States, both in the State and Federal justice systems. The author offers commentary which supports the position that America's use of binding precedent provides a basis for law students, lawyers, law professors, judges and law-makers to forecast what a court should decide in a case subject to established precedent. The article explains both how precedent is created and how such is used by the courts to adjudicate cases.

The material further explains that binding precedent in America does not mean that the

¹Beeson Professor of Law, Cumberland School of Law of Samford University, Birmingham, Alabama, U.S.A., B.S. Auburn University, J.D. Cumberland School of Law of Samford University, and LL.M. New York University Graduate School of Law. Professor Dr. Cole also serves as the Director of the Master of Comparative Law Program and Director of International Programs.

precedent of a case is written in stone. The manner in which precedent is changed prospectively is discussed, as well as the necessary legal education characteristics and justice system support functions which must exist to allow a legal culture to use binding precedent successfully. The author concludes that the method of legal education and support system necessary to assure the effective use of binding precedent in America is justified by the stability and predictability of legal decisions which the concept makes possible.

Key-words

American binding precedent. Constitution.

I. Introduction

The *stare decisis* doctrine in the United States legal culture requires that once an appellate court in the State or federal judicial system has selected a principle of law to use in deciding the case before it by a majority opinion of the court, thus establishing the precedent of the case, the court will continue to adhere to that precedent, applying it to future cases where the relevant facts for purposes of decision are substantially the same, even though the parties are different.² Therefore, "precedent" is the legal rule used by an *appellate court in the forum in which the case has been decided*, applied to the *relevant facts* which create the issue before the court for decision. *Stare decisis* is the *policy* which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not disturb a settled point previously decided.³ This principle, *applying the doctrine of stare decisis* to establish binding precedent, came to the United States legal culture from the English common law tradition.⁴ Binding precedent is, therefore, the result of the use of the doctrine of *stare decisis*. This article will, henceforth, designate the principle by its product, i.e., "binding precedent."

The United States gradually departed from following the English precedents and formed a legal system based upon American case law adapted from other States of the United States when there was no binding precedent within the forum State in question, rather than referring back to the English tradition generally.⁵ Even today, however, an American State court may use English law as persuasive authority when no other authority exists. The difference between binding precedent and persuasive authority in judicial decision-making in the United States will be discussed, *infra*.

This article has no intent nor desire to champion the use of a limited or generally binding *sumula vinculante*. The article will, however, address what binding precedent is in the United States in an attempt to offer a basis for

¹ See *Horne v. Moody*, 146 S.W. 2d 505, 509-510 (Tex. Civ. App. 1940).

² See *Neff v. George*, 4 N.E. 2d 388, 390-391 (111. 1936).

³ See Edward D. Re, *Remarks Regarding Stare Decisis Presented at a Seminar for Federal Appellate Judges Sponsored by the Federal Judicial Center* (May 13-16, 1975), in *education and training series*, May, 1975, at 1.

understanding how the state and federal systems of the United States affect the use of binding precedent and how binding precedent is used in decision-making by judges and justices. The materials will also discuss how binding precedent affects the practice of law, the affect of the use of binding precedent upon the manner in which legal education occurs in the United States, and the necessary support system for a legal culture such as that which is used in the United States where binding precedent is utilized.

The conclusion will offer a statement of the benefits and detriments of the use of binding precedent in the United States legal culture and reach the ultimate conclusion that binding precedent in the United States serves the legal culture in an admirable manner; however, the text and conclusion of the paper will offer a sufficient basis for the reader to be advised of the impact that the general application of binding precedent could have upon the legal culture of any country, requiring re-evaluations and redesign of aspects of the system of judicial decision-making, including the manner in which lawyers are trained to both practice law and become judges in any justice system.

II. The nature of binding precedent in the United States

The normal responsibility of judges is to interpret the law which the legislative branch has enacted, not to “make” the law. Even so, in the American legal culture, the interpretations and determinations of an appellate court in a State, involving state law, or an appellate court of the United States, a federal court of appeals,⁶ or the United States Supreme Court (hereinafter “Supreme Court”), involving federal law, constitutes binding precedent *if* the opinion of the court is rendered by a *majority* of the respective court. Thus, in essence, a holding of the court which is precedent is “law” and binding upon the courts subordinate to the appellate court of last resort in question until such precedent is overruled or modified by a subsequent precedent.

One must be aware, however, if one knows how to define the precedent of a case and to properly limit the application of that precedent to the relevant facts upon which it is based, one can, in many cases, distinguish the precedent under consideration in such a manner that the formal holding of a precedential case is said not to be binding in a subsequent case before the court because it is distinguished on its facts. In essence, a precedent of the Supreme Court, during the life of such precedent, is “law” because the precedent determines what

⁴ Lewellyn, *The Case Law System in America* 6 (and Saldi trans., Gewirtz ed. 1989) (1928).

⁵ One should recognize that a majority opinion of the intermediate appellate courts in both the state and federal systems of the United States is precedent; however, the court of last resort in the state for decisions based on state law, and the Supreme Court of the United States, for decisions based upon federal law are rendered, such will constitute binding precedent in the respective judicial systems.

the Constitution means until the Supreme Court changes the precedent in a subsequent case.

The appellate courts of either the state or federal system in the United States, acting within their appropriate sphere of influence,⁷ will either establish precedent (where no such precedent existed before the consideration of the case before the court), or follow outstanding precedent. In attempting to explain the process of judicial decision-making in the United States legal culture it is necessary to comment upon the spheres of influence of both the state and federal courts, the historical and constitutional basis for the American system of federalism and how the relationship between the State and federal governments is affected by binding precedent of the Supreme Court. We shall also consider how a court in either of the two court systems will determine what precedent is applicable to the case before it, how the court deciding a case will establish precedent when no precedent is outstanding, and how courts either follow precedent, distinguish the prior precedential case on its facts, or overrule the prior precedent because it is no longer viable. Discussion of each of these topics follows, in the order enumerated.

a. The spheres of influence of both the state and federal courts and the application of binding precedent

In reviewing the role of precedent in the United States one must first recognize that the Supreme Court of *each State* establishes the binding precedent for cases involving *State law*. In essence, the court of last resort of each State establishes the proper construction to be given to the State Constitution and State statutes for that State as long as the law in question does not conflict with the federal Constitution, federal statutes enacted pursuant to the Constitution, treaties or *cases* construing the federal Constitution, statutes and treaties. The sphere of judicial influence for the State courts in the United States is broad because State courts generally have concurrent jurisdiction with the federal Courts to decide cases involving federal questions other than when the United States Congress has given exclusive jurisdiction to the federal system to decide the particular federal question. Thus, State courts can decide both non-exclusive federal and state questions; however, decisions relating to *federal questions* are subject to appellate review by *the federal Supreme Court*, while questions which involve State law merely are subject to review only by the State court within the respective state system.

⁶The “appropriate sphere of influence” for both the federal and state judicial systems in the United States will be discussed in section II. A., *infra*.

One must remember, however, in viewing the spheres of judicial power in the United States, that the United States federal judiciary is a judiciary of enumerated power merely. The judicial power of the United States is extended to limited types of cases and controversies arising under the Constitution, laws of the United States, and treaties.⁸ Federal review of State cases involving federal questions occurs generally when the case has been decided by the court of last resort in the State system, with the State court interpretations of federal questions being subject to federal appellate review by the Supreme Court of the United States. Conversely, when the case begins in the federal district court, where a basis for federal jurisdiction exists, the case then proceeds to the federal court of appeals serving the particular district court and the determination of the court of appeals is subject to review by the Supreme Court of the United States. The decision of a trial court is not binding precedent. The decision of a State appellate court is precedent within the state system for the state questions decided and, when the case begins in the federal district court, the decision of the federal court of appeals is precedent for the circuit. The precedent for the circuit in the federal system is, however, subject to being overruled by a contra decision of the Supreme Court of the United States, which establishes national precedent.

⁷ The Constitution of the United States provides for the judicial power of the United States in Article III and provides that the Congress shall have power to create courts inferior to the Supreme Court in Article I. The courts created by Congress pursuant to Article III enjoy the independence and terms of office as provided in that article. The pertinent portions of Article III, to recognize the limited nature of federal judiciary jurisdiction are as follows:

Article III

Section 1. The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Section 2. [1] The judicial Power shall extend to all Cases, In law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; — to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; — to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; — to Controversies to which the United States shall be a Party; — to Controversies between two or more States; — between a State and Citizens of another State; — between Citizens of different States; — between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

[2] In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Congress also has the power, under Article I of the United States Constitution, to establish specialized courts which do not have Article III court independence or constitutionally assured terms of office, e.g., the United States Tax Court. The authority to establish these Article I courts is as follows:

Section 8.[1] The Congress shall have power[:]

[9] To constitute Tribunals inferior to the Supreme Court;

....

The decision of the Supreme Court is binding on all courts, both state and federal, for the construction applicable to the federal Constitution, statutes enacted pursuant to the Constitution, or treaties. The United States Constitution contains a Supremacy Clause which provides that:

[2] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.⁹

Hence, federal law, as construed in a majority decision of the Supreme Court of the United States, constitutes precedent on the question decided and closely analogous questions. When the Supreme Court decides a question relating to construction of the Constitution, law enacted pursuant to the Constitution or treaty, that construction becomes “law” because it is an adjudication of what the federal law means and that adjudication is binding precedent. The same concept is true in the State systems when the State court of last resort decides a question of State law. Obviously, however, one can recognize the separate spheres of influence of the two systems of justice in the United States, with the national norms being decided by the Supreme Court of the United States, rendering decisions defining what the Constitution, laws, and treaties of the United States mean and thereby binding all persons and governmental entities within the jurisdiction of the United States to the construction established by the Supreme Court. The State court of last resort, deciding matters of state law, not inconsistent with federal law, thus constitutes precedent for analogous¹⁰ cases in the state system.

b. Historical and constitutional basis for american federalism and the affect of binding precedent

Federalism, as a generic governmental concept, is properly deemed as “an expression of constitutional shorthand respecting the vertical distribution of legislative jurisdiction in the United States.”¹¹ One may further define that vertical distribution of jurisdiction in American federalism as the “distribution of powers between the federal government and the States.”¹²

The need for an American federalism began with the recognition that the American Colonies should establish a constructive relationship with the English Parliament and King during America’s colonial period. Subsequent

⁸ U.S. Const. art. VI, cl. 2.

⁹ Analogous cases are those cases which have relevant facts for purposes of decision which are so similar to the relevant facts upon which the court based its decision in an earlier precedential case that the earlier precedent controls.

to gaining independence from England there was a need for an American federalism between the States and a central government. Consistent with that need, following the declaration of American independence from England, the States joined together under the Articles of Confederation, retaining much of their sovereignty, including the power to tax and regulate commerce, but giving the Confederation Congress both war and defense authority.¹³

The American Articles of Confederation, America's first attempt to create a central government, proved to be inadequate because there was no power in the central government to govern.¹⁴ Hence, the delegates were sent to Philadelphia in 1787 to revise the Articles; however, they ultimately offered the States an opportunity to ratify a constitution which delegated powers to a central government, retaining the power to legislate for the general health, welfare and safety in the States.¹⁵ The American government under the present Constitution became effective on March 4, 1789. The Constitution has been amended only twenty-seven times since its ratification by the requisite number of States and ten of those amendments occurred within two years after the ratification of the Constitution.

The amazing fact that the United States Constitution has been amended only twenty-seven times since 1789 and continues to constitute the fundamental law of the United States may be explained because it has been interpreted by the Supreme Court in a manner which renders it viable for contemporary America and the binding precedents interpreting the Constitution are law.¹⁶ The dual sovereignty type of federalism which the Constitution created in the beginning of the American governmental experience was based upon the premise that the federal government created by the States was a government of enumerated powers and the inherent power of general sovereignty, the power to legislate for the general health, welfare and safety was reserved by the States.

This theory of reserved power in the States depended, for continued vitality, upon constitutional interpretation which construed the enumerated powers of the federal government narrowly. In *McCulloch v. Maryland*,¹⁷ a case decided in 1819, the Supreme Court determined that the Congress had the power to establish a national bank even though no explicit power to do so

¹⁰ Van Alstyne, *Federalism, Congress, The States And the Tenth Amendment: Adrift in the Cellophane Sea*, 1987 Duke L.J. 769, 770 (1987).

¹¹ R. Berger, *FEDERALISM: THE FOUNDER'S DESIGN* (1987).

¹² See Lesser, *The Course of Federalism in America—An Historical Overview*, in *FEDERALISM: THE SHIFTING BALANCE 2* (J. Griffith ed. 1989).

¹³ *Id.*

¹⁴ The retention of police power in the States does not, however, continue to limit the exercise of federal power in contemporary America. The broad construction of enumerated powers granted to the federal government in the Constitution has reduced the legal federalism concept of the Framers' Constitution to that which is now termed political federalism. See Lesser, *supra* note 13 at 1. Political federalism may be defined as that relationship between the States and federal government as determined by the representatives of the people within the States that elect them to serve in the political branches of government at the national level.

existed in the Constitution. The Court rejected the contention of the State of Maryland that federal power could not preempt state power by holding that the powers of the federal government were derived from the people, not from the states.¹⁸ One should recognize that the Court had established the power of judicial review over executive and legislative actions in *Marbury v. Madison*¹⁹ in 1803, and *McCulloch*, sixteen years later, both cases binding judicial precedent, established the basis for implementation of national policy, asserting:

*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.*²⁰

Subsequent to the *McCulloch* precedent a federal legislative act would be determined to be valid by the Supreme Court if the act was found to bear a reasonable relationship to an enumerated federal power. In *McCulloch* the Court had found that the second Bank of the United States had a reasonable relationship to the federal congressional powers to “lay and collect taxes; to borrow money; to regulate commerce; to declare and conduct a war; and to raise and support armies and navies.”²¹

This recognition of broad authority in the federal government, by binding precedential decisions of the Supreme Court, continued until following America’s Civil War, 1861-65, when the Court began to become more reluctant to allow government interference with both economic matters and individual liberties. During the period 1888-1936, the Court limited government intrusion on the basis of the interpretation given to the word “liberty” in the due process clauses of the Fifth (applicable to the federal government) and Fourteenth Amendments (applicable to the States) which created substantive limitations on governmental regulation. The Court also used the Tenth Amendment, reserving power in the States if not granted to the federal government, and a narrow construction of the power of Congress to regulate under the interstate commerce

¹⁵ The appropriate manner to construe the Constitution is a question which cannot be properly addressed in this short article; however, one should recognize that the United States Constitution is a document of concepts such as equal protection and due process of law. The Supreme Court’s construction of those concepts changes with the evolution of the American government and the American people. Hence, continuing definition of evolving concepts, with the use of binding precedent, gives the Constitution a current interpretation.

¹⁶ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

¹⁷ *Id.* at 403-07.

¹⁸ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁹ 17 U.S. (4 Wheat.) at 421.

²⁰ 17 U.S. (4 Wheat.) at 407. Chief Justice Marshall’s opinion established that the Congress had both implied powers and the Necessary and Proper Clause to use for purposes of implementing its enumerated powers by reasonable means. It is noteworthy that the Court held that the word “necessary” of the clause was not to be construed to mean laws “absolutely necessary.” *Id.* at 413-16. *McCulloch* established by binding precedent the definition of “necessary” as reasonably necessary and thus created a broad base for implementation of federal power.

clause, to limit governmental regulation during this same time-frame.

The judicial doctrine described above, providing for a narrow construction of governmental power and thus limited governmental influence, prevailed until 1937 when the conservative judicial philosophy, limiting economic regulation, favoring a free-market economy, lost favor with the Court. The Court thereafter deferred to the Congress and the State legislatures to establish the economic regulatory norms and the Court returned to the principles of *McCulloch v. Maryland*. Even the casual observer can recognize that the role of the judicial branch of government in America is greatly affected by the role it perceives for itself in the judicial review process. Also, as is evident from recognizing how Supreme Court binding precedent constitutes “law”, the Court’s new precedent, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,²² overruled prior precedent and repudiated economic substantive due process, the theory which had limited government power in matters involving economic regulation.²³

One should, therefore, recognize that the Court, with majority opinions construing the Constitution, is making “law,” and the precedent created by the judicial interpretation of the Constitution is what the United States Constitution means until the Court overrules the precedent or confines its operational affect by later construction.

c. How a court determines what precedent is applicable to the case

Judges, lawyers, and academics are blessed with very accurate and effective methods of legal research in the United States. The party seeking to research a prior precedent which will control the case for adjudication must first determine the relevant facts of the case and, therefore, the legal issue which must be decided by the court. The legal issue to be researched is the question to be decided, in the context of the relevant facts of the case which are important to the court in making its decision, i.e., what principle of law should the court apply to the question which it must decide to adjudicate the case.

In America the researcher, judge, judicial clerk, or lawyer, can utilize either a manual subject-matter research methodology to locate cases which treat similar issues or use electronic legal research methods such as WESTLAW or LEXIS. The available legal research methodologies allow researchers to find cases treating similar issues and, in some instances, to discover cases directly on point.²⁴ When the researcher finds a case which is treating the same legal issues and those issues are based upon essentially the same relevant fact situation, such is said to be an analogous case. When the analogous case has been decided by the court of last resort in the jurisdiction in which the researcher is seeking a precedent, that case, *if such is a majority opinion*, is a precedent. In such a situation the precedent in question is said to be a binding precedent when decided by

²¹ 300 U.S. 379 (1937).

²² See *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

an appellate court of the State or the federal judicial system. If the case found is not a majority opinion it is said to be *persuasive authority*. Such a case would also be persuasive authority if it was not decided in the forum, i.e., within the State in question or the federal circuit in question.

One must recognize that lawyers in the United States= legal culture are generally highly trained and have offered in their trial memoranda during the motion practice preceding the trial, and trial of the case, much of the legal authority applicable for the case to the trial judge. The lawyers also play a very important role in offering arguments for and against precedents which they assert to be binding to the appellate courts on appeal.

The court, both the trial and appellate court, must determine the authority of the precedent offered to it, determining whether such is binding or merely persuasive. The precedent case will be determined to be binding when the relevant facts in the precedent case are sufficiently similar to justify the application of the same rule of law as was used in the precedent case to the case before the court for adjudication. When the relevant facts for decision used by the court in the precedent case in rendering its decision are sufficiently similar to those facts in the case which are before the court, then the court is justified as treating the precedent case as binding upon it, *if* the rule of law applied in that case has not been changed by the law-maker, i.e., the state legislature or Congress. Thus, when a prior case is determined to be a binding precedent, the principle established in the prior case must be applied, and determines the disposition of the subsequent case, the case before the court for adjudication. When, however, the prior decision is merely persuasive, the court uses its discretion to determine what, if any, weight will be given to the prior opinion.

The judge or lawyer attempting to ascertain the precedent from a prior case must know the relevant facts which the court used for purposes of decision in the prior case and the principle of law which the court applied to the relevant facts. The precedent of a case is, therefore, simply the principle of law or rule of law that was applied to the relevant facts necessary for decision on the basis of the legal issue or issues actually presented to that court for decision. All statements of the court which are not necessary for the decision in that case are *dicta* (if plural) and *dictum* (if singular).

d. How a court will decide a case in the United States legal culture when precedent does not control

²³ A case "directly on point" is a prior case, within the forum, which is so similar to the case before the court for decision that it clearly controls the decision of the court, i.e., the relevant facts and law which were applicable in the prior case are so similar that the precedent case cannot be distinguished on either the law or the relevant facts which the court must consider to determine what rule of law it will apply to decide the case.

As previously mentioned, a trial court does not establish precedent. Precedent is established by an appellate court in the respective judicial system, federal or state. As noted, there is recognition of a “precedent of the circuit” in the United States when the federal court of appeals decides an appeal from the federal district court. Even so, binding precedent, the precedent to be given the most deference, in the federal system must come from the Supreme Court of the United States, in a similar manner to the treatment of precedent created by an intermediate state courts of appeal. Ultimately, the state court of last resort within the state court system renders the precedential decision which is given the most deference as binding precedent.

When a trial court is faced with a situation where there is no precedent or controlling statute, it then uses either persuasive authority available to it or exercises discretion in determining what law should be applied to the case before it. Such a situation is said to be a “case of first impression” which allows the trial judge to determine what the general law should be in such a fact situation. The appellate court is then faced with essentially the same method of judicial resolution, i.e., it must decide what general law should be applied to the case of first impression before it and, in doing so, establishes the precedent which will be followed by the courts subordinate to it (either state or federal courts within their respective spheres of influence). The trial and appellate courts, in determining the rule of law to apply in creating “new precedent,” will look to analogous cases in the forum, persuasive authority from cases previously decided treating the issue before it in other States or the federal system, legal treatises and law review articles.

III. The effect of binding precedent, as used in the United States, on decision-making by judges and justices

Trial judges are bound by any precedent established which is determined to be applicable to the case before it for resolution by the appropriate appellate court in the jurisdiction in which the trial judge sits. In essence, the trial judge does not have the general authority to overrule prior precedent. When, however, the trial judge is faced with the application of a prior precedent which has been so significantly eroded by the passage of time or other precedent cases that it is clear the precedent would be overruled if the case was submitted to the appropriate appellate court, some trial judges refuse to follow the Aoutdated@ precedent. Obviously, however, in such a case the losing party has the opportunity on appeal to assert the failure to follow the precedent as trial court error.

As an example of how both trial and appellate judges review the effect of binding precedent which has been diminished in strength by time or other analogous cases which have been decided differently, one should consider the manner in which the Supreme Court of the United States changed its majority

view regarding the construction to be given to the Establishment Clause in the First Amendment to the United States Constitution, which provides that "Congress shall make no law respecting an establishment of religion[.]"²⁵ The constitutional admonition that government shall make no law respecting an establishment of religion clearly means that government cannot establish a religion. The problem thus requires that the court determine what "laws" respect an establishment of religion.²⁶ The Establishment Clause has, in the past, been construed by the Supreme Court to prohibit government programs which aid a particular religion directly. The contemporary view of the clause also prohibits government from showing a preference from one religion over another or for religion over non-religion. The Supreme Court, for many years, used the test established in a Supreme Court precedent styled *Lemon v. Kurtzman*,²⁷ which utilized a three-part inquiry to determine if the government regulation in question was permissible under the Establishment Clause. The *Lemon* precedent looked to the purpose of the legislation, i.e.: (1) was such secular - if such was secular the statute was constitutional; (2) does the regulatory statute in question have a primary affect which is to aid or inhibit religion, i.e., if the regulatory legislation would either aid or inhibit religion it was an Establishment Clause violation; and, (3) does the regulatory legislation cause an excessive entanglement between government and religion, i.e., where it is necessary for the government to become excessively entangled with religion to assure that the aid in question was not directly aiding the religious purpose the regulation was unconstitutional.

A 1997 decision of the Supreme Court, *Agostini v. Felton*,²⁸ provides us with a basis to view what occurs in the American legal culture as the majority of the Supreme Court changes its judicial philosophy. The *Agostini* court reviewed an earlier decision, *Aguilar v. Felton*,²⁹ which had established the precedent that the Establishment Clause prohibited the City of New York from sending public school teachers into church-related schools to provide remedial education to disadvantaged children pursuant to funding for such from a congressionally mandated program to offer dis al trial court entered a permanent injunction enjoining the application of the funds in question for parochial schools unless the academic services were made available to the parochial school children as after-school instruction on public school campuses.

²⁴ U.S. Const. amend. I, cl. 1. The author recognizes that Brasil does not follow the same view of the separation of Church and State that is followed in the United States; however, this example of how the strength of precedent may be diminished and subsequently overruled is offered as an example of how the process of overruling precedent occurs, not to suggest an appropriate relationship between church and state.

²⁵ Materials concerning the Establishment Clause and the changing view of the Court concerning such are based upon comments provided during a Constitutional Law Symposium presented for the Tribunal Regionale Federal DA 3ª Regi~o and the Instituto Dos Advogados de Sao Paulo, October 13-15, 1997, by this author during the course of lectures relating to other topics.

²⁶ 403 U.S. 602 (1971).

The *Agostini* case questioned the continuing viability of *Aguilar*, asserting that it was

no longer “good law” in that it was not consistent with the Court’s Establishment Clause decisions following *Aguilar*. Hence, the *Agostini* plaintiffs sought review from the permanent injunction which had been granted in *Aguilar*, attempting to reverse that decision and authorize the on-campus parochial school tutorial aid.

The Supreme Court’s *Agostini* opinion noted that *Aguilar* was not consistent with its subsequent Establishment Clause decisions and overruled *Aguilar*, a case which had utilized the *Lemon* test as a basis for the decision. The *Agostini* opinion looked to the cases which intervened between the *Aguilar* injunction and *Agostini*, finding that the changing majority of the Court had departed from the *Aguilar* Establishment Clause judicial philosophy. The Court found that it had abandoned the test established by the *Lemon* case and established a new test, overruling the *Aguilar* precedent. The Supreme Court looked to other cases which it had decided in the intervening period between *Aguilar* and *Agostini* and departed from the precedent relied upon in *Aguilar*.

The intervening cases which the Supreme Court reviewed indicated that the Court had changed its view of an Establishment Clause violation and, therefore, found that the tutorial program did not result in governmental indoctrination. The Court then summarized recent precedential cases, asserting that the governmental academic tutorial program in question did not conflict with any of the primary criteria which it currently used to evaluate whether government aid had the effect of advancing religion. The *Agostini* Court majority established a new test to determine whether government aid has the affect of advancing religion, i.e., “[whether] it [the aid] does not result in governmental indoctrination; define its recipients by reference to religion; or create an excessive entanglement.³⁰ The *Agostini* Court then held that “a federally funded program providing supplemental remedial instruction to disadvantaged children on a neutral basis is not invalid under the Establishment Clause when such instruction is given on the premises of sectarian schools by government employees pursuant to a program containing safeguards such as those present here.³¹

The foregoing material should adequately indicate that a precedent in the United States legal culture is not etched in stone. The basic law may change relating to the precedent by the law-maker, the passage of time and evolving culture may render the precedent obsolete, or the majority of the Court may change its judicial philosophy in such a manner to overrule prior precedent and establish new precedent. The *Agostini* Court indicated the manner in which the United States constitutional culture utilizes precedent with the following

²⁷ 521 U.S. 203, 117 S. Ct. 1997 (1997).

²⁸ 473 U.S. 402 (1985).

language:

[T]he doctrine of stare decisis does not preclude us from recognizing the change in our law and overruling Aguilar and those portions of law inconsistent with our more recent decisions. As we have often noted, stare

decisis is not an inexorable command, but instead reflects a policy judgment that “in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right.” That policy is at its weakest when we interpret the Constitution because our interpretation can be altered only by constitutional amendment or by overruling our prior decisions.

....

We therefore conclude that our Establishment Clause law has “significantly changed” since we decided Aguilar. We are only left to decide whether this change in law entitles petitioners to relief[.] We conclude that it does.

....

We do not acknowledge, and we do not hold that other Courts should conclude our more recent cases have, by implication, overruled an earlier precedent. We reaffirm that “if a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions.

....

The trial court acted within its discretion in entertaining the motion [to give relief in the outstanding injunction in Aguilar] with supporting allegations, but it was also correct to recognize that the motion had to be denied unless and until this Court reinterpreted the binding precedent.³²

The *Agostini* case clearly indicates the effect that a changing majority of the Court and evolving judicial philosophy of that majority has in the adjudication of cases involving constitutional concepts. Such is the nature of the use of precedent in the United States constitutional culture. The precedent in *Agostini* also indicates that the current majority of the Court is taking more of an accommodationist view of the relationship between Church and State than, as in the past, a separationist view.

²⁹ 117 S. Ct. at 2016.

³⁰ *Id.*

IV. The effect of binding precedent, as used in the United States, on the practice of law

The use of binding precedent in the federal and state systems of the United States allows a practitioner to determine the relevant facts regarding a particular case from a client, research those facts and ascertain precedent cases. The precedent cases allow the practitioner to project the decision of the appropriate trial court, based upon the analogous case which serves as a precedent, for that trial court's decision. This projection of how a client's case will be decided by the appropriate trial and appellate courts is called "forecasting." Forecasting would not be possible without the use of binding precedent.

In essence, the use of precedent in the American legal culture creates a stability in the law for decision-making purposes and, further, provides a basis for the legal practitioner to forecast the decision which a court should make regarding cases which that practitioner brings to the court for decision. Further, in some instances a new precedent will indicate that the facts presented to the lawyer for review do not serve as a basis for a valid cause of action in the jurisdiction in question. Hence, the ability to forecast the action which the trial and appellate courts should take regarding a particular fact situation can avoid the necessity to litigate repetitive fact situations which do not constitute a basis for judicial relief.

V. The effect of binding precedent, as used in the United States, on the reality of legal education

The legal culture of the United States requires that students of the law be taught to analyze cases to determine relevant facts, issues which the court must decide, and the rationales which are appropriate to respond to the legal issues. Hence, the case method of teaching is a necessary aspect of proper application of binding precedent. It may be helpful to think of this process as a mechanic with his tools in constructing a machine. The completed product is like the rule; its components are legal vocabulary, concepts, definitions and principles; the worker's tools and knowledge of their use are analogous to method. The tools can be used to construct or to dismantle, to add on, or to downsize.³³

American legal education seeks to familiarize students with the basic substantive law through constitutions, statutes and case decisions. When one recognizes that binding precedent serves as the basis for determining what these "laws" mean it becomes apparent that students must learn why the court held as it did, i.e., determine what the rationale is for specific cases and how the court developed the rationale.

This second objective, recognizing what the rationale of the court is

³¹ *Id.* at 2016-17.

and how it is developed is generally called "legal method." One author in America has asserted that "legal method" does not concern itself with the principles, doctrines, and rules comprising a jurisdiction's substantive law in a specific field or *in toto*. It does concern itself with the methodology employed, principally by courts, to create, elaborate, and apply that substance.³⁴ Thus, much American legal education concentrates on analyzing legal opinions in light of formerly published opinions to recognize issues, rationales, and precedents. This approach stresses the reason or rationale of a court's opinion, as well as requiring that the legal issue or issues of a legal case be articulated in the context of the facts of the case.

Unfortunately, due to the use of a teaching approach that can focus on rules rather than rationales, law students often struggle to enunciate why a court should apply a given rule of law to a particular case. Using teaching materials composed of both treatise materials and edited opinions of the appellate courts teaches students to recognize and formulate the legal issues of the cases through analysis of the facts and rationale used by the Court and, very importantly, to determine the precedent of the case and how the case is, or is not, controlled by prior precedent.

When a student of the law is faced with a "case" for analysis and projection of how the appropriate court should decide the legal issues presented, the legal method of analysis is used. The difficulty is analyzing the facts and determining which facts are relevant for purposes of the court's decision. Determining the relevant facts for decision determines the issue or issues the court must ultimately decide. The trial court will apply the precedent of the appropriate precedential decision which is the most analytically similar to the legal issues in the case for decision before it.

Law teaching by a lecture method does not provide a satisfactory basis for law students to understand fact situations which are presented to them for purposes of analysis, research, or forecasting. Law teaching in the United States requires active participation of the law student in the learning process. The students are called upon to participate in class through class recitations and general questions concerning the material presented, thus learning how to use the tools. It is extremely important that the student be prepared for each class and participate during the course of the class to gain re-enforcement of the conclusions reached during the preparation for class.

Extensive research and writing occurs during the course of study for the first degree in law in the United States, with a substantial amount of time during the first year of the law school experience dedicated to requiring the student to learn to analyze cases, identify relevant facts and issues, and understand how to properly phrase and utilize the precedents of the cases studied.

³² See Cappalli, *The Disappearance of Legal Method*, 70 Temp. L. Rev. 393, 398 (1997).

³³ *Id.*

VI. The support system necessary for a binding precedent legal culture such as that which is used in the United States

The most obvious need, as such relates to a support system for a binding precedent legal culture, is for a system of legal research to be readily available, easy to use, and rendered current by legal publishers. Law students, law professors, lawyers, judges and justices must have available access to up-to-date cases which constitute a basis for ascertaining precedent and researching such. The record of the case must be sufficiently detailed to indicate the relevant facts which the court found it necessary to utilize for purposes of decision, the issue decided, and the rationale which the court utilized to determine the case. A decision of the Supreme Court is currently available in the United States within hours after the decision of the Court is rendered on either WESTLAW or LEXIS. Supplements to written reports are available within weeks after the electronic material is available from the Court.

One should recognize that the reporting and research system available to a legal precedent culture must be available in a prompt and accurate manner. The system must also be designed in such a way that it is both reasonably available and easy to utilize. Additionally, the legal researchers must be in a position to determine the current validity of any case relied upon as precedent. In the United States one may determine the current status of any case, state or federal, by a method called "shepardizing." The Shepard's citations are published books which contain citations of all published legal opinions, with references to all published cases which have affected the prior cases in any way, i.e., affirming or overruling a portion or all of the prior precedent. This up-date methodology is also available electronically on either WESTLAW or LEXIS. When a court publishes a written opinion, following, rejecting or modifying a prior precedent, Shepard's editors read the opinion and compile a list of all prior cases the court has utilized for purposes of its decision. Any use of prior cases as a basis for the subsequent decision, modifying, affirming or over-ruling the prior case is indicated by adding notations of that action to the published citation for the prior case. Hence, when one checks the prior citation (the issue of the reporter in which the opinion is found, e.g., *Smith v. Jones*, 10 U.S. 1 (18xx)), it is possible to obtain the citation for any subsequent cases that have referenced *Smith v. Jones* and by researching those citations one can determine how, if at all, subsequent cases have affected the original precedent as established in the precedential opinion.

The use of binding precedent requires a reporting system that makes appellate opinions available to all interested parties. There must also be a method readily available to track all precedential cases to provide a basis to determine their current viability in a prompt manner.

VII. Conclusion

The use of binding precedent in the United States legal culture, both in the State and Federal justice systems, is one of the most outstanding characteristics of American law. Binding precedent, as used in the United States, provides a basis for law students, lawyers, law professors, judges and law-makers to forecast what the Court should decide in a case subject to established precedent.

Binding precedent in the United States does not, however, mean that the precedent of a case is written in stone. Precedent will change prospectively when the law-maker changes the law upon which the precedent is based, or a Court, with authority to change the applicable precedent, modifies or overrules the prior precedent.

One should recognize that the transplantation of the binding precedent concept as used in the United States to other legal cultures could require the re-evaluation of the manner in which legal education occurs. Teaching methodology must be compatible with binding precedent use and student participation in the learning process must be assured. Further, while the practice of law and judicial decision-making would obtain great benefit from the predictability of decision which binding precedent offers, the bar and bench must be properly acclimated to the use of binding precedent for the practice to work properly.



Dissertações defendidas em 2004

1. **ALUNO:** TIAGO ARAÚJO FILGUEIRAS
TÍTULO: “O PROCESSO E A INICIATIVA DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVAS”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR: DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA - (UNIFOR)
PROFESSORA DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES - (UFC)
PROFESSOR DOUTOR JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA - (UFC)
DATA DA DEFESA: 08 / 01 / 2004

2. **ALUNA:** CYNTHIA TEIXEIRA GADELHA
TÍTULO: “MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR: DOUTOR JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA - (UFC)
PROFESSOR DOUTOR ROBERTO MARTINS RODRIGUES - (UNIFOR)
PROFESSORA DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE - (UFC)
DATA DA DEFESA: 17 / 03 / 2004

3. **ALUNO:** ARNALDO BOSON PAES (UFC/UESPI)
TÍTULO: “CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR : DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA - (UNIFOR)
PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - (UFC)
PROFESSOR MESTRE IDEVALDO BARBOSA DA SILVA (UFC)

DATA DA DEFESA: 26 / 03 / 2004

4. **ALUNA:** LIA RAQUEL PRADO E SILVA CRAVEIRO (UFC/UESPI)
TÍTULO: “ACESSO À JUSTIÇA: A INSTITUIÇÃO DE DEFENSORIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA - (UNIFOR)

PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO - (UECE)

PROFESSOR IDEVALDO BARBOSA DA SILVA - (UFC)

DATA DA DEFESA: 19 / 04 / 2004

5. **ALUNO:** NESTOR ALCEBÍADES MENDES XIMENES (UFC/UESPI)
TÍTULO: “A ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA E A GARANTIA DO AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA - (UNIFOR)

PROF(A): DOUTOR FRANCISCO ADEGILDO FÉRRER - (UECE)

PROF(A): IDEVALDO BARBOSA DA SILVA - (UFC)

DATA DA DEFESA: 20 de abril de 2004

6. **ALUNA:** YASMIN XIMENES PONTES
TÍTULO: “A CONDIÇÃO DE DESIGUALDADE DA MULHER NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: PROFESSOR LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO (UFC)

PROF(A): LIVRE DOCENTE JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO (UNIFOR e UECE)

PROF(A): DOUTOR PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE (UFC)

DATA DA DEFESA: 04 de maio de 2004

7. **ALUNA:** SHIRLEY PINHEIRO LAGES (UFC/UESPI)
TÍTULO: “LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO MODERNO”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR PAULO ANTONIO DE M.

ALBUQUERQUE (UFC)
PROF(A).: DOUTOR FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES
(UNIFOR)
PROF(A).: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO (UFC)
DATA DA DEFESA: 07 de maio de 2004

8. **ALUNO:** GEORGES THALES SANTANA DE CARVALHO MENDES (UFC/
UESPI)

TÍTULO: “O NÍVEL DE INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR EM
RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
NA CIDADE DE TERESINA-PI”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA (UNIFOR)

PROF(A).: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO (UFC)

PROF(A).: IDEVALDO BARBOSA DA SILVA (UFC)

DATA DA DEFESA: 12 de maio de 2004

9. **ALUNO:** NESTOR ALEXANDRE DE SOUZA JÚNIOR

TÍTULO: “ATO JURÍDICO PERFEITO: SUA DELIMITAÇÃO
NORMATIVA E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO
(UFC)

PROF(A).: LIVRE DOCENTE JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO
(UNIFOR e da UECE)

PROF(A).: DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA (UFC
)

DATA DA DEFESA: 21 de maio de 2004

10. **ALUNA:** RAÍSSA MARIA REZENDE DE DEUS BARBOSA (UFC/UESPI)

TÍTULO: “A MORALIDADE ADMINISTRATIVA SOB O CONTROLE
REALIZADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR FRANCISCO GÉRSON M. DE LIMA (UFC
)

PROF(A).: DOUTOR ROBERTÔNIO SANTOS PESSOA (UFPI)

PROF(A).: DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE (UFC)

DATA DA DEFESA: 03 de junho de 2004

11. **ALUNA:** MARIA DOS REMÉDIOS LIMA DO NASCIMENTO (UFC/
UESPI)

TÍTULO: “A POSITIVAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO

**DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO SER HUMANO
COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE
1988”**

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA
(UFC)

PROF(A):: DOUTOR MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ
(UNIFOR)

PROF(A):: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO (UFC)

DATA DA DEFESA: 08 de junho de 2004

12. **ALUNA:** ISABELLE DE MENEZES FERREIRA

TÍTULO: “EPISTEMOLOGIA DO DIREITO – evolução e desafios”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO (UF
C)

PROF(A):: DOUTORA MARIA VITAL DA ROCHA (FA7)

PROF(A):: DOUTOR RUI VERLAINE OLIVEIRA MOREIRA (UFC)

DATA DA DEFESA: 14 de junho de 2004

13. **ALUNA:** TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES

TÍTULO: “A EFETIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO CONCURSO DE CREDORES”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR NEWTON DE LUCCA (USP/SP)

PROF(A):: LIVRE DOCENTE HUGO DE BRITO MACHADO (UFC)

PROF(A):: DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS (UFC)

DATA DA DEFESA: 18 de junho de 2004

14. **ALUNO:** JOSÉ EDUARDO DE SANTANA MACEDO (UNIT-ARACAJU-
SE)

TÍTULO: “CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E FORMAS DE
PARTICIPAÇÃO”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR PAULO ANTONIO DE MENEZES
ALBUQUERQUE (UFC)

PROF(A).: DOUTOR OTÁVIO AUGUSTO REIS DE SOUSA (UNIT)
PROF(A).: IDEVALDO BARBOSA DA SILVA (UFC)
DATA DA DEFESA: 23 de julho de 2004

15. ALUNA: LIANA CHAIB (UESPI – Teresina/PI)
TÍTULO: “O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE
DO ATO ADMINISTRATIVO”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR : DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA (UFC)

PROF(A).: DOUTOR FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA (UFPI)
PROF(A).: DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (UFC)
DATA DA DEFESA: 10 de setembro de 2004

16. ALUNO: LÚCIO FLÁVIO APOLIANO RIBEIRO
TÍTULO: “A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ORDEM JURÍDICA
BRASILEIRA”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR : DOUTOR FERNANDO BASTO FERRAZ (UFC)

PROF(A).: DOUTOR FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA (UFPI)
PROF(A).: DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA (UFC)
DATA DA DEFESA: 10 de setembro de 2004

17. ALUNO: CLÁUDIO CHAVES ARRUDA
TÍTULO: “A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE
TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: EFICÁCIA JURÍDICA E
APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
PROGRAMÁTICAS – DESTAQUE PARA OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS
SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS)”

COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO
(UFC)

PROF(A).: DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA (UNIFOR)
PROF(A).: DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA (UFC)
DATA DA DEFESA: 25 de outubro de 2004

18. ALUNO: ROBERTO CAJUBÁ DA COSTA BRITTO (UESPI/PI)
TÍTULO: “PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO
APLICADOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS (LEI

Nº 9099/95”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR : DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA (UNIFOR)

PROF(A):: DOUTOR REGENALDO RODRIGUES DA COSTA (UFC)

PROF(A):: DOUTOR FRANCISCO ADEGILDO FÉRRER (UFC)

DATA DA DEFESA: 26 de outubro de 2004

19. **ALUNO:** GILLIAN SANTANA DE CARVALHO MENDES (UESPI/PI)

TÍTULO: “A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS BRASILEIRAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR : DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA (UFC)

PROF(A):: DOUTORA LÍLIA MAIA DE MORAIS SALES (UNIFOR)

PROF(A):: DOUTOR FERNANDO BASTO FERRAZ (UFC)

DATA DA DEFESA: 05 de novembro de 2004

20. **ALUNA:** LUIZA DE FÁTIMA AMORIM OLIVEIRA

TÍTULO: “A (NÃO) APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM: OS CONSELHOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO POSSIBILIDADE TÉCNICO-JURÍDICA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR : DOUTOR WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO – (UNIRIO/RJ)

PROF(A):: DOUTOR ODÍLIO ALVES AGUIAR (UFC)

PROF(A):: DOUTOR FERNANDO BASTO FERRAZ (UFC)

DATA DA DEFESA: 11 de novembro de 2004

21. **ALUNO:** FERNANDO ANTONIO NEGREIROS LIMA

TÍTULO: “A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COMO CUSTOS LEGIS: NATUREZA E HIPÓTESES”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADORA: DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES – (UFC)

PROF(A):: DOUTOR RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA - (UFF)

PROF(A):: DOUTOR FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA (UFC)

DATA DA DEFESA: 12 de novembro de 2004

22. **ALUNO(A):** BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ
TÍTULO: “DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR : LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – (UFC)
PROF(A).: DOUTORA MARIA VITAL DA ROCHA - (FA7)
PROF(A).: DOUTOR FRANCISCO LUCIANO RODRIGUES LIMA (UFC e UNIFOR)
DATA DA DEFESA: 16 de novembro de 2004
23. **ALUNO:** SÁVIO RAMSÉS ANDRADE BRITO
TÍTULO: “IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E OS TRIBUTOS VINCULADOS”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADORA : DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE – (UFC)
PROF(A).: DOUTORA MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA - (UNIFOR)
PROF(A).: DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS – (UFC)
DATA DA DEFESA: 23 de novembro de 2004
24. **ALUNOA:** INESSA DA MOTA LINHARES VASCONCELOS
TÍTULO: “A ADOÇÃO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO (IVA) NO FEDERALISMO BRASILEIRO: APONTAMENTOS PARA UMA FORMA CAPAZ DE PROPORCIONAR O AJUSTE NA TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO E O AVANÇO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADORA : DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE – (UFC)
PROF(A).: DOUTOR EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR - (UFRN)
PROF(A).: DOUTOR JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS – (UFC)
DATA DA DEFESA: 29 de novembro de 2004
25. **ALUNA:** ROSALLINY PINHEIRO DANTAS
TÍTULO: “A RAZOABILIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES COM A DISCRICIO RIEDADE ADMINISTRATIVA”
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADORA : LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – (UFC)
PROF(A).: LIVRE DOCENTE JOSÉ FILOMENO MORAES FILHO -

(UNIFOR)

PROF(A):: DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES – (UFC)

DATA DA DEFESA: 02 de dezembro de 2004

26. **ALUNA:** OLGA ANDRÉA ALVES DE MELO PONTES

TÍTULO: “AS RECEITAS PÚBLICAS NO BRASIL”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADORA : DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE – (UFC)

PROF(A):: DOUTOR RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA - (USP)

PROF(A):: DOUTORA JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES – (UNIFOR)

DATA DA DEFESA: 03 de dezembro de 2004

27. **ALUNA:** DÉBORA COSTA OLIVEIRA

TÍTULO: “O JUIZ E A PROVA TRABALHISTA”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: DOUTOR SERGIO PINTO MARTINS – (USP)

PROF(A):: DOUTORA MARIA LÍRIDA C. DE ARAÚJO E MENDONÇA (UNIFOR)

PROF(A):: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – (UFC)

DATA DA DEFESA: 03 de dezembro de 2004

28. **ALUNA:** MICHELE ALENCAR PONTE

TÍTULO: “CLONAGEM E O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADORA: DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES – (UFC)

PROF(A):: DOUTORA MARIA LÍRIDA C.DE ARAÚJO E MENDONÇA - (UNIFOR)

PROF(A):: DOUTORA ANA MARIA D’AVILA LOPES – (UFC)

DATA DA DEFESA: 07 de dezembro de 2004

29. **ALUNO:** RHOLDEN BOTELHO DE QUEIROZ

TÍTULO: “A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES PRIVADAS”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADORA : DOUTORA ANA MARIA D’AVILA LOPES – (UFC)

PROF(A):: DOUTOR MARTONIO MONT’ALVERNE BARRETO LIMA - (UNIFOR)

PROF(A):: LIVRE DOCENTE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO – (UFC)

DATA DA DEFESA: 10 de dezembro de 2004

30. **ALUNA:** POLYANA D'OLIVEIRA RIBEIRO
TÍTULO: "OS EMBARGOS AO MANDADO MONITÓRIO À LUZ DA EFETIVIDADE DO PROCESSO"
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR: DOUTOR JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA – (UFC)
PROF(A).: DOUTOR FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES - (UNIFOR)
PROF(A).: DOUTOR MARCELO LIMA GUERRA – (UFC)
DATA DA DEFESA: 10 de dezembro de 2004
31. **ALUNA:** GELOESSE GOMES CORREIA FREITAS
TÍTULO: "A PROTEÇÃO JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS OCASIONADOS"
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADORA: DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES – (UFC)
PROF(A).: DOUTOR JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA - (UNIFOR)
PROF(A).: DOUTORA MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA – (UNIFOR)
DATA DA DEFESA: 13 de dezembro de 2004
32. **ALUNO:** IVO CÉSAR BARRETO DE CARVALHO
TÍTULO: "ELISÃO TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO"
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADOR: MS / NS HUGO DE BRITO MACHADO – (UFC)
PROF(A).: DOUTOR MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ - (UNIFOR)
PROF(A).: DOUTORA DENISE LUCENA CAVALCANTE – (UFC)
DATA DA DEFESA: 14 de dezembro de 2004
33. **ALUNA:** KILVIA SOUZA FERREIRA
TÍTULO: "SER JUIZ E APLICAR A LEI NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: VISÃO FENOMENOLÓGICA"
COMISSÃO EXAMINADORA:
ORIENTADORA: DOUTOR RUI VERLAINE OLIVEIRA MOREIRA – (UFC)
PROF(A).: DOUTOR ANTONIO COLAÇO MARTINS - (FAMETRO)
PROF(A).: DOUTORA GERMANA DE OLIVEIRA MORAES - (UFC)
DATA DA DEFESA: 15 de dezembro de 2004

34. ALUNA: ANA BEATRIZ MADEIRA CAMPOS FREITAS

TÍTULO: “A INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO NA EVOLUÇÃO DA
IDÉIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA”

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADORA: DOUTOR GÉRSO ALBUQUERQUE DE ARAÚJO
NETO – (UFPI)

PROF(A): DOUTOR RAIMUNDO HÉLIO LEITE - (UFC)



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 o negrito ou 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



Gráfica e Editora LCR Ltda

Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844
Bairro: Dionísio Torres
Fortaleza - Ceará