

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

14

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

PROFA. DRA. CONSUELO MARTINEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA



Teoria do Direito
Filosofia do Direito
História do Direito

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

14

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

PROFA. DRA. CONSUELO MARTINEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA

Teoria do Direito
Filosofia do Direito
História do Direito



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid [Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Everton das Neves Gonçalves, Consuelo Martinez-Sicluna Y Sepulveda. – Madrid : Ediciones Laborum, 2015.

V. 14

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Filosofia do Direito. 4. História do Direito. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

“Novas Hermenêuticas” para “Novos Direitos” ou Não se Põe Vinho Novo em Odres Velhos <i>Jeferson Antonio Fernandes Bacelar e Vicente de Paulo Barretto</i>	8
(Re)Pensando o Arranjo Democrático na Modernidade Tardia <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz e Cintia Garabini Lages</i>	28
O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” e os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de <i>Copyright</i> e de <i>Droit D’auteur</i> <i>Victor Gameiro Drummond</i>	58
O Judiciário Brasileiro como Superego da Sociedade: Uma Crítica sobre a Usurpação da Compreensão dos Valores de uma Sociedade <i>Elisa Helena Lesqueves Galante e Adriano Sant’ana Pedra</i>	84
O que há de tão Democrático no “Constitucionalismo Democrático”? <i>José Alcebiades de Oliveira Junior e Pedro da Silva Moreira</i>	100
O Trabalho Informal na Cidade Fortaleza: Entre o Saneamento Urbano, Políticas Públicas e a Filosofia (1880-1910) <i>Daniel Camurça Correia</i>	121
Proporcionalidade Impura: O Transplante dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade à Moda Brasileira <i>Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Eduardo de Carvalho Rêgo</i>	137
Sedução, Estupro e Casamento no Século XVIII: Descobrimo as Mulheres da Paraíba Colonial <i>Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva e António Pedro Nina Barbas Homem</i> ..	155
Segurança Jurídica na Proposta Jurisprudencialista <i>Danielle Osorio Santos</i>	179

Una Teoría del Consenso para la Economía y el Derecho <i>Joana Stelzer e Everton das Neves Gonçalves</i>	192
Verdade, Novo Código de Processo Civil e a Regra da Carga Probatória Dinâmica <i>Francisco Bertino Bezerra de Carvalho</i>	222

“NOVAS HERMENÊUTICAS” PARA “NOVOS DIREITOS” OU NÃO SE PÕE VINHO NOVO EM ODRES VELHOS

JEFERSON ANTONIO FERNANDES BACELAR

É doutorando em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA-RJ, sob a orientação do Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto. É Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas, Coordenador-geral do Curso de Direito e Professor adjunto (graduação e pós-graduação) da Universidade da Amazônia – UNAMA.

VICENTE DE PAULO BARRETTO

Livre-docente em Filosofia pela PUCRJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA-RJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Decano da Escola de Direito da UNISINOS. Pós-doutor pela Maison des Sciences de L’Homme, Paris. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Resumo

O texto discute o surgimento de novos direitos humanos/fundamentais resultantes das demandas sociais contemporâneas. Reafirma que tais direitos, inicialmente negados, são conquistados e reconhecidos com lutas intensas e constantes, mas que, ainda assim, necessitam de fundamentação, o que exigiria saberes hermenêuticos, tanto jurídicos quanto filosóficos. Apresenta a alternativa hermenêutica amparada inicialmente na circularidade heideggeriana e gadameriana, que no âmbito jurídico, proporcionou a emergência de um novo modelo interpretativo, superador do sistema subsuntivo, e que tem permitido o agregar de posturas exegéticas inovadoras às tradicionais, ampliando possibilidades resolutivas de conflitos. No caso da hermenêutica jurídica, defende que deve garantir tanto o surgimento como a efetivação dos direitos humanos/fundamentais. É quanto à efetividade que aponta a insuficiência dos modelos eurocêntricos para o enfrentamento de questões típicas da América Latina. Propõe, então, “novas hermenêuticas” para “novos direitos”, ou seja, modelos hermenêuticos latino-americanos que contribuam para oferecer melhores condições para a emergência e maior grau de realização dos direitos humanos/fundamentais, analisando propostas oferecidas por filósofos, com destaque para Enrique Dussel (hermenêutica analética), Walter Mignolo (hermenêutica pluritópica) e Maurício Beuchot (hermenêutica analógica).

Palavras-chave

Novos Direitos; Hermenêutica Jurídica; Pensamento Latino-americano.

Resumen

El texto analiza el surgimiento de nuevos derechos humanos / fundamentales resultantes de las demandas sociales contemporáneas. Reafirma que tales derechos, no reconocido inicialmente, se ganan y se registran con luchas intensas y constantes, pero todavía necesitan de justificación, lo que requeriría el conocimiento hermenéutico, tanto legales como filosófico. Muestra la alternativa hermenéutica apoyado inicialmente en la circularidad de Heidegger y de Gadamer, que el marco jurídico, está representado en la aparición de un nuevo modelo interpretativo, que superó al sistema de subsunción, y que ha permitido la adición de las actitudes exegéticas innovadoras a lo tradicional, ampliando las posibilidades de resolución de conflictos. En el caso de la interpretación jurídica, sostiene que debe garantizar tanto la apariencia como la realización de los derechos humanos/fundamentales. Exactamente en la eficacia apunta al fracaso de los modelos eurocéntricos para tratar las cuestiones típicas de América Latina. Propuso “nueva hermenéutica” a los “nuevos derechos”, es decir, modelos latinoamericanos hermenéuticos que ayudan a proporcionar mejores condiciones para el surgimiento y mayor grado de realización de los derechos humanos / fundamentales, analizando las propuestas ofrecidas por los filósofos, especialmente Enrique Dussel (hermenéutica analéctica), Walter Mignolo (hermenéutica pluritópica) y Mauricio Beuchot (hermenéutica analógica).

Palabras clave

Nuevos Derechos; Hermenéutica Jurídica; Pensamiento Latinoamericano.

1. Introdução

A dinâmica social avança quase na mesma velocidade das inovações tecnológicas. A diferença é que não é patenteada com tanta rapidez como estas. Novos comportamentos, novas relações sociais surgem, se consolidam, sofrem resistências, são negados, muitas vezes criminalizados, mas subsistem. Até serem tolerados, aceitos, reconhecidos, sendo que alguns chegam ao nível da institucionalização, outros não.

Se as novidades da tecnologia são esperadas, gerando uma ansiedade consumista que festeja “um pouco mais do mesmo” como se fosse “grande descoberta”, no concernente aos novos de direitos o processo é diferente, seja na expectativa seja na realização. A conquista por essas novas expressões de necessidades e demandas, outrora não legitimadas, é o resultado de lutas persistentes, por vezes violentas, exigindo mobilização, determinação, conscientização e sacrifícios.

Novos direitos se manifestam, quase sempre, para além do controle ou da iniciativa estatal, nascendo como resultado das relações vivenciadas na sociedade/comunidade. São

direitos que exigem, na linguagem de Wolkmer (2003) uma “nova” lógica, uma “nova” justiça, para atender as demandas dos “novos sujeitos sociais”. Nesse cenário, “[...] a ênfase não estará no Estado ou no Mercado, mas agora na Sociedade Civil enquanto novo espaço de resistência e de efetivação da pluralidade e das diferenças”. Para tanto é fundamental buscar “[...] novas formas plurais e alternativas de legitimação contra-hegemônica à tradição formalista e dogmática do Direito” (WOLKMER, 2003).

É emblemático o pensamento de Bobbio (2004, p. 25) ao defender a historicidade dos direitos do homem, destacando que são “[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Na mesma senda explica Dussel (2010, p. 230) que direitos vigentes são aqueles aceitos pela coletividade na medida em que fundados em consenso político e social, gozando de legalidade e legitimidade, bem como protegidos pela coação estatal. Abrangeriam tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais, bem como todo o ordenamento jurídico que substanciaria a atuação dos magistrados vinculados ao Judiciário. Por sua vez, os novos direitos seriam aqueles ignorados pelo direito vigente, e, portanto, negados e rejeitados pelo sistema das leis e pelo sistema de justiça. Destarte, quando se deflagra o processo de reconhecimento dos novos direitos estaria em curso uma crise de legitimidade que se não for identificada torna os juízes, por exemplo, em cúmplices de um “direito em crise”, ainda que vigente (DUSSEL, 2010, p. 231).

Como se daria o reconhecimento e a superação desta crise? Qual seria sua origem?

O texto pretende discutir a decantada crise paradigmática e sua relação com o processo de reconhecimento e posterior efetivação dos novos direitos. A seguir avança na temática da fundamentalidade dos direitos humanos, destacando a proposta do construtivismo ético de Santiago Nino. Por fim, oferece uma proposta (na verdade, mais de uma) baseada na hermenêutica que pode tornar possível, no contexto latino-americano, a construção de alternativas viáveis tanto à questão da fundamentação como da efetivação de direitos.

2. A Crise Paradigmática e os Novos Direitos

Durante todo o século passado, mormente na segunda metade do mesmo, quando novas descobertas científicas colocaram sob desconfiança uma série de pressupostos da ciência moderna (construída a partir do século XVI), começou a se falar da crise do paradigma cartesiano e da emergência de novos paradigmas científicos. Tal discussão teve como *locus* principal as ciências naturais, mas não alijou as ciências sociais. Pelo contrário, a percepção que se tem é que a crise do paradigma nasceu e se desenvolveu a partir do

não enquadramento das ciências sociais aos modelos rigorosos e pré-estabelecidos pelas ciências naturais.

O modelo ou paradigma da ciência moderna se constitui sobre a base do cartesianismo, e tem como pressupostos principais o totalitarismo e a exclusão. Santos (2003, p. 21), em seu *discurso sobre as ciências* explica que o modelo científico ainda dominante “[...] nega caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas regras metodológicas”.

No palco das ciências sociais, que só foram alcançadas por esse modelo a partir do século XIX, surgiram duas possibilidades de enquadramento: como física social, na qual os fenômenos sociais seriam estudados como os “naturais”; ou como possuidora de estatuto metodológico próprio. Ambos, contudo, mantendo o viés de subsidiariedade à racionalidade das ciências naturais (SANTOS, 2003, p. 34-40).

Seria este, portanto, o paradigma dominante que está em crise.

No âmbito jurídico tal modelo se estabeleceu a partir do formalismo positivista, que teve como apogeu o normativismo de Hans Kelsen. A Teoria Pura construiu o ideário de um modelo exclusivista, tendo a norma positivada como fonte única e suficiente do direito. Como se sabe as bases kelsenianas e as que se seguiram, (de)formaram gerações de “operadores do Direito”, que buscavam na lei o ponto de partida e de chegada das questões jurídicas.

É sabido, também, que o juspositivismo (kelseniano ou não) sempre sofreu severas críticas, e, ainda assim, se estabeleceu e criou raízes profundas na cientificidade e na prática jurídica ocidental. Entretanto, nessa crise paradigmática, que atinge todas as esferas do saber, é contra o pensamento positivista do direito que os principais questionamentos são direcionados, propondo-se, de formas diversas, a superação dessa juridicidade quase monopolista.

Impende esclarecer-se que o reconhecimento da crise do paradigma jurídico não significa a substituição imediata ou instantânea de todos os pressupostos existentes, mesmo porque não se pode precisar o que se quer modificar ou descartar, qual o grau desta superação, como a mesma se processará, etc. Daí porque Santos (2003, p. 59) afirma que, na proposta do denominado paradigma emergente, o conhecimento é especulativo, portanto, ainda está em construção.

Certo é, que surgem novos modelos de referência colocando o paradigma dominante em crise e preparando as bases de novo(s) paradigma(s) que será (serão) estabelecido(s). Se a posição de Santos (2003, p. 40) for concretizada, no sentido da crise paradigmática ser profunda e irreversível, o que se verá daqui para frente será o aprofundamento da insatisfação e da desesperança quanto ao modelo atualmente estudado (nas academias de direito), vivenciado (na sociedade) e aplicado (nos tribunais) no campo da juridicidade,

e, conseqüentemente, não se sabe quando, como e com qual teor, emergirá (se é que já não emergiu) um ou mais modelos de racionalidade, que passem a satisfazer às demandas da sociedade pós-moderna.

É inegável o fato de que passadas várias após décadas do início desse processo de “superação” do positivismo jurídico, o máximo que parecer ter sido alcançado é um “neopositivismo”, ainda que alguns defendam a existência de um “pós-positivismo”. Ainda assim, positivismo.

Para Dussel (2010, p. 232) é a consciência de necessidades não satisfeitas pelo direito vigente que produz a crise deste sistema. A seguir surge uma luta social que pode demandar considerável tempo até que o “[...] nuevo derecho, en un primer momento ilegal e ilegítimo para el derecho vigente presente, hasta que llegue a ser legal y legítimo en el momento de un derecho vigente futuro”. De acordo com este filósofo argentino são seis as fases para que um novo direito alcance reconhecimento, passando desde conscientização limitada quanto à existência do mesmo, na medida em que sua legitimidade é aceita apenas por um determinado grupo, mas sem o amparo da legalidade; passando pelo sofrimento de injustiças impostas às vítimas da negação, e à conseqüente luta (violenta) para que a segurança da moral e da legalidade que respaldam o paradigma que parecia eterno sejam destruídas; até se conquistar, primeiro a transformação da legitimidade crítica, considerada anti-hegemônica no passado, na nova legitimidade vigente, e por fim a pretendida legalidade, suplantando a legitimidade e a legalidade anteriormente vigentes.

Segundo Bobbio (2004, p. 83), sob a perspectiva sociológica, a multiplicação ou proliferação de direitos ocorre por três razões: o aumento da quantidades de bens que passam a ser considerados merecedores de proteção e reconhecimento; a ampliação da titularidade de direitos típicos a novos sujeitos de direitos; e a nova significância dada ao ser humano, não mais sendo visto como um ser abstrato (ente genérico), mas sim como um ser concreto, específico, o que geraria a ampliando de seu “status” individual.

Novos bens, novos sujeitos, novos *status* exigem, e continuarão exigindo, novos direitos. E se a legitimidade e legalidade dos mesmos é indispensável, da mesma forma sua fundamentação e justificação.

3. Direitos “Descobertos” ou Novos Direitos: A Necessária Fundamentação

Como já se escreveu, os novos direitos são (como um dia foram os vigentes) inicialmente negados. O processo de positivação sempre foi e ainda é um *a posteriori*. Se direitos já reconhecidos há várias décadas ainda estão carentes de plena efetivação (se é que tal ideal não seja uma utopia), para os novos o desafio é maior ainda. Daí que a formulação de Bobbio (2004, p. 43) segundo a qual o “problema fundamental” dos direitos humanos

não é de justificação e sim de proteção, o que negaria a relevância atual dos debates (e embates) filosóficos, mostra-se equivocada.

Explica Barretto (2013, p. 251) que pensar como Bobbio é reduzir tanto a fundamentalidade como a efetividade dos direitos “[...] às soluções encontradas pelo direito positivo, ignorando-se que a natureza desses direitos remete para a questão mais abrangente e complexa da moralidade e da racionalidade”. Assevera que é necessário que se desenvolva verdadeira tarefa investigativa visando “[...] recuperar a dimensão fundacional dessa categoria de direitos”.

Em certa medida, é isso que se deseja desenvolver na presente empreitada.

Destaca-se dentre tantas teorias que tentam oferecer fundamento aos novos direitos o construtivismo ético, defendido na América Latina por Nino, em sua *ética e direitos humanos*. Fica assentado, nas ideias do referido jurista, que os direitos humanos estão entre as maiores invenções da civilização moderna, o que os torna, em certa medida “artificiais”, ou seja, “[...] são produtos do engenho humano, mesmo que possam depender de certos fatos ‘naturais’”. (NINO, 2011, p. 20).

Nino denuncia que o atraso na promoção dos direitos humanos repousa na equivocada ideia (crença) que defende a positivação ou reconhecimento legal de tais direitos como suficientes para que sejam assegurados. Assevera, que “A forma mais perversa e brutal dessa desconsideração “[...] envolve o cerne mesmo da máquina que detém o monopólio da coerção”, o que explica a falta de efeitos práticos, mesmo dos direitos que gozam do reconhecimento legal (NINO, 2011, p. 21).

O desafio seria então, “[...] olhar para além desse reconhecimento necessário”, através do estabelecimento de uma “[...] consciência moral da humanidade que reconheça o valor daqueles direitos e abomine qualquer ação que os desconsidera” (NINO, 2011, p. 21). Somente assim, novos direitos (humanos e/ou fundamentais) poderão alcançar padrões mínimos e aceitáveis de realização.

Segundo Nino haveria dois métodos para que a consciência moral se dissemine: primeiro, a propaganda, que teria eficácia em curto prazo, mas que com o decorrer do tempo relevaria sua fragilidade, e o segundo, o que denomina de “discussão racional”, que condicionaria a mente humana a oferecer um tipo de resposta adequada à questão dos direitos humanos (NINO, 2011, p. 22).

Neste contexto, surge uma dura crítica aos defensores de direitos humanos que “tentam evitar a discussão”, por suporem que é possível lutar pela observância dos mesmos, sem ter que “[...] de enfrentar a questão mais incômoda das razões que a justificam moralmente”. Trata-se de um equívoco, pois sendo compromissos morais necessitam de razões que os justifiquem, sob pena de ficarem indefesos diante dos que os rejeitam. Enfatiza que

tais questões “[...] só podem ser resolvidas por meio da discussão racional no domínio da filosofia moral” (NINO, 2011, p. 22).

É na metaética que Nino buscará o sumo para suas proposições. A metaética é uma ética substantiva, manifesta-se na reflexão crítica sobre a justificação para princípios e normas, e sobre a natureza dos mesmos. Para o jurista argentino a natureza dos seres humanos é moral, são, portanto, “seres morais” que participam da discussão, reflexão e argumentação morais. Os direitos humanos, por sua vez, se fundamentariam ou derivariam do discurso moral e da argumentação moral. Logo o reconhecimento e a proteção de alguns direitos são consequência dessa moralidade, pelo que os próprios “direitos legais” surgem como fruto de outros direitos que independem do “sistema legal”. Concluindo que: “O respeito pelos direitos humanos é demandado mesmo quando nos deparamos com sistemas legais que não os reconhecem, precisamente pelo fato de não reconhecê-los” (NINO, 2011, p. 27).

Propõe uma versão particular do “construtivismo moral”, relacionada, mas diferente daquelas defendidas por contemporâneos como J. Rawls, K. O. Apel e J. Habermas. O construtivismo entende que a moral está fundada na racionalidade, assim questões como “o que moralmente correto” não dependem de argumentos de autoridade (divindade ou sociedade majoritária), nem admite o relativismo ético (inexistência da verdade), mas estarão fundamentadas na firme justificação presente na discussão, na deliberação e na argumentação racionais (discurso moral). Essencial neste diapasão distinguir-se moral social (positiva) e moral crítica (ideal). A moral social alcançaria os juízos, princípios ou normas morais que são defendidos ou aceitos pela maioria dos componentes de uma sociedade determinado em um momento histórico determinado; enquanto a moral crítica (ideal) se expressaria por intermédio de juízos, princípios ou normas morais às quais se chegou como resultado de uma profunda e determinada reflexão ou de um discurso racional, tendo pretensão de validade e aceitação universais. (NINO, 2011, p. 92-94).

Essa última perspectiva da moral crítica, qual seja, a busca pela universalidade é problemática e objeto de contestação¹. Para a presente pesquisa interessa, na senda inaugurada acima por Barreto, seu caráter reflexivo, portanto, filosófico.

Dussel (2010, p. 233) também analisa a relação entre os novos direitos e os direitos humanos, e o surgimento dos mesmos. Segundo ele existem “direitos perenes”, que seriam aqueles cuja humanidade reconhece como universais e atemporais, por possuírem uma “semelhança analógica intercultural”, aos quais se deve agregar novos direitos. Cita o exemplo do direito de não ser torturado, afirmando que é um direito humano recente,

1 Na obra *El Constructivismo Ético*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989, p. 33-ss, Nino apresenta as contestações do relativismo e do convencionalismo ou subjetivismo moral.

“[...] pero es un ejemplo de nuevo derecho perenne”, ou seja, mesmo reconhecido recentemente, sob o prisma temporal, sempre foi um direito.

Retomando o confronto entre o direito vigente e os novos direitos, afirma Dussel que “[...] *siempre* se revelarán nuevos derechos, y, por lo tanto, habrá una lucha por su cumplimiento. La dialéctica entre el derecho vigente inacabado e imperfecto y la lucha por los nuevos derechos será un proceso perenne, perpetuo de transformación” (DUSSEL, 2010, p. 234). E explica assim o que propõe:

La relación entre “nuevo derecho-derecho vigente futuro” es igualmente de fundamentación. El nuevo derecho llega a ser vigente cuando alcanza el grado de poder positivarse en un nuevo sistema legal (desde la Constitución hasta el sistema completo de leyes) que debe ser transformado en parte o como todo (esto último cuando se dicta una nueva Constitución). “ (DUSSEL, 2010, p. 234)

Para Dussel, baseado em algumas ideias marxistas, é imperioso construir um sistema aberto de direitos vigentes recepcionado dos novos direitos, que inevitavelmente irromperão, sem a necessidade de “lutas ferozes”, muitas vezes sacrificadoras de vidas, para que sejam reconhecidos e implementados (DUSSEL, 2010, p. 235).

Defende-se aqui que tal processo, menos doloroso, passa obrigatoriamente por uma perspectiva hermenêutica, jurídica, mas também filosófica.

4. A Alternativa Hermenêutica

Já se escreveu alhures que novos direitos são o resultado de um processo contínuo, persistente e longo de lutas, até que alcancem legalidade e legitimidade. Sabe-se que em muitos *loci* a dinâmica legiferante é lenta e insuficiente. A percepção que se tem é que a velocidade das mudanças sociais é incomensuravelmente maior do que àquela implementada pelas estruturas estatais responsáveis pela criação do “direito novo”. Em contextos sócio-jurídicos com essas características tanto o processo de atualização como de inovação do direito se realiza com maior grau de eficácia pela atuação do Judiciário, ainda que brotem diversas críticas quanto a um desmesurado ativismo judicial.

Neste sentido sobressai-se o papel que se designa à hermenêutica, como ciência da interpretação. A hermenêutica sofreu grandes e diversas alterações nas últimas décadas do século passado. De um paradigma direcionado aos textos escritos e focado na elaboração de métodos que pudessem abstrair das fontes textuais seu sentido e alcance, se transformou em uma manifestação do existir humano, segundo a qual, tudo e todos podem (e devem) ser interpretados e re-interpretados, tendo na circularidade hermenêutica o grande fio condutor do processo contínuo e dinâmico da compreensão.

No âmbito jurídico, deu-se a emergência de um novo modelo hermenêutico-interpretativo, que ocasionou a “desentronização” do sistema tradicional/subsuntivo de interpretar as leis, pautado na relação cartesiana/kantiana do sujeito/objeto, e estruturado em fases, métodos e elementos. Esse paradigma emergente tem permitido que novas posturas exegéticas sejam agregadas às tradicionais, ampliando as possibilidades interpretativas e resolutivas, em um contexto contemporâneo no qual se destaca a complexidade das relações sociais e, conseqüentemente, das relações jurídicas.

No caso da hermenêutica jurídica, entende-se que o “novo” deve ser capaz de proporcionar interpretação/aplicação do direito condizente com as expectativas, demandas, dilemas e crises da cidadania hodierna. Para tanto, precisa evoluir em suas formulações e proposições práticas para além do silogismo subsumido, garantido tanto o surgimento (emergência) como a efetivação dos direitos humanos, bem como dos novos direitos fundamentais.

Nessa temática é inegável o papel que coube (ou foi assumido) aos (pelos) filósofos e jusfilósofos alemães na tratativa dos grandes temas filosófico-hermenêuticos, modernos e contemporâneos. Segundo Palmer (1997), os quatro grandes teóricos da hermenêutica são Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer, sendo que no século XX, os dois últimos são verdadeiros referenciais teóricos.

Heidegger ofereceu ao mundo sua grande obra *Ser e tempo* ainda na primeira metade do século XX. Para ele a questão central ou o problema da interpretação só poderia ser dirimido ou enfrentado a partir da compreensão. Tal questão, que já havia sido colocada anteriormente por Schleiermacher e Dilthey, foi conduzida a outro nível, na medida em que propôs uma hermenêutica de faticidade, que superaria a aporia da metafísica, na medida em que coloca o homem para fora de si mesmo e para dentro da compreensão do ser (STEIN, 2002)

É na busca por uma interpretação que fuja às limitações impostas pela filologia que Heidegger tinha como indispensável o círculo hermenêutico, virtuoso e não vicioso. O grande desafio seria entrar no círculo de modo adequado. Em Heidegger a ideia da circularidade estabeleceria uma antecipação ou pré-compreensão, que proporia e previamente uma relação com o sentido, já conceituado anteriormente. O círculo descreveria a natureza da compreensão humana. Assim, sempre haveria uma antecipação de sentido do texto e a compreensão buscaria aperfeiçoar a posição, visão e concepção prévias. O projeto prévio deve ser tido como falível e sujeito a alterações e revisões, quando do aprofundamento ou adequação do sentido originalmente estabelecido. O intérprete deveria estar aberto ao encontrar no texto interpretando um algo novo, não percebido ou compreendido.

Mesmo sendo bastante estudado como responsável pela ruptura filosófico-hermenêutica no século XX (*hermeneutic turn*), Heidegger enfrentou, pelo menos, dois revezes

em sua trajetória de acadêmico. Na Europa foi acusado de servir ao nazismo alemão, o que o teria levado, após a Segunda Guerra Mundial, à bancarrota acadêmica e ao ostracismo. A segunda questão levantada contra ele dizia respeito à enorme dificuldade em entender/compreender a complexidade de suas formulações, o que não é negado nem por seus mais experientes “interpretes” (tradutores?). Em ambos os casos, foi seu discípulo Hans- Georg Gadamer quem o “remiu”.

Hans-G. Gadamer é “criador” da hermenêutica filosófica, herdeira de uma tradição que foi retomada pelo romantismo de Schleiermacher, pelo historicismo de Dilthey, pela fenomenologia de Husserl e pela filosofia existencialista de Heidegger. Todos esses autores, de uma forma ou de outra, influenciaram Gadamer, que com eles dialogou e de todos discordou para elaborar “sua” filosofia hermenêutica, ou melhor, sua “hermenêutica filosófica”. A edição de “Verdade e método” em 1960 é, sem dúvida, um marco, verdadeiro “ponto de mutação” dessa (para essa) nova forma de pensar o compreender, ou seja, desse (para esse) novo paradigma hermenêutico.

No contexto brasileiro alguns estudos elevam o pensamento gadameriano a um caráter quase dogmático, outros distorcem seus fundamentos para justificar posturas anti-metódicas que se aproximam, com grande risco (no caso do Direito) de uma subjetividade extremada e perigosa, que conduz a um inaceitável e “absoluto” relativismo. Nunes (2010, p. 272), mesmo reconhecendo o brilhantismo e gigantismo da obra gadameriana, afirma ser “movediço” o espectro da filosofia hermenêutica delineada em “Verdade e método”. Nesta mesma senda, alerta Stein que: “[...] somos muitas vezes demasiadamente indulgentes com o rigor conceitual da linguagem, quando estamos diante de certas obras que nos envolvem” (STEIN, 2011, p. 22).

Tudo isso pode indicar que, a leitura dessa obra requer “verdadeira” interpretação, bem como, que, as aplicações práticas dadas às propostas ali contidas necessitam ser revestidas de cuidados, mormente no campo jurídico, que como poucas áreas do saber, regula e modifica efetivamente a vida de pessoas e de grupo de pessoas.

Na obra gadameriana há vários temas que carecem de maior aprofundamento a partir das críticas levantadas por outros filósofos, com destaque para: o eurocentrismo de sua hermenêutica filosófica, que não consideraria peculiaridades de múltiplas tradições; a falta de critérios para a aplicação de suas proposições, o que conduziria a um perigoso relativismo; e até mesmo a ausência de uma abordagem explícita quanto aos direitos humanos.

Streck (2007, p. 217) afirma que o maior contributo de Gadamer para a hermenêutica jurídica é afirmar a impossibilidade de reproduzir sentido, o que transforma o processo hermenêutico sempre reflexão/ação produtiva.

Contudo, será que a hermenêutica gadameriana, na sua essência, não perpetuaria exatamente uma postura reprodutiva ao invés de produtiva?

É nesse sentido que as hermenêuticas pensadas por filósofos latino-americanos parecem oferecer boas respostas e alternativas para suprir tais lacunas, sem que isso represente um abandono do pensamento de Gadamer.

A existência deste eurocentrismo na filosofia e na hermenêutica gadamerianas deve, minimamente, servir de alerta para possíveis e necessárias “adaptações” de suas proposições, em um mundo que tenta, influenciado pela globalização (que economicamente parece insuperável, inquestionável e irreversível) ver todos como iguais. Não levando em conta profundas diferenças existentes, algumas positivas (que devem ser mantidas e respeitadas) outras negativas (que devem ser enfrentadas e superadas).

5. “Novas Hermenêuticas” para “Novos Direitos”

No contexto da filosofia do direito, e, especialmente da hermenêutica jurídica contemporânea o estudo da “hermenêutica filosófica” é fundamental, mas as críticas direcionadas a ela não podem ser ignoradas, pois revelam limitações às potencialidades dessa verdadeira “koinê” em que se transformou a hermenêutica. Assim, conclui-se, ainda que parcialmente, que a matriz hermenêutico-filosófica proposta por Gadamer, com todas as suas virtudes, não tem se mostrado suficiente para garantir maior efetividade aos novos direitos.

Nessa direção, em busca de modelos de hermenêutica jurídica latino-americanos, que contribuam para oferecer, entre outras virtudes, melhores condições para a emergência dos novos direitos fundamentais e maior grau de efetivação dos direitos humanos, pretende-se analisar propostas oferecidas por pensadores da América Latina, com destaque para Enrique Dussel (hermenêutica analética), Walter Mignolo (hermenêutica pluritópica) e Maurício Beuchot (hermenêutica analógica).

Haveria uma filosofia latino-americana ou brasileira? Haveria uma hermenêutica originária da América Latina ou do Brasil? Seriam elas necessárias? São questões em aberto que Dussel ajuda a encaminhar, sem impor respostas, mesmo porque, sua filosofia e ética são “da libertação”.

A busca por uma filosofia latino-americana não é nova. A obra “¿Existe una filosofía de nuestra América?”, cuja primeira edição data de 1968, da lavra do peruano Bondy, foi obra-chave sobre a temática. A resposta de Bondy é negativa ao questionamento feito, pois, segundo ele, a filosofia latino-americana era “inautêntica” e fundamentalmente imitativa. A pergunta ganhou eco em diversos países da América Latina com destaque para o que pensou e escreveu o mexicano Zea em: *La filosofía americana como filosofía sin más*, de 1969. Analisando a questão da autoridade filosófica, bem como sua ideologia e cientificidade, Zea entende que a filosofia latino-americana deveria aspirar “[...] realizar el mundo que la filosofía que le antecedió hizo patente como necesidad”. Assim, conclui: “No ya

sólo una filosofía de nuestra América y para nuestra América, sino filosofía sin más del hombre y para el hombre en donde quiera que éste se encuentre” (ZEA, 2010, p. 119).

Mignolo, referencial no pensamento denominado de “descolonial” ou “pós-colonial”, defende a tese da geopolítica do conhecimento ao afirma que qualquer história sempre começa da Grécia, passa pelo Mediterrâneo e chega à Europa, pelo que, o resto do mundo, fica fora dessa narrativa historiográfica, inclusive no campo filosófico. Na defesa do que denomina “um paradigma outro” apregoa a necessária descontinuidade na história da modernidade (contada desde a modernidade, europeia), e a introdução de um ponto de vista oposto (MIGNOLO, 2002, p. 32).

No Brasil a temática não passou despercebida. Pensadores como Sérgio Buarque de Holanda (Raízes do Brasil) e Celso Furtado (Formação econômica do Brasil/Formação econômica da América Latina), refletiram e escreveram a respeito do processo de negação europeia quando da colonização nas Américas.

Praxedes (2008), na tentativa de identificar e denunciar o eurocentrismo e o racismo em autores e textos clássicos da filosofia e das ciências sociais, faz observações que merecem atenção e postura crítico-reflexiva. Sobre Hegel, em relação aos nativos americanos, destaca a visão de superioridade do europeu, pois, para o filósofo alemão, caberia a este inculir naqueles “uma dignidade própria”. Quanto ao negro e a África, Hegel demonstraria todo seu desprezo a ponto de declara que não havia o que tratar mais sobre o continente africano, pois “não faz parte da história mundial; não tem nenhum movimento ou desenvolvimento para mostrar”. No âmbito político-sociológico demonstra como Comte (Curso de filosofia positiva), Tocqueville (A democracia na América), Weber (A Ética protestante e o espírito do capitalismo), Durkheim (Da divisão do trabalho social, As formas elementares da vida religiosa) e Marx (A dominação britânica na Índia) / “Resultados futuros da dominação britânica na Índia”, expressam racismo, sexismo e eurocentrismo, nem sempre identificados/destacados quando se analisa essas obras, algumas verdadeiras “referências” na academia brasileira. (Praxedes, 2008).

Maldonado-Torres (2009: 343) analisando o racismo, o eurocentrismo e o germanocentrismo de Heidegger informa que “racismo e o imperialismo epistémicos” são anteriores a este filósofo alemão, sendo “[...] parte intrínseca da modernidade ocidental”. E mais, afirma que “A ideia de que as pessoas não conseguem sobreviver sem as conquistas teóricas ou culturais da Europa é um dos mais importantes princípios da modernidade”. E que tal lógica é aplicada há séculos no mundo colonial, sendo que Heidegger apenas tentou retomar tal tradição para, por intermédio do germanocentrismo, “[...] poder fazer ao resto da Europa o que a Europa tinha feito a uma grande parte do globo (Maldonado-Torres, 2009: 343).

O racismo de Heidegger não seria biológico, e nem mesmo cultural, mas epistêmico. Sendo que essa espécie de racismo desconsidera que certas pessoas ou grupos de pessoas

tenham capacidade epistêmica. E esclarece: “Pode basear-se na metafísica ou na ontologia, mas seus resultados acabam por ser os mesmos: evitar reconhecer os outros como seres inteiramente humanos” (Maldonado-Torres, 2009: 345).

Praxedes (2008), autor supracitado, faz um alerta quanto a superação do eurocentrismo. Assevera que tal postura libertadora: “[...] não quer dizer que devemos ignorar os códigos culturais, experiências e linguagens de origem européia”. O que ele defende é que se desenvolva capacidade crítica para dimensioná-las adequadamente, “[...] como formas particulares de expressão cultural de populações e grupos particulares, sem dúvida relevantes, mas que não são superiores a nenhuma outra forma de expressão cultural dos grupos humanos espalhados pelo mundo.”

Maldonado-Torres propõe a construção de uma “lógica da colonialidade”, que segue em parte Heidegger e Gadamer, contudo, “transgredindo as suas fronteiras e as suas perspectivas eurocentradas”, introduzindo formas de pensar “[...] nascidas da experiência da colonização e da perseguição de diferentes subjectividades” (Maldonado-Torres, 2009: 363).

Aqui se revela a necessidade do diálogo ativo com a tradição, rompendo com qualquer conduta que se constitua recepção passiva.

Essas reflexões realizadas até aqui sobre a filosofia geral, servem, obviamente, tanto para a filosofia do direito, como para os estudos hermenêuticos. Pelo simples fato de que as fontes de onde emanam o pensamento jusfilosófico e hermenêutico são majoritariamente europeias, ou “do norte”, para se incluir os Estados Unidos da América.

É obvio que há pensadores e há produção jusfilosófica original na América Latina, e no Brasil, mas a “aceitação” de suas teses ainda é residual, e muitas vezes categorizada como “bibliografia complementar”.

Pretende-se assim conferir às formulações hermenêuticas originadas na América Latina papel de protagonismo. Adequando-se quando possível às propostas já existentes; rompendo quando necessário com formas de pensar que tentam “marginalizar” ou inferiorizar o pensamento latino-americano; e assumindo sempre postura criativa e inovadora.

5.1. *Epistemologias do Sul e Pensamento Descolonial: Por uma Nova Hermenêutica*

Analisando a importante temática da fundamentação dos direitos humanos, Barretto (2013, p. 263) alerta que o discurso dominante de tais direitos subestima a contribuição latino-americana “[...] para a edificação do potencial emancipatória da modernidade”. Sob tal perspectiva, tudo o que não é europeu ou estadunidense, no que concerne ao tema, seria irrelevante.

Mignolo baseado em sua ideia da América Latina formula as bases de uma “nova” história do continente americano, ou melhor, “uma história que não está contada”, e que requer a transformação na geografia da razão e do conhecimento. Nesse contexto crítico, a própria ideia do que se considera América é “[...] una invención europea moderna limitada a la visión que los europeos tenían del mundo y de su propia historia” (MIGNOLO, 2007, p. 32-33). Destaca que a lógica da colonialidade, que denuncia, opera em quatro domínios da experiência humana: econômico, político, social e epistêmico. Nesse último, que mais interessa à pesquisa, estaria o projeto de controlar o conhecimento e a subjetividade (MIGNOLO, 2007, p. 36). Ao analisar o que denomina “poder de encantamento do ocidentalismo”, explica que consiste em uma “[...] privilegiada ubicación geohistórica, un privilegio atribuído por el Occidente a sí mismo porque existía en la creencia hegemónica – cada vez más extendida – de que era superior en el plano racional, el religioso, el filosófico y el científico” (MIGNOLO, 2007, p. 61). Tal mentalidade respaldaria (perpetuaria) a “distribución desigual del conocimiento”.

Quando reflete sobre os limites da epistemologia e sobre como seria pensar em uma filosofia não influenciada pela matriz grega, redefinida nas universidades europeias, assevera que a filosofia se tornou uma característica da civilização ocidental e que se “[...] transformo en la vara con la que se mide el ‘pensamiento’ y a la vez en el modelo de cómo deben pensar los seres humanos civilizados”. Segundo esta lógica: “Cuanto más abajo se encuentra un pueblo, un país, una lengua o un subcontinente en la escala de la humanidad, menores serán para ellos las probabilidades de ‘pesar’” (MIGNOLO, 2007, p. 131).

O *locus* do pensar filosófico é também preocupação de Maldonado-Torres, que denuncia a postura majoritária dos que consideram filosoficamente irrelevante o lugar geopolítico. A tendência a um “universalismo” filosófico na verdade revela como filósofos e professores de filosofia afirmam raízes em uma única região espiritual: a Europa. (MALDONADO-TORRES, 2009, p. 338).

Costa, em texto que trata da afirmação e permanência da violação dos direitos humanos na América Latina, identifica as transformações na disposição dos direitos internos, ocorridos no final do século passado nessa região. Exemplifica os avanços pela “[...] incorporação dos conteúdos das declarações de direitos às ordens jurídicas internas, o fortalecimento e ampliação dos sistemas internacionais de proteção, o crescente reconhecimento dos mecanismos internacionais de proteção [...]”. Contudo, alerta que é um movimento conflituoso, sendo um “[...] percurso sinuoso de idas e vindas e não se mostra homogêneo, não se realiza da mesma forma em todos os países latino-americanos”. Além disso, afirma que é necessário “[...] fortalecer a cultura de direitos e a criação de um novo senso comum teórico de direitos, favorável à realização material dos direitos humanos”. Esclarece que, nesse processo, faz-se necessário observar determinadas particularidades culturais e históricas, que não devem ser confundidas com uma postura regionalista. Para

ele, a simples atitude de se observar a história e a cultura: “[...] pode evitar a mera e perigosa recepção dos discursos dominantes e, sem dúvida, facilitar o diálogo, com a legitimação de novos autores e de novos lugares da fala” (COSTA, 2010, p. 88).

Costa também esclarece que a “[...] base teórica do direito e do pensamento herdado é no mínimo crítica para sustentar uma reflexão profunda acerca dos direitos humanos”, porque “O pensamento jurídico hegemônico [...] implica um modelo categórico que não se ajusta sem problemas à efetividade dos direitos humanos”, pelo que vaticina: “O fato, pois, é que nossa experiência e nossos recursos teóricos são instrumentos insuficientes para pensar o direito sobre a ótica da dignidade humana.” É necessário, portanto, refletir sobre a conceituação e a fundamentação dos direitos humanos, pois a construção dos mesmos “[...] requer a crítica constante sobre as fundações do pensamento que tornam possíveis e aceitáveis as formas políticas e econômicas que afastam o ser humano de sua dignidade. (COSTA, 2010, p. 88)

É sob o prisma crítico, reflexivo, teórico e fundamentador que as hermenêuticas propostas por Dussel, Mignolo e Beuchot podem se apresentar como propostas que levando em conta as particularidades culturais e históricas da América Latina.

5.2. *Hermenêuticas do Sul*

Em um contexto permeado por muitas incertezas e quase nenhuma certeza, a hermenêutica tem se constituído na *koiné* (idioma comum) contemporânea. Tudo e todos podem e devem ser interpretados. Inclusive os direitos, humanos e/ou fundamentais.

Santos destaca em seus diversos estudos sobre a epistemologia do Sul o que denomina “trabalho de tradução”, que seria um procedimento capaz de criar uma inteligibilidade entre as diversas experiências do mundo, negando tanto o estatuto da exclusividade como o estatuto da homogeneidade (SANTOS 2009, p. 137). Tal trabalho se projeta tanto em relação aos saberes quanto em relação às práticas. E é no campo dos saberes que surge a “hermenêutica diatópica”, que seria uma tarefa interpretativa realizada entre duas ou mais culturas objetivando identificar preocupações iguais entre elas e as diferentes respostas que oferecem (SANTOS, 2009, p. 137).

Propondo uma aplicação da hermenêutica diatópica aos direitos humanos e à dignidade humana, entende que somente com a absorção pelo contexto cultural local das possibilidades e exigências emancipatórias torna-se possível tal tarefa. Assevera que:

A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que é fruto de uma entrega moral, afetiva e emocional baseada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação. Tal entrega só é possível a partir de uma identificação profunda com postulados culturais

inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização. Por esta razão, a luta pelos direitos humanos ou pela dignidade humana nunca será eficaz se for baseada em canibalização ou mimetismo cultural. Daí a necessidade do diálogo intercultural e da hermenêutica diatópica (SANTOS, 2003b, p. 443-444).

O ponto de partida da proposta hermenêutica de Santos é a incompletude, que pode (ou necessita) ser enriquecida pelo diálogo multi e pluricultural. A incompletude cultural confronta-se com o universalismo e a ideia de uma “teoria geral” gerando o que denomina “universalismo negativo”, ou seja, uma “[...] teoría general residual: una teoría general sobre la imposibilidad de una teoría general (SANTOS, 2009, p. 139).

Conclui afirmando que o trabalho hermenêutico ou de tradução que pretende provocar se dá entre diferentes saberes não-hegemônicos, e que somente por intermédio de uma inteligibilidade recíproca que gera agregação entre tais saberes é que se pode construir a necessária contra-hegemonia (SANTOS, 2009, p. 140).

Quando se aborda a questão da filosofia ou hermenêutica latino-americanas, mormente de matiz crítica, não se pode olvidar de Enrique Dussel, filósofo argentino que tem uma extensa obra sobre o eurocentrismo e a respeito da necessidade de se construir uma filosofia que seja, realmente, latino-americana, ou mestiça.

Em *Filosofia da libertação* Dussel revela que se inquietou com a leitura de Zea, que afirmava que a América Latina localiza-se fora da história, e decidiu “[...] encontrar um lugar para ela na História Mundial [...]” (DUSSEL, 1995, p. 14). Ao perceber o choque entre os mundos europeu e ameríndio — sendo o segundo dominado e destruído pelo primeiro sob a justificativa da conquista — estabeleceu um processo de crise com o modelo apresentado por Ricoeur, pois este era “[...] adequado à hermenêutica de *uma cultura*, mas não tanto para o confronto *assimétrico* entre culturas diversas (uma dominadora e as outras dominadas)”, nesse sentido assevera que: “Uma filosofia com a de Ricoeur precisaria de muitas novas distinções para dar conta da complexidade assimétrica da hermenêutica nos países periféricos do Sul” (DUSSEL, 1995, p. 17, 25).

Em *Método de uma filosofia da libertação* diz propor um pensar diferenciado ao que até então se desenvolveu, pois para ele tanto os pós-hegelianos, com Feuerbach, Marx e Kierkegaard, que realizaram a crítica à dialética hegeliana, como Levinas que tecia críticas à ontologia de Heidegger, precisam ser superados a partir da América Latina, pois representariam “[...] a pré-história da filosofia latino-americana e o antecedente imediato de nosso pensar latino-americano” (DUSSEL, 1986, p. 190) pelo que explica:

Não podíamos contar nem com o pensar europeu preponderante (de Kant, Hegel ou Heidegger), porque nos incluem como “objeto” ou “coisa” em *seu* mundo; não podíamos partir daqueles que os imitam na América Latina, porque é filosofia inautêntica. Tampouco podíamos partir

dos imitadores latino-americanos dos críticos de Hegel, porque igualmente eram inautênticos. (DUSSEL, 1986, p. 190).

É nesse contexto que constrói o que considera um método dialético positivo, que denomina “analético”. Na tentativa de diferenciar sua proposição do método criado por Hegel, explica: “O método dia-lético é a expansão dominadora da totalidade *desde si*; a passagem da potência para o ato de ‘o mesmo’. O método analético é a passagem ao justo crescimento da totalidade *desde o outro* e para ‘servi-lo’ criativamente.” (DUSSEL, 1986, p. 196).

Assim, o método analético, que parte da revelação do outro e pensa sua palavra, seria “[...] a filosofia latino-americana, única e nova, a primeira realmente pós-moderna e superadora da europeidade” (DUSSEL, 1986, p. 197). Para Dussel a filosofia latino-americana que surge como um novo momento da história da filosofia humana, precisa ser analógica, superadora da modernidade europeia, russa ou norte-americana, e antecessora da filosofia africana e asiática pós-moderna. A filosofia do futuro seria: “[...] a filosofia dos povos pobres, a filosofia da libertação humano-mundial”, no sentido de uma humanidade analógica, “[...] onde cada pessoa, cada povo ou nação, cada cultura possa, expressar o que lhes é próprio na universalidade analógica que não é nem universalidade abstrata [totalitarismo de uma particularismo abusivamente universalizado], nem a universalidade concreta [consumação unívoca da dominação].” (DUSSEL, 1986, p. 212).

Por sua vez Mignolo (2002, p. 32) defensor da tese da geopolítica do conhecimento afirma que qualquer história sempre começa da Grécia, passa pelo Mediterrâneo e chega à Europa, pelo que, o resto do mundo, fica fora dessa narrativa historiográfica, inclusive no campo filosófico. Na defesa do que denomina “um paradigma outro” apregoa a necessária descontinuidade na história da modernidade (contada desde a modernidade, europeia), e a introdução de um ponto de vista oposto.

Em sua obra *Histórias locais/projetos globais* lança as bases da hermenêutica pluritópica, que segundo ele é necessária para indicar que a semiose colonial acontece [...] no entrelugar de conflitos de saberes e estruturas de poder”, pois tal hermenêutica deveria revelar ao mesmo tempo as intenções entre a configuração acadêmica e disciplinar e a posição social, étnica e sexual do sujeito da compreensão” (MIGNOLO, 2003, p. 40).

É perceptível que o pensamento jurídico, filosófico ou hermenêutico, brasileiro ainda repousa sobre uma base majoritariamente monotópica, representada na figura do “operador do direito”. A proposta pluritópica modificaria substancialmente essa forma de pensar e agir no Direito.

Se Dussel e Mignolo cumpriram e ainda cumprem esse papel crítico, por vezes radical, de denunciar certa subserviência (imposta ou aceita) intelectual-filosófica dos latino-americanos, Maurício Beuchot parece ser um pensador que trouxe para si o desafio

de romper com tal condição desfavorável, utilizando a filosofia e a hermenêutica jurídica para tanto.

Beuchot é mexicano e sua obra tem alcançado repercussão mundial, por ser autor e difusor de uma proposta hermenêutica diferenciada, que poderá vir a ser revolucionária, na medida em que possui como uma de suas maiores virtudes o equilíbrio e a conciliação. O livro fundamental da proposta beuchotiana é o *Tratado de hermenêutica analógica*.

O objetivo dessa “nova” hermenêutica seria duplo: primeiro, ampliar o campo de validade das interpretações, restrito pelo univocismo; segundo, restringir e limitar o campo de validade das interpretações desmedidamente abertas pelo equivocismo. Não haveria uma única interpretação válida, nem tão pouco interpretações infinitas, “[...], sino un pequeño grupo de interpretaciones válidas, según jerarquía, que puedan ser medidas y controladas con arreglo al texto y al autor” (BEUCHOT, 2000, p. 11).

Não se pode olvidar que, se a univocidade já esta superada em outras áreas do saber, no Direito ainda há muitas frentes de resistência, amparadas e fundamentadas pela justificativa de maior segurança jurídica que a postura univoca parece oferecer. Tendências equivocistas, tem se estabelecido nos últimos anos, com perspectiva de dominar o cenário jurídico brasileiro no porvir, com destaque para a atuação dos tribunais superiores, precipuamente no concernente ao reconhecimento normativo dos princípios.

6. Conclusões

Constatada a insurgência de novos direitos busca-se seu reconhecimento e consequente efetivação. Diante da letargia dos meios tradicionais do Estado para realização destes desideratos, mormente do Legislativo que, tradicionalmente, cumpria como protagonista tal missão, aponta-se o caminho hermenêutico como o mais adequado aos desafios contemporâneos.

A hermenêutica filosófica apresenta-se como instrumento inovador a proporcionar os meios para se constituir (revelar, descortinar) direitos outrora negados, visto que a expressão clássica ou tradicional deste saber não permitiria tal amplitude, posto que baseada na subsunção.

Contudo, no texto apresentam-se elementos de desconfiança quanto à versão mais conhecida e difundida da hermenêutica filosófica (gadameriana), aquela derivada da filosofia hermenêutica (heideggeriana), por apresentar problemas essenciais ao refletir um pensamento excludente e que se posta com superior aos demais: o eurocentrismo.

Este seria o “odre velho” desejoso de receber, e acreditando-se apto a conter, o “vinho novo” (novos direitos).

Ora, novos direitos pressupõem visão e perspectiva inclusivas, não exclusivas. Surgem em contextos diversos e diversificados. São especificidades e idiosincrasias culturais, geográficas, econômicas, históricas que explicam o valor conferido a determinados direitos em uma localidade, região ou país que não geram a mesma postura ou demanda em outros *loci*.

O eurocentrismo flerta com a globalização em uma de suas expressões mais nefastas: a epistemológica. Tenta-se impor uma única maneira de pensar e de interpretar. Usa-se o universalismo para aprofundar o desejo de enfrentar as diferenças com a imposição da igualdade (formal), desconsiderando o caminho do respeito e da tolerância.

Dai que a busca por outros modelos que sejam alternativas viáveis à insuficiência do eurocentrismo para o enfrentamento de questões típicas da América Latina, surge como postura imperativa. “Novas hermenêuticas” para “novos direitos” é o que se propõe. Na verdade são novos modelos hermenêuticos desde a *latinoamérica* que desejam contribuir para a emergência e maior grau de realização de direitos fundamentais. São eles: hermenêutica diatópica, hermenêutica analética, hermenêutica pluritópica e hermenêutica analógica.

7. Referências

- Beuchot Puente, Maurício. **Tratado de hermenéutica analógica**: hacia un nuevo modelo de interpretación. 2. ed. México: Itaca, 2000.
- Bondy, Augusto Salazar. **¿Existe una filosofía de nuestra América?** 17.ed. México: Siglo XXI, 2006.
- Costa, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. América Latina: entre a afirmação e a permanência da violação de direitos humanos. In: **Hendu**. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Vol 1, n. 1, ano 2010. Sentidos y Esperanzas. p. 85-92
- Dussel, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**: superação analética da dialética hegeliana. São Paulo: Loyola, 1986.
- _____. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. 2.ed. Tradução Geroges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- _____. Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos. In: **Revista crítica jurídica**. México: UNAM. ene/jun 2010– n°. 29, pp. 229-235.
- Gadamer, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- Maldonado-Torres, Nelson. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. In: **Epistemologias do Sul**. Boaventura de Sousa Santos. Maria Paula Meneses. (Org) Coimbra: Edições Almedina, 2009. P. 337-382.

- Mignolo, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- _____. *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2007.
- Nino, Carlos S. **El constructivismo ético**. Madrid: CEC, 1989.
- _____. Ética e direitos humanos. Tradução Nélio Schneider – São Leopoldo, RS: Unisinos, 2011.
- Nunes, Benedito. **Ensaaios filosóficos**. Organização e apresentação Victor Sales Pinheiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- Palmer, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.
- Praxedes, Walter. Eurocentrismo e racismo nos clássicos da filosofia e das ciências sociais. In: **Revista espaço acadêmico**. N. 83. Abril de 2008, ano VII.
- Santos, Boaventura de Sousa. **Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia**. Bilbao: Editora Desclée de Brouwer, 2003.
- _____. Por uma concepção multicultural de direito humanos. In: **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Boaventura de Sousa Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b, p. 427-462. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos; v.3)
- _____. *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. México: Siglo XXI : CLACSO, 2009.
- Stein, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPURS, 2002.
- _____. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade Método**. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- Wolkmer, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. In: **Cadernos de direito**. Direito no Brasil: passado e presente. Piracicaba. SP: UNIMEP, 2003. vol. 2, n. 4.
- Zea, Leopoldo. **La filosofía americana como filosofía sin más**. 2. ed. México: Siglo XXI, 2010.

(RE)PENSANDO O ARRANJO DEMOCRÁTICO NA MODERNIDADE TARDIA

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra/Portugal). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG.

CINTIA GARABINI LAGES

Mestre e Doutora em Direito Processual (PUC/MG). Professora da Graduação e do Programa de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Professora da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

Resumo

O artigo preocupa-se em fornecer elementos para o equacionamento de duas angustiantes indagações: 1) É necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? 2) A ordem internacional global será democrática independentemente de vários Estados não sê-lo? Para o enfrentamento dessas questões, o artigo desvela a faceta cruel da crise democrática projetada entre o déficit social e a modernidade tardia no âmbito interno do Estado Democrático de Direito como vinculada aos fenômenos da fantochização da legitimação e da expansão ascendente do poder que amordaça o desenvolvimento de uma solidariedade participativa e, na sequência, projeta a crise democrática no âmbito da sociedade global heterárquica onde o Estado amarga a perda de centralidade de criação e aplicação normativas diante do aparecimento e/ou fortalecimento de outros polos nômicos, muitos deles nocivos como as redes internacionais para a prática de crimes, ou mesmo potencializados pelo poder econômico, que se apresentam em detrimento da autonomia do Direito e do projeto de homem - o *homo humanus* do Direito – vinculado ao princípio da dignidade.

Palavras-chave

Democracia; Crise; Modernidade tardia; Direitos humanos.

Abstract

The present article is concerned with providing elements to consider two agonizing questions: 1) Are democratic states necessary so that the international order is democratic?

2) Will the global international order be democratic regardless of the presence of several no democratic states? To face these questions, the article reveals the cruel facet of democratic crisis projected between the social shortfall and the late modernity in the domestic sphere of constitutional democracies, as linked to the staging phenomena of legitimacy and the upward expansion of the state power that limits the development of a participatory solidarity. According to the article, the emergence or strengthening of international networks for the commission of crimes potentiated by economic power, present themselves at the expense of the autonomy of law and human rights and reveals the democratic crisis in the international sphere.

Key words

Democracy; Crisis; Late modernity; Human rights.

1. Introdução

Neste artigo nossa preocupação está voltada por em evidência alguns elementos para equacionar duas questões: é necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? Ou a ordem internacional global se tornará democrática independentemente de alguns Estados não sê-lo? Para tanto, insistindo na distinção entre Estados-núcleos e Estados-periféricos – sem descurar a tendência de periferação do centro – o estudo parte da exposição da faceta cruel da crise democrática que aponta para a o vínculo existente entre a assombrosa dívida social e a modernidade tardia experimentada pelos países que não lograram a consolidação do Estado de Bem Estar Social e que se veem forçados a desaguar na modernidade uniformizante e globalizada buscando caminhos para suprir um vazio de experiências sociais não implementadas.

Nessa altura, o artigo analisa a experiência periférica brasileira e questiona se a falsa liberdade do liberalismo econômico não se apresenta com aliada do neocapitalismo voltado para mascarar o real interesse das elites dominantes de implementar as propostas emancipatórias previstas na constituição brasileira.

Na sequência, o artigo enfrenta a crise democrática internamente, ou seja, no ambiente do Estado Democrático de Direito, e coloca em discussão duas angustiantes questões: 1) a fantochização da legitimação e 2) a subsidiariedade participativa nos trilhos da expansão ascendente do poder que têm posto azeite na fogueira da crise democrática, para, depois, analisar a projeção externa da crise democrática onde assume relevo o problema (ainda) da falta de unidade e autonomia do direito e sua relação com os sistemas econômicos e político na produção e aplicação de um direito democrático, colocando um novo olhar sobre a discussão agora sobre o prisma do inter-referência. Aqui, uma vez mais, os problemas do centro e da periferia desembocam numa sociedade internacional

heterárquica, ou seja, com vários polos nômicos – sem centralidade do direito – mas que, ainda assim, se apresenta e é chamado a mediatizar interesses quando, então, propomos que essa mediatização seja em benefício da *inclusão*, em benefício de um projeto civilizacional que privilegie o homem, o *homo humanus* do direito.

2. Entre a Modernidade Tardia e a Dívida Social: A Faceta Cruel da Crise Democrática

A atuação do Estado voltada para imprimir condições visando a implementar a igualdade a fim de garantir a vivência da liberdade, passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada. O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, intervém na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando – sem desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar – a atenção do binômio *liberdade x autoridade* para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar estes dois binômios. Portanto, do Estado interventor exige-se “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todos os cidadãos, não como caridade, mas como direito político” conforme pontua Wilensky segundo Glória Regonini¹. Por isso o Estado social também é cognominado de Estado de Bem-Estar ou *Welfare State* como é chamado na experiência britânica quando a partir da segunda guerra mundial, a Inglaterra começou a tomar medidas nas áreas de saúde e educação garantindo serviços idênticos a todos os cidadãos independentemente de renda.²

As pesquisas revelam³ que já mesmo no século XVIII, alguns Estados europeus estabeleceram medidas assistenciais como a Áustria, Rússia, Espanha e Prússia. O certo, todavia, é que as prestações decorriam da natureza de um Estado nitidamente patriarcalista, onde o monarca assumia a figura, podemos dizer, de um *Lord Protector* do povo. Significa dizer, portanto, que as medidas assistenciais não decorriam de uma atuação das camadas necessitadas, mas constituíam dádivas (*caritas*) e, portanto, eram desencorajadas pela ideologia do nascente capitalismo, que sob o influxo do liberalismo econômico e, pois, da livre concorrência, propagava um desvio do princípio “a cada um segundo os seus merecimentos”.

Mas o reconhecimento da necessidade de atuações prestacionais pelo Estado já se fazia eclodir no texto das Constituições mexicana de 1917 e na da Alemanha (Carta de Weimar) de 1919, quando se preocupavam em assegurar direitos sociais, encontrando-se

1 REGONINI, Glória. “Estado de Bem-estar”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. 1. Brasília: UNB, 2007, p.416.

2 Idem, *ibidem*.

3 Idem, *passim*.

marcadas por um forte intervencionismo na economia. Mas foi no pós-guerra que se experimentou uma maciça intervenção do Estado, a partir da experiência inglesa como já referimos e em decorrência da política norte-americana (*New Deal*⁴) implantada pelo governo de Franklin Delano Roosevelt entre 1933 e 1937, ao objetivo declarado de recuperar a economia assistindo aos necessitados da Grande Depressão, bem como na destacada experiência dos países nórdicos, alvancada pelo pensamento do sueco Karl Gunnar Myrdal, que viria em 1974 a ganhar o Prêmio Nobel de economia.

A experiência do *État Providence* se erigiria obviamente adaptada à realidade histórico-econômico-cultural de cada Estado. Não poderiam vingar tentativas de aplicação dos modelos escandinavos, norte-americano ou anglo-saxão, sem que se impusessem as adaptações necessárias. De mais a mais, a realidade dos Estados periféricos apresentava um fator que não pode ser desconsiderado: o déficit educacional, herança do liberalismo que tornara o acesso à instrução um direito a poucos privilegiados da alta camada social. Se a industrialização é um dado comum a todas as experiências do Estado de Bem-Estar Social, dela afluindo a necessidade de prestações sociais temporárias ou permanentes, não se pode desconsiderar que a falta de instrução amesquinhava o desenvolvimento dos direitos políticos servindo de óbice à propagação das ideias e, como consequência, dificultando a organização sócio-política retardando o aparecimento e/ou fortalecimento de sindicatos, associações de classe e a própria participação política com o direito de voto. De fato, a constatação – hoje aceita por todos – foi muito bem resumida por Regonini ao afirmar que “o direito à instrução desempenha historicamente a função de ponte entre os direitos políticos e os direitos sociais: o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania política.”⁵. Se esse dado pode ser de menor ou de nenhuma significação para o desenvolvimento e crise do Estado de Bem-Estar nos países europeus que deflagraram a sua experiência, o mesmo não se pode dizer para os Estados da modernidade periférica, como o Brasil, onde a crise no Estado de Bem-Estar-Social encontra-se intimamente ligada a esse fator e que aliado a outros, sobretudo a corrupção, revela o quanto é acertada a posição de Streck⁶ no sentido de que a modernidade entre nós é tardia e se teria chegado ao Estado Democrático sem a consolidação do Estado de Bem-Estar-Social.

No Brasil, o assistencialismo da era Vargas e sua projeção sobre a experiência posterior notadamente nas décadas de 70 e 80 revelaram um arremedo de Estado de Bem

4 As conhecidas medidas do “novo acordo” iam desde a indenização de agricultores e concessão de linhas de crédito para o pagamento de dívidas; fixação de limites de produção e tabelamento de preços dos produtos ao escopo de controlar a concorrência; legislação para controle da bolsa e do mercado; estabelecimento de salário mínimo; redução da jornada de trabalho para quarenta horas semanais; auxílio desemprego; auxílio doença; e assistência à velhice e à invalidez.

5 REGONINI, op. cit. p. 417.

6 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 21 -32.

-Estar-Social. As ações envolvendo políticas públicas serviam menos a um propósito de investimento e mais ao escopo assistencialista. As opções voltadas para reduzir a pobreza não implicavam em gerar novas riquezas, ou no mínimo melhor distribuí-las. Houve uma marcha no sentido de alcance dos direitos sociais, que restou, todavia, frustrada em face da imposição do discurso neoliberal. Os dados de 1991 revelavam que 30,7% das famílias possuíam renda inferior a dois salários mínimos. No Nordeste, essa proporção atingia 53%. 51,7% da renda era abarcada pelos 10% mais ricos da população ao passo que os 10% mais pobres restavam somente 0,7%. Cerca de 49,4% das pessoas ocupadas não contribuíam para nenhum programa de previdência social.⁷

O quadro revela o angustiante problema da concentração de renda que assola a sociedade brasileira, que não tem merecido o adequado tratamento em nível de ações concretizadoras sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais. Em decorrência dessa odiosa concentração, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) projeta-se em níveis assustadores quando o Brasil se vê colocado em posição inferior a 12 países da América Latina e Caribe, revelando a baixa qualidade de vida, os níveis insatisfatórios de alfabetização, educação, natalidade, perspectiva de vida, etc, não obstante tenha sido incluído entre os países de elevado índice de desenvolvimento humano quando no ano de 2007 atingiu o IDH igual a 0.800, o que, todavia, não possui o condão de subtrair a pecha que macula a imagem do País como um monumento de injustiça social, que estaria a merecer a previsão Hobsbawm no sentido de que o Brasil seria “o candidato à campeão mundial de desigualdade”⁸ Divisa-se, é bem verdade, uma pequena alteração nesse quadro quando recentes pesquisas do IBGE revelam que a renda dos 20% mais pobres cresceu 5% ao ano⁹, o que se tem tributado a programas como o Bolsa Família – de matiz nitidamente assistencial – mas não tem sido divisado incremento no aumento de renda das camadas assalariadas e a expansão do mercado ainda não se processa de modo a garantir nível desejável de emprego não obstante o crescimento paulatino da economia, freado, em bem verdade, pela injunções da crise internacional e pela corrupção sistêmica.

Nessa clivagem, a incessante luta por justiça distributiva, oportuniza a indagação de Streck e Bolzan: como pode o Estado, nesse contexto, atuar, intervir, para (começar a) resgatar a imensa dívida social?¹⁰ O equacionamento desta questão passa pela crise do Estado de Bem-Estar Social, quando os problemas de caixa começaram a aparecer no final

7 Dados obtidos em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado-previd%C3%A2ncia> consulta realizada em 01.02.2015.

8 HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos. O breve século XX: 1914 – 1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

9 Dados disponíveis em: http://p.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dnice_de_Desenvolvimento_Humano . Consulta realizada em 01.02.2015.

10 STRECK e BOLZAN, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, conferir o capítulo 5: pp. 73 – 85.

da década de sessenta, aprofundando-se nas seguintes, quando os recursos se apresentaram insuficientes para fazer face às crescentes demandas em decorrência dos contingenciamentos impostos de um lado, pela crise energética de base petroquímica que assolou a humanidade, de outro, pelo desvio de recursos públicos pelos canais da corrupção e em direção ao espaço privado.

Pode-se vislumbrar, com efeito, que “os estudiosos do *Welfare State* consideram o seu desenvolvimento como uma quebra da separação entre a sociedade (ou mercado, ou esfera privada) e o Estado (ou política, ou esfera pública), como constituída na sociedade liberal”¹¹. Enquanto o arranjo satisfazia e permitia a canalização de interesses entre as duas esferas, não se divisaram problemas. O equilíbrio da comunicação é rompido pela crise fiscal, que limitou a atuação do Estado exigindo o acudimento de contrapartidas atuariais o que se processa em detrimento da acumulação capitalista que passa, a partir daí, a enxergar deficiências no sistema de distribuição orgânica da solidariedade que agrupam os programas sociais, descortinando uma visão anticonjuntural da despesa pública.

Nessa contextura, Rigonini aponta as perspectivas da crise do Estado de Bem-Estar-Social, agrupando o pensamento de vários autores sob duas vertentes:

Para um grupo de autores (Offe, 1977, Habermas, 1975), o Estado assistencial traz como resultado a “estatalização da sociedade”. Trabalho, rendimento, *chances* de vida não são mais determinados pelo mercado, mas por mecanismos políticos que objetivam a prevenção dos conflitos, a estabilidade do sistema, o fortalecimento da legitimação do Estado. A vontade política não se forma já pelo livre jogo das agregações na sociedade civil, mas se solidifica através de mecanismos institucionais que operam como filtro na seleção das solicitações funcionais ao sistema. Partidos, sindicatos e Parlamento atuam como organismos dispensadores de serviços, trocando-os pelo apoio politicamente disponível. Os resultados desse processo são diversos, dependendo do fato de se prever ou não a total extinção da autonomia da sociedade em face de um “despotismo administrativo” que levaria à total dependência dos indivíduos e dos pequenos grupos dos mecanismos públicos. As possibilidades de saída estão, portanto, confiadas à capacidade de resistência de alguns fragmentos da sociedade civil: círculos de vida privada, setores de economia concorrencial, grupos portadores de interesses não filtrados pelas instituições.¹²

Essa posição, conquanto se apoie em suportes verdadeiros (a filtragem dos interesses e das prestações por meio de instituições corporativas que induz a uma prática tão conhecida entre nós: o fisiologismo, e, ainda, a formação de blocos técnico-oligárquicos que de

11 REGONINI, op. cit. p. 418.

12 Idem, p. 418

forma despótica vão controlar essa filtragem sob a condução da atividade administrativa), aponta para uma circunstância que, ao menos na experiência dos países periféricos deixa a desejar, quando aposta no resultado de um processo dialógico no âmbito de um espaço público onde os agentes se apresentam tão desiguais, com ínfimas possibilidades de inclusão para as camadas mais pobres da população, cujos interesses realmente não logram passar pelo crivo do aparato técnico-burocrático. A análise dos conteúdos filtrados revela os interesses corporativos neoliberais, que põem mais em evidência na crivagem o sistema econômico que o sistema político.

A segunda vertente aponta que a crise do Estado de Bem-Estar-Social “pode ser entendida também como um processo de “socialização do Estado” (Rose, 1978, Huntington e Crozier, 1975)”. Segundo Regonini estes autores, põem particularmente em evidência este aspecto, e a partir daí ela prossegue afirmando que

o Estado assistencial difundiu uma ideologia igualitária que tende a deslegitimar a autoridade política; a disposição do Estado a intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura; a competição entre as organizações políticas leva à impossibilidade de selecionar e aglutinar os interesses, causando a total permeabilidade das instituições às demandas mais fragmentadas. O peso assumido pela administração na mediação dos conflitos provoca a burocratização da vida política que, por sua vez, leva à “dissolução do consenso”. Baseando-nos nesta análise, torna-se claro que as possibilidades de saída da crise ficam entregues à capacidade de resistência das instituições, à sua autonomia em face das pressões de grupos sociais numa perpétua atitude reivindicativa (...) estes resultados, tão distantes a que se chega pelo estudo da crise do *Welfare state* com as categorias de “Estado” e “sociedade” demonstram pelo menos uma coisa: o desenvolvimento e consolidação do Estado assistencial nos últimos cem anos constituem um processo tão profundo, distanciam tanto esta instituição das que a precederam que tornaram amplamente inadequado o esquema conceptual elaborado pelas teorias clássicas para definir o Estado e suas funções.¹³

Temos resistência, de nossa parte, em levar o aumento das demandas à causa decisiva da crise atuarial do Estado de Bem-Estar-Social. A ela aglutina-se, como afirmamos, o problema da corrupção com o desvio dos recursos públicos. Por outro lado, se é verdade que a competição entre as instituições políticas pode frustrar a seletividade de interesses, a canalização desses interesses para satisfação das políticas neoliberais capitalistas tem conseguido, ela sim, deslegitimar, dessa maneira, o poder político.

13 Idem, p. 419.

Deveras, o espaço público cede terreno para uma falsa liberdade, que se erige sob o influxo de um atomismo que fragmenta a atuação individual sob os matizes de vários papéis que deságuam inevitavelmente naquele que é erigido à condição central do homem: o indivíduo consumidor, fazendo com que o indivíduo deixe-se “arrastar passivamente pelo mar da mobilidade social, pela persecução dos objetivos de consumo”¹⁴ Se aliarmos a isso o desinteresse pelos assuntos públicos¹⁵ – o que decorre, sem dúvida, da frustração com a maneira, os rumos e resultados do processo seletivo – não será difícil compreender a *apatia política*¹⁶ que tem assolado as democracias contemporâneas e vazada numa “indiferença em relação aos acontecimentos da vida pública”.¹⁷

Essa indiferença aos assuntos públicos tem servido aos propósitos do capitalismo neoliberal na exata medida em que enseja a manipulação da vontade coletiva. Com efeito, lembra Gobardo que

Na democracia dos antigos, a liberdade individual era condicionada pela prevalência da cidade. Ao contrário, o indivíduo, como singular pessoa moral e racional, é fundamento ético da democracia liberal, pois, nas palavras de Bobbio, ele é o “melhor juiz de seu próprio interesse” (...) Como bem aponta Martin Carnoy¹⁸, a existência do Estado somente não é contestada quando considerado como fornecedor de meios à existência de liberdade, necessária à incrementação de um sistema de levada produtividade material, na qual a desigualdade é inevitável. O liberalismo pressupõe uma separação radical entre organização do Estado (imbricada à democracia política) e a organização da economia (ligada direta e exclusivamente ao desempenho social, entendido este como a soma dos desempenhos individuais). Nessa perspectiva, acredita-se na existência

14 BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 132.

15 Segundo Böckenförde “Las consecuencias de un déficit de la representación democrática pueden presentarse en cada caso intensidades y formas diversas. Hoy en día se ponen de manifiesto especialmente en la creciente presentación de iniciativas ciudadanas (através da subsidiariedade participativa), y también en el distanciamiento respecto de los partidos políticos o de la política en general.” (BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p 154).

16 Böckenförde chama a atenção para que a expressão “tédio estatal” não designa o problema de forma adequada. Segundo ele, “No se trata de tedio respecto del Estado, sino respecto del sistema de dominio de los partidos, debido al constatado déficit de representación democrática material en la actuación de los partidos políticos” (Idem, *ibidem*). Acreditamos que a expressão etimológica *apatia política* tem um sentido mais amplo, na medida em que revela uma atitude de consentimento passivo à manipulação da vontade política.

17 ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. “As Aporias da Democracia: uma (Re)Leitura Possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 96.

18 A referência pode ser localizada em CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. Campinas: Papirus, 2003.

de um “senso de dever” individual que determina o social, ainda que involuntariamente e insuficientemente.¹⁹

Assim se erige a bandeira do *neoliberalismo* que hoje é erigida em defesa da globalização apregoando notadamente a liberação dos mercados, a desregulamentação, o minimalismo estatal, o controle da inflação, a primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução de déficit público, concentração de poder mercantil e financeiro (apenas?) nas grandes empresas e bancos transnacionais. A partir daí, pontua Lima, “o papel do Estado seria o de garantir e proteger o livre mercado, reduzindo-se e/ou suprimindo-se as tutelas estatais no âmbito social. Segundo os corifeus do neoliberalismo, no embate entre a democracia e a liberdade, vista a última sob o enfoque econômico, esta deveria prevalecer.”²⁰

A redução do déficit público tem implicado a repressão de demandas com a supressão de políticas públicas, porque não se admite – em defesa da falsa liberdade – que o Estado assuma posturas intervencionistas no mercado ou simplesmente no sistema financeiro onde a ordem é desregulamentar, reduzindo o mais possível a atuação do Estado. A tensão poderia, enfim, ser assim resumida: se o Estado tem sido um mau gerente, deixe que o indivíduo livremente (a esfera privada) saiba bem se mover para suprir aquilo em que o Estado falhou, basta que proceda aos ajustes fiscais necessários, significa dizer: reduza a carga tributária e corte seus gastos! A ideia foi muito bem colocada por Canotilho²¹ quando afirma que “a redução das despesas públicas obriga a cortes orçamentais e ao drástico emagrecimento do aparelho organizativo do Estado [necessários, sob o prisma do ideário do *terceiro capitalismo*²²] ao equilíbrio do défice orçamental indispensável à criação de um clima atractivo para investimentos [que] não é compatível com a administração pública herdada do “Estado máximo”. Em nome desse clima favorável para investimentos, “as políticas públicas optam por encaminhar os dinheiros públicos para grandes investimentos infra-estruturantes (aeroporos, vias férreas, auto-estradas) em vez de os desonerar para os serviços garantidores da efectivação de direitos sociais”, anota ainda Canotilho que

19 GOBARDO, Emerson. “O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranquilidade da Alma”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. op. cit, pp. 18/19.

20 LIMA, Abili Lázaro Castro de. “Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais.”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 154.

21 CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 05/11/2015, p. 7.

22 “Em substituição do Estado Social constitucionalmente conformado propõe-se – umas vezes de forma sub-reptícia, outras vezes em termos abertamente frontais – que o terceiro capitalismo com a sua sociedade aberta conduz necessariamente a um corolário lógico: a empresa privada, a actuar no mundo global, será o único sujeito capaz de responder a um modelo de acção social universal.” (CANOTILHO, op. cit, p. 5)

questiona, nessa contextura, ou seja, diante da “*governance* do terceiro capitalismo, qual o lugar do princípio da sociabilidade social, que postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais.”²³

Enquanto o Estado amarga frente à escassez de recursos para fazer face aos investimentos sociais, bancos obtêm a cada ano lucros fabulosos e as grandes empresas multiplicam cada vez mais seu patrimônio, mercê de ardilosas “estratégias de fugas – seja via sonegação, seja via *administração* tributária – projetando, por consequência, uma menor arrecadação fiscal.”²⁴ Como se sabe – anota Canotilho – “a evasão fiscal anda de mãos dadas, muitas vezes, com a fraude e a lavagem de dinheiro. Além de impotente no combate às actividades ilícitas, o Estado Social vê os seus recursos em permanente retrocesso.”²⁵

E, para não ir mais além, ficando ainda no âmbito da experiência periférica brasileira, basta pensar que passados quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, a tributação sobre as grandes fortunas ainda é letra morta no Texto, nos impelindo a testificar o acerto das colocações ora deduzidas e indagar se há realmente interesse das elites dominantes de implementar as propostas emancipatórias previstas no núcleo essencial vazado no art. 3º da Carta... É preciso se (re)pensar o arranjo democrático.

3. Projeção Interna da Crise Democrática: A Fantochização da Legitimação e a Subsidiariedade Participativa nos Trilhos da Expansão Ascendente do Poder

Como sabemos, não é a existência de uma constituição onde se estabeleça a separação dos poderes, proclamem-se os direitos fundamentais e suas respectivas garantias, bem como, a existência de um significativo número de leis que caracterizarão o Estado Democrático de Direito. De nada adiantará toda esta legalidade se, montada sobre ela, persiste o arbítrio político. O primado do direito se torna inútil se as autoridades não agirem nos limites traçados pela norma, se extrapolarem estes limites e agirem elegendo os interesses próprios ou de grupos, em detrimento do interesse geral. No autêntico Estado de Direito, a lei, elemento disciplinador da liberdade, deve avultar-se como expressão da justiça e fazer vir à tona a vontade geral, minimizando-se, desde aí, o conflito entre a norma discutível em seu conteúdo, porém positiva, e um direito justo, mas não plasmado na forma de lei.²⁶ Emerge, desde aí, a necessidade de o princípio da representatividade assumir conotações

23 Idem, pp. 5 e 7, *passim*.

24 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 41.

25 CANOTILHO, op. cit, p. 7.

26 Ver a respeito RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-perot, Colección Nueva Teoría, 1962.

próprias que não são encontradas nas estruturas autocráticas. O ato delegatório, as eleições periódicas e o reforço dos mecanismos da democracia direta como as consultas populares ou o *referendum* podem conduzir a uma aparência democrática que na verdade pode revelar aquilo que Bolzan convencionou denominar *fantochização da democracia* onde os interesses da maioria podem resultar mascarados, esvaziando a representatividade que resultaria, em detrimento do Estado de Direito, quedada a um estereótipo formal

seja em face das dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdos dos temas postos em discussão, o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, o que dificultou/inviabilizou a tarefa política com o jogo dialético de pretensões, seja, ainda, pelo volume quantitativo das questões postas à solução, o que implicou uma atividade *full time* que exclui o cidadão – ocupado demais em prover o seu cotidiano – do jogo político, ao mesmo tempo em que exclui o político do debate social dos temas.²⁷

O cenário do espaço público político se enfraquece, segundo ainda Bolzan, diante do “contexto do jogo econômico global de um capitalismo financeiro... (que) ao menos tendencialmente, (propicia) o desaparecimento de alternativas reais de escolha posto que se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas, etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política”²⁸

Essa indiferença em relação aos assuntos da vida pública se projeta, sem dúvida, a partir da hipercomplexidade social, sobretudo em decorrência de uma de suas características: a tendência burocratizante e tecnocrata, que conduz a uma escolha cesarística do líder carismático, transformando uma opção de escolha em uma pacificação hipostática.²⁹

Na verdade, o exercício do poder revela que a democracia amarga frente a uma tendência enormemente centralizadora. Com efeito, o Estado contemporâneo³⁰ se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. A escassez dos recursos, a passagem de uma economia de mercado para uma economia globalizada, planificada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativa, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo

27 BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 54.

28 Idem, p. 55.

29 A respeito conferir ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres, no artigo aqui já citado.

30 O étimo, aqui, estará sendo utilizado no sentido empregado por Bolzan: “Estamos utilizando o termo contemporâneo com “c” minúsculo, pois estamos lidando com as questões que envolvem o Estado nos dias atuais, e não apenas na sua formulação como Estado Contemporâneo, caracterizado, como sugere Cezar Pasold, pelo desempenho de um caráter finalístico vinculado à idéia de *função social*.” (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p.14).

isso tem exigido do Estado bem administrar os escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil. Nesse espaço, lembra Bobbio que

Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe das *arcana imperii* porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?³¹

Isso tem determinado, segundo o sempre lembrado autor italiano, um “contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base e, portanto, diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.”³² De fato, a experiência tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados e que “o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos ‘com força de lei’ editados pelo Executivo: Decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, etc.”³³

Esse acúmulo cada vez maior da função legiferante no Poder Executivo – que engrossa a tendência burocratizante do Estado contemporâneo – justifica-se, talvez, em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal em acompanhar o desenvolvimento por que passa a sociedade hipercomplexa e hipercontingente, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils³⁴, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (Democracias Políticas, Democracias Tuteladas, Oligarquias Modernizantes, Oligarquias Totalitárias e Oligarquias Tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado Democrático de Direito.

31 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 46.

32 Idem, p. 47.

33 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A revisão da doutrina democrática”. In: *Problemas Brasileiros. Revista Mensal de Cultura*. ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980, p. 13.

34 SHILS, Edward. “Political Development in the New States”, *apud* DALLARI. Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980, p. 150.

A propósito, para Dallari “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata o publicista: “Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno”³⁵, que seja de tal sorte que as demandas políticas possam ser veiculadas sem serem sufocadas por uma decisão política (legislativa ou executiva) desidentificada com a vontade da maioria dos concernidos ou frustrada pela “resposta” técnica, indo, portanto, na contramão da lógica política democrática como poder ascendente.³⁶

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, conduzindo cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade, não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução do elemento finalístico, como função a ser cumprida. Para fazer face a essa tendência, preconiza Bobbio que

o processo de democratização, ou seja, o processo de *expansão do poder ascendente*, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc.³⁷

É sob o influxo desse eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A ideia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a sua atuação, senão mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço (lugares) para atuação de organizações não-governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sindicatos, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas, dispêndios e prioridades, por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consultas, enfim, dos novos agentes sociais do chamado terceiro setor.

35 DALLARI, 1980, p. 164.

36 Cf. BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 43.

37 BOBBIO, 2002, p. 67.

Obviamente, o florescimento do princípio da subsidiariedade pressupõe um espaço público alçado no pluralismo político, onde o Estado passa a densificar, coordenar e viabilizar os interesses dos variados segmentos. Isso significa que o Estado transforma-se em propulsor da liberdade-participação contrafática da antiga liberdade-autonomia do liberalismo. Essa perspectiva foi muito bem divisada por Baracho, que vê a necessidade de uma revisão na própria estrutura do Estado³⁸.

Nessa perspectiva, o respeito à diversidade e à tolerância propiciam a convivência necessária para o desenvolvimento de novas práticas de condensação da vontade coletiva exigindo um redirecionamento da dinâmica estatal que se vê alinhada sob novos conceitos de estrutura e função como faz ver o publicista mineiro:

As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento shmittiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária. A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*). As *alternativas da minoria à maioria*, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.³⁹

A *expansão do poder ascendente* sob os trilhos da subsidiariedade avulta-se como um possível caminho para conter a tendência centralizadora, burocrática e tecnocrata do Estado em defesa do fortalecimento do ideal democrático. As novas relações sociais que emergem a partir daí “tendo como protagonistas sujeitos outros que não os indivíduos isolados, implicaram um açambarcamento por tais atores de funções tradicionalmente

38 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução”. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 103.

39 BARACHO, 1995, pp. 103 – 104.

públicas. Assim, sindicatos e as organizações empresariais passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluem no rol do poder soberano do Estado”⁴⁰

A emergência de novos pólos nômicos tem sido objeto da reflexão de Bolzan que tem incessantemente chamado a atenção para o deslocamento/ocupação do espaço decisório por outros *loci* de poder num contexto de perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado⁴¹. Sustentando a (re)articulação desses novos espaços no ambiente federativo, o mestre gaúcho vai mais além para cogitar de um arranjo (neo)federalista que poderia ser “expresso sob nova roupagem que incorporaria, para além dos entes federados clássicos, novas esferas de práticas jurídico-políticas: o local, o regional e o supranacional; o estatal e o não-estatal. Ambos, e sobretudo o primeiro, se apresentam como possibilidades para a reinstalação de práticas políticas, quicá de roupagem e conteúdo democrático”⁴².

A perda do monopólio da criação e aplicação normativas com o aparecimento de novos espaços nômicos tem, como vimos, ensejado uma alteração de sentido na vetorização clássica da relação de dominação, guiada pelo *fenômeno da expansão ascendente do poder*. A ideia, também se encontra esboçada em Foucault quando assevera que

o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise *ascendente* do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global.⁴³

Naquilo que aqui nos interessa, observemos ainda que para o renomado autor, a idéia de poder comporta uma dinâmica onde os indivíduos agem como pólos de transmissão imersos numa malha onde circulam para exercer e sofrer a ação do poder, que funciona e se exerce em *rede*.⁴⁴

Dentro dessa linha de argumentação é possível afirmar que o fenômeno da *expansão ascendente do poder*, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do

40 BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 30.

41 BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 51, 55 e 80.

42 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. “Uma Democracia Federal. Novos Lugares para a Política Democrática”. In: AVELÁS NUNES, Antônio José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 187 – 188.

43 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 184.

44 Idem, p. 193.

poder em *rede* que pode se erigir em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, pode impingir gravitação, que a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva poderá ter o condão de se não desviar, ao menos suportar em melhores condições os efeitos irradiantes de núcleos marginais ou hegemônicos de poder. A propósito, Bolzan chama a atenção para os “dilemas” da ocupação dos espaços de autoridade por atores os mais diversos – os econômicos e os marginais, em especial – descomprometidos com quaisquer tipos de estratégias de inclusão social próprias ao regime democrático”.⁴⁵

4. **Projeção Externa da Crise Democrática: O Problema (Ainda) da Falta de Unidade e Autonomia do Direito. Centro, Periferia e Sociedade Heterárquica**

O pluralismo jurídico-político, que sob tal contextura se irrompe, imprime, sem dúvida, uma perda da significação do Estado em sua concepção clássica, bem como introduz sensíveis alterações na ordem internacional. Efetivamente, o enfrentamento da capacidade do Estado definir os conteúdos normativos e decidir sobre o modo de aplicação tem revelado um lado muito preocupante da crise democrática. Não há como negar a fragilidade a que se encontra exposto nos dias atuais aquele que foi o centro de irradiação de decisão política e jurídica e assumia um *locus* de exclusividade na definição dos conteúdos de tal maneira que não admitia, no plano interno poder sequer igual para compartilhar essa função e, no plano internacional postava-se apenas ante o reconhecimento de iguais poderes para garantir a convivência da ordem. A irradiação da soberania, nessa conformidade, encontra eco desde o pensamento medieval com a defesa procedida por Bodin que a concebia como poder supremo, absoluto, que não admitia nenhum outro maior que si (*Suprema potestas superiorem non recognoscens*)⁴⁶, não mais se sustenta diante da realidade das relações internacionais hodiernas. Com efeito, a ideia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada, ou seja, dentro do domínio do normativo na esteira da visão preconizada por Kelsen⁴⁷, entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização, que preconiza a projeção desta qualidade do poder do Estado entrelaçada num amálgama de relações que não se projetam exclusivamente no campo normativo.

Atento a este aspecto Ferrajoli, de início, já chama a atenção para que a “*soberania* é um conceito ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os

45 BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 189.

46 BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966, p 141.

47 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 191 e 371 – 374.

problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado⁴⁸. Deveras, assim como o próprio direito não pode mais ser compreendido sob uma visão exclusivamente normativista porque legitimado e opera mercê de um complexo de relações de inter-referências, a soberania, igualmente, não pode ser mais concebida, legitimada e operada num sistema hermeticamente fechado que seria o sistema jurídico do Estado concebido como fonte exclusiva de criação e aplicação normativa. A partir daí, divisamos uma concepção aberta da soberania para havê-la mesclada numa *rede* de inter-referências partindo do sistema jurídico para os sistemas político e econômico.

Essa visão, concebida a partir do processo de mundialização, requer atenção redobrada porque esse processo enseja também o aparecimento de pólos nocivos. Deveras, é preciso se ter presente que não apenas o capital, mas a ciência, a tecnologia, a cultura, romperam as fronteiras do Estado nacional, com a mesma amplitude que o crime organizado. Segundo Castells, “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana⁴⁹ A existência de redes criminosas internacionais para disseminar violência, para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas e capital ilícito é fato comprovado. Como igualmente é realidade, para fazer face a esse fenômeno, o vicejamento de redes de proteção cuja atuação se expressa sob as mais variadas organizações não-governamentais⁵⁰.

Esse amálgama de inter-referências, como se vê, ora se desenvolve em amparo ao processo democrático buscando a inserção do indivíduo e a integração de comunidades ao escopo de tutelar e ensejar a eficácia dos direitos humanos, ora se desenvolve exatamente ao fito contrário. Aqui, vê-se travada verdadeira batalha. Essa luta, no plano interno, tende, segundo estamos convencidos, a propiciar a consolidação do Estado Democrático de Direito, por meio de uma adequada relação entre governo e jurisdição, que redunde para além da submissão do exercício da soberania aos limites normativos, alcançando a admissão, controle e gestão dos novos atores cuja atuação se voltem para imprimir uma maior legitimação do poder do Estado. Assim, desde que a norma resulte de um concerto novo por meio de revelar a vontade da maioria dos a ela concernidos, avultar-se-á, desde aí, soberana, de tal sorte que esse círculo garante a legitimidade e resolveria uma possível

48 FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.1.

49 CASTELLS, Manoel. *A Sociedade em Rede*. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 40.

50 Bolzan lembra a atuação em setores variados como à guisa de exemplo: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional) e saúde (Médicos Sem Fronteiras). (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 29).

antinomia entre a soberania e sua limitação jurídica. Ferrajoli reproduz essa visão ao fazer ver que:

Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos às suas formas, mas também substanciais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, como puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.⁵¹

O problema, todavia, assume conotação diferente quando enfrentado em face da soberania externa. Deveras, a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e materiais sempre ensejou o exercício da soberania de forma absoluta e unilateral. De tal sorte, quando hoje se cuida de estabelecer no plano externo um quadro formal e material legitimador e garantidor (*ius cogens*) – que implicaria e evidenciaria a antinomia entre soberania e direito – o que, obviamente, apenas se processaria, como ressalta Ferrajoli, parodiando Dworkin, se se “levar a sério’ o direito internacional, e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégicas políticas para realizá-los”⁵², a discussão repousa em grande dificuldade e tem se assistido a retornos em nome dos interesses nacionais.

Enquanto isso não se efetiva, multiplicam-se as violações aos direitos fundamentais, à paz e à segurança e outro caminho não se avulta se não divisar e operar a soberania sobre outro paradigma de modo a acompanhar o que acontece, o que existe: o desenvolvimento de núcleos de poder (não apenas estatal) hegemônicos e voltados para atuação em rede de modo a infundir, difundir e perpetrar as mais atrozes violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É esse contexto que revela o ambiente de mudanças onde o Estado nacional está atuando neste novo milênio. É esse o contexto da convivência democrática no plano externo. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas na qual o Estado aparece tomando

51 FERRAJOLI, 2002, p. 40.

52 FERRAJOLI, 2002, p. 46.

ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso: uma autêntica rede, que constituiria a constelação pós-nacional desvelada por Habermas com estas palavras:

Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais.”⁵³

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells⁵⁴. Ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controle, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Têm-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado que enfrenta o terceiro milênio em um mundo globalizado.

53 HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Litera Mundi, 2001, p. 84.

54 CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 25.

Esse contexto mais que nunca revela o nível de desigualdade entre as camadas da população, porque se evidencia uma enorme diferenciação entre *incluídos* e *excluídos* que, por mais paradoxal que seja, é incompatível – tanto com a democratização interna (do Estado de Direito), quando com a (des)ordem internacional globalizada (democratização externa?) – mas, ao mesmo tempo, a alavanca.

É por isso que ainda julgamos pertinente a diferença entre *Estados-núcleos* e *Estados periféricos*, porque a inclusão na rede sistêmica peculiar à globalização marginaliza aqueles Estados que, como num passe de mágica, viram-se obrigados a se inserir na nova ordem sem que tenham conseguido, ainda, ultrapassar, as providências alinhavadas pelo Estado de Bem-Estar-Social, revelando uma *modernidade tardia* ou um *simulacro de modernidade*, na expressão de José Ribas Vieira desvelada por Streck⁵⁵. Os chamados *Estados-núcleos* passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são donos e operadores do sistema bancário internacional, controlam todas as moedas fortes, são os principais clientes do mundo, fornecem a maioria dos bens acabados, dominam os mercados internacionais de capitais, exercem considerável liderança moral dentro de muitas sociedades, são capazes de maciça intervenção militar, controlam as rotas marítimas, realizam a maior parte da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ponta, controlam o ensino técnico de ponta, dominam o acesso ao espaço, dominam a indústria aeroespacial, dominam as comunicações internacionais e dominam a indústria de armamentos de alta tecnologia⁵⁶. Vê-se, dede aí, que os *Estados-núcleos* são centros de irradiação de decisão econômico-financeira, política, científico-tecnológica e cultural. Já os *Estados Periféricos* gravitam, impulsionados por essas demandas em torno do centro. E a tendência de se conduzir o debate político em torno de dois mundos: norte–sul, oriente–ocidente, ricos–pobres, centro–periferia, que se supunha encontrar-se ultrapassada em face do processo de globalização, volta (na verdade nunca deixou de estar) ao cenário.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que a globalização não tem conduzido a um processo de inclusão, ou por outras palavras, ela não conduz a um processo homogêneo (nem poderia, porque os Estados periféricos, como o Brasil, ainda vivem numa modernidade tardia). Ela é modelada pelos interesses, objetivos e prioridades de segurança e do capital sediado em Estados hoje já não mais predominantemente ocidentais porque a China e o Japão entram em cena. Ou será que ainda hoje, e não apenas nos anos do pós-guerra, para salvaguardar esses interesses os Estados Unidos – como a única grande potência que restou após o desmoronamento da União Soviética – a Grã-Bretanha e a França não se alinham para tomar decisões sobre questões políticas e de segurança?

55 STRECK, 2004, p. 25.

56 Características do centro condensadas por BARNETT, Jeffery R. “Exclusions as National Security Policy” *apud* HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 97 – 98.

Ou será que os Estados Unidos não se alinham como a Alemanha, o Japão e dentro em breve estaremos assistindo a entrada em cena nesses arranjos da China, para decidir sobre questões de natureza econômica. E, enfim, será que alguém duvida igualmente que as decisões tomadas afetam a economia, a política e a segurança de tantos outros Estados? Isso Huntington⁵⁷ já fazia ver que ocorria no início do processo globalizante e certamente não deixou de ocorrer.

Avultam-se, desde aí, portanto, duas modernidades: a modernidade central e a modernidade periférica. Enquanto na modernidade central os efeitos da globalização são melhor assimilados porque os Estados passaram pela etapa do Estado de Providência, na modernidade periférica a crise se agudiza quando em busca de integração na sociedade global, divisa-se, com mais intensidade, a falta de autonomia das esferas de juridicidade, sobretudo a estatal em definir os conteúdos e os processo de criação e aplicação normativas⁵⁸, de maneira a valorar a igualdade e a dignidade da pessoa humana como condições para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se divise certa mobilidade no deslocamento do esquema “centro e periferia”, o que se pode perceber presentemente com a situação da China e talvez no futuro e em sentido inverso, com uma possível estagnação, quando menos desaceleração, da economia norte-americana. Aliás, os acontecimentos recentes, que fizeram eclodir a crise financeira, constituem sérios indícios. O certo é que a chamada *periferização do centro* mostra-se como uma tendência paradoxal não invalidando a distinção entre centro e periferia que segundo Neves

é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais).⁵⁹

A propagação de ondas de exclusão também em países do centro revela o equívoco em que laboram aqueles que sustentam a (falsa) liberdade como esteio do neo-capitalismo,

57 HUNTINGTON, 1996, p. 97.

58 A visão pragmático-sistêmica de Luhmann bem explica essa crise quando desvela a hipertrofia do código (*ter/não ter*) da economia sobre os códigos binários de atuação dos sistemas jurídico (*licito/ilícito*) e político (*poder/não-poder* ou *governo/oposição*). Consultar a respeito: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, sobretudo pp. 117 - 152).

59 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 227 – 228.

que faz amargar a perda de autonomia do direito desmoronando o Estado de Bem-Estar-Social em lugares onde ele pôde se desenvolver, e inevitavelmente, ao mesmo tempo, revela o quanto as camadas de não-incluídos dos países da modernidade (tardia) periférica sofrem com os efeitos da globalização econômica.

Nesse diapasão, a questão repousa em saber se o direito se torna garante da ordem internacional ou se, de outro modo, a ordem internacional globalizada se torna garantidora do Estado Democrático de Direito. Dito, ainda, de forma diferente: é necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? Ou a ordem internacional global se tornará democrática independentemente de alguns Estados não sê-lo? Neves se ocupa da questão imprimindo a ela uma análise sistêmica para concluir indo além de aportes de Habermas e Teubner, que a democratização do sistema internacional estaria a depender da democratização dos Estados.

A proposta de Habermas encontra-se assim sintetizada por Neves:

Habermas procura na unidade de uma política mundial transnacional a saída para os limites da capacidade reguladora e da força integrativa ou legitimadora do Estado Democrático de Direito na sociedade mundial hodierna. A concepção habermasiana lembra a idéia kantiana da possibilidade de paz entre as “Repúblicas” mediante “um *federalismo* de Estados livres”⁶⁰, não recorrendo, porém, às instituições tradicionais da política internacional ou do direito internacional público. Diversamente, enfrenta a questão referente à busca de uma *política interna mundial* que estaria em condições de “explorar instituições e procedimentos” que seriam “necessários para a construção de interesses comuns ‘no sentido de uma cidadania mundial’ e para a produção de um ‘regime global de bem-estar’”⁶¹. Ao contrário da política internacional e do direito internacional público de feito clássico, “os *primeiros* destinatários de tal ‘projeto’ não são os governos, mas sim movimentos sociais e organizações não-governamentais, ou seja, os membros ativos de uma sociedade civil que ultrapassa as fronteiras nacionais.”⁶²

A proposta de Teubner⁶³, nas palavras de Neves⁶⁴, implica verificar que a “Teoria do Direito é desafiada [...] a incluir em sua semântica e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos

60 Conferir KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: edições 70, 1995.

61 Conferir HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

62 NEVES, 2006, p. 269.

63 Conferir TEUBNER, Gunther. “A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, pp. 9 – 31, entre outros.

64 NEVES, 2006, p. 261.

subsistemas da sociedade mundial.” Por essa via, os procedimentos específicos do Estado de Direito (*rule of law e due process of law*) alcançariam as ordens globais heterárquicas que se instalaram a partir de diferenciação e programação de outros subsistemas que ao lado do direito integram a ordem global mundial como a economia e a política, notadamente. Assim, tais procedimentos deixariam de pertencer com exclusividade ao Estado de Direito e passariam, igualmente, a receber estímulos dos outros subsistemas no ambiente da sociedade global, que atuariam sem a centralização do Estado Nacional, de onde proviria o caráter heterárquico da ordem.

O ponto de partida para deflagrar qualquer investigação por esse caminho requer, necessariamente, que se considere, como fez Luhmann, que “no hay nada en el plano de la sociedad del mundo que corresponda al acoplamiento estructural del sistema político y del sistema jurídico por la vía de las Constituciones”⁶⁵. Essa ausência na sociedade internacional de um acoplamento entre os sistemas político e jurídico decorre, primeiro, da circunstância de que a ordem mundial globalizada tem como código hipertrófico o *ter/não-ter* da economia e, segundo, porque, como lembra com precisão Teubner⁶⁶:

Não só a economia é hoje em dia um sistema autônomo no plano global – também a ciência, a cultura, a técnica de saúde, a previdência social, o transporte, o sistema militar, a mídia e o turismo auto-reproduzem-se atualmente como ‘sistemas mundiais’ no sentido de Wallerstein e fazem, dessa maneira, concorrência à política internacional dos Estados nacionais, com sucesso.⁶⁷

É exatamente por isso que Bolzan, ciente da importância da Constituição “para o reconhecimento e desenvolvimento de um direito humanitário, mesmo sem que saibamos exatamente e com certeza sobre qual o espaço geográfico que incidirá o regramento constitucional – o nacional, o local, o regional, o mundial(?)” reconhece que o “seu papel (da constituição) não está terminado, mesmo que esteja passando por uma reformulação profunda, produto de uma realidade nova que impõe seja ordenada levando-se em consideração o seu cunho aberto e universalizado.”⁶⁸.

Realmente, apesar de toda a *constitucionalização do direito internacional* como se assiste no processo de unificação da Europa e de toda *internacionalização do direito constitucional*, com a abertura das constituições para acolher normas de direito internacional

65 LUHMANN, 2002, p. 660.

66 TEUBNER, 2003, pp. 9 – 31.

67 É preciso, todavia, não olvidar, como aqui já ressaltamos a partir do pensamento de Bolzan e Castells, a existência, também, de núcleos heterárquicos nocivos e com atuação igualmente voltada para concorrer com o poder estatal como, por exemplo, a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc.

68 BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 94 – 95.

como princípios e tratados, ainda se divisa no direito nacional o ponto de partida para a existência e produção do sistema internacional. Todavia, é inegável que o processamento de comunicações intersistêmicas na sociedade internacional, cujo resultado é a criação de novos pólos heterárquicos, tem-se erigido em detrimento do desempenho da função sistêmica da constituição no Estado Nacional que é servir de acoplamento estrutural entre direito (*lícito/ilícito*) e política (*poder/não-poder*), de modo a permitir uma salutar inter-referência entre os dois sistemas, de maneira a canalizar e equalizar os interesses recíprocos, no conserto democrático. A questão se acentua quando entra em jogo na comunicação o código hipertrófico (*ter/não-ter*) da economia. E se no plano interno, as irritações causadas pelo código hipertrófico já acentuam e frustram a atuação dos direitos humanos como limites de capacidade de aprendizagem, o mesmo se projeta no sistema internacional exigindo, a toda evidência, uma institucionalização/programação, tanto interna, quanto internacional, para em nome do conserto democrático, proceder os ajustes necessários nessa linha de fratura. No caminho desse conserto, o fortalecimento da doutrina e do Poder Judiciário, estamos convencidos, constituem *loci* altamente privilegiados ao declarado escopo e suas funções necessitam ser re(visitadas).

A emergência de centros heterárquicos, ou seja, centros de poder produtores de direito que concorrem com o direito produzido pelo Estado Nacional, que caracteriza o fenômeno globalizante, revela a crise de unidade e mesmo de autonomia tanto no ambiente do direito interno, quanto na ordem internacional, dos sistemas que a integram, todos eles, além e sobretudo da política, da economia e do próprio direito. Teubner sustenta mesmo a falta de unidade que seria compensada com o irrompimento de “operações transjuncionais”. Nesse ponto, Neves diverge de Teubner para insistir na unidade, complexidade e multiplicidade de programas do sistema jurídico estatal, que não resultaria trivializada pelas comunicações deflagradas pelas operações entre sistemas heterárquicos:

Em vez de negar em geral a unidade do direito, tal como propõe Teubner, parece-me que caberia levar em consideração o fato de que no Estado Democrático de Direito o direito positivo, constituindo sistema jurídico diferenciado tanto funcionalmente quanto territorial-segmentariamente, não é uma “máquina trivial”, suscetível de ser caracterizada como uma unidade simples, invariante e instrumental na perspectiva de um observador externo. Configura, ao contrário, uma “máquina não trivial”, cuja unidade é não invariante, altamente complexa e múltipla, pois depende não apenas de uma pluralidade de observadores externos nos diferentes ambientes ou contextos do direito, mas também de uma multiplicidade de auto-observadores e autodescrições. Exatamente por isso não cabe falar de uma identidade simples do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, mas sim, utilizando a linguagem de Teubner, investigar as “identidades múltiplas” desse sistema. O seu código binário “lícito/ilícito”, no qual se assenta a unidade sistêmica, manifesta-se em uma

multiplicidade de programas, contextos sociais, e problemas intra-sistêmicos, envolvendo-se em operações transjuncionais como outros códigos binários.⁶⁹

A opção de Neves privilegia o fortalecimento do Estado Democrático de Direito levando em consideração o novo *locus* onde irradiará sua atuação. Divisa-se, portanto, na ordem internacional globalizada, uma policontextualidade alavancada a partir de operações transjuncionais, o que, a bem da verdade, assegura a sua existência a par de não constituir um sistema social diferenciado. Por isso prossegue Neves propugnando, enfim, pela compatibilidade da concorrência entre o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e o pluralismo jurídico da sociedade mundial afirmando que:

Deve-se observar que a polivalência das operações transjuncionais presupõe a bivalência dos códigos dos respectivos sistemas. Mediante essas operações é possível “passar de uma contextura (uma distinção ‘positivo/negativo’) para uma outra e marcar, a cada vez, quais as diferenças que se aceitam ou se rejeitam para determinadas operações”. A policontextualidade implica não somente que haja operações transjuncionais entre o código “lícito/ilícito” do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e outros tipos de códigos sociais binários (“ter/não-ter”, “poder/não-poder”, “verdadeiro/falso”, “transcendente/imanente”, “amor/desamor”, “belo/feio”, “consideração/desprezo”, etc.), mas também que ocorram operações polivalentes entre o código “lícito/ilícito” sob o qual o referido sistema opera e outras manifestações do código binário do direito. Essas, por seu turno, não se reduzem nem àqueles códigos jurídicos que se afirmam, respectivamente, em outros sistemas jurídicos estatais segmentariamente diferenciados, nem ao código binário que se apresenta no direito internacional público, mas incluem igualmente os códigos binários específicos das ordens jurídicas globais plurais. Quer dizer: a referência à unidade não trivial, complexa e múltipla do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito não exclui uma pluralidade de outras ordens jurídicas que estejam em relações permanentes de concorrência com esse sistema; portanto, não é, em princípio, incompatível com o pluralismo jurídico da sociedade mundial.⁷⁰

Na escolha de conteúdos e procedimentos, que tradicionalmente marcou a autonomia do direito do Estado Nacional, a função bivalente do código binário do direito se intensifica em defesa de sua unidade na medida em que ela mediatizar, tanto internamente, como na sociedade global, a marcação dos conteúdos pelo filtro do código *inclusão/exclusão*, de modo a privilegiar aqueles conteúdos que satisfaçam a igualdade e o princípio

69 NEVES, 2006, pp. 264 – 265.

70 Idem, p. 265.

da dignidade da pessoa humana a fim de que os direitos humanos possam aparecer na policontextualidade como limite da capacidade de aprendizagem e condição de possibilidade das comunicações deflagradas no plano interno ou aquelas objeto das operações transjuncionais. E quando a função binária *inclusão/exclusão* mediatizar o irrompimento de operações por todos os sistemas, ela restará guindada a um meta-código⁷¹, decorrendo, desde aí, a importância da Constituição como *locus* de fundamentabilidade dos direitos humanos permitindo a exata mediação em defesa deles; seja no plano interno, no âmbito de acoplamentos estruturais entre os sistemas; seja apontando o norte para as operações inter-sistêmicas no âmbito da transjuncionalidade heterárquica, na ordem global. Porém, é preciso estarmos atentos para os efeitos que daí podem advir já amplamente aqui registrados na linha do pensamento de Bolzan e Castells e agora na linguagem de Luhmann que reclama a atenção para a circunstância de que

La diferencia claramente determinada entre inclusión y exclusión, tiene consecuencias de mucho mayor alcance. Porque, en efecto, bajo el régimen de diferenciación por funciones cada sistema funcional regula él mismo y para sí la inclusión social; lo que queda como reliquias del antiguo orden social estamentario ya sólo puede ser diferenciado de acuerdo con la inclusión/exclusión. Con la acelerada urbanización y la abrogación de todas las seguridades propias de cierta autosubsistencia no monetaria, este problema se agudiza. Los efectuados dependen ahora de la economía del dinero, sin poder, no obstante, participar significativamente en ella. La autosubsistencia de autoprovisión económica debe ser reemplazada por criminalidad, esto es, por la participación en organizaciones delictivas.⁷²

Isso significa dizer, enfim, que a responsabilidade dos formadores de opinião (registre-se: a importância da doutrina) e dos espaços de juridicidade do Estado contemporâneo é grande e que os possíveis meios voltados para gerar um fluxo de solidariedade em toda a humanidade⁷³, não podem ser relegados.

5. Conclusões

Vivemos hoje tempos difíceis. Na sociedade contemporânea, altamente complexa e contingente, a experiência do jurídico, como experiência do *humano*, o sentido do direito e da própria democracia não pode ser relegado ao esquecimento. Esse sentido, conquanto estejamos a trabalhar com obra do homem, deve projetar-se pelos caminhos da *phronesis*, como virtude cardeal, e nas mãos de quem for ganhará dignidade e, lançada, assim, a experiência para o *ethos*, seja nas mãos de um estudante dos bancos de uma faculdade,

71 Ver LUHMANN, 2002, pp. 660 – 661.

72 Idem, p. 661.

73 Ver BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 99 – 100.

seja nas mãos de um *chief justice* das supremas cortes, seja nas mãos de um parlamentar ou do chefe de governo, poder-se-á se perquirir em que medida uma resposta aponta (materialmente) para o bem ou para o mal, para o amor ou para o ódio, para a virtude ou para o vício, ainda que revestida de uma técnica (forma) que, em nome de um discurso universalista, confira-lhe grau de correção. Sem dúvida, essa resposta não reside no campo do indecifrável, na subjetividade de qualquer ator jurídico que mascare qualquer mistério (desde existencial, técnico-formacional ou pessoal). Ela existe como condição de possibilidade e deve-se evidenciar cultural-civilizatoriamente comprometida com o projeto de *homo humanus* que o direito deve distinguir em prestígio da experiência democrática.

Nessa altura, recordemos, porque oportuno, do conhecido caso do “lançamento do anão” (*lancer de nains* ou *dwarf tossing*): Em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, um estabelecimento comercial tinha como atração um campeonato de arremesso de um anão, na qual anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, sendo vencedor da noite aquele que conseguiu lançar o anão até a maior distância possível. O Poder Público resolveu interditar o estabelecimento onde ocorria o evento, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana. A casa de diversão recorreu contra a decisão do prefeito, tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, o Sr. Wackenheim, que não se sentia diminuído com aquela atividade, pelo que argumentou que o direito francês protegia os valores da livre iniciativa e do direito ao trabalho necessário à sua sobrevivência. A jurisdição administrativa deu ganho de causa ao estabelecimento e restabeleceu a prática do arremesso de anão. A edilidade recorreu e o Conselho de Estado Francês reformou a decisão e interditou a atividade em defesa da dignidade da pessoa humana e ordem pública, considerando que o indivíduo deve ser sujeito de direito e não objeto de direito para ser arremessado em um espetáculo, de um lado para outro, como se fosse uma coisa⁷⁴. Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho. Em setembro de 2002, o Comitê confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Pois bem. Decisão oposta foi tomada na jurisdição norte-americana, onde houve muitas ações envolvendo a mesma questão. Ali, com efeito, prevaleceu a argumentação de que a dignidade da pessoa humana assegura, antes e sobretudo, a autonomia privada. Portanto, se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido.⁷⁵

74 Extrato da decisão pode ser consultado in: <http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/g/e/georgemlima/anao.pdf>. Consulta efetuada em 05/02/2015.

75 Informação e contextualização apresentadas por Luiz Roberto Barroso na entrevista intitulada: *Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I)*, disponível in: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>, consulta realizada em 05/02/2015.

É nessa contextura que se pode divisar o quão complexas⁷⁶ são determinadas questões que estão a exigir respostas do direito no ambiente do Estado democrático. E o exemplo exposto mostra-se perfeitamente apto para compreender que quando estão em causa direitos fundamentais, sobretudo os enfeixados sob o princípio da dignidade da pessoa, qualquer resposta possível será alavancada a partir da consideração dos valores comunitários. Ela deve ser alcançada com prudência (*phronesis*) sob o veio condutor de uma interlocução do direito com uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Com efeito, a permissão do arremesso de anão nos Estados Unidos revela o constructo cultural-civilizacional que serve de guia institucionalizacional naquela comunidade de princípios. A cultura do individualismo – as vezes, para nós outros (de outra cultura) – exacerbado conduz a um predomínio do princípio da autonomia da vontade. É preciso, todavia, ter-se cuidado para que o binômio *cultura-civilização*, como fiel da balança, não permita que o princípio dignitário se mostre de tal sorte amesquinhado ou praticamente aniquilado sob o comando hipertrófico de uma falsa liberdade guiada pela atuação hegemônica da economia ou pela atuação de polos nômicos nocivos, seja na órbita interna, seja na esfera internacional.

Que nos seja permitido, enfim, lembrar – e apenas lembrar com o peso da incerteza que recai sobre nossos ombros diante de indagações que tais que as reflexões acerca do direito e da democracia nos impele – que é preciso desvendar os olhos para descobrir e compreender as cores da *diferença* gerada pela *pluralidade no mundo prático*, mas com o cuidado para não permitir que a claridade estonteante de *universalidade racional* possa abarcar todas essas cores mergulhando-nos numa brancura tão luminosa, tão total, que devore, mais que absorva, as cores, as coisas, enfim, o homem (*o homo humanus*), tornando-nos, dessa maneira, duplamente cegos...

6. Referências

- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *As Aporias da Democracia: uma (Re)Leitura Possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. In: **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

⁷⁶ Esse rótulo de complexidade passa por questões como o aborto, a eutanásia, a tutela às relações homoafetivas, o uso de células tronco embrionárias, o sério problema do equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio-ambiente, reserva do possível e mínimo existencial, entre tantas outras.

- BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Proprietario**. Madrid: Trotta, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I)**, disponível in: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.
- BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la Republica**. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Uma Democracia Federal. Novos Lugares para a Política Democrática*. In: AVELÁS NUNES, Antônio José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)**. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm,
- CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. Campinas: Papirus, 2003.
- CASTELLS, Manoel. **O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- _____. **A Sociedade em Rede**. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A revisão da doutrina democrática*. In: **Problemas Brasileiros. Revista Mensal de Cultura**. ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- GOBARDO, Emerson. *O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranqüilidade da Alma*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos**. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

- HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos. O breve século XX: 1914 – 1991**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: edições 70, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-perot, Colección Nueva Teoría, 1962.
- REGONINI, Gloria. *Estado de Bem-estar*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. 1. Brasília: UNB, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEUBNER, Gunther. *A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003.

O “DÉFICIT FILOSÓFICO DO DIREITO DE AUTOR” E OS PRIVILÉGIOS MONOPOLISTAS DOS SISTEMAS DE *COPYRIGHT* E DE *DROIT D’AUTEUR*

VICTOR GAMEIRO DRUMMOND

Doutor em direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor universitário. Professor Universitário. Presidente do Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC). Presidente do Comitê Jurídico e de Desenvolvimento da Federação de Entidades de Gestão Coletiva do Audiovisual *Latin Artis*. Advogado no Rio de Janeiro. Contato: victor@victordrummond.com

Resumo

Os sistemas de direito de autor surgidos na Inglaterra e na França são herdeiros históricos das concessões monárquicas atribuídas a editores, que, naquela época, eram também livreiros e/ou tipógrafos. O sistema (ou a prática de atribuição) de monopólios não se sustentaria após o reconhecimento de que deveria ser aplicada (aos autores e/ou aos editores) uma universalização da exclusividade na edição e impressão. O presente texto tem como objetivo descrever o desenvolvimento das atribuições de privilégios de impressão, extraíndo destas descrições uma apreciação crítica quanto ao efeito histórico de tais elementos no ambiente do direito de autor que se encontrava, então, ainda em fase embrionária. Salienta-se, por fim, a compreensão de que o desenvolvimento dos privilégios não conduziu a uma justificativa filosófica do direito de autor desde o seu surgimento, mas por outro lado, à uma tergiversação que indica uma disfarçada justificativa filosófica por interesses evidentemente econômicos, conduzindo ao que denomino “déficit filosófico do direito de autor”.

Palavras-chave

Direito de Autor; Filosofia; Desenvolvimento histórico do direito de autor; Privilégios de Impressão; Déficit filosófico do direito de autor.

Resumen

Los sistemas de derecho de autor surgidos en Inglaterra y Francia son los herederos históricos de las concesiones monárquicas otorgadas a editores, que, en aquel entonces,

también eran libreros o impresores. El sistema (o la práctica de asignación) de monopolios no se podría sostener después del reconocimiento que se debe aplicar (a los autores y / o editores) la exclusividad universal para la impresión. Este trabajo tiene como objetivo describir el desarrollo de asignaciones de privilegios de impresión, extrayendo de estas descripciones una evaluación crítica sobre el efecto histórico de tales elementos en el entorno de los derechos de autor que en, aquel entonces todavía estaba en su primer infancia. Cabe señalar, por último, la comprensión de que el desarrollo de privilegios no ha conducido a una justificación filosófica de los derechos de autor desde su surgimiento, pero, por otro lado, a una falsa idea que indica una justificación filosófica disfrazada para atingir intereses claramente económicos, dando lugar a lo que llamo “déficit filosófico del derecho de autor.

Palabras clave

Derecho de Autor; Filosofía; Desarrollo histórico del derecho de autor; Privilegios de Impresión; Déficit filosófico del derecho de autor.

1. Introdução

A evolução histórica dos sistemas de *copyright* e de *droit d'auteur* foi semelhante em alguns aspectos, mas divergente em importantes fundamentos inerentes ao direito de autor desde a sua origem. No tocante à evolução filosófica do direito de autor, os fundamentos justificantes dos privilégios não parecem lhe ter dado forma, compreendendo-se um verdadeiro hiato filosófico.

Desta forma, para se compreender a história do direito de autor, deve ser levado em conta que há alguns elementos fundamentais que podem ser apontados como genericamente presentes na gênese de ambos os sistemas apontados. São eles: o **processo de decadência monárquica**, o **renascimento do pensamento pós-medieval**, o **surgimento de um sujeito antropocêntrico** (paulatinamente) **participativo e atuante na sociedade** e, posteriormente, a **necessidade de controle das publicações** (como consequência da imprensa).

Há também, porém, elementos de sensível diferença entre ambos os sistemas, mas não tanto quanto parte do senso comum teórico autoralista pretende indicar.

Desde já deve-se compreender que a sistemática decorrente do *common law* gerou um sistema de direito de autor mais pragmático, permissivo de transferências de titularidade de modo mais simples e com alto grau de proprietarismo na sua essência elementar. Interpreta-se o direito da Inglaterra, entre eles o *common law* (e também dos demais países de sistema *copyright*) ainda desta forma até hoje e, de fato, algumas características

deste sistema facilitam a circulação de obras, como, entre estas, a pouca densidade dos direitos pessoais.

Por outro lado, o sistema baseado no ambiente romano-germânico teve raízes (principalmente) no personalismo decorrente da nova projeção do sujeito em consequência da evolução do antropocentrismo do século XVIII e também do rompimento político paradigmático da revolução francesa que conduziu a uma acentuada proteção personalista. Por outro lado, este personalismo, curiosamente, não impediu o proprietarismo decorrente da densa fundamentação revolucionária que conduziu a uma valorização do conceito de propriedade privada, o que gera, no sistema de *droit d'auteur*, também uma característica de proprietarismo, mas, neste caso, com uma atribuição de propriedade privada ao sujeito-criador¹, ². Mesmo que não se interpretasse pela presença do conceito de propriedade, o conceito de exclusividade estava presente com a mesma força legislativa na legislação francesa de 1793³.

Assim, visto sob uma ótica transversal, fundamentos como **transferências de titularidade, presença ou ausência de direitos pessoais, maior incidência protetiva fundada no objeto ou no sujeito**, bem como outros elementos de distinção entre os sistemas foram se acentuando desde o momento do surgimento dos diplomas legais sobre direito de autor, ainda que, hodiernamente, haja uma certa confluência de direitos e institutos, por razões muito mais econômicas do que de outra ordem.

Exemplos destas convergências podem ser observados sob diversos ângulos.

Veja-se por exemplo as discussões sobre a relativização ou adequação dos fundamentos de direito de autor após o advento das novas tecnologias. Estas ocorrem em países que sejam regidos por cada um dos sistemas, com suas particularidades. Vem surgindo muitíssimos autores acentuadamente críticos ao “velho” sistema de direito de autor, em qualquer dos sistemas, havendo uma acentuada indicação de que (muitos dos) antigos institutos seriam inaplicáveis na contemporaneidade como consequência, basicamente, da (alegada) inadequação da exclusividade como fundamento do direito de autor. As críticas surgem com mesmo rigor por meio de autores oriundos de países do sistema de

1 Utilizo a expressão sujeito-criador para identificar o sujeito primordialmente relacionado e vinculado ao processo criativo objeto de proteção do direito de autor e dos direitos conexos.

2 Em verdade, neste caso seria melhor utilizar a expressão *citoyen* consagrada pela revolução francesa, tão típica desta, para caracterizar o destinatário da atribuição da referida propriedade. Não quer dizer que o *citoyen* revolucionário francês possui relação com o sujeito-criador, mas o destinatário dos direitos baseados na liberdade e igualdade é o *citoyen*, em oposição ao súdito. O *citoyen* era uma espécie de “destinatário de todos os direitos”, numa compreensão ampla do conceito e das ideias da revolução.

3 Convenção Nacional de 19 de Julho de 1793 - “Artigo 1º - Os autores de escritos de qualquer natureza, compositores de música, pintores e desenhistas que possuam pinturas e desenhos para serem gravados, deverão, durante toda a sua vida, gozar do direito exclusivo de vender, autorizar a venda e distribuir suas obras no território da República, e de transferir essa propriedade, no todo ou em parte.

copyright (William Patry, Laurence Lessig, etc.) e oriundos do sistema de *droit d'auteur* (Joost Smiers, Oliveira Ascensão, etc.). Dentre os temas correntemente indicados estão, em outros: novas possibilidades de circulação de obras e o acesso às mesmas e novas concepções de autoria. Ou seja, as acentuadas críticas indicam, com alguma obviedade, que ***o sistema como um todo está colapsado pela contemporaneidade*** principalmente pelos modos por meio dos quais se dá a comunicação (e a distribuição) das criações⁴. **Estão corretas estas análises, ao menos, em gênero. O direito de autor, de fato, foi eclipsado pelos seus próprios fundamentos.**

Por outro lado, não devo tratar da evolução histórica dos respectivos sistemas com acentuados detalhes, nem mesmo estabelecer um corte sobre todas as suas características, semelhanças e divergências, seja no desenrolar histórico, seja na análise (complexa) de seus institutos na contemporaneidade. Isto seria um tarefa para um estudo eminentemente histórico e comparativo, que não é o objetivo.

Visto isto, se faz necessário, porém, traçar linhas que conduzam à compreensão mínima da evolução do sujeito de direito de autor para que se possa alcançar elementos inerentes à sua filosofia e, antecipando minhas teses, compreender o porquê da resposta filosófica (ao direito de autor) estar voltada à (ou somente poder ser alcançada pela) hermenêutica.

O que é necessário primeiramente compreender é o que denomino de “déficit filosófico do direito de autor” para, posteriormente, compreender no que os privilégios de impressão e seu desenvolvimento histórico puderam contribuir para este déficit filosófico e, mesmo considerando este hiato filosófico, como os referidos privilégios conduziram à formação do direito de autor.

2. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor”. Uma Antecipação Conclusiva

Desde o surgimento histórico e mesmo desde o momento do desenvolvimento de suas bases do direito de autor se pode observar o que venho denominando de “*déficit filosófico* do direito de autor”.

Neste sentido, buscarei traçar elementos que conduzam à compreensão de seu surgimento histórico (visto de modo genérico) para indicar como e porque esta circunstância histórico-filosófica ocorreu. Ou, por ser um conceito negativo, o que deixou de ocorrer para uma consolidação filosófica mais densa do direito de autor.

A questão prévia que se coloca é a seguinte: o questionamento fundamental da ordem da filosofia que deveria ser efetuado pela doutrina autoralista deveria ser: *por*

4 E também algumas vezes, pela desproporção nos valores praticados que em diversas ocasiões servem a interesses da indústria cultural e não aos sujeitos-criadores, destinatários primordiais do direito de autor.

que o direito del/para o autor? Mas insistentemente se tem perguntado o que é o direito de autor, já com uma noção de interpretação prévia para justificar fundamentos históricos e de razão econômica. A pergunta sobre “o que é o direito de autor” necessariamente obriga a uma compreensão do direito de autor hoje, e já induz a uma relativização evidente e inquestionável, sendo os seus matizes o que deve ser devidamente definido previamente. Por outro lado, o que é o direito de autor já conduz à análise da natureza jurídica, o que afasta a busca do conteúdo filosófico central do direito em análise. Entendo que a ausência da resposta jusfilosófica iniciou-se no surgimento do direito de autor, o que conduziu a que até hoje esta resposta ainda não tenha sido corretamente encontrada (ou consolidada), sem detrimento de propostas soluções pragmáticas e (ao menos) teoricamente para os conflitos tenham sido implementadas.

Adiante, porém, que não há dúvida que, neste caso, como em outras discussões, a denominação dos diferentes sistemas indica uma projeção filosófica que configura importante significado semântico no contexto do surgimento do direito: enquanto na Inglaterra protege-se o direito de cópia (*right to make copies* ou *copy-right*⁵), de cunho assumidamente proprietarista e objetivista, o direito de tradição filosófica humanista da Europa continental se baseia nos valores do indivíduo como sujeito de direito personalizado (*direito de autor*), principalmente em decorrência da revolução francesa e dos pensamentos de filósofos de orientação mais personalista, como é o caso de Kant⁶, ainda que também no terreno deste sistema ocorresse uma visão proprietarista (o conceito de propriedade parece orbitar todas as discussões iniciais, mesmo as personalistas), mas, neste caso, também de orientação personalista.

Na evolução histórica dos sistemas devem ser analisados os argumentos legais e econômicos que justificaram a implementação de direitos, mas é fundamental compreender

5 No entender de Rose, tradicionalmente o termo *copy* era utilizado no ambiente do *Stationers* com um dentre dois significados: o do manuscrito em si e o do direito de fazer cópias deste (compreendido o manuscrito como a base para as cópias). ROSE, Mark, *Authors and Owners. The invention of copyright*, Harvard University Press, London: 1993, p. 12. Esta indicação é relevante para comprovar o aspecto do surgimento do direito de autor – seja no *copyright* seja no *droit d'auteur*, já amparado em concepções semânticas em parte desviantes, e alimentando o “déficit filosófico do direito de autor”.

6 Aproveitando que o estudo se baseia também numa explícita comparação entre outros filósofos, devo indicar, sobre o personalismo indicado a Kant que também outros filósofos trouxeram à discussão questões personalistas. É o caso, por exemplo, de Locke no seu *Segundo Tratado (Segundo tratado sobre o governo civil)* que indica que o homem é possuidor de si mesmo e, como tal, possuidor do que consegue trazer do estado de natureza com o seu trabalho. Este conceito, ainda que sob viés bastante diferenciado do kantismo – de natureza mais personalista – constitui efetivamente uma valorização do ser humano. Ocorre que o desenvolvimento lockeano trouxe à baila a valorização do trabalho e o conceito geral de que este geraria um direito de propriedade (capítulo V do Segundo Tratado do Governo Civil), mais ainda do que uma proteção do indivíduo, por si só. Pode-se efetuar esta constatação pelo própria compreensão das condições de possibilidade lockeanas para o exercício do direito de propriedade sobre algo que pudesse ser tirado do estado de natureza, quais sejam: a necessidade de tornar acessível aos demais outros produtos ou resultados da exploração, ao menos potencialmente, e a proibição do desperdício. Estes, portanto, conceitos bem mais voltados a um proprietarismo mais acentuado.

quais as razões filosóficas surgiram ou deixaram de surgir naquele momento histórico, para que se possa compreender o direito de autor contemporâneo.

Entendo que o “déficit filosófico do direito de autor” decorre de uma equivocada interpretação, já no momento histórico de formação do direito de autor, do que seria a justificativa filosófica para a atribuição do direito de autor como categoria jurídica.

Em primeiro lugar, é importante salientar que, compreendido todo o ambiente histórico, não seriam as teses filosóficas de pensadores vanguardistas que poderiam conduzir à atribuição de monopólios ou mesmo de direitos aos autores representantes do processo criativo⁷.

Ocorre que, neste sentido, não se pode atribuir, portanto, aos filósofos, a responsabilidade por terem (ou não) promovido a correta indicação do conceito de autor que pudesse ter sido absorvida pelo direito de autor. Caberia muito mais aos juristas, no decorrer do processo histórico, terem evitado o agravamento do “déficit filosófico do direito de autor” e contribuído para uma (re)consideração do conceito de autoria de forma precisa e, especialmente, de acordo com a realidade.

Podem muitos filósofos ser indicados como participantes no processo construtivo do direito de autor e da propriedade intelectual, o que não significa dizer que foram fundadores do direito de autor em sua essência, nem como disciplina autônoma (muito menos sistematizada) senão por via de comparações e atribuições de conceitos aplicáveis em uma ou outras circunstâncias.

Neste sentido, atribuir a Descartes, Locke, J.S. Mill, Bentham, Kant, Hegel, Fichte ou a qualquer outro filósofo a responsabilidade de uma construção efetiva do direito de autor é inadequado, e cientificamente inoportuno, para dizer o mínimo. O que deve ser salientado é que a força de ideias e argumentos que formam um ambiente de compreensão de fundamentos para uma categoria de direito serviram, também neste caso, para explicar ou desenvolver fundamentos (futuros) do direito de autor. Neste sentido, não se pode afirmar que Kant foi o criador do direito de autor para os países de *droit d'auteur* e nem que Locke teria sido o pai do sistema de *copyright* ou da propriedade intelectual (*intellectual property*).

Há elementos que conduzem a importantes soluções vistas sob o enfoque de um direito de autor ainda incipiente, nunca a uma solução complexa daquele direito de autor, como também inaplicáveis ao direito de autor contemporâneo. Portanto, não se pode, hoje, dar a solução (científica) a ideias implementadas em momento histórico tão acen-tuadamente anterior.

7 Como se observaria no decorrer do texto que Descartes ao qual atribuo a condição de primeiro rompimento paradigmático pró (compreensão da posição do) sujeito-criador no desenvolvimento de uma filosofia do direito de autor.

Visto tudo isto, deve ser compreendido que o “déficit filosófico do direito de autor” também está presente nas apreciações filosóficas dos pensadores que inicialmente pensaram o direito de autor, mas muito mais nos seus intérpretes do que propriamente naqueles que, afinal, possuem toda a escusa possível por não terem sido sequer defensores ou criadores de uma sistemática acentuada. O déficit filosófico está, portanto, tanto no surgimento histórico, já observado do direito de autor, como também na filosofia (incipiente) desta categoria jurídica.

O “déficit filosófico do direito de autor”, portanto, decorre de uma interpretação, desde o seu surgimento e posteriormente, de que o direito de autor respondia a anseios de natureza econômica mesmo quando ocorria uma valorização mais acentuada do personalismo, como foi naturalmente o processo de formação do direito de autor de caráter revolucionário francês.

Pode ser dito, portanto, que o “déficit filosófico do direito de autor” é o resultado das circunstâncias factuais/temporais decorrentes da má interpretação operada desde tempos imemoriais ao direito de autor em que a consideração da condição do sujeito-criador não levou em conta a essência do processo criativo nas análises históricas, legislativas e, principalmente, filosóficas. O referido déficit filosófico decorre do fato primordial de que o direito de autor, desde o seu início como categoria jurídica fora sempre ambientado, interpretado e desenvolvido sem a análise da filosofia pura e sempre (no mínimo) bordeada por conceitos econômicos, políticos e de representatividade de interesses, muitas vezes sequer diretamente relacionados ao sujeito-criador.

São fundamentos que comprovam o déficit filosófico a utilização de expressões que não correspondem ao significado filosoficamente correto (ou adequado, para dizer o mínimo) tais como *copyright* e propriedade artístico-literária, bem como a aceitação pelo senso comum autoralista de viés conservador de uma validade inquestionável do “brado de Chapelier” (***a propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades***⁸ o qual considero o primeiro “mantra performático”).

Saliento que, no caso francês o próprio direito de propriedade ao ser atribuído aos cidadãos constituía uma forma de impedir o retorno dos privilégios, o que, ao fim e ao

8 *La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain; c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété.* A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatácavel, e, se eu ainda mais puder dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de um escritor: uma propriedade de gênero totalmente diferente das demais propriedades. Quando um autor manda imprimir uma obra ou representar uma peça ele as entrega ao público, que delas se apropria quando são boas, que as lê, as aprende, as repete, e que delas se impregna, tornando-as sua propriedade. (Disponível em <http://blog.hugoroy.eu/2010/03/12/1791-la-premiere-loi-sur-le-droit-dauteur-par-le-chapelier>).

cabo, poderia significar o retorno da monarquia, que durante muito tempo foi um receio histórico e existencial tipicamente francês. Simbolicamente, em conjunto com outros elementos (tripartição de poderes, abolição de privilégios, etc.), a propriedade privada afastava o retorno da monarquia.

No caso inglês, de modo mais simples, por dizer, houve uma certa transformação de atribuição subjetiva (ou seja, na direção do sujeito) do direito de cópia (*copyright*), com a subjetificação de seu sujeito primordial, o autor (mas sempre sendo atribuído um conteúdo mais objetivista ao direito). Este fato, por si só, é bastante relevante, pois coloca um conflito da ordem de importância política e de exigência econômica como fundamento para a modificação do destinatário do direito, se for efetuada a pergunta do porque filosófico. Simplesmente o autor “ganha mais terreno” na consideração social (ou acaba por forçar esta consideração) e, por tal fato, adquire o que outrora fora atribuído a outrem, visto que o Estatuto da Rainha Ana, ao mesmo tempo diminui o poder dos estacionários e amplia as proteções – de conteúdo muito semelhante ao dos privilégios – aos autores. A resposta, neste caso, é ainda mais simples: atribui-se um direito a outro destinatário mas o direito estava já implementado pelos privilégios anteriormente concedidos (como ideia de lei). Um direito de ordem bastante objetiva é aplicado ao sujeito menos voltado às questões empresariais, e, talvez por isso, tenha sido mais fácil a tomada de terreno operada pelas instituições do direito que deveria caber ao sujeito-criador. Pode ser interpretado, este movimento, como uma atribuição de um direito (que antes se denominava privilégio) ao um sujeito (autor) que seguidamente iria perder o seu domínio (no sentido de controle, de manejo) sobre ele para os que apresentavam visão empresarial mais acentuada. Tome-se por certo, portanto, que outras teses filosóficas demasiadamente vanguardistas não poderiam ser então implementadas nem uma atribuição de proteção de algum sujeito do ponto de vista equilibrado poderia ter sido melhor desenvolvida. No cenário inicial isto não aconteceu. Ocorre, portanto, que não poderia ter sido buscada uma atribuição para se proteger um sujeito e adequar distintos elementos de interesse uma vez que o combate ideológico do direito de autor ainda não havia sido inaugurado. Não havia que se adequar de modo equilibrado o direito de autor com eventuais outros interesses. O conflito (historicamente ambientado e visto sob o olhar das disputas legislativas) era outro, era entre revolucionários e monarquistas (no caso francês) ou, visto sob outro enfoque, entre titulares de direitos já atribuídos (ou melhor, privilégios) e cidadãos. Obviamente que observado este contexto, aquele que surgiria como sujeito de direito de autor certamente não seria o sujeito cartesiano, com a liberdade criativa que ao mesmo hoje se pode atribuir e que entendo ter sido o efetivo grande rompimento paradigmático de primeira ordem no direito de autor.

Como se pode concluir, portanto, uma das explicações para o início do “déficit filosófico do direito de autor” é o próprio entorno histórico do surgimento da categoria

jurídica do direito de autor para a qual pretendo abrir uma janela para uma (re)apreciação, em especial na direção de uma filosofia do direito de autor. Há de se considerar o fato de que o autor ainda não estava plenamente definido como tal. Também estavam indefinidos o espaço que este ocupava ou a função que exercia (ou até mesmo pretendia exercer). No mesmo sentido, não era um sujeito “ativo” ainda efetivamente participante na luta por direitos desta natureza⁹⁻¹⁰. Ora, quem poderia combater com efetividade excessos contra uma condição que ostentava sem ainda a compreender? Ou ainda, que sequer estava claro se ostentava uma determinada posição.

Estes fatos podem ser observados, inclusive, ao se analisar o requerimento da *Stationers Company* e os resultados efetivos deste quando da discussão legislativa para a criação do Estatuto da Rainha Ana. Se os estacionários apresentaram seus interesses, estes foram equilibrados no processo legislativo pelo próprio poder legislativo. Não há dúvida que, desde então, o *lobby* inerente aos agentes do ambiente cultural autoral com maior poder econômico prevaleceria. E, por outro lado, como óbvio, os estacionários sabiam que ocupavam um espaço de tentativa de aumento de direitos, sem que isto tivesse que estar relacionado com qualquer figura de sujeito-criador para que viessem a ostentar esta luta por direitos. Os estacionários, portanto, os históricos antecessores dos sujeitos-criadores, atuaram em nome próprio e nunca em nome de terceiros falseando seus interesses. Este pragmatismo inglês, em alguma medida, aliado a outros elementos, ajuda a deixar mais clara a concepção objetiva e pragmática do sistema de *copyright*.

Por outro lado, as próprias circunstâncias do processo histórico conduziam a um desinteresse por parte do autor – que deveria ser o destinatário inicial e principal das leis de direito de autor. Não havendo uma sedimentação da posição ocupada do autor, e além disto, estando evidenciado que as discussões de disputa política se davam em outro campo de batalha (dos direitos fundamentais e de 1ª geração, por exemplo e no que seria

9 Neste aspecto em particular é importante compreender que ainda que os dramaturgos tenha dado início às discussões que conduziram à lei francesa de 1791, não observado no ambiente do século XVIII uma maturidade nas posições dos autores por meio de exigências legais. O fortalecimento do direito de autor, em verdade, somente irá se inaugurar com o surgimento das leis nacionais e, posteriormente, com os textos de convenções e acordo internacionais.

10 Pode-se comparar este fato, por exemplo (e de modo um tanto quanto incipiente) com a circunstância decorrente de uma ausência de interesse e efetividade no combate às práticas perniciosas contra o direito de autor tais como a *pirataria* em países nos quais o combate a outras modalidades criminosas seja ainda tão ineficaz. Nenhuma polícia (em gênero e considerado como representante do poder de polícia do Estado) tem interesse efetivo em combater práticas violadoras de direito de autor enquanto tenha que solucionar crimes de ordem social muito mais relevantes (relevantes aqui no sentido dos danos diretos à sociedade e da qualificação das modalidades criminosas. Neste sentido, é também pouco provável considerar aprovação da opinião pública em geral para o combate de crimes inerentes ao direito de autor e à propriedade intelectual em gênero. Um dos modos de se combater um pouco este desinteresse estatal é exatamente a especialização dos aparatos preventivos e repressivos das polícias, como também a própria especialização em órgãos do Poder Judiciário.

posteriormente sedimentado como direitos humanos) não havia espaço para discussões filosóficas de primeira ordem, no âmbito legal, sobre quem era o autor, o que este merecia, e porque este deveria ser titular de direitos.

Neste aspecto, tanto na Inglaterra quanto na França havia uma necessidade pragmática de assegurar direitos, mas este fato parece bem mais evidenciado na França, considerando o contexto revolucionário do final do século XVIII. Esta era a resultante de um processo histórico baseado na atribuição continuada de privilégios e direitos (pelos sucessivos e fortalecidos privilégios a não-autores - Inglaterra) e no combate aos privilégios (que possuíam significado representativo do *ancien régime* - França).

Desta forma, há, em alguma medida (no início do direito de autor), uma continuação (estrutural) dos antigos privilégios (e não de direitos) anteriores ao surgimento do direito de autor e uma mínima densidade filosófica que tenha permitido (ou conduzido) à uma atribuição de um valor real ao direito de autor como justificativa filosófica decorrente da compreensão do universo e a sua possível transformação por um sujeito-criador decorrente de uma interpretação que seria o processos criador. Esta mínima densidade filosófica atribui valores equivocados, justificando o direito de autor, por exemplo, pelo utilitarismo, pelas teses lockeanas proprietaristas, pela exacerbada consideração humanista atribuída a Kant. Em muitíssimo resumida análise, esta mínima densidade conduziria a uma justificativa filosófica do direito de autor, não suficientemente definida, compreendida, ou discutida. Daqui que as justificativas filosóficas são conducentes a leituras de procusto criados/desenvolvidos como suficientes para justificar filosoficamente o direito de autor, o que é um evidente equívoco. Como consequência, todas as interpretações viciam-se nestas concepções prévias.

Compreendidas as circunstâncias inerentes ao “déficit filosófico do direito de autor”, é fundamental compreender o sentido e o desenvolvimento histórico dos privilégios de impressão e as conexões que estes temas apresentam.

3. Os Privilégios de Impressão

Como largamente difundido, os antecedentes das (modernas e contemporâneas) leis de direito de autor eram os privilégios de impressão. No caso das monarquias européias tratavam-se do que se denominam em língua espanhola como *privilegios gratuitos*, instituídos por simples vontade, benevolência ou parcialidade do superior que o atribui¹¹⁻¹². Mas a esta indicação é importante somar outras ideias.

11 **ROGEL VIDE, Carlos, e DRUMMOND, Victor**, *Manual de Direito Autoral* – 2ª edição em língua portuguesa, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2010, p. 01.

12 No caso de Portugal, atribui-se a Valentim Fernandes o primeiro privilégio de impressão para o livro Marco Polo. Há porém, divergência de data, prevalecendo a atribuição de que tal fato teria ocorrido no

Havia muitos tipos de privilégios e, de fato, é um pouco reducionista tentar tratar destes num âmbito demasiadamente genérico do direito de autor, como se um único momento histórico (e diversos ambientes concomitantemente) fizessem surgir os privilégios.

A bem da verdade, os privilégios eram uma forma de instituir direitos bem anterior ao advento do constitucionalismo (portanto, são obviamente anteriores ao advento do conceito de constitucionalismo e da igualdade revolucionária) e também anteriores à codificação napoleônica. Portanto, quando se trata de analisar historicamente os privilégios de impressão não haveria como se falar, neste sentido, de modo algum, em igualdade de condições de atribuições de direito a autores (sujeitos-criadores) ou mesmo em comparação com editores ou quaisquer outros agentes atuantes no que seria um ainda embrionário início de uma “produção cultural” protegida por direito de autor.

Eram, em gênero, (...) *ordens jurídicas particulares e no mais (...)*, se caracterizavam por ser (...) *protegidas pela regra de preferência do particular sobre o geral (...)*.¹³ Isto se dava pelo fato de que havia, senão uma ordem política (e é difícil apontar uma unidade de ordem política no direito europeu genericamente), uma possibilidade de se atribuir direitos nas relações particulares, o como indica Hespanha¹⁴: a “(...) *supraordenação em termos políticos (...) do direito do reino sobre os demais (...) não exclui a preferência do especial em relação ao geral. (...)*”

Neste sentido, ao se compreender a ideia de privilégios (desde o medievo) há de se apontar seu sentido também numa ordem do que estes significavam observando-se de um modo genérico, e não somente como atribuições que conduziam à possibilidade de exclusividades para impressão. E é exatamente nesta ordem de ideias que Hespanha vai indicar que “(...) *abaixo do plano do reino, proliferavam as ordens jurídicas particulares (...) todas elas protegidas pela regra da preferência do particular sobre o geral. A designação comum para estas ordens jurídicas era a de privilégio*”¹⁵. Tratava-se de atribuições de direito que circulavam

ano de 1502. O sítio de tipografia www.tipografos.net indica que o prototipógrafo teria recebido privilégios desde 1495 (<http://tipografos.net/historia/fernandes-valentim.html>). Assim entende PEREIRA, *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 52) indica que o primeiro privilégio teria sido atribuído em 1502 para que Valentim Fernandes pudesse publicar a sua tradução de Marco Pólo. Sobre Valentim Fernandes ver também: https://archive.org/stream/documentosparahi00desluoft/documentosparahi00desluoft_djvu.txt Também como referência indicativa da data de 1502 apresentam REBELLO em *Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos*, Âncora, 1998, Lisboa, p. 11) e LEITÃO em *Direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 23). No caso da Espanha, os privilégios concedidos aos impressores datam inicialmente da época dos Reis Católicos (1502) e os atribuídos aos autores pelo Rei Carlos III (1753), como indicam ROGEL VIDE, Carlos, e DRUMMOND, Victor, *Manual de Direito Autoral – 2ª edição em língua portuguesa*, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2010, p. 02.

13 HESPAÑA, António Manuel, *Cultura Jurídica Européia, Síntese de um Milênio*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 158.

14 HESPAÑA, António Manuel, *Cultura Jurídica Européia, Síntese de um Milênio*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 158.

15 HESPAÑA, António Manuel, *Cultura Jurídica Européia, Síntese de um Milênio*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 158.

no âmbito do direito comum, que afinal, era um direito romano reinterpretado, sendo bem reducionista. No mais, além do direito comum, o direito canônico também possuía acentuada presença na sociedade medieval, além de direitos outros, dos que viviam fora do universo territorial cristão.

Por outro lado, há uma concepção evidenciada do que são os privilégios pelo *status* recebido dos privilegiados, atribuindo-se a estes condições diferenciadas na sociedade. Era o caso, somente para citar um exemplo, dos nobres espanhóis (analisados de modo muito genérico) que possuíam imunidade tributária, que aos mesmos não lhes era possível castigar com penas infamantes, bem como eram impedidos de ser presos por dívidas (a não ser devidas ao reino). Também lhes era permitido cumprir penas em casa e mantinham a casa e o cavalo como não sujeitos a embargos¹⁶.

O conceito de privilégios como concessões de vantagens expressas e que desempenhavam um importante papel na Baixa Idade Média¹⁷ deve ser lido como um elemento de fortalecimento da compreensão do que estes significavam na ordem jurídica e do respeito que aos mesmos se atribuía como elemento que inspirava respeito social, ainda que se possa questionar sua condição de lei, visto que não possui suas características principais, quais sejam: generalidade e permanência¹⁸.

Há, porém, uma importante característica que deve ser observada no entendimento dos privilégios e seu desenvolvimento histórico como elemento formador do direito. Havia muitos que eram atribuídos baseados no costume e, portanto, eram uma simples “continuação” de práticas costumeiras e de atribuições da algo já anteriormente atribuído. Esta característica muitas vezes demonstrava a força dos privilégios e que deve ser compreendida no desenvolvimento histórico do direito de autor pela sua importância como força motriz deste direito, quando o mesmo era ainda incipiente.

Nas palavras de Gilissen¹⁹: *“Na maior parte dos casos, estes privilégios não fazem outra coisa senão confirmar uma situação já existente, fundada no costume: o grupo privilegiado está já em posse de vantagens reconhecidas de facto; a carta de concessão apenas confirma esta situação”*²⁰.

16 ESCUDERO, José António, *Curso de Historia del Derecho – Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 2012, p. 675.

17 GILISSEN, John GILISSEN, John, *Introdução histórica ao Direito*, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 292.

18 GILISSEN, John GILISSEN, John, *Introdução histórica ao Direito*, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 293.

19 GILISSEN, John *Introdução histórica ao Direito*, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 293.

20 A figura dos privilégios como atribuição de condição privada e fonte de Direito pode ser observada já no *Digesto*, por exemplo em Paulus, Modestinus e Isidoro. Para tais referências ver GARCIA-GALLO, Alfonso, *Manuel de História del Derecho Español, Metodología Histórico Jurídica, Antología de Fuentes del Derecho Español – Volumen II*, Editora desconhecida, 1971, Madrid, p.111 e seguintes.

Ora, esta indicação do que poderiam ser os privilégios indica a diferença entre o que poderia constituir a ideia de *privilégios de modo genérico* e o que eram os *privilégios de impressão*, mas ao mesmo tempo, amplia a compreensão de muito mais do que atribuições reais, como muitas vezes parece estar indicado como a única caracterização do que seriam privilégios. Portanto, evidencia-se que de fato os privilégios eram muitos mais do que atribuições reais, ainda que no caso dos privilégios de impressão, estes fossem uma consequência da atribuição de condições de exclusividades pelo poder real.

O que se pode concluir é que o conceito de privilégio é bastante mais amplo do que aquele que costumeiramente se faz referência na literatura de direito de autor. Entendo que deveria haver esta breve diferenciação, compreendendo-se que privilégios também eram o **estatutos (das cidades)**; o **costume instituído e praticado nos burgos** e, por fim, os **direitos especiais de pessoas ou de grupos particulares**²¹. Soma-se a estes **os privilégios reais ou instituídos pelos monarcas de um modo geral**, nos quais efetivamente se vai encontrar as atribuições que levaram a denominação de *privilégios de impressão*.

Esta questão possui algum relevo no que pretendo alcançar por alguns aspectos que merecem destaque.

Em primeiro lugar, deve ser indicado que de fato, há uma certa obviedade, até mesmo como raciocínio histórico, em compreender que os privilégios de impressão decorriam de uma atribuição real, visto que os privilégios imediatamente antecedentes ao surgimento das leis de direito de autor são oriundos de atribuições monárquicas.

Por outro lado, e não como oposição a esta ideia, deve ser compreendido que se a ordem jurídica se acentuava uma diferenciação de *status* pessoal e de fato esta era uma característica bastante presente no antigo regime, não seria absolutamente incompreensível que as primeiras leis de direito de autor tivessem como destinatário aqueles que foram sesu antecedentes (como sujeitos) na atribuição de privilégios. E que fosse admitido e aceitável socialmente a atribuição destes em decorrência de uma compreensão de que os privilégios possuíam validade como normas jurídicas (generalizando para que caibam todas as noções de privilégio indicadas).

Como corretamente indica Hespânia: “*os direitos de cada um eram a tradução jurídica da situação de que cada um gozava naquela sociedade hierarquizada.*”²² E havia alguns que alcançavam tamanha posição de destaque que conseguiam atribuições de privilégios além de seu próprio território, o que indicava também um prestígio bastante significativo, além da evidente constatação de que os privilégios se configuravam numa ordem

21 Dos quais se extrai uma semântica propriamente acentuada de privilégio no sentido de vantagem pessoal.

22 HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Européia, Síntese de um Milénio*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 159.

de territorialidade bem restrita. É o caso por exemplo, dos privilégios para a *Pandette Florentine*²³ editada por *Lorenzo Torrentino* em 1553 e que conseguiu com que fossem atribuídos ao seu editor privilégios do Grão Duque da Toscana (Cosme de Medice); do Papa Pio V; do Imperador Carlos V da Espanha e Sicília; de Henrique II da França e Eduardo VI da Inglaterra²⁴⁻²⁵.

Desta forma, ausente o componente da ideia de igualdade e aceita, consequentemente, a ideia de diferenciação de *status* pessoal e de que o privilégio representava uma espécie de ordem jurídica particular, não seria absurdo compreender o surgimento de privilégios que fossem atribuídos a grupos determinados. E neste contexto, se vai delineando a ideia do interesse comercial que sempre parece adjetivar o surgimento do direito de autor, ao menos no sistema de *copyright*.

Visto tudo isto, e considerando o fato de que o desenvolvimento inicial do *copyright* ocorre após o advento da imprensa e da atribuição de privilégios exigidos pelos *Stationers*²⁶ ingleses, há que se destacar e ressaltar que a expressão *copy* era utilizada com dois diferentes significados por aqueles. Ao mesmo tempo significava o manuscrito original utilizado para registro na *Stationers Company*²⁷ e o direito de fazer cópias deste mesmo manuscrito²⁸.

23 Versão Toscana do *Digesto*.

24 Também não se pode deixar de indicar que se atribui a *Lorenzo Torrentino* uma relação de algum apreço, considerando o fato de que *Cosme de Médice* o convidou a ir a Florença, onde também editou obras de Vasari, além da versão do *Digesto*. Ver <http://www.treccani.it/> (L'Enciclopedia Italiana) acedida em 10 de março de 2014 em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/lorenzo-torrentino/> e a resenha de <http://www.jstor.org/action/showArticleInfo?doi=10.1086%2F669552>

25 **STOLFI, Nicola**, *Proprietà Intellettuale*, Unione Tipográfica Editrice Torinese, Torino, 1915, pp.19 e 20.

26 Considero que não há muita precisão nas indicações das funções e modo de atuar dos denominados estacionários (*Stationers*). Como se verá, a expressão *Stationer* significa um modo arcaico de se nomear aos editores, mas, ao mesmo tempo, indica a condição de profissionais que eram funcionários de universidades. Também se faz referência à esta expressão como sinônima de livreiros ou impressores. Uma versão para a origem da expressão é fornecida no site da própria instituição denominada *Stationers Company* (www.stationers.org) que indica que os artesãos ingleses, cerca de 600 anos atrás, ainda itinerantes, resolveram estabelecer-se na cidade de Londres, especificamente nas cercanias da Catedral de *Saint Paul* em pequenas cabines ou estações, que em inglês levam o nome de *stations*. Considerando a formação da corporação em que se reuniram no ano de 1403, o modo de nomear (que em verdade era um apelido, um *nick name* dos comerciantes), tornou-se um evidente modo de denominar a instituição então criada. Contemporaneamente se utiliza a expressão *stationer* como material de papelaria.

27 Corpo associativo que reunia os *Stationers*, denominada por vezes **Corporação dos Livreiros Britânicos** (**KATZENSTEIN, Úrsula E.**, *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/ Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo: 1986, p. 348) e por outras como **Companhia dos Livreiros** (**BRIGGS, Asa; BURKE, Peter**, *Uma história social da mídia – De Gutemberg à Internet*, Zahar, São Paulo: 2004, p. 60.), somente para indicar alguns exemplos.

28 **ROSE, Mark**, *Authors and Owners. The invention of copyright*, Harvard University Press, London: 1993, p. 12.

Já no Século XV, em Veneza, os privilégios de impressão eram atribuídos, sem relação histórica direta com a eventual condução a um direito de autor como o que surgiria formalmente na Inglaterra e muito menos ainda relacionado com o sistema oriundo da Revolução Francesa e seus reflexos político-legislativos.

Os privilégios eram atribuídos aos impressores, mas também aos editores, autores e tradutores²⁹. Deve também ser indicado que, no tocante aos privilégios monopolistas de impressão, há de se compreender, portanto, que eles não nasceram como atribuição de exclusividade para impressão ou exercício de direitos somente na Inglaterra, em consequência de pressão política de autores ou mesmo dos estacionários, tendo havido, como se observará, atribuições destes em diversos ambientes europeus. Ou seja, havia movimentos históricos que conduziram ao surgimento do direito de autor. É certo porém, que na Inglaterra estes movimentos estavam diretamente relacionados à pressão política dos estacionários, ao menos no que se refere aos fatos determinantes para o surgimento do estatuto da Rainha Ana.

Em linhas gerais, obviamente que os privilégios de impressão eram, em alguma medida, consequência da possibilidade em se instituir um processo de multiplicação possibilitado pelo desenvolvimento da imprensa na Europa, em decorrência da criação alegramente desenvolvida por Johannes Gutenberg. Há de se compreender, porém, que faltavam pelo menos dois fatores que justificam a inexistência de atribuições de privilégios pré-imprensa: **ausência de grandes investimentos e pouca difusão de conhecimento que pudesse ser pernicioso ao Estado.**

Ora, não havia ganhos econômicos (em decorrência da produção) em escala e nem mesmo investimento em equipamento antes da imprensa, e obviamente, não havia necessidade de se proteger um investimento não existente. A produção de obras se dava de forma artesanal por meio das atividades desenvolvidas por copistas. Sendo um trabalho artesanal, não havia que se falar em grandes investimentos e as atividades eram pessoais, cujas qualidades poderiam variar e, portanto, o gosto dos compradores também variava se tanto quanto ao melhor copista, que, ao fim e ao cabo, era um trabalho de manufatura. Aí já se percebe, portanto, antes mesmo de uma atribuição econômica justificante de um direito, a inexistência de uma condição de possibilidade.

Por outro lado, não havia grande necessidade de controle do fluxo de informações e do conhecimento, visto que este circulava de modo muito mais restrito pela inexistência de muitas cópias de livros, seja antes do advento da imprensa ou mesmo no seu nascedouro até seu acentuado fortalecimento. Como indica Fischer *“Os livros eram raríssimos e raras as pessoas que tinham seus próprios exemplares. E talvez, o mais importante,*

29 ROSE, Mark, *Authors and Owners. The invention of copyright*, Harvard University Press, London: 1993, p. 10.

a tradição nativa desejava histórias e lições (fossem orais, fossem escritas) a serem escutadas em comunidade³⁰. Parece pouco, mas é como se estabelecia parte da comunicação na época. Agrego a estes argumentos o **alto grau de analfabetismo** e, como consequência, **pouca difusão cultural por meio da leitura, como consequência do analfabetismo e da oralidade**.

Um dos primeiros privilégios a impressores foi o atribuído a Johannes Von Speier (cujo irmão, Wendelin, continuaria o seu negócio após sua morte no ano de 1470), impressor alemão atuante em Veneza, no ano de 1469, em cujo texto histórico publicado se observava as indicações de que:

“A arte da impressão foi introduzida no nosso renomado Estado e dia a dia foi se tornando mais popular e comum em decorrência dos esforços, estudos e engenhosidade do Mestre Johannes Von Speier, que escolheu nossa cidade em detrimento de todas as demais (...)³¹”.

Além do texto demonstrar uma certa justificativa de valor claramente econômico para a atribuição do privilégio, indicava a existência de sanções aplicáveis:

“Toda vez que alguém se atrever a praticar sua arte e imprimir livros desafiando este decreto e sua determinação, tal pessoa deverá ser multada e condenada a perder o seu equipamento e os livros impressos. E sujeito às mesmas penas, estará quem importar livros impressos de outras terras e lugares, sem permissão ou autorização³²”.

À continuação, os primeiros privilégios autorais teriam sido atribuídos ao historiador de Veneza³³ *Marc'Antonio Sibellico*³⁴ (*Decades rerum Venetarum*, em 1486), a *Petro Francesco da Ravenna* (*Foenix*, em 1492) e a *Ariosto* (*Orlando Furioso*, 1515)³⁵.

Em 1526, a legislação veneziana requeria que cada livro publicado deveria receber um *imprimatur* do *Conselho dos Dez*³⁶ e o seu descumprimento conduzia à aplicação de

30 “FISCHER, Steven Roger, *História da Leitura*, Editora Unesp, São Paulo: 2005, p. 131.

31 Traduzido pelo autor. Versão em inglês disponível no endereço eletrônico http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_i_1469&pagenumber=1_1&show=translation Johannes of Speyer's Printing Monopoly, Venice 1469, 18 September.

32 Versão em inglês disponível no endereço eletrônico: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_i_1469&pagenumber=1_1&show=translation Johannes of Speyer's Printing Monopoly, Venice 1469, 18 September.

33 A *Serenissima Repubblica Veneta* existiu desde meados do século VII ou VIII até o final do século XVIII quando foi ocupada pela tropas napoleônicas.

34 Disponível em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_i_1486

35 Sibellico poderia escolher qual impressor iria editar seu livro, e nenhum outro poderia fazê-lo, sob pena de multa.

36 O Conselho dos Dez era um dos principais órgãos da República de Veneza (*Consejo de i Diexe, no idioma vèneto*), responsável por atividades de ordem executiva e judicial. O *Imprimatur* seria a autorização para

severas multas³⁷ o que já indicava por si só dois elementos importantes: em primeiro lugar, uma afirmação (já então) de **uma ideia geral protetiva que historicamente geraria o direito de autor** como se passou a conhecer e, concomitantemente, o fato de que **os privilégios e o direito de autor poderiam ser utilizados como forma de controle das obras a serem publicadas**. Esta forma de controle da imprensa acabou sendo também efetivada na Inglaterra e na França quando do surgimento e desenvolvimento dos privilégios de impressão e efetivamente do direito de autor, já no século XVIII.

Ou seja, o advento da imprensa gerou os privilégios de impressão sob a forma de monopólio que, por sua vez garantiam (dentro do que fosse possível) o controle do fluxo de informações e conhecimento, fortalecendo a censura.

Neste sentido, deve-se recordar sobre o fato de que o desenvolvimento econômico da imprensa traz o debate para a universo dos temas de relevo para a sociedade, o que inclui questões de ordem econômica e não necessariamente, do ponto de vista dos empresários do setor da impressão, um interesse em controlar o conteúdo. O controle do conteúdo, obviamente, se dava por parte do Estado, sendo que o que interessava ao empresariado eram as garantias econômicas para o investimento, como já fartamente se tem conhecimento³⁸. Os impressores/livreiros/editores vão compreender a necessidade de investimento para alcançar o seu interesse, com as especiais condições que historicamente lhes vão sendo atribuídas nos diferentes ordenamentos jurídicos dos Estados de então, como, sendo relevante compreender fundamentalmente o caráter econômico, como bem indica a *lição de Lucas e Lucas*:

“O aparecimento da impressão traz ao debate uma dimensão econômica que provoca a intervenção real (monárquica). Os impressores, igualmente denominados livreiros e quem, na acepção atual do termo são ao mesmo tempo também editores vão, em efeito, solicitar os privilégios para rentabilizar os investimentos importantes que implicam nos trabalhos de revisão de manuscritos e nas operações de fabricação (produção.)”

Neste desenvolvimento histórico, e como antecedentes de relevo ao direito de autor, é importante e curioso salientar que **a imprensa (a prensa de tipos móveis de Gutenberg)**

a publicação por parte do referido Conselho. O *Imprimatur* tradicionalmente é reconhecido como uma autorização a ser aposta a livros cujas publicações seriam permitidas pela Igreja Católica por meio de fases de autorização, precedidas pela *Nihil obstat* (nada contra) seguida da autorização por meio da expressão *Imprimi potest* (*Pode ser impresso*). A obra que adquirisse o *Imprimatur* estaria *de acordo com os ditames morais da Igreja Católica*.

37 ROSE, Mark, *Authors and Owners. The invention of copyright*, Harvard University Press, London: 1993, p.11.

38 LUCAS, André e LUCAS, Henri-Jacques, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Litec, 2ª Edição, 2001, p. 04. Traduzido pelo autor. Os autores indicam que primeiro privilégio na França teria sido atribuído por Luis XII a *Antoine Vérard*.

surgiu na Alemanha ³⁹, **os privilégios historicamente surgiram em Veneza e a primeira lei nacional de direito de autor, na Inglaterra.** Vale indicar que, especificamente na Alemanha considerando a pouca difusão de livros não houve interesse suficiente para conduzir ao surgimento de grupos organizados rapidamente pela não organização dos principais interessados (estacionários e copistas eram menos influentes⁴⁰).

Considerando exatamente este fato, qual seja, que a primeira lei nacional de direito de autor surgiu no território inglês, é importante compreender que a *Stationers Company*, já indicada e surgida neste mesmo país, era o resultado de uma progressiva fusão das congregações dos copistas de manuscritos e dos ilustradores que foi autorizada como *guilda* (corporação de ofício)⁴¹ em 1403 pelo prefeito de Londres⁴².

Antes porém, há de se fazer algumas indicações sobre os *Stationers*.

Os estacionários (*Stationers*) eram funcionários universitários que “(...) *aproavam os manuscritos a serem copiados e tinham o comando exclusivo sobre todo o pessoal envolvido na produção – copistas, corretores, rubricadores e iluminadores*”⁴³. Por outro lado, “*os estacionários se apoderavam dos livros dos estudantes que deixavam a universidade ou morriam*”⁴⁴.

39 A atribuição do surgimento da prensa de tipos móveis criada por Johannes Gutenberg teria ocorrido na Mogúncia (Mainz) aproximadamente no ano de 1450 e nunca teria sido reivindicada por aquele. Aliás, curiosamente e como indica KATZENSTEIN “ (...) *na Alemanha, nos meados do século XV, época da invenção da imprensa, o mercado de livros era um vazio absoluto, impossível de aquilatar hoje. A maioria dos manuscritos produzidos nos mosteiros e universidades não estavam à venda e eram encadernados pelos próprios clérigos ou pelos estudantes.*” KATZENSTEIN, Úrsula E., *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/ Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo: 1986, p. 351.

40 Segundo KATZENSTEIN, Úrsula E., *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/ Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo: 1986, p. 350.

41 As guildas (ou mestirais) eram corporações de ofício, espécies de associações de profissionais, surgidas na Idade Média, que agregavam inicialmente artesãos, pintores, padeiros, carpinteiros, e, obviamente copistas e ilustradores. Para exercer determinado ofício, o profissional tinha que estar vinculado à corporação da atividade que pretendia exercer, as quais eram bastante hierarquizadas. Em linhas gerais e comparando-se de modo incipiente, equivaleriam atualmente às ordens ou colégios de advogados, conselhos de medicina, odontologia e um sem número de instituições que tem como finalidade resguardar as suas atividades, os seus interesses (inclusive politicamente) e proteger os destinatários das atividades praticadas por seus profissionais, entre outras funções.

42 IZZO, Umberto, *Alle origine del copyright e del diritto d'autore - tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma: 2010, p. 46.

43 KATZENSTEIN, Úrsula E., *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/ Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo: 1986, p. 346.

44 KATZENSTEIN, Úrsula E., *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/ Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo: 1986, p. 346.

Estes profissionais, portanto, ostentavam e concentravam um poder relativamente alto, considerando o fato de que a universidade era um centro de poder pela manutenção do conhecimento quase único à época⁴⁵.

Acabavam, portanto, sendo altamente responsáveis, em grande medida, pelo controle do conhecimento erudito. Pouco a pouco, em decorrência do crescimento das universidades, foram sendo permitidas pelos estacionários cópias das obras mais importantes. Transformaram-se, pouco a pouco, em livreiros. Assim, acabaram por se organizar mesmo antes do advento do direito de autor, da impressão e até mesmo dos privilégios de impressão que posteriormente lhes seriam instituídos⁴⁶.

Assim, não se pode afirmar, simplesmente, que os estacionários eram simples editores sem compreender o desenvolvimento histórico de suas funções. A falta de precisão na compreensão de suas atividades, que poderiam em alguns momentos ser definidos como funcionários das universidades, antigos vendedores de livros ou livreiros, editores, impressores, traz enorme confusão à compreensão do surgimento do direito de autor.

Não obstante tal imprecisão na definição destes profissionais, em 1557, em decorrência das consequências do decreto real instituindo a *Stationers Company*⁴⁷, fica estabelecido a esta, em alguma medida, uma concentração de poder pelo direito que lhe é então atribuído de impedir a impressão de livros proibidos, com a devida assistência da jurisdição penal da *Court of Star Chamber (Star Chamber)*⁴⁸. Esta verdadeira “função policial” aumentava ainda mais o poder dos *Stationers*, pois além do acentuado poder em decorrência da retenção do conhecimento, passavam estes então a exercer uma função inerente à (um certo controle da) ordem social. Não se pode esquecer que a *Star Chamber* era uma das *prerogative courts*⁴⁹ (tribunais extraordinários) existentes no contexto

45 As universidades surgem no contexto europeu de modo concomitante e também sucessivamente, por surgirem em vários países em curto espaço de tempo em decorrência de representarem uma acentuada e ampla força social. O surgimento de cada uma delas influenciava no seu entorno geográfico e nas necessidades de se reproduzir um centro de conhecimento (e, em algum sentido poder) na região em que se pretendia implementar um novo centro universitário. Tradicionalmente a mais antiga é considerada a Universidade de Bolonha, sendo certo que no contexto europeu, a mais acentuada tradição se encontra nos seguintes países: Itália, França, Inglaterra, Espanha, Portugal e Alemanha.

46 Os estacionários “(...) tinham certos privilégios, tais como a proteção contra a concorrência externa e isenção do serviço de guarda da cidade e, por volta de 1369, em geral, da isenção de todos os impostos”. **KATZENSTEIN, Úrsula E.**, *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/ Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo: 1986, p. 346.

47 **IZZO, Umberto**, *Alle origine del copyright e del diritto d'autore - tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma: 2010, p. 45.

48 **IZZO, Umberto**, *Alle origine del copyright e del diritto d'autore - tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma: 2010, p. 45.

49 Segundo **VAN CAENEGEM** eram consideradas *prerogative courts* (tribunais extraordinários) a *Court of Exchequer*, a *Court of Chancery* (as duas submetidas a *equity* com fonte de direito) e a *Court of The Star Chamber*. (**VAN CAENEGEM, R.C.**, *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*,

jurisdicional inglês, e se tornaria um tribunal em sentido pleno somente sob a direção do Cardeal Wolsey, e que não estava sujeito aos procedimentos de *common law*, recorrendo, por exemplo, frequentemente a *formais não usuais de punição*⁵⁰.

O monopólio, no regime monárquico de então, era, pois, forma de controle e instrumento econômico político da coroa.

Na Inglaterra moderna, inclusive, pode-se dizer que havia dois sistemas paralelos de controle da imprensa: um decorrente das patentes de impressão atribuídas pelo poder real e um decorrente do próprio sistema de regulação das *Stationers Company*⁵¹. Toda a autorização que conduzia a organização das *Stationers Company* era advinda do poder real por meio de decretos reais^{52 53}.

Por outro lado, e como fator histórico determinante para o desenvolvimento do direito de autor naquele país, o controle era, em tese, mais eficaz, considerando o fato de que

“(…) as impressoras restringiam-se a Londres, Oxford e Cambridge e eram controladas pela Companhia dos Livreiros (*Stationers Company*), que registrava as publicações novas. Os manuscritos de livros também eram inspecionados antes da publicação.⁵⁴”

Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, p. 135.). Esta última era uma corte especial à qual, muito genericamente, se pode dizer que eram decididas as questões nas quais havia interesse da monarquia. Por sua vez, **MARTINEZ-TORRON**, entende que os tribunais dependentes do rei e que estabelecem critérios distintos dos tribunais (*courts*) de *common law* são a *Court of Chancery*, a *Court of The Star Chamber* e a *Court of Admiralty*. O autor agrega a *Court of Exchequer* indicando que esta última possuía competência para questões fiscais e possuía caráter difícil de definir e indica a *High Court of Chivalry*, de escassa importância ao direito inglês. (*Derecho anglo-americano y derecho canônico – Las raíces canônicas de la common law*, Civitas, 1991, Madrid, p. 31). Para uma visão geral do desenvolvimento histórico do direito ocidental incluindo as concepções sobre o desenvolvimento do direito de *common law*, ver, entre outros, os seguintes autores: **MARTINEZ-TORRON, Javier**, *Derecho anglo-americano y derecho canônico – Las raíces canônicas de la common law*, Civitas, 1991, Madrid; **GILISSEN, John**, *Introdução histórica ao Direito*, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013; **VAN CAENEGEM, R.C.**, *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009; **HESPAÑA, António Manuel**, *Cultura Jurídica Européia, Síntese de um Milênio*, Almedina, Coimbra, 2012; **WIEACKER, Franz**, *História do direito privado moderno*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2010.

50 **VAN CAENEGEM, R.C.**, *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, p. 135.

51 Obviamente ainda não havia distinções efetivas entre o direito de autor e patentes, já que se tratava de exclusividades de uso sem grandes atribuições legais.

52 Cartas Régias, Decretos Régios (*Charters*).

53 O controle da imprensa no Brasil se iniciará com o advento da própria criação da Imprensa Régia por meio de um decreto publicado em 13 de maio de 1808. Há fontes que indicam que esta fundação ocorreu quase que por acaso, visto que o transporte do equipamento gráfico ao Brasil foi quase um acidente decorrente da atabalhoada fuga da família real para este país. http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed678_uma_gazeta_na_corte.

54 **BRIGGS, Asa; BURKE, Peter**, *Uma história social da mídia – De Gutemberg à Internet*, Zahar, São Paulo: 2004, p. 60. Indicam também os autores, nesta mesma obra e à continuação que: “*De acordo com o Ato de Licenciamento Inglês de 1662, os livros sobre leis deviam ser inspecionados pelo Lord Chancellor*,”

Desta forma, como a *Stationers Company* alcançou historicamente condição de possibilidade para requisitar e requerer a atribuição de privilégios, ou seja, o caminho para um processo legislativo que lhe garantisse direitos estava sendo amplamente preparado, visto que até então as atribuições de privilégios eram altamente benéficas à monarquia. Isto porque, por meio destas, se conseguia estabelecer com resultado algumas vantagens em decorrência de uma “parceria” eficaz:

1. Com a impressão promovida pelos empresários, não havia qualquer custo ao Estado para a produção de livros (o que, de fato, também não era visto como obrigação do Estado de então);
2. A exclusividade atribuída aos grupos econômicos, mantinha o Estado sob controle das situações políticas com parte dos empresários;
3. E, por fim, o mais, importante, uma vez que os privilégios eram destinados com a exclusividade para a impressão e comercialização, havia o controle efetivo sobre o conteúdo publicizado pela comercialização, estabelecendo eficaz forma de censura. Este seria, inclusive, um motivo para atribuir a ausência de cobrança de tributos⁵⁵⁻⁵⁶.

Dentre estes argumentos, muito possivelmente a censura eficaz e barata seria o mais relevante do ponto de vista da atribuição de privilégios a grupos determinados.

Obviamente que não se poderia esperar que uma “benevolência” decorrente da atribuição de exclusividades por meio de privilégios fosse implementada sem interesses próprios, considerando-se o que se observava das monarquias européias reinantes no continente europeu no período pré-revolução francesa. Assim, se houve uma transformação de privilégios no ambiente inglês, esta, ainda assim, manteve a lógica daquelas formas de atribuição de exclusividades.

4. Conclusões

As influências do desenvolvimento dos privilégios no ambiente europeu devem ser compreendidas para a análise do surgimento, efetivo, do direito de autor após estes

os de história, por um secretário de Estado, e a maioria dos outros pelo arcebispo de Canterbury, o bispo de Londres ou delegados seus. O sistema terminou em 1695, quando o Ato de Licenciamento cadudou.” An Act for Preventing Abuses in Printing Seditious, Treasonable, and Unlicensed Books and Pamphlets, and for Regulating of Printing and Printing Presses (the Licensing Act), 1662, 13 & 14 Car.II, c.33

55 Neste particular caso, há de se salientar que este fator era sensivelmente importante do ponto de vista econômico ainda não se possa afirmar que o mesmo tenha sido implementado em todos os locais e em todos os momentos em que houve atribuição de privilégios.

56 **KATZENSTEIN** afirma que por volta de 1369 os livreiros (que por sua vez constituíram uma corporação antes do advento da imprensa) eram isentos de impostos. (**KATZENSTEIN Úrsula E.**, *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo: 1986, p. 346.)

antecedentes. Por outro lado, pode-se considerar que o direito de autor, ao ser analisado desde os primórdios da instituição dos privilégios, em verdade e em algum sentido, nasce em parte como direito empresário (nas intenções anteriores ao processo legislativo, analisando-se a demanda dos estacionários) e, obviamente, em sua gênese (os privilégios que antecederam as leis de direito de autor) não se preocupava com igualdades de nenhuma natureza, mas, com o objetivo principal de buscar eficiência e pragmatismo estatal em benefícios de que pudessem auxiliar a monarquia. Caso o intérprete de tais fatos não deseje atribuir uma caracterização como direito empresário (ou caso não se aceite esta concepção), ao menos torna-se evidente a presença um conteúdo essencialmente econômico, seja por meio da proteção de terceiros que não os autores, seja na própria proteção destes.

De toda forma, o surgimento histórico dos privilégios e seu desenvolvimento indica, em suma, alguns elementos importantes:

Em primeiro lugar, que a invenção da imprensa trouxe evidente impacto às relações econômicas justificando investimentos e, conseqüentemente a necessidade de atribuição de garantias a esses investimentos (primeiramente sob a forma de privilégios (exclusivamente atribuídos a determinadas pessoas/instituições) e posteriormente por meio de leis;

Em segundo lugar, que a circulação das obras e conseqüentemente do conhecimento e da informação a partir de então auxiliaram a modificar o cenário da leitura e do desenvolvimento da cultura⁵⁷;

Em terceiro lugar, que o direito de autor surgiria como conseqüência e evolução dos privilégios e como garantia a todo este entorno econômico-cultural e que a sua atribuição necessitava de uma construção que adequasse a proteção do autor e outros beneficiários (autores e destinatários das obras);

E no que mais me parece interessante, que o desenvolver histórico de todas estas ideias não teve como fundamento a reflexão de uma justificativa eminentemente filosófica mas sim, de cunho econômico.

A filosofia, portanto, já então, num contexto genérico do surgimento do direito de autor em cada um dos sistemas principais, chegou relativamente tarde⁵⁸.

57 Indicando um argumento conservador no direito de autor, mas de importante causalidade que é o fato de que o direito de autor estimularia a circulação de obras e, portanto do acesso ao conhecimento pela segurança jurídica no investimento e, no caso dos autores (no sentido do que irei definir como sujeito-criador) como estímulo a criação.

58 O Estatuto da Rainha Ana data de 1710. As disputas judiciais do período denominado de batalha dos livreiros (na Grã Bretanha) ocorreu entre meados de 1740 e 1770. Já o desenrolar do direito de origem francesa, se bem é verdade que somente se consolidou por meio de leis nacionais (e, portanto, formalização legal) em 1791 (em parte) e fundamentalmente em 1793, já vinha apresentando um desenvolvimento anterior, em especial por meio da atribuição de privilégios. Kant foi participar das reflexões do que seria destinado juridicamente aos autores aos editores e reimpressores no seu texto

Dito de outra forma, os fatos históricos que conduziram à necessidade de aplicação de uma exclusividade (e a mais exclusiva delas seria a propriedade, visto que a ordinária se constituía pela sua atemporalidade) se baseavam numa espécie de “força bruta”, visto que no momento histórico do surgimento desta, ainda era bastante significativa a coerção física e, por óbvio, o seu “braço mercantil”, o poder econômico. Curiosamente, o poder econômico nunca mais se afastaria do direito de autor⁵⁹.

O surgimento do direito de autor como consequência dos privilégios, porém, trouxe também elementos que conduziram ao “déficit filosófico do direito de autor”, que deixou, desde o seu início, de fomentar-se solidamente em razões filosóficas, mas, por outro lado, teve como desenvolvimento basilar elementos de ordem econômica que, em alguma medida, subvertem o entendimento do direito de autor e, por outro lado, transformariam, como diz Ascensão, o beneficiário em vítima do sistema⁶⁰ e correspondem, no âmbito da propriedade intelectual também a um desvio linguístico-hermenêutico.

Ou seja, no processo histórico constante que conduz à existência de interesses para a atribuição de exclusividades como medida de garantia do investimento, não se vislumbraria a procura (e compreensão) do sujeito-criador. A figura histórica do autor (ao qual se atribuiria a condição de autor clássico ou romântico) surgiria mais fortemente em momento ainda posterior. Esta falta de fundamento filosófico fortalece o valor econômico às justificativas e, vem desde então, comprovando que se está diante de um “déficit filosófico do direito de autor”.

Ora, este déficit filosófico vai conduzir a que as justificativas ocorram, como venho indicando, *a posteriori*, ou como indica Shutersanen⁶¹, *ex post facto* à gênese do direito de autor.

de 1785 já relativamente bem tarde, tomando-se a perspectiva deste desenvolvimento histórico e sua complexidade. O mesmo ocorreria com Fichte (1793). No mais, cumpre recordar que o texto de Kant “*Da ilegalidade na reprodução de livros*” não foi uma complexa reflexão filosófica sobre o tema, senão indiretamente. É certo que no senso comum dos autoralistas, Kant (especialmente neste texto, ainda que tenha ligeiramente tratado do tema na Doutrina do Direito, datado de 1795) é indicado como o “fundador” dos direitos pessoais de autor. Se não é efetivamente e formalmente o momento de formação, ao menos é certo que o texto de Kant atribui valores altamente significativos para o direito de autor, em especial por meio de uma visão personalista bastante densa para a época.

59 Neste aspecto, inclusive, devo salientar, causando, em parte a já conhecida e indesejada vitimização do sujeito-criador.

60 *O autor é mais uma vítima que um beneficiário do sistema. Este é necessário, o autor tem de recorrer a ele, o autor é a própria justificação da existência deste – mas o autor perdeu o protagonismo. Os gestores do sistema, sejam eles próprios autores ou não, estão em primeiro plano.* ASCENSÃO, José de Oliveira. *A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA, capítulo 11 do livro: Por que mudar a lei de direito autoral – estudos e pareceres.* Fundação Boiteaux/Editora Funjab. Florianópolis, 2011. p. 155. Esta colocação do autor português se refere às entidades de gestão coletiva, mas pode ser aplicada ao direito de autor contemporâneo, considerando o fato de que, ainda, parte das atividades relativas à esta categoria jurídica somente podem ocorrer se pela via de uma gestão coletiva de direitos.

61 SHUTERSANEN, Uma, *A Stakeholder's Palimpsest, In Copyright Law - New Directions in Copyright Law* (pp.119-134), F. Macmillan (ed.) Edward Elgar, London, 2007, p. 135.

Por esta razão, entre outras, não se pode conduzir a uma justificativa filosófica do direito de autor sem a compreensão de que as teses aplicáveis são artificialmente acopladas, tal e qual verdadeiros *leitos de procusto* (como as justificativas utilitarista, baseada no proprietarismo lockeano, baseadas na matriz kantiana) e, portanto, devem ser interpretadas como teses consequencialistas⁶² ultrapassando o hiato entre os fatos históricos que conduziriam ao surgimento de um interesse protetivo e a tentativa, insisto, *a posteriori*, de justificar filosoficamente as razões econômicas.

A busca pela justificativa filosófica (de ordem moralmente considerada superior se comparada com valores econômicos) não pode se dar, portanto:

1. Como tentativa artificial de justificar razões econômicas;
2. Como tentativa de justificar *a posteriori* ou *ex post facto* o que não adquiriu justificativa filosófica no surgimento da categoria jurídica.

A cada um o que é seu, inclusive nas razões argumentativas e principalmente no “fazer ciência”.

Utilizar argumentos de matiz filosófico para disfarçar interesses econômicos é falsear o conhecimento.

Mas é exatamente o que se compreende ao analisar as justificativas de ordem utilitaristas, baseadas, por exemplo, no Princípio da Maior Felicidade de Bentham ou nas teses proprietaristas lockeanas, especialmente a da transformação de algo presente na natureza em algo de “propriedade” daquele que a retirou de tal estado⁶³. No mesmo sentido a compreensão kantiana da atribuída fundação do direito de autor no texto de 1785 (Da Ilegalidade) está longe de ser uma eficaz e complexa justificativa filosófica para o direito de autor, representando, todas estas ideias, mais do que tudo, um complexa teia de tentativas justificantes (insisto, são teses consequencialistas) com o intuito de disfarçar valorações verdadeiramente econômicas.

Por isso, entendo que uma revisão das justificativas filosóficas para o direito de autor é necessária, e é exatamente isto que venho propondo nos estudos que apresento sobre tal temática.

Neste sentido, este texto pretende descrever o surgimento histórico dos privilégios para possibilitar a análise crítica da natureza de tal surgimento.

Como ideia fundamental, portanto, compreendo que a justificativa filosófica para a compreensão do direito de autor se dá numa ordem da hermenêutica contemporânea,

62 E não justificativas que conduziram à atribuição de direitos.

63 A justificativa lockeana para a propriedade intelectual decorre da análise do capítulo V do Segundo Tratado sobre o Governo Civil, justificativa a qual, obviamente, não estou em nada de acordo.

mas discorrer sobre isto transformaria a temática deste estudo em outra, o que não interessa aos propósitos deste breve texto.

5. Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira**, *A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA, capítulo 11 do livro: Por que mudar a lei de direito autoral – estudos e pareceres*. Fundação Boiteaux/Editora Funjab. Florianópolis, 2011.
- BRIGGS, Asa; BURKE, Peter**, *Uma história social da mídia – De Gutemberg à Internet*, Zahar, São Paulo, 2004.
- ESCUADERO, José António**, *Curso de Historia del Derecho – Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 2012.
- FISCHER, Steven Roger**, *História da Leitura*, Editora Unesp, São Paulo, 2005.
- GARCIA-GALLO, Alfonso**, *Manuel de História del Derecho Español, Metodología Histórico Jurídica, Antología de Fuentes del Derecho Español – Volumen II*, Editora desconhecida, Madrid 1971.
- GILISSEN, John**, *Introdução histórica ao Direito*, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013.
- HESPANHA, António Manuel**, *Cultura Jurídica Européia, Síntese de um Milénio*, Almedina, Coimbra.
- IZZO, Umberto**, *Alle origine del copyright e del diritto d'autore - tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma, 2010.
- KATZENSTEIN Úrsula E.**, *A origem do livro – da idade da pedra ao advento da impressão tipográfica no ocidente*, Hucitec/Instituto Nacional do Livro/ Fundação Nacional Pró-Memória, São Paulo, 1986.
- LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes**, *Direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2011.
- LUCAS, André e LUCAS, Henri-Jacques**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2ª Édition, Paris, 2001.
- MARTINEZ-TORRON, Javier**, *Derecho anglo-americano y derecho canónico – Las raíces canónicas de la common law*, Civitas, Madrid, 1991.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias**, *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina, Coimbra, 2008.
- REBELLO, Luiz Francisco**, *Código dos Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, Âncora, Lisboa, 1998.

- ROGEL VIDE, Carlos, e DRUMMOND, Victor**, *Manual de Direito Autoral* – 2ª edição em língua portuguesa, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- ROSE, Mark**, *Authors and Owners. The invention of copyright*, Harvard University Press, London, 1993.
- STOLFI, Nicola**, *Proprietà Intellettuale*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1915.
- SHUTERSANEN, Uma**, *A Stakeholder's Palimpsest*, In *Copyright Law - New Directions in Copyright Law* (pp.119-134), F. Macmillan (ed.) Edward Elgar, London, 2007.
- VAN CAENEGEM, R.C.**, *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009.
- WIEACKER, Franz**, *História do direito privado moderno*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2010.

O JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE: UMA CRÍTICA SOBRE A USURPAÇÃO DA COMPREENSÃO DOS VALORES DE UMA SOCIEDADE

ELISA HELENA LESQUEVES GALANTE

Doutoranda em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais (FDV); Mestre em Direito/ Políticas Públicas e Processo (FDC); membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” (FDV); Professora Titular da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCl); Procuradora Municipal e Advogada; Email: elisahlgalante@gmail.com

ADRIANO SANT’ANA PEDRA

Doutor em Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV); Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Procurador Federal (Advocacia-Geral da União); Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL) e da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC); E-mail: adrianopedra@fdv.br

Resumo

O artigo reflete sobre a atuação do Poder Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito objetivando identificar, em especial, as consequências da utilização pelo Judiciário brasileiro da “jurisprudência de valores”, de Robert Alexy. Para a reflexão, utiliza-se a compreensão da socióloga alemã Ingeborg Maus que alertou sobre o perigo de o Poder Judiciário, em especial, o Tribunal Federal Constitucional alemão, definir todos os valores de uma sociedade e, como implicação, abarcar o “superego da sociedade”. Para a compreensão do conceito de “superego”, apresenta a estrutura do indivíduo construída por Sigmund Freud, bem como a “sociedade órfã” que emerge de sua construção psicanalítica e sua relação com a atuação do Poder Judiciário neste novo paradigma político e hermenêutico.

Palavras-chave

Poder Judiciário; Superego; Freud; Censor Moral; Democracia.

Resumen

El artículo reflexiona sobre el papel del poder judicial en un Estado democrático con el objetivo de identificar, en particular, las consecuencias de la utilización de la “jurisprudencia

de valores”, de Robert Alexy, por la justicia brasileña. Para entender, se utiliza el sociólogo alemán Ingeborg Maus, quien advirtió sobre el peligro del poder judicial, en particular, el Tribunal Constitucional Federal alemán, establecer todos los valores de una sociedad y, como consecuencia, abarcar el “superego de la sociedad”. Para entender el concepto de “superego”, presenta la estructura del individuo construido por Sigmund Freud, y la “sociedad huérfana” que emerge de su construcción psicoanalítica y su relación con el desempeño de la judicatura en este nuevo paradigma político y hermenéutico.

Palabras clave

Poder Judicial; Superego; Freud; Censor Moral; Democracia.

1. Introdução

Este estudo objetiva examinar o papel do Poder Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Como base teórica, utilizar-se-á a reflexão publicada em 1989 pela socióloga alemã Ingeborg Maus, intitulada “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. A autora, utilizando-se inicialmente da psicologia freudiana, faz uma crítica à “jurisprudência de valores” adotada pelo Judiciário alemão, objetivando mostrar o perigo da atuação do Tribunal Federal Constitucional (TFC) em substituição ao Parlamento ao construir os valores da sociedade alemã.

Serão expostos, sob esse prisma, as bases estruturais da personalidade do indivíduo introduzida por Freud: o *id*, o *ego* e o *superego*, destacando a compreensão do que seja o “superego” e o seu papel na formação do indivíduo como membro de uma sociedade.

Por fim, assumindo a mesma linha de argumentação de Ingeborg Maus, propõe-se um olhar mais acurado para a adoção da “jurisprudência de valores” vestida pelo Judiciário alemão, que tem amparado a atuação do Poder Judiciário brasileiro, contribuindo para o processo de reflexão sobre o perigo que a nossa jovem democracia pode enfrentar.

2. O Superego como o Censor Moral para a Busca da Perfeição do Indivíduo e da Sociedade na qual Integra

O modelo freudiano clássico estruturou a personalidade do indivíduo em três estruturas: o *id*, o *ego* e o *superego*. Para mostrar a construção da personalidade do sujeito, Freud a simbolizou na figura de um *iceberg*, no qual o *id* é a parte submersa e mais profunda, que identifica o inconsciente e corresponde à parte mais primitiva, instintiva e menos acessível da personalidade. Segundo Freud (1996a, p. 74) “[...] o *id* não conhece nenhum

juízo de valores: não conhece o bem, nem o mal, nem moralidade”. Por sua vez, o *ego* é a parte emersa do iceberg, a porção consciente que representa a racionalidade e serve como mediador entre o *id* e as circunstâncias do mundo externo. A terceira estrutura, criada num momento posterior, a qual Freud denominou de *superego*, é identificada como a porção de “pré-consciência” (FREUD, 1975, p. 103) e também de inconsciência, localizada na parte submersa mais próxima à linha do horizonte, entre o *id* e o *ego*, constituindo-se como o aspecto moral e ético internalizados. Para Freud (1975, p. 75):

No curso do desenvolvimento de um indivíduo, uma parte das forças inibidoras do mundo externo é internalizada e constrói-se no ego uma instância que confronta o restante do ego num sentido observador, crítico e proibidor. Chamamos essa nova instância de *superego*.

Freud (1996c, p. 67) descreveu o *superego* como sendo o defensor da luta em busca da perfeição. Portanto, o *superego* é como um freio moral, melhor descrito, como um censor moral para alcançar a perfeição do sujeito.

No edifício científico de Freud, o pai (em sentido *lato sensu*) é a primeira figura pela qual esse *superego* é formado. É na figura do pai que o censo moral do filho começa a ser erigido, transmitindo para o filho, de forma totalmente inconsciente, um modelo de ser cultural. Mas, na formação do indivíduo, após os pais, surgem novos modelos, inicialmente os professores, depois as figuras importantes dos mais variados ambientes, como artistas, jogadores de futebol, donos dos morros, traficantes, etc. Enfim, todos aqueles que têm uma representação externada na sociedade. É como esclarece o Pai da Psicanálise:

Esta influência parental, naturalmente, inclui em sua operação não somente a personalidade dos próprios pais, mas também a família, as tradições raciais e nacionais por eles transmitidas, bem como as exigências do *milieu* social imediato que representam. Da mesma maneira, o *superego*, ao longo do desenvolvimento de um indivíduo, recebe contribuições de sucessores e substitutos posteriores aos pais, tais como professores e modelos, na vida pública, de ideais sociais admirados (FREUD, 1975, p. 93).

Nos estudos freudianos, o movimento de ampliação do indivíduo identificará nas instituições outros novos mecanismos de formação do *superego*: o clã e seu totem, o judeu e seu Moisés, a Bíblia e seu Deus, a Igreja e seu Papa, o Estado e seu Rei ou Presidente, etc.

É até fácil imaginar, ou mesmo identificar, que o indivíduo tenha uma reverência religiosa com quem quer que esteja funcionando como modelo para o seu *superego*, pois esse alguém o está constituindo como indivíduo. Ele depende desse alguém para ser construído como pessoa humana, ou seja, esse alguém é sentido quase como um Deus criador, afinal, ele está edificando sua personalidade.

É dessa dinâmica que Ingeborg Maus se utiliza para dizer que, depois da Igreja, do Legislativo e do Executivo, o Judiciário se constitui como o novo *superego* da sociedade.

Ingeborg Maus (2000, p. 184) registra sua compreensão a partir do escrito de Herbert Marcuse, sociólogo e filósofo alemão naturalizado norte-americano que, em 1960, constatava o “envelhecimento da psicanálise” ou, como esclarece, o “envelhecimento de seu objeto”, a partir da compreensão de que a figura do pai não era mais determinante para a formação do indivíduo que estaria muito mais determinado pelas diretrizes sociais.

Entretanto, para Freud, o Pai da Psicanálise, em “Totem e Tabu”¹ (1996a), a orfanidade tem sua origem no assassinato do pai originário do clã que se encontra desamparado e, para substituir a nostalgia latente, surge a religião com o Pai benevolente, o “Deus” onipotente, onipresente e onisciente. Desse modo, para Freud, o pai como sujeito fraterno só é fundamento para a formação do indivíduo nos primeiros anos de vida, sendo posteriormente substituído pelas representações sociais. Naquele estudo original, a “religiosidade” e seu “Deus” foram elevados ao pai social, exercendo a função paterna. Em estudo posterior – “O futuro de uma ilusão” – Freud (1996b, p. 42) concluiu que a religião é a “[...] neurose obsessiva universal da humanidade”.

Esse fundamento é identificado pela também socióloga Marilena Chauí em sua obra editada pela passagem dos 500 anos do Brasil – “Brasil: mito fundador e sociedade autoritária” (2000) –, na qual esclarece que os brasileiros não tinham muito o que comemorar. E, na mão contrária à saudação, faz sua crítica a partir dos estereótipos produzidos pelo pensamento social, por meio da literatura, dos escritos científicos, dos discursos políticos, entre outros, que formam “uma representação de Brasil para os brasileiros”.

Dentre os exemplos traçados por Chauí, destaca-se o descrito no terceiro capítulo – o *verde-amarelismo* – particularmente o do século XX, inicialmente alimentado na Era Vargas; mas, muito em especial, o gerado na Copa do Mundo de 1970, quando o superego da sociedade brasileira está centrado no Poder Executivo, e o Brasil, em pleno núcleo duro da ditadura, se *verde-amarelou* no mito de uma “idéia de consciência nacional”. Ou seja, por necessidade das pessoas de “algo absoluto”, elas vão, aos poucos, empurrando a instituição para que funcione como modelo de superego, e esta vai, também aos poucos, se assenhoreando desse papel.

É nessa mesma linha o estudo apresentado por Maus e, voltando à origem dos seus argumentos, é muito importante refletir que, ao encarnar o *superego*, o Poder Judiciário infantiliza a sociedade. Forma-se como um conluio. A sociedade precisa e o Judiciário quer. A sociedade acomoda-se e espera que o Judiciário diga o que é bom e o que é ruim em todos os sentidos. Ou seja, ao projetar no Judiciário a instância moral, a sociedade para de crescer e se infantiliza. É semelhante ao que ocorre com a criança que se ampara no pai e nunca “cresce”. Para a psicanálise, o ideal é que a criança, para sua evolução, vá

1 “Totem e tabu”, redigida entre 1912 e 1913, é a primeira obra que Freud dedica à psicologia coletiva.

relativizando a palavra do pai e, a partir de suas próprias compreensões, escape da figura paterna, reflita e se constitua como indivíduo. Ao contrário, o indivíduo que fica eternamente sob o domínio do pai e que não o questiona se manterá eternamente criança.

É isso que, na crítica freudiana, é a infantilização do indivíduo e provoca uma radical limitação de sua capacidade de reflexão. É, enfim, o que Freud denominou de neurose obsessiva da humanidade. E é nesse contexto que, na medida em que o Poder Judiciário usurpa esse lugar das instituições que o antecederam como *superego* de uma sociedade, traz para si também a mesma crítica e, parafraseando o Pai da Psicanálise, passa, então, o Poder Judiciário a ser a neurose obsessiva da sociedade.

3. O Princípio Constitucional da Separação de Poderes no Paradigma do Estado Democrático de Direito

Inspirada na obra de Montesquieu (“O espírito das leis”, 1748),² a separação dos poderes foi formalmente firmada como princípio fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Consagrou-se, portanto, que o exercício das funções estatais deve ser dividido entre órgãos independentes e autônomos, pois, segundo Montesquieu, não haveria liberdade se o poder estivesse concentrado na mão de um indivíduo, pois, sendo ilimitado, tenderia a abusar.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

Há de ser enfatizado que, historicamente, o Princípio da Separação dos Poderes nunca estancou uma divisão inexorável, visto que os Poderes constituídos, além de suas funções típicas (legislativa, judicante e administrativa), também acoplavam funções atípicas (legislativa, judicante e administrativa). Dentre elas, destaca-se a função administrativa

2 Outros autores precederam na formação do princípio da separação dos poderes, como John Locke (Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 92 e 109) e Jean-Jacques Rousseau (Textos filosóficos, Tradução Lucia Pereira de Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 7), embora considerassem o Legislativo superior, o que diferenciou as lições de Montesquieu.

que é exercida rotineiramente por todos os órgãos independentes. Fica, então, a cargo do sistema de *checks and balances* a contribuição para garantir o equilíbrio e a independência.

No Estado de Direito, fundado sob o Princípio da Separação dos Poderes, coube ao Poder Legislativo o papel fundamental na concretização do Direito. No entanto, “[...] o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados” (CAPPELLETTI, 1993, p. 53). Mesmo assim é irrefutável que o papel do Princípio da Separação dos Poderes na formação do Estado Nacional foi fundamental para assegurar o não retorno ao Absolutismo. Isso, contudo, como leciona Coura (2009, p. 160):

[...] não significa que a noção de separação dos poderes do paradigma Liberal seja tomada, enquanto descrição simplificador de um ponto de partida histórico, como um valor em si mesmo, pois o atual contexto histórico requer outras respostas, para além daquelas que alcançarem êxito no passado.

É nesse contexto que, após a derrocada do paradigma do Estado de Direito, o novel Estado do Bem-Estar Social exigiu do Poder Judiciário um papel mais ativo para a satisfação dos ideais sociais, bem como o distanciamento da atuação normativo-positivista da jurisdição liberal, afastando-se do paradigma do juiz “boca da lei” para uma nova concepção de juiz.

Habermas (2003, p. 125) denominou o processo de “mudança social do direito”, esclarecendo que, inicialmente, “[...] uma nova compreensão instrumental do direito, referida as ideias de justiça do Estado social vinha sobrepor-se ao modelo do direito liberal e, no final, substituí-lo”. Seguindo o traço histórico adveio, após a Segunda Grande Guerra Mundial, um novo desenho, pois os fatos e os atos que antecederam e decorreram impuseram uma nova configuração política: o Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma político centrou seus pilares básicos na dignidade da pessoa humana, no acesso à justiça e na democracia participativa. Passa o Direito, então, como destaca Streck (2009, p. 2), no “Estado Democrático (Social) de Direito”, a ser um instrumento de realização de políticas públicas e também do imenso catálogo de direitos fundamentais sociais. Esclarece ainda o autor:

[...] é preciso compreender que nessa quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. (STRECK, 2009, p. 1)

É, portanto, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito que se reconhece que a separação dos poderes deve ser enxergada com um novo olhar, de forma a

compreender que a Jurisdição Constitucional é igualmente um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, enquanto o Legislativo predominou no Estado Liberal e o Executivo no Estado Social, agora seria a vez do Judiciário (CRUZ, 2008, p. 13). Mas essa supremacia não pode ser compreendida com o “extremismo” – que ora se desenvolve no Brasil na atuação do Poder Judiciário a partir da “ponderação à brasileira”, que será tratado no próximo tópico.

As atuações dos Poderes constituídos são limitadas pelas normas, em especial, pela Constituição. Nos últimos anos, as balizas que definem a competência do Poder Executivo e do Poder Legislativo têm sido objeto de substancial fiscalização. No Poder Judiciário, o sistema de controle tem se preocupado com a celeridade processual, buscando garanti-la pela criação de metas numéricas para julgamento dos processos. A partir de todo o contexto, indaga-se: no novo Estado Democrático de Direito, qual é o limite substancial da atuação do Poder Judiciário?

O primeiro capítulo começou a ser redigido na Constituinte, quando ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída à função de guardião da Constituição. Realça Gisele Cittadino (2000, p. 62) que essa função “[...] remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional”. E complementa:

Afinal a função de declarar o sentido e o alcance da regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política.

É inegável, portanto, que, na qualidade de último interprete da Constituição, o Poder Judiciário tenha um papel preeminente. Tal como se espera, “[...] que o juiz, frente à inexistência normativa, resolva o caso concreto, garantindo o direito daquele que o invoca” (CITADINO, 2000, p. 67-69). Em síntese, na lição de Cittadino, esse foi o produto do ideal dos constitucionalistas “comunitários” brasileiros: uma justiça distributiva.

4. A “Jurisprudência de Valores” e a Crítica à “Ponderação à Brasileira”: O Arbítrio Livre do Juiz

As discussões acerca da tutela jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, nem de perto se encerram com o reconhecimento da existência de um “[...] ordenamento jurídico integrado por princípios” (COURA, 2009, p. 74). A teoria da ponderação de Robert Alexy, em especial no *modus operandi* adotado pelo Poder Judiciário brasileiro, conclamou reflexões, desta feita, quanto à (in)certeza da interpretação e à aplicação do Direito. A reflexão é fundamental para evitar que o juiz tenha a força de um opressor, como previu Montesquieu há séculos, em especial quando assume o papel de legislador.

É de bom alvitre lembrar que o normativismo jurídico cumpriu uma importante função social, tendo mudado a face do Direito, substituindo-a pela segurança da lei. Nesse contexto, Hans Kelsen trouxe uma elevada contribuição, quando foi capaz de elevar a ciência jurídica ao cume do sentido lógico e, como leciona Coura (2009, p. 59), por meio de um ordenamento jurídico “[...] reduzido a um conjunto fechado e hierarquizado de regras, normas aplicáveis à maneira ‘tudo ou nada’, por serem capazes de regular suas próprias condições de aplicação”. Concebeu Kelsen o projeto da “teoria pura do direito”. No entanto, anteriormente (na primavera de 1872), mesmo num discurso positivista, já havia alertado Rudolf Von Ihering (1990, p. 1) que “[...] o direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”.

A crise do modelo fechado de regras se resume ao fato de que “[...] a tarefa de julgar necessariamente requer um juízo de adequabilidade, que represente uma mediação entre a norma geral e abstrata e os casos concretos que se apresentem” (COURA, 2009, p. 67). Apoiar-se Alexandre Coura na tese de Ronald Dworkin de “defender uma teoria melhor” na qual o juiz tem o dever de desvelar quais são os direitos das partes também nos “casos difíceis”, ou seja, naqueles em que a pretensão não pode ser submetida a uma regra clara do Direito, pois cada caso concreto se apresenta “[...] único, irrepetível e também passível de distintas atribuições de sentido, que variam segundo este ou aquele paradigma” (COURA, 2009, p. 67).

Neste texto, não serão abordadas as distinções entre regras e princípios ou mesmo sobre a aplicação das regras, mas, em especial, a compreensão da perspectiva principiológica do Direito e a adoção da interpretação dos princípios como um catálogo “extraordinariamente” aberto conforme vem sendo adotado no Brasil, a partir de uma compreensão à brasileira da teoria de Robert Alexy.

Relevante contribuição para o estudo dos princípios foi o diálogo entre o americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, pois ambos sustentam a importância do princípio para a compreensão do Direito e acordam na premissa de que tanto a regra como o princípio é espécie do gênero norma.

Numa ordem cronológica, lembramos a construção científica de Ronald Dworkin, proposta na obra “Levando os direitos a sério”, editada em 1977, que gerou impacto na ciência jurídica pela crítica ao positivismo, utilizando como mira “O conceito de direito” de Hart, e que, posteriormente, foi maturada ao editar “O império do direito” em 1986. Dworkin defende a inexistência de discricionariedade judicial em casos difíceis, em contraponto a Hart que defendia que o juiz possuiria uma margem de liberdade para alcançar a melhor decisão, quando o Direito não fornecesse a resposta, pois, para Hart, este se constituía exclusivamente de regras jurídicas. Em resumo, para Dworkin, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras e princípios e:

A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2007, p. 39).

Esclarece Dworkin que os princípios possuem dimensão que as regras não têm. O princípio se apresenta como a “dimensão de peso e importância” e, quando estes se entrecruzam:

[...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia (DWORKIN, 2007, p. 39).

Enfim, para Dworkin, o Direito deve ser compreendido como uma “questão de princípios” para a solução do *hard case*, mas mantido o seu caráter deontológico (dever-ser). Como já relatado, Robert Alexy (1993, p. 11) anui que “[...] *tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas*”.³ No entanto, para Alexy, os princípios são “mandados de otimização” e

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *principios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a media devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2006, p. 90)

Alexy propõe a técnica da “ponderação de interesses” ou “ponderação de valores” e afiança que não há superioridade formal de um princípio sobre o outro:

Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem procedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.

3 Tanto as regras como os princípios podem ser concebidos como normas (tradução nossa).

Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso (ALEXY, 2006, p. 93-94).

Neste caminho, no início deste século, no mundo, como consequência da atuação do Poder Judiciário, em especial na Alemanha, o Supremo Tribunal Federal brasileiro passa a rever a sua jurisprudência com base nesta nova compreensão, segundo a qual o raciocínio jurídico deve ser compreendido como uma “ponderação de valores”, em que os princípios constitucionais passam a ser tratados como “comandos otimizáveis”, aplicáveis num comando gradual mediante a utilização de “regra de prioridade” e do “princípio da proporcionalidade”, com suas três cabeças: adequação, necessidade e estrita proporcionalidade.

Nesse balanço, Marcelo Cattoni de Oliveira (2005, p. 258-259) ressalta que a mudança de paradigma no Brasil foi inicialmente impregnada de uma resistência natural porque envolve reconhecer “[...] o caráter finito, falível e precário da condição humana” e lembra que, no julgamento do Mandado de Injunção nº 107 (1990), o Supremo Tribunal Federal rechaçou o novo paradigma principiológico do ordenamento jurídico, mantendo-se apegado ao paradigma positivista e, naquele caso inaugural, limitou-se a declarar a omissão normativa existente, sem apreciar o direito violado.

Segundo Cattoni (2005, p. 260), o julgado consagrou “[...] não somente uma interpretação inadequada da separação dos poderes, como, em razão de uma compreensão da norma jurídica reduzida à regra, não reconheceu o caráter principiológico do ordenamento”. Cittadino (2000, p 69-71) relata que a decisão proferida no MI nº 107 ocasionou uma insatisfação generalizada, devidamente retratada nas publicações em jornais de grande circulação nacional – transcritas pela autora –, ressaltando que a mudança de paradigma nas decisões seguintes (MI nº 283/91 e 232/92) parece ter sido fruto da resistência ao constitucionalismo “comunitário”.

É nesse contexto que, no limiar do século, o STF transpõe o modelo positivista e rumo ao novo paradigma principiológico, passando, então, a abarcar que o

[...] raciocínio jurídico deve ser compreendido como uma ‘ponderação de valores’, em que os princípios constitucionais passam a ser tratados, seguindo a tradição da *jurisprudência dos valores* na Alemanha, como ‘comandos otimizáveis’, que colidem entre si para reger um caso concreto (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005, p. 260-261).

Coura (2009, p. 77-78) esclarece que, no Brasil, é possível identificar várias decisões judiciais que manifestam o reconhecimento da “[...] ponderação de bens e interesses” e da aplicação do ‘princípio da proporcionalidade’, empregado como ‘método’ ou ‘critério’

jurisdicional de ponderação, buscando-se, assim, ‘racionalizar’ a prática desta e ‘justificar’ os juízos que delas decorram”.⁴

O julgamento do “caso Ellwanger”, também alcunhado de “habeas corpus do racismo”,⁵ foi emblemático por vários aspectos e já analisado por juristas como Alexandre de Castro Coura, José Emílio Medauar Ommati e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, dentre outros aqui não citados, em que se teceu a teia fundamental da adoção da “ponderação de valores” pelo Judiciário brasileiro, ao apreciar, como pano de fundo, a colisão dos princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana. Concomitantemente, abriu a “caixa de pandora” e, com o que dela emergiu (e vem emergindo), instauraram-se o debate e novas acirradas críticas.

Para Streck (2009, p. 77), essa atuação marca um acentuado protagonismo do Poder Judiciário brasileiro no contexto político atual, produto do “ativismo judicial”, e também é “[...] duramente criticada por Habermas que a enquadrará como uma postura do poder judiciário que coloniza o espaço público e impede a tomada de decisões pela via democrática”.

Habermas (1998, p. 318), em crítica à construção científica de Robert Alexy, afirma que:

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem o caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.

No mesmo sentido, retrata Cruz (2008, p. 149):

Para Habermas, assim como para parcela notável da doutrina comparada, a ponderação de valores não consegue se ver livre de uma irracionalidade metodológica e de um decisionismo que são capazes de transformar a atividade jurisdicional em Poder constituinte originário.

Coura (2009, p. 166), também acompanhando a base teórica habermasiana, alerta que “[...] a atividade jurisdicional orientada por valores desconsidera a distinção entre aplicação e criação do direito, contemplando o ‘status’ de uma legislação concorrente”. E, por certo, viola o Estado Democrático de Direito que pretendemos.

4 A partir de sua experiência em grupo de pesquisa na Faculdade de Direito da UFMG, desde 2002, supervisionado pelos doutores Menelick de Carvalho Neto e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

5 Trata-se do HC 82.424/RS, julgado em 17 de setembro de 2003, no qual foram apreciadas a prática e crime de racismo por Siegfried Ellwanger por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa “REVISÃO EDITORA LTDA.”, editado, distribuído e vendido ao público obras antisemitas de sua autoria e de autoria de autores nacionais e estrangeiros.

Tal como retrata Habermas (1997, p. 320), a “[...] ‘jurisprudência de valores’ levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförd analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal”. Esclarece Habermas que o modelo de concretização coloca a jurisprudência constitucional numa situação de “legislação concorrente”.

A transformação da Constituição em uma “ordem de valores” confere às determinações constitucionais individuais (por meio da “abertura” de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados (MAUS, 2000, p. 200).

A crítica que Ingeborg Maus (2000, p. 192) fez à “jurisprudência de valores” adotada pelo Judiciário alemão, objetivando alertar para o perigo da atuação do Tribunal Federal Constitucional “[...] como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade”, viajou por todo o mundo e, apesar de ter sido produzida no ano de 1989, encontra-se tão atual como naquela data.

Para Maus, essa entrega de “auto-representação da Justiça como instância moral” confere-lhe o cabedal, ou seja, o poder de ser o “superego da sociedade”, pois, como esclarecido no primeiro capítulo, a dessacralização da sociedade, que tinha nos deuses, em seguida na Igreja e depois no rei suas bases axiológicas, deixa um vazio que a autora denomina de “sociedade órfã”, pois, conforme já esclarecido, na fase adulta, o superego instala-se nas instituições, criando um sentimento de filho da Igreja, súdito do rei, filho da nação e, hoje, “filho da justiça”.

Para a autora, o fenômeno foi confirmado na Alemanha, esclarecendo que

[...] não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, ou a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, Mas, **acompanha uma evolução de representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa** (MAUS, 2000, p. 185 – grifo nosso).

É neste contexto de inevitabilidade que Maus (2000, p. 192) atribui ao Tribunal Constitucional alemão o exercício da “teologia constitucional”. Dessa afirmativa, pode-se extrair a compreensão de que o brocardo popular presente no mundo jurídico de que “o juiz é deus” tem a seu favor o amparo científico na Psicologia freudiana, pois, efetivamente, a “sociedade órfã” assim sacralizou o Poder Judiciário.

Na própria Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal tem recebido duras críticas em sua metodologia de trabalho, pois o princípio da proporcionalidade possibilita verdadeiro decisionismo judicial (OMMATI, 2012, p. 27). E, no Brasil, como anteriormente

apresentado, de igual forma, muitos estudiosos mostraram suas preocupações e apresentaram suas críticas. Deles destacamos o alerta, em 2005, de Alexandre Bahia:

Deve-se refletir em que medida as críticas de Ingeborg Maus à Corte Constitucional alemã acima expostas podem ser aplicadas ao Supremo Tribunal Federal, notadamente a partir do momento em que, por exemplo, este se considera uma Corte Constitucional nos moldes europeus (ou ao menos num processo nesse sentido). Se entendemos que a solução para nossa (?) “Crise do Judiciário” se dará com a concentração de competências nas mãos dos tribunais superiores — basta vermos a Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário —, sobre a aplicação das críticas de Ingeborg Maus ao nosso Judiciário e **à aplicação irrestrita do princípio da proporcionalidade como panacéia para resolução de nossos conflitos** entre direitos fundamentais — principalmente porque isso implica referência a uma ordem suprapositiva de valores, confundindo direitos, normas morais, políticas, argumentos de custo/benefício etc (p. 12).

Como anota Habermas (2003, p. 330), “[...] no discurso sobre a divisão de trabalho entre tribunal constitucional e legislador democrático, os espíritos se dividem” e “[...] se, por um lado, a democracia exige que as decisões políticas sejam tomadas por representantes escolhidos pelo povo, por outro, convive com o controle judicial de constitucionalidade feito por um órgão não eleito” (PEDRA, 2012, p. 204), exigindo maior democratização dos canais de participação popular na função judiciária.

Somente uma sociedade livre e aberta de intérpretes da Constituição — atraindo a lição de Peter Häberle — talvez seja capaz de seduzir o *superego* para a “massa dos cidadãos” e convertê-los em legitimados do processo hermenêutico, pois, como retrata Cittadino (2000, p. 209), “[...] quando os cidadãos veem a si próprios não apenas destinatários, mas também como autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”.

5. Conclusões

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em primeiro artigo, mais precisamente no parágrafo único, que o “Poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Como estudado, mirando a estrutura freudiana do indivíduo, haverá sempre uma instituição, escolhida pelo povo, que funcionará como receptáculo do “superego da sociedade”, aquela em que ele deposita sua fé e sua crença.

Sob esta compreensão, destaca-se que, no novo paradigma do Estado Democrático de Direito, a sociedade elegeu o Poder Judiciário, ainda que de maneira inconsciente, para atuar como o seu “censor moral” e erigir os superegos dos indivíduos dessa mesma

sociedade. Inevitável, como outrora foi para a Igreja, para os Reis, para o Poder Legislativo no Estado de Direito, para o Poder Executivo no Estado Social. Cada um, no seu tempo, foi receptáculo do “superego da sociedade”.

De igual forma o foi (e continua sendo) na Alemanha de Maus de 1989 ou no Brasil dos brasileiros dos tempos atuais. E, no mesmo movimento, no mesmo giro, após um processo constituinte e a instauração de um novo Estado (na Alemanha, como também no Brasil), observa-se a expansão da independência e “superiorização” do Poder Judiciário e de seus juizes em relação às outras instituições sociais, principalmente entre os poderes do Estado. O Estado Democrático de Direito e a adoção da “jurisprudência de valores” traz consigo, então, uma visão messiânica do Judiciário, ou seja, um “superapoderamento” do Poder Judiciário.

Nesse contexto, esta compreensão axiológica dos princípios revelada pela nova tendência argumentativa adotada pelo STF não se apresenta como a melhor alternativa em justificação contrária ao positivismo, pois o Estado desequilibra quando um Poder predomina sobre o outro, quando um Poder for capaz de “usurpar” o próprio Poder originário.

Essa é a crítica de Ingeborg Maus. A adoção da “jurisprudência de valores” como instrumento de definição de denodos de toda uma sociedade infantiliza-a e faz com que permaneça irreflexa. O Judiciário não deixará espaço para a sociedade crescer ao retirar desta o poder de reflexão. Com a usurpação da compreensão de todos os valores de uma sociedade, não haverá mais espaço que não seja jurídico, já que tudo será julgado sob o aspecto axiológico. E assim tudo será determinado pelo Poder Judiciário, por exemplo, quem pode casar e com quem, ainda que a lei estabeleça expressamente o contrário.

E, mais ainda, quando o Poder Judiciário se arvora, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, a reconhecer “[...] a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente”,⁶ assim não mais derivando a competência da Constituição, mas de “princípios de direitos suprapositivos” (MAUS, 2000, p. 191), o Poder Judiciário coloca-se numa instância que, parodiando os espanhóis ao referir-se à sua Capital, *por encima sólo el cielo*.

6. Referências

- ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed (1986). Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁶ Citação de decisão do Repositório Oficial de Jurisprudência do TFC com grifo da Autora.

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. **CEJ**, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos vol. 03, 2000.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio da teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. **O caso Ellwanger**: uma crítica à ponderação dos valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. 2005. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>> Acesso em: 21 set. 2005.
- CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. 4. ed. São Paulo: Fund. Perseu Abramo, 2001.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)consitucional**: para análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1913-1996a, v. XIII, p. 13-168.
- _____. **O futuro de uma ilusão**. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1927-1996b, v. XXI, p. 15-66.
- _____. **Novas conferências introdutórias à psicanálise**. Conferência XXXI: A dissecação da personalidade psíquica. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1932-1996c, v. XXII, p. 39-54.
- _____. **Moisés e o monoteísmo**. Três ensaios (1939 [1934-38]). Rio de Janeiro: Imago, 1975.

- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1 e 2.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso do ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Melhoramentos, 2012.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio Grande do Sul, n 1 (2), p. 75-83, jul./dez. 2009.

O QUE HÁ DE TÃO DEMOCRÁTICO NO “CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO”?

JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JUNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Filosofia do Direito e da Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de produtividade do CNPq (classificação 1D). Coordenador dos seguintes grupos de pesquisa, todos devidamente registrados na plataforma do CNPq: “Direitos fundamentais e novos direitos” e “Sociologia Judiciária”.

PEDRO DA SILVA MOREIRA

Doutorando em Filosofia do Direito, *Universidad Autónoma de Madrid* (UAM). Mestre em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Resumo

A principal ideia deste artigo é questionar o caráter democrático do “constitucionalismo contemporâneo”. Para tanto, apresentamos teses de quatro renomados autores, cuja influência – sobretudo no mundo latino – é inegável. Trata-se de Manuel Atienza, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís e Gustavo Zagrebelsky. Entre as muitas diferenças que os caracterizam, suas ideias têm um ponto em comum: o entusiasmo pelo projeto constitucional, pela normatividade da Constituição e pelo caráter civilizatório dessa empresa. Nossa pretensão é suscitar uma série de perguntas de matriz democrática – essencialmente sobre a participação política dos membros da comunidade no desenvolvimento do conteúdo moral e político dos direitos fundamentais. Para fazê-lo, é preciso reconhecer o *fato do pluralismo* e o *fato do desacordo* como elementos indissociáveis do processo de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, que – apenas de modo aparente – restariam subtraídos de um processo decisório.

Palavras-chave

Constitucionalismo; Democracia; Direitos Fundamentais; Legislação; Desacordo.

Abstract

The main idea of this paper is to raise questions on the democratic character of “contemporary constitutionalism”. In this sense, we present the ideas of four renowned scholars

and the core of their theses, whose influence – especially in the “Latin world” – is undeniable. They are Manuel Atienza, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís and Gustavo Zagrebelsky. Among the many differences that characterize them, their accounts have at least one thing in common: enthusiasm for the constitutional project. To that extent, they stress the normativity of the Constitution and the “civilizing feature” of constitutional values. We address several objections to this understanding, taking into consideration the fundamental right to participate on political affairs, including issues related to substantive rights, which require political and moral developments. To do so, we must take seriously *the fact of disagreement* and *the fact of pluralism* as elements of the process of protection and realization of fundamental rights. These rights are also subject to a decision-making process.

Key words

Constitutionalism; Democracy; Fundamental rights; Legislation; Disagreement.

1. Introdução

Em uma de suas obras, Luís Roberto Barroso qualifica o constitucionalismo contemporâneo, ao qual ele manifesta adesão, de “constitucionalismo democrático” (2014, p. 25). É verdade que o termo “constitucionalismo” tem sido acompanhado por uma gama de prefixos e adjetivos que pretendem qualificá-lo, mas que, na realidade, apenas demonstram o baixo poder explicativo dessas etiquetas. No entanto, “constitucionalismo democrático” talvez não seja um termo tão vazio, tendo em vista que, pelo menos, ele anuncia a sua *pretensão* de conviver com e de *promover* os valores democráticos.

A ideia básica do constitucionalismo como ideologia (em suma: a supremacia da Constituição, a proteção aos direitos fundamentais e a limitação ao poder político) está substancialmente assentada na teoria e prática do direito brasileiro. Há muitos trabalhos sobre espécies distintas de direitos fundamentais, sobre a relevância da jurisdição constitucional e sobre a melhor maneira de proteger/efetivar esses direitos. Parece-nos que, e em referência a uma célebre obra de Bobbio, a “era dos direitos” constitui um mundo que aceitamos e descrevemos com relativa naturalidade. Mas será que não deveríamos nos perguntar pelo *significado* do termo *democracia* no contexto desse *nosso* constitucionalismo?

Essa pergunta é importante porque esse modo “democrático” de entender o “constitucionalismo”, embora assuma distintas nuances teóricas, contém, sem dúvida alguma, uma essência *normativa*. Trata-se de prescrever um conjunto de valores que *devem* ser assimilados e promovidos pelas comunidades políticas. Todavia, o problema não é tanto com o conjunto de valores que *deveríamos* assimilar, mas sim com a *forma* pela qual esses valores reclamam efetivação. No “constitucionalismo democrático”, na sua versão mais disseminada, esses valores – cujo conteúdo moral é inegável – estão refletidos nos direitos

fundamentais, que, por sua vez, estão protegidos pela Constituição. E essa Constituição, acompanhada e definida por esses direitos, *deve ser* aplicada por todo e qualquer juiz, em toda e qualquer operação jurídica. Os direitos fundamentais, nesse sentido e *dessa forma*, irradiam-se.

A nossa intenção, aqui, é propor uma reflexão acerca dessa “irradiação”, mais precisamente, acerca da relação entre a *efetivação judicial* dos direitos fundamentais, mantra do “constitucionalismo democrático”, e a sua pretensão de ser também *democrático*. Notemos bem: o simples fato de se afirmar que algo é “democrático” não significa dizer que esse algo de fato o seja. Nenhuma forma de constitucionalismo se apresenta como “antidemocrática”, “menos democrática” ou “quase democrática”, assim como nenhuma Constituição se autocompreende reguladora de uma ordem “injusta”. Por isso, não devemos nos distrair com os rótulos, mas procurar discutir as implicações do que se está propondo. Neste caso, o nosso objeto é o “constitucionalismo democrático” ou, para não usarmos a expressão em demasia, o “constitucionalismo contemporâneo”.

Na primeira parte deste escrito, procuraremos descrever as principais teses desse constitucionalismo, enfatizando o seu caráter de *política do direito*, ou seja, a sua função de promover um determinado estado de coisas, aspirando-se a uma forma ideal de organização da comunidade política. Pela importância e influência de suas teses, sobretudo no mundo latino, optaremos por observar com mais atenção o pensamento de dois autores: Manuel Atienza e Luigi Ferrajoli. Ademais, passaremos também, ainda que com mais brevidade, pelas compreensões de Gustavo Zagrebelsky e Luis Prieto Sanchís. Ainda que entre eles haja conhecidos e disputados desacordos, é preciso assinalar que todos eles creem em um aspecto fundamental do constitucionalismo contemporâneo: a criação de uma cultura jurídico-constitucional centrada nos direitos fundamentais; e, em alguns casos mais explícitos, creem ainda na *emancipação* do cidadão inserido nesse contexto.

Na segunda parte do trabalho, pretendemos analisar criticamente o núcleo das teses apresentadas na primeira seção, justificando, assim, a pergunta que dá título a este artigo: *o que há de tão democrático no “constitucionalismo democrático”?* É nesse ponto que pretendemos questionar não propriamente a aceitação do conjunto de valores que esses autores têm como *ideais*, mas essencialmente o *meio* para alcançá-los e para efetivá-los. O termo “democracia” pode envolver muitas coisas, pode implicar uma série de requisitos materiais, relativos ao *conteúdo* do que é decidido na comunidade política. Mas certamente a pergunta sobre *o que é ou não* democrático envolve também a indagação sobre *quem* deve decidir o alcance e o conteúdo dos nossos direitos. E se o “constitucionalismo contemporâneo” também conserva a pretensão de ser “constitucionalismo democrático”, é recomendável que leve a sério esse conjunto de provocações.

2. O Núcleo do “Constitucionalismo Contemporâneo”

Não apenas o Brasil vive um entusiasmo pela cultura constitucional alicerçada nos direitos fundamentais – pelo “constitucionalismo contemporâneo” – como essa é a tônica presente na maior parte dos países ocidentais que possuem constituições que incorporam princípios de substantivo teor moral. Riccardo Guastini (2003, pp. 51/58), descrevendo a constitucionalização do direito italiano, apresenta um conjunto de características que tranquilamente poderiam ser aplicadas ao Brasil: (1) Constituição rígida; (2) garantia judicial da Constituição; (3) força vinculante da Constituição; (4) “sobre-interpretação” da Constituição; (5) aplicação direta das normas constitucionais; (6) interpretação conforme das leis; (7) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Essas características não necessariamente se auto-implicam. Por exemplo: da existência de uma Constituição rígida não se deduz a aplicação direta das normas constitucionais, tampouco – ainda que isso possa não soar bem – essa aplicação direta é decorrência necessária da garantia judicial da Constituição. Entretanto, não queremos aqui discutir isso. Nosso objetivo é mais singelo. Há um núcleo que caracteriza as teses do “constitucionalismo contemporâneo” e que ajuda a explicar a realização, ao menos no campo judicial, da *cultura* dos direitos fundamentais. Cuida-se de uma *aposta civilizatória*, cuja importância não radica tanto na distribuição de competências e nos desenhos institucionais, mas na auto-compreensão que os juristas (e sobretudo os juízes) passam a ter da atividade que desempenham e, por óbvio, da própria ciência jurídica¹.

2.1. A “Emancipação” pelo Constitucionalismo: O Jusmoralismo de Atienza e Zagrebelsky

Em trabalhos mais recentes, Manuel Atienza (2014) tem defendido a construção de uma filosofia do direito para o mundo latino. Em coerência com a sua compreensão de que o jurista *deve* atuar para ajudar a melhorar a prática, sob pena de desenvolver um trabalho de pouca relevância, Atienza lança-se a propor um modelo centrado na dimensão argumentativa do Direito, que reuniria três elementos indispensáveis: (1) o método analítico, consagrado pelo positivismo do século XX; (2) o objetivismo moral, mesmo mínimo, cuja inspiração remete ao jusnaturalismo; (3) e a implantação social, preocupação-chave das chamadas teorias críticas (2014, p. 302). Se o Direito serve para lograr

1 Aqui entendemos o Direito não apenas como um fenômeno linguístico, isto é, não apenas como um sistema de textos normativos que são objeto de atribuição de significados. Há algo mais. O Direito é uma *prática social*. Por isso, o modo como compreendemos a prática – e, em nosso caso, a maneira como compreendemos a atividade jurisdicional diante dos direitos fundamentais, termina por modificar a prática. Não basta, pois, analisar os textos normativos que compõem os direitos fundamentais. Em palavras singelas: é importante indagar *o que fazer com eles*; e a pergunta sobre o papel da democracia nesse contexto é, a nosso juízo, indispensável.

finalidades, a função do jurista seria empenhar-se para construir um modelo em que essas finalidades possam efetivamente realizar-se. Para Atienza, o núcleo filosófico ideal para o mundo latino seria constituído por esses três elementos.

Essa deveria ser, na concepção do autor, a maneira mais adequada de compreender o “constitucionalismo”. Trata-se de evitar duas posturas que, a seu juízo, seriam inaceitáveis: o formalismo jurídico e o “neoconstitucionalismo” (2014, p. 308). Este dispensaria a dimensão autoritativa do Direito, ignorando a relevância da parte orgânica da Constituição; aquele, o que dispensa é a dimensão axiológica do Direito, evitando reconhecer que a prática jurídica envolve a consecução de valores e, ademais, certa conexão com a moral. Portanto, o “constitucionalismo” de Atienza estaria no centro – não seria nem formalista nem “neoconstitucionalista”, mas – talvez pudéssemos afirmar – “argumentativo”.

O “constitucionalismo” de Atienza é, declaradamente, pós-positivista (2013, p. 28), aproximando a sua obra das contribuições de autores como Nino, Alexy e Dworkin, cujas ideias provocaram (e ainda provocam) intensa influência na prática dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Isso fica bem claro em um trabalho em que se postula, com bastante firmeza, que *deixemos para trás o positivismo jurídico* (ATIENZA e RUIZ MANERO, 2007), pois o positivismo representaria uma concepção demasiadamente pobre do Direito, incapaz de dar conta da complexidade característica dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Além da discussão acerca da correção das teses positivistas (na forma apresentada pelos autores), o principal argumento para que abandonemos o positivismo seria a sua *irrelevância*; e a sua irrelevância tendo em vista a *nossa* necessidade de lidar com os desafios de um Direito recheado de valores morais, de finalidades subjacentes que *devem* ser perseguidas na aplicação judicial do Direito. Os juristas positivistas não estariam preocupados com isso.

Manuel Atienza é, por sua vez, um jurista *comprometido*. O seu compromisso não é com a mera descrição da ordem jurídica vigente, mas com a promoção dos valores morais do “constitucionalismo contemporâneo”, “pós-positivista”, cuja pretensão é, também, suscitar problemas de justificação das decisões judiciais e, em sentido menos estrito, questionar o Direito como prática social, destinada a perseguir as finalidades consagradas pelo “constitucionalismo” (ATIENZA e RUIZ MANERO, 2007, p. 26). Por isso, a dimensão argumentativa do Direito exerce um papel fundamental nesse modo de compreendê-lo. É que a argumentação, se entendemos bem o pensamento do autor, guarda estrita relação com a justificação; e esta, por sua vez, não *deve* isolar-se da fundamentação moral que, ao contrário do que pensaria o jurista positivista, vincula a atividade jurídica, integra a “perspectiva interna”². Trata-se de *prescrever* aos atores, envolvidos no processo discursivo e decisório do Direito, a tarefa de *comprometer-se* com o avanço dessa complexa empresa.

2 Atienza compreende que não se pode interpretar o Direito, entendido adequadamente como *prática social*, sem assumir um ponto de vista interno, sem aceitá-lo (2014, p. 304).

Na obra *Podemos hacer más* (2013), Atienza assume uma posição bastante clara como *jurista práctico*. Esse talvez seja o seu trabalho menos rigoroso e, por isso, mais revelador. A tese central do livro é apresentada da seguinte maneira: para promover a *emancipación social* e para reduzir as injustiças do mundo, é preciso pensar o Direito de outra maneira, e isso consistiria em superar o formalismo (p. 27)³. O jurista tem, segundo o autor, o dever de trabalhar para que as promessas da Constituição sejam cumpridas (p. 26). Isso, claro, levando a sério não só os direitos fundamentais como também os valores da democracia.

Para atuar em favor do cumprimento dessas promessas, o jurista práctico deve ter consciência de que uma das maiores virtudes do “constitucionalismo contemporâneo” é o fato de colocar à disposição do intérprete um material normativo capaz de propiciar *quase siempre* soluções mais justas, que impliquem menos custos para os direitos fundamentais (ATIENZA, 2013, p. 22). Nesse contexto, Atienza assinala um modo de interpretar que deveria orientar a aplicação do Direito no Estado Constitucional. Mencionando lições de Ronald Dworkin e aderindo, sem reservas, a elas, o autor afirma que interpretar consiste em conferir a um enunciado o significado que maximize o valor da prática. E acrescenta: “a melhor interpretação (...) é a que (sem violar o elemento autoritativo do Direito: sem contrariar o Direito estabelecido) nos permita desenvolver ao máximo os direitos fundamentais (...)”⁴ (2013, p. 93).

Não nos cabe trabalhar, ao menos não agora, os exemplos que o autor fornece para demonstrar como os juízes *deberiam* interpretar um caso ou outro. Cumpre ressaltar,

3 Um exemplo de teoria formalista do Direito, de acordo com Atienza, é a de Niklas Luhmann, para quem o sistema jurídico, cuja função primordial seria promover a *segurança*, estaria, de certa forma, “à margem do sistema social”. Essa leitura de Luhmann, todavia, parece apresentar alguns problemas. Em geral, é certo que a caracterização autopoietica do Direito (como sistema) pode conduzir a uma perspectiva de isolamento em relação ao “entorno”. No entanto, haveria que levar a sério algo que, para Luhmann, parece ser muito sério: a abertura cognitiva do sistema jurídico. Em palavras singelas: não é que o Direito simplesmente se feche para os demais sistemas sociais; ele se fecha para operar normativamente, de acordo com o material *seleccionado* nos demais sistemas – como a política, a economia, a arte. Luhmann não parece estar preocupado em isolar o Direito – o que seria bastante problemático – mas em conservar a sua autonomia, o que constitui um desafio teórico relevante. Outro detalhe: a função primeira do Direito não é, para Luhmann, simplesmente a “segurança”, mas a garantia das expectativas normativas de comportamento, o que, no contexto de sua obra, é algo distinto. Além disso, se quando falamos de formalismo estamos nos referindo à *interpretación*, é preciso enfrentar a afirmação luhmanniana de que “interpretar é sempre produzir mais texto”. Teríamos que analisar com cuidado o que há de *formalismo* nisso. Ver LUHMANN, 2005, pp. 189-191 e p. 403.

4 No original: “interpretar consiste en adscribir a un enunciado (dentro de los límites fijados por los materiales jurídicos: interpretar no es inventar) el significado que maximice el valor de la práctica (el Derecho es una práctica cuyo sentido es la realización de ciertos valores) en la que ese enunciado se inserta. O, dicho de otra manera, la mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir en contra el derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras Constituciones (o de cada una de ellas)”.

porém, que Atienza ingressa no debate de alguns dos temas mais polêmicos e mais controversos da política contemporânea, como a eutanásia, o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo e, particularmente, o tema dos despejos (decorrentes da impossibilidade de o cidadão arcar com o valor das hipotecas) em contextos de crise econômica. São assuntos que, apesar de se apresentarem na forma de conflitos jurídicos *individualizados*, desafiam considerações morais e políticas sensíveis.

É exatamente a presença desses exemplos e da necessidade de argumentar moralmente que justificam, no seu contexto, a defesa que o autor promove de um *objetivismo moral mínimo*, compreendido como a possibilidade de que sejam apresentadas razões justificadas (e objetivas) para resolver essas controvérsias e manejar *corretamente* o Direito contemporâneo (ATIENZA, 2013, p. 56). Além disso, e justamente por esse caráter *objetivo* da moralidade no pensamento de Atienza, há uma pretensão de *universalização* dos valores do “constitucionalismo”. Segundo o autor, “levar as instituições jurídicas do constitucionalismo ao âmbito mundial” é uma “exigência moral” (2013, p. 58). Trata-se, na verdade, de globalizar o “constitucionalismo” para diminuir as desigualdades, no intuito de reduzir os efeitos negativos da própria globalização.

Se voltarmos os olhos à proposta de Atienza para a filosofia do direito do *mundo latino*, encontraremos referências bastante entusiasmadas à função emancipatória do “constitucionalismo”. O jurista do Estado Constitucional deveria firmar, segundo entende o autor, um “compromisso com um projeto político-ético de emancipação” (2014, p. 315). Isso implica, entre outras coisas, o desenvolvimento da capacidade argumentativa dos cidadãos, condição necessária para uma sociedade democrática. Mas representa algo maior: a compreensão de que o Direito (desde que imbuído dos valores do constitucionalismo pós-positivista) é um dos instrumentos mais potentes para realizar a difícil tarefa de “civilizar o mundo” (2013, p. 60). A pretensão é, sem dúvida, *civilizatória*. Voltaremos a comentá-la na segunda parte deste artigo. Por ora, passemos brevemente o olhar nas ideias de outro autor.

Gustavo Zagrebelsky não é tão engajado quanto Manuel Atienza, até porque a obra de Zagrebelsky não é tão vasta, tão ampla e repleta de incursões em problemas práticos. Mas o livro *Il Diritto Mite*, conhecido entre nós sobretudo pela tradução espanhola *El Derecho Dúctil*, constitui uma abordagem bastante entusiasmada com a *cultura dos direitos fundamentais*. Que se trata de uma teorização também “pós-positivista” não há dúvidas. Zagrebelsky esforça-se para demonstrar como o positivismo jurídico está superado. No entanto, ao contrário de Atienza, que ataca mais o positivismo do século XX (*normativista*), Zagrebelsky parece definir como inimigo o “positivismo do século XIX”, aquele do Estado Liberal, dos juízes autômatos e que apenas *descobriam* (ao menos era esse o mito) a solução prescrita pelo legislador – a única solução correta – na perfeição da legislação, dos códigos.

Portanto, enquanto Atienza parece demonstrar rejeição a uma postura positivista metodológica por sua irrelevância prática (porque obviamente o positivismo do século XIX Atienza sequer cogita como algo defensável), Zagrebelsky desenvolve suas ideias tendo como “inimigo” um formalismo bastante mítico, cujo modo de enxergar o Direito poderia ser definido como “o Direito por regras”. Para o autor, as coisas já não são assim. Há de se pensar o fenômeno jurídico de maneira distinta. Já não se está mais na era do “Direito por regras”, mas na era do “Direito por princípios” (2011, p. 112). Os princípios têm, claro, afinidade com os direitos fundamentais, e assim como reconhece também Atienza, a sua conexão com a moral é inegável, de maneira que o jurista deveria estar preparado para lidar com uma nova realidade; segundo Zagrebelsky, uma realidade mais fluida, dúctil, própria do Estado Constitucional.

O autor ainda explora mais um detalhe, cuja importância precisa ser destacada. Para ele, raciocinar por princípios, modificar o paradigma das regras para o paradigma dos princípios, é uma exigência *civilizatória*. Isto é: as sociedades plurais, que abrigam as mais variadas formas de vida, grupos e indivíduos dotados de concepções de mundo muito diversas (e, muitas vezes, legítimas) necessitariam ser reguladas por um conjunto de normas flexíveis que permitisse uma convivência pacífica e tolerante (ZAGREBELSKY, 2011, pp. 123-124). Essas normas, claro, seriam os princípios jurídicos, material normativo capaz de permitir ao juiz chegar não a soluções mecânicas, mas a resultados equilibrados, mais justos, que efetivamente resultem da *ponderação* dos legítimos interesses em jogo. Desse modo, o “Direito por princípios” seria, na visão de Zagrebelsky, e cremos poder interpretá-lo assim, uma condição da democracia, na medida em que permitiria exatamente a convivência, em um mesmo espaço, das diferenças.

Não precisamos ir muito mais longe nas ideias de Zagrebelsky. Entre ele e Atienza há diferenças que não podemos ignorar. Porém, do ponto de vista do entusiasmo com o “constitucionalismo” – pós-positivista – como proposta *civilizatória*, ambos parecem coincidir sem muitos problemas. E é isso que, aqui, importa-nos. Não temos certeza se Atienza concordaria com Zagrebelsky quando este diz que raciocinar por princípios é como se raciocinásemos pelo *método do Direito Natural* (2011, p. 121). É uma frase interessante e desafiaria mais reflexões. Nada há na obra de Atienza que nos permita aproximá-lo de uma visão jusnaturalista do Direito, ainda que tenha ele aderido a alguma forma de objetividade moral, de jusmoralismo. O essencial aqui é assentar que as propostas de ambos os autores possuem um núcleo, ao menos um ponto de intersecção: ambos creem que o “constitucionalismo” mudou ou *deve* mudar a forma de manejar o Direito e que os juízes têm em suas mãos instrumentos valiosos para alcançar decisões justas, à luz das finalidades constitucionais. Ambos pretendem também que esse constitucionalismo seja *democrático*. Mas isso é algo para analisarmos no momento adequado.

2.2. O “Constitucionalismo dos Direitos”: Sobre o Pensamento de Luigi Ferrajoli e Prieto Sanchís

Entre os pensadores contemporâneos que defendem a ideologia constitucionalista – no que concerne à promoção, defesa e *garantia* dos direitos fundamentais –, Luigi Ferrajoli é sem dúvida um expoente. E isso por um aspecto em certa medida paradoxal: ao mesmo tempo em que sua teoria *garantista* goza de ampla aceitação (e a ciência penal brasileira parece-nos um exemplo disso), a sua concepção *positivista* do Direito está praticamente ilhada em um universo quase dominado pelo *pós-positivismo*, com toda a imprevisão que esse termo possa carregar. Essa particularidade produz algumas tensões internas na obra de Ferrajoli. Alfonso García Figueroa, por exemplo, chega a dizer que Ferrajoli se declara positivista, quer ser crítico, mas parece neoconstitucionalista (2009).

O que sim é certo é que Ferrajoli critica duramente o que ele chama de “constitucionalismo principialista”, o qual imputa a autores como Atienza e Zagrebelsky – por nós aqui comentados –, além de Alexy, Dworkin e Nino. Não são insignificantes os desacordos entre Ferrajoli e essa corrente de autores. O principal dissenso tem a ver com uma das teses positivistas, que Ferrajoli, por óbvio, subscreve: a separação entre o Direito e a moral. Os *principialistas* seriam (e de fato assim se declaram) adeptos de uma concepção do Direito que não separa esses dois sistemas. Ainda que entre eles o termo “moral” possa ganhar contornos conceituais próprios, não há controvérsia sobre a conexão – também conceitual – que eles enxergam entre a moral e o Direito. E isso, para o “constitucionalismo garantista” de Ferrajoli, é inaceitável. Além disso, o “constitucionalismo garantista” também não adere à distinção forte e estrutural entre princípios e regras, demonstrando, ainda, pouca simpatia e muitas reticências ao uso da ponderação na aplicação do Direito (FERRAJOLI, 2011a, p. 20).

Trata-se de uma concepção *moderna* do Direito (CHIASSONI, 2011), preocupada em não se deixar seduzir pelas tentações *pré-modernas*, típicas do principialismo, que confiaria, segundo Ferrajoli, a garantia dos direitos fundamentais à capacidade de argumentação moral dos juízes (2011, p. 23). Ele não aceita a distinção estrutural entre regras e princípios, tampouco a caracterização alexyana de que os direitos fundamentais *são* princípios (ALEXY, 2008, p. 575), por uma razão categórica: os direitos fundamentais seriam simplesmente *regras* (FERRAJOLI, 2011a, p. 21), uma vez que impõem a existência de regras que proíbam a lesão a esses direitos ou que criem obrigações específicas para promovê-los (como no caso das prestações positivas no âmbito dos direitos sociais).

Trata-se de uma concepção bastante *forte* sobre os direitos fundamentais⁵. Cuidar-se-ia, ainda, de um positivismo reforçado, já que não apenas o *ser* estaria positivado, mas

5 Pablo de Lora, por exemplo, classifica o constitucionalismo de Ferrajoli de “constitucionalismo fortíssimo”. Ver DE LORA, 2009.

também o *dever-ser* (FERRAJOLI, 2011a, p. 24). Assim, e neste ponto parece que garantismo e principialismo caminham juntos, a incorporação – pelas constituições contemporâneas – das normas de direitos fundamentais passou a implicar também a normatividade desses direitos e, nesse sentido, a obrigatoriedade de que a legislação infraconstitucional não respeite apenas a *forma* da Constituição, mas também o seu *conteúdo*. Aqui, claramente, Atienza e Ferrajoli não discrepam: ambos estão, como se vê, profundamente comprometidos com a normatividade dos direitos fundamentais e com um projeto de cultura jurídica centrado na sua promoção e garantia. O positivismo de Ferrajoli, porém, leva-o a reiterar que os direitos fundamentais não são oriundos da “moral” (que, segundo o autor, sequer é cognoscível), mas são fruto de processos históricos e, por isso, o seu conteúdo é *contingente* (FERRAJOLI, 2011a, p. 25).

O “constitucionalismo garantista” propõe-se, ademais, *democrático*. Os direitos representariam, pois, a dimensão *substancial* da democracia⁶, que não seria apenas um procedimento para o alcance de decisões coletivamente vinculantes; isto é, não importa apenas *quem* decide e *como* decide, mas sobretudo *o que* é decidido. O modelo seria composto de inúmeras características, entre as quais poderíamos destacar (1) a rigidez constitucional, (2) o controle judicial de constitucionalidade, (3) a verificação de antinomias na violação de direitos fundamentais, o que conduz à invalidação da lei violadora e, por fim, (4) a garantia dos direitos sociais. Ferrajoli sublinha, ainda, que o seu constitucionalismo não aposta na atividade judicial para *reparar* lacunas referentes aos direitos fundamentais, mas na atividade política do Poder Legislativo; caberia à jurisdição (constitucional), portanto, constatar as antinomias e declarar a anulação das normas inválidas (2011a, p. 34).

No que concerne à *força* do “constitucionalismo garantista” e principalmente à sua pretensão democrática, é indispensável destacar que, para Ferrajoli, os direitos fundamentais compõem a “esfera do indecível” (2008). Essa esfera é a garantia substancial da democracia, pois o procedimento deliberativo não pode adentrá-la, vale dizer, uma vez definidos o conteúdo, a estrutura e os limites dos direitos fundamentais, e uma vez protegidos esses direitos pela rigidez constitucional, a política ordinária não deve ter nada a dizer sobre eles, não deve ter, portanto, poder algum de disposição. Nesse contexto, não se encaixa a técnica da ponderação, já que entre os direitos fundamentais não ocorreria conflito algum. Cumpre ao Poder Judiciário apenas aplicá-los, declarando a invalidade das normas infraconstitucionais que os contrariem.

Ferrajoli pressupõe, com isso, que os direitos fundamentais devam ser precisamente definidos, elaborados da maneira mais clara possível, para que a jurisdição desempenhe sua atividade tendencialmente *cognoscitiva*, com pouco (ou nenhum) espaço para conformações

6 Esse modelo é minuciosamente desenvolvido na maestra obra de Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*. Ver FERRAJOLI, 2011b, pp. 96/100.

morais e políticas. Evidentemente, trata-se de uma construção *normativa*, preocupada em como as coisas – no ideal garantista – *devem ser*. O “constitucionalismo garantista” depende, assim, do desenvolvimento de uma linguagem precisa e rigorosa (FERRAJOLI, 2011a, p. 51), o que, por consequência, implica o afastamento de uma visão do direito fundamental como princípio, como norma *derrotável* e ponderável. Nesse sentido, a indisponibilidade dos direitos fundamentais se acentua e eles se tornam, de acordo com o autor, objeto de *garantia* efetiva da ordem jurídica, que deve atuar para que não existam normas incompatíveis com o preciso, definido e *indecidível* conteúdo desses direitos.

Observemos, de maneira pontual, o que pensa Luis Prieto Sanchís sobre o tema. Está clara a sua adesão ao “constitucionalismo contemporâneo”, que ele denomina – a nosso juízo de modo um tanto acertado – de “constitucionalismo dos direitos” (PRIETO, 2013). É que, afinal, é exatamente disso que se cuida. Vejamos, por exemplo, a compreensão de jurisdição constitucional na obra de Kelsen: trata-se de um arranjo institucional para invalidar as leis que não estejam de acordo com a Constituição e destinado a guardar a normatividade da norma fundamental positiva. De direitos fundamentais e princípios constitucionais Kelsen não cuida. Pelo contrário: chega a recomendar que não se adotem princípios de caráter muito abstrato na Constituição, pois isso concederia aos juízes um “poder insuportável” (KELSEN, 1988, p. 143). Ora, mas quase todas as constituições do mundo ocidental – hoje – possuem um catálogo de direitos fundamentais – sim – de conteúdo sumamente abstrato. Pensemos na *igualdade*, na *liberdade de expressão*, na *dignidade humana*. Portanto, em geral essa recomendação de Kelsen não foi observada.

O “constitucionalismo dos direitos” de Prieto Sanchís é, note-se, essencialmente centrado – e mais uma vez este é o ponto de encontro com os autores que trabalhamos acima – no reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais, na sua promoção e garantia. Não é sequer necessário a Luis Prieto ingressar no debate Ferrajoli-Atienza sobre positivismo ou pós-positivismo, embora se perceba, no conjunto de alguns de seus textos, certa inclinação a esse aspecto do “constitucionalismo garantista” (2013, p. 109)⁷. No entanto, positivista ou não, as ideias desenvolvidas pelo autor são categóricas em alguns pontos – e é isso que devemos ter em conta. Como premissa, é possível assentar o seguinte: Luis Prieto aposta – decididamente – na cultura *judicial* dos direitos fundamentais. Podemos demonstrá-lo de maneira sintética.

O autor não crê, por exemplo, que seja imprescindível a existência de uma instância específica para controlar a constitucionalidade das leis. Não é tanto a garantia da rigidez constitucional que lhe preocupa. O que move a sua tese é a *substância* dos direitos fundamentais. Parece importar sempre uma questão de *justiça* (de justiça *interna* do caso

7 Uma aproximação ao “constitucionalismo garantista” pode ser observada quando Luis Prieto oferece uma crítica ao neoconstitucionalismo, ao “constitucionalismo ético”.

concreto). Nesse sentido, princípios constitucionais teriam uma eficácia direta, imediata, de modo que Luis Prieto acaba sustentando dois aspectos nucleares: 1) os princípios seriam instrumentos dúcteis nas mãos dos juízes (o que corresponde ao ponto central de Zagrebelsky, como vimos); 2) ademais, o *importante* é que os juízes possam “corrigir” a legislação mediante a aplicação direta dos direitos fundamentais, sem que disso resulte – necessariamente – a declaração formal de inconstitucionalidade (PRIETO, 2003, pp. 168-169). A ênfase, pois, é na *cultura dos direitos*, não na forma, na hierarquia, tampouco na dimensão autoritativa do Direito.

3. Direitos Fundamentais, Desacordo e Decisão

Aqui é necessária uma pausa metodológica para sintetizar e clarificar o estudo. No capítulo anterior, procuramos apresentar dois tipos de constitucionalismo: o primeiro, principialista, que aposta na capacidade de argumentação moral dos participantes da comunidade e no *comprometimento* do jurista com a prática e com os valores constitucionais; o outro, “garantista”, que aposta na *proteção* judicial dos direitos fundamentais, que seriam estruturados não na forma de princípios, mas na forma de regras, integrando um espaço politicamente indevassável. No primeiro tipo, Atienza discorre sobre a necessidade de justificação moral das decisões no Estado Constitucional. No segundo tipo, Ferrajoli enfatiza a necessidade de separação conceitual (e prática) entre Direito e moral.

Ocorre que, em termos de *proposta civilizatória*, as duas posições acreditam na força de um projeto *constitucionalista*, cujo alicerce indisputável é a normatividade, o caráter deontológico dos direitos fundamentais. É isso, na verdade, que importa para a nossa discussão, porque é basicamente nesse aspecto que residem os principais problemas de compatibilidade entre o “constitucionalismo contemporâneo” e a democracia; ou seja, é aqui o ponto de tensão entre a *efetivação* ou *proteção judicial* dos direitos fundamentais e o processo de atribuição de direitos por meio da *deliberação* e da *participação política* em condições de igualdade.

Por essa razão, destinamos este capítulo à elaboração de uma série de indagações aos autores apresentados na primeira parte deste escrito. Não pretendemos oferecer respostas definitivas a problemas cuja complexidade justifica a intensidade da discussão acadêmica e, além disso, somos conscientes de que muitas outras questões poderiam ser endereçadas a essas ideias. Contudo, todas as objeções que formularemos nos itens seguintes decorrem – essencialmente – da seguinte pergunta: *não existiria uma espécie de desacordo, de sério desacordo, em relação ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais?*

Abordamos um pouco o núcleo desse “constitucionalismo contemporâneo”, mas para que ele seja considerado também *democrático* é preciso levar a sério a pergunta que elaboramos acima e considerar, portanto, o desacordo moral e político existente na

comunidade (WALDRON, 1999). Vejamos bem. Pode ser que um esquema institucional, alicerçado em uma ideologia “constitucionalista”, esteja justificado por razões sobretudo substantivas, isto é, porque produzam decisões *justas* (ou tendam a produzi-las). Mas isto é uma coisa. Outra coisa é saber como se encaixam nesse esquema os direitos de participação política de cada cidadão, a legitimidade dos parlamentos e, assim, o próprio *procedimento* democrático (WALDRON, 2006).

Pensemos, por exemplo, no direito fundamental à igualdade. Um cidadão “A” e um cidadão “B” podem *aceitar* com tranquilidade a normatividade do direito à igualdade (concordar com Atienza e Ferrajoli – e também com Prieto e Zagrebelsky), isto é, podem identificá-lo como *dever-ser*. No entanto, nada garante que ambos possuam concepções idênticas sobre o que significa violar ou efetivar a norma da igualdade (ATRIA, 1991, p. 332). Pelo contrário, em uma sociedade pluralista, a regra é que as pessoas discordem sobre esse tipo de assunto, que desenvolvam concreções políticas diversas sobre as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, moralidade, dignidade. A disputa política real costuma envolver debates acerca da melhor forma de entender esses conceitos e de estabelecer decisões coletivamente vinculantes sobre eles. É disso que cuida a política⁸. O fato do desacordo decorre, assim, do fato do pluralismo, o que inevitavelmente nos conduz a mais uma (indispensável) pergunta: *quem deve resolver, então, esses desacordos?*

Para autores que se inserem na tradição, por exemplo, de Jeremy Waldron, a resposta é simples: o legislador *deve* resolver os desacordos morais que compõem uma comunidade política multicultural. Porque, nesse caso, estaria respeitado nosso direito de participação política. As normas de direitos fundamentais não *encerram* o debate político. Há muitas coisas que devemos seguir deliberando e decidindo. Precisamos definir, por exemplo, *quais* direitos os idosos possuem concretamente, nas relações diárias, nas relações com os demais membros da comunidade: se têm direito a passe livre e a assento preferencial nos transportes públicos, se pagam menos por ingressos em eventos culturais, se têm garantia de estacionamento exclusivo, se devem aguardar mais de dez minutos nas filas dos bancos e nos caixas de supermercado, se recebem algum tipo de favorecimento fiscal na compra de medicamentos, se pagam ou não pagam despesas processuais quando acessam o Poder Judiciário, entre tantas outras hipóteses.

Notemos que esse exemplo dos idosos pode ser compreendido, por exemplo, como concreção do princípio da dignidade humana e também como delineamento do direito à igualdade (o direito que os idosos teriam, por sua peculiar condição, à inserção adequada e digna no cotidiano da comunidade). Em poucas palavras, o que estamos dizendo é que um direito fundamental *abre* a deliberação. É como se a Constituição instituisse o dever

8 “A política organiza os absolutamente diferentes, tendo em vista a sua relativa igualdade e em contraposição a suas relativas diferenças”. ARENDT, 2012.

de que se *decida* sobre o que é ou não digno para os idosos ou sobre a melhor estratégia para que eles recebam tratamento igualitário. E a pergunta, então, já passa a ser relativa à autoridade, isto é, a *quem* deve tomar essa decisão. Mas se aceitamos que há uma decisão (e política!) a tomar, parece haver muito pouco de “indecidível” no processo de atribuição e garantia de direitos⁹.

3.1. A “Esfera do Indecidível” e a Decisão sobre Direitos Fundamentais

O grande problema do pensamento de Ferrajoli é não suscitar devidamente essa problemática. E não o faz por diversos motivos, mas um deles nos parece mais interessante. Recordemos: Ferrajoli concebe os direitos fundamentais como *regras* e os enxerga (ou os prescreve) como normas de conteúdo muito preciso, delineado pela legislação ordinária e constitucional, de modo que apenas caberia ao intérprete a sua aplicação. O juiz não desenvolve politicamente o direito fundamental, mas *garante-lhe* a normatividade. Ferrajoli não se pergunta, pois, algo que deveria anteceder as suas considerações sobre o “constitucionalismo garantista”: é possível garantir a normatividade dos direitos fundamentais sem engajar-se em uma tarefa moral e política de concretizá-los?

Como Ferrajoli não formula essa indagação, passa a fazer sentido o constante emprego do termo *antinomias*, na medida em que ao Poder Judiciário, cuja função seria tendencialmente cognoscitiva, caberia apenas verificar eventual *antinomia* entre lei e Constituição. Por essa razão, pensamos que talvez Ferrajoli considerasse as nossas provocações anteriores completamente *sem sentido*: como falar em *desacordo* em relação a direitos se eles estão ou devem estar já linguisticamente concretizados nos textos constitucionais? E, uma vez presumida a precisão dessas normas, qual o sentido de falar em “desenvolvê-las politicamente” se ao juiz cabe apenas *aplicá-las* por subsunção, sem ponderá-las? Em suma: Ferrajoli não tem de se preocupar com o *desacordo* porque, em seu horizonte, os direitos fundamentais possuem conteúdo preciso e definido. A eficácia de regra jurídica impediria ponderações políticas e morais por parte do intérprete.

Ora, mas isto é assim? Funcionam dessa maneira as constituições? Devemos, na verdade, dirigir duas objeções ao “constitucionalismo garantista” de Ferrajoli: a primeira tem caráter descritivo e depende de constatações empíricas; a segunda é normativa, diz respeito a como as coisas deveriam ser. Passemos à primeira. As constituições ocidentais estão formuladas, em sua maioria, com a precisão que requer Ferrajoli? Observemos tão somente a brasileira: nossa Constituição seguramente tem muitas regras, mas ela é composta

⁹ Ainda que assumamos a existência de uma “esfera do indecidível”, há a necessidade de que *alguém* tenha, em dado momento, decidido o que está dentro ou fora dessa esfera. Portanto, não é uma empresa fácil sustentar a *indisponibilidade* dos direitos fundamentais. A questão sobre *quem deve decidir* parece estar presente inclusive no momento pré-constitucional. Ver BAYÓN, 2010.

também por muitas normas de caráter abstrato, que enunciam um dever ideal ou um estado de coisas (seriam, pois, os princípios). O direito à liberdade de expressão, à igualdade, à dignidade e, ainda, os direitos sociais, em geral dependem de conformações legislativas ou judiciais. Em outras palavras: esses direitos, porque formulados justamente de maneira imprecisa e abstrata, dependem de uma decisão sobre o seu alcance e conteúdo. Se aceitamos essa descrição, o modelo de Ferrajoli seria meramente hipotético, pois fundado em “realidades” que não existem.

Quanto à segunda objeção, a questão é saber se seria melhor o esquema proposto por Ferrajoli, ou seja, se deveríamos preferir direitos fundamentais precisamente definidos e sem espaço para conformações políticas. Bastaria, pois, garanti-los. Mauro Barberis (2011, p. 92) afirma que isso seria sumamente indesejável, pois colocaria a teoria de Ferrajoli em rota de colisão com a democracia representativa. Retornemos ao princípio da igualdade. Quando o legislador edita uma lei que guarda relação, por exemplo, com esse princípio, não está a desenvolver um conteúdo político para ele, engajando-se em uma concepção política do princípio? Quando uma lei concede meia-entrada a estudantes ou quando uma lei prevê direitos específicos a pessoas com deficiência, não estão os legisladores a concretizar – por um caminho determinado – direitos fundamentais de caráter abstrato?

O que restaria aos legisladores, que tipo de tarefa lhes caberia, se a Constituição – em matéria de direitos fundamentais – não oferecesse espaço para concreções políticas? Ferrajoli pretende *garantir* normativa e judicialmente os direitos fundamentais. No entanto, se levada a sua ideia adiante (o seu “fortíssimo” constitucionalismo, para usar as palavras de Pablo de Lora), a democracia deliberativa perderia a relevância. Talvez seja por isso que autores como Habermas, cujo enfoque reside substancialmente em procedimentos deliberativos, não se entusiasmem tanto com a proteção judicial dos direitos fundamentais, porque a sua ideia parte exatamente da necessidade de que sejamos nós – os membros da comunidade – que definamos os direitos que efetivamente possuímos e que construamos a nossa legislação. Ela só seria legítima, portanto, se construída por aqueles que serão submetidos a sua aplicação.¹⁰

Nesse sentido, no intento de retirar da política aquilo que é fundamental, formando, assim, a “esfera do indecível”, Ferrajoli pode terminar esvaziando a própria atividade política, pois está muito pouco preocupado com o *procedimento* para a tomada de decisões

¹⁰ É conhecido o esquema teórico habermasiano que vincula a legitimidade do Direito ao procedimento de sua elaboração, à necessidade de que esse procedimento respeite exigências democráticas. Mais ainda, Habermas é consciente de que a atribuição de direitos, assim como o desenvolvimento do conteúdo dos nossos direitos básicos, são tarefas que não devem ser realizadas pelo juiz monologicamente. Interpretar a Constituição é um empreendimento comum, “sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”. HABERMAS, 2003, p. 278.

vinculantes e muito mais envolvido com a necessidade de *garantir* (de maneira rígida) a indisponibilidade dos direitos fundamentais. Todavia, observemos atentamente o seguinte: se considerarmos dois aspectos ao mesmo tempo (*o fato do desacordo* e o caráter *abstrato* – em geral – dos direitos fundamentais), seria ainda possível falar de “esfera do indecidível”? Seria possível continuar falando – para além de um sentido metafórico e simbólico (que talvez seja importante) da *indisponibilidade* dos direitos fundamentais?

Se assumirmos que os direitos fundamentais, na verdade, *abrem* a discussão política (isto é: estamos sempre deliberando sobre o que é digno, o que é discriminatório, o que é liberdade de expressão, etc.) e que os limites dessa discussão sempre dependem de uma decisão (política ou jurídica, mas de uma decisão), uma teoria como a de Ferrajoli – para ser também *democrática* – precisaria enfrentar a pergunta sobre a instância legítima para definir esses limites e construir o conteúdo dos nossos direitos mais básicos. No entanto, o problema é que essa é uma indagação preliminar, que não está presente adequadamente nos escritos de Ferrajoli justamente porque a sua concepção sobre os direitos fundamentais é *fortíssima*, mas – ao sê-lo – talvez não corresponda à realidade. Afinal, por que seguimos discordando sobre o *significado* dos nossos direitos se bastaria, pois, à justiça constitucional “conhecê-los” e “aplicá-los”?

O problema se intensifica – deixemos claro – se adotamos a concepção de Luis Prieto Sanchís sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Ora, se o conteúdo deles fosse (ou ao menos devesse ser – em uma perspectiva normativa) preciso como Ferrajoli pensa, talvez constituísse uma boa ideia irradiá-los para toda a ordem jurídica, de maneira que cada problema jurídico fosse resolvido à luz do atributo categórico dos direitos fundamentais. Todavia, duvidamos que as coisas funcionem assim. Direitos fundamentais – ao menos aqueles (que não são poucos) formulados como princípios – dependem de um *desenvolvimento moral e político* para que tenham efeito adjudicatório, ou seja, para que sejam capazes de *resolver* um litígio. Se isto é assim, prescrever a cada juiz que os aplique a cada caso significa, ao fim, prescrever ao intérprete que defina ele mesmo o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. O problema, portanto, escaparia à jurisdição constitucional e ingressaria na imensidão da jurisdição ordinária. Não é que isso seja necessariamente uma má ideia. Entretanto, junto a esse efeito irradiador que o “constitucionalismo contemporâneo” prescreve, deveriam persegui-lo a intensidade das objeções democráticas.

3.2. A Emancipação pelos Direitos Fundamentais: Quem Emancipa?

Parte das perguntas destinadas ao “constitucionalismo garantista” poderiam ser também dirigidas às ideias de Atienza, naquilo em que desconsidera (ou considera de modo insuficiente) o *fato do desacordo*. Isso porque já sabemos que o autor prescreve um papel *ativo* ao jurista, que deveria não apenas aderir à empresa “constitucionalista”, mas também

trabalhar para promover os valores que as constituições consagram. Juízes, por sua vez, deveriam afastar-se do positivismo e do formalismo, procurando decidir de maneira *justa*, tendo em vista que têm em mãos um material normativo que quase sempre lhes dá a oportunidade de ajustar a forma a um conteúdo substancialmente conforme aos valores constitucionais. Isso, por óbvio, procedendo-se a uma argumentação racional.

Se estamos todos de acordo em relação ao conteúdo dos valores constitucionais, essa poderia parecer uma ideia interessante e equivaleria a uma “norma” (ou meta-norma) que valeria a pena perseguir. No entanto, conforme já explicamos ao comentar sobretudo a teoria de Ferrajoli, as coisas parecem não funcionar assim. Atienza entende que o primado das constituições axiológicas modifica o paradigma do primado da lei (ele, claro, sublinha várias vezes que os valores da legalidade são importantes, mas insiste na alteração de paradigma). Mas não se trataria, na visão de Atienza, da simples modificação em termos hierárquicos, relativa ao fato de que – agora – devemos obediência a uma norma de nível superior que tem a função de organizar as bases da comunidade política. Tratar-se-ia do surgimento de uma perspectiva totalmente nova para o Direito e, especialmente, para a aplicação do Direito; e tudo isso decorreria do advento das constituições, com as quais uma teoria jurídica fundada em ideias positivistas não poderia lidar adequadamente.

Pois bem. Que os princípios constitucionais (esses que Atienza entende que devemos trabalhar para efetivá-los na prática) desafiem a pergunta *contínua* sobre o seu conteúdo e alcance está fora de dúvida. Que, nesse sentido, uma eventual concreção desses princípios exige o desenvolvimento de uma determinada *concepção* sobre eles também não nos parece nada problemático. Estamos, pois, de acordo. E é por não assumir essa premissa que o pensamento de Ferrajoli abriga muitas tensões. Poderíamos aceitar, ainda, que para concretizar de fato o sentido da *dignidade* ou da *igualdade* seja indispensável argumentar moralmente. No entanto, nada disso esclarece (e Atienza parece não se debruçar sobre tal ponto) a questão que talvez seja a principal: não seria a maneira concreta como os intérpretes da Constituição (juízes, legisladores, sociedade civil, etc.) *compreendem* o significado desses princípios que deve determinar seu conteúdo e alcance?

Essa indagação é crucial. Ela nos remete outra vez à *dimensão autoritativa* do Direito. E por quê? Pelo fato de que não basta definir que devemos todos nos engajar numa espécie de *luta* pelos direitos fundamentais, é preciso – com a mesma importância – esclarecer *quem* deve ter a autoridade para delinear, precisar e concretizar os nossos direitos. É isso que faz, por exemplo, Waluchow (2008, p. 81), ao desenvolver uma argumentação – para contrapor as ideias de Jeremy Waldron – justificativa do papel judicial nessa esfera; ou seja, para Waluchow, são os juízes que devem realmente decidir o conteúdo da Constituição (naquilo que há de impreciso, que normalmente envolve os direitos fundamentais). É evidente que uma concepção como essa enseja uma série de objeções democráticas. Contudo, Waluchow parece acertar no ponto que deve orientar

a defesa do constitucionalismo: não se trata apenas de reafirmar os seus valores (quem será contra os direitos fundamentais?), mas de ingressar em um debate sério sobre o tema da autoridade e de estar disposto a definir que – sim – seriam os juízes os mais aptos ou capazes para dar conteúdo aos nossos direitos básicos.

A alternativa de Atienza, para não ter de defender a *juristocracia*, seria ingressar de maneira mais consequente no que ele entende por *objetivismo moral mínimo*, que seria passível de conhecimento e capaz de dar bases à aplicação “justa” desse material normativo dúctil (para usar a expressão de Zagrebelsky). Se há um núcleo objetivo e justificável dos direitos fundamentais, em relação ao qual todos estaríamos de acordo, então a objeção fundada no *fato do desacordo* perderia muito em força. Não nos parece, todavia, que Atienza tenha deixado isso claro e talvez tenha razão Jeremy Waldron em um aspecto específico: o *fato do desacordo* persiste porque a objetividade moral é irrelevante. É possível que haja respostas corretas e justas (não precisamos negar isso), mas nada garante que temos as ferramentas para encontrá-las e nada garante que os juízes não possam encontrar distintas dessas respostas “objetivas” (umas mais corretas que as outras). Essa constatação, uma vez mais, solapa a “esfera do indecidível”, mas lança dúvidas sobre a capacidade dos juízes para acessar essa “moral objetiva”. Ao final, a verdadeira pergunta é pelo sujeito ativo dessa *emancipação civilizatória* proposta por Atienza. Quem nos emancipará: os juízes?

Essa aposta civilizatória se assemelha muito à empreendida por Zagrebelsky, que parte – centralmente – de um argumento: as sociedades plurais necessitam de uma aplicação do Direito mais dúctil, mais flexível, que possa abarcar todos aqueles indivíduos que vivem e compreendem o mundo de maneira muito distinta. O *problema democrático* dessa afirmação, que no fundo é a defesa do “Direito por princípios” é que – de novo – não suscita a pergunta sobre *quem* efetivamente decide o alcance e o significado desses princípios. Outra vez surge o desafio do parágrafo anterior: se há uma objetividade moral que conduz a aplicação desses princípios, que se invista em demonstrá-la.

Não sendo assim, estamos diante de uma problemática séria em termos democráticos, justamente porque se se confia aos juízes a tarefa de definir o alcance dos princípios e, além disso, aplicá-los diretamente, caso a caso, o que se assume – ao fim – é o seguinte: nós, membros da comunidade, no exercício do nosso igual direito de participação política, não temos capacidade para decidir sobre questões que envolvem direitos fundamentais. E isso – efetivamente – é um problema democrático que todos, inclusive *juristas comprometidos*, deveríamos levar a sério.

4. Conclusões

O último argumento apresentado pode não fazer sentido se seguimos entendendo os direitos fundamentais de forma “mítica”, ou seja, se seguimos compreendendo que eles

estão subtraídos do poder de decisão. O que ocorre é que eles não estão. Mesmo quando o Poder Judiciário atua para *garanti-los*, há sempre uma decisão sobre os seus limites e sobre o seu conteúdo, principalmente quando a espécie normativa invocada apresenta textura principiológica (normas como igualdade, dignidade e liberdade). Se já partimos da ideia pressuposta – no sentido de Ferrajoli – de que os direitos fundamentais compõem a “esfera do indecível”, possivelmente não formularemos as perguntas adequadas.

A principal delas corresponde à atenção à dimensão autoritativa do Direito, o que – do ponto de vista democrático – relaciona-se à indagação sobre *quem* detém legitimidade para resolver nossos desacordos morais e políticos. Em síntese, a pergunta é: *qual deve ser a arena adequada para a definição do conteúdo dos nossos direitos?* Porém, esse problema apenas tem sentido em um horizonte que pressuponha a constante *decidibilidade* acerca do significado dos direitos fundamentais. Esse pressuposto permite-nos dar um passo a mais: constatar a tensão existente entre o “constitucionalismo contemporâneo”, seja na vertente “principialista” (argumentativa), seja na vertente “garantista”, e a *democracia deliberativa*; ou melhor, a tensão entre a efetivação *judicial* dos direitos fundamentais e o nosso direito a participar na vida pública e a deliberar sobre *quais* direitos, em concreto, possuímos.

Abrimos este singelo escrito mencionando que Luis Roberto Barroso classificava o constitucionalismo contemporâneo de “constitucionalismo democrático”. Contudo, ele vai além e – deixando as coisas mais claras ao afirmar que esse “constitucionalismo democrático” é o ideal que nos restou – assevera:

“Já não existem ideologias abrangentes à disposição. A revolução não veio. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria, sem violência. A desigualdade abismal, no plano doméstico e no plano internacional, segue sendo um estigma para o processo civilizatório e para a condição humana” (BARROSO, 2009, p. 400).

É a injustiça do mundo que motiva a adesão de autores como Barroso e Atienza ao “constitucionalismo democrático”. Trata-se – exatamente por isso – de uma pretensão claramente *civilizatória* e *emancipatória*. Todavia, e pensando precisamente em termos democráticos, se são os juízes (e especialmente os juízes constitucionais) os responsáveis por levar adiante essa empresa tão imodesta, os membros da comunidade política, os que votam, os que elegem e os que são os destinatários das leis e da Constituição, terminam por ficar à margem do processo de sua própria “emancipação”. Talvez haja bons motivos para aceitarmos o “constitucionalismo” como ideal regulador do Direito como prática social, mas para denomina-lo “democrático” ainda necessitamos de uma teoria que considere de maneira contundente o *fato do pluralismo* e o *fato do desacordo*, cujo peso político e moral não pode ser secundário em um Estado Constitucional.

5. Referências

- ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- _____. “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del derecho, 37 (2014), pp. 299-318.
- _____. *Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos perdidos, 2013.
- ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. *Isonomía*, n. 27 (outubro de 2007).
- ATRIA, Fernando. “El Derecho y la contingencia de lo político”, *Doxa*, n. 10, 1991 (pp. 319-345)
- BARBERIS, Mauro. “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”. *Doxa*, Cuadernos de filosofía del derecho, 34, (2011), pp. 89-94.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. In: CARBONELL, Miguel y JARAMILLO, Leonardo García (co-ord.) *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CHIASSONI, Pierluigi. “Un baluarte de la modernidad”. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *Doxa*, Cuadernos de filosofía del derecho, 34, (2011), pp. 101-120.
- DE LORA, Pablo. “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortíssimo”. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista”. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003 (pp. 49/74), pp. 51/58.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003.
- KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Trad. J. Ruiz Manero. In: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrante. Ciudad de México: Herder, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo* (Edición de Miguel Carbonnel). Madrid: Trotta, 2008.
- _____. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, (2011), pp. 15-54.
- _____. *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*, v. 2 (Teoría de la democracia). Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- _____. “The Core of the Case against Judicial Review”. *The Yale Law Journal*, 115: 1346, 2006.
- WALUCHOW, W.J. “Constitutional Morality and Bill of Rights”. In: HUSCROFT, Grant (Ed). *Expounding the Constitution: essays in constitutional theory*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho y justicia*. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011.

O TRABALHO INFORMAL NA CIDADE FORTALEZA: ENTRE O SANEAMENTO URBANO, POLÍTICAS PÚBLICAS E A FILOSOFIA (1880-1910)

DANIEL CAMURÇA CORREIA

Doutor em História Social (PUC/SP). Mestre em História (PUC/SP). Graduação em História (UFC). Líder do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (UNIFOR). Professor das disciplinas de Filosofia do Direito e Ciência Política (UNIFOR).

Resumo

Busca-se com este artigo analisar as maneiras pelas quais os trabalhadores das ruas, tais como carregadores, vendedores e pedintes, articulavam seus dias na cidade de Fortaleza, no final do século XIX, em meio as articulações políticas e normativas da província cearense. Apesar das diversas tentativas da elite política, médica e intelectual estabelecerem discursos e práticas contra a presença maciça, o trabalho desarticulado e o corpo doente dos populares, estes, cada vez mais, se faziam presentes por meio dos trabalhos realizados, seja em tempos de seca, seja no período da *belle époque* fortalezense. Por meio da análise das fontes, problematiza-se a tipificação dos trabalhadores pobres e informais, no momento em que a elite econômica fortalezense desejava instaurar a modernidade comercial na capital cearense. Para o desenvolvimento do artigo foi realizada pesquisa bibliográfica, além do levantamento de dados da época, como fontes primárias (Relatório do Secretário Interino dos Negócios do Interior da Província do Ceará, Atas de Correspondência da Intendência Municipal da cidade de Fortaleza, Atas de Correspondência do Paço Municipal da cidade de Fortaleza); fontes secundárias (Código de Posturas da Cidade de Fortaleza); e livros de crônicas e memórias da cidade de Fortaleza.

Palavras-chave

Trabalho de rua; Filosofia; Política e higiene.

Abstract

With this paper we aim to analyze the ways in which some people as self-employed, workers of the streets, such as porters, sellers and beggars, articulated his days in the city of Fortaleza, in the end of nineteenth century, between the political and regulatory joints of Ceará province. Despite of several attempts by the political, medical and establish

intellectual high society discourses and practices against the massive presence of this kind of self-employed, the disjointed work and the sick body of the popular, these, increasingly, were present through the work carried out, whether in times of drought, is the period of the belle époque of Fortaleza. Through the analysis of the sources, discusses to typify poor and informal workers, at the time when the economic elite of Fortaleza wanted to establish commercial modernity in this city. For the development of this article, we used literature and bibliographical research. Was performed in addition to the survey data of the time as another primary sources (Acting Secretary of the Business of Interior of Ceará Province Report, Match Proceedings of the Municipal Stewardship of Fortaleza, Correspondence Minutes of city Hall of Fortaleza); and secondary sources (Postures Code of the City of Fortaleza); and chronic books and besides memories of the city of Fortaleza.

Key words

Street work; Philosophy; Politics and hygiene.

1. Introdução

Os Relatórios dos Presidentes da Província do Ceará, no decorrer dos anos da recente República brasileira, afirmavam que à medida que se aproximava o final dos oitocentos, Fortaleza estabelecia-se enquanto centro urbano, o que também significava que seus problemas citadinos se tornavam visíveis. As epidemias eram constantes, atingindo principalmente a população pobre, na qual, muitos residiam debaixo de árvores ou nos arrabaldes. O Dr. João Marinho de Andrade, responsável pela higiene pública da capital cearense, reclamava do ininterrupto aumento da população, pelo fato dela ser desorganizada e geradora de males diversos¹.

Em 1893, o Dr João Marinho havia avisado que

O nosso serviço de vacinação é defficiente e imperfeito visto como havemos lympha vaccinica da capital federal ou do exterior, e esta que nos é remettida nem sempre é proveitosa, si bem que venha com o cunho de garantida e excellentē².

O governo provinciano, então, não tinha condições de organizar o cuidado dos corpos e da saúde. Mesmo que se organizassem para ter pessoas e estrutura, os equipamentos

-
- 1 (Biblioteca Pública Menezes Pimentel- setor de microfilmagem) Relatório que o Secretario Interino dos Negocios do Interior Bacharel Thomas Pompeu Accioly apresenta ao Exm Sr. Presidente do Estado, 1894, P. 71.
 - 2 (BPMP- setor de microfilmagem) Relatório que o Secretario Interino dos Negocios do Interior, Antonio Salles apresenta ao Exm Sr. Presidente do Estado, 1893, P. 37.

não atendiam as expectativas, pois não suportavam o transporte até as províncias do norte (oriundas do Rio de Janeiro). As condições apresentadas pela Secretaria Interina dos Negócios do Interior demonstravam que a população não era inoculada, proliferando as doenças na região.

Segundo o médico citado acima, 40% da população, entre crianças e adultos, ainda não tinham sido vacinados. O serviço de higiene pública não tinha estrutura alguma para montar um Sistema de Vacinação sobre a cidade. Na verdade, a Inspetoria de Higiene não tinha sequer um prédio para realizar suas atividades³.

Ainda piorava a situação para o Dr. João Marinho o fato da população se negar a ser vacinada. Afirmava o médico:

Nestas condições, sujeitos a tentativas experimentaes, somos forçados a aproveitar como o maior escrupulo a lympha humana reproductiva, estabelecendo a vaccinação de braço a braço, e com que dificuldades e embaraços lutamos para bem applical-a e melhor colhel-a, tal é repugnancia dos poucos que a isto se prestam!⁴

Mostrando que muito do discurso articulado por aquela elite política e intelectual não se tornava prática.

Ao arrolar os Relatórios dos Presidentes da Província do Ceará, nos oitocentos, percebe-se ampla discussão acerca da organização da higiene urbana. Para entender as ações cotidianas dos trabalhadores das ruas (informais) é necessário entender o que enfrentavam diariamente. No caso, em primeira instância, o modo como era pensado e articulado à salubridade de Fortaleza; a maneira como os médicos olhavam para a cidade; como a população agia diante da disciplinarização do corpo e do espaço em meio à realização de seus trabalhos. (FOUCAULT, 2011)

O objetivo desta pesquisa é analisar a forma como a população pobre e trabalhadora informal, na cidade de Fortaleza, no final do século XIX, vivia, trabalhava e se relacionava com os dispositivos normativos (políticos, filosóficos, econômicos e higiênicos). O papel da recente República, naquele momento, era intensificar o discurso da centralização do poder. Por outro lado, não conseguir estabelecer os mecanismos necessários para o funcionamento da coisa pública.

Era objetivo do poder público cearense manter a assepsia dos espaços e dos corpos. As ruas deveriam permanecer limpas; os produtos alimentícios deveriam ter boa procedência, para tal, seria fiscalizado pela Intendência Municipal; os trabalhadores obedeceriam aos

3 (BPMP- setor de microfilmagem) Relatório que o Secretario Interino dos Negocios do Interior Bacharel Thomas Pompeu Accioly apresenta ao Exm Sr. Presidente do Estado, 1895, P. 66.

4 (BPMP- setor de microfilmagem) Relatório, 1894. Op. Cit., P. 71.

preceitos médicos no espaço público; tudo isto respeitando as Posturas Municipais da época. Sobre estas questões afirma Sebastião Ponte, no livro *Fortaleza belle époque*:

Se tais prescrições foram ou não de fato cumpridas, é difícil saber. Entretanto, importa perceber que estas determinações municipais desvelam a vigência de um saber que cada vez mais vigia a cidade e povo em seus menores detalhes. Denotando imensa vontade de desodorizar o espaço urbano e modificar hábitos da população, aqueles enunciados certamente acabavam por produzir efeitos de verdade e de poder que foram operando, mesmo que fragmentariamente codificações reguladoras no interior da relação recíproca habitante-cidade (PONTE, 1993, 81).

Fortaleza, para Ponte, ganhava junto com o crescimento urbano a disciplina e controle sobre a população. Novos costumes foram implementados em detrimento dos antigos, considerados, agora, nocivos à saúde e ao bem comum. Era a “modernização” batendo na porta dos fortalezenses.

Sebastião Ponte discute as reformas urbanas ocorridas na capital cearense no período de 1860 até 1930, apontando transformações que representavam o “aformoseamento” da cidade e a incessante luta que a elite política travava contra a população pobre para tornar a cidade “civilizada” através da disciplina dos corpos.

O livro de Sebastião Ponte aponta alguns trabalhadores das ruas, descrevendo um pouco de seus “misteres”, levantando o véu que esconde o universo dos trabalhadores informais da cidade de Fortaleza, dialogando o papel destes diante do discurso de médicos e sanitaristas, os quais aplicavam seus olhares sobre as trajetórias dos carregadores e vendedores ambulantes na capital cearense (PONTE, 1993, 56).

Avançando o olhar sobre outras fontes foi percebido, entretanto, que a “modernização” de Fortaleza não alcançava, muitas vezes, a todos os espaços da cidade. Nos arrabaldes, por exemplo, o controle sanitário não tinha sido implantado. De acordo com as Atas da Câmara Municipal de Fortaleza, os fiscais não conseguiam impor a ordem no Matadouro Público.

Os fiscais do Matadouro Público tentavam impedir que o *gado vacuum* fosse abatido fora do local determinado, bem como vendido longe do mercado municipal ou dos açougues licenciados. Todavia, os populares impediam que os fiscais cumprissem suas obrigações. O intendente se via obrigado a pedir a presença dos guardas cívicos no local para protegerem os fiscais⁵. No que diz respeito à área relativa à “circunscrição urbana” a situação não era muito diferente. Os fiscais não conseguiam cumprir as normas:

5 (Arquivo Público do Estado do Ceará) Atas de Correspondência. Intendencia Municipal, Fortaleza, 25 de setembro de 1906, nº 788.

Por toda a cidade, com violação patente da lei municipal, por cujo cumprimento cabe também velar a força pública, a cada passo se encontra mercadores ambulantes de carne de gado, sem que tinham satisfeito as exigências legais, procurando ao contrário subtrahirem-se á acção fiscal com o emprego de meios violentos que por seu termo reclamam a coacção da força pública (THEOPHILO, 1997, 21).

Com a pesquisa, surgiu uma série de indícios sobre trabalhadores pobres e livres na capital cearense. Eram em sua maioria trabalhadores das ruas, os quais não tinham local fixo de trabalho. Ora estavam nas ruas, se colocavam nas praças, dirigiam-se para o Matadouro Público, estavam nas feiras, desciam a rampa da Santa Casa de Misericórdia, ou mesmo prestavam pequenos serviços para as residências, nas ruas principais de Fortaleza.

Os trabalhadores das ruas, em sua maioria, não praticavam apenas um “mister”, isto era relativo às necessidades urbanas e a forma como percebiam estas necessidades. Em momentos de seca e epidemias, muitos se tornavam carregadores de cadáveres, empregando-se temporariamente na Santa Casa. Pelas dificuldades que Fortaleza passava no período de seca, os poderes públicos se viam a mercê dos trabalhadores ambulantes, que determinavam o próprio preço e a hora de trabalho, pois a Câmara Municipal não tinha meios para concretizar o controle sobre este comércio (THEOPHILO, 1997, 21).

Em períodos de abundância, os ambulantes dividiam-se em diversos afazeres, muitos se tornavam vendedores de carne verde (carne fresca), aguadeiros, vendedores de frutas, acrobatas e “quimoeiros”⁶. Outros eram pedintes, batendo nas portas das casas mostrando as chagas deixadas pela varíola.

A leitura das fontes provinciais do período republicano suscitou várias indagações, tornando o assunto complexo e interessante: Quem eram estes trabalhadores das ruas? Como realizavam seus “mistres” numa cidade que a elite política e intelectual queria limpa e controlada? Como pensar em trabalho informal num momento que se desenvolvia na capital cearense um mercado forte, homogêneo e formal, transformando-a em hegemônica diante de outras cidades cearenses? Como estes trabalhadores se relacionavam com seus fregueses?

Desta forma, para o desenvolvimento metodológico do referido artigo foi utilizada a pesquisa bibliográfica, além do levantamento de dados da época, por meio da leitura e análise das fontes primárias (Relatório do Secretario Interino dos Negócios do Interior da Província do Ceará, Atas de Correspondência da Intendência Municipal da cidade de Fortaleza, Atas de Correspondência do Paço Municipal da cidade de Fortaleza); fontes secundárias (Código de Posturas da Cidade de Fortaleza); e livros de crônicas e memórias da cidade de Fortaleza.

⁶ Termo designado para aqueles que transportavam o quimo – resultado do quilo (alimento digerido).

2. Fortaleza entre o Trabalho Informal e a Política

O livro *A multidão e a história*, de Frederico de Castro Neves, estuda os movimentos de massas organizados pelos retirantes, os quais buscavam abrigo junto ao Estado nos momentos de seca, entendendo o significado do saque como uma manifestação política, organizada e gerenciada pelos retirantes, quando acreditavam que o poder público deveria assegurar-lhes a sobrevivência durante as secas, substituindo as práticas da “caridade pública” (NEVES, 2000, 50).

Pela necessidade em problematizar os diversos vestígios deixados pela documentação, uma análise sobre a discussão de cidade em muito acrescentaria o debate sobre o cotidiano dos trabalhadores das ruas, permitindo compreender a complexa teia das relações sociais na qual estes sujeitos estavam inseridos. Entender a tensa relação entre trabalho popular e política não é novidade, na história, nem na filosofia do direito. Os estudos sobre Sócrates apontam suas discussões acerca de como as elites políticas desacreditavam os populares, ou o saber popular (BITTAR; ALMEIDA, 2011, 99)

Atualmente existem pesquisas que problematizam a construção da seca enquanto pano de fundo para a compreensão dos movimentos sociais no nordeste brasileiro. Alguns estudiosos afirmam que a seca se torna o motivo único e indiscutível sobre a pobreza rural no semiárido. Diante desta afirmativa desaparece a possibilidade de observar a organização social fortalezense, em período de seca, como um campo permeado por conflitos entre as diferentes categorias sociais, no qual a seca vem no intuito de criar argumentos que favoreçam interesses específicos (NEVES, 2000, 15).

Ao se reafirmar o poder da seca diante dos homens, tem-se como consequência a fome, que leva as pessoas a cometerem as maiores atrocidades. Com este argumento fica claro que o homem se torna um mero instrumento de seu organismo, que, desesperado, perde o controle de sua mente, sendo obrigado a matar suas necessidades vitais, a qualquer custo.

Um destes custos poderiam ser os “degradantes” trabalhos das ruas, que de acordo com o discurso sanitário, deveria ser abolido dos centros urbanos. Mas não foram, porque existiam pessoas, que, levadas pela fome e pela “loucura”, precisavam sobreviver, realizando estes “mistérios”.

A questão é exatamente a visibilidade que a seca ganha dentro dos centros urbanos. Mais do que a falta d’água, a seca trouxe um exorbitante número de “emigrantes” para dentro de Fortaleza, a qual não esperava tamanha “invasão”. E aí se constituiu o maior problema das famílias abastadas de Fortaleza: receber os “esfaimados e andrajosos” num momento em que a cidade estava começando a sentir o gosto da “aventura civilizatória”. Ou seja, a seca, por si só, não se constitui enquanto problema social, afinal de contas,

Em termos de intensidade, duração, extensão ou mortalidade, no entanto, a seca de 1877 não se diferencia tanto de outros períodos de escassez, nem mesmo em termos de prejuízos econômicos (NEVES, 2000, 15).

Por conta destes deslocamentos realizados pelos moradores do interior do Ceará, foi possível compreender a visibilidade que os responsáveis pela organização pública passaram a ter. Porém, era legítimo para aquelas pessoas que o apoio, a proteção deveria ser fornecida pela força imperial, então, a saída seria se dirigir ao centro deste poder – no caso, a sede da província (NEVES, 2000, 42).

Ao mesmo tempo, devido a esta mobilidade crescente da população camponesa em busca da proteção estatal no espaço público da cidade, os períodos de escassez transformam-se em um problema social que afeta o conjunto da sociedade cearense e, portanto, ganha visibilidade social e espaço nas políticas oficiais. Assim, diante desse quadro, a seca de 1877 se apresenta como de gravíssimas proporções, fechando o ciclo dos períodos de escassez em que apenas se contabilizavam as perdas, se conjecturavam quanto às razões da irregularidade de chuvas e se lamentavam as mortes – a seca torna-se, a partir de então, um ‘fenômeno social’(NEVES, 2000, 47).

Durante a seca, muitos já estavam prestando algum tipo de serviço. Foram os próprios retirantes os responsáveis por levar os mortos por varíola para suas covas, trazendo também medo e repugnância para os moradores da cidade.

Quantas vezes as famílias chegando as janelas de suas casas, entravam horrorizadas porque deparavam com estes esquifes estendidos nas calçadas e ao lado os carregadores que excitados pelo alcool, descansavam da carga falando sem sem descanso (THEOPHILO, 1997, 13).

Na medida em que os anos passavam, foram construídos por parte das autoridades públicas e sanitárias longos discursos em nome da “moral”, da “saúde” e da “família” contra a prática “nociva” dos trabalhadores das ruas. Discursos estes que buscavam controlar, racionalizar e desinfetar os costumes de carregadores e vendedores ambulantes.

Em 1913, de acordo com o Código de Posturas, estes trabalhadores já não deveriam existir mais. Para o Presidente da Câmara, José Brasil de Mattos, para vender carne verde, por exemplo, era necessário ter

Atestado da autoridade ou de dois cidadãos qualificados do districto de sua reidencia, que abonem a sua conducta e atestado medico para provar que não estava doente por moléstias cutâneas ou contagiosas⁷.

7 CÓDIGO DE POSTURAS DE FORTALEZA. Fortaleza: Typ. Minerva, 1916, P. 13.

Ou seja, a partir da década de 1910, colocava-se em prática meios para que os trabalhadores das ruas fossem numerados e matriculados na Intendência Municipal. Os carregadores de cadáveres foram um dos primeiros, pois “na era do automóvel [depois de 1913] os corpos deveriam ser levados ‘por veículos a motor’” (MENEZES, 1938, 43).

O que não quer dizer, necessariamente, que os trabalhadores das ruas tenham desaparecido de Fortaleza. Pelo contrário, como antes, estes trabalhadores se adequaram – e ainda se adequam – as novas realidades vigentes. Como estavam entre um trabalho e outro, suprimindo um, sempre existia outro para fazer. Muitas vezes prestavam serviços domésticos, ou mesmo esmolavam pelas ruas.

No final da década de trinta, ainda existiam “antigos ‘gatos pingados’: João Cavallo, trabalhador de rua, Antonio Coelho, empregado na capatazia da alfandega, e o trabalhador de rua que atende pela alcunha de ‘capitão’” (MENEZES, 1938, 43).

A partir da década de 1910, outro momento ficou marcante, no qual as estratégias articuladas pelos poderes públicos ganhavam novas formas. Mas, por outro lado, também ganhava forma às táticas de resistências, a maleabilidade para fugir ou utilizar da nova realidade, mostrando a possibilidade de descortinar fragmentos do passado para compreender-se “modos de vida” de sujeitos que, de forma alguma, estavam fora daquela sociedade.

Para nortear as discussões referentes às categorias de análises aqui dispostas, é imprescindível a leitura de alguns historiadores que já problematizaram o universo do trabalho urbano no final do século XIX. Muito se tem produzido na historiografia destes últimos anos sobre a questão da pobreza urbana, apresentando, dentro de suas especificidades, os mecanismos aplicados pelos poderes públicos sobre a população pobre, ao mesmo passo que se tenta discutir as táticas de resistências destes que burlavam e contornavam autoridades políticas e sanitárias, fazendo e refazendo seus espaços de sobrevivência. Por esta razão, torna-se imprescindível uma análise sobre autores que auxiliam no estudo dos trabalhadores informais, construindo um diálogo, realizando apropriações de leituras e metodologias.

Dos trabalhos realizados sobre Fortaleza, no século XX, surgem diferentes leituras sobre as classes pobres e suas formas de organização. A dissertação de mestrado de Kênia Sousa Rios, *Isolamento e poder*, está permeada por discussões sobre o isolamento em Fortaleza, na seca de 1932, compreendendo os mecanismos de controle sobre os flagelados pelos poderes urbanos, na intenção de legitimar o discurso sobre a necessidade destes campos.

A partir de alguns problemas levantados por Kênia Rios, sobre a população pobre de Fortaleza, a qual adentrava mais e mais na capital cearense, “preocupando” e “assustando” autoridades médicas e sanitárias, se quer refletir os trabalhadores informais, que representam, neste texto, uma parcela significativa da população pobre que fugia e se escondia

dos olhares higienizadores, ao mesmo tempo em que viviam e trabalhavam nos principais *boulevards* (RIOS, 1998).

Com o trabalho de Maria Auxiliadora Lemenhe, *As razões de uma cidade*, no qual ela faz um estudo sobre o fenômeno da construção da cidade de Fortaleza enquanto polo econômico dos oitocentos demonstra o crescimento da capital do estado na perspectiva da “cidade-empório”, estudando a hegemonia que a urbe passou a ter, principalmente depois da independência do Brasil, graças à exportação do algodão e a sistematização do império em organizar administrativamente a sede do poder cearense (LEMENHE, 1991, 18).

O livro de Auxiliadora Lemenhe observa o crescimento e a estruturação do mercado no Brasil, em geral, e o de Fortaleza, em particular, mostrando a força que o “capitalismo mercantil” tinha, exigindo uma maior disciplinarização do trabalho. Com isso, surge o espaço para o diálogo com as teias do comércio paralelo de, por exemplo, aguadeiros e vendedores ambulantes de carne, frutas e doces, tentando entender como os trabalhadores informais executavam suas tarefas em uma cidade que cada vez mais era sistematizada e organizada pelo mercado externo.

O trabalho de Marta Emísia Barbosa, *Cidade na contramão*, faz um estudo sobre os mecanismos de controle dos poderes públicos para disciplinarem – a partir do discurso da moral – a população pobre e seus comportamentos em Fortaleza, nas primeiras décadas do século XX. O diálogo com Marta Emísia é construído no intuito de compreender a teia de relações sociais das classes menos favorecidas, percebidas através das documentações analisadas pela autora, como: processos crimes, livros de queixas, rol de culpados e relatórios de polícia, as quais são ricas em indícios do dia a dia da população pobre, seus conflitos com guardas, com outros vendedores e com o saber médico, demonstrando que a moral era um norte para coagir práticas consideradas pelas autoridades médicas e policiais como “desviantes” (BARBOSA, 1996).

Ao construir o diálogo com trabalhos que analisam as especificidades do cotidiano da pobreza urbana em outras metrópoles brasileiras, surge a oportunidade em estabelecer uma discussão com Maria Odila Leite da Silva Dias, no livro *Quotidiano e poder*, o qual, como afirma a própria historiadora sobre seu trabalho

É uma contribuição para o conhecimento dos papéis histórico de mulheres das classes oprimidas, livres, escravas, e forras, no processo de urbanização incipiente da cidade de São Paulo, entre fins do século XVII e as vésperas da abolição; não me refiro a papéis sociais normativos e prescritos, mas as mediações sociais continuamente improvisados no processo global de tensões e conflitos, que compõem a organização das relações de produção, o sistema de dominação e de estruturação do poder (DIAS, 1984, 07).

Dias abre espaço, principalmente, para duas questões referentes ao tema aqui proposto: primeiro, o fato da autora adentrar no universo do trabalho informal compreendendo uma estrutura social, na qual fica em destaque o papel da mulher pobre, livre ou escrava, realizando diversos “misteres” na cidade de São Paulo, no decorrer do século XIX.

Essa leitura, trazida para as especificidades espaço temporais de Fortaleza, em fins do século XIX, discute o fato da documentação pouco indicar as mulheres trabalhando e sobrevivendo nas ruas. Percebe-se assim, que não deve ser estudada com naturalidade a construção do trabalho como papel exclusivo de homens. Surge, neste momento, uma indagação: no caso da capital cearense, no final dos oitocentos, não existiram mulheres realizando trabalhos informais, ou não registraram as mulheres vendendo carne verde ou mesmo carregando cadáveres ou barris de quimoas?

A segunda questão seria o próprio fato de Dias reconhecer estas mulheres como trabalhadoras, pessoas que criavam e recriavam as práticas e formas de convivência de seus dias, em casa ou no trabalho. Pois, nas pesquisas que, geralmente, fazem apenas algumas citações sobre os carregadores e vendedores ambulantes em Fortaleza não são dados àquelas pessoas o tratamento de trabalhadores, mesmo que a documentação permita esta compreensão.

Para alguns historiadores do Ceará transparece a ideia que a informalidade de alguns trabalhos deva ser considerada muito mais “transgressão” do que “trabalho”. Para este artigo não deve ser desconsiderado o caráter de transgressão dos “misteres”, pois as autoridades públicas criavam leis muito severas frente aos vendedores e carregadores ambulantes. Porém, como problematiza a historiadora, aqueles homens e mulheres criavam modos de viver que em muito ultrapassa o simples conceito de “transgressão”, pois suas análises enfocam uma realidade complexa e muito bem organizada por sujeitos construtores da história de seus dias.

Mas, a perspectiva retratada por Maria Odila Dias (1984) precisa ser enfatizada, pelo fato de se entender as práticas dos trabalhadores das ruas como algo muito mais abrangente do que os conceitos construídos pelas autoridades políticas fortalezenses.

Se se estudar a elaboração deste discurso disciplinador, enfocando outras documentações das quais transparecem a visão dos trabalhadores informais como realizadores de pequenos ofícios vem à tona a possibilidade de analisar as tessituras de um cotidiano multifacetado em discursos e práticas diversas, trazendo à luz elementos constitutivos da sociedade, política e economia fortalezense.

3. Políticas Públicas e o Espaço Urbano

Documentos oficiais, como Atas de Correspondência da cidade de Fortaleza ajudaram a problematizar os embates entre os trabalhadores das ruas e os guardas fiscais e

municipais da Intendência, apontando momentos em que a lei era estabelecida ou não. Ao mesmo passo, tenta-se compreender de que maneiras os guardas, fiscais e soldados do exército interagiam com a cidade para a manutenção ou quebra da ordem e do sossego público.

Ao observar as atitudes e posturas de guardas e fiscais nas ruas, para compreender a política que estavam tentando implantar, considerou-se pertinente o levantamento dos Códigos de Posturas da Câmara Municipal, da década de 1910, existente na Biblioteca Dolor Barreiro, porque é entendido que os guardas da Câmara eram os representantes do poder público nas ruas.

O referido código faz-se importante por legitimar o controle destes policiais, dando-lhes poderes para agirem sobre a população pobre, buscando o modo pelo qual a Intendência da capital cearense legitimava o discurso de controle e coerção sobre os trabalhadores das ruas, através das leis e suas respectivas punições.

Adentrando nos textos dos Relatórios (1889-1915) – microfilmes pertencentes à Biblioteca pública Menezes Pimentel – ficou perceptível que, quanto mais era valorizada a necessidade em aformosear a capital cearense, mais era importante esconder as marcas do “atraso” daquela cidade. Assim, para os presidentes do estado do Ceará, os carregadores e vendedores ambulantes espalhados por toda a cidade simbolizavam as marcas da “sujeira”, do “atraso”, do “feio” e da “doença”.

Com o exame de algumas obras de época, foi possível analisar a imagem construída, por memorialistas, dos trabalhadores das ruas a partir do epíteto depreciativo do “tipo popular”. Otacílio de Azevedo, memorialista que chega à cidade de Fortaleza em 1910, vindo de Redenção – interior do Ceará, escreveu em seu livro *Fortaleza descalça; reminiscências* sobre os quimoeiros de Fortaleza, tecendo seu juízo de valor sobre a aparência e os “tristes misteres” que realizavam (AZEVEDO, 1980).

Ao escrever sobre os carregadores de quimoa, o memorialista insere esse assunto no capítulo intitulado *A Cidade e as lembranças*. Primeiramente, Otacílio de Azevedo separa o quimoeiro Pisa Macio da imagem do “tipo popular”, dando a entender que sua visão convergia na associação entre quimoeiro e trabalhador. Todavia, ao analisar a sua descrição com o artigo seguinte, *Tipos curiosos*, encontra-se Tostão, outro quimoeiro. Neste momento, Azevedo não dedica suas linhas ao “mister”, mas ao jeito de ser, esmolar e chamar a atenção.

O que ocorre é que a imagem que os quimoeiros tinham – a de um trabalhador – passa a ser a imagem de um “louco”, pela necessidade de retirar aquela prática das ruas e pelo fato de ter nas ruas da capital da província alguém que realizasse o ofício de carregar barris com materiais fecais.

Ou seja, o autor descaracteriza a condição do trabalho. Demonstra dificuldades de entender, ou aceitar, que o trabalho de rua, informal, de alguma maneira está atrelado ao desenvolvimento da economia local. Pelo fato das autoridades tentarem, a todo custo, garantir a assepsia da cidade, o autor trata de menosprezar os trabalhadores, e não o aviltante trabalho exercido pelos quimoeiros.

Rodolpho Theophilo, farmacêutico e higienista que, de 1900 até 1904, imunizou – sem apoio do Estado – parte considerável da população de Fortaleza contra a varíola, escreveu *Variola e vacinação no Ceará*. Em seu trabalho o autor lançou um olhar higienista sobre os carregadores de cadáveres de variolosos durante a seca, informando o quanto era degradante para os moradores assistir o transporte dos mortos. Theophilo associou aos trabalhadores das ruas a imagem do “sujo” e do “atraso” por causa da maneira que estes homens realizavam seus ofícios, em meio a um período de epidemia (THEOPHILO, 1997).

Por outro lado, mesmo com os comentários carregados de preconceitos e estereótipos sobre os trabalhadores informais, o autor revela particularidades, bem como saberes sobre o transporte e enterramento dos defuntos, apresentando, muitas vezes, que os carregadores não recebiam nenhum tipo de apoio – nem financeiro, nem material – para executarem o “mister”, revelando os saberes que aquelas pessoas utilizavam para concluir o serviço, suas poções e remédios caseiros, seus líquidos para amenizar dores, odores e doenças.

O cronista Raimundo de Menezes, no trabalho intitulado *Coisas que o tempo levou... (crônicas históricas da Fortaleza antiga)*, também faz o mesmo que Otacílio de Azevedo. A diferença é que Menezes enfatiza seu discurso sobre os “gatos pingados”. Ambos retratam momentos importantes para este texto, não somente por destacarem o “mister” dos trabalhadores informais, mas por deixarem claro a relação entre estes trabalhadores, o risível e o “atraso”, demonstrando que a piada, escrita pelos memorialistas serviria muito mais para moralizar os trabalhadores e aqueles que liam as crônicas, do que revelar particularidades engraçadas e desprezíveis sobre a memória fortalezense (MENEZES, 1938).

Já Gustavo Barroso, no livro *Memórias de Gustavo Barroso*, segue outros caminhos – escrito em 1939, intitulando o capítulo que descreve acerca dos quimoeiros da cidade de Fortaleza de *Tipos de rua*. Sendo que, a maior parte de texto escreve sobre a vida de Romão⁸, sua família, sua alimentação e o seu “triste fim” (BARROSO, 1989).

O autor diferencia-se também por demonstrar o conflito entre policiais que agrediram e prenderam Sabão Mole – outro quimoeiro – deixando visível a rede de conflitos

8 Um quimoeiro, ex-escravo, casado, com filhas, que perambulava pelas ruas de Fortaleza, oferecendo seus serviços aos diferentes residentes da capital cearense.

que permeavam o dia a dia dos trabalhadores comuns. De modo geral, os memorialistas de Fortaleza citam algumas passagens dos carregadores e vendedores ambulantes nas ruas do centro da cidade, transmitindo junto com as notícias sobre aqueles homens e mulheres o sentimento de compaixão e caridade.

Ao analisar o estereótipo do “tipo popular” e as imagens construídas ao redor dos trabalhadores das ruas, percebem-se mudanças significativas nos valores sociais que são impostos pelo Estado, resultando na visibilidade que este órgão dá aos trabalhadores informais, descrevendo e criticando a presença daqueles em seus documentos.

Em um período anterior a seca de 1877-79 os trabalhadores informais não pareciam ser um problema significativo para os poderes públicos, nem mesmo os costumes mais corriqueiros tinham-se transformado em problema de higiene. Em um primeiro momento, era comum na cidade de Fortaleza levar o cadáver em uma rede até a Igreja, carregar águas em canecos, despejar as imundícies nas ruas ou na praia. Depois da seca de 1877, leis surgiram no intuito de proibir o “desfile” dos trabalhadores informais pelas ruas principais do centro.

Para compreender a dinâmica do trabalho das ruas, dentro da perspectiva cultural, política e econômica, foi necessário recuar no tempo. Ao chegar à seca de 1877-79 novos indícios apareceram. O que mais chamava a atenção do intendente – com relação à limpeza da cidade – era o lixo espalhado:

Cumprir declarar a V. Ex. que forão dadas as ordens convenientes para serem removidos os esterquilinos(sic) existentes (...) bem como se tomarão desde logo as medidas convenientes para que não se repita o abuso de amontoar lixo e entulhos em outros logares que não sejam os designados por esta municipalidade⁹.

Pedia-se, de acordo com o documento, a urgência em colocar sentinelas nos locais mais sujos para impedir a proliferação do lixo. Todavia, o discurso não se direcionava a um grupo específico. Eram sempre “a população” os responsáveis pela sujeira na cidade.

Com a vinda da seca, Fortaleza sofreu súbitas transformações. De acordo com Frederico Neves:

A ‘grande seca’ de 1877 – ou a ‘seca-tipo’, como preferia Rodolpho Theophilo, seu grande cronista – trouxe a presença impactante de multidões de retirantes, esfaimados e andrajosos a implorar por ajuda, ‘contaminando’ a cidade com sua miséria explícita, suas doenças, seus ‘vícios’, sua fome, seus crimes e sua ofensiva ameaça à civilização. A vida urbana passa a ser o cenário privilegiado do drama da seca (NEVES, 2000, 25).

9 (APEC) Ata de Correspondência. Paço da Camara Municipal da Cidade da Fortaleza, em Sessão Ordinária de 21 de julho de 1871, nº 21.

As pessoas, naquele momento, passavam a ser o problema. A população da cidade cresceu substancialmente. O que incomodava as elites políticas, sanitárias e intelectuais não era apenas a chegada dos retirantes – o que foi o suficiente para o caos na cidade – mas a chegada de uma leva maciça de pessoas, doentes, famintas e desesperadas por socorro. Pessoas que se alojavam embaixo de árvores, nas praças, encostados nos edifícios, na Santa Casa e nas Igrejas. De várias maneiras o poder público tentava dar moradia e trabalho, mas que não chegava a ser o suficiente. Muitos acabaram por se dirigirem para as periferias, construindo suas casas e ali residindo enquanto realizavam na cidade diversos trabalhos, durante o dia e a noite.

4. Conclusões

Desde 1877 e por anos a fio, Fortaleza viu de perto a morte, a miséria e o medo. Os fortalezenses tiveram de conviver com uma presença mais ostensiva do grupo social: os trabalhadores das ruas, espalhados por toda a cidade, dentro e fora da circunscrição urbana. Entretanto, nem só de medo viviam os moradores de Fortaleza (CAMINHA, 1973).

Se trabalhadores das ruas batiam de porta em porta, isto significava dizer que eles estavam ali, convivendo com a população. Os trabalhadores das ruas vendiam os produtos alimentícios nas praças, gritando seus pregões; estavam em frente ao banco Gentil, com seus tabuleiros, vendendo quitutes; realizavam pequenos serviços domésticos; levavam seus mortos até o cemitério – sempre pela rua das flores.

Com os indícios apresentados pelas fontes documentais, é possível delinear uma cartografia da cidade que permite ter uma noção por onde, como e quando os trabalhadores informais utilizavam a cidade. Compreender as formas pelas quais ocorriam os confrontos com a guarda municipal, em embates – físicos, muitas vezes – demonstra que a lei não era obedecida.

Os vendedores de carne verde, por exemplo, não passavam seus produtos pela inspeção dos médicos da Intendência (medida exigida pelo Código de Postura), o que acarretava a baixa do preço. Desta forma, os preços da carne verde vendida nos açougues, dentro do Mercado Público, eram sempre mais caros, obrigando parte considerável da população comprar com os vendedores de porta em porta.

Por último, os trabalhadores eram tidos como motivo de risos e brincadeiras por parte da população, isto significa dizer que este espaço é propício para a construção do estereótipo do “tipo popular”, destacado como imagem do risível e do negativo. A imagem do “tipo” ganha duas faces em uma mesma moeda: a irreverência do seu jeito de vestir e falar e as marcas da pobreza e da loucura. Deste modo, surge a oportunidade de problematizar as formas pelas quais os trabalhadores de ruas burlavam as normas e enganavam seus adversários sem perder seus fregueses e ouvintes.

Segundo a documentação utilizada, principalmente através dos memorialistas, é perceptível toda uma articulação de homens e mulheres que, através do riso e da piada, conquistavam sua clientela. Por outro lado, não é descartada a análise sobre as caricaturas descritas pelos cronistas sobre estes trabalhadores. Discute-se o papel destas imagens construídas dentro de uma sociedade que estreitava a relação entre pobreza, doença e loucura, no intuito de edificar o estereotipo do antimodelo de cidadão fortalezense. O papel do pensamento filosófico é compreender os significados político e normativo do riso, do escárnio e da caricatura sobre o outro (BERGSON, 1987).

Enfim, observou-se neste texto “aspectos informais do nosso passado” (PINTO, 1994, 07), a movimentação das ruas, o vaivém de carregadores e vendedores ambulantes na cidade de Fortaleza, tenta-se compreender as táticas de sobrevivência de trabalhadores informais que estavam constantemente vigiados pela elite política e sanitária da capital cearense, elaborando posturas municipais e articulando o papel de guardas e fiscais para a implantação da ordem e do sossego público, o que em dados momentos aconteciam e em outros não.

Concomitante a isso, compreender os costumes existentes na cidade de Fortaleza relacionado à limpeza das ruas, ao enterro de seus mortos, a elaboração das leis cidadinas e a rede informal de venda e trocas de produtos alimentícios, bem como refletir estes costumes frente aos novos valores que foram trazidos para a capital cearense, ditando novos costumes e maneiras de tratamento do corpo e do trabalho, tidas pelas autoridades e pelas elites de Fortaleza como práticas “feias” e “risíveis”, se faz necessário. Não apenas para entender o passado. Mas, principalmente, para entender o motivo das estruturas políticas, que também são ideológicas, em quererem, substancialmente, legislar o corpo e a mente.

5. Referências

- AZEVEDO, Otacílio de. *Fortaleza descalça*; reminiscências. Fortaleza: Edições UFC/PMF, 1980. (Col. José de Alencar, 3)
- BARBOSA, Marta Emisia Jacinto. *Cidade na contramão*: Fortaleza nas primeiras décadas do século XX. Dissertação de Mestrado: PUC/SP, 1996.
- BARROSO, Gustavo. *Memórias de Gustavo Barroso*. Fortaleza: Governo do Estado do Ceará, 1989.
- BERGSON, Henri. *O riso*; ensaio sobre a significação do cômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.
- BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2011.

- CAMINHA, Adolfo. *A normalista*. São Paulo: Três Editoras, 1973 (Col. Obras Imortais de Nossa Literatura, 9).
- DIAS, Maria Odila Leite da Silva. *Quotidiano e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- VEIGA-NETO, Alfredo. *Foucault – Filosofia e política*. Rio de Janeiro: Autêntica, 2011.
- LEMENHE, Maria Auxiliadora. *As razões de uma cidade: Conflito de hegemonias*. Fortaleza: Stylus Comunicações, 1991.
- MENEZES, Raimundo de. *Coisas que o tempo levou...* (Crônicas históricas da Fortaleza antiga). Fortaleza: Edésio Editor, 1938.
- NEVES, Frederico de Castro. *A multidão e a história: saques e outras ações de massas no Ceará*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- PINTO, Maria Inez Borges. *Cotidiano e sobrevivência: a vida do trabalhador pobre na cidade de São Paulo, 1890-1914*. São Paulo: Edusp, 1994.
- PONTE, Sebastião Rogério. *Fortaleza belle époque: reformas urbanas e controle social (1860-1930)*. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha/Multgraf Editora, 1993.
- RIOS, Kênia Sousa. *Isolamento e poder: Fortaleza e os campos de concentração na seca de 1932*. Dissertação de Mestrado em História Social. São Paulo: PUC/SP, 1998.
- THEOPHILO, Rodolpho. *Variola e vacinação no Ceará*. – Ed. Fac-sim. Fortaleza: Fundação Waldemar Alcântara, 1997.

PROPORCIONALIDADE IMPURA: O TRANSPLANTE DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE À MODA BRASILEIRA

LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI

Possui Pós-Doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Granada (Espanha). Doutor em Direito do Estado e Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) nos cursos de Graduação e Pós-Graduação.
E-mail: luiz.cademartori@gmail.com

EDUARDO DE CARVALHO RÊGO

Doutorando em Direito, Política e Sociedade e Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Filosofia do Direito no Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC).
E-mail: eduardorego@gmail.com

Resumo

Razoabilidade e proporcionalidade são conceitos jurídicos historicamente desenvolvidos nos Estados Unidos da América e na Alemanha, respectivamente. No Brasil, ambos os institutos foram importados e incorporados ao ordenamento sob a denominação majoritária de princípio da proporcionalidade. Não sendo necessariamente sinônimos, a condensação da razoabilidade e da proporcionalidade em apenas um postulado certamente traz problemas ao intérprete e ao aplicador da lei. Para piorar, e utilizando a ideia de “transplante jurídico” desenvolvida pelo jurista colombiano Diego López Medina em sua *Teoría Impura del Derecho*, o transplante descontextualizado dos institutos desenvolvidos nos “sítios de produção” norte-americano e alemão acabou dando origem, em terras brasileiras, a uma espécie de *proporcionalidade impura*, que ignora quase completamente o contexto histórico e jurídico por trás dos institutos em que buscou inspiração. Simplesmente congregando a “fórmula mágica” (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) desenvolvida pelo Direito alemão com a noção de “bom senso” e “justa medida” consagrada no Direito anglo-saxão, criou-se no Brasil o princípio constitucional implícito da proporcionalidade. Como efeito de sua rápida popularização entre os juristas, o princípio acabou se tornando uma espécie de panaceia – remédio contra todos os males jurídicos – a ser utilizada pelo poder Judiciário brasileiro sobretudo contra as normas

jurídicas produzidas pelo poder Legislativo e que sejam consideradas inoportunas ou inconvenientes: na verdade, com a proporcionalidade, o controle de constitucionalidade de normas ficou relegado ao alvedrio do Supremo Tribunal Federal e demais magistrados de níveis inferiores.

Palavras-chave

Proporcionalidade; Razoabilidade; Transplante; Teoria impura do Direito; Controle de constitucionalidade.

Resumen

Razonabilidad y proporcionalidad son conceptos jurídicos desarrollados históricamente en los Estados Unidos y Alemania, respectivamente. En Brasil, los dos institutos fueron importados e incorporados al sistema jurídico con la denominación mayoritaria de principio de proporcionalidad. No necesariamente sinónimos, la condensación de razonabilidad y proporcionalidad en tan sólo un postulado jurídico sin duda trae problemas al intérprete y el agente de la ley. Para empeorar las cosas, y utilizando la idea de “trasplante jurídico” desarrollada por el jurista colombiano Diego López Medina en su *Teoría Impura del Derecho*, el trasplante descontextualizado de los institutos desarrollados en los “centros de producción” estadounidenses y alemanes terminaron por dar a luz, en suelo brasileño, una especie de *proporcionalidad impura*, ignorando casi por completo el contexto histórico y legal detrás de las instituciones que se inspiraron. Simplemente usando la “fórmula mágica” (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), desarrollada por el derecho alemán con la noción de “sentido común” y “justa medida” consagrada en el derecho anglosajón, se creó en Brasil el principio constitucional implícito de proporcionalidad. Como efecto de su rápida popularización entre los abogados, el principio resultó ser una especie de panacea – remedio contra todos los problemas legales – para ser utilizado por la justicia brasileña en especial contra las normas legales producidas por la legislatura, que se consideran inconvenientes: en efecto, con la proporcionalidad, el control de constitucionalidad fue relegado a la discreción de la Corte Suprema brasileña y demás jueces de los niveles más bajos.

Palabras clave

Proporcionalidad; Razonabilidad; Trasplante; Teoría impura del Derecho; Control de constitucionalidad.

1. Introdução

Protagonista do ordenamento jurídico de uma nação, a constituição pode ser definida, sob um certo ponto de vista, como o conjunto de normas (regras e princípios)

norteadoras das atividades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Estado Democrático de Direito, tudo se faz a partir da constituição e absolutamente nada contra ela. Tanto é assim que o constitucionalismo moderno consagrou em seu favor um relevante instrumento garantidor de sua supremacia: o controle de constitucionalidade de normas.

É célebre a discussão travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o legítimo guardião da constituição. Para Kelsen, o controle de constitucionalidade de normas deveria ser exercido por um tribunal constitucional, órgão independente do Parlamento, eis que não faria sentido o próprio órgão criador do ato tido por irregular ser o juiz de sua compatibilidade com a constituição (KELSEN, 2003, p. 150). Já Carl Schmitt entendia que o legítimo guardião da constituição deveria ser o chefe do poder Executivo, único detentor do chamado “poder neutro”, que lhe conferia não apenas a atribuição de proteger o Reich, como também a de defender a constituição (SCHMITT, 2007, p. 193-205).

Ao longo da história, a tese defendida por Hans Kelsen obteve maior sucesso, na medida em que, na grande maioria das democracias modernas, não se discute que o controle de constitucionalidade de normas é jurisdicional.

Por sinal, foi nos Estados Unidos da América que o controle jurisdicional de constitucionalidade de normas apareceu pela primeira vez, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte norte-americana no início do século XIX. Foi também nesse mesmo país que o princípio da razoabilidade se originou (a partir da cláusula do *substantive due process of law*) e se consolidou como parâmetro de controle da constitucionalidade de normas e demais atos jurídicos do poder público.

A razoabilidade norte-americana serviu para combater leis editadas pelo poder Legislativo estadunidense em detrimento das liberdades pessoais (de expressão, de religião, de privacidade, etc.), garantindo às minorias direitos básicos não necessariamente positivados (escritos) na Constituição.

Outro marco importante no constitucionalismo moderno foi a “descoberta” do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão. Fundamentado na necessidade de combater o chamado “excesso de poder legislativo”, o princípio da proporcionalidade foi também tratado pelo Direito alemão como parâmetro de controle de constitucionalidade dos atos e normas jurídicas.

A fórmula da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) foi utilizada, sobretudo, para combater as leis nazistas subsistentes no ordenamento jurídico alemão no segundo pós-guerra.

É perceptível que o desenvolvimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se deu em contextos bastante específicos, em que os Tribunais norte-americano e alemão, respectivamente, necessitavam agir em prol de determinados valores que eram

importantes para a sociedade da época, mas que haviam caído no esquecimento dos legisladores.

Ocorre que, ao importar tais institutos jurídicos, o Direito brasileiro desconsiderou o contexto em que eles foram produzidos, realizando algumas simplificações que verdadeiramente desnaturaram a razoabilidade e a proporcionalidade, convertendo-as, ademais, em simples instrumentos de poder em prol do Judiciário em sua constante tensão com os outros poderes.

O jusfilósofo colombiano Diego Eduardo López Medina explica que a importação de teorias norte-americanas e europeias é corrente na América Latina, salientando, ainda, que distorções como a acima citada são bastante comuns, a ponto de configurar uma espécie de tradição latino-americana: mais do que equívoco, as leituras atravessadas de teorias jurídicas estrangeiras sempre representaram a intenção dos países mais pobres de reinventar e/ou adaptar institutos jurídicos alienígenas às necessidades de nações em desenvolvimento.

Em síntese, o que se pretende demonstrar no presente trabalho é que o princípio brasileiro da proporcionalidade pouco tem a ver com a razoabilidade norte-americana ou mesmo com a proporcionalidade alemã: os juristas brasileiros manipularam esses institutos estrangeiros – criados num determinado contexto e para atender a uma determinada demanda – não necessariamente para conferir direitos ou garantir a supremacia da constituição, mas, sim, para simplificar o controle de constitucionalidade de normas e aumentar a subjetividade do julgador em temas que a Constituição reservou inicialmente ao Parlamento ou aos órgãos ligados ao poder Executivo. Assim é que, aplicando a “fórmula mágica” da proporcionalidade, o julgador legitima a sua ingerência em temas que constitucionalmente não seriam de sua alçada.

2. Por uma Leitura Contextualizada dos Institutos Jurídicos

É preciso conhecer a história por trás dos institutos jurídicos para poder entendê-los plenamente, em toda a sua extensão e complexidade. Não subsiste mais a clássica noção kelseniana de que o objeto de preocupação do jurista deva ser apenas o Direito formalmente positivado, aquele que é *dado* ou *conferido* pelo legislador aos cidadãos. Nesse sentido, não é demasiado afirmar que a boa interpretação jurídica não prescinde da necessária avaliação factual ou concreta das circunstâncias sociais que circundam um caso em apreço, como dado determinante na aplicação substancial dos direitos.

Não é possível falar de propriedade privada no Brasil, por exemplo, sem levar em consideração os processos de discussão ideológica e política que circundaram a tomada de decisões em torno do tema, assim como não é possível ignorar o contexto fático em que

se operou a adaptação do conceito para a noção de função social da propriedade privada, tal como prevista na Constituição Federal de 1988.

De igual modo, não se pode falar de direitos humanos como um *a priori* naturalmente existente, algo como uma dádiva conferida de pronto aos seres humanos, ignorando-se as incessantes lutas sociais por trás das conquistas de direitos. Como ressalta Joaquín Herrera Flores, “falar de direitos humanos é falar da *abertura de processos de luta pela dignidade humana*” (FLORES, 2009, p. 27).

O presente capítulo pretende analisar, ainda que brevemente, o contexto por trás da criação e difusão de dois dos princípios jurídicos *jusfundamentais* mais importantes para o Direito: o princípio da razoabilidade, desenvolvido nos Estados Unidos da América, e o princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha. O objetivo é vincular a sua ascensão e consolidação à realidade vivenciada à época em seus países de origem. Abordar quais as lutas sociais estavam em pauta no momento em que o Estado, por meio do Judiciário, resolveu interceder nas disputas, utilizando-se de mecanismos até então desconhecidos no mundo jurídico para fazer preponderar a ideia de justiça sobre a ideia de mera legalidade. Como se verá, razoabilidade e proporcionalidade foram produtos de necessidades específicas vivenciadas pela sociedade norte-americana e alemã dos séculos XIX e XX.

2.1. O Princípio Norte-Americano da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade foi originado e desenvolvido nos Estados Unidos da América. Os estudiosos relacionam sua origem à cláusula do *due process of law*, esta última originária da Inglaterra. Na dicção de Dirley da Cunha Júnior,

[...] a razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do *devido processo legal*, antigo instituto do direito anglo-saxão, que remonta à cláusula *law of the land* inscrita na *Magna Carta* de 1215. Esta garantia teve origem na Inglaterra, com um aspecto meramente formal (“*procedural due process*”, segundo o qual não é possível a condenação de alguém sem o devido processo legal) e se desenvolveu nos Estados Unidos com um aspecto muito mais substantivo ou material (“*substantive due process of law*”), para permitir ao Judiciário investigar o próprio mérito dos atos do poder público, a fim de verificar se esses atos são razoáveis, ou seja, se estão conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 221).

A transição do *procedural due process* – que buscava apenas garantir a marcha processual de acordo com as formas prescritas em lei, sem analisar o conteúdo em si dos atos produzidos pelo poder público – para o *substantive due process of law* – que buscou empreender análise de validade acerca da substância, isto é, do próprio mérito dos atos

jurídicos estatais – foi decisiva para a consolidação do princípio da razoabilidade no Direito norte-americano. Nessa mesma linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso assevera que,

De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral (BARROSO, 2008, p. 219).

Nos Estados Unidos, essa análise sobre a *razoabilidade* ou *racionalidade* das normas e dos atos jurídicos produzidos pelo poder público sempre foi realizada sem maiores critérios de avaliação pré-definidos. Ou seja, nunca houve uma fórmula pré-concebida a fim de auxiliar o intérprete ou o julgador na aferição da razoabilidade. A bem da verdade, o parâmetro para se medir a razoabilidade ou desarrazoabilidade de um ato estatal sempre foi a ideia comum de “bom senso”, “justa medida”, enfim, de “justiça”. Nesse mesmo sentido, Barroso assenta que, no contexto jurídico norte-americano, “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para se aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (BARROSO, 2008, p. 224).

Muitas vezes tendo como pano de fundo a cláusula do devido processo legal, a Suprema Corte norte-americana adentrou em discussões anteriormente relegadas ao poder Legislativo estadunidense. Fábio de Oliveira destaca:

Em *Mugler v. Kansas* (1877), a Corte indica fronteiras que devem ser cumpridas pela legislação sob pena de invalidação jurisdicional: relação conduta/fim e direitos fundamentais. No caso *Allegeyer v. Louisiana* (1897), o órgão de cúpula do Judiciário estadunidense, pela primeira vez, nulifica uma lei com base no devido processo e, assim, consagra a tomada da versão material da cláusula. Os estudiosos indicam o litígio entre *Lochner v. New York* (1905) como um símbolo deste período: a Suprema Corte decide ser inconstitucional lei que estipula a jornada máxima de trabalho em dez horas por dia (sessenta por semana) para os padeiros, pois tal norma vai de encontro com a considerada liberdade contratual entre empregador e empregado (OLIVEIRA, 2007, p. 84).

Como se vê, a razoabilidade norte-americana foi avançando de acordo com as demandas sociais que iam sendo levadas à Suprema Corte. Foi ali que a cláusula do devido processo legal substancial foi se convertendo, aos poucos, em aferição de razoabilidade de leis e atos jurídicos produzidos pelo Estado. Foi por essa via, da razoabilidade, que o Judiciário foi pautando a agenda política da nação, o que acabou por garantir a ele, em última análise, um certo protagonismo na tensão entre os poderes instituídos.

Luís Roberto Barroso exemplifica esse movimento do Judiciário norte-americano com os seguintes casos:

No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold vs. Connecticut* e *Roe vs. Wade*, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez (BARROSO, 2008, p. 222-223).

A Constituição norte-americana data de 1787, permanecendo em seus termos iniciais ainda hoje, com pouquíssimas emendas. Parece natural que, conforme a sociedade e seus anseios foram avançando, o Judiciário (aplicador da lei) tenha tido de reinventar a si mesmo e a própria constituição.

O que se quer dizer é que o movimento da sociedade norte-americana fez com que o Judiciário tivesse de intervir em algumas questões nevrálgicas da democracia dos Estados Unidos, sob pena de distanciar-se da vida real, relegando suas decisões ao plano teórico, sem qualquer possibilidade de adesão prática. Por exemplo: a decisão que declarou inconstitucional, por desarrazoada, a prescrição e o uso de pílulas anticoncepcionais certamente passou pela ponderação de que o Direito não poderia pretender criminalizar uma conduta amplamente praticada na sociedade.

Assim, a elaboração do princípio da razoabilidade – ou sua concepção hermenêutica de princípio constitucional implícito – visou atender a essa necessidade norte-americana de oxigenação de interpretações jurídicas estritamente formais sem o gravame de romper com a ordem constitucional vigente. Em suma, com a razoabilidade, o Judiciário dos Estados Unidos viu-se legitimado a expurgar do ordenamento jurídico normas consideradas injustas pela sociedade.

2.2. O Princípio Alemão da Proporcionalidade

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido na Alemanha em paralelo à ideia norte-americana de razoabilidade. Fábio de Oliveira explica que a noção do princípio “surge na Europa continental ligado à teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) por obra do Conselho de Estado da França (*Conséil D’État*)” (OLIVEIRA, 2007, p. 87). Porém, embora a teoria do desvio de poder tenha surgido na

França, não se pode negar que foi na Alemanha que a proporcionalidade ganhou seus contornos decisivos, convertendo-se verdadeiramente num princípio jurídico autônomo, conforme salientado por Leonardo Luiz Passafaro Júnior:

O princípio da proibição do excesso, ou da proporcionalidade, na sua feição atual, remonta-se ao último quarto do século XX. As idéias mais ou menos dispersas de proporção, de aversão pelo excesso, ou de necessidade encontram-se subjacente a ele, posto que muito antes de se cogitar a existência deste princípio já se verificavam indícios de uma idéia de proporcionalidade ou proibição do excesso. Tanto é que são atribuídos a Blackstone e Beccaria alguns trabalhos no sentido da formulação desses conceitos. Apesar disso, tem-se que as origens do princípio remontam-se à Antiguidade e não ao século XIX. De qualquer maneira, foi na Alemanha que essas idéias adquiriram fisionomia de um princípio jurídico consciente e autonomamente assumido (PASSAFARO JÚNIOR, 2009, p. 39).

Embora fosse possível identificar na doutrina alemã do segundo pós-guerra alguns relevantes estudos sobre a temática¹, foi verdadeiramente a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que a proporcionalidade se sedimentou “como princípio implícito à Lei Fundamental de Bonn” (OLIVEIRA, 2007, p. 87). Nesse particular, faz-se importante trazer à baila as considerações de Virgílio Afonso da Silva, tratando da proporcionalidade como regra hermenêutica a ser utilizada na ponderação de princípios, conforme o modelo de Alexy:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade (SILVA, 2002, p. 23-50).

A noção de proporcionalidade, em certo sentido, pode ser entendida como um aprimoramento da doutrina norte-americana da razoabilidade. Enquanto esta última estava ligada às ideias de “bom senso” e “justa medida”, a proporcionalidade foi pensada e

1 Fábio de Oliveira ressalta que, “no ano de 1955, Rupperecht von Krauss publica a primeira monografia oferecida exclusivamente para a análise do postulado. Em 1961, Peter Lerche propõe a nomenclatura *proibição de excesso (Ubersmassverbot)*” (OLIVEIRA, 2007, p. 87).

desenvolvida a partir de três sub elementos: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. A teoria foi assim sintetizada por Luís Roberto Barroso:

[...] dele [princípio da proporcionalidade] se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõem a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos (BARROSO, 2008, p. 229).

A “descoberta” do princípio da proporcionalidade enquanto norma constitucional não escrita² pelo Tribunal Constitucional alemão foi central na disputa de poder entre o Judiciário e os outros dois poderes estatais (Executivo e Legislativo), pois viabilizou a intromissão dele, Judiciário, em assuntos que, historicamente, nunca foram de sua alçada. Mais ainda, possibilitou que uma norma jurídica produzida no poder Legislativo fosse rejeitada com base na aplicação dessa espécie de “fórmula mágica” capaz de aniquilar leis tidas por “inconstitucionais”.

Mas essa “intromissão do Judiciário” – que, à primeira vista, parece ter sido realizada até mesmo de forma um pouco arbitrária – não pode ser entendida fora do contexto social e político pelo qual passava a Alemanha no segundo pós-guerra. Segundo Fábio de Oliveira, a ascensão do princípio da proporcionalidade teve bastante a ver com a necessidade identificada pelo Tribunal Constitucional alemão de superar as leis nazistas então em vigor:

A revolução progressista do princípio acontece após a II Guerra Mundial, impulsionada pela repulsa aos atos (inclusive legislativos) odiosos promovidos pelo nazi-fascismo. A proporcionalidade é alçada do Direito Administrativo para o Direito Constitucional. A Alemanha (ocidental) desempenha papel primaz no processo de constitucionalização e clarificação do princípio. Seu Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), ao lado de portentosa produção doutrinária, se dedica arduamente, com base na Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, ao reconhecimento normativo magno do paradigma da proporcionalidade (OLIVEIRA, 2007, p. 87).

De fato, com a derrota alemã na Segunda Guerra Mundial e a consequente queda do nazismo, o Tribunal Constitucional alemão se viu diante da necessidade de superar/invaliar todo um ordenamento jurídico produzido sobre uma lógica que já não mais atendia

2 Conforme explicado por Robert Alexy, a proporcionalidade “é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 118).

aos anseios sociais e políticos de então. Nesse sentido, pode-se afirmar que a adoção do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle de constitucionalidade de normas deve ser compreendida dentro desse contexto de reconstrução estatal pelo qual passava a Alemanha. Em outras palavras: o protagonismo assumido pelo Tribunal Constitucional alemão tinha por pano de fundo a necessidade social e política de romper com uma concepção política que admitia, em última análise, o assassinato de judeus mediante a utilização da câmara de gás e que, por isso mesmo, precisava ser expurgada de alguma maneira do Estado alemão.

3. *Teoria Impura do Direito: o Transplante Descontextualizado de Teorias Jurídicas*

O jusfilósofo colombiano Diego López Medina escreveu um livro intitulado *Teoría Impura del Derecho*, no qual desenvolveu a ideia de que o transplante descontextualizado de teorias jurídicas norte-americanas e europeias para a América Latina acabou provocando, historicamente, sensíveis distorções em clássicos institutos do Direito. A título de exemplo, López Medina relata que, enquanto na Europa e nos Estados Unidos as ideias de Hart e Dworkin sempre foram vistas como antagônicas, tendo gerado inclusive uma série de debates entre os dois autores, na Colômbia as duas teorias foram recepcionadas como se fossem aliadas em prol de uma crítica antiformalista³.

No primeiro capítulo de sua obra, López Medina chama a Teoria Clássica do Direito (*v.g.*, Kelsen, Hart, Dworkin, etc.) de “Teoria Transnacional do Direito”, ou TTD. Explica que a TTD, geralmente de origem europeia, é sempre produzida com pretensão universalizante e, por isso mesmo, redigida “em abstrato” ou “em tese”. Conclui dizendo que a TTD veicula “discursos abstratos de alcance global, que podem ser lidos, igualmente, por “pessoas do Japão, Gana, Grécia, Alemanha ou Colômbia” (MEDINA, 2013, p. 15).

Essa pretensão universalizante faz com que a TTD opere basicamente em dois âmbitos notoriamente distintos, conforme o local de sua produção. Nesse sentido, López Medina fala em duas importantes categorias, que são fundamentais para a compreensão de sua obra: os chamados “sítios de produção” e “sítios de recepção”. Sobre os sítios de produção, destaca o autor:

3 Assinala López Medina: “La ‘transplantabilidad’ de Hart y Dworkin se basaba en la creencia que se trataba de teorías antiformalistas de validez universal porque sus conclusiones se extraían a partir de la naturaleza ubicua del lenguaje y la argumentación jurídica. Estas características, seguía el argumento, son compartidas universalmente por todos los sistemas jurídicos. Por estas razones, se argumenta, el formalismo jurídico estricto dominante en la región era una teoría verificablemente errónea”, sobretudo porque, “la obra de Hart era un buen ejemplo de un cierto tipo de teoría altamente formalista” (MEDINA, 2013, p. 5, 13).

Um sítio de produção parece ser um meio especial onde se produzem discussões justeóricas com altos níveis de influência transnacional sobre a natureza e as políticas do direito. Os sítios de produção estão usualmente afincados nos círculos intelectuais e instituições académicas de Estados-nação centrais e prestigiosos. Por conseguinte, os países centrais geram os produtos mais difundidos de TTD, produtos que com o tempo circulam pela periferia, para finalmente, vir a constituir globalmente o cânone normatizado do campo (MEDINA, 2013, p. 16).⁴

Em uma palavra: sítios de produção são os locais em que as Teorias Transnacionais do Direito (TTD), vale dizer, as teorias jurídicas dominantes e universalizantes são produzidas. Grandes exemplos de sítios de produção são Estados Unidos e Europa.

Quanto à outra categoria, os chamados “sítios de recepção”, eis os comentários de Diego López Medina:

A outra face dos *sítios de produção* são os *sítios de recepção*. Dentro de um sítio de recepção, em geral, a justeoria ali produzida não tem a persuasão e a circulação ampla da TTD. Ao contrário, seria mais adequado falar de uma justeoria “local”, “regional”, “particular” ou “comparada” (MEDINA, 2013, p. 17).⁵

Os sítios de recepção são característicos dos países periféricos ou semiperiféricos. As teorias originalmente ali produzidas muitas vezes são tratadas como inferiores, ou de segunda categoria, não tendo a mesma adesão das TTDs. Grande exemplo de sítio de produção é a América Latina.

O autor da *Teoria Impura do Direito* explica que, além de não possuírem tradição na produção de teorias jurídicas, os juristas acabam convivendo em ambiente hermenêuticos pobres nos sítios de recepção, porque “o autor e seus leitores periféricos compartilham muito pouca informação contextual acerca das estruturas jurídicas subjacentes ou as conjunturas intelectuais específicas nas quais nasceu o discurso justeórico” (MEDINA, 2013, p. 17-18)⁶.

4 Tradução livre de “Un sitio de producción parece ser un medio especial en donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho. Los sítios de producción están usualmente afincados em los círculos intelectuales e instituciones académicas de Estados-nação centrais y prestigiosos. Por conseguinte, los países centrais generan los productos más difundidos de TTD, productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente, venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo”.

5 Tradução livre de: “La contracara de los *sítios de producción* son los *sítios de recepción*. Dentro de un sitio de recepción, por lo general, la iusteoría producida allí ya no tiene la persuasividad y circulación amplia de la TTD, sino que, por el contrario, uno estaría tentado a hablar mejor de iusteoría ‘local’, ‘regional’, ‘particular’ o ‘comparada’”.

6 Tradução livre de: “el autor y sus lectores periféricos comparten muy poca información contextual acerca de las estructuras subyacentes o las coyunturas políticas o intelectuales específicas em las que nació el discurso iusteórico”.

Assim é que, sem observar o contexto e a realidade na qual se deu a *produção* da justeoria, a sua *reprodução* acabou por promover inúmeras distorções nas teorias transplantadas, vide o exemplo já citado anteriormente da recepção das teorias de Hart e Dworkin na América Latina, especialmente na Colômbia.

Ao explicar esse fenômeno, Diego López Medina fala em tergiversação e em transmutação das ideias originais. Contudo, é importante destacar que o autor não pretende desmascarar esses supostos “equivocos”, dizendo qual seria a interpretação correta acerca das obras clássicas do Direito. Ao contrário, o que ele quer dizer é que essas “distorções” acabaram redundando na produção de uma doutrina jurídica latino americana própria, a partir dessa espécie de leitura atravessada de obras jurídicas estrangeiras. Nas palavras de López Medina,

na leitura tergiversada se abre a possibilidade de variação, adaptação e verdadeira criação. O estudo cuidadoso dessas transformações revela usos locais tão, ou até mesmo mais interessantes, que a história dessas mesmas ideias nos próprios sítios de produção (MEDINA, 2013, p. 35).⁷

Então, se utilizada como uma espécie de ponto de partida para o desenvolvimento das teorias jurídicas latino americanas, a leitura atravessada realizada nos sítios de recepção não seria algo negativo em si, justamente por visar obter respostas aos problemas reais vividos na periferia ou na semiperiferia; problemas que sequer poderiam ser pensados (e menos ainda respondidos) pelos autores situados nos sítios de produção. Em suma, desde que a tergiversação ou transmutação seja realizada com o escopo de *adaptar* ou *contextualizar* as teorias alienígenas às realidades locais, a impureza do Direito transplantado não seria algo negativo.

Contudo, essa leitura realizada por López Medina, no sentido de que a tergiversação e a transmutação relativamente às teorias jurídicas estrangeiras, podem ser vistas como algo positivo, dá margem a distorções que geram graves problemas de legitimidade institucional nos sítios de recepção. No Brasil, por exemplo, o transplante descontextualizado dos princípios da razoabilidade (Estados Unidos) e da proporcionalidade (Alemanha) acabou desvirtuando completamente ambos os institutos, na medida em que foram assimilados sobretudo para atender a um propósito ilegítimo e escamoteado pelo discurso oficial do controle de constitucionalidade de normas: longe de pretender garantir a supremacia da constituição, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão colocados à serviço do agigantamento do Judiciário em relação aos outros dois poderes estatais.

⁷ Tradução livre de “en la lectura tergiversada se abre la posibilidad de variación, adaptación y verdadera creación. El estudio cuidadoso de estas transformaciones revela usos locales tan, o incluso más interesantes, que la historia de esas mismas ideas en sitios de producción”.

4. Proporcionalidade Impura

Ao contrário de Estados Unidos e Alemanha, o Brasil não possui qualquer tradição no manejo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não obstante, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco realizaram interessante trabalho de garimpagem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em busca de alguma referência, ainda que indireta, aos aludidos princípios. Segundo eles, a primeira decisão que abordou a ideia de razoabilidade e proporcionalidade na Suprema Corte brasileira foi o Recurso Extraordinário nº 18.331, de relatoria do Ministro Oroszimbo Nonato. O trecho a seguir transcrito data de 1953:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘détournement de pouvoir’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado (BRASÍLIA, STF, 1953 APUD MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 314).

Outra decisão citada pelos três autores foi a proferida no *Habeas Corpus* nº 45.232, em que o Supremo Tribunal Federal declarou, em 1968, a inconstitucionalidade de norma da Lei de Segurança Nacional, “que obstava que o acusado de prática de crime contra a segurança nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 314). Segundo eles,

O Supremo Tribunal reconheceu que a restrição se revelava desproporcional (*exorbitância dos efeitos da condenação*) e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com a cláusula de remissão referida (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 315).

Não se pode negar que as referências à noção de razoabilidade e proporcionalidade constantes nos votos acima citados são relevantes, muito embora não tenham sido desenvolvidas de forma autônoma, isto é, tenham vindo sempre fundamentadas em outras garantias constitucionais expressas, como o direito à propriedade no primeiro caso e o direito à vida no segundo. Entretanto, o fato é que ambos os julgados são apenas casos isolados na jurisprudência brasileira, não representando o pensamento constitucional dominante da época em que foram proferidos.

Foi apenas muitos anos depois, com a nomeação de ministros influenciados pelo Direito alemão, que as noções de razoabilidade e proporcionalidade começaram a se consolidar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, predominantemente sob o *nomen juris* de “princípio da proporcionalidade”. O principal nome desse período talvez seja o do próprio Ministro Gilmar Mendes, sob a influência de quem o STF proferiu aquela que é, até hoje, a mais famosa decisão consagradora do princípio da proporcionalidade: o caso da lei paranaense que exigia a pesagem de botijões de gás na presença dos consumidores. Esclareça-se que, embora no momento do deferimento da medida cautelar Gilmar Mendes ainda não integrasse o Supremo Tribunal Federal na condição de Ministro, o então Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, citou conferência proferida por Mendes no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional ocorrido no ano de 1992, na cidade de Belo Horizonte. Eis a ementa da decisão:

Gas liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida (BRASÍLIA, STF, 1993).

A grande questão é que, embora haja referência expressa ao princípio da proporcionalidade na decisão acima referida, o Supremo Tribunal Federal nitidamente não sabia manejar o instituto corretamente. Isso foi percebido por Virgílio Afonso da Silva em seu já conhecido texto *O proporcional e o razoável*:

Sempre citada é a decisão liminar do STF que declarou inconstitucional a exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor, instituída, no Paraná, por lei estadual. Não há como não se perguntar se os dispositivos considerados inconstitucionais - não só nessa, mas em várias outras decisões em que se recorreu à regra da proporcionalidade - foram considerados inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito. Não se sabe. E não há como se saber, visto que o STF não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, não foi aplicada a regra da proporcionalidade (SILVA, 2002, p. 23-50).

Realmente, a impressão que fica é que, no caso do botijão de gás, o Supremo Tribunal Federal não encontrou nenhum outro parâmetro de controle de constitucionalidade para retirar do ordenamento paranaense uma lei considerada inoportuna naquele momento histórico. Sem outra opção plausível, o STF lançou mão do princípio

(constitucional?) da proporcionalidade para corrigir uma decisão política que ele considerou equivocada. O que se nota, já de saída, é que, ao contrário de Estados Unidos e Alemanha, a Suprema Corte brasileira optou por adentrar no mérito legislativo em caso de pouca ou quase nenhuma repercussão social, buscando auto-afirmação dentro do cenário político de tensão entre os três poderes.

De lá pra cá, mesmo depois de alguma evolução doutrinária sobre o tema⁸, o Supremo Tribunal Federal aprofundou a técnica sem mudar a mais nefasta consequência de seus votos embasados na proporcionalidade: a ingerência sobre os outros poderes constituídos.

Na ADI nº 4.955/CE, o Supremo adentrou em matéria cuja competência é inequivocamente do Legislativo ao definir que “obstar a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias seria, em última análise, impor restrição ao livre exercício da atividade comercial, a qual violaria o princípio da proporcionalidade, por não ser adequada, necessária nem proporcional ao fim almejado, qual seja, a proteção e a defesa da saúde” (BRASÍLIA, STF, 2014b). No Recurso Extraordinário nº 365.368/SC, o Supremo adentrou em matéria de competência organizacional do Poder Legislativo municipal, determinando que “Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam”, complementando que “Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser resguardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local” (BRASÍLIA, STF, 2007). Por fim, no Recurso Extraordinário nº 580.642/PR, reafirmou sua supremacia em relação ao Executivo ao consignar que “O controle judicial de atos administrativos tidos por ilegais ou abusivos não ofende o princípio da separação dos Poderes, inclusive quando a análise é feita à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (BRASÍLIA, STF, 2014a).

Em suma, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro encontrou na fórmula da proporcionalidade desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão um cheque em branco para a tomada de decisões políticas sobre os mais diversos assuntos do dia-a-dia, por mais corriqueiros e irrelevantes que eles possam parecer. Mais ainda: aderindo ao referido princípio as noções de “bom senso” e “justa medida” inerentes à de razoabilidade norte-americana, e acrescentando uma pitada de brasilidade, o Supremo Tribunal Federal criou e legitimou essa espécie de *proporcionalidade impura*, cuja incidência atualmente parece carecer apenas do subjetivismo e da criatividade do julgador.

8 Além do excelente trabalho de Virgílio Afonso da Silva, já citado, é preciso fazer menção à obra *Teoria dos Princípios*, de Humberto Ávila, no qual o jurista gaúcho defende que a proporcionalidade não é princípio, mas, sim, postulado jurídico (ÁVILA, 2012).

5. Conclusões

Sob o ponto de vista histórico, é possível dizer que a razoabilidade norte-americana configurou-se a partir dos processos de luta que culminaram na realização dos anseios da sociedade estadunidense. Com o fito de promover materialmente a justiça nos casos submetidos ao seu julgamento, sem romper com a ordem constitucional vigente, a Suprema Corte se viu eventualmente diante da necessidade de desdobrar a cláusula do devido processo legal, consagrando a sua dimensão material, o devido processo legal substantivo, por meio do princípio da razoabilidade.

De igual modo, o Tribunal Constitucional alemão, ao desenvolver a noção de proporcionalidade, tinha diante de si um contexto no qual era necessário superar um ordenamento jurídico ultrapassado, que disseminava ideais nazistas não mais inseridos na realidade alemã do segundo pós-guerra. É possível afirmar, inclusive, que esse movimento ativista do Judiciário alemão foi não apenas legítimo, mas também necessário e essencial, porque veio salvar, ou libertar, o povo alemão de seus fantasmas, materializados em suas próprias leis.

Quando o Brasil promoveu a assimilação dos aludidos princípios por meio de sua doutrina e de sua jurisprudência, predominantemente sob o *nomen juris* de “princípio da proporcionalidade”, advinda da influência do Direito alemão, o contexto jurídico em que razoabilidade e proporcionalidade se desenvolveram foi completamente desconsiderado ou, como prefere o colombiano López Medina, transmutado, tergiversado. É como se os estudiosos brasileiros do Direito, muitos deles magistrados com pós-graduação no exterior, intuindo o impacto que o transplante da proporcionalidade provocaria na tensão entre os poderes estatais, tivessem descoberto uma “fórmula mágica” (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) apta a legitimar decisões embasadas em nada mais do que o senso comum de justiça ou, o que é pior, na subjetividade do julgador.

E qual o grande símbolo dessas decisões embasadas no senso comum subjetivo de justiça do julgador? A decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855/PR, em que se discutiu apaixonadamente a possibilidade ou não de o poder Legislativo obrigar as empresas que comercializavam botijões de gás a portar uma balança em seus caminhões, viabilizando a pesagem do produto por cada um dos consumidores interessados. Isto mesmo: enquanto nos Estados Unidos os magistrados da Suprema Corte utilizavam o princípio da razoabilidade para garantir direitos fundamentais, discutindo, por exemplo, a criminalização do uso da pílula anticoncepcional ou do aborto, e na Alemanha o Tribunal Constitucional alemão utilizava o princípio da proporcionalidade para extirpar do ordenamento leis de inspiração nazista que oprimiam o seu povo, no Brasil o Supremo Tribunal Federal utilizou-se dos dois princípios para declarar a inconstitucionalidade de uma norma estadual completamente irrelevante, mas que, no fundo, tinha o nobre propósito de garantir os direitos dos consumidores, em atenção à nova ordem constitucional.

Não deixa de ser irônico que o tema do gás estivesse presente tanto em decisões do Tribunal Constitucional alemão quanto em decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro: na Alemanha a proporcionalidade foi utilizada para afastar normas cuja lógica permitia o assassinato de judeus nos campos de concentração, por meio de câmaras de gás; no Brasil a proporcionalidade foi utilizada em prol das empresas que queriam vender botijões de gás mais leves do que o anunciado a seus consumidores.

Bem ou mal, o fato é que o desastrado transplante do princípio da proporcionalidade pelo Direito brasileiro acabou por transformar o instituto numa verdadeira *proporcionalidade impura* que, longe de revelar preocupação com a supremacia da constituição ou a garantia de direitos fundamentais, serve sobretudo para legitimar a declaração de inconstitucionalidade de normas que, em verdade, não são inconstitucionais. Em última análise, o transplante do princípio da proporcionalidade serviu mesmo para garantir ao Judiciário a supremacia em relação aos outros dois poderes estatais, que acabam ficando à mercê do subjetivismo dos julgadores. Afinal, não é demasiado afirmar, com Carl Schmitt, que quem tem o poder de dar a última palavra no que se refere à constitucionalidade das leis, posiciona-se inegavelmente na condição de soberano da nação.

6. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE nº 18.331, Relator: Min. Oroszimbo Nonato, 1953.
- _____. ADI-MC nº 855, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1993.
- _____. RE-AgR nº 365.368, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2007.
- _____. RE-AgR 580.642, Relator: Min. Roberto Barroso, 2014.
- _____. ADI 4.955, Relator: Min. Dias Toffoli, 2014.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- MEDINA, Diego Eduardo López. **Teoría Impura del Derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma Teoria dos Princípios**: O princípio Constitucional da Razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PASSAFARO JÚNIOR, Leonardo Luiz. **O princípio da proibição do excesso nas afetações dos direitos fundamentais sociais**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2009.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In.*: **Revista dos Tribunais**. V. 798, p. 23-50.

SEDUÇÃO, ESTUPRO E CASAMENTO NO SÉCULO XVIII: DESCOBRINDO AS MULHERES DA PARAÍBA COLONIAL

LUISA STELLA DE OLIVEIRA COUTINHO SILVA

Advogada. Doutoranda em História do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bolsista da CAPES, processo 0718-14-9.

ANTÓNIO PEDRO NINA BARBAS HOMEM

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo

Estudar o Direito Colonial implica o uso de uma mentalidade diferente de modo a compreender seu funcionamento já bastante longe da maneira de pensar o Direito atualmente. No período colonial a Igreja Católica era um importante e influente poder junto do Estado e da Inquisição, as três jurisdições existentes no Antigo Regime imprescindíveis ao estudo do direito português e brasileiro dos séculos XVI, XVII e XVIII. Esse poder religioso que emana de uma instituição relacionada às crenças e ao pensamento ideológico permite o acesso às instâncias políticas individuais e coletivas da vida privada e pública das pessoas em sociedade. Dentre a imensidão de artigos de Ordenações, leis, alvarás, regimentos, monitórios e constituições sinodais vamos nos concentrar na análise dois casos ocorridos na Capitania da Paraíba em meados do século XVIII. Ambos tratam de casos de sedução, rapto e estupro, conceitos que precisam ser entendidos em comparação ao padrão e ato esperado, desejado e recomendado a todas as mulheres como modelo: o casamento.

Palavras-chave

Mulheres; Brasil Colonial; Casamento; Estupro.

Abstract

The study of the Colonial Law in order to understand its operation requires a different way of thinking, quite far from the way the Law works nowadays. In the colonial period, during the *Antigo Regime*, we had three coexisting jurisdictions, the Catholic Church, the State and the Inquisition. This outset is essential to the study of Portuguese and Brazilian Law in the 16th, 17th and 18th centuries. The religious powers that came from

institutions associated to the beliefs and ideological thinking allowed the access to individual and collective political bodies of private and public life of people in society. Among the immensity of articles from the ordinances, laws, *alvarás*, regulations, *monitórios* and synodical constitutions we will focus on analyzing two cases occurred in captaincy of Paraíba in the middle of the 18th century. Both cases deal with seduction, kidnapping and rape, concepts that need to be understood in comparison with the standard and the expected act, desired and recommended to all women as a model: the marriage.

Key words

Women; Colonial Brazil; Marriage; Rape.

1. Introdução

Estudar o Direito Colonial importa numa mentalidade diferente para compreender seu funcionamento já bastante longe da maneira de pensar o Direito atualmente. Nesse momento histórico, a Igreja Católica era um importante e influente poder junto do Estado e da Inquisição, as três jurisdições existentes no Antigo regime imprescindíveis ao estudo do direito português e brasileiro dos séculos XVI, XVII e XVIII. Esse poder que emana de uma instituição relacionada às crenças e ao pensamento ideológico permite o acesso às instâncias políticas individuais e coletivas da vida privada e pública das pessoas em sociedade.

Quando olhamos para o passado, essa visão nublada de hoje em dia repercute também quando queremos entender as nossas origens, porque para além de vivermos numa organização política extremamente diferente dos modelos antigos, possuímos a marca desse mesmo passado no nosso inconsciente, ambiente, visões, ideologias – seja lá que corrente filosófico-psicológica adotemos. O fato é que não nos podemos afastar por demais de nós mesmos quando queremos entender o que se passou.

Os mesmos olhos que veem hoje desigualdade, fome, crise, biotecnologia, carros, elevadores, mães mortas, homens negros acorrentados a postes, estupros, droga, cinema, eutanásia, clonagem, protestos, mídia e a perda da capacidade crítica, socialismo, colonização... são os mesmos olhos que olham para as fontes em busca de uma explicação, numa verdadeira (não sabemos se) viagem ou luta.

Por esta razão os olhares críticos são tão especiais à História, e aqui dizemos que também à História do Direito. Os estudos coloniais podem nos ajudar a ver que toda essa produção arquivística na qual nos fiamos para produzir conhecimento hoje foi produzida sob a inquestionável dominação e subordinação do outro, visto como inferior. Nessa colonização, o Direito nem sempre foi entendido rapidamente da maneira que deveria ser pressuposto por uma metrópole – por isso a Tradução Cultural do Direito (*Cultural*

Translation of Law) leva-nos a perceber as nuances de culturas diferentes na construção de um Direito misturado por vários sistemas jurídicos e não só a pura deglutição de novas ordens sobre uma *tabula rasa*. E por (enquanto) fim, a *feminist jurisprudence* nos preparou para perceber que as fontes e as instituições podem estar permeadas de perspectivas que também assumem a superposição especificamente de um gênero sobre o outro e, indo mais longe, da violência que essa superposição possa ser por obrigar a heteronormatividade (e as consequências de pertencer a um gênero ou a um sexo) (BUTLER, 2010; MEADOW, 2010).

Essas foram as inquietações que nos levaram até aqui a apresentar um olhar sob um território colonizado e um período específico. Interessa-nos por agora as condições coloniais para a construção de gênero durante a colonização da Paraíba, uma das primeiras capitanias criadas e povoadas pelos portugueses desde o final do século XVI. Sabemos que a metrópole importou um sistema jurídico próprio (dela) e distante da realidade que já existia na colônia e longe da eficácia pretendida para a expansão ultramarina portuguesa nesses anos. A realidade portuguesa era diferente da indígena, da africana e da realidade dos próprios portugueses que vieram para a colônia nesses primórdios da colonização. E nas gerações que se seguiram foi-se criando cada vez mais distância da lusa pátria e um sentimento de pertença a algo que não era nem de aqui, nem de lá – a melancolia que chega nos trópicos, como bem diz Scliar (2003).

Por isso, vamos nos concentrar não num modelo da casa grande e senzala, talvez já desatualizado, mas não ousamos continuar a desdizer-lhe por sua importância basilar nos estudos da área. Queremos outra alavanca que possa tocar várias classes, vários gêneros e vários desvios. Iniciaremos por investigar o desenvolvimento do direito e o estabelecimento dos conceitos relacionados ao casamento por ser o instituto essencial que envolvia as mulheres do Antigo Regime. Por fim, infelizmente de forma redutiva aqui, mergulhados na imensidão de artigos de Ordenações, leis, alvarás, regimentos, monitórios e constituições sinodais vamos nos concentrar na análise de dois casos ocorridos na Capitania da Paraíba em meados do século XVIII. Ambos tratam de casos de sedução, rapto e estupro, conceitos que precisam ser entendidos em comparação ao padrão e ato esperado, desejado e recomendado a todas as mulheres como modelo: esse tal matrimônio. Ressalvamos, entretanto, a falta, por enquanto, de referências as posições da doutrina da época, inclusive da doutrina canônica.

2. Panorama Jurídico Luso-Brasileiro Acerca da Condição da Mulher na Sociedade

O casamento era o grande regulador da vida feminina – a vida jurídica das mulheres dos séculos XVI, XVII e XVIII norteava-se pelo seu estabelecimento, para não citar

outros séculos por enquanto. A Igreja havia tomado para si, em geral, muito da legislação e jurisdição em matéria de casamento (CAETANO, 2000), principalmente sua celebração e punições, afastando o Estado de tais disposições, com remissões subsidiárias ao direito romano.

A doutrina do casamento baseava-se, inicialmente, no mero contrato consensual, que era a doutrina romana do *affectio maritalis* e do consenso (MONCADA, 1948). Portanto, mesmo antes do cristianismo, o casamento era entendido como um contrato e assim dependia da vontade das partes. Herculano (1866) também mostra que entre os romanos o casamento era um contrato essencialmente civil. Os primeiros cristãos conciliaram a existência do sacramento com o contrato civil, aceitando ambas as coisas, subsistindo mesmo depois do cristianismo ser adotado como religião oficial do Estado. O mútuo consenso bastava, como está escrito no Código Teodosiano, lei 428, para caracterizar o ato e o código de Justiniano ampliou a doutrina aos consórcio de todas as pessoas livres. Desse modo, como o casamento era um contrato, só dependia do consentimento. Ademais, o próprio Justiniano modificou o código em lei posterior: bastava qualquer testemunha dizer que os cônjuges viviam como marido e mulher para provar a relação.

Em geral, havia diferentes maneiras para fazer prova do contrato entre os romanos segundo a classe social: a nobreza fazia contratos antenupciais (prova do consórcio); a classe média ia à Igreja, não para o sacramento, mas para declarar que se casavam ao defensor; a plebe casava sem qualquer intervenção de autoridade, bastava o simples acordo vocal. Essas regras e costumes vigoraram até 911 com o imperador Leão VI, que ordenou que o casamento tivesse a santificação da Igreja para ter validade.

Na época da vigência do Código Visigótico durante a regência da monarquia leonesa e no início de Portugal, não houve alterações quanto a tradição jurídica romana. O código não alterou a doutrina romana dos consórcios contraídos sem sacramento entre plebeus, servos ou classes elevadas, como observa Herculano (1866). Ao remontar ao direito visigótico, que deixou importantíssima herança no direito português, Gilissen (2008) percebe que as uniões não deixavam de ser consideradas como casamento se não tivessem a *desponsatio* ou a bênção. Tudo indica, nessa lógica, que esse tipo de casamento se dava na falta de acordo do pretendente com a família da futura esposa.

A discussão sobre o acordo das partes versus a solenidade do ato permaneceu por toda a Idade Média Portuguesa (HERCULANO, 1866). Os papas se pronunciaram sobre o assunto na Europa, como é o caso de Nicolau I, que dizia que quando as circunstâncias obstassem à celebração do casamento religioso, os feis podiam contrair matrimônio civil. Já Adriano II defendia que se o matrimônio fosse contraído em conformidade com as leis, era válido; Alexandre III ordenou que se um marido voltasse à sua primeira mulher e considerasse esse casamento válido mesmo não tendo havido coabitação, mas palavras de presente, o casamento era válido; Inocêncio III dizia que o matrimônio se contraía por

legítimo consenso, mas pelo que toca à Igreja eram necessárias palavras que exprimissem o consentimento presente e Gregório IX determinou que os casamentos contraídos sem solenidades nas Igrejas fossem válidos. Portanto, o assunto foi bastante repetido no seio da Igreja Católica, e mesmo o grande expoente do Direito Canônico, Graciano, defendeu que era casamento válido, porém não legítimo, aqueles que desprezavam as solenidades e só consideravam o amor a uma mulher.

A Igreja legitimou, portanto, em tempos primevos, tal prática. Daí nos séculos XII e XIII haver os casamentos de bênção e os de pública fama. Ainda havia o casamento de juras entre aqueles em que o mútuo consentimento era firmado com juramento perante qualquer ministro de culto (HERCULANO, 1866).

Em Portugal, o debate tocava a própria discussão acerca dos limites das jurisdições. O rei Afonso III publicou lei a defender que todos os casamentos se faziam por palavras da Santa Igreja, contanto que fossem realizados sem pecado. E todo casamento podia ser provado, seja a ocultas ou de forma pública, tendo os contraentes idade legítima. As palavras de presente, então, eram conhecidas como *Ego te recipio in meam, et ego te in meum* (recebo-te como minha, recebo-te por meu). O rei D. Dinis, em lei de 15 de maio de 1311, defendeu que o costume consagrava a doutrina de que vivendo homem e mulher por 7 anos contínuos, coabitando na mesma casa como cônjuges, e nessa reputação, o casamento era indissolúvel. Diz a lei:

Como se prova o casamento per fama

Costume he desy he derecho que se huum homem viuy com hua molher E mantem casa ambos desuum per sete anos continoadamente chamando-se ambos marido E molher se fazem ambos conpras ou vendas ou emprazamentos./ E se poserem em elles nos stormentos ou cartas que fezerem marido E molher E em-na auizijindade os ouuerem por marido E molher nom podem nenhum delles negar o casamento E aue-llos-am por marido E molher ajnda que nom sejam casados em façe da egreja. (DUARTE, 1988, p. 216.)

Até aqui, então, mantinha-se a natureza de contrato, de consórcio/jurisprudência e costume romano, mantendo penas espirituais contra os casamentos clandestinos, mas não os tornando nulos.

A partir de uma lei de D. Manuel I, de 14 de julho de 1499, o casamento clandestino passou a ser punido com confisco e degredo, exceto caso tivesse acontecido com permissão dos pais e mães dos contraentes, decorrendo apenas as penas canônicas. No caso, manteve-se o poder paternal e o casamento clandestino continuou a existir. Diz a lei que

(...) considerando o Senhor Rei D. Manuel I os justos respeitos e motivos, porque a Sancta Igreja prohibia os matrimonios clandestinos, e porque

as penas postas por Direito canonico nom som aly temidas quanto com rrezam deuem seer, (...) porque aquelles que o temor de deos nom rrefrea de mallfazer a pena tenporall os deue do pecado afastar; determina, que pessoa alguma de qualquer estado e condição que seja não case com senão publicamente, e em face da Igreja, precedendo os pregoens, que em Direito se chamão bainos, que se devem fazer segundo disposição de Direito Canonico nas Igrejas d'onde são fregueses aquelles, que querem casar; ou com authorityde do Prelado, que para isso tenha poder. (FI-GUEIREDO, 1790, p. 150.)

Também não se há de esquecer, antes de chegarmos às Ordenações Manuelinas, dos Sínodos portugueses e as Constituições Sinodais, importantes para a incorporação, no futuro, das determinações dos Concílios. Nesse momento cronológico, citamos as Constituições de D. Diogo de Sousa, de 1505. Importa, agora, referir A Constituição XL que tratava especialmente “Acerca dos matrimónios clandestinos”. (GUIMARÃES, 2001.)

Com as Ordenações Manuelinas, o casamento chamado até aqui de clandestino continua a ser aceite, sendo feitos nos seguintes modos:

Livro 2, Título XLVII (...) 1. E por quanto segundo fórma de Nossas Ordenações, quando algumas molheres sam casadas com alguns homens por palavras de presente, e ouveram com eles copula carnal, sam meeiras em seus bens e fazenda, Declaramos que esto aja lugar, quando o casamento foi aa porta da Igreja, ou por licença do Prelado fóra da Igreja, e bem assi quando ambos estavam em voz e fama de marido e molher, posto que o casamento nom fosse aa porta da Igreja, ou por licença do Prelado; porque posto que elles queiram provar, e provem que sam recebidos por palavras de presente, e que ouveram copula, se nom provarem que foram recebidos aa porta da Igreja, ou po licença do Prelado como dito he, ou nom provando como estam em pubrica voz, e fama de marido e molher, e em casa theuda e mantheuda, ou em casa de seu pay, ou em outra casa onde estiver, nom seram meeiras; e quando provar que foram recebidos, posto que seja clandestinamente, provando como estiveram em voz, entonce seram também meeiras. 2. E porem nom Tolhemos para que prova de serem meeiros, que o nom possam provar, quando estiverem por tanto tempo em casa theuda e mantheuda, em pubrica voz e fama de marido e molher, que segundo Dereito abasta pera presumir matrimónio pera sucessam, e pera seer meeira, posto que se nom provem as palavras de presente, segundo for achado por Dereito que abasta. (Ordenações Manuelinas, 2006, p. 237 e 238.)

Entretanto esse contrato sem tantas formalidades eclesiásticas, em comparação com as diretrizes futuras, barra na representação do consentimento, que é feita pelo pai, mãe, avô ou outra pessoa sob a qual esteja em poder, como consta no Livro 5, título XXXII das

mesmas Ordenações. Nesse caso, a mulher era jovem, de até 25 anos, e virgem, ou uma viúva honesta.

Em 1538 foram publicadas as Constituições Sinodais do cardeal-infante D. Henrique. Nelas, consta na Constituição V o título sobre “aqueles que casam fingidamente” (GUIMARÃES, 2001). A Constituição I disserta sobre “Que todos aqueles que quiserem casar primeiro que sejam recebidos, sejam apregoados na Igreja e dos que fazem promettimentos e dos que casam por palavras de presente e de que idade há-de-ser.” (GUIMARÃES, 2001, p. 147).

Até aqui, antes do Concílio de Trento, que vai marcar intensamente o assunto, podemos dizer que na Idade Média havia três tipos de casamentos (MONCADA, 1948): casamento de bênção, o casamento de pública fama e o casamento a furto ou de juras. Os três diferenciavam-se pela solenidade com que eram celebrados: o primeiro era o verdadeiro casamento religioso e solene, depois valorizado pelo Concílio de Trento, com a intervenção do sacerdote. Estava impregnado de todas as formalidades, enquanto as duas outras modalidades eram as clandestinas e se faziam provar de outras formas.

Os casamentos de pública fama e a furto eram celebrados sem formalidades, geralmente nas casas dos pais dos noivos ou em qualquer outro lugar. Nada impedia que os nubentes fossem depois em busca da bênção da Igreja. O professor Cabral de Moncada (1948) insiste em que, os efeitos dos três tipos de casamento são indiferentes, a diferença se encontra na forma de celebração dos mesmos e a consequente forma de prová-los.

O casamento a furto é semelhante ao *raptus romano*, que era simulado em todos os casamentos romanos feitos pela *confarreatio*. Persistiu mesmo no Portugal medieval do século XIII e XIV, como um ideal de cavaleiro, que era fazer do casamento uma iniciativa desse e não da família da mulher. Sobre o casamento de juras, no direito matrimonial pré-tridentino nem a bênção nem outras solenidades eram exigidas para que o casamento fosse considerado válido, sendo necessário apenas o mútuo consenso dos noivos e duas testemunhas (MÊREA, 1952).

Mas chegamos ao Concílio de Trento. Ocorrido entre 1545 e 1563 - momento crucial para a Igreja Católica, pois eram anos difíceis por causa da Reforma Protestante que colocava em risco a doutrina católica -, estabeleceu diretrizes que foram aplicadas em todo o mundo católico, principalmente na matéria sobre o casamento. O que preocupava a mentalidade católica da época era o casamento clandestino. Convinha ou não anular os casamentos clandestinos? O matrimônio cristão devia se reputar sempre sacramento? Ou era apenas aquele segundo os ritos? Nos vários anos do encontro, tivemos muitas posições: o Bispo de Modena e o Bispo de Almeria defendiam um decreto de anulação dos consórcios clandestinos; contrário, o Bispo d'Ipres pensava o matrimônio como um contrato de direito natural e perpétuo; já o Bispo de Salamanca era de opinião de que o

casamento, como é um contrato civil, deveria estar sob poder temporal se fosse entre não cristãos e caso fosse entre cristãos, a matéria precisava do sacramento e poder eclesiástico. Estas são algumas posições para ilustrar as divergências que organiza Herculano (1866).

Portugal participou ativamente do Concílio enviando representantes e pondo em prática as disposições desse grande encontro anti-reforma, principalmente através do alvará de 12 de setembro de 1564 (CASTRO, 1944). Os seus representantes no Concílio foram: Frei Baltazar Limpo, da ordem do Carmo, bispo do Porto; padre Frei Jorge de Santiago, da ordem dos Pregadores; padre Frei Jerônimo d'Azambuja, também da ordem dos Pregadores; padre Frei Gaspar dos Reis, da ordem dos Pregadores, entre outros prelados que enviaram seus mandados (no pontificado do papa Paulo III). Logo que o bispo do Porto retornou, D. João III mandou que o mesmo se reunisse com letrados para estudarem maneiras de pôr em prática os resultados do Concílio.

Mas, afinal, o que foi por fim estabelecido em Trento? Pelo primeiro cânon o Concílio anatemizou os que disserem que o matrimônio não é um dos sete sacramentos da lei evangélica e instituído por Cristo, mas inventado na Igreja pelos homens, e que não confere a graça divina. O novo rito do casamento passou a necessitar de três denúncias feitas pelos párocos dos contraentes, em três dias santos consecutivos, e depois se precederia a celebração do casamento em face da Igreja, caso não houvesse impedimentos. O padre tinha que interrogar os nubentes e ouvir o mútuo consentimento, quando diria: uno-vos em matrimônio no nome do padre, do filho e do espírito santo. Tal disposição deveria vigorar 30 dias depois da publicação em cada paróquia. Trento, portanto, queria acabar com a clandestinidade; anular os contratos sem sacramento, tomando para si uma parte da autoridade secular.

O que historiadores como Herculano (1866) defenderam é que o matrimônio passou a ser confundido com o sacramento do matrimônio. Cristo, entretanto, instituiu um sacramento e não um contrato e o matrimônio existia antes da lei evangélica. Ademais, o Concílio não definiu as diferenças entre matrimônio e contrato. A escolástica confundia as duas ideias, o que dominava o ensino da teologia.

O Decreto de Tametsi da Sessão XXIV do Concílio Tridentino inovou as formas de contrair matrimônio solene: quanto às denúncias, ao poder do Bispo em dispensá-las e criou a obrigatoriedade da presença do pároco mais duas ou três testemunhas. Esse decreto também tratou, no capítulo V, das penas a aplicar aos raptos de mulheres pela força.

Mas nem por isso os casamentos civis deixaram de existir. Herculano (1866) diz que as doutrinas são imutáveis e que casamentos civis continuaram a ser válidos. Depois do Concílio, a mesma disposição das Ordenações Manuelinas continuaram em vigor e foram confirmadas em uma reedição de 1565. Entretanto, as disposições de Trento estavam em vigor desde 1564 pelo Alvará do rei D. João III de 12 de setembro, que publicou

e recomendou a observância do Sagrado Concílio Tridentino em todos os domínios da Monarquia Portuguesa, cuja cópia podemos ler nos Aditamentos do Código Filipino, Livro II (2004).

Em 1564 também veio a tona o Decreto sobre o matrimônio de Frei Bartolomeu dos Mártires, pelo que foi dito que nas denúncias, banhos ou proclamas o pároco deveria anunciar o casamento durante três domingos seguidos na Igreja. Impôs também a celebração do matrimônio dentro do templo (GUIMARÃES, 2001).

Entretanto, as confusões hermenêuticas persistiram acerca da abrangência de cada jurisdição e as novas diretrizes tridentinas. Por isso, foi necessária a ajuda do braço secular à Igreja, o que segundo Herculano (1866) não envolvia a anulação das leis civis diante do direito canônico embora muitos outros assim defendessem. Por isso, na provisão de 2 de março de 1568, que pode ser encontrada na parte II, título II, Lei XII de LEAO (1569, p. 81), o rei faz referência às dúvidas surgidas acerca do cumprimento de alguns decretos do Concílio Tridentino e reforça o seu desejo de vê-los executados em Portugal, “de modo que nosso Senhor seja servido e a jurisdição eclesiástica seja guardada e favorecida” (LEAO, 1569, p. 81v), oferecendo, portanto, a ajuda secular. Inclusive, nesta provisão são declarados os crimes *mixti fori*: adultério, barregania, concubinato, alcoviteiros e daqueles que consentem que as mulheres façam mal uso de seus corpos, incestos, feiticeiros, benzedeiros, sacrilégio, blasfêmia, perjúrios, onzenaria, simonia.

As Ordenações Filipinas mantiveram as disposições das Manuelinas acerca do reconhecimento do casamento. No livro IV, título XLVI, parágrafo 2º, é dito que

(...) quando o marido e mulher forem casados, por palavras de presente á porta da Igreja, ou por licença do Prelado fora della, havendo cópula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda. E posto que elles queiram provar, e provem que foram recebidos por palavras de presente, e que tiveram cópula, se não provarem que foram recebidos á porta da Igreja ou fóra della, com licença do Prelado, não serão meeiros. 2. Outrossim serão meeiros, provando que estiveram em casa teuda e manteuda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em publica voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo Direito, baste para presumir Matrimonio entre elles, posto se se não provem as palavras de presente. (Ordenações Filipinas, p. 832).

Tal dispositivo trouxe grande confusão à interpretação da aplicação das diretrizes tridentinas em Portugal. Herculano (1866), em resposta ao visconde, discute bastante o porquê desse parágrafo 2º existir após Trento e após o Decreto de Tametsi. De fato, acreditamos serem necessárias mais fontes documentais e mais fatos para atestar a repercussão da redação posta nas Ordenações Filipinas acerca do matrimônio sem as formalidades de Tametsi. Mas podemos seguir em frente com uma prova documental mais prática,

um assento da Casa da Suplicação. No assento de 1 de julho de 1631 o tribunal dispõe sobre uma “pena imposta pela Ordenação aos que casão com mulheres menores de vinte e cinco anos sem autoridade de seus Pais, ou Tutores, tem lugar, ou os casamentos sejam clandestinos, ou feitos com licença do Ordinário” – ou seja, o livro 5.º, título XXII, procede, não só nos que casam clandestinamente, mas ainda com licença do Ordinário. O assento punia o matrimônio de menores de 25 anos sem autorização, mas não invalidava a relação matrimonial. Os casamentos clandestinos continuavam a existir, então. (COLLECÇÃO CHRONOLOGICA DOS ASSENTOS DAS CASAS DA SUPPLICAÇÃO E DO CIVEL, 1791, P. 61).

Tanto que nas Cortes de 1641 os procuradores do povo pediram breve sobre o casamento clandestino, posto que não eram suficiente as disposições do Concílio, e na prática continuava o hábito de castigar sem anular. D. João IV publicou Carta de Lei de 13 novembro de 1651, com providências contra matrimônios clandestinos, em que declara que todos de

(...) qualquer qualidade e condição que seja, que, da publicação desta em diante contrahir matrimonio, que a Igreja declarar por clandestino, pelo mesmo caso, elles e os que nelle concorrerem e intervierem, e os que no tal matrimonio forem testemunhas, incorrerão incorrerão no perdimento de todos os seus bens, que serão applicados a meu Fisco Real e serão desterrados para uma Conquista destes Reinos, nos quaes não entrarão com pena de morte; e não havendo herdado a herança de seus pais, ao tempo que o matrimonio clandestino for contrahido, o pai e mãe o possam desherdar; e qualquer do povo possa accosar este crime, depois de declarado o tal matrimonio por clandestino no Juizo Ecclesiastico. (...) (SILVA, J., 1856, p. 88.)

Herculano (1866) ironiza com os requisitos de Trento: bastava duas testemunhas e autoridade legítima para não ser clandestino; mas se o matrimônio fosse celebrado por autoridade incompetente na frente de cem pessoas seria clandestino.

No Brasil, de extrema importância para a aplicação do Concílio foram as Constituições Primeiras do Arcebispado da Baía, feitas por D. Sebastião Monteiro da Vide, em 1707, baseadas nas Constituições Sinodais de Lisboa. Compunham um livro de treze constituições que adaptavam as normas tridentinas ao contexto brasileiro, embora adotassem a organização e temática utilizada em Braga por D. Sebastião de Matos e Noronha. As normas ditavam acerca do sacramento do matrimônio, da sua instituição e matéria, seus fins e efeitos. Grande novidade foi a disciplina dos matrimônios dos escravos (VIDE, 1853).

Outra circunstância que dificultava caracterização do perfeito matrimônio no mundo luso eram os desvios provocados pelos estupros através de rapto ou sedução. O tema já

preocupava o direito português desde o século XIV. A lei já citada de D. Dinis de 15 de maio de 1311 fazia uma referência importantes de como as mulheres devem reclamar dos estupro sofridos, importante para a análise a seguir da concepção jurídica da violência contra as mulheres:

Como se entende a molher forçada pollo costume

Estabellecudo he que se allgua molher se chamar forçada dezendo que allguum homem Jouue com ella per força em algum hermo E ho quer prouar pollo costume pera auer pena aquell qu'a forçou conuem que ue nha braadando E fazendo synaes de forcada conuem a saber carpindo ou chorando. E fazendo queixume aos que achar dezendo que a forçou foaão nomeando-o per nome se o souber E se o nom souber deue dezer os sygnaes dele. E tanto que chegar aa villa ou a poborado hu ouuuer Juiz deue d`hir dereitamente logo em ese dia ante que entre em casa nehua sem ditijimento ao Juiz E deue-lhe de dezer E querellar per que guisa a forçaram E quem E o lugar. E outrosy de dezer deue aaquelles que achou pollo camjnho a que fez queixume. E asy prouara a força pollo costume. (DUARTE, 1988, p. 215.)

A perda da virgindade tornava a mulher que possuísse um dote razoável perdida para um futuro brilhante na sociedade, dentro do casamento. A perda da virgindade deixava as mulheres com possibilidades reduzidas para realização de um bom negócio no mercado casamenteiro, tudo estava perdido.

A lei geral do Reino, tem dois artigos muito importantes no disciplina do estupro. O livro V, título XXIII, diz

Do que dorme com mulher virgem, ou viuva honesta per sua vontade.

Mandamos, que o homem, que dormir com mulher virgem per sua vontade, case com ella, se ella quizer, e se fôr conuinavel, e de condição para com ella casar. E não casando, ou não querendo ella casar com elle, seja condenado para casamento della na quantia, que fôr arbitrada pelo Julgador, segundo a sua qualidade, fazenda, e condição de seu pai. E se não tiver bens por onde pague, se fôr Fidalgo, ou de qualidade, que não deva ser açoutado, será degradado para Africa até nossa mercê. E se for pessoa em que caibão açoutes, seja açoutado com baraço e pregão pela Villa e degradado para Africa ate a nossa mercê. E postoque lhe esta pena seja dada por não ter bens, se depois em vida della, elle houver alguns, será obrigado a pagar ametade da dita condemnação sómente. Porém, sendo preso pela dita razão, e pondo caução de ouro, ou prata, ou dinheiro em Juizo, que razoadamente possa bastar, segundo a qualidade das pessoas, á virgindade e satisfação de seu casamento, seja solto, e siga o feito pessoalmete, como se andasse per carta de Seguro. E sendo condonado per sentença final, seja satisfeita essa mulher de sua virgindade por a caução:

e não bastando para a condenação e custas, pague-se pelos bens do Juiz, que tão pequena caução tomou.

1. E sendo dado querela obrigatoria de algum homem, que per força corrompeo mulher de sua virgindade, responderá preso, até o feito ser findo e desembargado. E quando achado fôr, que foi querelado maliciosamente, seja-lhe satisfeito segundo for direito. Porém, se abertas e publicadas as inquirições, for achado, que a virgindade foi corrompida por vontade della, sem outra força alguma, pondo em Juizo caução idônea de ouro, ou prata, ou dinheiro, segundo acima temos dito; seja solto, e siga pessoalmente o feito, até ser findo.

2. Porém mandamos, que as ditas mulheres, assi corrompidas sem outra força, demandem suas virgindades e satisfação até hum anno, contando do dia, que deixarem de ter affeição com ellas, e passado o dito anno, não possam mais demandar suas virgindades e satisfação dellas, salvo per via de restituição, se forem menores de vinte cinco annos, ou tendo justo impedimento, por onde no dito tempo não podessem demandar.

3. E tudo isto, que dito he em este titulo, haverá lugar em qualquer homem, que dormir com mulher viuva, que honestamente viver, que não passar de vinte e cinco annos, stando em poder de seu pai, ou avô da parte do pai. (Ordenações Filipinas, p. 1172)

As preocupações da lei são práticas. Sem virgindade, o negócio do casamento estava arruinado. Como solução, era postas duas opções: ou o casamento entre ambos que realizaram o ato que desvirtuou a moça ou a compensação financeira pelo estrago feito. O casamento era a chave, a tal alavanca que já chamamos aqui para resolver todos os problemas. O livro V, título XVIII, diz

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade.

Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. Porém, quando fôr com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado. E nessa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para a dita força der ajuda, favor ou conselho.

1. E postoque o forçador depois do maleficio feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado. E toda esta Lei entendemos em aquellas, que verdadeiramente forem forçadas, sem darem ao feito algum consentimento voluntario, aindaque depois do feito consummado consintão nelle, ou dêem qualquer aprazimento: porque tal consentimento, dado depois do feito, não relevará o forçador em maneira alguma da dita pena.

2. E se algum homem travar de alguma mulher, que for per a rua, ou per outra parte, não sendo para dormir com ella, sómente por assi della travar, seja preso, e até trinta dias na cadea, e pague mil reis para o Meirinho, ou Alcaide, ou outra pessoa, que o accusar. Porém, se além de travar della, trabalhar para dormir com ella, haverá a mais pena, que merecer, segundo disposição de Direito.

3. E o homem, que induzir alguma mulher virgem, ou honesta, que não seja casada, per dádivas, afagos, ou promettimentos, e a tirar e levar fora da caza de seu pai, mai, Tutor, Curador, senhor, ou outra pessoa, sob cuja governança, ou guarda stiver, ou de qualquer outro lugar, onde andar, ou stiver per licença, mandado, ou consentimento de cada hum dos sobreditos, ou ella assi enganada, e induzida se for a certo lugar, donde a assi levar, e fugir com ella, sem fazer outra verdadeira força a ella, ou aos sobreditos, colevador for fidalgo, ou pessoa posta em Dignidade, ou Honra grande, e o pai da moça for pessoa plebea, e de baixa maneira, ou Official, assi como Alfaiate, Capateiro, ou outro semelhante, não igual em condição, nem stado, nem linhagem ao levador, o levador será riscado de nossos livros, e perderá qualquer tença graciosa, ou em sua vida, que de Nós tiver, e será degradado para África até nossa mercê. (Ordenações Filipinas, p. 1168).

A suposta proteção aqui é clara: mulher protegida é a que vive honestamente e não se prostitui. A pena de *morra por ello*, discutida na doutrina, pode ser, segundo Vanguerve Cabral (1729) e Almeida (ORDENAÇÕES FILIPINAS, LIVRO V, 2004, p. 1170), uma morte que dependia do arbítrio do julgador conforme o excesso e qualidades com que o crime havia sido cometido. Não havendo expressão positiva da morte natural, a morte imediata, *morra por ello* podia significar a morte civil, que incluía, além da perda dos bens, o degredo ou as galés.

Ainda no Livro 5, título CXXXIV, p. 2º são organizadas a matéria do procedimento, da forma de reclamação da vítima de estupro:

(...) 2. E bem assi, se em algum lugar ermo algum fosse ferido, ou espancado, ou alguma mulher fosse corrupta de sua virgindade per força, de noite, ou de dia, e o dito ferido, ou espancado, ou corrupta bradasse logo no dito ermo: foão me fez isto; mostrando logo as feridas, nodoas, ou signal de corrompimento de sua virgindade, e sendo aquelle foão, de que bradava, que lhe o dito mal fizera, amostrado pelo que assi brada, e visto por algumas pessoas no dito lugar, fica o dito maleficio provado. (...) (2004, p. 1311).

Quanto menos mostrasse que aproveitara o ato, que não sentira prazer, mais provado estava o seu não consentimento nesse ato. Não bastava ser estuprada, o Direito exigência brados e as marcas do corrompimento da virgindade. O parágrafo é específico para

mulheres que perdiam a virgindade, o que mostra o que era importante de se fazer na ocorrência do estupro.

A lei de 19 de junho de 1775 foi motivada pela excesso de escândalos de homens que se abandonavam a uma vida depravada, e que vindos cheios de malícias e libertinagem dedicavam-se a corromper o espírito das filhas famílias sucessoras e bem dotadas sob promessas de casamento, muitas vezes abusando da amizade e do parentesco. Nesse contexto as promessas de casamento eram, segundo a lei, uma arma forte para vencer “hum sexo fragil” (Aditamentos ao livro IV, OF, p. 1050). O rei ordena

Incursas no crime de rapto por sedução todas as pessoas, contra as quaes se provar, que alliciarão, solicitarão, e corromperão as filhas alheias, que vivem com boa, e honesta educação em casa de seus pai, parentes, e Tutores, ou Curadores: ou seja sómente por fim libidinoso; ou para conseguirem por este illicito meio hum casamento que não conseguirião pelos da razão e da decencia. (Aditamentos ao livro IV, OF, p. 1050 e 1051.)

A pena condenatória era de 10 anos de degredo para as galés e se fossem nobres, mais 10 anos para Angola.

Em 6 de outubro de 1784 outra lei foi publicada acerca dos esponsais. Esta regulava a solenidade dos esponsais e providenciava acerca das querelas de estupro. Na motivação da lei, a rainha D. Maria adverte para os prejuízos dos bons costumes e o insucesso do matrimônio em Portugal trazidos pela não observância dos ditames do Concílio e da lei de 13 de novembro de 1651. Sendo assim, ela ordena que:

(...) nenhuma pessoa de qualquer qualidade, e condição que seja, possa contrahir Esponsaes sem ser por escritura pública, lavrada por Tabellião, e assignada pelos contrahentes, e pelos pais de cada hum delles; e na falta dos Pais, pelos seus respectivos Tutores, ou Curadores, e por duas Testemunhas ao menos; e que não produzão effeito algum quaisquer promessas, pactos, ou convenções Esponsalicias, que não forem contrahidas por esta fórma (...). (SILVA, A., 1828, p. 361)

Ademais, até os 25 anos permanece a necessidade de autorização dos pais para contrair esponsais. Essa mesma lei também traz disciplina acerca do crime de estupro, em respeito ao consentimento da vítima e a relação com sua idade. Sendo maior de 17 anos, tendo consentido com a violência (?) por sua vontade, não podia ser ouvida em Juízo ao menos que tivesse sido verdadeiramente forçada. Caso a violada fosse menor de 17 anos, podia em todo caso ser ouvida.

Para por este meio illicito, e criminoso se adquirir Direito ao Matrimonio, ou ao dote: Querendo desde logo occorer a tão perniciosos abusos, e fraudes: Hei por bem abolir, e extinguir a querella de Estupro, que pela Ordenação do Livro quinto, Titulo vinte e três compete ás mulheres

virgens, que se deixão corromper por sua vontade. E mando: Primeiro, que nenhuma dellas, excedendo a idade de dezeseite anos completos, ainda que tenha contrahido Esponsaes, possa ser ouvida em Juizo, excepto o caso, em que seja real, e verdadeiramente forçada. (...) Porem sendo a corrupta menor dos ditos dezeseite anos, attendendo a que a inconsideração, que he ordinaria antes da referida idade para evitar a sua ruina, por isso mesmo agrava o crime do seductor: Ordeno, que ou querellando ella nestes termos, ou seus Pais, Tutores, ou Curadores, seja o seductor condemnado criminalmente nas penas arbitriasna sobredita fórma, e além dellas no dote, que lhe corresponder, segundo a sua condição, e qualidade, ficando sem vigor as disposições, e penas estabelecidas na referida Ordenação (...). (SILVA, A., 1828, p. 361-363)

Notemos que o estuprador aqui recebe a mesma denominação de “seductor”. Fala-se em crime de estupro, mas chama-se o violador de sedutor. Os conceitos parecem se misturar.

No Brasil colonial, tendo em consideração a aplicação desta mesma legislação portuguesa ao novo território, já vimos uma adaptação do direito lusitano ao contexto brasileiro, como é o caso das Constituições Primeiras do Arcebispado da Baía. Mais, ainda, outras foram declaradas numa tentativa de melhor aplicar o Direito à um realidade completamente diferente de Portugal, como o Alvará Régio de 4 de abril de 1755 que passou a permitir o casamento entre portugueses e índios.

O casamento continuou o centro, e ainda muito reforçado, da administração da sociedade colonial. A necessidade flexibilizou, por uma parte, o direito, como a permissão de casamentos dos portugueses com índias. Mas por outro lado também proibiu, como é o caso da proibição da fundação de mosteiros na nova terra. A dificuldade de encontrar mulheres adequadas aos padrões metropolitanos, aquela branca-europeia-católica-virgem, levou o poder real, dono de um Brasil multicultural pelos próprios artifícios da colonização, a fazer o que fosse preciso para evitar que as poucas restantes ainda fossem *tentadas* a seguir a vida monástica.

Assim, a Carta Régia de 2 de setembro de 1603 determinou a proibição da fundação de mosteiros de freiras em Pernambuco e na Baía, mas permitiu a fundação de Recolhimentos para donzelas e órfãs, uma vez que estas podiam casar e povoar o Brasil de “gente principal e honrada, que é o intento, com que, do principio do seu descobrimento” (SILVA, J., 1854, p. 22). Em nova Carta régia de 16 de outubro de 1607 (SILVA, J., 1854), novamente foi proibida a fundação de mosteiros, sendo necessário pedir especial autorização ao Rei para suas construções. Em Carta Régia de 11 de março de 1620, o rei nega um pedido de Olinda de construir um Mosteiro de Freiras por

“aquella Villa ser porto de mar, e Conquista nova, que tem necessidade de se povoar, se escusará o que pedem – Porém se quiserem fazer um

Recolhimento de donzelas, para commodidade das filhas dos moradores d'aquelle Estado, que não poderem estar em casa de seus pais, have-lo-hei assim por bem". (SILVA, J. 1855, p. 6).

Feita essa prévia organização das formalidades do Direito em Portugal e o início de uma adaptação desse ordenamento a uma nova cultura, trazemos dois casos sobre casamento e estupro. Ambos demonstram a proteção da honra e da vergonha (NAZZARI, 2001) acima de qualquer outra qualidade a ser preservada para o importante passo do casamento. Tal sistema exigia que as mulheres solteiras continuassem virgens até a chegada do marido e as casadas fossem fieis a esses maridos e as viúvas, honestas, o que significava não ter mais relações com homens a não ser por novo casamento.

3. Caso de Josefa Rodrigues Pires da Silva

O primeiro caso a ser aqui estudado é de sedução e estupro e não cumprimento da promessa de casamento, relatado num documento de 1765 do Arquivo Histórico Ultramarino (1765) diretamente feito pela suposta vítima. Josefa Rois Pires era filha do capitão José Rodrigues Pires e de Teresa de Andrade Pereira. Vivia sob a companhia e na casa dos pais, recolhida para guardar o seu futuro casamento de acordo com a honra de seus ascendentes, quando Manoel Malheiro de Mello, tenente da infantaria paga da Paraíba, começou a seduzi-la com promessas de casamento, carícias e insinuações. Josefa, cedeu sob a promessa certa de casamento. Ela diz que perdeu a virgindade e honra, e mesmo assim, continuou a se relacionar com ele sob a promessa de se casar.

Entretanto, Manoel Rodrigues anunciou o casamento com outra moça, Anna Escolástica Portela. Josefa, durante os banhos da anunciação do casamento, apresentou impedimento e querelou dele por estupro no Juízo da Ouvidoria Geral da Paraíba.

Entretanto, o suplicado recebeu sentença favorável, pelo que Josefa apelou para a Relação do estado da cidade da Paraíba. Entre suas prisões e solturas, por fim, foi condenado a casar com Josefa se ela o quisesse ou pagar 4 mil cruzados para seu dote. O dote, como se vê, continuava a chave para uma vida de sucesso de uma filha de um capitão. Recorrendo com embargos, conseguiu diminuir o valor para dois mil cruzados. O muito interessante é que após pedir novamente revisão do valor da condenação, Manuel e Anna foram até a Igreja matriz e, simplesmente, “ahi se cazarão clandestinamente contra a constituição, e ley deste Reyno, e sem procederem as denunciações necessarias na forma do sagrado Concilio tridentino, como consta da certidão do escrivão do Juízo Eclesiastico” (ARQUIVO HISTÓRICO ULTAMARINO, 1765, fólio 2).

A documentação em estudo menciona expressamente a necessidade e absurdo de não se ter procedido as denunciações proclamadas pelo Concílio, o que mostra que na Colônia as repercussões do Encontro de Trento foram formalmente respeitadas e exigidas.

“Os cazamentos clandestinos alem de serem prohibidos por direyto canonico e civil a nossa ley sinodal constante nunca os defende”. Esse casamento simplesmente aconteceu quando o vigário estava no ofertório e entraram na Igreja Manuel e Anna e disseram em voz alta que recebiam um ao outro como legítimos esposos como manda a Santa Madre Igreja. Assim diz a certidão passada pelo escrivão do crime civil como teor da sentença de Manuel que

do referido se mostra haverem contrahido matrimonio clandestino o qual se fizera logo publico na dita cidade causando notável escândalo aos moradores nella, e que a dita Josefa Pires havia provado Esponsais neste juízo contra o Reo e que também dele tinha querellado por estupro na Ouvidoria daquela comarca cuja cauza tendo apelado para a Rellaçam do Estado fora o Reo condenado a que cazase com a dita Jozefa Pires ou que a dotase em quatro mil cruzados (...).

O documento traz ricas informações sobre a condição do casamento, as promessas e a caracterização do estupro que acusa Josefa, apesar de confessar que consentiu no ato. O consentimento não é enfatizado para caracterizar o estupro alegado, mesmo porque ela confirma que consentiu. Notemos que apenas em 6 de outubro de 1784 houve lei acerca da presunção do estupro para mulheres abaixo dos 17 anos e a possibilidade de serem ouvidas em Juízo.

No primeiro documento a sedução leva a denúncia do suplicado por estupro, mostrando a semelhança dos termos. A querela foi feita no Juízo da Ouvidoria Geral da Cidade da Paraíba. A querela era uma ação particular, privada, diferente da devassa.

Toda a configuração do caso levada a Juízo nos remete para elementos essenciais discutidos na legislação acerca da validade e caracterização do matrimônio. José quando tenta casar com Anna pela primeira vez prepara os banhos, os esponsais, e nesse período Josefa anuncia o impedimento. Tal impedimento pode ser visto, e feita as devidas menções na obra ao Concílio de Trento, nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Baía, no título LXVII: “Impedimentos que só impedem o matrimônio: (...) 2. Esponsaes: convém a saber, se os contrahentes, ou algum delles tem prometido, ou jurado de casar com outra pessoa. (VIDE, 1853, p. 119)”.

Para complicar ainda mais a relação, Manoel e Anna eram parentes em quarto grau de consanguinidade e sabiam e incorreram no crime mesmo assim. Em certidão que foi anexada ao pedido de Josefa, mostra-se que eles foram excomungados, “Excomunham mayor e condemnados em cem cruzados cada hum e em dous annos de degredo para fora do Bispado da Baía i de mais em sincoenta cruzados por saberem estavam ligados com impedimento (...)”

A disposição da decisão se coaduna com que o que encontramos nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Baía, posto que aquele

(...) que casar por palavras de presente com a pessoa, com a qual esteja dentro do quarto grão de consequinidade, ou afinidade, sabendo do tal impedimento, (alem do Matrimonio ser nullo, e se haverem de separar) fique incorrendo em sentença de excommunhão maior, e será preso no aljube, e conmdenado em cincoenta cruzados, e nas mais penas, que parecerem justas. (VIDE, 1853, p. 122).

Para finalizar, Josefa constata que Manuel não tinha bens que chegassem para suportar o pagamento do seu dote. Como solução, ela solicita ao rei que o Capitão mor que o soltou da prisão indevidamente também fosse condenado ao pagamento da parte do seu dote que os bens de Manoel não chegassem, uma vez que se estivesse preso não teria se casado com Anna. Ainda reforça outro pedido de prisão de Manuel até que ele pague o seu dote, mediante busca e apreensão dos bens dele. Caso não fossem suficientes, que os bens do Capitão mor que o soltou indevidamente da prisão fossem usados no complemento.

4. Caso de Teresa Maria do Espírito Santo

No dia 10 de março de 1769, António de Melo Moniz, Alferes de Infantaria paga da fortaleza de Cabedelo, escreveu carta ao rei D. José I relatando um crime ocorrido contra uma sua filha donzela (ARQUIVO HISTÓRICO ULTAMARINO, 1769).

No primeiro documento na cronologia dos cinco que possuímos no Arquivo Histórico Ultramarino o nome da filha não é citado e a petição foi feita por seu pai. A carta conta o fato. A donzela estava em casa com a mãe e irmãs, recolhida na cama quando José Pinto Coelho, secretário do governo da Paraíba, entrou na casa do Alferes com mais dois homens disfarçados e raptou-a. A mãe, notando a ação criminosa, gritou em voz alta usando o nome do rei e veio socorrê-la o próprio marido e o governador que mandou prender o secretário e chamar o juiz ordinário para conhecer do caso. A carta do alferes diz que a esposa de António gritou em altas vozes para que todos soubessem da sua reprovação daquele ato, tudo feito conforme as ordenações indicavam sobre bradar alto contra os atos do agressor.

O juiz mandou inquirir as testemunhas que disseram que nada sabiam. Segundo António, silenciaram para não contrariar o governador. Assim, o juiz mandou logo soltar o secretário e mandou fazer um sumário contra o próprio António por usar pistola e faca de ponta, para que sofresse desonra ou acabasse numa cadeia. António relata que foi humilhado e teve que assinar um termo para não ficar “de todo perdido”. Descreditado, assim, escreveu ao Rei pedindo justiça. O caso começa desde já levantando muitos questionamentos acerca dos relacionamentos políticos do alferes, do governador e do secretário, uma vez que até faz menção a “outros escândalos que acontecem na Capitania”.

Este caso é bastante rico em vários aspectos. Entre os documentos do Arquivo Histórico Ultramarino ainda há mais quatro documentos acerca deste fato, como dissemos,

que mostram as outras versões e a continuação do relatado pelo Alferes. Nove anos depois, em 14 de março de 1778, já no reinado da rainha D. Maria I, António relata novamente o ocorrido, acrescentando novas informações e atualizações (ARQUIVO HISTÓRICO ULTAMARINO, 1778). Ele começa por se identificar e a lembrar no documento que é “huma das pessoas mais principais desta Cappitania da barra da Parahiba”, o que com certeza devemos ter em consideração, pois sua posição deve ter contribuído nas possibilidades de reclamar esse tipo de crime, principalmente de se dirigir diretamente à rainha. Ele tinha 6 filhas e vivia com elas e a mulher no Presídio da Fortaleza de Santa Catarina, fortificação ainda imponente até hoje na cidade de Cabedelo. O governador da capitania, José de Mello e Castro, e seu secretário, o citado José Pinto Coelho, faziam frequentes viagens ao dito presídio, quando o secretário iniciou uma amizade com o Alferes e com uma de suas filhas, Thereza. Percebendo das intenções, o pai tentou afastá-lo da filha para melhor guardar sua honra. Não satisfeito, José Pinto esperou o momento oportuno em que o Alferes estivesse trabalhando e foi com quatro homens armados com catanas e ele com faca de ponta e uma pistola, por volta das 10 horas da noite, e abriu violentamente as portas e raptou Thereza para estuprar sua honra e virgindade contra a vontade de suas filhas, que gritavam no momento juntamente com a mãe por Justiça, clamando em altas vozes. O desfecho do ato foi o envio de Thereza para um Recolhimento na cidade, onde ficou recolhida, até o momento da escrita do documento, que já fazia de sete para oito anos, onde estava desamparada. Nem as reclamações ao Conde de Povolide solucionaram o problema da filha desonrada e do pai humilhado. Por isso, por fim, ele solicitava que sua filha fosse casada e dotada à custa da fazenda de José Pinto.

O terceiro documento encontrado no Arquivo Histórico Ultramarino (1779) está datado de 26 de fevereiro de 1779, ano seguinte do último que analisamos. Dez anos após o ocorrido, Thereza ainda continuava no Recolhimento. O Ofício continua a relatar os abusos cometidos por José Pinto. O documento, desta vez, é do governador da Paraíba, que traz outra perspectiva do acontecido. Apesar da confusão das intrigas entre o alferes, o governador e seu secretário, uma frase chama a atenção, que deixa o leitor afastado do caso pelo tempo e sob a limitação da linguagem ao menos confuso: o governador diz da “sem razam da intempestiva queixa depois de estar o queixo em amizade com os culpados e ter tido na propia caza a filha que dis raptada”.

Noutro documento, temos um requerimento da própria vítima endereçada à rainha, D. Maria I, de 18 de agosto de 1780 (ARQUIVO HISTÓRICO ULTAMARINO, 1780). Pela primeira vez, 10 anos após o rapto, encontramos um documento assinado por ela. Nele, ela conta como ele insistiu em solicitar dela “amores por si” ao que ela cedeu, pela fraqueza de seu sexo. Thereza cedeu e foi despojada de sua honra e virgindade em uma das visitas que ele lhe fazia no meio das noites. Seu pai, desconfiado, aumentou o controle, mas não serviu para impedir o rapto. Durante o rapto ela confirma os brados de

protesto da sua mãe, que fora ameaçada com uma pistola nos peitos. Após o rapto Thereza foi levada para um Canoa que já estava preparada na praia e levada para um recolhimento. Os recolhimentos, como vimos, funcionavam no lugar dos Mosteiros de Freiras, que eram proibidos de se construir. Os recolhimentos acolhiam mulheres que ainda pudessem casar, uma vez que a colônia estimulava o aumento das famílias através do casamento.

Thereza faz uma importante menção à lei de 19 de junho de 1775, já citada e transcrita em parte aqui. Com base nela, a suplicante pede à rainha que o indulto para poder querelar de estupro de José Pinto dispensando o tempo de ano e dia que era requerido, o que foi concedido.

O último documento (ARQUIVO HISTÓRICO ULTAMARINO, 1785) encontrado é o único da mão do José Pinto, acusado. A data: 27 de outubro de 1785, 15 anos depois de decorrido o rapto. Ele defende sua inocência e requer à rainha o seu retorno ao exercício da função de secretário do Governo da Paraíba. Alega que foi acusado injustamente por seus inimigos porque bem servia à Rainha. José Pinto também diz que foi expulso da função pública, perdendo o cargo, por ordem da Rainha quando foi pronunciado pelo crime de rapto. Por fim, percebemos ter havido sentença de livramento do crime de rapto que tinha sido originada por uma devassa tirada por ordem do Conselho Ultramarino e seu nome foi para o rol dos culpados.

Vale, por fim, salientar, que o caso fere, de certo, o livro V, título XVIII, parágrafo 3º mas não o completa considerando a condição de ambos, pai e raptor. Em ambos os casos, acentua-se como previam as Ordenações, o fundo econômico da querela de honra e virgindade: o mais importante a restituir era o dote afetado pela perda da virgindade. Sem isso, não haveria mais bom casamento.

5. Conclusões

Os dois casos estudados claramente referem a duas mulheres de classe superior na colônia, uma filha de Alferes de Infantaria Paga e a outra filha de um Capitão. Isso não pode generalizar os processos e os casos que não chegaram a ser sabidos, por diversas razões, de tantas outras mulheres esturpadas, prometidas e casadoiras em Portugal e na colônia.

A pequena amostra revelou grande riqueza na aplicação do direito. Como é importante perceber que a repercussão das normatizes do Concílio de Trento chegou na colônia brasileira e que também foram aplicadas na capitania da Paraíba, uma das mais antigas e criada ainda no reinado ibérico. Não fica difícil entender, agora, os desdobramentos do reconhecimento da união estável no Brasil (e na Europa) diante de tanta confusão durante séculos acerca das formalidades do casamento e como devemos considerar a vida de um casal e seus efeitos jurídicos e sociais na comunidade. A discussão é alargada ainda mais, hoje em dia, em função da reflexão em torno da qualidade de quem compõe a família, e

aquilo que nunca apareceu em nenhuma ordenação ou outras leis, mas sempre existiu nas cartas de amor, nos romances, nos crimes conhecidos, nas vítimas desaparecidas e nos parentes escondidos. O que não era formalizado no passado vem à tona legitimado ou em sua via: a afirmação das mães solteiras, os irmãos indistintos que herdaram, o casal homoafetivo que se casa e adota, do sobrinho e tia que formam uma família.

Os processos demonstram e comprovam o que a literatura e outros importantes estudos citados já vislumbravam: também na Paraíba era importante a virgindade e vigorava o sistema da honra e da vergonha. Casamento podia ser solução para um problema, ou crime, como ainda o era até poucos anos atrás nos Códigos Civil e Penal Brasileiros, por exemplo, quando o casamento entre agressor e agredida nos crimes sexuais podia servir como causa extintiva da punibilidade daquele. Aos poucos, essa glorificação de um modelo de mulher acostumada a ser corrigida, da santa que não saía de casa era (e não diremos apenas) um modelo - a realidade, principalmente a realidade colonial, mostrou a vivacidade e a necessidade de transgressão; de ambos os lados, de ambos os gêneros.

Já estamos tão longe desses processos? Todas as mulheres do mundo veem perfeitamente a vida fora do casamento? Violência doméstica é um assunto privado, que não pode ser tratado via ação penal pública incondicionada? O estupro é uma realidade distante, improvável de acontecer quando as mulheres estão a passear pelas ruas à noite, com pouca roupa numa calma noite de verão? Estamos livres de caracterizar o crime sexual para além das qualidades da vítima, como mostraram os processos dessas mulheres de conduta exemplar, de vida honesta e casta, debaixo da guarda dos pais honrados e que tinham tido uma exclusiva, única relação com o agressor-acusado? Receamos, com felicidade, acabar com mais questões do que as certezas perigosas que a pesquisa histórica pode nos oferecer.

6. Referências

- BUTLER, Judith. **Gender Trouble**. New York and London: Routledge, 2010.
- CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português (Sécs. XII – XVI)**. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000.
- CABRAL, Antonio Vanguerve. **Epilogo Juridico de Varios Casos Civeis, e Crimes Concernentes ao Especulativo, & Pratico Controvertidos, disputados e Decididos a Mayor Parte Delles no Supremo Tribunal da Corte, & Casa da Supplicação com Humas Infignes Anotaçoens à Ley Novissima da Prohibição das Facas, & mais Armas Promulgada em 4 de Abril de 1719**. Lisboa Occidental: Na Officina de Antonio Pedroso Galram, 1729.
- CASTRO, José de. **Portugal no Concilio de Trento**. Lisboa: Uniao Grafica, 1944.
- COLLECÇÃO CHRONOLOGICA DOS ASSENTOS DAS CASAS DA SUPPLICACÃO E DO CIVEL**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1791.

- FIGUEIREDO, José Anastasio de. **Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da Legislação Portuguesa**. Lisboa: Officina da Academia Real das Sciencias, 1790.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GUIMARÃES, José Jorge Alves. A Evolução das Normas Constitucionais sobre o Casamento nos Arcebispados de Braga e da Baía (1505-1719). In: SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sexualidade, família e religião na colonização do Brasil**. Lisboa: Livros Horizonte, 2001.
- HERCULANO, Alexandre. **Estudos sobre o casamento civil**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand - José Bastos & C^a. Editores, 1866.
- LEAO, Duarte Nunes de. **Leis extrauagantes / collegidas e relatadas pelo licenciado Duarte Nunez do Liam per mandado do muito alto & muito poderoso Rei Dom Sebastiam nosso Senhor**. Lisboa, per Antonio Gonçalvez, 1569.
- MEADOW, Tey. A Rose is a Rose. On producing Legal Gender Classifications. **Gender and Society**, v. 24, n. 6, p. 814 – 837, dec. 2010.
- MERÊA, Paulo. Em Torno do Casamento de Juras. In: **Estudos de Direito Hispânico Medieval**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigenis, 1952, tomo I.
- MONCADA, Luís Cabral de Oliveira. **O Casamento em Portugal na Idade Média**. Estudos de História do Direito. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigenis, 1948, vol I.
- NAZZARI, Muriel. Sem Perda da Honra: a preservação da reputação feminina no Brasil colonial. In: SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sexualidade, família e religião na colonização do Brasil**. Lisboa: Livros Horizonte, 2001.
- PORTUGAL. Arquivo Histórico Ultramarino. Carta do alferes de Infantaria paga da guarnição da fortaleza do Cabedelo, António de Melo Moniz, ao rei [D. José I], denunciando os actos do secretário do governo da Paraíba, José Pinto Coelho, que raptou sua filha; e os procedimentos do governador, que mandou soltar o secretário da prisão, ordenando ao juiz que fizesse um sumário contra ele. Paraíba, 10 de março de 1769, AHU_CU_014, Cx. 24, D. 1852.
- PORTUGAL. Arquivo Histórico Ultramarino. Requerimento de Josefa Rodrigues Pires Silva, filha do capitão José Rodrigues Pires e Teresa de Andrade Pereira, ao rei [D. José I], solicitando que se mande recolher à cadeia o tenente de Infantaria da Paraíba, Manuel Malheiros de Melo, e que dela não seja solto enquanto não satisfazer inteiramente o seu dote, por culpa de sedução e estupro, e casamento clandestino com Ana Escolástica Portela. Paraíba, 5 de setembro de 1765, AHU_CU_014, Cx. 23, D. 1765.

- PORTUGAL. Arquivo Histórico Ultramarino. Requerimento de Teresa Maria do Espírito Santo, filha do alferes de Infantaria da guarnição da fortaleza do Cabedelo, à rainha [D. Maria I], solicitando que se faça devassa contra o secretário do governador da Paraíba, [José Pinto Coelho], pelo crime de estupro e rapto. Paraíba, 18 de agosto de 1780, AHU_CU_014, Cx. 27, D. 2071.
- PORTUGAL. Arquivo Histórico Ultramarino. Requerimento do alferes de Infantaria paga da guarnição da fortaleza do Cabedelo, António de Melo Moniz, à rainha [D. Maria I], solicitando que José Pinto Coelho seja punido pelo seqüestro e estupro da sua filha. Paraíba, 14 de março de 1778, AHU_CU_014, Cx. 26, D. 2001.
- PORTUGAL. Arquivo Histórico Ultramarino. Requerimento do bacharel José Pinto Coelho, à rainha [D. Maria I], solicitando mandar que o suplicante possa reassumir o ofício de secretário do governo da Paraíba, visto ser inocente da acusação do crime de rapto. Paraíba, 27 de outubro de 1785, AHU_CU_014, Cx. 29, D. 2146.
- PORTUGAL. Arquivo Histórico Ultramarino. Ofício do [governador da Paraíba], brigadeiro Jerónimo José de Melo e Castro, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Martinho de Melo e Castro, informando que o alferes António de Melo Moniz conseguiu uma provisão do Conselho Ultramarino para devassar o caso do rapto da filha, sendo pronunciado o seu secretário de governo. Paraíba, 26 de fevereiro de 1779, AHU_CU_014, Cx. 26, D. 2035.
- PORTUGAL. Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Livro II. Reprodução «fac-simile» da 14ª edição de 1870, com introdução e comentários de Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado, 2004.
- PORTUGAL. Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Livro IV. Reprodução «fac-simile» da 14ª edição de 1870, com introdução e comentários de Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado, 2004.
- PORTUGAL. Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Livro V. Reprodução «fac-simile» da 14ª edição de 1870, com introdução e comentários de Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado, 2004.
- PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. Livro II. Reprodução «fac-simile» da edição de 1797. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- PORTUGAL. Ordenações de D. Duarte. Edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes (Lisboa 1988).
- SCLIAR, Moacyr. **Saturno nos Trópicos: a melancolia europeia chega ao Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- SILVA, António Delgado da. **Collecção da Legislação Portuguesa desde a última Compilação das Ordenações – 1775 a 1790**. Lisboa: Typografia Maignrense, 1828.

SILVA, José Justino de Andrade. **Collecção Chronologica da Legislação Portugueza – 1603 - 1612**. Lisboa: Imprensa de F. X. de Souza, 1854.

SILVA, José Justino de Andrade. **Collecção Chronologica da Legislação Portugueza – 1620 – 1627**. Lisboa: Imprensa de F. X. de Souza, 1855.

SILVA, José Justino de Andrade. **Collecção Chronologica da Legislação Portugueza – 1648 – 1656**. Lisboa: Imprensa de F. X. de Souza, 1856.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Baía**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada de Antunes, 1853.

SEGURANÇA JURÍDICA NA PROPOSTA JURISPRUDENCIALISTA

DANIELLE OSORIO SANTOS

Danielle Osorio Santos. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza, especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestranda em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra onde pesquisa precipuamente sobre a atividade jurisdicional. Advogada e professora.

Resumo

O pensamento jurídico tem se confrontado com a necessidade de conceber um direito seguro, seja seguro porque certo, seja seguro porque estabilizador. Pretendemos abordar a segurança jurídica, tendo como uma linha paradigmática o que o normativismo concebia como segurança e como pretendia alcançá-la, damos ênfase, à segurança jurídica visada em uma decisão judicativa, que é a proposta da concepção jurisprudencialista, granjeada através de um exercício metodológico permeado por uma racionalidade prático-normativamente orientada. Em que termos a proposta jurisprudencialista – que concebe o direito como um sistema normativamente aberto – mostra-se apta a promover a segurança através do direito, e como podemos encontrar nesse sistema jurídico a segurança do direito.

Palavras-chave

Pensamento jurídico; Proposta jurisprudencialista; Exercício metodológico; Segurança do direito; Segurança através do direito.

Abstract

The legal thought has been faced with the need to devise a safe right, safe whether because certain, whether because stabilizer. We seek to discuss legal certainty, bearing the comparative line drawn from the normativism when conceiving security and how it intended to supply it; and especially following the legal certainty offered within a judicial decision, which is the jurisprudentialist proposal, reached through a methodological exercise permeated by a rationality normative-practical oriented. In what terms the jurisprudentialist proposal - which conceives law as a normatively open system - is able to promote safety through law, and how can we find in this legal system the legal certainty.

Key words

Legal thought; Jurisprudencalist proposal; Methodological exercise; Legal Certainty; Safety through law.

1. Introdução

A segurança jurídica surge nos horizontes da teoria do direito como valor de extrema importância, já desde os idos da Lei das XII Tábuas¹, esse anseio por leis claras, relaciona-se com um dos aspectos da segurança, que nos remete à certeza da cognoscibilidade do direito (por isso mesmo, tem-se referido a esse tipo de segurança jurídica como certeza), traduzindo-se no conhecimento prévio do direito estatuído e dos efeitos jurídicos atribuídos pelo direito às condutas. É a previsibilidade dada pela lei, ao postular condutas e consequências (efeitos decorrentes da conduta enquadrados na previsão legislativa).

Essa exigência de certeza acompanha aqueles que submetidos a um Estado de Direito, em comunidades, e mesmo aqueles que em algumas situações se “preferem” as alternativas ao direito (vale ressaltar que a esses que buscam alternativas ao direito revela-se de extrema importância precisamente a segurança jurídica, com regras pré-determinadas e efeitos desejados para condutas previstas²).

São experiências a que o homem, sempre inserido em comunidade, vive desde que se coloca em relação. Já nos seio das famílias, e cada pequena célula comunitária, as regras que os rege são colocadas às claras, bem como as consequências para as condutas. É o que percebemos quando a criança, em casa, faz algo errado, indesejado, e já tem, de antemão conhecimento que alguma consequência irá advir. No seio da sociedade, uma comunidade mais ampla e plural, essa certeza e estabilidade são mais difíceis de alcançar, mas não menos exigíveis, afinal, afinal, não seria desejável um direito que não pudesse promover esses valores a ele relacionados.

Vislumbra-se a segurança do direito como uma exigência ligada ao normativismo, e mesmo à forma como o início da modernidade assiste e exige a construção de um direito, tal como o restante dos (tidos como) ramos do saber científico, em que uma racionalidade teórica os pudesse sistematizar e conhecer. Essa era a resposta científica à exigência de certeza perante o direito, ele era totalmente dado, e poderia ser totalmente conhecido na lei³.

1 Primeira tentativa de codificação romana, no período arcaico (por volta do século V) em resposta à demanda da plebe que reclamava por regras claras. (CASTRO, 2007:84)

2 Quanto às “alternativas ao direito” quando preferidas por aqueles que num mundo globalizado concentram grandes riquezas ou poder financeiro, para nós, é especialmente a exigência de uma segurança jurídica, que se traduz em certeza, previsibilidade dos resultados, que motiva a opção por “alternativas ao direito”, já que para esses no “mundo dos ricos”, a justiça é um valor não tão desejado.

3 Delimitando um pouco o leque de abordagens que fazemos dessa segurança jurídica como certeza do direito, nos limitamos a entender como KAUFMANN (2014: 282) no que tange ao imperativo

A exigência de segurança, própria dos estados modernos, onde o homem, envolto em um pluralismo de concepções, culturas e relações sociais exige uma certeza das “regras do jogo”, certeza que o proteja contra os arbítrios do estado⁴ e ainda em suas relações privadas (PECES-BARBA, 1995:133).

O que de sempre se revelou uma ficção (para não dizer utopia), pois conhecer todas as prescrições legislativas (mesmo que somente às quais se estivesse submetido) seria impossível, dada sua quantidade (pois a ânsia em prescrever – prevendo – todos os possíveis comportamentos e situações da vida gera uma verdadeira inflação normativa). Ter-se-á atribuído a Goethe, mesmo que sem precisão a frase: “*se devêssemos conhecer todas as leis, não mais haveria tempo para as violar*”, frase essa que mesmo sem confirmação, não deixa de traduzir as críticas a essa certeza imperiosa que visava o normativismo.

Assim se destaca a exigência da segurança do direito, e o pensamento moderno normativista, contentava-se em seu dualismo (metodológico), o direito era o posto na lei, e em outro momento aplicado, com recurso a técnicas lógicas de dedução e/ou subsunção, a construir uma resposta para o problema, mobilizando a lei. Onde, para o pensamento normativista, confluiria a segurança do direito.

Mas não tardou a perceber-se que o direito assim considerado era permeado de lacunas, antinomias e mais, leis injustas. O que abalaria o edifício seguro do direito considerado como um sistema jurídico constituído por um estrato apenas: o normativo, e se existiam lacunas (hipóteses não previstas nesse estrato unitário), o sistema era falho em termos de segurança.

As lacunas revelaram que o direito não é totalmente certo, pois existem exigências que a realidade prática, no desenvolvimento da história humana vão reclamar uma solução que se revelou não estar prevista na norma. As antinomias denunciaram que esse sistema jurídico é passível de ser palco de colisão de direitos que não foram anteriormente resolvidas na proposição normativa, antes se revelam agora na prática. As leis injustas, por sua vez demonstram que o problema da justiça não foi totalmente resolvido anteriormente na solução legislativa imposta, e que agora o caso concreto instiga a que se coloque em choque a segurança e a justiça (clássico conflito que trataremos mais à frente).

Fruto ainda dessa exigência de segurança do direito, a juridicidade sempre se supriu de técnicas que pudessem extirpar a vulnerabilidade do sistema, aqui assenta-se o fundamento último de institutos como prescrição, decadência, coisa julgada, vigência, *vacatio legis*, notificações, para não mencionar os mecanismos de controle do poder estatal⁵.

de precisão, para que seja seguro, é mister haver positividade, que não se resume a previsão, mas essa previsão deve vir temperada com previsão, deve corresponder exatamente ao que se pretende ver no mundo fático.

4 Note-se que a luta dos modernos sempre foi entre indivíduo e estado.

5 Nossa abordagem pretende ser jurídica e não política.

Esse percurso traçado (através do normativismo, e o anseio dos modernos) por causticante que seja, força-nos a sempre reconhecermos aquele momento em que o homem colocou-se diante do direito como um objeto e tê-lo como ponto de partida na consideração de problemas atuais, pois, devemos ao pensamento moderno cientificista, o pensar sobre o direito, e precisamos recorrer a ele, sempre que nos colocamos diante de reflexões como essas que aqui fazemos.

1.1. A Segurança através do Direito para o Normativismo

Enquanto a segurança do direito, no normativismo traduziu-se no seu casuísmo, a segurança através do direito assumiu feição de controle social, o direito, apresentava-se como instrumento eficaz de regulação de condutas, pacificação social, de imposição de suas soluções à vida social.

A superação da concepção dualista do direito, colocou-nos diante da questão que abordamos, se o direito não está inteiramente contido na lei, se nos furtamos à crença de que há dois momentos no pensamento jurídico, um de índole teórica, na conceitualização e outro na aplicação, como podemos prover a segurança jurídica, que técnicas, que meios podem provisionar o direito dessa qualidade?

Para além da incerteza do direito, também este não poderia ser tão somente um instrumento de controle social, aplicando sempre o seu direito certo, era precisamente dessa opção normativista que este via-se em conflito com a justiça. Essa era outra dicotomia que o normativismo não ousava enfrentar, tendo feito clara opção pela segurança, mesmo quando implicasse renunciar à justiça, pois

a idéia de justiça aponta para uma concepção menos espaçosa, mais delimitada do direito e os valores morais que ela integra e congrega dizem respeito à estabilidade, à paz, à segurança, ao proveito bem repartido e conseguido passo a passo. Na decodificação forte, as virtudes supremas estão na exatidão, no cumprir coerentemente as normas, na obediência à lei tendo em visto o interesse comum. (FERRAZ JR. 2003, 354-355)

A questão que o normativismo não logrou responder, e que nos toca aqui nessas páginas, dentro dessa amalgama de concepções da juridicidade, é como a realização prática do direito tem enfrentado a questão da segurança jurídica.

O que nos interessa, não obstante a necessidade de traçarmos o caminho que acabamos de fazer, não é tanto a segurança jurídica, não obstante necessária, não pode, como já visto, ser colocada como um dogma insuperável, na medida em que o direito tendo-se revelado insuficientemente seguro (certo), não se pode eliminar a possibilidade de ser instrumento de segurança (segurança através do direito - estabilidade).

2. Segurança e Justiça

Mas imputamo-nos o mister de abordar a segurança através do direito na decisão judicativa, o que pretendemos desenvolver a partir da invocação de uma segunda antinomia que se revela relacionada a esse tema, e que em alguns momentos já evidenciamos: a questão da segurança jurídica sempre esteve (tida) em conflito com a questão da justiça⁶. Acredita-se que ante o direito, há sempre uma opção a fazer-se: ser justo, ou garantir a segurança através dele, Como aduz o filósofo alemão no quarto dos seus cinco minutos de filosofia:

owing to human imperfection, the three values of the law – public benefit, legal certainty, and justice – are not always united harmoniously in laws, and the only recourse, then, is to weigh whether validity is to be granted even to bad, harmful, or unjust laws for the sake of legal certainty, or whether validity is to be withheld because of their injustice or social harmfulness⁷
(RADBRUCH, 2006:14)

O pensamento jurídico tem visto nesses dois valores uma relação antinômica, onde o direito precisa optar por ser ou justo ou certo. O normativismo via sua resposta orientada para a certeza, o direito, mais que justo necessitava ser seguro. Em uma inversão de valores (que influenciaram o pensamento histórico-filosófico que o impulsionou) ao abrir mão da liberdade em troca da segurança (BAUMAN, 2003: 26).

A proposta de uma concepção prático-normativa reflexivamente constitutiva do direito visa conjugar esses valores, não os concebendo em forma antinomicamente polarizadas, e que a ordem jurídica não deve optar por um, em detrimento do outro, mas que por estarem em relação dialética são perfeitamente possíveis.

3. A Segurança (através) do Direito na Proposta Jurisprudencialista

A falha do modelo normativista em prover um direito certo, um direito seguro em si, acabou por desvelar a real necessidade do valor segurança jurídica, que está ligada à segurança através do direito, de forma que o pensamento jurídico passou a preocupar-se não somente com a precisão e previsibilidade, mas também com o valor estabilidade.

O direito apresenta-se na sociedade como esse auxílio que se presta a garantir uma estabilidade nas ordens humanas, sociais, morais, da vida em sociedade. O direito deve

6 O que não é de todo estranho, se entendermos a exigência da justiça ligada ao princípio da igualdade e a segurança jurídica ligada ao princípio da liberdade, valores esses que estão também em relação delicada. (BOBBIO, 2000: 422).

7 Devido à imperfeição humana, os três valores do direito – utilidade pública, certeza jurídica e justiça - não estão sempre unidas harmonicamente nas leis, e o único recurso, então é sopesar se a validade deve ser concedida mesmo para leis más, prejudiciais ou injustas, pelo bem da certeza legal, ou se a validade lhes deve ser retirada dada sua injustiça ou periculosidade social. (Tradução livre)

prestar-se a ser essa fonte de segurança a promover uma pacificação social, diante de conflitos de interesses ou inseguranças produzidas por indefinições que sejam necessárias superar. Todo direito deve prestar-se a isso na vida do homem em sociedade, seja quando concebe-o de forma autônoma a ela (sociedade) ou não.

A segurança através do direito, é esse equilíbrio que se busca mobilizar o direito (que investido de *auctoritas*) a conferir à existência humana a garantir a paz social, o equilíbrio nas relações. A segurança através do direito é alcançada, quando o indivíduo tem a seu dispor instrumentos jurídicos, e o próprio direito, à sua disposição, para fazer valer suas exigências de sentido ou justiça, para garantir-lhe equilíbrio nas relações e outras tantas situações da vida. Com Hart afirmamos:

se estudarmos aquilo que está de facto implicado em qualquer método de controlo social- regras de jogos e também direito – que consiste primariamente em padrões gerais de conduta comunicados a categorias de pessoas, das quais se espera então a compreensão e a conformação com as regras, sem ulterior directiva oficial. Para que o controlo social deste tipo funcione, as regras devem satisfazer certas condições: devem ser inteligíveis e ao alcance da capacidade faz pessoas e, em geral, não devem ser retroactivas, embora excepcionalmente o possam ser. (HART, 2001 :223)

Em um exercício metodológico, orientado por uma racionalidade prático-normativa, a segurança através do direito, essa dimensão de estabilidade se encontra no estrato do sentido do direito, bem como no princípio normativo dele decorrente.

No horizonte da realização do direito recorrendo-se ao sistema jurídico tal como o concebe o jurisprudencialismo, podemos, portanto, pensar na segurança através do direito. Isso porque para o jurisprudencialismo concebe o direito intimamente ligado à prática, o direito se revela e se constitui na prática, a partir da provocação de um problema, que suscita um juízo.

É na mediação do juízo que emergem os critérios a serem mobilizados quando da realização judicativa e é justamente o sistema que fornecerá os elementos que possibilitam uma estabilidade (segurança jurídica). É no sistema que estará a segurança, mas o jurisprudencialismo não concebe o sistema como auto revelador em situação estática, ele reclama um problema que lhe exija solução para que então se revele e se constitua continuamente. Assim entende o mestre de Coimbra:

A intenção axiológico-normativa do direito vai logrando a sua objetiva manifestação e a sua determinação na normatividade do sistema jurídico – com a pluralidade dos seus elementos normativos, em que concorrem os princípios jurídico-normativos (os fundamentos), as normas (os critérios) e a elaboração reconstituente da dogmática (a racionalização e institucionalização normativo-jurídicas) mas integrada numa constituenda e totalizante

unidade intencional. Pelo que a realização do direito acaba por revelar-se com dois pólos: um no sistema (na intencionalidade normativa que o sistema jurídico vai manifestando), o outro no *problema* (no problema específico e do caso concreto decidendo). (NEVES, 2010a: 373)

O jurisprudencialismo nos propõe um modelo de realização do direito que rompe com o dualismo normativista⁸. Primeiro oferece-nos uma racionalidade prático-normativa a orientar o processo de decisão. Segundo, propõe um caminho que se faz caminhando, ou seja, um direito que se constitui à medida em que é realizado, e tudo, a partir de uma dialética entre sistema e problema, tendo neste último o seu *príus* metodológico.

O tipo de racionalidade implicado nessa concepção da juridicidade, que não teórica como o modelo proposto pelo normativismo, nem instrumental, como o proposto nas concepções funcionalistas; mas uma racionalidade prático-normativa e de fundamentação. E uma racionalidade essa orientada para a relação dialética entre sistema e problema.

O sistema jurídico aparece como sendo formado por diversos estratos (enquanto o normativismo nos oferece um sistema formado por normas legais), que entendemos serem quatro: o estrato dos princípios normativo-jurídicos, o estrato das normas, um terceiro estrato ocupado pela jurisprudência, e um quarto onde se encontra a dogmática. A esses estratos todos perpassa uma intenção axiológica fundamentante a que se reconhece como sendo o sentido do direito, ou seja, aquilo que nos faz reconhecer o direito como direito.

Não podemos deixar de falar da concepção antropológica do homem enquanto pessoa, porque é nesse intento que está orientado esse sentido do direito é essa a ordem última de validade de todo o sistema, e o ponto de onde se objetiva o princípio normativo, aquele que dá validade às suas construções normativas e jurisprudenciais.

O homem, no jurisprudencialismo é tomado não a partir da visão individualista do modernismo e nem na visão diluída no estrato social do funcionalismo, mas um homem concebido enquanto pessoa, a considerar a sua relação e constituição no meio em se encontra, essa concepção da juridicidade concebe o homem enquanto em relação, com valores inerentes a si, por ser homem, categoria ético-filosófica, mas que em relação na comunidade, adquire responsabilidades para com ela e com os outros homens como ele.

Existem dois estratos do sistema jurídico que estão mais diretamente ligados à segurança através do direito: o sentido do direito e o princípio normativo (NEVES, 2013: 280), sendo este “*princípio normativo esse objetivado na ‘consciência jurídica geral’ qual seja ‘a síntese de todos os valores e princípios normativos que nessa comunidade dão sentido fundamental ao direito ou que verdadeiramente lhes conferem o sentido de direito.’*”. E no quadro da decisão judicativa, emerge com especial importância a exigência de fundamentação.

⁸ Referimo-nos aqui ao dualismo metodológico do normativismo.

Emerge com destaque a dimensão axiológico-jurídica do sistema, como vimos explicitado por Neves:

Um outro nível, já essencialmente jurídico tem a ver com os valores e princípios que no nosso tempo histórico-cultural são imediatamente postulados pelo sentido último do direito, pelo sentido do *direito como direito* – valores e princípio já antes considerados e que agora de novo convocamos. O valor da pessoa humana e o valor relativamente autónomo da comunidade, e bem assim os princípios que decorrem da correlatividade e integrante dialética entre esses valores: o valor da dignidade humana, a implicar a personalidade ético-jurídica e o reconhecimento do homem como sujeito de direito (não mero objecto disponível), e os correlativos princípios da autonomia, da igualdade, etc., por um lado; os princípios da justiça (com as suas explicitações comunitativas e distributivas), da segurança jurídica e da paz, e bem assim, da corresponsabilidade e da solidariedade comunitárias, etc., por outro lado. A síntese entre aqueles valores e estes princípios, enquanto a matriz radical e o fundamento último do sentido do direito *como direito*, têm-lo designado pela comunitária *consciência axiológico-jurídica*. (NEVES, 2010a: 281)

Pois aí se encontram sintetizadas essas exigências de valor. Essas exigências de valor, esses princípios, vão, com o decorrer do desenvolvimento histórico, se objetivando no sistema, quer pela mediação normativa, quer pela mediação judicativa.

Da concepção do homem como pessoa acima referida decorre o princípio normativo⁹, que irrompe no sistema jurídico como a exigência de validade normativa referida a esse homem. Portanto, o princípio normativo irrompe como um produto cultural humano, ligado a uma perspectiva histórico-cultural, pois em cada homem concebido dentro de um horizonte cultural específico, vai exigir um determinado conjunto de valores a dar sentido à produção cultural que dele emana e o rodeia.

É nessa objetivação da exigência de sentido (leia-se: princípio normativo¹⁰), que expressa valores que o homem culturalmente considerado exige, que emerge a segurança jurídica (e podemos dizer também, mesmo não sendo o objeto aqui discutido, mas que já referenciado, a justiça – e cumpre-nos fazê-lo, pois já se vão, então, resolvendo as antinomias entre os dois valores).

9 Ousamos cogitar que um dos motivos pelos quais o normativismo não conseguia oferecer um direito seguro (certo ou estável) fosse porque sequer cogitou a presença de um princípio normativo. O seu sistema encontrava seu fundamento de validade último em uma *auctoritas*, e isso bastava, não se buscava fundamentações trans-legais..

10 É no respeito à objetivação daquela consciência jurídica geral, que os homens que se submetem a determinado sistema jurídico carregam em sua subjetividade, mas que no sistema vai sendo objetivado, o que é feito através dessa exigência de sentido que se faz a todos os estratos, e para o qual estão orientados: o princípio normativo.

3.1. *A Segurança do Direito no Jurisprudencialismo*

Sendo uma concepção da juridicidade que concebe o direito não como um sistema fechado, com uma imanência estática e em termos descritivos completamente pré-visto, mas como um sistema aberto, de normatividade aberta, em que vai sendo conhecido à medida em que mobilizado (confrontado com problemas) e mesmo constituído a partir das próprias decisões que o revelam, o jurisprudencialismo não se furta à missão de oferecer um direito que garanta sua segurança em termos de certeza.

Não como o propunha o normativismo, sendo um sistema normativamente fechado, mas à sua forma, ao disponibilizar não “somente” no sentido do direito a garantia de que a juridicidade sempre expressará essa consciência jurídica geral da sociedade, objetivado no princípio normativo. E se não se basta, ainda as normas jurídicas aparecem como um estrato do sistema de objetivação da intersubjetividade desse sentido, ainda podemos convocar um outro estrato, a dogmática jurídica.

A dogmática tem uma função específica de estabilização que nos importa aqui: o estrato da dogmática jurídica. Esse estrato é responsável por traduzir ou elaborar as expressões do direito vigentes, com seu sentido prático, a partir dos estratos do sistema (incluindo-se as produções jurisprudenciais que é um momento importante da constituição do direito). A “função estabilizadora” da dogmática é importante para o jurisprudencialismo, na medida em que este, sendo um sistema normativamente aberto - porque poético - encontra na dogmática essa estabilização (o que ousamos afirmar como segurança do direito).

4. **A Decisão Judicativa e a Garantia de uma Segurança através do Direito**

Como já se pode vislumbrar, a decisão alcançada através da relação entre o sistema e um caso julgando, é uma decisão que se propõe solucionar um problema através de sua aproximação com todos os estratos do sistema jurídico. Essa decisão sempre remeterá ao sistema, de forma que a segurança através do direito se coloca no momento em que esse sistema se propõe a dar uma resposta jurídica aos problemas.

A segurança que a decisão judicativa garante, porque baseada em uma racionalidade prático-normativa de fundamentação é uma segurança através do direito, isso porque o discurso prático se abstém de buscar conhecer o direito totalmente posto no sistema (e evocando RADBRUCH segurança do direito é positividade), pretende uma segurança de oferecer uma resposta correta ao problema que o instiga

Como antes referido, a segurança jurídica que vai objetivada no princípio normativo, e que é manejado a partir da dialética entre sistema e problema. O jurisprudencialismo entende a decisão fundamentada nos critérios mobilizados no sistema jurídico, dentre eles o princípio normativo e os princípios normativos.

Mas como isso se objetiva numa decisão? Em primeiro, é necessário considerar que o sistema, por si só não oferece a solução para um problema juridicamente relevante, o juízo deve ser produzido a partir da relação dialética entre ambos. O problema (como *prius* metodológico) com sua intenção prático-normativa é aproximado ao sistema jurídico pela mediação do juízo.

A síntese dessa aproximação - tornada possível por meio da analogia - entre o sistema e o problema, constituirá uma decisão prático-normativamente ajustada, a partir da assimilação do último (o problema decidendo) pelo primeiro (o sistema jurídico com todos os seus estratos constituintes e sua intenção prático-normativa).

Assim, esse exercício metodológico visa exorcizar a *voluntas* do decidente – e sua possível subjetividade - e procura oferecer uma solução que se encontre efetivamente como produzida a partir da aproximação entre sistema e problema, decisão essa que necessita estar fundamentada nos critérios manejados no sistema, a decisão reconduz a uma fundamentação.

Diante da problemática da segurança, uma outra questão pode ser posta: uma decisão que mobilize o princípio normativo como fundamento, porque é indeterminado, não poderá acabar por perverter seu sentido? Uma resposta inadequada inevitavelmente abalaria a estabilidade propugnada pela segurança através do direito.

Três garantias podem ser convocadas contra esse perigo, uma intencional, uma institucional, e uma metodológico-jurídica. A garantia intencional traduz-se na consonância que deverá haver entre a decisão e o princípio normativo convocado, e essa consonância será alcançada através mesmo do processo judicial que se prontifica como um eficaz instrumento de controle da realização do princípio normativo - e essa é a garantia institucional.

A garantia metodológico-jurídica conforme fomos construindo dessas últimas páginas, é a produção de uma decisão judicativa (mobilizando uma racionalidade prática de fundamentação, a confrontar um sistema e um problema) que se refere aos seus fundamentos.

5. A Questão das Fontes do Direito

Uma última referência que nos importa fazer aqui (insuficientemente, reconhecemos) é que o problema da segurança jurídica, especialmente a segurança do direito, estaria ligado ao problema das fontes do direito. Conhecer o direito implica saber de onde vem o direito, para que possa ser encontrado. O normativismo intentava contornar essa exigência através de uma única fonte de direito: a norma.

Um dos sentidos de ‘fonte do direito’ é o de ‘fonte de conhecimento’, o *quid* por que se conhece o direito ou o *locus* onde ele se revela, encontra

e oferece. Ora, sabendo nós que para o positivismo jurídico o direito é concebido como um *pressuposto-dado* e que o seu modo de o considerar é o de *conhecimento* (modo teórico), não será de estranhar que, com exclusão dos outros ou com indiferença pelo relevo que eles possam ter globalmente no problema, esse pensamento jurídico tradicional, e ainda em grande parte o nosso, se fixe nesse sentido possível, postulando-o como o sentido especificamente jurídico ou o técnico-jurídico, o sentido que seria próprio da ‘ciência do direito em sentido estrito’. Quer dizer, deste modo aquele pensamento jurídico pode-se poupar ao esforço quer de esclarecer e pôr fundamento o problema antes de prescrever a solução, quer de justificar essa sua solução prescrita perante a intenção e o conteúdo problemáticos (NEVES, 1975: 124-125)

Enquanto o normativismo apostou em uma fonte única do direito, a norma, o jurisprudencialismo propõe, como acima explicitado, uma pluralidade de fontes do direito, onde a segurança é assegurada pelo sentido do direito e o princípio normativo, que o objetiva.

6. Conclusões

A exigência legítima que se faz ao direito para que seja certo e estabilizador e que não implique no sacrifício da justiça é um desafio que o jurisprudencialismo pretende assumir e responder, à medida em que o direito se constrói e decide os problemas que lhes são apresentados.

Em síntese, um juízo que assume no problema o seu *prius* metodológico, a desafiar o sistema a mobilizar-se para realizar o direito. O decidente, assume esse encargo e a partir do problema, em relação dialética com o sistema, orientado pelo sentido do direito a ser revelado na prática, e a concepção do homem como pessoa. Essa é a segurança através do direito que o jurisprudencialismo pretende garantir.

Entendemos que quando se fala de decisão judicativa, alcançada por meio de um exercício metodológico orientado pela concepção jurisprudencialista do direito, em primeiro se pensa em segurança através do direito. Concluímos, mesmo em sede de um sistema normativamente aberto, ser possível também a segurança do direito. Não uma segurança do direito nos termos em que o normativismo apregoava e falhava em alcançar, mas em termos de um direito que se constrói a partir de uma exigência de sentido que está na sociedade mesmo. A segurança do direito, no jurisprudencialismo, entendo encontrar-se no próprio sentido do direito, que é essa “consciência jurídica geral” de valores que perpassam todo o estrato social e exige.

Em termos diretos, o juiz, instigado pelo problema que lhe é posto, compulsa o sistema jurídico, que não é formado apenas por normas, mas normas que encontram validade

em princípios normativos (emanados do sistema e ditos pela ordem jurisdicional), que por sua vez fundamentam a decisão, e que por sua vez se tornam linhas orientadoras ao sistema. É assim, que o direito vai sendo prudencialmente construído em uma relação.

O modelo metodológico proposto pelo jurisprudencialismo exige a produção de uma decisão fundamentada no sistema. Trata-se, na verdade, de vincular o juiz a apresentar as razões de sua decisão e estas devem estar inscritas nos materiais mobilizados no sistema jurídico, não obstante este supostamente disponha de maior liberdade na valoração e confronto desses materiais frente ao problema. O que no fundo vai garantir a segurança jurídica, pois passa a ser um valor a ser objetivado, mobilizado e ponderado em todo o sistema, em aproximação ao problema judicando.

Para exorcizar o arbítrio a que pretensamente se invocaria aqui, o juiz está submetido à utilização de pontos cardeais orientadores da solução jurídica a ser proposta. A decisão será alcançada a partir da mobilização dos estratos componentes do sistema jurídico, e a partir de uma racionalidade própria a um esquema metodológico que deriva sempre dessa mesma concepção.

A decisão, além de fundamentada, deve estar em consonância com o sentido do direito, que exerce o papel de orientador; segundo, deve buscar os critérios de validade da normatividade jurídica expressos pelos princípios normativos encontrados no próprio sistema.

Enquanto o normativismo apostou na certeza do direito, com um sistema fechado e que por isso propunha que o direito dessa forma realizaria a sua função de pacificação social, e que os problemas de lacunas e antinomias acabaram por reclamar uma revisão desse pensamento; a proposta jurisprudencialista aposta na segurança através do direito no momento em que possibilita a que a ele se ponha o problema e se compromete com a garantia de que a resposta que lhe dará será uma resposta jurídica e não qualquer outra resposta.

Um sistema normativamente aberto e poético, mas que referido a um princípio normativo que objetiva as exigências de sentido de um homem concebido como pessoa, é um sistema que produz uma decisão judicativa que não se furta à segurança através do direito, e nem mesmo à certeza do direito.

7. Referências

Adeodato, João Maurício. **Filosofia do direito (uma crítica à verdade na ética e na ciência)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Bauman, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

- Bobbio, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- Castro, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Cunha, Paulo Ferreira da. **Iniciação à metodologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 2014.
- Ferraz Junior, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito (técnica, decisão, dominação)**. São Paulo: Atlas, 2003.
- Hart, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- Kaufmann, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- Neves, A. Castanheira. As fontes do direito e o problema da positividade jurídica. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. LI, p. 115-204, 1975.
- Digesta**, vol. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a (reimpressão).
- Id.. **Digesta**, vol. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b (reimpressão).
- Id. **Metodologia Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013 (reimpressão)
- Id. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014 (reimpressão).
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. Legal security from the point of view of the philosophy of law. **Ratio Juris**, Oxford, vol. 8, n. 2, 127-141, July 1995.
- Radbruch, Gustav. Five minutes of Legal Philosophy (1945). **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 26, n.1, p. 13-15, 2006.

UNA TEORÍA DEL CONSENSO PARA LA ECONOMÍA Y EL DERECHO

JOANA STELZER

Doctora y Máster en Derecho, en la área de Relaciones Internacionales (UFSC). Profesora en el Departamento de Ciencias de la Administración y del Programa de Pos-Grado en Derecho (PPGD) de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC).

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

Doctor en Derecho Económico en la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, Brasil, Doctor en Derecho Internacional Económico en la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina, Máster en Derecho en la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Graduación y en el Programa de Pos Grado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumen

Se pretende estudiar una teoría de consenso para la creación de un Paradigma Jurídico-Económico propio para la implementación de un Orden Económico Internacional vuelto para el desarrollo sustentable, justo y eficiente que, incluso, en el proceso de globalización, haga la armonización de las doctrinas y legislaciones objetivando, al fin, la consagración de una principiología apropiada para el Orden Constitucional Económico de las Constituciones de Brasil y Europeas, según el *Principio de la Eficiencia Económico Social (PEES)*, así como, sugerir la principiología de la *Análisis Económica del Derecho (AEDE)*, aunque conforme se defiende en este escrito, para la creación o análisis de las normas jurídicas. Para tanto, se hace el estudio de una construcción teórica que búsqueda el equilibrio propio de una *Teoría Consensual para el Derecho*, aconsejando una apreciación del mismo conforme el *Pluralismo Jurídico-Económico Libero-Social*, según inspiración en autores como Habermas, Walter Eucken, John Rawls, Adam Przeworsky, Norberto Bobbio, Dworkin y Henry George. Así, cierra-se el trabajo con la proposición de una efectiva aproximación del Derecho y la Ciencia Económica, demostrando la posibilidad de ordenación de los hechos económicos por el Derecho Económico y la utilización de la Teoría Económica para la creación y interpretación del Derecho, por medio de la *AEDE*. El método utilizado en la investigación es el deductivo. Cuanto a los fines, trato-se de

análisis exploratoria y explicativa, aunque presentando al fin, el PEES, como una reflexión crítica relativa al comportamiento económico-jurídico.

Palabras clave

Análisis Económico del Derecho; Principio de la Eficiencia Económico-Social; Derecho y Economía.

Resumo

Pretende-se estudar uma teoria de consenso para a criação de Paradigma Jurídico-Econômico próprio para a implementação de Ordem Econômica Internacional voltada para o desenvolvimento sustentável, justo y eficiente que, incluído no processo de globalização, implique na harmonização das doutrinas e legislações objetivando, por fim, a consagração de principiologia apropriada para o Ordenamento Constitucional Econômico das Constituições do Brasil e Europeias, segundo o *Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES)*, assim como, sugerir a principiologia da *Análise Econômica do Direito (AED)*, conforme se defende, para a criação ou análise das normas jurídicas. Para tanto, faz-se estudo de uma construção teórica que procure o equilíbrio próprio de uma *Teoria Consensual para o Direito*, indicando a apreciação do mesmo conforme o *Pluralismo Jurídico-Econômico Libero-Social*, segundo inspiração em autores como Habermas, Walter Eucken, John Rawls, Adam Przeworsky, Norberto Bobbio, Dworkin y Henry George. Assim, finaliza-se o trabalho com a proposição de uma efetiva aproximação do Direito e da Ciência Econômica, demonstrando a possibilidade de ordenação dos fatos econômicos pelo Direito Econômico e a utilização da Teoria Econômica para a criação e interpretação do Direito, por meio da *AED*. O método utilizado na investigação é o dedutivo. Quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa, ainda, apresentando ao fim, o PEES, como reflexão crítica relativa ao comportamento econômico-jurídico.

Palavras-chave

Análise Econômica do Direito; Princípio da Eficiência Econômico Social; Direito e Economia.

1. Introducción

A partir de la praxis económico-jurídica, intentase sugerir un paradigma teórico capaz de influenciar la elaboración de nuevas formas de pensar el jurídico-económico o de crear o interpretar las normas o instrumentar, técnicamente, la tomada de decisión por los *policy-makers* para que se alcance *concreción* al Derecho. Se cuestiona pues el paradigma principiológico que rige la Orden Económica Internacional, siendo, incluso, tornado

principio mayor de un Orden Jurídico-Económico para el gran mercado, un eficaz y eficiente sistema de tomada de decisión, en las esferas jurídica, administrativa y legislativa, a través del uso del enfoque normativo-interpretativo del AEDE y del PEES.

Determina-se, por lo tanto, la economicidad y la prioridad del PEES, por parte del tomador de decisión, posibilitando la acomodación, en términos de praxis ideológico-normativa, entre los fines racionales económicos del Derecho y la necesidad elemental de equidad o de oportunidades en términos de recursos, empleo, educación, bienestar social mínimo, entre otros deseos de las naciones participantes de esta nueva etapa del capitalismo que puede ser libero-social. Doctrinariamente, tratase del intento conciliatorio entre John Rawls y su Teoría de la Justicia Equitativa, Dworkin y su *Chain of Law*, Adam Przeworsky y su capitalismo con social-democracia y Habermas con su Razón Comunicativa, cuando de la tomada de decisión, con la racionalidad y ética de fondo económico-eficientita de la AEDE por medio de la intuición del PEES.

Tal acomodación teórico-normativa, como discurso jurídico-económico, en verdad, cuestiona la aceptación o condenación de un Derecho individualista dirigido para el uso exclusivo de la propiedad, después de desconsiderada la utopía del tener comunitario, por la partilla social del uso de la propiedad que debe ser socialmente acepto según el apropiar racional. En efecto, una teoría de consenso justificadora de principio paradigmático para regir el Orden Económico Internacional no puede desconocer que, para la propiedad, debe ser determinado su uso racional y eficiente, sin ser desconsiderado, entretanto, el carácter reflexivo de las acciones propias de los agentes económicos que, constantemente, en su praxis, modifican el destino de la riqueza en sociedad.

A pesar de no se desconocer el medio social de mercado, bien como, el intuito eminentemente comercial, conforme prioridad para la libre competencia y del espíritu integracionista que impera en el ambiente internacional, en el egoísmo de la tomada de decisiones internacionales de forma racional y eficiente queda, para el Planeta habitado, la integración y un proceso de globalización que torna evidente, no más, la acumulación local de capitales, y, sí, la lógica de explotación internacional de los recursos que pasan a ser disputados para usos eficientes, condenándose, consecuentemente, el desperdicio en función de la escasez, ya que, las irracionalidades no pueden más ser toleradas cuanto a los escasos recursos de la naturaleza, no renovables.

El Derecho Internacional Económico debe buscar el equilibrio, tal cual ocurre con el viejo *sistema de vasos comunicantes*. En un contexto de mercado internacional, es procurado el equilibrio económico como forma de internacionalización de costos y rentas inherentes a procesos económicos diseminados, equalizados y accesibles a los diversos pueblos. Recusase una ventaja de precio menor o de ganado líquido mayor a coste de las pérdidas, socialmente injustificadas, impuestas a los individuos, nacionales o no, en función de la manipulación de las condiciones para las industrias - interna y externa - como un todo,

mejoraren su desempeño y condiciones de competitividad sin considerar el costo social -externalidad. Como resultado deseado del *proceso global utópico*, son posibilitadas, al menos teóricamente, industrias igualmente competitivas, condiciones de empleo idénticas, en los diversos países y precios equilibrados en un mercado global.

Deben ser extirpadas, del Orden Económico Internacional, las fajas de mercado que, consecuentemente, señalan, equivocadamente, para los agentes económicos; promoviendo el desvío de comercio y manteniendo el nivel artificial de precios, como, también, impulsando el cambio de recursos económicos que pasan a ser empleados en otros procesos productivos ineficientes; posibilitando, en el largo plazo, la escasez de los bienes y la pobreza social en virtud de la expulsión de las masas de trabajadores que quedan desempleados y de los ciudadanos que pierden el acceso a las condiciones mínimas de sobre-vivencia. El mercado, ineficiente y socialmente indiferente distorsiona las expectativas económicas, generando negativa adjudicación de los recursos, pierde su natural atractivo para futuras inversiones en virtud del *costo social* que impone a sus agentes incluidos, sea por la no optimización de los recursos envueltos, sea por el costear de los gastos para manutención de la masa de excluidos – previdencia social, servicios públicos, etc.; sea por el encarecimiento causado en virtud de la operación del nivel de seguridad, cada vez mayor, para la clase insegura en el sistema económico, propia de la acción violenta y paralela de las categorías excluidas – necesidad de aumento del aparato de seguridad policial, del sistema de prisiones, etc.

Respectado, entretanto, el costo social de mercado, todo el emprendimiento eficiente debe ser bien venido en una economía de libre competencia - propia del capitalismo socio-liberal - mismo que ocasionando el cambio de factores productivos, mal alocados, para otras actividades que presenten mayor ventaja económico-social y en que, por consecuencia, el lucro sea mayor. Considerada, entonces, la necesidad de una nueva perspectiva para el instituido, aunque a partir de una visión intrínseca al propio Sistema Económico Capitalista de Mercado, permanece, para el presente planteo, verificar la forma como el AEDE puede ser utilizado como instrumental analítico-interpretativo del Orden Económico Internacional, integrándose la normatividad jurídica y la Ciencia Económica.

2. ¿Lo que es una Teoría del Consenso para Economía y Derecho?

En la actual etapa de desarrollo de las economías capitalistas de mercado, es verificable un fuerte cuestionamiento popular sobre la funcionalidad del Derecho para la solución de los conflictos sociales, sea cuando de la elaboración normativa, sea en su aplicación al caso concreto. Efectivamente, si el modelo jurídico kelseniano no corresponde a las necesidades sociales, también, no se puede defender el extremismo de desacreditar las instituciones y los sistemas jurídicos. Buscase solución intermedia y conciliatoria entre la racionalidad económico-comercial, la gobernabilidad substantiva y la formalidad jurídica, en favor de

un Derecho que; antes de ser un discurso totalmente liberal, o absolutamente dirigente, debe alcanzar una pragmática persuasiva cuanto a la aptitud socialmente eficiente.

De esta forma, tanto los poseedores como los desposeídos, tanto los incluidos como los excluidos, tanto los sometidos a la jurisdicción como los no sometidos pasan a tener un canal común de acceso a la justicia, no como ideal no apropiable y, sí, como solución instrumental del real y momentáneo que urge una decisión pragmática y eficiente.

Pugnase por una teoría de consenso que legitime la racionalidad económica por la justa distribución social de los beneficios del mercado, así como, *internalice los* costos sociales que pasan a ser circunstancias endógenas al propio sistema económico-jurídico que debe responder adecuada y concretamente sobre la efectividad de la Justicia económica con el imperio del PEES en el mérito jurídico-legal. La complementariedad entre el Derecho y la Economía rediscute la crisis del Estado intervencionista o *Welfare-State*, contribuyendo para la revitalización del Estado, ya, minimalista, y de sus instituciones, aun así, dentro de un contexto económico-social distinto – globalizado que exige, por su vez, una visión social, necesaria y justificadora de la intervención estatal en la orden económica - de mercado – una vez que persisten, en este, las fajas que determinan su imperfección y consecuentes costos para las sociedades envueltas. Apropiada a las nuevas circunstancias de la economía de mercado neoliberal y conforme a la transición entre el viejo Derecho Económico y el nuevo Derecho y Economía,¹ se debe esbozar un Orden Jurídico Económico Internacional vuelto para el desarrollo de todos los pueblos.

En cuanto el viejo Derecho Económico trataba de las legislaciones Antitrust, de política fiscal y otras de carácter macroeconómico, el nuevo Derecho y Economía - *AEDE*, trata de aplicar las premisas básicas de la microeconomía, subdivisión metodológica de la Teoría Económica, a los diversos ramos del Derecho, objetivando la eficiente respuesta para el conflicto social y para la adjudicación de riquezas en sociedad. Intenta-se, pues, la abordaje de la temática inherente a el *AEDE* y al ya referido *PEES*, mediante instrumental teórico-crítico capaz de posibilitar el camino doctrinario con carácter consensual y persuasivo, tornando exequible y efectiva la comprensión de la principiología que debe regir la operación de las premisas económico-jurídicas verificadas en la realidad del Orden Económico Internacional.

El *AEDE*, inicialmente, desarrollada en los Estados Unidos de América - *EUA*, inserida en el estudio del Derecho en el final de la década de sesenta, hace, aquí, cuestionar sino, como última sustancia del Derecho, su racionalidad económica, sirviendo, por lo menos, su

1 Al abordar el, entonces, nuevo discurso de Ronald H. Coase, Bruce Ackerman refiere a una continuidad entre el viejo Derecho Económico y la nueva *Análisis Económica del Derecho* explicitando: *Sólo con el nuevo "análisis económico del Derecho", el movimiento se convierte en un verdadero reto para la ortodoxia realista porque entonces es cuando se hace evidente que el realismo está siendo puesto en duda (...)*. Ver en ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, traducción López Guix, Juan Gabriel, Ariel, Barcelona, 1988. p. 85.

sorprendente capacidad metodológica para la análisis del fenómeno jurídico, propiciándole método seguro de evaluación de las diversas hipótesis posibles para la tomada de decisión, evitados la no-confortabilidad, o injusticia, de la política y de la aleatoriedad en la escoja de criterios de justicia. En así siendo, compete, al hombre, apropiar el ideario de justicia de la forma más amplia y exenta posible. Por lo que, se defiende la manutención de mínima equidad que posibilite al justo social, sin descuidar del uso racional de la riqueza. A pesar de los pensadores racionalistas del AEDE y de las *Economic Schools* no se esquivaren del uso de metodología apropiada a los principios ideológicos de la economía de mercado capitalista, despreocupados con la consideración de otros posibles parámetros de juzgamiento, el AEDE, antes de todo, es una opción de justicia que, al envés de ser aleatorio y político, asume su origen dentro del propio sistema, para resolver problemas que le son presentados, en este contexto sistémico, sin recorrer a fórmulas otras que no la racionalidad intrínseca al medio en el cual ocurren los cuestionamientos jurídico-económicos. Acreditase, así, que el AEDE puede ser utilizado tanto por los poseedores, como por los que no poseen, tanto por los incluidos, como por los excluidos desde que se propongan a probar sus legítimos intereses - derechos - según argumentación lógico-racional; criterio único y conocido de todos, incluso, antes mismo, de la ocurrencia del fenómeno a serle sometido. En esta perspectiva, el ideario del AEDE es, en última análisis, la preservación de la vida como ideal de justicia.

Por la adopción del AEDE como metodología para la creación y aplicación del Derecho se objetiva, en el mínimo, unidad y universalidad de principios a partir del criterio de uso eficiente de la propiedad social, aun que individualmente apropiada, que puede ser adecuado, incluso, para la manutención del uso social de la propiedad. El AEDE surge, pues, como opción para repensar el Derecho sin, con todo, destruirlo, pero dando significación a los hechos sociales. La eficiencia pasa a ser criterio que, se favorece los siempre agraciados con la seguridad jurídica, también, los exponen en favor de quienes los desafíe eficientemente en el uso de la riqueza. Optar por la visión racional-económica del Derecho objetiva el uso ético de la riqueza en su mejor posibilidad, aun así restando, al Poder Legislativo, coordinar el uso eficiente y la distribución de la renta, cuando de la elaboración de normas; y, al Poder Judicial, cuando de la apreciación del caso concreto.

Se observa, sin embargo, que, al analizar el Derecho tan solo por el ángulo de la eficiencia - como hice Posner² y como critica Calabresi³ - no se está satisfaciendo

2 Richard Posner evolucionó en su pensamiento inicial, expuesto en su trabajo *Economic Analysis of Law, de 1973*; defendiendo la maximización de la riqueza, para una visión, a partir de los años noventa, consideradora de otros valores sociales para inclusión en la tomada de decisión jurídico-económica. Entre otras, ver POSNER, Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 4 ed., Little Brown and Company, Chicago, 1992.

3 Ver CALABRESI, Guido, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, en 70 Yale Law Journal, 499, 1961 y _____, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. Joaquín Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984.

el posicionamiento ideal mínimo, por lo menos, correspondiente al comportamiento natural del hombre consciente de sus responsabilidades en sociedad. Este nuevo método analítico o interpretativo posibilita, en última análisis, verificar la influencia de las normas sobre las acciones de los individuos y el reflejo de estas acciones sobre los demás individuos de las sociedades participantes en el proceso rumbo al desarrollo, bien como, la respuesta de estos para con la propia norma posibilitando, así una real aproximación entre el ser - *sein* - y el deber ser - *solen* -, revelando el aspecto económico que se encuentra latente en el ideario de justicia del Derecho.

El AEDE, en cuanto praxis jurídico-legislativa, es capaz de antever resultados y posibilidades de forma a permitir una normatividad conforme leyes que mantengan mínima relación con los principios económicos, al mismo tiempo en que, tratando el fenómeno social de forma positiva. Tres posiciones relacionan la influencia de la Economía sobre el Derecho y viceversa. La primera trata de la absoluta relación de causalidad entre la Economía y el Derecho, en que aquella es la estructura en la cual es erguido este: es el determinismo marxista; la segunda, puede ser vista en Rudolf Stammler⁴, como relación de integración en la cual la parte substancial - Economía - es sumada a la parte formal - el Derecho - formando un único todo con relación a la realidad social y, finalmente, una relación de interacción entre los efectos de la Ciencia Económica para la creación del Derecho y del Derecho para la creación de hechos económicos. El propio AEDE, en cuanto movimiento, también presenta variaciones de entendimiento cuanto a la influencia cuestionada, entretanto, a bien de la verdad, la corriente mayoritaria de Posner defiende absoluta supremacía del económico sobre el jurídico de forma a ser justificado, por este entendimiento, una Teoría General del Derecho basada en el criterio de la eficiencia. Hecho otro, todavía, es que existe toda una crítica contundente formada sobre las premisas de las Escuelas Económicas que, realmente, no puede ser ignorada. Santos Pastor, por su vez, enseña sobre el agotamiento y la insuficiencia de los procesos jurídico-formales tradicionales de interpretación del Derecho afirmando, aun así, que tales métodos constituyen en análisis de la estructura de la propia norma - *doctrinal analysis* - sea a través de la *legal doctrine* o de la *legal analysis*; todavía, sin recorrer a otro campo del conocimiento. Continua, defendiendo el examen del *Derecho de una sociedad*, especialmente, para lo que entiende como *ciencia y política jurídicas*, a través de *métodos y técnicas* propios de las *ciencias sociales* tales como la Sociología, la Antropología, la Historia, la Sicología y la propia Economía⁵.

También enseña Juan Torres López cuanto a la necesidad de socorrer del método económico-científico de la Ciencia Económica para *entender, conocer, interpretar y valorar*

4 Ver STAMMLER, R., *Economía y Derecho, La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*, Editorial Réus, Madrid, 1929.

5 SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Técnos, Madrid, 1989. pp. 29/30.

los actos jurídicos llamando la atención para la intervención del Estado en la vida social haciendo con que el jurista tenga de abandonar su hermético dogmatismo para asumir una *perspectiva teleológico-funcional*⁶ capaz de superar el *desfasaje entre la realidad legal y la realidad social*. En verdad, el autor reconoce una evolución cuanto la tradicional metódica interpretativa del Derecho hasta culminar, esta, con el AEDE.

La doctrina del AEDE ofrece condiciones analítico-metodológicas suficientes para un elaborar positivo o normativo del Derecho. Las normas jurídicas pueden, efectivamente, reflejar una realidad positivamente observada y, incluso, previsible; como, también, pueden ser, elaboradas conforme política previamente trazada según la ideología adoptada de forma a propiciaren, al Derecho, un carácter funcionalista y consecuencial. Así, el Derecho pasa de mero controlador social, para inducidor de políticas a través de sistemas de incentivos y de no estímulos normativos, consideradas, en primero plan, las orientaciones de la naturaleza económica del Derecho o reconocido el íntimo vínculo de este con la Ciencia Económica.

Si el AEDE caracterizase como Teoría de Consenso entre la racionalidad económica y la formalidad jurídica, así como, en metodología interpretativa o, aun así, inherente a una teoría del Derecho propio para posibilitar la gobernabilidad del Estado mínimo y las garantías de los agentes, preguntase: ¿Como se debe aplicar una teoría de consenso entre la Economía y el Derecho?

3. ¿Crítica a la Teoría de Consenso entre la Economía y el Derecho?

La Teoría Económica aplicada al Derecho puede traducirse como metodología interpretativa de la norma elaborada previamente o como fundamento institucional, del cual, el Derecho, no puede ser alejado, sea cuando de su creación o su interpretación. La verdad es que existe un mínimo de armonía entre las leyes económicas y el Derecho que no puede ser evitado, en función de la pena de esterilidad de este último.

El AEDE intenta la comprensión del universo jurídico partiendo de presupuestos y valores meta-jurídicos pertenecientes al mundo del económico, aplicables, tanto, cuando de la creación de la norma jurídica, como cuando de su verificación, ya en instancia de caso concreto, cuando de la tomada racional de decisión, sea en los tribunales; cuando los jueces hacen la adjudicación de la riqueza, sustituyendo el mercado para una negociación eficiente de los conflictos y, por consecuencia, reconociendo derechos y atribuyendo obligaciones; o aun así, sea cuando de la tomada de decisión administrativa por parte de los ejecutores de la política integracionista.

6 TORRES LÓPEZ, Juan., *Análisis Económico del Derecho, Técno, Madrid, 1987*, pp. 14/15.

A pesar de la tendencia económica más conservadora del AEDE o más progresista de conformidad con Calabresi; no se puede, entretanto, descuidar de posiciones críticas y capaces de volvieren para valores mayores como la distribución de la riqueza como justicia, así como la equidad y la preponderancia de una razón comunicativa incluyente de las masas populares y observadora de la voluntad popular. En la crítica, autores como Ronald Dworkin, John Rawls y Jürgen Habermas pueden, antes mismo de infirmar el AEDE, socorrerla haciendo notar la necesidad de observación de un mínimo ético legal que legitime su adopción, a través de la atenuación de sus máximas utilitaristas y consecuente adopción de parámetros sociales conformes al PEES, que se defiende. La crítica para el AEDE y, especialmente, la obra inicial de Posner está, básicamente, en el hecho de la comprensión dada por el autor cuanto a la aplicación del Análisis Económico al Derecho. Se trata del aplicar de métodos cuantitativos de eficiencia y optimalidade a relaciones interpersonales no-susceptibles de tal abordaje.

El propio Posner rebate algunas críticas cuanto a la aproximación de la Teoría Económica al Derecho. Una de ellas refiere al hecho de que, si los economistas no pueden ni mismo prever, con certeza, el resultado de sus incursiones teóricas lo que, entonces, tiene a hacer en el campo jurídico. Responde, el enseñador de Chicago que, también, *la medicina no cura resfriados, pero que no se deja de escribir sobre ella por causa de esto. (en inglés en el original)*⁷. Esperar que el cuerpo teórico de la Economía esté definitivamente delineado y testado es para Posner otro absurdo una vez, que, según ello, desde ya, deben los juristas aprovechar los recursos existentes en el aparato económico para analizar el Derecho.⁸

Como subsidios para una crítica para Posner, o, más específicamente, para el AEDE, pueden ser vistas las teorías de Ronald Dworkin y de John Rawls,⁹ así como, también, de Jürgen Habermas y su discurso basado en una razón comunicativa. Es de resaltar que estos discursos son presentados, en la línea crítica revisora de la orden instituida cuando se cuestionan los derechos individuales con relación al poder estatal, de forma a ser repensado el legal, el justo y el injusto, el papel del Estado y la situación del ciudadano relativamente a los demás y a las instituciones. Son, pues, posiciones teóricas que se estructuran sobre un *logos* de no consenso político-ideológico que refleje el Derecho como posibilidad de reacción al imperio del mercado neoliberal.

Un de los grandes críticos de Posner es el profesor Ronald Dworkin que desarrolló su obra en las Universidades de *Oxford* y de *New York*. En tres de sus obras básicas: *Taking Rights Seriously*, *A matter of Principle* y *Law's Empire* expresa su filosofía del Derecho basándola en puntos tales como: la teoría de los derechos básicos - *basic rights*, en que son

7 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, *Op. Cit.*, pp. 19 y 20.

8 *Op. Cit.*, p. 20.

9 John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Carlos Pinto Correia, Ed. Presença, Lisboa, 1993.

consagrados, para los individuos, derechos otros que no solo los políticos, los jurídicos o los legales¹⁰, la *tese de la respuesta cierta* inherente a toda pretensión jurídica, de forma original, en la análisis del propio ordenamiento, y según la revelación principiología de la norma¹¹, el *chain of law* que muestra la construcción jurídico-principiológico-interpretativa del *Derecho como integridad* visto según interpretación hermenéutico-constructiva de la *cadena o corriente de Derechos* que traduce una secuencia con unidad y coherencia histórica¹². Cuestiona, aun así, la visión anglo-americana de las teorías positivistas y utilitaristas del Derecho, enfatizando la cuestión de los Derechos individuales existentes mismo antes de una posible legislación impuesta por el Estado como principio político-jurídico fundamental que leva, el Derecho, a la máxima de equidad. Es posible detectar, en R. Dworkin, la tendencia intuicionista en determinar la preexistencia de Derechos innatos al ser humano que pueden ser aprendidos según una disposición meta-jurídica de estos Derechos a partir de una concepción hermenéutico-filosófica - Heidegger y Gadamer y del actuar comunicativo Habermasiano. En su trabajo utiliza de un abordaje interdisciplinar conforme a los discursos político, jurídico, filosófico y estético, entre otros de forma a defender una incondicional teoría normativa dirigida para la *adjudicación* de los Derechos individuales básicos de una democracia moderna.

Al pugnar por un neoliberalismo revitalizador del espacio democrático, R. Dworkin, tal como J. Rawls, intenta discurso libertador, de las amarras del utilitarismo y del discurso económico enfatizando la participación del individuo en el proceso democrático de decisión y cuestionando las virtudes de la eficiencia como valor supremo a ser perseguido por los individuos o, mismo, por la sociedad. Para este autor, la Teoría Jurídica anglo-americana positiva es producto elaborado en función del discurso dominante en el cual el *ser* y el *deber ser* del Derecho están dirigidos para valores utilitaristas. Refuta, pues, un positivismo que desconoce los valores transcendentales del propio individuo y que le son inmanentes de forma a considerarlos preexistentes; aunque, para las instituciones; sin, con todo, quedar en el *planteo* de las teorías jusnaturalistas. Los principios básicos están

10 Por la *tese de los derechos*, R. Dworkin defiende la existencia de derechos individuales distintos de los emanados del Estado sea por la legislación o por la decisión judicial y, mismo, emanados del costumbre - práctica social. Se tratan de derechos oriundos de decisiones tomadas mismo en función de los llamados - *Hard cases*. Ver en DWORKIN Ronald M., *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford, 1986. _____; *El Imperio de la Justicia*, trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988 o _____; *Law's Empire*, 6 Law & Phil, 1987.

11 A través de la *tese de la respuesta cierta*, R. Dworkin demuestra que toda la pretensión jurídica corresponde a una respuesta adecuada en términos de derechos individuales que no son criados por acto descriptivo del juez y que, por otra, están presentes en la legislación como que en una *cadena de derechos* preexistentes - *chain of law*. A partir de esto, el importante es, dentro de una praxis crítico-construccionista, identificar el Derecho como *integridad*.

12 Aunque verificando el Derecho como integridad, Dworkin lo hace, diferentemente de las concepciones utilitaristas dirigidas para la consecución de un *bien o felicidad general*, para una convención pretérita y consagrada o, mismo, para un futuro pragmático.

diseminados en todo jurídico que debe ser interpretado de forma a revelar, como que en un proceso de reconstrucción del Derecho, el afloramiento de una consistencia y unicidad conforme a la decisión política comunitaria.

El pragmatismo utilitarista se contrapone a la idea de Derecho como integridad, en la medida en que está dirigido para el futuro de forma a almejar la mayor riqueza y no necesariamente felicidad posible para todos según disposición normativo-judicial que, en nombre de la eficiencia, puede desautorizar derechos propios individuales consagrados en las fuentes tradicionales; caracterizando, por fin, una forma autoritaria de imposición. El trabajo de R. Dworkin, presenta dos momentos de especial atención para su crítica en relación a el AEDE y al utilitarismo pragmatista que pueden ser observados en los textos *Law's Empire*¹³, en especial, en los capítulos cinco y ocho en que, después de abordar el Convencionalismo y el Pragmatismo Legal concluye por una defensa incondicional de una solución ecléctica de una *Teoría General del Derecho como Integridad Política*; y, en el texto *A Matter of Principle*,¹⁴ en su Capítulo cuarto en el cual, cuestiona se, realmente, la riqueza es un valor a ser alcanzado como principio mayor y, aun así, se la eficiencia debe priorizar cualquier otro deseo social.

Acusando un *desacuerdo teórico ilusorio*¹⁵ en el Derecho, R. Dworkin analiza la posibilidad de una teoría general que se aparte de los extremismos conservadores y progresistas o de las teorías semánticas que caracterizan el discurso retórico-jurídico tan común entre abogados y jueces a perpetrar, no raras veces, equívocos interpretativo-analíticos de la Ley o, más ampliamente, del Derecho en la medida en que, a este último, faltan *fundamentos filosóficos*¹⁶ que indique unidad. Así, desconoce la imposibilidad de una posición inflexible y convencionalmente dirigida para el pasado y decisiones anteriormente tomadas, bien como, un pragmatismo legal en el cual jueces toman decisiones que *consideren apropiadas para el futuro de una comunidad, sin contar cualquier forma de coherencia con el pasado como valiosa por sí misma*.¹⁷

Al desarrollar el *Derecho como integridad* defiende dos principios a saber: un, legislativo, en que el conjunto de leyes debe ser coherente y otro adjudicativo conforme a la interpretación del Derecho que leve en cuenta las premisas del pasado - convencionalismo - y las posibilidades para el futuro - pragmatismo - como que descubriendo el sentido de una cadena y /o corriente de derechos¹⁸ a serien percibidos y analizados en un *continuum*.

13 Ronald M. Dworkin, *Law's Empire*, 6 Law & Phil., 1987, o su versión en español *El Imperio de la Justicia*, trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 115/128 y 198/219.

14 Ronald M. Dworkin, *A Matter of Principle*, Claredon, Oxford, 1986., pp. 237/292.

15 Ronald M. Dworkin, *El Imperio de la Justicia*, *Op.Cit.*, p. 35.

16 *Op. Cit.*, p. 43.

17 *Op. Cit.*, p. 77.

18 *Op. Cit.*, p. 166.

Al tratar del Derecho Consuetudinario norte-americano, Dworkin, analiza el caso de responsabilidad por daños en accidentes a través de una crítica al Teorema de R. H. Coase¹⁹ destacando complejidades²⁰ observables en la tomada de decisión de un legislador al estilo del AEDE. Otra preocupación básica está en la cuestión distributiva como corolario de la equidad que no es alcanzada, según el autor, por las teorías jurídico-económicas. Acusando un equívoco en la apropiación de los conceptos de maximización de la riqueza y de óptimo de Pareto, diverge de las teorías posnerianas, inclusive, cuestionando si, este, a pesar de negar, no defiende, realmente, el utilitarismo.²¹

Una posibilidad crítica del AEDE es, también, la de Jürgen Habermas, que, conforme Pedro Mercado Pacheco, es uno de los teóricos seguidos por la tendencia de la *Critical Legal Studies o Estudios de la Crítica Jurídica - EJC*²². Habermas presenta subsidios para una crítica a la racionalidad tecnócrata. Partiéndose de la premisa de que la doctrina *AEDE* traduce una razón sistémica - racionalidad tecnócrata - puede ser contextualizada la polémica Habermas *versus* Luhmann en que el autor de la Escuela de Frankfurt asume posición contraria a la orden jurídica legitimadora del poder capitalista dominante. En este sentido, los argumentos de crítica al instituido derivan de la filosofía política y social influenciada por el pensamiento marxista.²³

Habermas parte de la idea de un actuar comunicativo, una pragmática universalista, una ética comunicativa, en fin, una racionalidad comunicativa distinta de la acción estratégico-racional conforme a los sistémicos y racionalistas que intentan legitimar el capitalismo indiferente al social. De esta forma, el autor desarrolla una sofisticada defensa de la modernidad condenando los extremismos de los valores iluministas y revolucionarios del Siglo XIX institucionalizados en programas político-ideológicos basados, ora en un socialismo ortodoxo, ora en un liberalismo interventor del bienestar social. Habermas, pues, critica los sistemas político-económicos destacando una modernidad en que la razón comunicativa difiere tanto de la razón instrumental como de la funcional, aun así destacando

19 En situación de mercado de libre competencia, la institucionalización a través del Estado y del Derecho, es redundante y desnecesaria para organizar una sociedad en cuyos sistemas desarróllense, ordenadamente, los intereses individuales y colectivos. Sea memorado el Teorema de Coase, por lo cual, cuando los costos de transacción equivalen a cero, pasa a ser indiferente que los derechos de propiedad sean determinados previamente, permaneciendo, siempre, la posibilidad de adjudicación de los recursos de forma eficiente, según intereses de los particulares participantes del proceso social. Sobre costos de transacción, ver COASE, Ronald H., *The Problem of social cost*, 3 *Journal Law & Economics* 1, 1960; pp.1/44.

20 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, *Op. Cit.*, pp. 201/206.

21 *Op. Cit.*, p. 260.

22 MERCADO PACHECO, Pedro, *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*, Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1994, Colección El Derecho y la justicia. p. 174.

23 Kornhauser acusa la influencia de la Escuela de Frankfurt, con Habermas, la de Foucault, la de los estructuralistas, como Lévi-Strauss, la de Gramsci, bien como, la influencia de los fenomenólogos (Husserl y Heidegger) y de los hermeneutas (Gadamer y Ricoeur). Ver en KORNHAUSER, L. A., *The great Image of Authority* en "Stanford Law Review", v. 36 (1984); pp. 349 y ss.

el *empobrecimiento cultural moderno* y la necesidad de reconquistar la *auto-confianza* en la producción normativa. Según el autor, la crítica de la modernidad debe ser basada en el paradigma del entendimiento obtenido a través de una interacción lingüística continua o *acción comunicativa* en que relevase, en el discurso, la inter-subjetividad y la acción humana. Se trata, entonces de una valorización del sujeto y de su discurso que, sin embargo, no es individualizado a punto de ser liberto de consideraciones en relación al discurso de los demás sujetos en sociedad. Así Habermas cuestiona, en su trabajo, la posibilidad de un actuar comunicativo y cooperativo que concilie los intereses individuales de un agente racional que sea capaz de optimizar sus escojas con la posibilidad de constitución de una posición político constituyente del bien público o colectivo; para tanto, utiliza la lenguaje como medio de coordinación de la acción. Por tanto, a través de las reglas del discurso y del convencimiento, el sujeto cría el conjunto normativo de conducta social en que cada individuo - capaz de discurso y de acción - puede participar de estos discursos, cuestionando y presentando cualquier propuesta bien como expresando sus aptitudes, deseos y necesidades sin ser impedido por compulsión a abstenerse de sus derechos.

La cuestión básica está en verificar se es apropiado permitir que tecnócratas decidan los rumbos de la sociedad en el que concierne al aspecto económico relevándose una razón sistémica en detrimento de una razón comunicativa. Así siendo, cuestionable es, un Derecho creado a partir de una razón sistémica que, basada en la tecnocracia capitalista, abandona los intereses universalistas individuales caracterizados o evidenciados en el discurso y en la acción comunicativa. Habermas tiene los fundamentos de la ética del discurso práctico en la teoría del actuar comunicativo substituyendo la imposición normativo-racional por una normatividad moral consensualmente acepta. Enseña:

Solo pueden pretender tener validez aquellas normas capaces de obtener el asentimiento de todos los individuos envueltos como participantes de un discurso práctico. (...) una norma ética es válida, justificada, cuando pudieren ser aceptadas consensualmente, sin coacción, todas las consecuencias que advendrán para los intereses concretos de los individuos que pauparen su comportamiento por ella. Por lo tanto la norma constituye un interés, un punto de vista generalizable.²⁴

Adoptándose la política del *AEDE*, según la óptica Habermasiana, permanece evidente una política económica de *riba para bajo*, no-legitimada y no atentando para la democracia, aun así, siendo substituido, el ciudadano representado por su parlamentar, por un tecnócrata en contrario, aun así, del consenso comunicativo. El referido consenso comunicativo, en última análisis, representa un cambio activo y pacífico de informaciones

24 Jürgen Habermas, *Razão Comunicativa e Emancipação*, trad. Flávio Beno Siebeneichler 2 ed., Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 141.

y de puntos de vista de los participantes de una dada *praxis* social, a través del lenguaje referida para ciertas estructuras de racionalidad. Habermas afirma que la sociedad llegó a un punto en que son exigidos sacrificios sociales sí, pero que, absolutamente, no pueden ser determinados por tecnócratas.

J. Rawls,²⁵ también, intenta, en su obra encontrar una posible base común para la sobre-vivencia de los individuos en sociedad, o sea, una base moral capaz de suportar la construcción de una sociedad democrática. Esta base, para ello, es encontrada en el concepto de justicia. Partiendo de una situación hipotética - la posición original - a partir de la cual están consagrados los auténticos principios de la justicia - diseña un perfil del verdadero sentido de esta justicia que, en la teoría del contrato, percibe defendido. Los principios adoptados en la posición original corresponden, según J. Rawls, a juicios de justicia no distorcidos, o sea, a juicios exentos de irregularidades y distorsiones y que se encuentran en equilibrio reflexivo - equidad. Este equilibrio es resultante de la confrontación entre las diversas concepciones de justicia, implicando en la revisión de los juicios personales, relativamente a los principios establecidos por el contrato en la posición original.²⁶ Construyó su trabajo a partir de los deseos sociales, verificados en los EUA, en el fin de la década de sesenta y inicio de los años setenta, en que se pugnaba por una real democracia constitucional aseguradora de una sociedad y derechos justos.

A despecho de considerar el trabajo de grandes utilitaristas como David Hume, Adam Smith²⁷, Jeremy Bentham y J. Stuart Mill; J. Rawls intenta la creación de una *análisis sistemática alternativa de la Justicia* diferente del *utilitarismo tradicionalmente dominante*²⁸. Para el autor, antes de ser aplicado el principio utilitario, deben ser respetados los principios de la *igual libertad para todos y de la igualdad equitativa de oportunidades* haciendo surgir una Teoría de la Justicia Equitativa - TJE, de tal forma que no sean, los derechos básicos del ciudadano, susceptibles de cálculo de intereses sociales o negociación política. Reconoce, entretanto, que, a partir del conflicto de estos intereses, compete para la justicia social cuidar *de especificar los derechos y deberes básicos y determinar la forma apropiada de una repartición justa de la riqueza*.²⁹ Resaltando que el principio de la utilidad es incompatible con la cooperación social entre iguales destinada a asegurar beneficios

25 RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Carlos Pinto Correia, Ed. Presença, Lisboa, 1993. pp. 46/53.

26 En el mismo sentido, ver MARTINEZ GARCIA, Jesus I., *La teoría de la Justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 80 y Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *Op. Cit.*, pp. 227 y 228.

27 Ver SMITH, Adam, *The theory of moral sentiments*, Liberty Classics, Indianópolis, 1976._____, *The wealth of nations*, Ed. Cannan, 1976._____, *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, Introd. Edwin Cannan. Apres. Winston Fritsh. trad. Luiz João Baraúna, Abril Cultural, São Paulo, 1983, Colección Os Economistas.

28 John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, *Op. Cit.*, p. 14.

29 *Op. Cit.*, p. 29.

mutuos, basa la TJE en la *igualdad cuanto a la atribución de derechos y deberes básicos* bien como en la aceptación de *desigualdades económicas y sociales consideradas justas apenas se resultaren en ventajas compensadoras para todos y, en particular, para los más desfavorecidos miembros de la sociedad*.³⁰

La TJE tiene su valor, como teoría crítica de la Justicia, que, en función de un bien universal alcanzable por la equidad de Derechos, se opone a las decisiones pragmáticas que desconocen el ciudadano, mismo en función de un social que no fue legitimado por la posición original de un contrato propiciador de iguales condiciones y de una distribución de la riqueza; de ahí la crítica que es posible para el AEDE.

A pesar de toda la crítica para las posibilidades de la AEDE con relación al Derecho, inclusive, dirigido para la codificación, cual sea, la *Civil Law*, de forma a identificar su valor como instrumento metodológico-interpretativo o, mismo, conforme la naturaleza del propio Derecho normado; intentase, entonces, identificar el carácter económico de la norma, sea en función de una nueva posibilidad interpretativa del texto legal, sea en función de una real característica fundamental del Derecho observada en la propia Teoría Económica, aunque, según óptica incluyente de una perspectiva social conforme al PEES. Debidamente sopesadas las críticas que se observan para la racionalidad de maximización de la riqueza propia del AEDE, posible es *temperarla* con aires de democracia y de inclusión efectiva de los aspectos y valores de naturaleza social en el cálculo económico conforme valoración y respectiva inclusión de las circunstancias externas – externalidades - que envuelven la adjudicación de derechos en sociedad. A partir de la estructuración de pensamiento despedido de preconcepción, se puede teorizar un Orden Constitucional Económico para Brasil y para las economías europeas, según adopción de un Pluralismo Económico Libero-Social.

4. El Pluralismo Económico Libero-Social: Sus Fundamentos, Principios y el Consenso Jurídico-Económico

El medio social torna evidente la necesidad del hombre interaccionar cultural, científica, psicológica, política y, también, económicamente. A pesar de que el perfil económico no sea considerado, imperiosamente, el definitivo aspecto caracterizador de las relaciones humanas, se tiene a través de la lectura económica de los actos y hechos, practicados en sociedad, instrumental metodológico efectivo para la atribución o adjudicación de riqueza y mensuración de intereses según la incontestable verdad y realidad, en la cual, el hombre está inserido.

En cuanto *homo oeconomicus*, el ser humano, en especial el hombre occidental o, aun así, todo aquel que hace parte de las sociedades capitalistas neoliberales, está sometido a

30 *Op. Cit.*, p. 35.

las reglas de la economía de mercado. Ora, si esta convivencia social ocurre en medio a la economía de mercado y si, evidentemente, presente está, en el hombre, su necesidad de sobre-vivencia conforme uso de escasos recursos; su proceder debe ser pautado según racionalidad lógico-formal que lleve a la eficiencia y maximización de los intereses envueltos. En este cuadro compete, para el Derecho, espejar esta realidad social y adaptar sus criterios al ideal de justicia propio de una sociedad eficiente que maximiza el uso de sus bienes y que racionaliza mediante el uso de cálculo inclusivo de todas las variables necesarias para la difusión de las condiciones de bienestar entre sus partícipes.

Se tiene, de esta forma, que evaluar los beneficios y dificultades advenidas de una nueva teoría económico-jurídica, incluyente de valores libero-sociales, conforme sea aplicable en el mundo real; sin postergar, en el tiempo y en el espacio, el inevitable encuentro con la realidad. Dado, pues, un ambiente institucional de mercado, en tiempos de globalización y de neoliberalismo, compete, al sujeto, enterarse de esta realidad y, según percepción pluralista de valores y conocimientos, analizar las diversas posibilidades de coexistencia con los demás agentes, inclusive, adoptando innovadora Teoría General para el Derecho - con espíritu crítico, aunque, desproveído de preconceptos y premisas irracionales.

La temática económica debe, entonces, ser analizada en perspectiva jurídica consideradora de los aspectos liberales y sociales del uso dado a la riqueza según se observa en el *AEDE* que, por su vez, se torna discurso pluralista, en la medida en que permite transito, tanto para los agentes incluidos como, para los excluidos, socialmente; siempre que atribuida hegemonía para la eficiencia económica como criterio normativo general, universal y impersonal que no permite el malo uso de la riqueza, sea por unos, como por otros y determina el acceso de todos a la misma, conforme sus esfuerzos en tornarla productiva. De esta forma, la principiología económico-jurídica debe pugnar por la pluralidad de opciones oriundas de la libertad ideológica individual combinada con la obstinación para la conquista de objetivos sociales que vengán a culminar con un ordenamiento económico libero-social, por su vez, criado y analizado según la perspectiva del *AEDE* y del *PEES* conforme se propone. En verdad, todo sistema cerrado necesita de un estímulo externo que lo impulse para una esfera de mayor bienestar. Tanto la propiedad individualmente consagrada cuanto la socialmente distribuida pueden llevar a una situación de acomodación indeseable. La primera porque, en función de las dificultades naturales para la acción aislada, como la falta de ayuda personal y de recursos técnicos para promoción de proyectos, la dificultad de capitales, o, en fin, por el propio desconocimiento del propietario sobre cómo trabajar su propiedad leva a la situación de estagnación productiva. La segunda, puede caracterizar la pérdida del intereses productivo en la propiedad socializada, porque con el pasar del tiempo, es posible ser perdida la *afecção* que unía las personas en torno del ideal inicial; o puede no existir un interés individual en la misma intensidad

para la acción colectiva, o, mismo, el retorno del trabajo investido no sea suficientemente satisfactorio, etc. En una aptitud libero-social conforme al PEES, pues, la propiedad, aunque sea patrimonio socialmente perteneciente de la humanidad, debe ser individualmente apropiado de forma que como contrapartida sea determinado, por el propietario, el uso racional – eficiente de la propiedad *in casu*.

La racionalidad económica del AEDE debe, pues, ser apropiada, por los países que adoptan la codificación jurídico-normativa³¹, como más un instrumento de *optimización* del propio Derecho, en crisis, ya, ha alguno tiempo. Es prudente, por lo tanto, proceder a la coherente retomada de la operación jurídico-legislativa que acompañe el fenómeno social de forma dialéctico-iterativa evitando lo descompaso de legislaciones arcaicas y ineficaces.

Deben ser superadas *las resistencias* tradicionales del *Derecho Clásico* de naturaleza positiva y individualista, conforme la racionalidad kantiana y la idea de justicia como ideal que se choca con el instituto de la eficiencia como valor último. En verdad, tanto los gobiernos, a través de planes económicos y de la adopción de políticas económicas neoliberales, como, a través de juzgados y creación de leyes; como los propios agentes privados, asumen, cada vez más, el carácter económico, como justificando su praxis, respectivamente, en nombre de la gobernabilidad y de la garantía de la propiedad privada; conforme Derecho moderno, actual y económicamente instrumentado para la valoración de objetivos racionalizados conforme cálculo económico de costos y beneficios. Debe, así, ser dada prioridad para la tomada de decisión económico – jurídica que favorezca el capital y su uso racional – eficiente – consideradas, entretanto, las variables sociales y individuales y los costos determinados, para terceros, por la exploración de la riqueza que, generadora de externalidades, debe importar en necesaria acción capaz de internalizar los costos, según principio flexible que determine el menor encargo para las partes envueltas. Así, el Derecho, antes de prefiar la internalización de las externalidades, condenando previamente una de las partes, debe apurar de forma racional, cual aptitud decisoria acrecienta mayor utilidad o felicidad para la sociedad como un todo, o, conforme Posner, cual solución agrega mayor riqueza para la sociedad, aunque sumada a la felicidad individual y social. El Derecho, en la versión económico-jurídica, pasa a determinar, sea para la solución del

31 Memórese, por ejemplo, las obras y autores que aplican el AEDE para el análisis de las codificaciones como TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho. Op. Cit.*; SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho. Op. Cit.*; de origen española; así como, GIOFFRÉ, Marcelo A. y MORANDO, Mario J., *Economía y Orden Jurídico. El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*, Ad-Hoc, Bs. As., 1994, de la Argentina; como, también, SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus, *Manual de Análisis Económico del Derecho, Op. Cit.*, de origen alemana; ROEMER, Andrés, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, trad. José Luis Pérez Hernández, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, de origen mexicana y ALPA, Guido, y otros, *Interpretazione Giuridica e Analisi Economica.*, Giuffré, Milano, 1982, de origen italiana.

conflicto social o para la adjudicación de la riqueza, cual agente tiene mejores condiciones de agregar riqueza para la sociedad a partir del uso racional de la propiedad. Incentiva, de la misma forma, la adopción de soluciones que correspondan a la adjudicación o redistribución de Derechos conforme sean, los agentes participantes, capaces de tornar eficiente el uso de la riqueza social, individualmente apropiada.

5. Pensamiento Síntesis: El Principio de La Eficiencia Económico-Social como Criterio Jurídico-Económico para la Tomada de Decisiones

La eficiencia económica es, en el contexto de Estado minimalista, propuesta como criterio de justicia. El enfoque posneriano del AEDE verifica, la justicia, conforme criterio económico de maximización de riqueza, obtenida la eficiencia económica. Aunque Posner³² niegue carácter meramente utilitarista a su teoría, al proponer la maximización de la riqueza en detrimento de la maximización de utilidades, dentro de una perspectiva económica urge que se trabaje la cuestión de la eficiencia como característica de una acción maximizadora de utilidades y de resultados. Existiendo múltiples y variadas necesidades a ser satisfechas y poseídos los escasos recursos, decisiones cuanto al empleo de estos deben, constantemente, ser tomadas. La cuestión que se presenta es inherente a la mejor manera de empleo de los recursos para la solución y satisfacción de los deseos y ansiedades de los individuos o, económicamente significando, en la satisfacción de las necesidades de los consumidores por parte de los productores que se encuentran en el mercado. El problema económico es, entonces, reducido a la única y no menos importante cuestión de la adjudicación de los recursos escasos; su empleo debe ser racional, siendo obtenida la plena utilización y la mejor combinación de estos en una escoja o opción que evite lo desperdicio, esto es, en otras palabras, se trata de la tomada de decisión que envuelve la utilización de medios disponibles para solucionar los problemas de escasez, según prioridad establecida de necesidades, de forma a retirar la máxima utilidad y satisfacción de la actividad económica.

La idea de eficiencia traduce acción o producción de un efecto con eficacia o bueno resultado. En términos económicos eficiente es la actividad económica que obtiene los mejores resultados posibles en la satisfacción de necesidades individuales y colectivas según premisa de racionalidad. La cuestión básica cuanto al problema está en la

32 Para Posner, eficiencia y valor pueden ser conceptuados como sigue: *Eficiencia (...) implica explorar los recursos económicos de tal modo que la satisfacción humana como mensurada por la voluntad agregada de los consumidores en pagar por mercaderías y servicios es maximizada. (...) Cuando los recursos están siendo utilizados adonde su valor es lo mayor posible, nosotros afirmaríamos que ellos están siendo usados eficientemente; en cuanto, valor, también, es definido por la voluntad en pagar, pues, por su vez, ocurre en función de la distribución existente de recursos y de riqueza en una sociedad.* (en inglés en el original). Ver en Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, (...) *Op. Cit.*, pp. 12 y 13.

determinación de criterio adecuado para la búsqueda de eficiencia de forma a ser posible obtener la máxima satisfacción personal sin perjudicar los demás y, aun así, atender un criterio de justicia - equitativo³³.

Al ser analizado por el AEDE, el concepto de eficiencia revela diversas matices que urgen ser verificadas. De manera general, en este concepto, se tiene el *tobillo de Aquiles del AEDE*; en la medida en que le es fuente de crítica la aptitud que privilegia la *eficiencia* en detrimento de un criterio de justicia equitativo. Autores como Posner defienden la eficiencia económica en términos de maximización de riqueza, en cuanto otros, como Calabresi, allende este criterio, optan por una aptitud distributiva para el Derecho; y, radicalmente, se tiene la doctrina de autores como R. M. Dworkin, J. Rawls, J. Habermas, Walter Eucken³⁴, Henry George³⁵, Adam Przeworsky³⁶ y Nozick entre tantos otros, que, decisivamente, no concuerdan con el carácter económico del Derecho.

La Escuela de Chicago-Virginia, partiendo del presupuesto de mercado, acredita que los temas y problemas político-jurídico-económicos pueden, efectivamente, ser resueltos a través del parámetro de eficiencia; por otro lado, intelectuales divergen de la posición conservadora de los seguidores de Posner, justificando en este un estrecho pensamiento, en el que hace respecto a la exclusión de criterios otros, como culturales y sociales, en la consecución de una Teoría General del Derecho. Así expresan, respectivamente Michael J. Trebilcock y Frank I. Michelman:

(...) La eficiencia asignativa, como piedra de toque política unimodal, resulta claramente demasiado estrecha para comprender las fuerzas centrales que actúan en el terreno político canadiense (...) Si todo lo que piensa investigar en otras culturas es la correlación entre las variaciones en las 'condiciones de coste' y la 'estructura de las instituciones políticas', está cerrando la posibilidad de identificar una cultura en la cual una de las 'condiciones' predominantes es que los móviles y dictados fundamentales no adoptan la forma 'mercantil de 'costes' marginalmente intercambiables en absoluto. Y, de este

33 A propósito de la dicotomía equidad-eficiencia Edwin Cannan expresa lo siguiente pensamiento: *La opinión del género humano sobre lo que es equitativo está sujeta a mudanzas, y (...) una de las fuerzas que la hacen mudar es la descubierta ocasional, por la humanidad, de que lo que se consideraba enteramente justo y equitativo en el tocante a determinada cuestión se tornó, o posiblemente tenga sido, antieconómico.* (en inglés en el original). Ver en CANNAN, Edwin, *The History of Local Rates in England*, 2 ed., Londres, 1912, p. 173.

34 Ver EUCKEN, Walter, *Cuestiones fundamentales de la economía política*, trad. I. Illeg Lacoste, 2 ed., Alianza, Madrid, 1967.

35 GEORGE, Henry, *Progreso y Miseria*, trad. Baldomero Argente del Castillo, Robert Schalkenbach Foundation, New York, 1972.

36 Ver PREZEWORSKI, Adam, *Capitalismo e social-democracia*, trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 1989._____, *Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina*. trad. Vera Pereira, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1994._____, *Estado e economia no capitalismo*, trad. Angelina Cheibub Figueiredo y Pedro Paulo Zahluth Bastos, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1995.

*modo, usted puede fracasar a la hora de considerar que uno de los rasgos diferenciales y contingentes de nuestro propio proceso de pensamiento es su impulso inexorable a reducir cualquier móvil a un costo.*³⁷

Lo que se está a tratar es de la dicotomía entre los criterios decisorios político-jurídicos basados en nociones metafísicas de justicia y equidad o de interés público y de las ideas racionales de los juristas-economistas, que defienden soluciones económicas eficientes para problemas jurídicos; de forma a minar las ideas intervencionistas de la *economía del bienestar pigouviana*³⁸, en defensa, ahora, de una economía de libre mercado, aun así, sujeta a la intervención estatal, pero según premisa de internalización de costos pregonada por Coase.

El estudio del concepto de eficiencia se torna imprescindible para el AEDE una vez que, dentro del Derecho, compárase al de equidad. Ni siempre aquello que, aparentemente es eficiente, traduce algo equitativo. En cuanto no existe costos de transacción en la distribución de los Derechos, la solución eficiente es equitativa, todavía, por el contrario, se tiene el conflicto y la alteración de la riqueza de partes que participan en la disputa para adjudicación de la misma, sufriendo los costos o externalidades por el uso no autorizado por parte de tercero. Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott al abordaren la cuestión de la eficiencia y de la equidad, memoran que una sociedad con instituciones y un sistema jurídico eficiente no tiene que ser justa, aunque, una sociedad ineficiente generalmente resulta injusta. Así, los autores concuerdan con Calabresi en que, siendo la eficiencia compatible con la injusticia, debe objetivarse por la práctica eficiente en términos paretianos y llevar en cuenta la justicia distributiva³⁹.

Según la eficiente acción, cuando de la tomada de decisiones en el ámbito económico-jurídico, sea para el sector privado, sea para el sector gubernamental, debe, invariablemente, ser objetivada la creación de ambiente económico favorable a la libre competición saludable en mercado social que, reglamentado conforme perspectiva progresista y incluyente, indique el mejor uso de la riqueza social, individualmente apropiada, conforme el *desideratum* último de la eficiencia económica. Esta se traduce por situación de equilibrio en que las fuerzas económico-sociales tienen satisfechas sus necesidades de consumo y recompensados todos sus esfuerzos productivos de forma a serien compensadas cualesquier externalidades por ventura causadas a terceros. En esta situación ideal se verifica la real posibilidad de serien alcanzados valores como la distribución, la moralidad y la equidad una vez que los ingresos y costos marginales privados equivalen a los ingresos marginales sociales; o, aun así, los ingresos marginales de las naciones consideradas individualmente

37 *Apud Op. Cit.*, p.48.

38 Ver PIGOU, Arthur Cecil, *The Economics of welfare*, 4 ed., Macmillan, Londres, 1932 y. _____, *Socialismo y capitalismo comparados: la teoría general de Keynes*, Ariel Quincenal, Barcelona, 1968.

39 SCHÄFER, Hans Bernd y OTT, Claus, *Op. Cit.*, p. 25, 26 y 45.

equivalen a los ingresos marginales de los países del restante del mundo. Es adecuado recordar que los cambios económicos funcionan en un sistema cerrado en que las pérdidas de unos son los beneficios de otros y, siempre que fuera verificada diferencias entre los factores disponibles de unos y otros, así como en la intención psicológica de unos y otros cuanto al empleo de su propia riqueza, habrá condiciones de trocas.

Los autores que escriben sobre el AEDE, como visto, expresan sus ideas sobre la eficiencia de diversas formas, siendo de destacar, en términos económicos las teorías de Pareto, bien como, de Kaldor y Hicks. La eficiencia productiva es vista a partir de la óptica de la Teoría de la Firma según la obtención de la mejor asignación posible de los factores productivos, de tal forma que ningún otro arreglo pueda resultar en mejoría o aumento de producto final; de la misma forma, las teorías de Pareto y de Kaldor y Hicks se basan, conforme la perspectiva neoclásica, en la economía capitalista de mercado operando en la ideal situación de competencia perfecta en que se verifica elevado número de compradores y vendedores, los cuales no pueden influir, individualmente, en los precios y en la homogeneidad de los productos y, aun así, cuando poseedores de libertad absoluta, consiguen una situación de equilibrio denominada *óptimo de Pareto*, en la cual ningún de estos individuos puede mejorar su situación sin empeorar la de otro; o entonces, segundo Kaldor-Hicks en que, caso algún perjuicio sea causado, sea providenciada la respectiva compensación. De esta forma, en una economía de mercado de competencia perfecta, según el AEDE, restaría para el Derecho garantizar la seguridad y la libertad de este mercado no más interviniendo para regular o actuar económicamente. En estas condiciones, pues, el Derecho se torna estructura institucional redundante, una vez alcanzada la eficiencia social en función de la máxima eficacia individual.

Desarrollando su raciocinio, Pareto presentó dos conceptos de eficiencia, conocidos como superioridad de Pareto⁴⁰ y optimalidade de Pareto. Según el autor, un estado de cosas (P) es *superior* a (Q) si, y solo si, al moverse de (Q) para (P) nadie acabe por permanecer en peor condición que antes y por lo menos una persona mejora su posición. Cuanto a la *optimalidade*, se tiene que un estado de cosas es óptimo, si ningún otro estado es superior a él, en términos de Pareto, o sea, es la situación en que cualquier modificación con respecto a este estado de cosas hace con que por lo menos un individuo empeore su posición.

Considerando que los criterios de Pareto cuanto a la eficiencia son extremados, Kaldor y Hicks elaboraran el criterio de eficiencia basados en la idea de compensación de los perdedores⁴¹. En función de la verificación de pérdida social, cuando de la tomada

40 *Op. Cit.*, pp. 79/134.

41 KALDOR y HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal*, v. 49, n^o 549, 1939.

de decisiones, Hicks, en 1939, elaboró regla conocida por su propio nombre, que fue considerada como superior a la de Pareto. Trabajando con la misma idea de Kaldor, concibieran, juntos, un nuevo criterio de determinación de la eficiencia de dada situación. En efecto, partiendo del principio de que, en el mundo real, siempre existen ganadores y perdedores, Kaldor y Hicks⁴² desarrollaran raciocinio que levase a una compensación potencial. De esta forma, un estado de cosas (X) es eficiente, en términos de Kaldor-Hicks, en relación a otro estado (Y), se, después de modificarse del estado (X) para el estado (Y), verificarse la posibilidad de compensación de los perdedores por parte de los ganadores con esta mudanza.

Así, la Eficiencia Potencial de Kaldor-Hicks se caracteriza por toda la situación en que aquello que puede mejorar la posición de alguien es más valeroso de que los perjuicios causados a otro individuo que es disminuido en su bienestar o, aun así, eficiencia potencial es verificada cuando los beneficios totales - sociales - líquidos son máximos tornando posible *comprar* la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores. La regla exige, pues, que el perjudicado sea resarcido cuando ocurra el efectivo perjuicio; ya que, no ocurriendo tal indemnización, se tiene el criterio paretiano.

El criterio Kaldor-Hicks asume considerable importancia en el estudio de Posner⁴³ que, por su vez, trató el problema da regla de adjudicación en la tomada de decisión para la maximización de la riqueza conforme aplicación del referido criterio, por lo cual, un Derecho debe ser atribuido para quienes esté, potencialmente, en mejores condiciones de pagar - *willingness to pay* – por lo mismo, el precio más alto que compense la posible pérdida o perjuicio causado. La regla de maximización de la riqueza - *wealth maximization principle* - puede ser dictada por el criterio Kaldor-Hicks, según sea maximizada la suma de las variaciones patrimoniales que se produzcan para los afectados de una determinada decisión político-jurídica. Esta técnica, o criterio, también es aplicada con relación a la análisis de costo y utilidad de determinada política jurídica, en la medida en que la utilidad total sea superior a los costos totales de su implementación, valorados en dinero.

Si la tomada de decisiones en esfera legislativa, jurídica o administrativa debe ser racionalmente eficiente, necesario es el uso de metodologías apropiadas para, considerando el mayor número de variables, serien calculadas las diversas hipótesis y evaluados los definitivos resultados posibles. En este prisma, se defiende el Principio de la Eficiencia Económico-Social - PEES.

Toda la vez que es criada una norma, implícitamente, es adoptado un parámetro de decisión aplicable, cuando de la tomada de decisión, al caso concreto. La determinación

42 Verificar in SEN, Amarthia Kumer, *Collective Choice and Social Welfare*, 1970, p. 30 e ss.

43 POSNER Richard A, *Economic Analysis of Law, Op. Cit.*, pp.12/16. Ver, también, COLEMAN, Jules L., *The Economic Analysis of the Law en "Ethics, Economics and the Law"*, R. L. Pennock e J.W. Chapman, 1982, pp.83 e ss.

normativa, puede, entonces, adoptar el parámetro económico, como metodología de análisis o como naturaleza intrínseca al propio Derecho, para la efectiva tomada de decisión según el PEES, de forma que, cuando decidiendo, el legislador, el juez o el administrador; deben relevar, allende la distribución dada de la riqueza entre los sujetos de derecho, los medios jurídico-económicos disponibles para atingir fines específicos de racionalización del uso de esta riqueza, bajo la pena de ineficacia de la norma, haciendo urgir la aplicación del instrumental de análisis del costo y del beneficio de decidir, aun así, ponderando el objetivo a ser atingido y el consecuente costo para alcanzarlo. Cuando se impone la necesidad de la análisis de costo y beneficio, en primero lugar, está implícito, en la propia estructura de la análisis, como también, en toda la Teoría Económica, que existe escasez de recursos y, que siendo, estos, utilizados en proyectos determinados, se torna imposible, por consecuencia, su uso en otros emprendimientos – costos de oportunidad. En según lugar, en una economía de mercado, a pesar de la libertad individual inherente al sistema económico capitalista, las posibilidades de escoja, por lo menos en términos racionales, son indicadas por criterio de maximización de los resultados.

Procediéndose al análisis de costo y beneficio, actuase técnico-racionalmente sopeando, en términos monetarios, todas las posibles variables que influyen en el suceso de un emprendimiento con el retorno esperado, también, evaluado en moneda y considerado en el tiempo. Tales variables envuelven desde los costos materiales fijos inherentes a los factores de producción utilizados - naturaleza, capital, trabajo y iniciativa empresarial – los costos variables - energía utilizada, materia prima, servicios variados y tecnología - hasta la consideración del posible lucro en función de mercado, ventas y *marketing*, tiempo y tasa de retorno de inversión. Económicamente, se parte de la presuposición de que, incrementándose la eficiencia, aumentase la riqueza, o que, necesariamente, no lleva a la equidad y a la distribución, ya que, es visible, la desigualdad con relación a la distribución de atributos individuales de los hombres, tanto cuanto, la atribución de los diversos factores productivos entre las naciones. Si el análisis económico de costos y beneficios no considera criterios distributivos y, preconizando mayores lucros para un grupo, somete otro a carencias, por otro lado, la distribución regresiva leva a mayores injusticias en términos materiales. Distarte, deben ser considerados criterios progresistas de distribución y adjudicación de la riqueza, según proceso de tomada de decisión que no leve a la estagnación o inoperancia de la actividad económica. Se torna útil el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks para la adjudicación del Derecho, allende programas o políticas distributivas que deben ser, cautelosamente, implementados por el Estado, ya que, infelizmente, ni siempre son computadas, en el cálculo utilitario, cuestiones particulares no evaluadas, dentro del instrumental metódico disponible, como aquellas inherentes al mérito personal, social, ambiental, de la disciplina del trabajo, de seguridad y otros cuando de la tomada de decisión.

Si determinadas medidas tomadas son económicamente correctas, es posible inferir que las mismas representan la mejor forma de solución para dado problema entre las partes envueltas, según el aspecto de su eficiencia, dadas las variables conocidas y mensurables. A pesar de lo afirmado, no se desconoce la existencia de otras circunstancias, por veces negativas - externalidades - que deben ser incluidas en el cálculo económico, tal como defendido según el PEES. El hecho de determinada decisión ser adecuada, *u. g.*, para las partes envueltas en una contienda judicial o administrativa, no incurre en justicia; en la medida en que no son averiguadas las reales condiciones mercadológicas, el posicionamiento de terceros y el reflejo causado, en el transcurrir del tiempo, así como, la influencia de las pactadas condiciones en el medio social del país.

El PEES aplicado a la norma traduce la elaboración o aplicación de la misma de forma eficiente económicamente, maximizándose resultados esperados cuando de la adjudicación de derechos o de la determinación de obligaciones, todavía, de forma a considerar el reflejo social y el costo externo determinado para la sociedad presente, o mismo futura, de forma a serien compensados, en la totalidad, los perjuicios causados por la renta presente de las partes envueltas. Toda la tomada de decisión que, apenas y tan solo, representa el posicionamiento político y no-comprometido con el uso racional de la riqueza social, incurre en contrariedad al PEES, una vez que, mucho probablemente, en el futuro no remoto, por el empleo ineficiente o desvío de recursos, por los encargos causados al proceso productivo doméstico y por la creación de indicadores mercadológicos falsos, se verificará lo caos económico a partir de la constatación de la carencia de recursos en otras actividades, de alto costo para satisfacer la demanda interna, del mayor desempleo ocasionado en otros sectores, en virtud del mantenimiento de empleos en actividades ineficientes, y de tantos otros problemas reflejos generados a partir de la equivocada tomada de decisión.

El propio Posner, demostrando posición menos radical, intuye las premisas básicas para la concepción de este principio, en la medida en que defiende la maximización de la riqueza, a través de la adjudicación de los escasos recursos, así como por criterio ético a ser relevado cuando de la tomada de decisión.⁴⁴ No obstante, se tiene que el PEES es aquello que prima, cuando de la elaboración o aplicación normativa, por la esencia de carácter económico de la norma que, debiendo ser eficiente – capaz de maximizar resultados esperados cuando de la adjudicación de derechos entre los agentes, o cuando determinante de obligaciones - no debe olvidar la consideración, en el cálculo econométrico, de las variables de carácter personal, social y temporal que, correctamente valoradas, deben ser

44 Afirma, textualmente, que (...) *el termo eficiencia, cuando usado, en este libro, para denotar aquella adjudicación de recursos en la cual el valor es maximizado, tiene limitaciones en un criterio ético de escoja social. (...) A pesar de ningún esfuerzo ser hecho, en este libro, para defender la eficiencia como único medio valido como criterio de escoja social, el libro asume, y la mayoría de las personas probablemente concordarán, que se trata de un importante criterio. (en inglés en el original). Ver en Richard. A. Posner, Economic Analysis of (...) Op. Cit., p.13.*

internalizadas de forma que la relación de costo y beneficio demuestre la realidad de las utilidades que se recibe sacrificando determinados bienes y servicios de terceros, aun así, considerado el mayor número posible o la totalidad de los agentes envueltos y posibilitada la eliminación de las externalidades para las sociedades, presente y futura. El derecho aplicado de forma eficiente se torna moral; enseña el autor de Chicago, refiriendo al contenido moral de la *Common Law*

La aproximación entre el Derecho y la Teoría Económica, tornando el primero racional, según los parámetros de la segunda Ciencia, se torna posible, conforme la aplicación del PEES, una vez que el comando normativo sea exequible, a partir de restricciones materiales definidas, de la misma forma sea objetivada la equiparación de los niveles de satisfacción individuales y colectivos envueltos en el caso concreto y, aun así, mediante el implemento del tratamiento equitativo para los iguales, siendo diferenciado para los desiguales, y, por fin, siendo promovida la definitiva justicia en una perspectiva económica, al difundir incentivos para la acción socialmente deseada o obstáculos para la consecución de hechos condenados por el *acuerdo social* previamente establecido en normas, en los costumbres, etc.

6. Conclusiones

Las decisiones, en el proceso económico de mercado-social, deben ser tomadas según criterios técnicos y no aleatorios o sujetos a las vicisitudes momentáneas y casuísticas. No obstante mejor juicio, dentro de un contexto de integración regional y de inserción en el mercado mundial, es inadecuado que tales decisiones sean tomadas con fundamento meramente político, empírico o ocasional - según circunstancias de la conveniencia momentánea no económicamente racionales. El Derecho, antes de ser coactivo, debe ser persuasivo en el sentido de tener, como *última ratio*, la manutención del equilibrio económico-social del mercado interno, incluso, con relación a los niveles mercadológicos externos a través de la protección de la orden económica interna eficiente, de la protección del ambiente de mercado competitivo y socialmente justo. Por lo tanto, necesaria es la adopción de un criterio racional, técnico y eficiente para la toma de decisión jurídico-administrativa, como definitivo ideal de justicia.

La tesis principal que se defiende es que la racionalidad económica instrumenta el tomador de decisión de forma técnica, evitando la incertidumbre o la impropiedad en la consecución de objetivos que posan llevar al agotamiento o al no uso adecuado de recursos escasos, que, mal distribuidos, pueden generar situaciones de injusticia y, por consecuencia, ineficientes. No se niega la existencia de otros valores a ser observados como grado de justicia tales como la equidad, aspectos sociales, políticos, ecológicos, etc. Se reconoce que el ideal de justicia puede considerarse, *v. g.*, que solo decisiones ecológicas deben ser tomadas, o políticas, o equitativas y, así adelante, según la escoja social y democrática.

Peores decisiones son tomadas, en función de trampas legales o pensamientos desconectados con las posibilidades materiales, por parte de tomadores de decisión que, antes de actuar junto y para la sociedad, apenas *desempeñan* papéis determinados socialmente, o mejor, representan cumplir estos papéis de forma sistémica, sin el verdadero compromiso con la consecución de decisiones que realmente importen aptitudes capaces de contribuir para sanar las cuestiones que envuelven el uso y la distribución de recursos. Es innegable que la creación del Derecho y su desarrollo están íntimamente ligados a la Economía. Este es el comportamiento verificable en el día-a-día: las personas, por lo menos las que crean normas y dirigen las relaciones económico-sociales que determinan el ambiente institucional de los pueblos visan - o deberían visar - el bienestar económico capaz, incluso, de envolver también, ideales sociales distributivos, humanitarios, ecológicos, ambientales, de seguridad en el trabajo, etc., en la medida en que estos valores integren el cálculo económico que es metodología de apreciación del real, tal como sugerido por el PEES.

En ningún momento, se está condenando o defendiendo, ni la libertad irrestricta y mucho menos el autoritarismo para la tomada de decisión, todavía, se está condenando la tomada de decisión ineficiente; sea esta, fruto de la voluntad individual o de una colectividad y que incurra en la adopción de criterio político-ideológico de decisión propio del *infructífero oscilar de las decisiones jurídico-políticas* cuando de los cambios y mudanzas de gobiernos y partidos. En un Planeta globalizado, en el cual impera el sistema de economía de mercado neoliberal, predominan prácticas y criterios técnicos de proceder dirigidos para la conquista de lucros, para un proceder racional y eficiente capaz de propiciar el mejor uso de los escasos recursos y el bienestar de las sociedades, en la medida en que la riqueza es incrementada. Idealmente, la racionalidad que visa la eficiencia, en ambiente competitivo, surge como parámetro de decisión administrativo-jurídica capaz de priorizar el uso racional y eficiente de la propiedad como solución propia de justicia y felicidad para los individuos; es el uso imprescindible y suficiente del criterio o Principio de la Eficiencia Económico-Social - PEES. Ocurre, entretanto, que disparidades sociales, situaciones de imperfección o fajas de mercado, mala distribución de la riqueza o ejercicio abusivo del poder, inclusive económico, están presentes en el día-a-día de las diversas sociedades inmersas en este ambiente competitivo internacional, compitiendo, entonces, al Derecho, a la norma, a la decisión del juzgador o del administrador corregir distorsiones - fajas de mercado - y recuperar la situación de equilibrio perfecto. En esta perspectiva, el Derecho, antes de coercitivo, es persuasivo.

Adoptar criterio técnico, cuando de la tomada de decisión, significa determinar los costos de la adopción de esta medida o de determinación de un Derecho definitivo, con relación a sus efectos restauradores de una dada condición de mercado o reparación de faja de lo mismo. No justifica, entretanto, la alegación de que el carácter económico es

parcial para la tomada da decisión jurídico-administrativa, pues no se está a excluir del cálculo econométrico valores como la vida, la libertad, la equidad o las vivencias humanitarias, ambientales, y otros aspectos que pueden ser internados conforme el PEES; pero, tan solo, se constata que, tal como en la matemática, no es coherente efectuar una operación de suma con las reglas propias de la operación de substracción; o sea, en cuanto inseridos en contexto internacional de mercado, compete para los países o para los individuos decidir según las reglas y objetivos del *juego* establecido, mayormente, bajo de la pena de eterno conflicto y desequilibrio no-sustentable en medio a las acciones que ora son políticas, ora filantrópicas, ora religiosas, ora pasionales, etc., todavía, siempre desconectadas con las reales posibilidades materiales.

Se defiende, entonces, como criterio de justicia para la tomada de decisión administrativo-jurídica, la aplicación de parámetros económicos, mayormente, ligados a la eficiencia en el uso y en la adjudicación de la propiedad de los escasos recursos; en una economía de mercado-social, amparada por el mínimo ético legal, o sea, una legislación adecuada para las necesidades y posibilidades del Sistema Económico de Mercado-Social y segundo el PEES.

El análisis económico, cuando de la tomada de decisión relativa al Orden Económico Internacional permite que se verifique el costo de oportunidad para la aplicación o refutación de la misma con intuito correctivo de una faja en el mercado - desvío de comercio. El análisis de costos y beneficios de las consecuencias de una determinada decisión posibilita, para el órgano decisorio, el ejercicio no temerario y despótico del poder de adjudicación de bienes y de consagración de relaciones sociales, cuando de la adopción de aquella, según norma suficientemente flexible que permita la transacción eficiente conforme el PEES. En este caso, la tomada de decisión racional pondera los beneficios posiblemente advenidos de la aplicación de medida y de las consecuencias económico-sociales de la no aplicación de las mismas.

Pugnase, para el balizamiento de la tomada de decisiones económico-jurídicas, el PEES como importante objetivo social a ser perseguido para la efectiva adjudicación de derechos; inclusive, defendiéndose la eliminación de toda la especie de externalidad impuesta para las generaciones participantes del proceso de atribución y redistribución de la riqueza social, privadamente adjudicada, bien como, para las futuras generaciones.

Sea, el concepto de justicia, analizado en la óptica de la distribución de los recursos o simples retribución de los mismos, a quienes de Derecho, en una perspectiva económico-jurídica, deben ser adjudicados derechos que determinen el uso racional de la riqueza social, mayormente, cuando, de forma superior, sean perseguidos los dictámenes del PEES como forma de hacer valer, por fin, la máxima inolvidable, por la cual, justicia es *hacer para los otros, lo que se quiere sea realizado o hecho para sí - alteridad*.

Dentro de una visión jurídico-económica pragmática, la justicia debe ser alcanzada según composición ideal de las partes – negociación, para, así, ser alcanzado estado superior de bienestar para todos los participantes del proceso de convivencia social, conforme sea alcanzado el empleo eficiente de los escasos recursos. En que pese el expuesto, no se desconoce las dificultades de aceptar las determinaciones de mercado como exclusivas inductoras de la justicia distributiva. En efecto, tal opción de justicia es cuestionable; una vez que, es indefendible la existencia de mérito definitivo o razón única que justifique, aceptablemente, la atribución efectiva de los Derechos que, en el mercado, están adjudicados de forma desigual entre los agentes y los Estados.

7. Referencias

- ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, traducción López Guix, Juan Gabriel, Ariel, Barcelona, 1988.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, trad. Mário da Gama Kury, 3 ed., Editora da Universidade de Brasília. Brasília, 1992.
- CALABRESI, Guido, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, en 70 Yale Law Journal, 499, 1961.
- _____, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. Joaquín Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984.
- CANNAN, Edwin, *The History of Local Rates in England*, 2 ed., Londres, 1912.
- COASE, Ronald H., *The Problem of social cost*, 3 Journal Law & Economics 1, 1960.
- DWORKIN Ronald M., *A Matter of Principle*, Claredon, Oxford, 1986.
- _____, *El Imperio de la Justicia*, trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- EUCKEN, Walter, *Cuestiones fundamentales de la economía política*, trad. I. Illig Lacoste, 2 ed., Alianza, Madrid, 1967.
- GEORGE, Henry, *Progreso y Miseria*, trad. Baldomero Argente del Castillo, Robert Schalkenbach Foundation, New York, 1972.
- GIOFFRÉ, Marcelo A. e MORANDO, Mario J., *Economía y Orden Jurídico. El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*, Ad-Hoc, Bs. As., 1994.
- HABERMAS, Juergen, *A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio*, trad. Vamireh Chacon, Biblioteca Tempo Universitário, v. 60, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980.
- _____, *Razão Comunicativa e Emancipação*, trad. Flávio Beno Siebeneichler 2 ed., Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989.

- KALDOR y HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal*, v. 49, n. 549, 1939.
- KORNHAUSER, L. A.; *The great image of authority* en *Stanford Law Review*, v. 36, 1984.
- MARTINEZ GARCIA, Jesus I; *La teoría de la Justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- MERCADO PACHECO, Pedro, *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*, Colec. El Derecho y la justicia Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1994.
- MERCURO, Nicholas, *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, Boston 1989.
- PARETO, Vilfredo, *Manual de Economía Política*, trad. João Guilherme Vargas Neto, Abril Cultural, São Paulo, 1984, Colección Os Economistas.
- PIGOU, Arthur Cecil, *The Economics of welfare*, 4 ed., Macmillan, Londres, 1932.
- _____, *Socialismo y capitalismo comparados: la teoría general de Keynes*, Ariel Quincenal, Barcelona, 1968.
- POSNER, Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 4 ed., *Little Brown and Company*, Chicago, 1992.
- PREZEWSKI, Adam, *Capitalismo e social-democracia*, trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 1989.
- _____, *Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina*. Trad. Vera Pereira, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1994.
- _____, *Estado e economia no capitalismo*, trad. Angelina Cheibub Figueiredo y Pedro Paulo Zahluth Bastos, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1995.
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos P. Correia, Ed. Presença, Lisboa, 1993.
- ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del Derecho*, trad. José Luis Pérez Hernandez, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- SANTOS PASTOR, *Sistema jurídico y economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Técnos, Madrid, 1989.
- SEN, Amarthia Kumer, *Collective Choice and Social Welfare*, 1970.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus, *Manual de análisis económico del Derecho*, Técnos, Madrid, 1991.
- SMITH, Adam, *The theory of moral sentiments*, Liberty Classics, Indianópolis, 1976.
- _____, *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, Introd. Edwin Cannan. Apres. Winston Fritsh. trad. Luiz João Baraúna, Abril Cultural, São Paulo, 1983, Colección Os Economistas.

SOUZA, Washington P. Albino de, *Lições de Direito Econômico*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

_____; *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 5 ed. São Paulo: Ltr. 2003.

STAMMLER, R., *Economía y Derecho, La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*, Editorial Réus, Madrid, 1929.

TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho, Tècnos, Madrid, 1987.*

VERDADE, NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REGRA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA

FRANCISCO BERTINO BEZERRA DE CARVALHO

Professor Adjunto da UFBA de Direito Processual Civil e Prática Jurídica Cível, advogado, Procurador do Município do Salvador, Mestre em Direito Econômico pela UFBA e Doutor em Direito Público pela UFBA.

Resumo

O trabalho introduz a questão da verdade como humana experimentada na intersubjetividade e a insere nos desafios da comunicação, retornando ao tema à luz da introdução da distribuição dinâmica da carga probatória no projeto do NCPC. Apresenta o direito como fenômeno cultural e sua relação com a verdade em dois planos, o da verificação da ocorrência dos fatos jurídicos e o da incidência das normas nos casos concretos. Inclui o processo como instrumento do direito para construção, no plano real, de seu projeto de regulação da conduta. A partir destas premissas, examinam-se a tangibilidade da verdade, as formas de sua compreensão pelo homem, assim como a atualidade e a importância da questão da verdade nas sociedades, ainda que para a manutenção do compromisso com a verdade possível. Visita-se a relação da verdade com a linguagem, com o direito e com o processo para se concluir que o processo é a busca da verdade pelo direito para entrega, à sociedade, da verdade do direito e que a produção jurisdicional do direito desafia tripla legitimação, pela fundamentação, pelo procedimento e pelo diálogo comunicativo de Habermas, aplicado no âmbito processual. Identificada a recepção pelo NCPC da teoria das cargas probatórias dinâmicas como a modificação com maior pertinência com a questão da busca da verdade fática no processo civil, a analisa pela perspectiva proposta.

Palavras-chave

Verdade; Novo Código de Processo Civil; Carga probatória dinâmica.

Abstract

The paper conceives the truth as a human creation, intersubjectively perceived, and places it throughout the challenges of communication, returning to this subject in the way from theory of the dynamic evidentiary burdum. It presents Law as a cultural phenomenon and also its connection with the truth from two perspectives: the first of verifying

the occurrence of legal facts and the other the incidence of legal rules in concrete cases. It also contemplates legal procedure as an instrument to construct, amidst reality, its purpose of regulating conduct. From these premises, the paper examines the tangibility of truth, the forms of its comprehension by men, as well as the contemporariness and importance of the truth within societies, even for the maintenance of the commitment to the possible truth. The paper visits the connection of the truth with Linguistics, Law and legal procedure, concluding at last that the latter is the search of truth, in a procedural system, to surrender to the society the truth of law and that the jurisprudence faces a triple legitimation, through the motivation, the procedure and the Habermas' communicative dialogue, applied over a procedural spectrum. Identified the receipt by the New Code of Civil Procedure the theory of dynamic evidentiary burdens as modification with greater relevance to the issue of search factual truth in civil proceedings, analyzes it from the perspective proposal.

Key words

Truth; New Code of Civil Procedure; Dynamic evidentiary burdens.

1. Introdução: A Verdade, o Homem, o Direito e o Processo

A verdade é uma preocupação humana universal, presente em todas as culturas e sociedades, ainda que em cada época e lugar o problema – e sua solução – tenha se revestido de peculiaridades, cuja extensão, porém, não é capaz de extrair a identidade. Uma das mais importantes ou “a” questão da filosofia perpassa por todo o conhecimento e toda a existência humana, desafio permanente para qualquer área de ação ou ramo de reflexão de homens e mulheres, a verdade reveste-se de especiais circunstâncias quando se vincula à aplicação do direito por meio do processo judicial. Por outro lado, é tempo de reconhecer a importância do estudo filosófico do direito processual como adverte Henrique Garbellini Carnio (2014, 368).

Todo aglomerado humano capaz de se comunicar enfrenta a o desafio da confirmação, ou infirmação, das informações transmitidas e/ou trocadas, seja para questões de menor relevância, seja para aquelas necessárias à sobrevivência do indivíduo e/ou da comunidade. A verdade que pode ser objeto de apreensão na perspectiva que se pretende é a coletiva, no sentido de compartilhável e compartilhada, ou seja, originada da vida em sociedades humanas. O mundo de pensamentos, percepções e crenças não exteriorizadas que povoam apenas o subjetivismo particular de cada um, não obstante real e “verdadeiro” para o sujeito experimentador é estranho ao conceito de verdade que se objetiva aqui abordar, vinculado e restrito à intersubjetividade, à pluralidade de sujeitos.

A questão em derredor da verdade, todavia, não se restringe apenas ao âmbito acadêmico de complexas discussões, como acredita parte da população desavisada da mundanidade e atualidade de todos os dilemas de ordem filosófica, ao revés. Assim, a abordagem pretendida busca, de um lado, a partir de uma reflexão sobre a verdade e sua relação com o homem, entender como o direito e o processo tentam (e em que medida conseguem) estabelecer uma relação com a verdade, e, de outro lado, analisar em que medida a introdução no ordenamento processual brasileiro da teoria das cargas probatórias dinâmicas contribui ou atrapalha a esta relação.

O direito – fenômeno cultural que é – está sujeito aos influxos da condição humanaⁱ e não poderia ser indiferente à questão da verdade. Seja como instrumento de dominação, controle, regulação ou fomentador da cooperação entre os homens, o direito precisa valer para cumprir seu papel social, no que se depara com a verdade em duas vertentes: 1) na ocorrência do fato (o fato é a matéria prima do direito), pois na apreciação da veracidade da ocorrência no mundo real do fato previsto hipoteticamente no ordenamento opera-se a primeira verificação de verdade necessária à aplicação concreta do direito – uma verdade fenomenológica, e; 2) na relação de incidência (o direito é um projeto de conduta conforme ou de reação institucionalizável à sua inobservância), ou seja, esta segunda verificação de verdade opera no plano da eficácia da norma jurídica, ou seja, se, no caso concreto, o direito efetivamente se fez aplicar – uma verdade social ou cultural.

O processo – instrumento do direito – é uma prática (técnica) destinada (sem sempre capaz) a construir normas individuais concretizadoras no plano real do direito em situações específicas – na existência de conflitos ou nas circunstâncias previstas no ordenamento em que o resultado jurídico pretendido dependa de pronunciamento jurisdicional¹ – se depara com a verdade em dois prismas reflexos daqueles enfrentados pelo direito, na verificação do fato (almejando encontrar os mecanismos de desvendar a verdadeira ocorrência sobre a qual deveria debruçar-se o órgão julgador) e na aplicação do direito (buscando fórmulas confiáveis e estáveis de construir a solução jurídica do caso concreto) de forma que o fenômeno social e cultural do direito receba a adjetivação de verdadeiro. A ciência do direito faz tempo lida com os efeitos sobre seu objeto de estudo do atrito entre concepções com a do racionalismo dogmático de René Descartes, Godofredo Guilherme Leibniz e Baruch Espinoza e o empirismo cético de Francis Bacon, David Hume e John Locke. Mesmo de Immanuel Kant a Edmund Husserl continua-se em uma variação sobre o mesmo tema.

Assim, para poder atribuir-se socialmente o adjetivo verdadeiro ao direito no plano concreto, é preciso conjugar aditivamente uma verdade fática com uma verdade jurídica, aplicando-se o direito verdadeiro sobre um fato igualmente verdadeiro. Em sentido

1 Como na jurisdição constitucional abstrata, na execução forçada de cláusula compromissória ou no inventário envolvendo menores.

oposto, tanto se o fato considerado para feito de incidência não tiver correspondência com a realidade, quanto se a aplicação não for verdadeira (correta), a hipótese é de um não direito, ou de um falso direito. Em termos de uma abordagem puramente lógica, se fosse cabível, o direito encontraria seu patamar de validade quando reunisse por conectivo lógico da conjunção duas afirmativas validades, a do plano fenomenológico e a do próprio plano de sua aplicação, lembrando que a proposição resultante da conjunção só será verdadeira quando as proposições simples individuais forem verdadeiras.

Não se pretende incluir o direito na lógica formal do ser, mas realçar que a função de acomodar expectativas requer o reconhecimento de que a segurança jurídica pressupõe resultados esperados, ainda que não únicos, mas se não totalmente previsíveis, não estranhos ou antagônicos ao sistema. Em outras palavras, um direito do qual se possa esperar tudo, ou nada, simplesmente não serve. A questão da verdade se insere neste ponto.

Não é recente a relação intrincada do ser humano com a verdade, novidade “*súbita, perigosa e inusitada*” (FERNANDEZ-ARMESTO, 2000, p.10) é a aparente irrelevância que a questão tem assumido ultimamente nas sociedades ocidentais pós-modernas como denuncia, curioso para saber “*como chegamos ao ponto em que estamos na história da verdade: como nossa sociedade chegou a perder a fé em sua realidade e a perder o interesse em procurá-la*” (2000, p. 16), situação cujos reflexos no direito e no processo, como obras culturais e humanas já se faz sentir.

A complexa questão que se intenciona propor a investigação, se desdobra em duas perguntas: a) partindo da imprescindibilidade e atualidade da questão da busca da verdade, como, em uma época de descrença na verdade em si e na importância de sua procura, manter o comprometimento com a tentativa de realização pelo direito e pelo processo, ao menos, da verdade possível e, ainda, contribuir para que o direito e o processo possam tornar-se cada vez mais instrumento desta procura? b) em que medida a adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas pode contribuir para aproximar ou afastar o direito da verdade?

2. A Tangibilidade da Verdade

A abordagem da verdade tem normalmente duas vertentes: a que objetiva a verdade em si, seu conhecimento ou desvelamento, e; a que aborda as possibilidades de relação entre o homem e a verdade. A importância de se descobrir se há verdade e onde se pode encontrá-la é a mesma de se estabelecer a condição humana de, deparando-se com ela, reconhecer.

Na alegoria da caverna Platão, estruturante de todo o pensamento ocidental, semeou para sempre a dúvida na correlação entre a verdade (realidade) e o passível de percepção, distância que o passar dos anos e o desenvolvimento da ciência somente fez crescer. A

dificuldade, quiçá impossibilidade de captar o real, não elimina, como pode parecer à uma análise apressada, a questão da verdade, apenas a coloca em outros planos. Tanto é cientificamente possível sustentar a busca da verdade por outros meios capazes de superar as limitações dos sentidos humanos, quanto é moralmente aceitável exigir que o homem permaneça comprometido com toda a verdade que tiver capacidade de conhecer ou ter acesso.

Recomeçando pelo prisma do *cogito ergo sum*² da filosofia moderna, semeado desde que Parmênides propôs o “*não há nada que não exista*”, ou nega-se a existência de tudo, inclusive do emissário da idéia, ou se tem que admitir a existência de algo. A primeira hipótese elimina todas as questões. A segunda implica em retomar o problema da verdade enquanto manifestação da coexistência humana, e, por conseqüência, o de como chegar à ela.

Assim, aceita a premissa de que a existência é real, a verdade assume seu lugar de destaque na estruturação das relações sociais. Quem se dedicou a estudar a história da verdade, ou melhor, a verdade pelo prisma e como objeto de um estudo pela história, como Felipe Fernández-Armesto (2000), registra a existência de quatro formas de compreensão da verdade pelos povos que se alternam historicamente na experiência das sociedades: **a)** a verdade conhecida pela emoção, por percepção não racional e não sensorial; **b)** a verdade que é dita(da) pelos tradutores autorizados aos demais que não teriam acesso ao “mundo da verdade”; **c)** a verdade da razão, apreendida por métodos racionais de lógica e de argumentação, e; **d)** a verdade perceptível e compreensível por meio dos sentidos.

O direito, como não poderia deixar de ser, se ocupou da busca da verdade, em especial no âmbito processual, no qual a presença constante do litígio impunha quase sempre uma escolha entre duas ou mais “verdades”, fossem fáticas, fossem jurídicas.

Se o direito medieval conviveu com meios de prova influenciados pela fé religiosa (LIMA, 2013, P. 606) como as ordálias, desde a revolução científica recusa-se no mundo jurídico uma a verdade conhecida pela emoção, por percepção não racional e não sensorial. Dos outros três modelos, todavia, o direito se utiliza – simultaneamente inclusive. A verdade perceptível comumente serve aos meios de prova – testemunho, inspeção, perícia, etc. – e a verdade da razão no debate jurídico sobre a subsunção – partes, juízo e todos aqueles que atuam no processo dela se valem. A verdade oriunda dos tradutores autorizadas, mais associada à religião, tem uma conotação especial no mundo jurídico, pois ele também se vale de tradutores autorizados para dizer aos demais a verdade do direito, não sendo outro o sentido de jurisdição. Estas, porém, são sempre facetas da verdade, etapas para atingir o consenso. Assim, no plano da controvérsia fática, prevalece a busca da verdade perceptível. No plano da controvérsia jurídica, o embate próprio da verdade racionalizável, em especial na construção e consolidação de significados, como nos lembra Luis

2 Ou sua variante, no pensamento oriental, da escola Nyaya de comentaristas dos vedas: *lembro, logo existo*.

Assier-Andrieu: “O direito existe a princípio nomeando e qualificando, é arte de linguagem, é acima de tudo palavra.” (2000, p. 314). Ambas, porém, acontecem atreladas à construção da verdade jurídica pelos tradutores autorizados: todos os cidadãos, em nível primário e precário, os magistrados em nível final e definitivo. A competência dada aos magistrados de dizer o direito de forma definitiva, amplia a importância no direito processual civil da discussão sobre a verdade. Todas, ao final, constroem a verdade coletiva.

A verdade prossegue sendo matéria prima e produto final do direito, ainda que se possa considerar tal produto final como uma verdade convencional, inserida social, política e culturalmente em um horizonte específico, pois isto não corrompe sua essência nem reduz sua importância. Ao contrário da impressão que se possa ter, a verdade continua uma questão central do direito, especialmente do processo.

A obra de Felipe Fernández-Armesto (2000) relata a desilusão experimentada pelas sociedades pós-modernas com a verdade e com a relevância de sua busca, assim como as nefastas consequências desta nova postura tão evidente, quanto pouco analisada e a necessidade de resgatar a verdade:

Anteriormente, esses esforços foram dirigidos para salvar a verdade. Agora, é muito tarde para isso; é preciso recuperá-la de dentro da goela do ceticismo e ressuscitá-la. Trata-se de uma tarefa urgente: uma vez que a verdade foi devorada, as pessoas engolem falsidades por inteiro. Sem confiança no conceito de verdade, os ouvintes não dispõem de armas contra mentiras. (FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2000, 193)

Precisamos, talvez mais do que nunca, da verdade, talvez não aquela que conforte e tranquilize a sociedade, mas com certeza aquela que for capaz de produzir.

O erro original, no caso, é tentar conceber e tratar os fenômenos culturais a imagem e semelhança dos naturais. É preciso descontaminar as manifestações culturais – como a arte e o direito – do paradigma da comprovação científica nos moldes aplicáveis às ciências exatas, buscando encontrar e ressaltar em sua própria natureza sua importância, validade e verdade. O cultural é – e sempre será – a verdade coletivamente construída (a única objetivável), impregnada por sua humanidade, com toda sua grandeza e limitação e, por isso mesmo, de importância central na existência e coexistência.

As certezas, nesta época de incertezas, na qual, como diz Felipe Fernández-Armesto, “A dúvida é a verdade de nossos tempos” (2000, p. 238) podem ser buscadas na própria humanidade e na sua história. O tempo, mais esta ilusão útil dos sentidos humanos, pode ser utilizado pelos homens mais do que para registrar o direito na história, uma vez que a compreensão da relevância da inserção histórica e existencial do intérprete na sua atividade não diminuiu a importância de sua tarefa, apenas a aumentou.

É preciso, portanto, combater o desapego à verdade e o desinteresse pela luta por ela. Para isso, é preciso conhecer as origens do processo. Dentre as raízes desta erva daninha

destaca-se o individualismo, como assevera Felipe Fernández-Armesto, para quem “*Em qualquer sistema que se inicie com a consciência individual, existe o perigo de se valorizar igualmente todas as opiniões*” (2000, p. 194) em companhia do voluntarismo, do subjetivismo, do existencialismo e do pragmatismo, estes dois últimos, mais determinantes no naufrágio da verdade que soçobrou na era das incertezas que se desenvolveu conjuntamente a repercussão das teorias da relatividade, do caos e desconstrução da matemática por Kurt Gödel. Em outras palavras: se o tempo e o espaço são relativos, o movimento das asas de uma borboleta em um hemisfério causava ciclones no outro e nem matemática nem lógica são suficientes para comprovar a si mesmas, que verdade seria alcançável? E para quê?

Por outro lado, o relativismo que tomou conta do mundo também seduz por adequar-se à uma ideologia dominante, qual seja a da globalização, pois em um mundo cosmopolita, multicultural, nada aparentemente mais conveniente para pacificar a convivência de pessoas e culturas diferentes do que o ilusório conforto de acreditar que todos podem ter razão simultaneamente. A verdade, ou a busca dela, poderia, nesta concepção, semear a discórdia e a até mesmo a guerra.

Esta aposta na incerteza como fator de cooperação, ou, ao menos aglutinação, porém, revela-se equivocada porque trabalha com uma premissa errada: a de que a irrelevância da correção das verdades de cada um torna todos mais tolerantes com as verdades alheias. O relativismo, ao revés gera, no plano pessoal, a sensação de insegurança (e a inquietude que lhe é peculiar) e, no plano social, fomenta a mais danosa atitude em face da comunidade, a conveniência.

A conjugação destes fatores desagrega em um nível o tecido social que sua ruptura torna-se inevitável. A quase ausência de solidariedade nas comunidades pós-modernas e a própria dificuldade de legitimação das instituições comunitárias, têm correlação com esta perspectiva individualista de encarar a vida e o mundo especialmente com relação ao Estado:

No sería una definición impropria de la política de estos tiempos decir que ella busca la unidad social. Cualquier problema político des esta cuestión fundamental está relacionado con los tiempos pasados. ¿Hasta qué punto y de qué manera es una unidad la sociedad contemporánea? ¿Hasta qué punto hay un interés del conjunto, un interés monista, que trasciende al interés de las partes que contituyen el todo? (LASKI, [s.d.], p.12).

Não que a verdade esteja no Estado ou se aglutine em torno dele, mas que a dificuldade de encontrar consenso coletivo afeta tanto a existência dele quanto a construção de verdades sociais, desaguando a sociedade no relativismo conveniente. A esperada (e cada dia mais visível) reação ao relativismo é o crescimento do fundamentalismo com sua proposta de fornecer o conforto das certezas absolutas para aplacar a insegurança dos mais incomodados. Um dos problemas de toda postura fundamentalista (e de seus

movimentos) é que o aparente “bem” que faz aos seus seguidores em pacificação traduz-se em um efetivo mal para todos os outros estranhos às crenças que compartilham. Os fundamentalistas radicais não se contentam em abraçar suas verdades absolutas, pretendem impô-las ao resto do mundo, ou, de outra forma, eliminar todos aqueles que as refutem. O fundamentalismo (religioso, estatal, desportivo, de gênero, classe, raça, etc.) constitui ameaça para qualquer pensamento coletivo sobre verdade, política, coexistência, ou qualquer valores morais ou sociais que demandem construção pelo consenso, pelo diálogo ou, ao menos, pelo respeito à diferença.

Desta forma, é uma ilusão crer que o relativismo imperante, que solapa a idéia de valor da verdade e da importância de sua busca, seja benéfico ao projeto de globalização, assim como é insustentável defender a possibilidade de vida harmônica no planeta fundada em perspectivas individualistas da existência e da convivência. Indo mais fundo, concordando-se com a posição de cientistas e ecologistas, que nem mesmo a própria condição da vida (humana) se sustenta diante da globalização (generalização) de padrões de comportamento (especialmente de consumo) individualistas, egocêntricos ou etnocêntricos.

Neste ponto é interessante retomar a correlação da verdade com a intersubjetividade, pois não é mero acaso a relação inversamente proporcional estabelecida entre o avanço do individualismo e o retrocesso da verdade. De fato, quando a verdade torna-se algo individualmente conveniente³, perde-se qualquer sentido em sua busca, pois ela somente interessa socialmente quando pode ser compartilhada.

Neste contexto, o processo como instrumento do direito sofre reflexamente os efeitos da incredulidade e do ceticismo com os quais a sociedade passa a enxergar o mundo jurídico. As complexas sociedades pós-modernas, nas quais o direito vem substituindo – mais por necessidade do que por vocação – o papel da solidariedade na conformação das relações sociais, requerem com urgência o resgate da validade do discurso jurídico⁴ e, acima de tudo, da verdade como elemento necessário à comunicação humana, inclusive pelo direito. O processo é parte desta solução e uma nova codificação sempre uma semente de esperança.

A verdade humana se apresenta como um segmento de reta tangente do círculo da realidade da vida, que dele se aproxima para, após tocá-lo por um átimo, dele se afastar. A frugalidade deste momento não reduz sua intensidade ou importância. Se reter a verdade não pertence ao homem, busca-la é sua natureza essencial.

3 Como em Soren Kierkegaard: “*Somente a verdade que edifica é verdade para ti*” para quem verdade seria qualquer coisa que fizesse o indivíduo viver melhor ou em William James quando sustentava que a verdade não era uma questão da realidade do que é afirmado, mas de sua possibilidade de corresponder a um propósito particular.

4 Não se trata aqui do conteúdo do discurso e da necessidade de sua alteração inclusive para efeito de legitimação, que é um outro problema.

3. A Importância da Verdade Possível

Se devemos buscar este instante de revelação, é preciso indagar o que é a verdade? É algo que sentimos e experimenta-se pessoalmente com a afetividade individual? É a algo que é desvelado aos demais por aqueles capazes de, individual ou coletivamente, racional ou emocionalmente a apreender? É algo compreensível racional e/ou logicamente? Ou algo que somente poderia ser compreendida por meio dos nossos sentidos? Algumas destas opções apresentadas pela abordagem histórica de Felipe Fernández-Armesto atende?

Os falíveis sentidos humanos e seus sentimentos pessoais fornecerão impressões particulares, não compartilháveis. A verdade de alguns poucos sempre serviu à dominação de muitos. Resta a opção mais desafiadora: a verdade compreensível racional ou logicamente, aquela que desafia a comunicação e o entendimento, a construída pelo diálogo, limitada pelas condições humanas, especialmente de comunicação. A impossibilidade do homem se apoderar da verdade absoluta, porém não elimina o problema da verdade. Ainda se pode querer a verdade absoluta além da percepção do homem, mantendo acesa a busca por esta verdade, ou exigir do homem, ao menos, toda a verdade que puder entregar a cada momento.

A dificuldade de se atingir a verdade não deve ser obstáculo a valorização da mesma, pois tal valor vem da comparação com seu oposto: a não verdade. A mentira, a dissimulação, frise-se, não é admitida por nenhuma sociedade como intrinsecamente negativa, ruim ou malévola. A rigor, o que importa é a circunstância na qual a não correspondência é utilizada conscientemente, excluindo-se da observação também a mentira inconsciente, aquela dita quando o orador crê estar dizendo a verdade, a qual, mesmo objetivamente indesejada, não enseja repúdio moral inclusive por não poder ser evitada pelo sujeito.

De fato, há várias situações aceitas socialmente nas quais a verdade é propositalmente abandonada, mas que recebem a aprovação popular, não apenas na chamada “mentira inocente”, para proteger um ente fragilizado de uma notícia ruim, mas como ocorre na narrativa das fábulas⁵, contos e crenças⁶, nos jogos⁷ e disputas⁸, amadores ou profissionais,

5 O uso do fantástico é mais do que um recurso do discurso, é um apelo à imaginação e, por consequência, um acesso ao subjetivo do ouvinte utilizado para obter um resultado específico pretendido de vincular emocionalmente o receptor com a mensagem e, via de regra, com a lição implícita, normalmente moral. A importância social da própria verdade, por exemplo, é passada subliminarmente na fábula de Pedro o Lobo.

6 Não é por acaso que a obra de Felipe Fernández-Armesto sobre a verdade se inicia com longa digressão acerca dos conflitos originados nos adultos na abordagem da verdade sobre a não existência de Papai Noel.

7 O dribble, o blefe.

8 Os golpes nas lutas, dentre as quais a capoeira, por sua origem, destaca-se na arte da dissimulação.

em estratégias de sobrevivência individual⁹ ou coletiva¹⁰, como é muito comum nas guerras¹¹. A mentira torna-se indesejada apenas quando contamina o discurso comunicativo, quando aparece no lugar onde a expectativa era de se encontrar a verdade.

Assim, é preciso deixar claro quando a verdade é valorada: na comunicação que pretende (ou deve) ser exata e precisa. Independentemente da questão da verdade ser plenamente atingível pelo homem ou constituir, em si, um valor absoluto, a idéia proposta é a da importância de se manter socialmente relevante o compromisso com a verdade possível, ou seja, não é porque o homem desconhece toda a verdade absoluta que deverá deixar de transmitir a totalidade da verdade que conhece quando instado a revelá-la.

A verdade já foi, e deve voltar a ser, o ouro, não apenas na analogia primeva que associava a virtude da verdade na comparação do ouro verdadeiro com o falso, mas acima de tudo na simbologia da riqueza, do valorizado, do procurado, do aspirado por uma sociedade.

A consciência da existência, acima de qualquer outra coisa, incertezas. A busca da verdade sempre significou a procura do em “*que acreditar além da própria morte*” (que seria a única inexorável certeza trazida pela consciência de si mesmo). Desvendar os mistérios da existência parece traduzir e representar a luta contra a morte. Por isto é tão visceral crer em algo – e tem se revelado tão incômodo viver nesta época de incertezas e relativismos.

Como adverte Felipe Fernández-Armesto, o contrário de acreditar profundamente em alguma coisa não tem sido acreditar em nada, mas acreditar em qualquer coisa (2000, p. 17), fenômeno palpável nas sociedades pós-modernas, nas quais todas as convicções parecem etéreas. A indefinição dos valores somente semeia mais confusão nas escolhas

9 É solitária, episódica e, acima de tudo, impopular (no sentido de recusada pelo senso comum, este de enorme relevância para a construção social da verdade possível), a concepção de Kant acerca do dever de dizer a verdade para um assassino, quando sua ocultação salvaria a vida de um amigo ou ente próximo.

10 O passado político do país deu publicidade e repercussão positiva à declaração da então Ministra de Estado (e atual Presidente Dilma Rousseff) que, em depoimento no Poder Legislativo retrucou a acusação adversário (Agripino Maia) de poder ser insincera naquela oportunidade porque já admitira ter mentido em depoimentos prestados sob tortura durante o regime de exceção, argumentando, em suas palavras, que a verdade era própria do regime democrático, do embate franco entre iguais, mas que entre torturador e torturado, a mentira não apenas dignificava o último, como ainda preservava vida de terceiros. É um exemplo de como a circunstância influencia a valoração da verdade (e da mentira). No episódio, a popularidade positiva alcançada pela então Ministra projetou seu nome no Executivo e, de certa forma, colaborou no processo político de escolha pelo Presidente Lula da atual Presidente Dilma Rousseff com sua sucessora.

11 Não apenas a conduta de mentir ao inimigo é esperada de cada combatente, como muitas táticas de combate se estruturam na dissimulação, no engodo do adversário, em diversas formas de fazê-lo crer no que não existe ou desconhecer o que existe. O combatente que, mesmo torturado pelo inimigo, consegue não dizer a verdade para não prejudicar o esforço de guerra de seu exército, ou, mais especificamente, preservar a vida de seus companheiros, é reconhecido como herói entre os seus e digno de respeito e honra até entre os inimigos.

individuais e coletivos de conduta desde os hábitos saudáveis, a educação dos filhos, a religião, a ética e a filosofia. O crescimento exponencial do livre-arbítrio gerou o inverso da liberdade: o soterramento do indivíduo por um volume de informações e opções além de sua capacidade de escolha. Como adverte o mesmo autor:

Presa entre fundamentalistas, que acreditam ter descoberto a verdade, e relativistas, que se recusam a fixá-la, a maioria desnordeada entre eles continua a esperar que haja uma verdade que valha a pena ser procurada, sem saber como proceder ou responder às vozes de cada extremo. (2000, p. 17)

Se o pleno é, ou por enquanto ainda é (na visão dos mais otimistas), inacessível, se está diante de um falso problema. A armadilha da qual se deve esquivar é a de abandonar o absoluto pelo absolutamente relativo, como se verá adiante, pois ao almejar o possível, não se pretende (nem serve) qualquer resposta, mas a melhor resposta alcançável. Assim, não se abdica da verdade, muito menos da luta por ela, mas aprende-se a conviver com a verdade realizável uma vez ser intangível a total. É importante manter o compromisso e todo o esforço para atingir a vontade possível. A herança cultural do ocidente repudia profundamente a conduta contrária. Aquele que se intitulou a verdade e o caminho foi posto em julgamento e, processado e sentenciado, foi crucificado. A história dos povos cristãos, todavia, condenou para sempre Pôncio Pilatos por “lavar as mãos”. Difícil imaginar exemplo de maior força simbólica de morte da verdade pela omissão do julgador...

Por isso, o direito precisa operar na sociedade realizando, no sentido exato de tornar reais, suas prescrições hipotéticas regulatórias. O cumprimento de sua missão disto depende. Isto significa, em última análise, que deve operar sobre a verdade (fato reais) e de verdade (incidências corretas e efetivas). O processo representa a última chance de prevalência do direito, pois sua regra é a de ocorrer na ausência do adimplemento espontâneo. Assim, se veredicto pretende ser a “*verdade dita*”, assim como a jurisdição tem a intenção de ser “*a dicção do direito*”, a validade do sistema jurídico está em sua capacidade de operar com a verdade.

4. A Linguagem: Signo e Verdade

Ao se associar a verdade à comunicação, faz-se uma necessária referência à linguagem. O objeto que está presente não precisa ser significado, apenas indicado para efeito de ser comunicado. Quando a linguagem e a comunicação evoluíram e pretenderam referir-se a algo ausente da percepção do destinatário surgiu o problema da correspondência, ou, de outra forma, da verdade, pois toda utilização da linguagem, tem o escopo de representar algo. Desde então se tornou palpável a importância da linguagem para a verdade. Para alcançá-la, por muito tempo, se optou pelo caminho da imparcialidade, da isenção

e da técnica na aplicação da linguagem, até que a impossibilidade de tais pretensões foi desnudada pelo chamado “giro hermenêutico”. Com efeito, após o “giro hermenêutico” patrocinado por Heidegger a partir do Século XIX, mostrou-se que a compreensão possui caráter existencial. O próprio Heidegger relacionou a compreensão com uma expectativa da própria existência humana.

Gadamer, por sua vez, acrescenta à hermenêutica filosófica a concepção que a interpretação ocorre na dimensão real existencial do intérprete, e, em relação ao direito, realça a importância do contexto histórico na interpretação jurídica como traduz Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz “*O jurista deve levar em conta o aspecto histórico ao interpretar a lei, para determinar o seu conteúdo normativo (sein normative Gehalt) e aplicá-la ao caso a que se dedica.*” (1998, p. 225) para acrescentar a concepção de interpretação como concretização do conteúdo da norma (1998, p. 225).

A realidade do processo de interpretação e as interferências do intérprete no objeto, porém, ao contrário do que possa parecer, não comprometem nem reduzem a importância do resultado. A pretensão de um direito puro, imune as vicissitudes humanas, não passou sequer pela cabeça de Kelsen. Nenhuma obra cultural pode pretender ser absoluta se relativo é o próprio homem e, sendo assim, o melhor direito que se pode produzir é aquele capaz de refletir a sociedade que o concebeu. O direito deve sim almejar a unidade, a coerência e a verdade, mas somente os alcançará dentro dos limites destas mesmas características na sociedade da qual emerge. Não se pretende aprofundar a discussão em torno das possibilidades e impossibilidades da linguagem, nem das interferências que seu uso, ou as trazidas pelo próprio intérprete produzem no resultado, pois sendo conhecida esta realidade da condição humana, nela não se pode ver mal. Errado apenas é ignorar tal circunstância, ou tentar simular que ela não existe.

A linguagem, assim, é uma ferramenta cuja obra dependerá da intenção do agente. Conhecer bem e compreender a linguagem é útil e desejado, mas supervalorizar sua importância para que apenas dela dependa o êxito, o insucesso ou até a impossibilidade da comunicação não se revela adequado nem produtivo. A linguagem, portanto, deve continuar a serviço da transmissão dos conceitos e ideias e da verdade, devendo sim os agentes da comunicação ter a dimensão de seu alcance para melhor atingir o escopo da troca intersubjetiva de conhecimentos teóricos ou práticos.

5. A Verdade e o Direito

O direito, ao disciplinar a conduta por normas hipotéticas e interferir na ação para conformá-la ao modelo posto, tem a reconhecida intenção de realizar-se a si mesmo, cumprindo, assim, seu papel na sociedade de equalizar a relação do homem com o tempo, estabilizando e, se possível e melhor, consolidando as expectativas dos indivíduos. O

direito quer se realizar, quer virar história. Esta colocação vem a propósito da perspicaz análise de Felipe Fernández-Armesto sobre um quadro de Goya que retrata a verdade, o tempo e a história:

Com um leve sorriso, quase imperceptível na mancha indistinta que Goya lhe deu por face, ela volta seu olhar do Tempo e da Verdade para nós, enquanto escreve seus registros em um livro. O Tempo está arrastando a Verdade até a presença da História, mas a História não parece preocupar-se. Enigmática, complacente, está mais interessada em sua plateia. (FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2000, p. 16)

Admitir que o tempo pretende transformar o direito em história, tal como a verdade do quadro de Goya na interpretação de Felipe Fernández-Armesto, neste contexto, significa também compreender que a história está mais interessada na platéia do que na verdade ou no direito. A platéia, registre-se, não é a humanidade como gênero, pois a história é escrita apenas pelos vencedores e o direito, em regra, construído a serviço da proteção de seus interesses. A história, desta maneira, volta-se a platéia que quer agradar.

Olhando-se a situação no espelho, verifica-se que direito é constituído, assim, por verdades históricas que os vencedores construíram e consolidaram. Isto não o desqualifica ou desmerece, apenas o revela. A verdade buscada pelo direito, portanto, nunca foi (embora pretendesse ou fingisse pretender) uma verdade absoluta, mas apenas a verdade do arranjo de forças existente (e possível) numa determinada sociedade e num período específico. O direito, como advertia o saudoso Calmon de Passos em suas preleções, não administrava a Justiça, mas a maior quantidade tolerável de injustiça, até porque a norma jurídica tem, por essência, a finalidade de distinguir, desigualar, regular o acesso aos bens da vida que, interessando a muitos, não estejam disponíveis em quantidade suficiente para satisfazer a todos. O comprometimento do jurídico com os interesses que o inspiraram não lhe afasta da verdade, põe na mesa apenas a questão da legitimidade, que tem outra matriz, mas em nada corrompe seu conteúdo positivo no plano social, nem sua correlação com a verdade. É como adverte Fernández-Armesto:

Toda tentativa de ser melhor – toda tentativa de construir relações felizes e sociedades prósperas – começa com duas questões: como posso distinguir o certo do errado? E como posso distinguir o verdadeiro do falso? [...] Não há ordem social sem confiança, e não há confiança sem verdade, ou, no mínimo, sem procedimentos aceitos de apuração da verdade (FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2000, p. 17)

A verdade almejada pelo direito é social e cultural e para atingir esta verdade são concebidos seus institutos, órgãos e procedimentos. Se há uma discussão nos ramos da ciência de qual caminho escolher para combater o relativismo entre as opções possíveis – correspondência, coerência ou consenso – no caso das ciências culturais, a resposta há de

ser por meio do consenso, especialmente do direito¹². A passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional também trouxe em suas mudanças esta no significado da interpretação jurídica e na compreensão do próprio direito, que passou a ser reconstruído a partir de núcleos de significado, dada a separação entre texto e norma, em função da qual se deslocou para o destinatários dos textos legislativos a outorga de seus sentidos normativos (MITIDIERO, 2014, 53). Este movimento desloca o centro de gravidade da ciência do direito, antes concentrado na legislação, em direção da jurisdição, da qual se aproxima. Em contrapartida, o processo civil, no Estado constitucional, passa a ter como fim a tutela dos direitos como forma de dar efetividade aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana (MITIDIERO, 2014, 55), condicionada, entre outros requisitos “à adequada verificação da verdade das alegações de fato formuladas pelas partes” na qual “ganha importância a colocação da verdade como objetivo da prova” (MITIDIERO, 2014, 65), de forma que “a decisão será tanto mais justa quanto maior for a abertura do processo para a busca da verdade” (MITIDIERO, 2014, 66), ainda que “o mais correto, mesmo, seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana” (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, 47).

O direito, com efeito, não deve ser visto como um ente estático, muito menos diante das provas e da verdade. Não é uma obra acabada, nem mesmo pretende ser, seja porque se organizou para funcionar como uma profecia auto-realizável, uma hipótese sempre desafiando sua própria implementação, seja porque se vinculou a um equilíbrio de forças instável, cujas modificações lhe afetam. O direito, este eterno vir a ser, portanto, resulta de sua própria construção consensual pela sociedade e – com mais intensidade – pelos operadores do direito, em primeiro lugar e acadêmicos, em segundo.

Por outro lado, o direito não obstante se estruture como ciência, evolui como arte, alterando seus paradigmas por meio de experiências emocionais. De fato, quando se reproduzem em série as fórmulas consagradas do direito posto e concretizado, vivencia-se a ação de um obra cultural dotada de aparente coerência e unidade, porém, todas as vezes que o direito precisa de um novo salto não pode se amparar nos conceitos consolidados e depende da capacidade intuitiva de um operador capaz de criar um novo argumento sedutor o suficiente para ingressar no mundo jurídico dando a impressão que dele foi extraído, e nisto se assemelha a arte, a “grande arte” na interessante proposta de Felipe Fernandez-Armesto:

Quando a arte é “grande arte”, quando nos dá uma convicção de verdade, o resultado raramente é qualificado como uma percepção intelectual,

12 Ainda é difícil obter a compreensão dos demais ramos do conhecimento da particularidade da relação íntima do direito com seu objeto, para o qual o distanciamento é impossível, pois se conhece estuda e faz direito ao mesmo tempo. Nas trincheiras da vanguarda do desenvolvimento “tecnológico” do direito quase sempre estão os operadores práticos, a maioria dos verdadeiros “cientistas” que constrói o direito e o conhecimento do direito do futuro.

mas, antes, como uma experiência emocional, que modifica nossa relação com o mundo, em vez de acrescentar alguma coisa ao nosso conhecimento sobre ele. Talvez a mais rara e, portanto, mais rica experiência que possamos obter da contemplação da arte seja uma suspeita de mundo possíveis que ainda não imaginamos, e, muito menos, experimentamos. (FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2000, p. 203).

Não teria sido isto que, por exemplo, fez o Promotor Heron Santana quando, para incluir sob o manto do ordenamento aqueles que a interpretação tradicional e estabelecida recusava, se valeu da aceitação do discurso científico para embasar na semelhança cromossômica a titularidade do direito à liberdade de uma primata usado como fulcro de um *habeas corpus*?

É importante ressaltar no episódio citado o porquê da propositura específica da ação de *habeas corpus*, se toda a fundamentação teórica já havia sido debatida no meio acadêmico por ocasião da defesa de sua tese de mestrado. A busca da decisão judicial, norma individual aderente ao patrimônio jurídico do sujeito titular do direito subjetivo, resulta da referida situação particular do direito, de acordo com a qual, não obstante a doutrina também seja reconhecida como fonte do direito, é na concretude das normas individuais que o jurídico se torna real, palpável. Embora se forme no consenso, o direito não quer apenas o convencimento, quer a efetivação. Daí a busca pelo reconhecimento da jurisdição.

O próprio Kelsen, em sua obra mais conhecida, apresenta-se o Poder Judiciário como **criador** de norma jurídica constitutiva, aquela individual que dará termo ao conflitoⁱⁱ, embora o reconhecimento do caráter normativo da decisão judicial conviva na obra, entretanto, com uma concepção na qual o preenchimento da moldura deduzida do ordenamento é feita pelo juiz com o que se designa por discricionariedade em direito públicoⁱⁱⁱ.

Assim, a verdade para o direito é, ao mesmo tempo, sua matéria prima, enquanto fato do mundo fenomenológico, compromisso, enquanto escopo de sua existência quanto à concretização de suas prescrições e, no outro lado da moeda, o que de realmente ocorre por força de sua aplicação na sociedade. A verdade ingressa no sistema jurídico como fonte (fática) e retorna à sociedade, devolvida pelo ordenamento, como resposta jurídica efetiva (seja ela qual for, confirmadora ou informadora da norma geral hipotética pretensamente incidente). Não é por outro fator que a pragmática sociedade tem maior interesse – e atenção – nos pronunciamentos objetivos dos Tribunais do que na própria lei, ou, ainda muito menos, na doutrina. Como na música dos Titãs¹³, a sociedade só quer saber do que “*pode dar certo*”. A verdade que deve alimentar o direito é a dos fatos (efetivamente

13 “Go back”. De autoria de Torquato Neto e Sérgio Brito.

ocorridos) e da construção (legítima) das normas concretas. A verdade que a sociedade se alimenta do direito é a norma individual, aquela que, “dá certo”, acontece. Daí a importância do processo como meio de produção da última oportunidade do direito prevalecer: a decisão judicial. Não é casual a convergência do *civil law* com o *common law*.

6. A Verdade e o Processo

O processo – devido processo legal, cuja origem remonta à Magna Carta cujos 800 anos celebram-se neste ano – é uma das mais significativas conquistas do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito. A adaptação da doutrina de Montesquieu ao Estado Democrático de Direito é fruto da evolução do constitucionalismo contemporâneo e contraria o pensamento original do ideólogo francês. O conceito de poder judiciário é o melhor exemplo disto, pois para Montesquieu, o Poder Judiciário era um poder invisível e “nulo”^{iv}, destinado apenas a pronunciar as palavras da lei, esta norma elaborada pelo poder legislativo, plena e acabada, dotada de todos os elementos necessários à gerar os efeitos pretendidos teria nos julgadores apenas os tradutores técnicos do seu enunciado, daí a ausência de necessidade de legitimação democrática para sua atuação.

A ideia do Poder Judiciário autônomo, independente, e criador do direito individual, evoluiu juntamente com a sociedade e próprio conceito de Estado, inclusive para atender, ao mesmo tempo, a uma maior complexidade social que revelou inviável a criação de um ordenamento jurídico pleno, capaz de elucidar todas as possíveis controvérsias, e à transformação radical experimentada na evolução histórica do conceito de lei que abandonou sua acepção original de norma geral e abstrata destinada a orientar e regular a conduta humana com neutralidade, para tornar-se um “fato político”, um instrumento de governo utilizado pelo poder político para realização de seu próprio projeto^v.

Mas, a evolução das instituições sociais e políticas transformou todas as funções do Estado, afastando-as das concepções originais de Montesquieu, e, no caso do Poder Judiciário, dando especial relevo à suas atribuições e tornando-o poderoso, como adverte Pinto Ferreira^{vi}, inclusive na qualidade de guardião da Constituição. Com efeito, cada mudança ocorrida no mundo, tornando-o mais complexo e dinâmico, trazia consigo uma defasagem na legislação, aumentando a distância entre a capacidade dos órgãos legislativos normatizarem todas as possíveis novas condutas, ao tempo que ampliava a esfera de interesses dos jurisdicionados e, conseqüentemente, o potencial de conflito.

Para contornar esta situação, as atribuições do Poder Judiciário na solução dos litígios tiveram que ser gradativamente ampliadas para viabilizar sua utilização instrumental. Por outro lado, a lei deixou de ser um ente racional pretensamente equidistante com inspiração ética e filosófica, para amoldar-se a uma racionalidade “político-tecnológica”

tornando-se ele próprio também parte de um “processo de governo”¹⁴. Em função disto, o Poder Judiciário teve paulatinamente modificada sua atuação inicial de árbitro desinteressado para solucionar conflitos entre terceiros, para órgão de administração da justiça e, portanto, diante da mudança no conceito de lei, instrumento de garantia da legalidade, ou seja, de eficácia da política^{vii}, o guardião do pacto social atualizado, porque “*assegura, por suas decisões, a soberania da justiça, isto é, a realização dos direitos individuais nas relações sociais*”^{viii}, ou promove a harmonia social^{ix} por meio de uma atuação independente^x, o que, de forma alguma, imunizaria o jurídico da crise de legitimidade que assola a maioria das instituições humanas como prega Antônio de Pádua Ribeiro^{xi}.

Neste quadro ressurgem a questão da verdade, pois se uma idéia simplista admitia que o processo somente buscava a verdade por meio da persecução dos fatos sobre os quais deveria ser projetado o modelo da norma hipotética, a realidade revela que o processo judicial contemporâneo transformou-se em um mecanismo de construção do direito efetivo que, destinado originalmente a confirmar o ordenamento substantivo, é, muitas vezes, tanto quem lhe decreta a morte, quanto quem lhe ressuscita (atualizado, aperfeiçoando, etc.).

A criação judicial do direito designa uma corrente do pensamento jurídico que tem inclinado-se cada vez mais para valorizar a norma individual contida na sentença, transformando gradativamente o processo de dizer (declarar) o direito em construir o direito no caso concreto. A idéia da criação judicial do direito – objeto da dissertação de mestrado de José Guilherme de Souza – não é nova, estando presente no pensamento das escolas da jurisprudência teleológica (jurisprudência de interesses - Rudolf Von Ihering, escola da livre pesquisa científica - François Gény) e do direito livre (freie Rechtschule - Ehrliche) baseada na idéia nuclear de Stammler de que “*todo direito deve ser uma tentativa de direito justo*”. Na mesma linha, Kantorowicz, inclusive, propõe, negando a concepção estatal do direito, a existência de normas jurídicas oriundas do grupo social, expressão da livre vontade dos homens que deveriam servir de inspiração à decisão do juiz. Alinharam-se ainda nas fileiras da produção do direito pela atividade jurisdicional, inobstante com concepções próprias, Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, Benjamim Cardoso, John Chipman Gray, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Alf Ross, Olivecrona, Lundstedt, Axel Hägerstrom. Exemplo recorrente da admissão desta nova postura seria o de Piero Calamandrei em sua obra clássica ao referir-se ao Juiz que, convencido por sua consciência da decisão mais justa, busca depois os fundamentos para sustentar lógica e juridicamente sua decisão^{xii}.

Até o positivismo, ao menos na obra clássica de Kelsen, já admitia a função normativa da decisão judicial^{xiii}, não apenas como parte do processo originado pelo legislador, mas

14 A ingenuidade iluminista de tentar reduzir o político ao jurídico fora suplantada pela instrumentalização política do jurídico.

também em caráter originário seja para preencher lacunas^{xiv}, seja para corrigir iniquidades da norma^{xv}. O problema do positivismo é que aceita a discricionariedade, como já visto, abrindo mão da coerência científica que propõe, uma vez que a norma de competência não se revela suficiente para legitimar a criação da norma individual. A questão da inserção da atividade jurisdicional no ordenamento e de sua legitimidade também não encontra solução satisfatória em propostas voluntaristas ou vinculadas à uma idéia de razão subjetiva do juiz.

Assim, se a captação da verdade dos fatos é favorecida pelo desenvolvimento tecnológico da sociedade, ao menos no plano das ocorrências que interessam ao direito, a construção da verdade da incidência e a efetividade da resposta tornam-se diariamente desafios mais complexos. A busca da verdade é, neste contexto, apontada como “*um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal do processo*” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, 244).

É preciso, por isso, construir um conceito de prestação jurisdicional capaz de atender aos desafios da modernidade, ou seja, simultaneamente contribuir para a segurança jurídica^{xvi} pela distribuição da justiça e agir legitimamente nos moldes requeridos pelo Estado Democrático de Direito^{xvii}. Para isso, necessariamente, precisar transpor as fronteiras estabelecidas pela visão primária de Montesquieu e transbordar a moldura do positivismo.

Se a jurisdição é uma atividade capaz de – e cada dia mais destinada a – produzir direito, torna-se necessário traçar os parâmetros desta construção^{xviii} a ser balizada pelas três formas de legitimação que o desenvolvimento das sociedades concebeu para a jurisdição: o procedimento, a fundamentação e o diálogo.

É evidente, em primeiro lugar, que o Poder Judiciário desenvolveu um método de atuação – procedimento – cujas regras após sua consolidação passaram a representar para o jurisdicionado uma garantia. O princípio do devido processo legal prescreve que o Poder Judiciário deve respeitar a lei enquanto atua, e que a norma individual somente terá validade para o caso concreto se derivar de um procedimento regular desenvolvido de acordo com regras preestabelecidas, aplicando uma lei material preexistente. Não é demais recordar que as origens históricas do princípio do devido processo legal referem-se ao *direito da terra* da Magna Carta, ou seja, às normas aplicáveis como as vigentes no território do jurisdicionado, razão pela qual a questão de validade da norma material é também uma questão de *due process of law*, como nos ensina Hugo Lafayette Black^{xix}.

A legitimação pelo procedimento decorre também na relação cada dia mais estreita entre os princípios processuais e as normas constitucionais fundamentais^{xx}. Por esta razão, especialmente considerando-se a necessidade do Poder Judiciário exercer uma jurisdição que o credencie não apenas perante os interessados no processo, mas perante a sociedade também, é importante que seus pronunciamentos revistam-se da necessária e suficiente

fundamentação, buscada, notadamente, na Constituição^{xxi} para se legitimar como verdadeira^{xxii} tornando-se socialmente eficaz por ser capaz de construir e reconstruir a sociedade a partir dela mesma^{xxiii}.

Por fim, a busca da verdade no direito e, em especial, no processo, não há de se satisfazer apenas com ritos (procedimento) e argumentos (fundamentação), mas precisará incluir a legitimação pelo diálogo, requisito do consenso que é o caminho para a recuperação do compromisso com a verdade. O caminho opcional do STF em casos polêmicos – como o da pesquisa com células tronco – foi institucionalizado pelo NCPC (927, §2º; 983; 1038, II)

Neste sentido, o pensamento de Jürgen Habermas sobre a legitimação pela ação comunicativa, não obstante desenvolvido pelo autor para a atividade de produção legislativa, oferece elementos de grande utilidade e de boa aplicação na criação da norma individual por meio da jurisdição.

Assim, embora o próprio Habermas, autor desta concepção, tenha feito de forma clara sua opção por não aplicar a ação comunicativa na construção do direito pela jurisdição, tenta-se exatamente desenvolver a aplicação prática deste procedimento de legitimação pelo diálogo consistente, engajado e qualitativo para que, junto com a legitimação formal pelo procedimento e pela fundamentação, seja possível construir também uma legitimação material para a atividade jurisdicional, que, se não for capaz de atender a todos as expectativas que a sociedade deposita no direito e no Poder Judiciário, pelo menos se revela mais adequada para arriscar suas chances neste hercúleo trabalho, cuja execução parece somente ser possível para o mais capaz dos homens: o homem coletivo – homem comunicativo.

O processo é constituído de ritos, dialética e tempo. Da mistura destes ingredientes extrai-se o direito. O processo, desta maneira, revela-se o campo adequado para a construção do direito que desafia a sociedade nestes novos tempos. Um direito capaz de extrair da realidade e da sociedade verdade e, igualmente, devolver-lhe verdade e, com isso, segurança (jurídica e social) e convivência harmônica.

7. A Verdade e a Repartição Dinâmica da Prova no NCPC

Em processo, verdade – no plano fático, se associa à prova, já que controvérsia fática é a tônica das demandas judiciais. A correlação verdade, prova, processo e direito transformou o direito à prova em um direito fundamental (MARINONI, 2015a, 504). Registre-se que verdade, direito e processo não são conceitos unívocos, não sendo diferente com prova “*una famiglia di concetti e cui membri mostrano varie caratteristiche analoghe ma anche rilevanti differenze*” (TARUFFO, 2014a,75), motivo de serem referidos por gênero.

O direito à prova (em sua amplitude) contempla, entre outros aspectos, a correlação teleológica entre prova e verdade e a distribuição adequada do ônus da prova (MARINO-NI, 2015a, 505). Esse direito fundamental (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, 41) também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto nº 678-9, no seu art.8º e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto nº 592/92, no seu art. 14.1, alínea “e”. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros equivalerão às emendas constitucionais.

O Novo Código de Processo Civil do Brasil deixa transparecer sua preocupação com a efetivação do direito por meio do processo ao, entre outras posturas: vincular o processo civil à Constituição Federal (art. 1º^{xxiv}); estabelecer o princípio da cooperação (art. 6º^{xxv}); submeter a atividade jurisdicional a princípios norteadores (art. 8º^{xxvi}); exigir e objetivar a fundamentação (arts. 11^{xxvii} e 489, §1º, I à VI^{xxviii}); aumentar o rigor da análise da responsabilidade das partes por sua conduta em Juízo, até mesmo por pleitear indevidamente a gratuidade da justiça (art. 100, par. ún.), e; parametrizar pela boa-fé objetiva a conduta de todos os partícipes do processo (art. 5º) e a interpretação do pedido (art. 322, §2º) e da decisão judicial (art. 489, §3º)

No mesmo sentido e de forma mais específica, reforçou o papel da busca da verdade na formação da decisão judicial em diversas passagens, revelando, assim a consciência do legislador desta correlação e de sua importância na realização da missão do Poder Judiciário. Com efeito, além de manter o dever de expor os fatos conforme a verdade, a Lei 13.105/15 incluiu expressamente os procuradores entre os destinatários da norma (art. 77, I^{xxix}) repetindo a alteração da verdade (art. 80, II) como hipótese de má-fé processual sujeita a reparação de perdas e danos, honorários e multa (ampliada em até dez vezes - art. 81) em favor da parte contrária (art. 96). Até mesmo os efeitos da revelia, reconhecidamente duros no direito brasileiro, foram amainados no texto em favor da formação de uma verdade processual mais próxima da real, seja por meio de sua inaplicabilidade quando os fatos forem inverossímeis ou conflitantes com a prova dos autos (art. 345, IV^{xxx}), seja pelo reconhecimento do direito do revel à produção de provas (art. 349^{xxxi}). O NCPC também passou a prever expressamente (art. 139, VI) a proatividade do juiz na condução do processo comprometida com “*maior efetividade à tutela do direito*” inclusive quanto à ordem de produção da prova.

É possível conjecturar, com alguma razão, acerca da desnecessidade da expressão literal de muitos destes dispositivos que poderiam ser deduzidos da ordem constitucional ou mesmo dos princípios informadores do direito, inclusive do ramo específico do processo,

mas o senso de necessidade que moveu o legislador para tais inclusões retrata o reconhecimento da distinção prática entre, por exemplo, consagrar na Constituição o princípio da fundamentação (CF 93, IX) e obter decisões dos órgãos jurisdicionais efetivamente legitimadas democraticamente por sua motivação.

Não obstante a importância de apontar a preocupação do texto do Novo Código de Processo com a relação entre verdade, processo e direito, até para contribuir na concepção do plexo de valores que anima sua interpretação, o objetivo desta abordagem é concentrar o foco no papel da introdução – renovadora – da proposta da carga probatória dinâmica neste contexto do Processo Civil¹⁵.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) já previa, entre os direitos básicos do consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, a critério do juiz, fosse “*verossímil a alegação*” e/ou fosse ele “*hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*” (CDC, art. 6º. VIII^{xxxiii}), tendo esta regra inspiração no princípio da isonomia (NERY JR, NERY, 2015, 996). A disposição sobre ônus probante fora da regra geral do interesse, assim, não é inovadora, mas é renovadora ao trabalhar por outro prisma e com mais cautela. De fato, a lógica protecionista do micro sistema jurídico criado pelo CDC sustenta a regra benéfica à tutela dos interesses sociais que gravitam em torno das relações de consumo e de seus protagonistas, ainda que não ampare – pela violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório – a interpretação extensiva por meio da qual se passou a defender e aplicar a possibilidade de tal inversão ser procedida na prolação da sentença inspiradora de proposta de reforma do CDC em discussão com a inclusão de tal possibilidade no texto legal.

O Novo Código de Processo Civil, cuja amplitude busca alcançar enorme diversidade de natureza tanto cível, quanto de outros ramos¹⁶ (art. 15), requer uma abordagem distinta da regulação de uma distribuição do ônus probatório feita pelos §§ do art. 373 por critério diverso do interesse do litigante. Com efeito, prevê o § 1º do art. 373^{xxxiii} a possibilidade do juiz, mediante decisão fundamentada e sempre assegurando a parte a oportunidade de desincumbir-se do ônus, excepcionar a clássica regra do ônus da prova fundada no interesse nos casos: a) previstos em lei; b) de impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela regra geral; c) maior facilidade de obtenção da prova do dato contrário. Tal deliberação não pode gerar situação na qual “*a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*” (art. 373, § 2º). O NCPC ainda

15 No processo penal, substancial do direito penal, já que não há culpado sem decisão passada em julgado, em que o dever de provar é da acusação, pois a incerteza beneficia o réu, o papel da prova é outro e maior, pois destes enunciados deduz-se que não haverá incidência do direito penal sem a prova do crime, de sua autoria e da culpabilidade do réu.

16 A aplicação subsidiária e supletiva nos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos dos §§ do art. 373 é um dos temas tangentes mais instigantes trazidos pela Lei 13.105/15.

prevê a possibilidade da distribuição do ônus da prova ser ajustada por convenção das partes (art. 373, §3º), antes ou durante o processo (art. 373, §4º) exceto quando recaia sobre direito indisponível da parte e/ou torne excessivamente difícil o exercício do direito a uma das partes. Esta dissociação da prova das partes e de seus interesses individuais se confirma no artigo 371^{xxxiv}.

Este conjunto de parágrafos inaugura uma abordagem diferenciada sobre a relação entre verdade, prova, processo e direito e permite e requer reflexões sobre sua contribuição para o papel do processo na construção e efetivação do direito material. Antes de refletir sobre a inovação, deve-se buscar sua compreensão.

A teoria da carga probatória dinâmica em sua gênese no direito portenho (OLIVEIRA, 2014, 21), no qual sua utilização nos 21 anos de sua criação tem sido excepcionalíssima, se inspira no princípio da cooperação ao propor a determinação pelo juiz do ônus de provar para “*aquele que estiver, no processo, em melhor condição de fazê-lo*” (NERY JR, NERY, 2015, 997).

Os dispositivos do NCPC, todavia, não elegem exatamente a facilidade para produzir a prova como critério de distribuição do ônus e, como a interpretação é restritiva, por se tratar de regra de exceção, sua aplicabilidade deve ser circunscrita às hipóteses legais. Com efeito, além dos “*casos previstos em lei*”, o § 1º do art. 373 prevê como hipóteses da redistribuição a impossibilidade ou excessiva dificuldade para aquele a quem incumbiria a prova pelo regime geral e/ou a maior facilidade de obtenção da prova contrária, sempre limitada pela impossibilidade ou dificuldade excessiva do destinatário da redistribuição. Em resumo, os casos são de dificuldade de quem deveria trazer a prova ou facilidade da prova em sentido contrário. Exemplos auxiliam a compreensão: é muito difícil para um cliente de um banco provar que a instituição procedeu alterações na cronologia dos lançamentos feitos em sua conta corrente^{xxxv}, tarefa simples para o banco, se compelido a trazer aos autos os registros ou permitir a perícia de seus sistemas. Esta prova também poderia ser trazida pelo Banco Central, caso retivesse as informações necessárias. Nas ações relativas a erros médicos, causa da criação da teoria na Argentina (OLIVEIRA, 2014, 21), também tem cabido a atribuição do ônus da prova aos hospitais e médicos (Revista dos Tribunais, 811, p. 43). Em um caso de dano moral fundado requerido por vítima de envolvimento amoroso com pessoa que omitiu estado civil de casado ou existência de união estável anterior, a prova de que alguém é solteiro, ou livre e desempedido é quase impossível, enquanto a prova do fato contrário é possível e relativamente fácil.

Segundo a regra do NCPC, a distribuição do ônus da prova deverá ser decidida pelo juiz no saneamento (art. 357, III), mas as hipóteses que autorizam a aplicação excepcional do instituto, por sua própria natureza, muitas vezes ocorrem – ou se revelam – no curso da instrução, motivo pelo qual se deve concluir que o juiz pode deliberar

fundamentadamente pela aplicação do § 1º do 373 no curso da instrução, ou após seu término, desde que propicie ao destinatário a oportunidade de desincumbir-se do ônus como exige o texto legal (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, 125), reabrindo a instrução se for o caso, ao contrário do que propõem Nelson Nery e Rosa Maria Nery (2015, 998) que não admitem tal decisão após conclusos os autos.

Apesar de parte da doutrina não conferir importância (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, 267), é preciso notar a existência de uma distinção entre inversão do ônus e distribuição dinâmica do mesmo (OLIVEIRA, 2014, 22), que, afinal, não constituem exatamente a mesma coisa. A inversão, como prevista no CDC, é a aplicação ao contrário da regra do ônus, determinando-se à parte contrária o prejuízo processual que seria da parte beneficiada. A distribuição, ainda que possa, em muitas circunstâncias, ensejar como consequência a aplicação reversa da regra do ônus, confere mais liberdade ao juiz para dividir entre os litigantes, no intento de melhor instruir o feito, a parcela de cada um na produção da prova. A inversão, pura e simples, transfere o ônus de um lado para o outro, e sobrecarrega a parte que não teria interesse/atribuição de instruir o feito, da consequência na solução da controvérsia fática do insucesso da instrução. A distribuição permite ao magistrado buscar a instrução do feito com a colaboração de todos os envolvidos, decidindo como melhor instruir o processo com a participação das partes, o que pode significar a partição da responsabilidade entre autores, réus e terceiros no processo.

Apresentado o novel instituto, a primeira reflexão se dirige à natureza da regra que dispõe sobre a produção da prova, pois, não obstante a preservação da nomenclatura consagrada, há uma modificação no instituto a solicitar um exame. Com efeito, a produção da prova sempre foi atribuída aos litigantes como ônus por força da perfeita adequação do instituto à hipótese, já que ao estabelecer o destinatário da regra definidora da parte sobre a qual recaía tal atribuição, verificava-se a lógica do interesse equivalente à incidência do ônus — aquele tipo de prescrição de conduta cuja inobservância acarreta prejuízo ao sujeito destinatário da norma de conduta.

Assim, se a inobservância de um dever jurídico acarreta uma sanção específica e a de uma obrigação sua exigibilidade pelo sujeito titular da pretensão, o ônus distingue-se assim da obrigação e do dever pela consequência de sua inobservância ser a imputação de um prejuízo, sem, contudo, se poder exigir adimplemento positivo nem aplicar sanção específica. Com efeito, o descumprimento do dever de boa-fé processual acarreta a aplicação de multa ao litigante, a recusa à obrigação de outorgar escritura pública de transferência de imóvel quitado autoriza o Poder Judiciário a substituir a vontade do sujeito passivo e determinar ao Cartório de Imóveis proceder ao regular registro, mas, ao litigante que não se desincumbe do ônus de prova, se pode apenas prejudica-lo na apreciação de seu pleito. A distinção fundamental é que se pode estabelecer sanção específica pela parte não se desincumbir do ônus nem obrigar uma parte a fazer a prova.

Esta lógica, todavia, é quebrada pela distribuição do ônus da prova por critério que não seja o interesse próprio, pois, a rigor, se está criando a obrigação de trazer a prova para juízo, até como corolário dos princípios da cooperação, expressamente incorporado pelo artigo 6º do NCPC e da verdade real, cuja adoção na Lei 13.105/15 se extrai da análise de dispositivos dispersos (como os arts. 345, IV, 349, 371, 380, par. ún., 400, par. ún., 403, par. ún., 435, par. ún., 479), mesmo que, inexplicável e injustificadamente, o NCPC tenha previsto no direito processual civil a concepção de que a parte tem o amplo direito de não produzir prova contra si (art. 379^{xxxvi}), de constitucionalidade duvidosa (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, 256), ainda que o artigo que a desobriga especificamente seja mais restritivo (art. 388^{xxxvii}). Há um equilíbrio natural na associação do ônus ao interesse em função da qual se estabelece uma relação proporcional entre a consequência jurídica do desatendimento à regra do ônus – se o interessado foi inerte, prejudica-se em relação ao seu próprio interesse. Ao se distribuir o ônus da prova por critério distinto do interesse no esclarecimento do fato, permitindo-se que o mesmo seja atribuído à parte que não tem interesse na demonstração daquele fato, ao revés, ou, em outras palavras, quando se obriga uma das partes a trazer aos autos prova em favor da outra contra a qual está litigando, a natureza da relação jurídica se modifica, pois se transforma a produção de prova em juízo, neste caso, em dever da parte, como já reconhecem doutrinadores (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, 253), corroborados pelo texto do art. 378 do NCPC¹⁷, cuja sanção processual passa a ser a própria atribuição do ônus, que, ao final, pode acarretar o êxito da parte adversária na demanda. O dever de cooperação atinge todos (378) inclusive terceiros que podem ser sancionados por não colaborar (400, par. ún.).

Há substancial diferença entre perder uma ação por não ter feito a prova necessária para demonstrar a existência de seu direito de sucumbir na demanda por não ter produzido nos autos a prova contrária àquela necessária e útil ao oponente. Isto porque, ao se compelir o litigante a colaborar com a Justiça contra si se precisa admitir que a conjugação dos princípios da verdade real e da cooperação tornaram a produção de provas um dever, não mais um ônus, a despeito do disposto no art. 379 do NCPC. A distinção é tanta que Nelson Nery Jr e Rosa Maria Andrade Nery (2015, 997) chegam a enxergar (sem razão¹⁸) inconstitucionalidade por violação ao princípio de direitos humanos vigente no Brasil

17 O texto repete o art. 339 do CPC/73, mas a distribuição dinâmica da prova confere-lhe outro alcance.

18 Não obstante a opinião de Nelson Nery e Rosa Maria Nery, a distribuição dinâmica somente faz sentido quando determinar ônus distinto daquele previsto na lei, norteado pelo interesse. Taxar de inconstitucional toda distribuição que exigir prova contrária ao interesse esvazia o instituto em favor de um princípio que tem toda relevância no direito processual penal, mas que no processo civil inviabilizaria a aplicação do princípio da cooperação em matéria probatória, atingindo os princípios da verdade real e da instrumentalidade do processo, quando a garantia fundamental do processo penal não tem a mesma função ou alcance no processo civil.

de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (CIDH, art. 8º, 2 g^{xxxviii}), cujo teor, a rigor, veda apenas que o réu em acusações de delitos seja obrigado a depor contra si mesmo ou declarar-se culpado.

A distinção do início do parágrafo anterior não tem conotação de crítica, pois ambos os princípios – verdade real e cooperação – alinham-se perfeitamente com a instrumentalidade do processo¹⁹, norte essencial da consagração do devido processo legal como meio de concretização do direito e não de sua postergação ou negação. O objetivo é o de fazer a reflexão para melhor compreender a nova dimensão do instituto, pois apenas a partir da noção de prova como dever se pode entender a amplitude da proposta do Novo Código de Ritos na nova dimensão dada às partes para atuação no processo.

Duas considerações prévias se impõem ainda. Realçar a necessidade da decisão fundamentada nos termos do artigo 11 do NCPC, que, embora o dispositivo se refira aos requisitos da sentença, remete aos incisos do § 1º do art. 489 do NCPC, pois a tônica do código cidadão é a da legitimação da jurisdição pelo procedimento, pela fundamentação e até, em certos casos, pelo diálogo com terceiros interessados (art. 138) e com a sociedade (arts. 927, §2º, 983, 1.038, II). Registrar a necessidade de assegurar à parte para a qual se distribuir o ônus probante fora da regra geral a oportunidade de desincumbir-se do mesmo, refutando, assim, a redistribuição na sentença (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, 125)²⁰, corolário óbvio do princípio da ampla defesa infelizmente mal compreendido por parte da doutrina (NERY JR, NERY, 2015, 997) e da jurisprudência (apesar do STJ já ter repelido este entendimento^{xxxix}) construída sobre a interpretação do Código de Defesa do Consumidor²¹. Atendidos aos requisitos, a redistribuição poderia ser determinada pelo juiz nas hipóteses do NCPC.

A primeira hipótese – os casos previstos em lei, como o CDC ou outros que poderão ser construídos (*de lege ferenda*), normalmente adequado para microsistemas jurídicos de natureza protetiva –, por buscar sua legitimação democrática no próprio processo legislativo não representa maior desafio para análise instrumental do processo. Não que a mera previsão em lei da distribuição distinta seja suficiente para comprometer o processo com a busca e a produção da verdade, mas, que, em função de sustentar-se em uma decisão

19 Mesmo deslocado o eixo do processo instrumento do juiz para processo instrumento da sociedade, toda ampliação do papel e da atuação das partes no processo não o desvinculou de sua finalidade como caminho para efetivação do direito, ao contrário.

20 Sem razão, portanto, Nelson Nery e Rosa Maria Nery ao cogitar da redistribuição do ônus na sentença (2015, 997), seja por ofensa literal aos próprios §§ 1º e 2º do art. 373 do NCPC, seja, aí sim, por violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da instrumentalidade.

21 É conhecido o entendimento – flagrantemente inconstitucional – de que o inciso VIII do art. 6º do CDC permite a inversão do ônus da prova na sentença – encerrada a instrução, não obstante a violação ao princípio da ampla defesa. A ideia inspira proposta de texto de reforma do CDC em tramitação legislativa no qual tal aberração teria consagração literal no texto. Espera-se que o texto do NCPC freie este ímpeto.

legislativa prévia, não se permitir a verificação de pertinência da medida como quando se trata de decisão casuística. Em outras palavras, se norma legislativa de caráter genérico previu a redistribuição do dever de provar, não há suficiente margem na decisão judicial para sua análise sob a ótica da contribuição positiva ou negativa na construção da verdade necessária ao julgamento.

Com efeito, é na crítica das decisões judiciais nos casos de impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela regra geral ou maior facilidade de obtenção da prova do dato contrário que se torna necessária a apuração dos efeitos reais da inovação legislativa na aproximação da verdade do processo. O próprio NCPC já estabelece alguns parâmetros, como a vedação à que a redistribuição gere situação na qual “*a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*” (art. 373, § 2º) e à disposição por ato das partes quando recaia sobre direito indisponível e/ou torne excessivamente difícil o exercício do direito a uma das partes (art. 373, § 3º).

Estes limites, todavia, não são suficientes para assegurar que a redistribuição não produza um efeito maléfico sobre o processo, afastando-o de sua finalidade maior: a confirmação da validade e eficácia do ordenamento, pois é preciso conscientizar os operadores do direito, notadamente o magistrado, que a decisão sobre a redistribuição do dever de provar precisa estar vinculada exatamente a este propósito de trazer ao processo a informação necessária à boa decisão de mérito.

A aplicação do direito ao fato concreto – atividade predominante do Poder Judiciário que somente analisa direito em tese na via excepcional do controle concentrado de constitucionalidade – presume o conhecimento do fato concreto. A prova, quase sempre, tem por objeto a controvérsia fática, tendo por objeto teor e vigência do direito (municipal, estadual, consuetudinário ou estrangeiro) apenas excepcionalmente (art. 376), motivo pelo qual é evidente que a condução da instrução objetiva precipuamente o esclarecimento do suporte fático de forma a permitir ao órgão jurisdicional aplicar o ordenamento sobre uma situação sobre a qual não paire dúvida. Neste sentido é importante lembrar ser a finalidade primária da instrução a eliminação de todas as divergências relevantes existente no processo sobre o caso posto a exame judicial, uma condição de se poder falar em uma decisão comprometida e vinculada a uma “verdade” objetiva. Somente se o magistrado está convencido de ter adquirido o conhecimento em derredor dos fatos se pode falar em uma aplicação segura de sua decisão jurídica (ainda que esta possa ser questionada em suas ilações e conclusões).

Se o fato não restou esclarecido os autos, a decisão, ainda que formalmente válida, perde o compromisso com a realização concreta do direito e isso é tanto possível quanto – infelizmente – frequente em função da vedação ao *non liquid* (art. 140) obrigar o juiz a decidir mesmo sem ter certeza do direito e a própria regra do ônus da prova a deliberar sem convicção sobre os fatos.

O ideal, obviamente, é que o juiz forme sua convicção sobre a divergência fática da análise da prova (art. 371), pois isto lhe oferta a base sobre a qual aplicar o direito. Todavia, mesmo não convencido, deve decidir, restando-lhe, pela ordem, aplicar uma presunção jurídica e, na sua falta, a regra do ônus da prova, caso no qual decidirá a controvérsia fática em desfavor de quem não se desincumbiu do ônus. Evidente que em ambos os casos – presunção legal ou aplicação da regra do ônus – a verdade formal que servirá para decisão judicial é fictícia e desgarra a aplicação do direito da certeza quanto aos fatos que deveria lhe preceder. O fracasso da instrução em dirimir as dúvidas fáticas, assim, assinala que o processo perdeu o compromisso com a verdade, relativizando-o. Toda decisão interlocutória ou sentença fundada em presunção legal ou ônus probatório contém *per si* um risco potencial de aplicação do direito sobre uma não verdade.

Este parêntese sobre os níveis de convicção do magistrado acerca do suporte fático é necessário para ressaltar que a distribuição do ônus probatório somente atende as finalidades precípua do processo quando contribui para a produção da verdade alcançável no processo, formando a convicção do juiz e permitindo ao mesmo aplicar o direito com segurança acerca das circunstâncias em derredor da causa. Fora disso, servirá apenas para fornecer outro critério de construção de uma verdade formal igualmente fictícia descomprometida com a verdade real e insuficiente para a prestação jurisdicional almejada pelo NCPC.

Importante realçar, até porque é um tema esquecido pelos doutrinadores, que a “*facilidade de produzir a prova*” normalmente se apresenta em face de um meio específico de prova, podendo ocorrer tanto que o mesmo fato possa ser comprovado por outro meio disponível para ambos os litigantes, ou que a disponibilidade daquele meio específico não seja razão suficiente para transferir o ônus para a parte. Haverá por certo circunstâncias nas quais o juiz determinará a prova para uma parte, sem contudo, atribuir-lhe o ônus, tendo que contentar-se com outras sanções processuais pela inobservância do dever.

Com isso se pretende afirmar que, não obstante a utilidade dos limites traçados pelo próprio NCPC, a decisão do magistrado sobre a redistribuição do ônus – especialmente em relação à sua fundamentação – deve perseguir esta finalidade maior: propiciar os meios à colação aos autos das informações e documentos necessários à formação dos elementos de certeza necessários a deliberação, promovendo o diálogo qualificado cogitado por Habermas.

As hipóteses legais, mesmo que úteis para definir situações nas quais não se deve modificar a partição do ônus da prova, não são suficientes para determinar quando se deve decidir pela redistribuição, pois este exame, a ser feito caso a caso, pede a compreensão pelo Juízo de como propiciar efetivamente a formação de seu conhecimento, sendo este o fundamento que deve ser exigido da decisão para justificar a modificação do sistema

tradicional, sob pena de transformar-se o novel dispositivo num instrumento de afastamento do processo da verdade e, portanto, distanciamento da jurisdição da justiça.

8. Conclusão: O Processo, o Direito e a Verdade no NCPC

O processo pode ser descrito como a busca pelo direito, na realidade social, das verdades necessárias à análise dos fatos e das incidências, para devolver, à própria sociedade, a verdade do direito, essencial para que a sociedade se visualize no espelho e, desta maneira, possa (re)conhecer o direito e regular sua conduta em conformidade com ele. A ausência da verdade tem sido sentida na sociedade, em especial, da falta da verdade do direito.

De fato, uma das funções do Poder Judiciário é a resolver os conflitos jurídicos na sociedade, mas outra é fornecer a *ultima ratio* do direito, aquela que retorna em forma de verdade para a sociedade. A criação judicial do direito, convive com uma jurisdição da vida, do que se origina um aumento da demanda por justiça e uma ampliação das expectativas de obter no Poder Judiciário a plenitude da vivência dos direitos assegurados pelo ordenamento. A sociedade testa a verdade do direito, que somente poderá ser obtida, no campo da prestação jurisdicional por sua tripla legitimação: pelo procedimento; pela fundamentação e pelo diálogo comunicativo entre os agentes comunicativos nos moldes imaginados por Habermas, no que constitui campo fértil o processo²².

Em relação ao procedimento, na condução do processo, o que o magistrado procura assegurar através da fiel observância de vários princípios, entre os quais o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da vedação da produção de provas por meios ilícitos, da publicidade, da ubiqüidade como caminho para uma decisão justa, porque tais institutos não constituem um fim em si mesmo, mas traduzem o resultado da evolução da experiência na produção do direito processual, e existem especialmente com o escopo de criar a condição para que o provimento jurisdicional reflita efetivamente a realidade (verdade) fática e jurídica do caso.

Quanto à fundamentação, é por meio dela que o Magistrado se comunica não apenas com as partes, mas (talvez até mais importante) com a sociedade, especialmente para atingir os efeitos (sociais, não jurídicos), sua insuficiência esvazia o sentido da jurisdição, sua presença alcança diretamente o objetivo maior da produção individual do direito: pacificar a sociedade (mais do que ao conflito específico).

A inclusão do diálogo comunicativo seria a novidade, não resultasse muito mais de uma constatação²³ do que de uma proposição. Não que isto retire a importância do efetivo

22 Ao contrário do que propôs o próprio Habermas que sugeria ser na atividade legislativa que a ação comunicativa deveria ocorrer.

23 De que, apesar da objeção de Habermas, é no processo que a ação comunicativa que propôs de fato ocorre com mais perfeita simetria com os elementos cogitados por sua teoria.

estabelecimento de um diálogo, o mais aberto quanto possível com a sociedade, especialmente quando o tema o exigir²⁴, mas o propósito maior é mesmo realçar a importância deste elemento na legitimação da jurisdição.

A verdade do direito, porém, não pode ser atingida apenas com a construção procedimental, fundamentada e dialógica da aplicação do ordenamento sem buscar-se a delimitação precisa da situação fática sob exame, condição não apenas para a mera incidência da norma ou estabelecimento do diálogo em derredor da tutela, mas também da própria implantação do arrojado projeto do NCPC (a uniformização de jurisprudência, a formação e a aplicação de precedentes requer definição precisa do suporte fático, tanto na construção da razão de decidir, quanto na operação da distinção e da superação dos precedentes).

Neste sentido se examinou uma das inovações da Lei 13.105/15 – a distribuição dinâmica da carga probatória – com escopo de, pela análise das hipóteses de cabimento e não cabimento da redistribuição diversa da carga probatória, buscar os parâmetros para concluir pelo condicionamento do acerto da decisão de impor a uma das partes o dever de efetivar prova contra seus próprios interesses no atendimento dos princípios da verdade real e da cooperação, ou seja, de sustentar que a excepcionalidade da invocação pelo magistrado deste novo instituto esteja condicionada à finalidade de formar convicção, evitando o caminho fácil e perigoso da facilitação de obtenção de uma verdade formal e fictícia, descompromissada com a verdade real, e, por consequência, com a confirmação do ordenamento, finalidade primeira e última do direito processual.

9. Referências

- ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. por: Maria Ermantina Galvão. Trad. de: *Le droit dans les sociétés humaines*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro, MAIA, Maurilio Casas. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 349/365. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição**. Tradução por Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Tradução de: *A constitutional faith*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. por: Luiz Abezia e Sandra Driana Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, Vol.1.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁴ Como fez o STF, ao analisar a questão das células tronco e propõe o NCPC (arts. 927, §2º, 983, 1038, II).

- CARNIO, Henrique Garbellini. Filosofia do direito processual e procedimentalização do direito. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 231, maio/2014, pp. 367/378. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CHIARILONI, Sergio. Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. **Revista de Processo**. Ano 38, vol. 228, fevereiro/2014, pp. 325/329. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. *In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem?**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015a, v.1
- _____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015b, v.2
- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- FARIA, José Eduardo. **Globalização econômica e reforma constitucional**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86, v. 736, p. 11-19, 1997.
- FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 369/396. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Verdade: uma história**. Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. *In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vols. I e II.
- HART, Herbert L. A. . **O conceito de direito**. Trad. por: A. Ribeiro Mendes. Trad. de: The concept of law. 2. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Trad. por: Ernildo Stein. Trad. de: Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen philosophie von recht und staat. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LASKI, Harold J.. **El problema de la soberania**. Tradução por Armando Bazán. Tradução de: Studies in the problem os sovereignty. Buenos Aires: Ediciones Siglo Viente, [s.d.].
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LIMA, Fernando Antônio Negreiro. **Teoria geral do processo judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- LIRA, Ricardo César Pereira. **Formação e seleção dos juízes no Brasil: A missão do Juiz em um país do terceiro mundo**. In: VI Jornada Teixeira de Freitas: unidade do sistema jurídico e identidade latino-americana, p. 65-72, [s.l.: s.e.], 1997.
- LOMBARDI, Eduardo. **La Organización del Poder Judicial en Uruguay**. In Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, Série Internacional, ano 10, v. 16, jul-dez.1996, São Paulo: Apamagis, 1996.
- MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- _____. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.
- _____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.
- MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo.** Ano 39, vol. 229, março/2014, pp. 51/74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de Bredè e. **O espírito das leis.** Tradução por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NERY JR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil: novo CPC – lei 13.105/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo.** Ano 39, vol. 231, maio/2014, pp. 13/36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria geral do processo.** Leme: Led, 1999.
- RIBEIRO, Antonio de Pádua. **O judiciário como poder político no século XIX.** In: *Revista Síntese de Direto Processual Civil.* Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out., 1999.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do cidadão na Justiça.* São Paulo: Saraiva, p. 31-51, 1993.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988.** In: *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos.* Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil.** 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.
- RULLI JÚNIOR, Antonio, SANTOS, Antonio Carlos Viana. **MERCOSUL: espaços de integração, soberania, jurisdição, harmonização, cidadania, Tribunal de justiça supranacional do Mercosul, Parlamento do Mercosul.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- SANDEL, Michael J.. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** 12^a. ed. Trad. de: Justice. Trad. por: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013a.

- _____. **O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais do mercado.** Trad. de: What Money can't buy. Trad. por: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- _____. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética.** Trad. de: The case against perfection. Trad. por: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013b.
- SILVA, Clarissa Sampaio. **A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória.** In: Dos direitos humanos fundamentais. Org. Willis Santiago Guerra Filho, p. 183-203. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português. **Revista de Processo.** Ano 38, vol. 228, fevereiro/2014, pp. 311/324. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- SPENGLER, Fabiana Marion, SPENGLER NETTO, Theobaldo. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. **Revista de Processo.** Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 13/32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo.** Ano 39, vol. 229, março/2014, pp. 75/87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.
- _____. Verità e processo. **Revista de Processo.** Ano 38, vol. 228, fevereiro/2014, pp. 63/78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral dos processos e processo de conhecimento, volume 1.** 15ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. **Breves comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, et al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

YARSHELL, Flávio Luiz. Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo. *In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.

Notas

- i Mas é sobretudo a evolução jurídica que requer ser esclarecida desse modo: a rigor, o desenvolvimento de uma religião, de uma arte, de um corpo de ciências tal como a geometria, de uma indústria tal como a dos metais ou dos tecidos, pode ser explicada separadamente; o desenvolvimento de um corpo de Direito não; pois o Direito, entre outras ciências sociais, tem o caráter distintivo de ser, como a língua, não só parte integrante mas também espelho integral da vida social. (TARDE, Gabriel. *Les transformations du droit*. Paris: Berg, 1994, p. 188, apud ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Trad. por: Maria Ermantina Galvão. Trad. de: *Le droit dans les sociétés humaines*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p 310).
- ii Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório, O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja “descoberta” do Direito ou juris-“dição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. (.....) Só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso apresentado perante o tribunal é vigente - e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente -, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia. (.....) Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 264-265).
- iii “A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer seu conteúdo.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 272)

- iv MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de Bredè e. O espírito das leis. Tradução por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 172
- v SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 26
- vi Nos derradeiros anos aumentou a influência do Poder Judiciário. Se, a princípio, era um órgão de pouca influência, e praticamente subordinado aos demais órgãos, hoje não somente é um órgão distinto, mas poderoso. (FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 473.)
- vii Na verdade, o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto, à criação do direito, seja em nível legislativo, seja no nível jurisdicional (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 23.)
- viii MENDES, João. O processo criminal brasileiro apud FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 472.
- ix O Poder Judiciário concorre para a harmonia e o equilíbrio da sociedade. O seu objetivo é traduzir a realidade efetiva do direito, aplicando a justiça nas relações humanas. (FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 472).
- x Dificilmente poderia supor-se um Estado de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente. É uma fórmula consagrada pela doutrina contemporânea. A prática das Constituições não a repeliu: ao contrário, a consolidou. (FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 472).
- xi 11. A Lei e a Justiça “compõem as duas faces deste universo sobre o qual gravitam todos os fenômenos jurídicos”. Há uma crise da Lei e uma crise da Justiça. Essas crises decorrem da “distorção entre a lei e os anseios sociais” e da “ineficiência da realização da justiça”. Daí que, com inteira pertinência, destacou o Des. LUIS FUX que “resplandece no céu do terceiro milênio, encartada numa das ‘Eras do Direito’, idealizadas pelo notável NORBERTO BOBBIO, a ‘Era da Legitimidade’, resultante das novas expectativas quanto à ‘lei e à justiça’, emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos. (RIBEIRO, Antonio de Pádua. O judiciário como poder político no século XIX. In: Revista Síntese de Direito Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out., 1999, p. 19).
- xii (CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. Tradução por Ary dos Santos. Tradução de Elogio dei Giudici scritto da un avvocato. 5. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1975, pp. 145-146).

- xiii Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa. (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução por João Baptista Machado. Tradução de: Reine rechtslehre. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 265)
- xiv Por isso, o tribunal que tem que decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução por João Baptista Machado. Tradução de: Reine rechtslehre. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 273).
- xv Porém a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser considerada como não equitativa ou descertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma tal norma. (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução por João Baptista Machado. Tradução de: Reine rechtslehre. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 274).
- xvi Fossem eles a opinião particular dos Juízes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos. (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de Bredè e. O espírito das leis. Tradução por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 168).
- xvii Na verdade, o importante é não tanto proibir ao juiz de sentir, de valorar, de preferir, mas obter critérios hermenêuticos com fundamento nos quais as suas próprias escolhas não se distanciem das escolhas que o povo, soberanamente, no Estado Democrático contemporâneo, positivou na Constituição, princípio e fim último de toda atividade do intérprete. (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Constituição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 272.)
- xviii No avanço da técnica, mera extensão do homem, deve a ciência estar submetida à moral? O mito do desconhecido deve ser normatizado pela jurisdição? As novas descobertas trazem novos conflitos, além de incertezas para o futuro e a jurisdição é sempre a expectativa de segurança do homem e de sua sobrevivência no futuro. A jurisdição existe para garantir o futuro do homem, porque consciência e liberdade crescem conjuntamente”. (RULLI JÚNIOR, Antonio, SANTOS, Antonio Carlos Viana. MERCOSUL: espaços de integração, soberania, jurisdição, harmonização, cidadania, Tribunal de justiça supranacional do Mercosul, Parlamento do Mercosul. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 19.)

- xix É universalmente reconhecido que, no conceito de “lei da terra” da Magna Carta, está a origem da expressão constitucional “processo legal”. Como indicou o Professor Dick Howard, da Escola de Direito da Universidade de Virgínia, no seu comentário sobre a Magna Carta, já em 1354, as palavras “processo legal” foram usadas num estatuto inglês de interpretação da Magna Carta, e, no fim do século XIV, as expressões “processo legal” e “lei da terra” eram permutáveis. Quando os colonizadores ingleses se fixaram em nosso país, trouxeram consigo a expressão “processo legal” e, mais tarde, usaram-na muito naturalmente, na Quinta Emenda do “Bill of Rights”. Enraizada na história da Magna Carta, esta locução era, para eles, a garantia de que o governo não lhes tiraria a vida, a liberdade ou a propriedade, sem um julgamento feito de acordo com a lei da terra, existente ao tempo em que uma suposta ofensa fosse cometida. A Cláusula de “Processo Legal” da Quinta Emenda dá, assim, a todos os americanos, quem quer que sejam e onde quer que se encontrem, o direito de serem julgados por tribunais independentes e imparciais, de acordo com processos reconhecidos e não-discriminatórios e com leis válidas preexistentes. (BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Tradução por Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Tradução de: *A constitutional faith*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p.53).
- xx Em sendo assim, os princípios vetores do direito processual possuem sede constitucional, de forma que Processo e Constituição estão intimamente relacionados. Conforme esclarece o Prof. Cândido Dinamarco: ‘a Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico’.
- Da análise do art. 5º da CF vislumbram-se diversas garantias de ordem processual, tais como: a garantia do devido processo legal (inc. LIV), o princípio do juiz natural e a conseqüente proibição de juízo ou tribunal de exceção (inc. LIII e XXXVII), o princípio do contraditório e ampla defesa com todos os recursos e meios a ela inerentes (inc. LV), o princípio da inocência (inc. LVII), a publicidade dos atos processuais (inc. LX), a garantia da inafastabilidade da jurisdição (inc. XXXV).
- Por outro lado, cumpre esclarecer que a existência da chamada tutela constitucional do processo tem como escopo assegurar a conformação dos institutos do direito processual com os princípios e fundamentos que descendem da própria ordem constitucional, bem como o reforço do sistema de garantias do cidadão. (SILVA, Clarissa Sampaio. *A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória*. In: *Dos direitos humanos fundamentais*. Org. Willis Santiago Guerra Filho, p. 183-203. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 185-186)

xxi Além disso, a Constituição Federal de 1988 abre caminho para uma aplicação mais justa do Direito, consagrando a teoria dos direitos fundamentais, partindo de princípios efetivos e não simplesmente programáticos, que são fundamentos da República mesma.

A Constituição estabelece que a República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, declara que é objeto fundamental dessa mesma República erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

De outro lado, explicita mais fortemente a função social da propriedade, condenando a propriedade não-utilizada e sub-utilizada.

Dessa forma, esses princípios, sobretudo para um magistrado do terceiro mundo, presidem efetivamente toda a aplicação e aplicação do direito infraconstitucional, de maneira a conduzi-lo à equidade e à Justiça Social.

Esses princípios fundamentais estão acima dos princípios gerais de que cuida a Lei de Introdução ao Código Civil, como instrumentos de integração e suprimimento das lacunas do ordenamento.

Dita concepção dos direitos fundamentais centrados na Constituição já se faz sentir em vários momentos do fenômeno dinâmico da aplicação do direito, revelando a sensibilidade dos magistrados. (LIRA, Ricardo César Pereira. Formação e seleção dos juízes no Brasil: A missão do Juiz em um país do terceiro mundo. In: VI Jornada Teixeira de Freitas: unidade do sistema jurídico e identidade latino-americana, p. 65-72, [s.l.: s.e.], 1997, p.70).

xxii A “verdade” declarada na decisão é, portanto, uma verdade meramente persuasiva - primeira e primordial função do discurso ideológico do poder, em contrapartida ao discurso repressivo do poder -, porque pode prescindir, até, de correspondência com os fatos, de momento que subsunção destes à norma supre aquela correspondência e eleva, pelo discurso, ao nível de verdadeiro o que é apenas verossímil, isto é, aquilo que parece crível e é, em qualquer hipótese, ideologicamente preferível. (SOUZA, José Guilherme de. A criação judicial do direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.83)

xxiii Opinião de Luiz Fernando Coelho, apud José Guilherme de Souza “... uma sentença é significativa, não porque corresponda a algum fato ou represente uma conclusão analítica, mas simplesmente porque “funcionou” como portadora de significado [suporte de significações] dentro de uma formação social” (SOUZA, José Guilherme de. A criação judicial do direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 46)

xxiv Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

- xxv Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
- xxvi Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
- xxvii Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.
- xxviii 498 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
 - II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
 - III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 - IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 - V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 - VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
- xxix Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- xxx Art.345. [...] IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.
- xxxi Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.
- xxxii VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

- xxxiii § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
- xxxiv Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.
- xxxv Neste sentido: STJ, 2ª Seção, REsp 1133872-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 14.12.2011, DJUE 28.3.11
- xxxvi Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:
- I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
 - II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
 - III - praticar o ato que lhe for determinado.
- xxxvii Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:
- I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;
 - II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;
 - III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;
 - IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.
- Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.
- xxxviii Artigo 8. Garantias judiciais [...]. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- xxxix STJ, 2ª Turma, AgRgREsp 1450473-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.9.14, DJUE 30.09.14