

ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano IV - n. 8
2006.2

Revista Opinião Jurídica



Ficha Catalográfica

Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
- n. 08, ano 04, 2006.2

© Faculdade Christus, 2006

Opinião Jurídica
- [n. 8] –
Fortaleza: – Faculdade Christus.
[2006]-
v.
I. Direito

CDD : 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

FACULDADE CHRISTUS

REVISTA
OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2006

Opinião Jurídica

Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
n. 08, ano 04, 2006.2

Diretor

Prof. M. Sc. Roberto de Carvalho Rocha

Vice-Diretor Acadêmico

Prof. M. Sc. José Carlos Gomes de Freitas Teixeira

Supervisora de Campus - Dom Luís

Profa. M. Sc. Marbenia Gonçalves Almeida Bastos

Coordenadora-Geral do Curso de Direito

Profa. Dra. Cláudia Sousa Leitão

Coordenadora da Revista Opinião Jurídica

Profa. M. Sc. Fayga Silveira Bedê

Comissão Editorial

Prof. M. Sc. Roberto de Carvalho Rocha

Profa. Dra. Cláudia Sousa Leitão

Profa. M. Sc. Fayga Silveira Bedê

Profa. M. Sc. Gabrielle Bezerra Sales

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago

Profa. M. Sc. Valeschka e Silva Braga

Prof. M. Sc. Ivo César Barreto de Carvalho

Profa. M. Sc. Roberta Laena Costa Jucá

Prof. Dr. Etienne Picard (Paris I - Sorbonne)

Prof. Dr. João Maurício Adeodato (UFPE)

Prof. Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg - Alemanha)

Prof. Dr. Paulo Bonavides (UFC)

Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho (Universidade Cândido Mendes)

Bibliotecária

Tusnelda Maria Barbosa

Editoração

Angela Barros

Correspondência

Faculdade Christus

Coordenação-Geral do Curso de Direito

Avenida Dom Luís, 911 – 5º andar

Aldeota – CEP 60.160-230

Fortaleza – Ceará

Telefone: (0**85) 3461.2020

e-mail: fc@fchristus.br

Impressão

Gráfica e Editora LCR Ltda.

Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460

Fortaleza – Ceará

Telefone: (0**85) 3272.7844 - Fax: (0**85) 3272.6069

Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento@graficalcr.com.br

Capa

Ivina Lima Verde

Tiragem mínima

600 exemplares

APRESENTAÇÃO

O oitavo número da Revista Opinião Jurídica chega, aos nossos leitores, acumulando conquistas e assumindo desafios. Sabemos que, desde sua criação, nossa Revista vem garantindo qualidade do seu conteúdo e apuro editorial, o que, por si só, já constitui razão suficiente de admiração, para os que a lêem, e de regozijo, para os que a fazem. Mas, a Opinião Jurídica passa a assumir novos desafios, quando se permite a reestruturação de suas seções, no sentido de oferecer um espectro cada vez mais amplo de conhecimento, ao campo jurídico nacional e internacional

Queremos, nessa edição, destacar a inclusão de uma seção destinada a decisões comentadas dos nossos tribunais e pareceres, inaugurada pelo Prof. Juraci Mourão Lopes Filho. Estaremos, nas próximas, abrindo novos caminhos, que se concretizarão com a adição de segmentos voltados a resenhas de livros, resumos de teses e dissertações, além de um setor específico para entrevistas.

Gostaríamos, ainda, de enfatizar a qualidade dos artigos aqui apresentados. Ressaltamos a participação dos juristas franceses Eric Millard e Michel Troper, da Universidade de Paris, sem desmerecer o brilho de nossa doutrina nacional, através das presenças ilustres de João Maurício Adeodato, Hugo de Brito Machado, Gladston Mamede, Willis Santiago Guerra Filho, Plauto Faraco de Azevedo, Luciano Feldens e Andrei Zenker Schmidt.

Não poderíamos deixar de mencionar nossos professores, a “prata da casa” que, de forma incansável, vêm estimulando o amor à pesquisa em nosso corpo docente. Referimo-nos às participações de Alexandre Antônio Bruno da Silva (em excelente artigo em co-autoria com Ana Isabel Modena Strada, aluna egressa da graduação), Gerardo Clésio Maia Arruda, Juliana Sombra Peixoto, Filipe Nascimento, Marcos José Nogueira de Souza Filho, Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques, Vanna Coelho Cabral e Nestor Eduardo Araruna Santiago.

Agradecemos ao Prof. Paulo Henrique Gonçalves Portela, pela elaboração dos *abstracts*; à Profa. Roberta Laena Costa Jucá, pelas valiosas sugestões; à Angela Barros, pela diagramação sempre esmerada e ao apoio acadêmico

do Curso de Direito, Vildomar Alves. Agradecemos, finalmente, aos professores Nestor Eduardo Araruna Santiago, Valeschka e Silva Braga, Ivo César Barreto de Carvalho, Gabrielle Bezerra Sales e Roberta Laena Costa Jucá, que compõem a Comissão Editorial, reiteramos nossos cumprimentos pelo contínuo esmero no trabalho.

Boa leitura e até o próximo número!

CLÁUDIA SOUSA LEITÃO

Coordenadora-Geral do Curso de Direito da Faculdade Christus

FAYGA SILVEIRA BEDÊ

Coordenadora da Revista Opinião Jurídica

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

- O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira11
Tax evasion twenty years after its definition as a criminal offence and its reformatting under the changes undergone by brazilian monetary policy
L'évasion fiscale due au transfert international de fonds - 20 ans après: sa redéfinition en raison des modifications en la politique cambiale brésilienne
Andrei Zenker Schmidt
Luciano Feldens
- Apontamentos acerca das dimensões subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais45
Notes on the subjective and objective dimensions of social fundamental rights
Des commentaires sur les dimensions subjective et objective des droits fondamentaux sociaux
Alexandre Antônio Bruno da Silva
Ana Isabel Modena Strada
- A participação política das minorias57
Political participation of minorities
La participation politique des minorités
Filippe Augusto dos Santos Nascimento
- Direito racional e burocracia: fundamentos do capitalismo moderno em Max Weber87
Rational law and bureaucracy: the foundations of modern capitalism in Max Weber
Droit rationnel et bureaucratie: fondements du capitalisme moderne chez Max Weber
Gerardo Clésio Maia Arruda
- Microatividades e pequenas atividades econômicas beneficiárias da Lei Complementar n. 123/2006: o artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte 101
Micro and small enterprises benefiting from declaratory statute 123/2006: article 3 of National Statute for Micro and Small Enterprises
Microactivités et petites activités économiques qui bénéficient du statut prévu par la Loi complémentaire n. 123/2006: la question de l'article 3 du Statut national de la microentreprise et de l'entreprise de courte facturation
Gladston Mamede

Da inexistência do dever de praticar preços iguais nas vendas à vista e no cartão	133
<i>On the inexistence of the obligation to determine identical prices for cash and credit card sales</i>	
<i>De l'inexistence du devoir de remettre des prix similaires pour les ventes en liquide ou par carte bancaire</i>	
<i>Hugo de Brito Machado</i>	
Introdução à Teoria Tridimensional do Direito em Miguel Reale.....	145
<i>Introducing the three-dimensional Theory of law in Miguel Reale</i>	
<i>Introduction à la Théorie Tridimensionnelle du Droit chez Miguel Reale</i>	
<i>João Maurício Adeodato</i>	
Crise de paradigmas na pós-modernidade: algumas reflexões	161
<i>Crisis of paradigms in postmodernity: some thoughts</i>	
<i>La crise de paradigmes dans la post-modernité: quelques réflexions</i>	
<i>Juliana Sombra Peixoto</i>	
Da concessão da guarda e seus efeitos previdenciários	176
<i>Granting custody and its effects regarding Social Security</i>	
<i>De la concession de la garde des enfants et ses effets devant la Sécurité sociale</i>	
<i>Marcos José Nogueira de Souza Filho</i>	
Prisão preventiva, duração razoável do processo e reparação por danos morais e materiais	188
<i>Preventive detention, trial within a reasonable time and compensation for material and moral damage</i>	
<i>Prison préventive, durée raisonnable de la procédure et réparation par des dommages matériels et moraux</i>	
<i>Nestor Eduardo Araruna Santiago</i>	
Considerações teórico-práticas sobre o ensino jurídico	201
<i>Theoretical and practical appreciation on the juridical teaching</i>	
<i>Considerations theoriques et pratiques sur l'enseignement juridique</i>	
<i>Plauto Faraco de Azevedo</i>	
A assessoria jurídica popular como prática de educação jurídica inovadora e propositora de direito crítico	211
<i>Popular legal aid as a practice of innovative juridical education and as a proposal of a critical outlook upon Law</i>	
<i>L'assistance juridique populaire en tant que pratique d'éducation juridique innovatrice et créatrice d'un droit critique</i>	
<i>Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques</i>	

O Poder(oso) Judiciário: aspectos institucionais que afastam o cidadão da justiça estatal	225
<i>The powerful Judiciary: institutional aspects that drive citizens off State justice</i>	
<i>Le pouvoir judiciaire: aspects institutionnels qui éloignent le citoyen de la Justice d'Etat</i>	
Vanna Coelho Cabral	

Teoria Possibilista do Direito e da Filosofia (como teoria filosófica fundamental de base fenomenológica): proposta de investigação.....	245
<i>The Possibilist Theory of Law and Philosophy (as an essential philosophical theory of phenomenological basis): a research proposal</i>	
<i>Théorie « possibiliste » du droit et de la philosophie (comme théorie philosophique fondamentale de base phénoménologique): proposition de recherche</i>	
Willis Santiago Guerra Filho	

SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

O papel do registro civil na construção do Estado	259
<i>The role of civil registry in building the state</i>	
<i>Le rôle de l'état civil dans la construction de l'Etat</i>	270
Eric Millard	

Uma teoria realista da interpretação.....	280
<i>A realistic theory of interpretation</i>	
<i>Une théorie réaliste de l'interprétation.....</i>	301
Michel Troper	

TERCEIRA PARTE – PARECERES

Participação de OS e OSCIP em certame licitatório	319
<i>Participation of Social Organizations (OS) and Civil Society</i>	
<i>Public Interest Organizations (OSCIP) in procurement processes</i>	
<i>La participation des OS et des OSCIP aux appels d'offres</i>	
Juraci Mourão Lopes Filho	

Instruções para publicação	337
----------------------------------	-----

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e se encontram por ordem alfabética dos articulistas. É permitida a reprodução total ou parcial desta Revista, desde que citada a fonte.

O DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS 20 ANOS DEPOIS: SUA REDEFINIÇÃO TÍPICA EM FACE DAS MODIFICAÇÕES DA POLÍTICA CAMBIAL BRASILEIRA

Andrei Zenker Schmidt*

Luciano Feldens**

1 Introdução. 2 O atual regime cambial brasileiro (RMCCI). 3 As hipóteses típicas do art. 22 da Lei n. 7.492/86 e sua problematização dogmática. 3.1 O artigo 22, *caput*, da Lei n. 7.492/86. 3.1.1 Objetividade jurídica. 3.1.2 Conduta típica, consumação e classificações do delito. 3.1.3 Operações de Câmbio. 3.1.4 Ausência de “autorização legal” para a operação de câmbio. 3.1.5 O significado de “divisas”. 3.1.6 O significado de “evasão”. 3.1.7 Finalidade especial do injusto. 3.2 O tipo penal da primeira parte do parágrafo único do art. 22. 3.2.1 Objetividade jurídica. 3.2.2 Conduta típica, consumação e classificações do delito. 3.2.3 Saída de moeda ou divisa “sem autorização legal”. 3.2.4 Objeto material. 3.2.5 Moeda ou divisas. 3.3 O tipo penal da segunda parte do parágrafo único do art. 22. 3.3.1 Objetividade jurídica. 3.3.2 Conduta típica, consumação e classificações do delito. 3.3.3 Objeto material. 3.3.4 Repartição federal destinatária da declaração. 3.3.5 Limites legais da declaração. 4 Problemática. 4.1 Evasão de divisas através de câmbio manual: as transferências internacionais de moeda nacional ou estrangeira em espécie. 4.1.1 Parâmetros normativos em vigor para as transferências internacionais em espécie. 4.1.2 O simples porte ou aquisição de moeda estrangeira no Brasil, por si só, não constitui crime. 4.2 Evasão de divisas através de câmbio sacado: as transferências internacionais de moeda nacional por contas de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior (“Contas CC5”). 4.2.1 “Evasão de divisas” não se confunde com “saídas de recursos do País” ou com “disponibilidades no exterior”. 4.2.2 Transferências internacionais em Reais

* Mestre em Ciências Criminais (Pontifícia Universidade Católica - RS). Professor de Direito Penal na PUC-RS (Graduação e Especialização) e na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Advogado Criminalista.

** Doutorando em Direito Constitucional (Universidade de Valladolid – Espanha). Mestre em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS). Especialista em Direito Penal (UNISINOS). Professor de Direito Penal na UNISINOS (graduação e especialização), na Escola Superior do Ministério Público e na Escola Superior da Magistratura Federal. Procurador da República no Rio Grande do Sul, com atuação perante a 1ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre (especializada no processo e julgamento de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de “lavagem” de dinheiro).

nas contas “de instituições financeiras” por conta e ordem de terceiro: a sistemática anterior e posterior ao RMCCI. 4.3 Dólar-cabo: sua configuração típica. 4.4 Exportação sem cobertura cambial: sua configuração típica.

RESUMO

O presente artigo trata do delito de evasão de divisas e sua redefinição a partir das modificações advindas na política cambial brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Evasão. Divisas. Política cambial.

1 INTRODUÇÃO

O delito de *evasão de divisas*, porque engendrado em um contexto político e normativo determinado – porém mutável – com o qual guarda uma relação de inegável pertinência, há de ser compreendido precisamente a partir das coordenadas político-normativas que conformam seu objeto genérico de tutela: a regular execução da política cambial estatal. Tal significa dizer, em uma primeira aproximação teórica: o conteúdo material do tipo penal sob análise está necessariamente identificado com as linhas de ação governamental adotadas na condução da política cambial brasileira.

Daí por que, passadas duas décadas desde a entrada em vigor da Lei n. 7.492/86, período esse marcado por significativas transformações políticas, sociais e econômicas, tornou-se imperioso reincursionar sobre os contornos típicos do delito, presente o atual estágio de nossa política cambial. Rediscutir sua amplitude à luz das especificidades do atual Regime de Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), repassando conceitualmente suas elementares normativas, bem como alguns aspectos pontuais ainda não esclarecidos a contento, reestruturando-o, enfim, nesta quadra da História, é o objetivo desse artigo.

2 O ATUAL REGIME CAMBIAL BRASILEIRO

A abordagem da evolução contemporânea da política cambial brasileira permite-nos dividir o estudo sobre os níveis de controle estatal desempenhado sobre operações de câmbio em dois períodos: (a) o primeiro, verificado até o final dos anos 80 do século passado, marcado pela imposição de diversas restrições ao ingresso de capital estrangeiro no Brasil e pelo rigoroso controle quanto à forma e às modalidades de operações de câmbio; (b) o segundo, iniciado no alvorecer dos anos 90, estruturado a partir da gradual abertura da economia nacional ao capital internacional e da sensível flexibilização das regras incidentes sobre transações internacionais. Se conjugarmos tal divisão com uma análise

do desempenho da economia brasileira e mundial verificada nos últimos anos, poderemos antecipar a hipótese de que o controle estatal sobre operações de câmbio é tanto maior quanto mais frágil seja a economia de um país e menos esteja ela inserida nos rumos da economia mundial na era da globalização.

Para compreendermos tal dinâmica, é interessante analisar a evolução de nossa economia verificada entre as décadas de 70 e 80¹. Em 1973 o conflito árabe-israelense desencadeia a primeira *crise do petróleo*, gerando uma elevação próxima de 300% em seu preço.² O reflexo desse aumento, principalmente em relação a países subdesenvolvidos, foi o desequilíbrio das balanças comercial e de pagamentos, além do aumento da inflação resultante da elevação dos custos de produção. As estratégias normais que a grande maioria dos países – inclusive o Brasil – utilizou para conter tais distorções eram: restrição nas importações, aumento das exportações e dos juros para empréstimos às instituições financeiras³.

Em 1982 verifica-se a segunda *crise do petróleo*, devida, agora, às incertezas quanto à oferta do produto. Na mesma época, o FMI recusa o pedido brasileiro de concessão de crédito suficiente para arcar com seus compromissos internacionais. Tais fatores levaram o País a iniciar um processo de ajustamento externo consistente na contenção do consumo interno – através da elevação das taxas de juros internas e redução do salário real – e na elevação do consumo externo – por meio da maxidesvalorização do cruzeiro e de subsídios e incentivos às exportações. De outro lado, a fim de evitar a decretação da moratória, o País tentou transformar em dólares o ouro que vínhamos extraíndo do garimpo de Serra Pelada⁴. Após, seguiram-se maxidesvalorizações da moeda nacional frente o dólar (em 1983 e 1984, principalmente), decretação de moratória da dívida externa (1985-1986) e indexação e congelamento de preços (Plano Cruzado, em 1986; Plano Cruzado II, em 1987; Plano Verão, em 1989).

Esse foi um período em que o regime cambial convivia com taxas fixas de cotação do dólar, que variavam por meio de ajustes nominais orientados não a uma desvalorização real da moeda nacional, mas sim à manutenção de uma paridade estável, incorporando a taxa de inflação observada. O efeito dessa estratégia foi que o governo obrigou-se a comprar tudo o que fosse oferecido, assim como a vender tudo o que fosse demandado. Obviamente que, nesse contexto de rígido controle cambial, o dólar, com cotação fixada pelo Banco Central (BACEN), também encontrou um vasto campo para circulação no mercado paralelo, contribuindo à verificação de elevados índices de ágio em relação à taxa do câmbio oficial⁵. Quanto à balança comercial, ganhava relevo a reserva de mercado interno: a importação de produtos essenciais era obstaculizada pela burocratização dos negócios internacionais, ao mesmo tempo em que as exportações eram estimuladas à custa de subsídios⁶. A segunda metade dos anos 80, nesse rumo, foi marcada por sucessivos planos econômicos, forte instabilidade econômica, oscilações inflacionárias, deterioração das contas públicas, renegociações da dívida externa e fechamento da economia ao ingresso de capital internacional⁷.

No final dos anos 80, a abertura gradual da economia nacional colaborou com a mudança do cenário da nossa política cambial. O levantamento de restrições fiscais e financeiras às importações fez com que o mercado brasileiro fosse atrativamente apresentado à indústria estrangeira, obrigando a indústria nacional a atualizar-se tecnologicamente a fim de poder oferecer, no mercado interno, um produto de qualidade compatível com o importado. A supressão de subsídios às exportações, ademais, obrigou a indústria brasileira a inserir-se na competitividade do mercado internacional.

Três efeitos relevantes começaram a ser notados naquele contexto econômico que se iniciava: (a) aumento da oferta da moeda estrangeira em nosso País, (b) incremento da mobilidade de capitais em resposta a diferenciais de taxa de retorno no Brasil e no exterior e (c) tendência à redução do controle estatal sobre o valor oficial da cotação do dólar⁸. No entanto, a tão esperada substituição de desvalorizações nominais e fictícias por desvalorizações reais ainda exigiria uma tarefa: a aproximação entre as taxas de câmbio oficial e paralela.

Em 1988, objetivando mapear os dólares que, em razão das fortes restrições cambiais então vigentes, circulavam no mercado paralelo, o BACEN, por meio da Resolução n. 1.522, instituiu o câmbio de taxas flutuantes ('dólar-turismo'), com cotação livremente estabelecida pelo mercado e sem necessidade de declaração da identidade de quem vendia a moeda estrangeira à instituição credenciada.

Ainda restava, entretanto, o problema do controle administrativo das taxas de câmbio do *dólar oficial*, que ía de encontro aos rumos da política econômica mundial. Para solucionar esse problema foi editada, em 1990, a Resolução/BACEN n. 1.690, substituindo o *dólar oficial* pelo *dólar comercial* (câmbio de taxas livres), também com cotação livremente estabelecida segundo a demanda e a oferta.

Os rumos da economia em processo de globalização, outrossim, exigiam que os bancos centrais deixassem de desempenhar um controle cambial *a priori* (em que boa parte das operações de câmbio mais relevantes necessitava de expressa autorização, burocratizando as negociações) em nome de uma ampla liberdade das transações internacionais. A criação do SISBACEN, por meio da edição da Resolução n. 1.946/92, foi um passo decisivo para o rompimento dessas restrições, pois as transações internacionais apenas passaram a contar com um registro formal obrigatório, capaz de identificar as partes envolvidas, a origem e o destino dos valores.

Para consolidar o estímulo de ingresso de investimentos estrangeiros, buscou-se ainda a criação de um mecanismo em que o capital internacional investido no Brasil tivesse a garantia de que poderia ser remetido, sem controle estatal *a priori*, ao exterior. Nesse rumo é que foi editada a Carta-Circular n. 2.259/92, que, ao revogar a Carta-Circular n. 5, de 1969, fez a previsão legal da possibilidade de instituições financeiras estrangeiras abrirem contas correntes

em bancos brasileiros credenciados a operar em câmbio, possibilitando, com isso, que depósitos em moeda nacional, identificados e por conta e ordem de terceiros, pudessem ser objeto de remessa ao exterior após a devida conversão, mediante o controle desempenhado pelo SISBACEN.

O Plano Real confirmou essa tendência liberalizante para a circulação do capital estrangeiro em nosso País. O art. 65 da Lei n. 9.069/95, nesse rumo, ressaltou expressamente o livre ingresso e saída da moeda nacional e estrangeira, exigindo, apenas, que as transferências em valor superior a R\$ 10.000,00 fossem realizadas por meio de instituição bancária, a fim de que o SISBACEN pudesse controlar o volume das operações.

Dessa época em diante, a edição de novos regulamentos manteve a técnica do controle *a posteriori* das operações e da intervenção indireta (por meio da compra ou da venda de dólares pelo BACEN) nas taxas de câmbio. A Carta-Circular n. 2.677/96 repetiu, em linhas gerais, a sistemática de transferências internacionais em Reais por meio de contas de estrangeiros não domiciliados no Brasil (contas de *instituições financeiras, provenientes de vendas de câmbio e de outras origens*), impondo, porém, maiores restrições quanto à identificação do depósito. Por outro lado, em 2001, com a edição da Circular n. 3.071, iniciou-se um processo de mapeamento das disponibilidades de brasileiros mantidas no exterior, exigindo-se, para tanto, uma declaração anual, a ser prestada pelo titular desses ativos, junto ao BACEN.

Em 2005 as diversas normativas relacionadas a *transferências internacionais, capitais de brasileiros no exterior e capitais internacionais no Brasil* foram consolidadas por meio da edição da Resolução n. 3.265, devidamente regulamentada, em 09/03/2005, pela Circular n. 3.280, que criou o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI). Procedeu-se à unificação do mercado de câmbio de taxas flutuantes (*dólar turismo*) com o de taxas livres (*dólar comercial*) – os quais, apesar de já possuírem taxas de livre flutuação, ainda contavam com registros distintos no SISBACEN em relação às modalidades de operações permitidas para cada segmento –, além de vedar-se o depósito por conta e ordem de terceiros em contas de *instituições financeiras* estrangeiras mantidas em bancos brasileiros, deslocando o envio de valores ao exterior pela via do *contrato de câmbio*.

De uma maneira geral, portanto, pode-se notar que o Brasil viveu um período de controle formal (as taxas de câmbio eram controladas pelo BACEN) e substancial (a compra e venda de dólares possuía limites, assim como os negócios, em alguns casos, necessitavam de autorização prévia) das operações de câmbio para, no início dos anos 90, com a gradual abertura da economia ao capital internacional, a cotação da moeda estrangeira ser fixada segundo as regras de mercado e o volume dessas operações sujeitar-se apenas a um controle instantâneo (SISBACEN) cuja regularidade seria apreciada *a posteriori*. Obviamente, mudanças sensíveis dessa ordem repercutiram nos limites da tutela penal desenhada, pela via do art. 22 da Lei n. 7.492/86, sobre a remessa de divisas ao exterior e a manutenção de depósitos no exterior por brasileiros.

3 AS HIPÓTESES TÍPICAS DO ART. 22 DA LEI N. 7.492/86 E SUA PROBLEMATIZAÇÃO DOGMÁTICA

Dispõe o art. 22 da Lei n. 7.492/86:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País.

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Genericamente tratado como crime de *evasão de divisas* – apesar de tipificar condutas relacionadas a valores que não necessariamente tenham sido evadidos do Brasil –, o delito sob análise contempla três hipóteses típicas distinguíveis entre si: uma brotando do *caput* e outras duas de seu parágrafo único, primeira e segunda partes.

No intuito de destacá-las para efeitos analíticos, poderíamos apontar as seguintes condutas como penalmente incriminadas no âmbito do dispositivo legal em evidência:

- a) realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País (*caput*);
- b) evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal (parágrafo único, primeira parte);
- c) manutenção de depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente (parágrafo único, parte final).

3.1 O artigo 22, *caput*, da Lei n. 7.492/86 (efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país)

3.1.1 *Objetividade jurídica*

A doutrina penal brasileira, ao tratar da objetividade jurídica a que se orientam as condutas típicas descritas no art. 22 da Lei n. 7.492/86, sustenta que tal norma protege a *política cambial brasileira*⁹, a *política econômica do Estado*¹⁰, as *reservas cambiais*¹¹ e, inclusive, o *patrimônio fiscal*.¹² Em sentido amplo, todas essas ponderações possuem algum acerto; pecam, todavia, ao não as especificarem.

A *política econômica* estatal é composta de uma série de diretrizes orientadas ao desenvolvimento equilibrado do País e à satisfação dos interesses da coletividade (arts. 170 e 192 da CF/88). Para tanto, o governo desenvolve estratégias relacionadas ao controle da oferta da moeda (política monetária), ao

controle de receitas (política fiscal) e de despesas estatais (política financeira) e ao controle de operações cambiais e administração da taxa de câmbio (política cambial), todas elas orientadas ao desenvolvimento econômico, à estabilidade do preço, ao controle da inflação e ao equilíbrio do volume financeiro das transações com o exterior¹³.

Apesar de a política cambial ser conexas às demais políticas que compõem as diretrizes econômicas estatais num sentido amplo, dessa unidade não pode decorrer a tese de que um crime contra o sistema financeiro ou mesmo um crime contra a ordem tributária possam ter, por objetividade jurídica, a tutela da política econômica em sentido amplo, na medida em que cada modalidade de delito desempenha também uma finalidade protetiva própria que, apesar de relacionada às demais, não pode estar com elas amalgamada, sob pena de revelar-se um insuportável *bis in idem*. Os crimes contra a ordem tributária (principalmente os definidos na Lei n. 8.137/90), contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H, do CP), contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86) e outros, desempenham uma tarefa conjunta e comum: a proteção da política econômica estatal *lato sensu*. Cada espécie delitiva, inobstante, possui a sua própria objetividade jurídica que, numa perspectiva *micro*, orienta a sua incidência e interpretação, muito embora sem escapar ao amplo contexto em que está inserido.

As três formas delitivas do art. 22 da Lei n. 7.492/86 têm uma mesma objetividade jurídica genérica (sendo a generalíssima o Sistema Financeiro Nacional), apesar de cada qual possuir sua própria objetividade específica. O *objeto jurídico genérico* é a *regular execução da política cambial estatal*, potencialmente lesionável nos casos de moeda nacional ou estrangeira que possa (ou que venha efetivamente a) sair de nosso País à míngua de qualquer controle, assim como na hipótese de disponibilidades mantidas por brasileiros, no exterior, sem a devida declaração ao órgão competente.

Uma tal objetividade jurídica não pode ser extraída da análise de uma *política cambial* alheia ao seu cotejamento com a forma que o legislador penal definiu os termos da tutela. Uma operação de câmbio realizada em desconformidade com o RMCCI, assim como o ingresso irregular de divisas em nosso País, a despeito de serem hipóteses potencialmente lesivas à *regular execução da política cambial estatal*, não se encontram alcançadas pela tutela penal na medida em que os limites semânticos do art. 22 da Lei n. 7.492/86 não as abrange. A objetividade jurídica da *evasão de divisas*, assim como ocorre em relação a qualquer delito, só pode ser obtida a partir dos limites possíveis da norma penal incriminadora.

Quanto ao *objeto jurídico específico*, o *caput* do art. 22 da Lei n. 7.492/86, ao tipificar a conduta de *efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País*, protege o controle estatal sobre determinadas operações de câmbio destinadas à remessa de valores ao exterior que, segundo os atuais limites do RMCCI, devam ser formalizadas por contrato de câmbio e sujeitas a registro no SISBACEN, por força da vedação de compensações privadas de créditos em transações internacionais.

3.1.2 Conduta típica, consumação e classificações do delito

O *caput* do art. 22 descreve a conduta de *efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País*. O delito, por força do verbo nuclear, é genuinamente *comissivo*, mas também pode ser imputado a título de *omissão imprópria* (art. 13, § 2º, do CP), principalmente nos casos de *participação omissiva em crime comissivo alheio (conivência)*.

A tipificação da omissão imprópria no art. 22 da Lei n. 7.492/86, entretanto, só pode ocorrer nos casos em que uma determinada lei ou normativa específica imponha o dever legal de agir relacionado à operação imputável, não se admitindo uso de analogia nessa fase de adequação típica. O art. 65 da Lei n. 9.069/95, por exemplo, estabelece que operações envolvendo entrada e saída de moeda nacional ou estrangeira, quando em valores superiores a R\$ 10.000,00, deverão ser realizadas por meio de transferência bancária, *cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário*.¹⁴ O atual RMCCI especificou os termos dessa obrigação que recai sobre as instituições financeiras credenciadas a operar em câmbio¹⁵, mantendo, inclusive, as anteriores normativas que estabeleciam o dever dos bancos de fiscalizar a comprovação de quitação de tributos federais sobre os valores que viessem a ser objeto de operação de câmbio por meio de contas correntes de estrangeiros não residentes no Brasil.¹⁶

Quanto ao *sujeito ativo*, o *caput* do art. 22 prevê um *crime comum*, podendo ser praticado por qualquer pessoa física, ainda que não detenha a qualidade de instituição financeira.¹⁷ Assim, respondem pelo *caput* tanto o *doleiro* quanto o *beneficiário* que venham, de comum acordo, a efetuar operação de câmbio objetivando enviar o resultado para o exterior. Não se admite responsabilidade penal da pessoa jurídica *in casu*. O *sujeito passivo*, obviamente, só pode ser o Estado, especificamente a União, que detém o monopólio do controle através do BACEN (art. 21, VIII, da CF/88)¹⁸.

O *caput* prevê delito que se consuma com a concretização da operação de câmbio orientada à evasão, não sendo necessário que os valores venham, efetivamente, a sair do País. Assim, *v.g.*, se a operação ilegal ocorrer por meio de contrato de câmbio fraudulento, a consumação verifica-se quando da realização do contrato. Isso não significa, entretanto, que a mera realização da operação de câmbio já caracterize o delito, pois o tipo penal não alcança a simples compra e venda de moeda estrangeira no Brasil, mas sim, apenas, a operação que objetive o envio do numerário ao exterior.

Embora guardemos restrições dogmáticas quanto à classificação de delitos a partir da necessidade, ou não, de verificação de um suposto resultado naturalístico – que evidencia um resquício positivista de nossa dogmática –, o delito em análise é reconhecido como *formal* pela doutrina, *pois se esgota com a própria realização da conduta pelo agente, ao efetuar a operação de câmbio, não sendo necessário à consumação do delito o resultado por ele pretendido (promover a evasão de divisas)*¹⁹. Contemporaneamente, o resultado penalmente relevante só pode

ser concebido em sua concepção jurídica, no sentido de ser exigida uma lesão efetiva (*crimes de dano*) ou potencial (*crimes de perigo*) ao objeto da tutela. Neste sentido, a conduta do *caput* caracteriza um *crime de perigo*²⁰, na medida em que a norma não exige um dano efetivo ao regular controle estatal da política cambial. Cremos, entretanto, que se trata de *crime de perigo concreto*, pois a necessidade de compatibilização deste delito com o *princípio da subsidiariedade* recomenda que o tipo só incida materialmente em supostos fáticos suficientemente relevantes para justificar a intervenção penal.

3.1.3 Operações de câmbio

O *caput* do art. 22 descreve, como elemento essencial do tipo, a realização de *operação de câmbio*. Sobre o tema, ressalta Tigre Maia, citando Hugo de Brito Machado, que “operação de câmbio é a troca de moedas. Não de uma moeda que se extingue e outra que se cria, ou restabelece, mas de uma por outra moeda, ambas com existência e valor atuais²¹”. Em termos semelhantes é a tese de Tórtima, para quem “câmbio, no sentido ali empregado [*caput*], vem a ser a permuta entre moedas de diferentes países²²”. Embora não dito de maneira expressa por ambos os autores, tais conclusões partem da premissa de que *operação de câmbio* seria uma *elementar normativa de valoração de conduta*: a autoridade judicial é que, por meio de uma argumentação eminentemente valorativa, verificaria a incidência, ou não, da elementar à hipótese fática.

Nada obstante, parece-nos que *operação de câmbio*, nos termos do *caput*, configura *elementar normativa em branco*, na medida em que o juízo de valor encontra-se previamente dado pelas normativas cambiais que regulam tal modalidade de operação. O RMCCI regula três segmentos controlados pelo BACEN – mercado de câmbio, capitais brasileiros no exterior e capitais estrangeiros no Brasil –, sendo que somente o primeiro deles é que se encontra, em princípio, alcançado pela tutela penal do *caput* do art. 22. Quanto a este, o capítulo introdutório do RMCCI, com a redação dada pela Circular/BACEN n. 3.280/05, define-o para abranger *as operações de compra e de venda de moeda estrangeira, as transferências internacionais em reais e as operações envolvendo ouro-instrumento cambial, bem como as matérias necessárias ao seu regular funcionamento*. Tal ponderação é relevante para considerarmos, no alcance da elementar normativa *operação de câmbio*, do *caput* do art. 22, não só a compra e venda de moeda estrangeira – que ocorrer por meio de operações de *câmbio manual* e de *câmbio sacado* –, senão também operações envolvendo ouro-instrumento cambial (v. RMCCI, Título 1, Cap. 15).

3.1.4 Ausência de “autorização legal” para a operação de câmbio

O *caput* do art. 22 exige, como condição de tipicidade da conduta, que haja realização de operação de câmbio *não autorizada*. Trata-se também de *elementar normativa* que, além de remeter seu conteúdo às leis e regulamentos que vinculam a operação (reforçando a existência de uma *norma penal em*

branco), antecipa a ilicitude cambial dessa operação já no exame da tipicidade da conduta (*elementar especial de antijuridicidade*). Vale dizer: a adequação típica de uma conduta nos limites do *caput* do art. 22 da Lei n. 7.492/86 pressupõe, no mínimo, que a operação de câmbio tenha sido realizada em *desconformidade às normas que a regulam*, antecipando-se a antinormatividade já no exame da subsunção do fato à norma penal incriminadora.

De outro lado, a descrição dessa elementar padece, no atual regime, de vício semântico: a adequação típica da conduta não exige que a operação de câmbio não tenha sido *autorizada*, mas sim que se verifique em *desconformidade* às normas cambiais incidentes na espécie. Principalmente a partir da criação do SISBACEN em 1992, o BACEN deixou de exigir autorização prévia para a concretização da grande maioria das operações de câmbio, cuja legalidade sujeita-se, desde então, a um controle *a posteriori* da transação. Nesse rumo, é incorreto argumentar-se, como o faz boa parte da jurisprudência brasileira, no sentido de que a tipicidade da conduta pressupõe que a operação de câmbio *não seja autorizada*.

3.1.5 O significado de “divisas”

O termo *divisas* corresponde a um elemento do tipo cujo significado, para além de ser perseguido junto à ordem econômico-financeira, há de ser juridicamente compreendido no contexto do tipo penal, isso a partir das diversas possibilidades de sua formação. Sua conceituação econômica, ainda que não-unívoca, está associada às *disponibilidades* que um país – ou mesmo um particular (pessoa física ou jurídica) – possui em moedas estrangeiras obtidas a partir de um negócio que lhe dá origem (exportações, empréstimos de capitais etc.). Sob tais circunstâncias, a elementar *divisa* compreende as próprias moedas estrangeiras e seus títulos imediatamente representativos, como letras de câmbio, ordens de pagamento, cheques, cartas de crédito, saldos das agências bancárias no exterior etc.²³. Os vários conceitos oferecidos pela doutrina não destoam dessa descrição geral²⁴.

Desse rápido percurso conceitual podemos constatar uma certa unanimidade em definir economicamente *divisas* como *disponibilidades* internacionais, ou seja, *disponibilidades* que estão – ou se formam – no estrangeiro a partir de um negócio jurídico (exportação, no caso) que lhe dá causa.

Como antes acentuado, entretanto, torna-se imprescindível a contextualização jurídica do termo, o qual abarca, nos limites do tipo legal do delito de evasão de divisas, tanto os títulos como os produtos imediatamente hábeis à formação das divisas. Assim, por exemplo, enquadram-se no conceito de *divisas*: a) o ouro, enquanto ativo financeiro ou instrumento da política cambial²⁵; b) cheques sacados contra bancos nacionais²⁶.

Abriu-se uma profunda discussão no sentido de identificar se mercadorias nacionais objeto de exportação poderiam equiparar-se a *divisas*. A discussão assumiu sua relevância em face das inúmeras hipóteses em que o exportador realizava

a exportação sem cobertura cambial, ou seja, recebia seu crédito diretamente do exterior ou mesmo em espécie, sem o correlato fechamento e liquidação do contrato de câmbio. Em tal hipótese, poder-se-ia sustentar tenha havido *evasão de divisas* em face da *saída da mercadoria*? Até mesmo no âmbito do Banco Central a divergência mostrou-se evidenciada (Parecer/2002/00398/DEJUR/PRCPA). Entretanto, como adiante analisaremos, a equiparação *mercadoria = divisas* não pode ser realizada, eis que suporia o empreendimento de uma interpretação demasiadamente elástica, jurídico-penalmente insustentável.

3.1.6 O significado de “evasão”

Em termos semânticos evasão indica o ato de fuga, de evadir-se. *Mutatis mutandis*, não é distinto o sentido a ser empregado no contexto do tipo penal. *Evasão* carrega o sentido de *saída* (no caso, para o exterior) do objeto específico (divisas), movimento esse que se verifica em certa clandestinidade, entendida como tal, no contexto do tipo, a saída de divisas realizada em desacordo com as normas de regência sobre a matéria.

Interessante verificar que enquanto o *caput* do art. 22 contemplou as elementares “promover evasão de divisas do País”, o parágrafo único tipificou a conduta de quem “promove, *sem autorização legal*, a saída de moeda ou divisa para o exterior”. Da análise das condutas típicas em seu conjunto, e no contexto do tipo global, tem-se a evasão de divisas como a *saída* ou *remessa ilegal* de divisas do País.

Incompreensível, nesse rumo, a consideração de Luiz Regis Prado no sentido de que “evasão de divisas, no ‘caput’ do dispositivo, significa a frustração dolosa da satisfação do tributo devido²⁷”, na medida em que tal delito não possui qualquer relação com tutela penal sobre a origem fiscal dos valores evadidos.

A lesão ao controle cambial desempenhado pelo BACEN pode ocorrer tanto no caso da saída quanto no da entrada ilegal de valores de nosso País. Apesar disso, os limites semânticos do *caput* do art. 22 impedem-nos de buscar eventual tipicidade de condutas relacionadas à simples entrada irregular de divisas no Brasil, quando não associada a um ilícito paralelo.²⁸

3.1.7 Finalidade especial do injusto

O *caput* do art. 22 da Lei n. 7.492/86 exige, ainda, como *elementar subjetiva do tipo*, o *fim de promover evasão de divisas do País*. Eventual tipicidade da conduta, dessarte, pressupõe não só a realização ilegal de operação de câmbio, senão também a intenção de que o resultado da operação seja enviado ao exterior. Muito embora a efetiva saída dos valores não seja necessária à consumação, não será a mera demonstração do negócio cambial ilegalmente realizado motivo suficiente para a tipificação da conduta. Vale enfatizar: a mera realização de operação ilegal de câmbio não tipifica qualquer hipótese do art. 22 da Lei n. 7.492/86.

O fim especial de evadir divisas não vincula a destinação que os valores venham a ter no exterior, sendo indiferente, para a verificação da elementar subjetiva em análise, que o sujeito ativo do delito pretenda manter poupança clandestina no exterior ou valer-se total ou parcialmente da divisa evadida para cobrir gastos pessoais de qualquer natureza.

3.2 O tipo penal da primeira parte do parágrafo único do art. 22 (Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior (...))

3.2.1 Objetividade jurídica

A exemplo do que já mencionado em relação ao *caput* do dispositivo, a objetividade jurídica generalíssima é a proteção do Sistema Financeiro Nacional, sendo objeto genérico da tutela jurídico-penal a *regular execução da política cambial do Estado*. Mais especificamente, a forma delituosa sob comento visa à proteção do *controle do Estado* sobre a saída de moeda ou divisas para o exterior. Note-se que a criminalização não se dá sobre o movimento financeiro emigratório em si, o qual será legítimo se realizado sob o controle estatal, na forma disposta pelo regime cambial vigente. As diversas formas de saída de moeda ou divisa para o exterior submetem-se a regramentos específicos para cada modalidade de transação (*v.g.*, a realização de contrato de câmbio nas operações de comércio exterior). A luz do controle dessas operações estará o Estado munido das informações necessárias à manutenção ou mesmo redirecionamento da política cambial brasileira.

3.2.2 Conduta típica, consumação e classificações do delito

A conduta consiste em *promover, a qualquer título, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa* para o exterior. Trata-se de crime comissivo, aplicando-se, também aqui, o que já referido a título de omissão imprópria no comentário ao *caput* do dispositivo.²⁹

No que respeita à sujeição ativa, é delito comum, pelo qual responde qualquer pessoa física que, atuando isoladamente ou com o auxílio material de terceiro (por exemplo, um doleiro ou um dirigente de instituição financeira que facilite a operação, circunstâncias essas indicadoras de co-autoria), incida nas disposições do tipo objetivo, não se lhe exigindo qualquer característica ou condição especial.

As elementares a *qualquer título* fazem expor que desimporta a forma pela qual a saída ilegal de moeda ou divisas tenha sido praticada, seja mediante prévia operação de câmbio ou não, valendo aqui as críticas lançadas no comentário respectivo ao *caput* do dispositivo.

O crime consuma-se no momento em que o agente, diretamente ou com o auxílio material de terceiros, logra a saída da moeda ou das divisas. Nesse tom, importa recorrer-se às diversas modalidades em que a saída pode efetivar-se, recolhendo-se, a partir disso, a correlata exigência legal. Assim, por exemplo, a saída do Brasil com valores em moeda nacional acima do limite permitido pressupõe Declaração de Porte à Receita Federal, nos termos da Lei 9.069/95³⁰. Por essas características enunciadas, é delito de dano, considerada a sua verificação a partir da saída da moeda ou divisa sem o conhecimento da autoridade monetária.

3.2.3 Saída de moeda ou divisa “sem autorização legal”

Em termos semelhantes ao que já ressaltamos (3.1.4), a primeira parte do parágrafo único do art. 22 também possui uma *elementar especial de antijuridicidade*, ao exigir que a saída de moeda ou de divisas ocorra *sem autorização legal*. Conseqüentemente, a adequação típica da conduta nessa modalidade delitiva está a exigir o descumprimento de leis e regulamentos de regulam a operação, de tal forma que a ilicitude administrativa encontra-se antecipada no tipo penal. Isso traz importantes considerações em relação ao erro incidente sobre tal *elementar*, além de esvaziar sobremaneira a possibilidade de verificação de uma causa de justificação para a conduta.

A *elementar sem autorização legal* não se refere à necessidade de um ato administrativo que expressamente autorize a operação, pois o controle cambial exercido nesses casos é *a posteriori*. Na verdade, a satisfação dessa *elementar* está a exigir que a conduta contrarie as normas que a regulam, e não que ocorra à míngua de autorização expressa ou mesmo contra os seus limites. O conteúdo dessa *elementar* é dado pelo art. 65 da Lei n. 9.069/95 e pela regulamentação proveniente do RMCCI. Assim, não configuram condutas típicas a remessa de moeda ou de divisas em espécie ao exterior, mesmo que sem declaração específica, quando o volume da operação não exceda ao equivalente a R\$ 10.000,00, ou, quando superior a tal limite, a remessa tenha ocorrido por meio de transferência bancária específica – atualmente, sob a forma de contrato de câmbio. Ao contrário, verificar-se-á a tipicidade formal da conduta quando a remessa de valores superiores ao equivalente a R\$ 10.000,00 ocorra em espécie, sem o devido trânsito pela transferência bancária legalmente exigida ou, quando existente tal trâmite, na hipótese de sua instrumentalização ser fraudulenta.

3.2.4 Objeto material

A ação humana, nessa espécie delitiva, recai sobre a *moeda* ou a *divisa*.

3.2.5 Moeda ou divisas

O conceito de *moeda* possui diversos aspectos, dentre os quais o de ser simplesmente um ativo. É um bem econômico especial que, possuindo seu

próprio mercado, oferta, demanda e preço, pode ser facilmente utilizada para transação com outros bens, permitindo ao titular um maior poder de decisão sobre seus recursos em relação ao espaço e ao tempo³¹. Caracteriza-se economicamente, pois, como um bem instrumental, porquanto facilita as trocas e permite a medida ou a comparação de valores.³²

Embora os efeitos da ação sejam idênticos, *moeda* e *divisas* não se confundem nos limites do tipo formal, que as distingue (*moeda* ou *divisa*). Assim, no preciso contexto do tipo, a moeda nacional (papel-moeda) disponível ao brasileiro em território nacional não é *divisa*. Ainda que encerrem conceitos distintos, pode-se identificar uma relação parcial entre as elementares, no sentido de que a *moeda estrangeira* pode consistir em *divisa*, muito embora nem toda *divisa* seja representada por moeda (papel-moeda) estrangeira.

3.3 O tipo penal da segunda parte do parágrafo único do art. 22 (Incorre na mesma pena quem (...) nele [exterior] mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.)

3.3.1 *Objetividade jurídica*

A forma delitiva da segunda parte do parágrafo único igualmente visa à proteção da regular execução da política cambial, uma vez certo que depósitos titulados no exterior constituem-se como um passivo cambial. Ou seja, na expectativa de que um dia retornarão ao País, esses depósitos exigirão liquidez interna, necessitando, para tanto, ser contraprestacionados em moeda nacional. Mais especificamente, o controle exercido pelo Banco Central sobre depósitos no exterior tem por objetivo mapear o quadro dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo externo líquido do País³³, dados esses convenientes e necessários à boa formatação da política cambial brasileira, sendo essa a finalidade protetiva da norma.

3.3.2 *Conduta típica, consumação e classificações do delito*

O tipo incrimina a ação de *manter* no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente. O emprego da forma verbal indica certa estabilidade, embora o tipo não exija um período mínimo de manutenção para a consumação do delito. A conduta aqui incriminada pode ter como objeto material depósito originário do Brasil, produto de prévia evasão, ou formado no próprio exterior. Na primeira hipótese, é possível cogitarmos de eventual progressão criminosa, uma vez comprovadas as elementares que corporificam a primeira parte do parágrafo.

O crime se consuma no momento em que o agente deveria declarar à repartição competente (Banco Central, nos termos da legislação atual) os depósitos mantidos no exterior. Como adiante observaremos, anualmente o Banco Central tem fixado, por meio de Circulares, o prazo e os limites da declaração.

É crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa física, a quem não se exige qualquer característica especial. Nos termos da Circular n. 3.278/BACEN, de 2005, a obrigação de declaração recai sobre qualquer pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária. Tratando-se de depósitos titulados por pessoa jurídica, e recaindo a responsabilidade penal exclusivamente sobre pessoas físicas, há se averiguar, a título de autoria, o titular responsável pela declaração.

Pela própria redação do tipo verifica-se tratar-se de delito formal e permanente. Sob tais circunstâncias, o reiterado descumprimento da exigência de declaração anual ao Banco Central, na forma das respectivas Circulares (*infra*, 3.5.4), não aponta para uma pluralidade de delitos. Dito de outra forma: se o agente deixou de declarar, sucessivamente, nos anos de 2003, 2004 e 2005 depósitos mantidos no exterior, terá praticado crime único, podendo tal circunstância ser avaliada na aplicação da pena-base.

3.3.3 Objeto material

O objeto material da conduta delituosa são os *depósitos* mantidos pelo agente no exterior, em moeda ou divisas, a que título sejam: como investimento direto, empréstimos, financiamentos etc. Compreendem-se nessa conceituação, portanto, as disponibilidades financeiras (divisas ou moeda local depositada em conta bancária) ou títulos que lhe sejam correspondentes por uma relação de liquidez imediata (*v.g.*, aplicações em poupança, fundos de investimentos, títulos do tesouro de um determinado país, ações em bolsa de valores, certificados de depósito bancários etc).

3.3.4 Repartição federal destinatária da declaração

A doutrina brasileira é praticamente unânime em afirmar que a declaração a que faz menção o tipo é a devida perante a Receita Federal³⁴. Nesse caso, havendo omissão de informação ao Fisco acerca dos valores mantidos em depósito no exterior, o fato seria típico. No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial³⁵.

Segundo nos parece, o problema há de ser enfocado de forma mais aprofundada, e sob uma dúplici perspectiva: a) primeiramente, em face da objetividade jurídica tutelada; b) em um segundo momento, devemos identificar as imposições de índole normativo-administrativas que, projetando-se sobre o titular de depósitos no exterior, complementam a figura típica.³⁶

Desde já, cabe seja esclarecido: o delito sob apreço não ostenta, pelo menos imediatamente, nenhuma conotação fiscal. Perspectivando o problema à luz do bem jurídico tutelado, basta lembrar que o crime de evasão de divisas, nas três modalidades descritas no art. 22 da Lei 7.492/86, reforça a tutela jurídica da saída irregular de moeda nacional ou estrangeira de nosso País ou da

manutenção de ativos, por brasileiros, no exterior (proteção à política cambial, a partir de uma exigência de regularidade na operacionalização do mercado de câmbio, em face de seus iniludíveis efeitos sobre a política econômica do país). A seu turno, os crimes contra a ordem tributária cogitáveis (arts. 1º, I e II, e 2º, I, da Lei n. 8.137/90) desempenham proteção jurídico-penal em relação à regularidade na arrecadação fiscal do Estado e/ou à veracidade das informações que cabem lhe sejam prestadas. Essa, por si só, uma razão bastante para afirmarmos que uma declaração prestada perante o Fisco não poderia, hoje em dia, suprir a exigência legalmente estabelecida em relação a um crime contra o Sistema Financeiro Nacional, seja porque a administração não é una (como não o é a ilicitude administrativa) – haja vista a recém demonstrada diversidade de objetividades jurídicas –, seja porque o Banco Central e a Receita Federal, pelo menos em princípio, não compartilham das mesmas informações.

Por outro lado, sabe-se que as políticas fiscal e cambial, embora distanciáveis ante os objetivos específicos a que estão predispostas, repercutem *relativamente* uma sobre a outra, na medida em que são, ambas, instrumentos da política econômica global. Atente-se, a tanto, que os objetivos da política econômica geral do governo identificam-se com os objetivos fundamentais das políticas monetária (controle da oferta da moeda), fiscal (política de receitas e despesas) e cambial (controle das operações cambiais e administração da taxa de câmbio), consistindo, em essência, na promoção do desenvolvimento econômico, na estabilidade do preço, no controle da inflação e no equilíbrio do volume financeiro das transações com o exterior³⁷.

De tal sorte, mesmo que se considere ser a Receita Federal como a “repartição federal competente”, destinatária da declaração solicitada pelo tipo – ponto esse que enfrentamos no item seguinte –, sob nenhuma hipótese se poderia afirmar que uma tal obrigatoriedade tenha sido edificada à proteção da ordem tributária. Um tal entendimento, se não esvazia o conteúdo (especial) da Lei n. 8.137/90, franqueia, em face dessa mesma lei, um objetável *bis in idem*.

Noutro giro, ao enfocarmos o problema a partir do *dever (legal) de declaração dos depósitos no exterior*, cabe reconhecer que há muito que a legislação brasileira prevê declarações distintas (financeira, endereçada ao Banco Central, e fiscal, à Receita Federal) para a manutenção de depósitos no exterior. Já em 1969 havia exigência legal de declaração ao BACEN acerca desses valores, consoante estabelecia o art. 1º do Decreto-lei n. 1.060.

Todavia, o procedimento *específico* regulamentando a necessidade de declaração de depósitos no exterior ainda tardaria muito a vir. Apenas se substanciaria, conforme a seguir demonstramos, em 2001, por meio da Circular/BACEN n. 3.071. Até então, os dados respeitantes aos depósitos de brasileiros no exterior apenas eram atingíveis mediante consulta (em todo o caso, indireta) às declarações de renda dos contribuintes, que a tanto estavam obrigados a partir de um dever genérico (fiscal) de informação patrimonial.

Nada obstante, a ausência de previsão legal específica (é dizer, perante o Banco Central) acerca do procedimento dessa declaração, quando da entrada em vigor da Lei n. 7.492/86, não despertou maiores preocupações na comunidade jurídica. Primeiramente, porque o Brasil manteve sua economia fechada até o início da década de 90, caso em que problemas relacionados à evasão de divisas eram menos freqüentes. De outro lado, o atraso tecnológico brasileiro que perdurou até o final do século XX, associado à tardia inserção de nossa economia no mundo globalizado, também podem ser lembrados como importantes fatores que colaboraram à ausência de interesse em potencializar a tutela jurídica sobre o controle das divisas nacionais.

O processo de abertura da economia brasileira verificado nos anos 90, contudo, fez recair sobre o Banco Central uma atribuição relevante: a necessidade de tal órgão controlar a moeda estrangeira que entrava em nosso País, assim como a moeda nacional ou estrangeira que rumava ao exterior, a fim de que as variações do câmbio, para além de previsíveis, se tornassem controláveis. Essa necessidade de controle foi incrementada quando o Banco Central viu-se obrigado a criar o 'câmbio-flutuante' como forma de reduzir o ágio verificado entre o câmbio oficial e o paralelo. Assim é que, numa economia aberta, a entrada e a saída de capital deve ser livre, desde que controlada³⁸.

Essa tendência confirmou-se com a publicação, em 30/06/1995, da Lei n. 9.069/95, que, em seu art. 65, estabeleceu, em linhas gerais, que a entrada e saída de moeda nacional e estrangeira, quando o valor fosse superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), deveriam ocorrer exclusivamente através de transferência bancária, sendo válida, a *contrario sensu*, a saída de moeda em espécie, desde que em valor inferior a esse limite.

Apenas em 07/12/2001, com a edição da Circular/BACEN n. 3.071, é que a declaração de depósitos mantidos por brasileiros no estrangeiro viria a ser regulamentada pelo Banco Central. Em coerência ao que disposto no art. 65 da Lei n. 9.069/95, a Circular consignou que os depósitos superiores ao equivalente a R\$ 10.000,00, mantidos no ano de 2001, deveriam ser declarados ao Banco Central no período fixado entre 02/01/2002 e 31/05/2002. A mesma normativa, assim, isentou da declaração referida os brasileiros que, no estrangeiro, mantivessem ativos inferiores ao equivalente a R\$ 10.000,00.

Tal sistemática foi modificada em relação aos depósitos mantidos no estrangeiro no ano de 2002. Por meio da Circular/BACEN n. 3.181, de 06/03/2003, tais depósitos deveriam ser declarados ao Banco Central, entre 10/03/2003 e 31/05/2003 (art. 1º). Entretanto, o limite para a isenção da declaração, antes estabelecido em R\$ 10.000,00, foi elevado para R\$ 300.000,00 (art. 3º).

Nova modificação, relacionada ao limite do valor objeto da declaração, foi produzida em relação aos depósitos mantidos em 2003. A Circular/BACEN n. 3.225, de 12/02/2004, exigiu que fossem informados, entre 10/03/2004 e 31/05/2004, os depósitos superiores ao equivalente a US\$ 100.000,00 (cem mil

dólares), estando isentos da declaração todos aqueles que mantivessem ativos inferiores a tal limite. A mesma sistemática foi mantida em 2005, em relação aos depósitos mantidos no ano de 2004, consoante regulamentado pela Circular/BACEN n. 3.278, de 23/02/2005.

A importância dessas declarações foi explicitada pelo próprio Banco Central do Brasil³⁹: “o levantamento de capitais brasileiros no exterior vem *completar* a contabilidade do total de ativos e de passivos externos do Brasil, permitindo a aferição da Posição Internacional de Investimentos (PII) – importante fonte de informações para a formulação da política econômica nacional. Adicionalmente, os dados obtidos permitem ao País atender à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (*Coordinated Portofolio Investment Survey - CPIS*), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e que envolve mais de 80 países comprometidos com a divulgação do quadro total de ativos, desagregados por diferentes rubricas”.

Resulta facilmente compreensível, pois, que a específica exigência de declaração ao Banco Central nada tem a ver com o controle *fiscal* desses valores. Nesse rumo, o entendimento (doutrinário e jurisprudencial) segundo o qual a declaração a que se refere a parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/86 tem como repartição destinatária a Receita Federal encontra um condicionamento lógico-temporal, revelando-se válido apenas se compreendermos tal exigência como *subsidiária* à declaração que, apenas em 2001, e por meio da Circular/BACEN n. 3.071, tornou-se exigível fosse prestada perante o Banco Central.

A título de síntese, podemos anotar que:

a) o parágrafo único, *in fine*, do art. 22 da Lei n. 7.492/86 não ostenta, sequer indiretamente, proteção jurídico-penal à ordem tributária; ou seja, dele não decorre uma dúplice proteção jurídica a englobar, a um só tempo, as ordens tributária (fiscal) e financeira (cambial); aliás, a conduta do art. 2º, I, da Lei 8.137/90 (ou mesmo do art. 1º e incisos da Lei n. 8.137/90) cobriria, no particular, a proteção jurídico-penal da ordem tributária, *em sendo o caso*;

b) ainda assim, até o advento da Circular/BACEN n. 3.071/2001, mostrase razoável o entendimento segundo o qual, para efeitos de configuração típica do parágrafo único, parte final, do art. 22 da Lei n. 7.492/86, a exigência de que trata o dispositivo é aquela a ser prestada à Receita Federal, isso em face de um dever genérico (fiscal) de informação patrimonial, cujos dados, em sendo o caso, seriam indiretamente apreciados pelo Banco Central;

c) a partir da edição da Circular/BACEN n. 3.071/2001, que instituiu a Declaração de Capitais de Brasileiros no Exterior, não remanesce dúvida sobre ser o Banco Central a “repartição federal competente” destinatária das informações sobre a manutenção de depósitos no exterior a que alude o tipo; precisamente, e tal como anotado pelo Banco Central, esta legislação teve por objetivo “mapear um quadro *mais preciso* dos capitais brasileiros no exterior e

conhecer a composição do passivo externo líquido do País”⁴⁰, dados esses convenientes e necessários à formatação da política cambial do País, sendo essa, precisamente, a finalidade protetiva da norma.

3.3.5 Limites legais da declaração

As recém observadas variações que as Circulares do Banco Central sofreram entre os anos de 2001 e 2005, quanto aos limites fixados para a exigência da declaração, nos demonstra que a política cambial relacionada ao controle de ativos depositados no estrangeiro pode sofrer mudanças frequentes. Prova disso é que, consoante referido pelo próprio Banco Central⁴¹, o aumento do limite de R\$ 10.000,00 para R\$ 300.000,00, verificado em 2003, deveu-se ao fato de a “participação de pequenos investimentos no exterior” ter demonstrado “pouca representatividade frente aos totais apurados”. Já em 2004, adotou-se a recomendação internacional de que os valores fossem convertidos na moeda onde o depósito é mantido.

É correto afirmar, então, que estamos diante de uma política cambial que varia conforme a necessidade de controle desempenhado pelo Banco Central. Ora, uma vez constatado que tais normas administrativas complementam a figura típica, não poderia resultar outra conclusão que não a de que estamos diante de uma norma penal em branco, de natureza excepcional, nos termos do art. 3º do CP. Vale dizer: a adequação típica da conduta de manter depósito no estrangeiro, nos exatos termos do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei n. 7.492/86, pressupõe que o agente não tenha feito a declaração relacionada à Circular que tratava do respectivo período em que tal depósito foi mantido, não se podendo falar em retroatividade de *lex mitior* no caso de superveniência do aumento do limite legal para a declaração.

Conseqüentemente, pode incorrer no delito referido aquele que:

- a) em 2001, manteve depósito superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 sem a devida declaração ao Banco Central no ano subsequente;
- b) em 2002, manteve depósito superior ao equivalente a R\$ 300.000,00, sem a declaração legalmente exigida em 2003;
- c) em 2003 e/ou 2004, manteve depósitos superiores a US\$ 100.000,00, sem a declaração exigida nos termos legais.

Eventual aumento do limite, no ano posterior, não suprime a ilicitude da conduta relativa ao depósito mantido ilegalmente no ano anterior (exemplo: alguém que, em 2001, manteve depósito no valor de US\$ 20.000,00, sem declará-lo ao Banco Central no prazo legalmente estabelecido, não pode ser beneficiado pela retroatividade da Circular n. 3.181/03, que aumentou o limite mínimo de declaração para R\$ 300.000,00).

Em qualquer hipótese, a manutenção de depósitos, em valores abaixo do limite legalmente estabelecido para a declaração, torna a conduta atípica. É

dizer, se a Circular do Banco Central, respectiva ao ano do depósito, não exige a declaração abaixo de um tal ou qual valor, revela-se equivocado cogitar-se que o agente esteja incorrendo em delito contra o Sistema Financeiro sem que se tenha verificado o ilícito cambial⁴².

4 PROBLEMÁTICA

4.1 Evasão de divisas através de câmbio manual: as transferências internacionais de moeda nacional ou estrangeira em espécie

4.1.1 Parâmetros normativos em vigor para as transferências internacionais em espécie

Para a exata compreensão do alcance da ilicitude penal nessa modalidade de conduta, é importante relembrarmos que o alcance material do injusto penal consignado no art. 22 da Lei n. 7.492/86 pressupõe, embora não se esgote nele, o descumprimento das normativas administrativas, editadas normalmente pelo BACEN, em relação às operações de *câmbio manual*. Vale dizer: sempre que o agente efetuar operação de câmbio, objetivando o envio de divisas ao exterior, eventual tipicidade penal da conduta estará pressupondo a ilegalidade cambial da operação. Isso porque, conforme já ressaltado, não é proibida a saída de divisas de nosso País, ou mesmo a poupança de brasileiros no exterior, muito pelo contrário, pois em economias abertas convém que a entrada e a saída do capital seja livre. Aclaramos, contudo: tal não significa, em hipótese alguma, que a persecução penal dependa de um *prévio reconhecimento administrativo*, pelo Banco Central, acerca da ocorrência do ilícito cambial.

De outro lado, não será o mero ilícito cambial que irá, por si só, permitir a adequação típica do fato no art. 22. Assim, por exemplo, o responsável por uma casa de câmbio que esteja vendendo dólares em quantia superior ao equivalente a R\$ 10.000,00, recebendo o contravalor em espécie, estará praticando um ilícito cambial (descumprimento do item 26 do Cap. 1 do Título 1 do RMCCI), mas disso não decorre, por si só, a adequação típica dessa conduta no art. 22 da Lei n. 7.492/86.

Desde 1933, quando da edição do Decreto n. 23.258, já se exigia que a remessa de valores para exterior, em moeda nacional ou estrangeira, somente poderia ocorrer por meio de transferência em bancos habilitados a operar em câmbio (art. 1º).

Quando, em 1992, foram criadas as contas de *instituições financeiras* pela Carta-Circular n. 2.259, devidamente regulamentada pela Circular n. 2.242/92, manteve-se tal exigência. Quando o valor fosse igual ou superior ao equivalente a US\$ 10.000,00, a transferência deveria operar-se através de ordem de pagamento, cheque administrativo, nominativo e não-endossável ou por DOC

(art. 2º da Circular n. 2.242/92); quando inferior a tal limite, poderiam ser feitas por meio de cheques comuns e demais instrumentos utilizados no mercado financeiro, independentemente de registro no SISBACEN (art. 3º da Circular n. 2.242/92). Em ambas as hipóteses, não havia previsão legal para a possibilidade de a moeda nacional ou estrangeira, qualquer que fosse o valor, ser remetida em espécie para o exterior, salvo nos casos de aquisição de *dólar-turismo* ou de expressa autorização do BACEN.

A partir de 30/06/1995, com a publicação da Lei n. 9.069, o valor estabelecido como limite para transferências internacionais em espécie deixou de ser regulado em dólares americanos para constar em reais. Assim, a Lei n. 9.069/95 consignou que as transferências internacionais em valores iguais ou superiores a R\$ 10.000,00 deveriam ocorrer exclusivamente por meio de transferência bancária, ressalvando-se a possibilidade de saída em espécie, de moeda nacional ou estrangeira, quando o valor fosse inferior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (art. 65, §1º, I e II). Adequando-se ao novo parâmetro monetário é que a Circular n. 2.677/96, revogando expressamente a Carta-Circular n. 2.259/92 e a Circular n. 2.242/92, passou a regular o limite em R\$ 10.000,00.

Com a publicação da Circular n. 3.280/05, que instituiu o RMCCI, apesar de resultar revogada expressamente a Circular n. 2.677/96, manteve-se o parâmetro nos mesmos R\$ 10.000,00, até mesmo porque a Lei n. 9.069/95 está vigendo até a presente data. Disso pode-se concluir que:

a) até 29/06/1995, qualquer transferência internacional de moeda nacional ou estrangeira deveria ocorrer exclusivamente por meio de transferência bancária – ressalvados os casos antes referidos. A partir de 21/02/1992, se a operação não ultrapassasse o valor equivalente a US\$ 10.000,00, o depósito poderia ocorrer em espécie e independentemente de qualquer controle a ser exercido pelo BACEN; acima desse valor, a transferência deveria ocorrer, salvo autorização expressa do BACEN, por meio de depósito identificado em conta de *instituições financeiras* ou no caso restrito das contas *provenientes de vendas de câmbio*;

b) a partir de 30/06/1995 e até a presente data, as transferências internacionais de moeda nacional ou estrangeira, em valores inferiores ao equivalente a R\$ 10.000,00, podem ocorrer em espécie e independentemente de qualquer declaração ao BACEN, ressalvada, entretanto, a necessidade de declaração no caso de tais valores gerarem um depósito no exterior superior ao equivalente a US\$ 100.000,00. Caso a transferência seja igual ou superior ao equivalente a R\$ 10.000,00, a operação deve ser feita mediante transferência bancária, via conta de *instituições financeiras* ou *proveniente de venda de câmbio*, até 09/03/2005, ou, se os recursos forem pertencentes a terceiro que não o titular da conta, via contrato de câmbio, a partir de 10/03/2005.

Considerando-se que o art. 22 da Lei n. 7.492/86 é uma *norma penal em branco* de natureza *excepcional*, eventual crime de evasão de divisas pressupõe,

no mínimo, que a operação realizada esteja em desacordo com as normas administrativas em vigor à época da prática da conduta (art. 4º do CP), não retroagindo as normas editadas posteriormente, ainda que mais benéficas (art. 3º do CP), ressalvada a ponderação da lesividade concreta de cada conduta para fins de incidência do tipo penal. Assim, em relação a transferências internacionais em espécie:

a) até 29/06/1995, praticava o crime de evasão de divisas todo aquele que efetuasse a transferência de moeda nacional ou estrangeira em espécie à míngua de transferência bancária, independentemente do valor da operação, ressalvados os casos em que as normas administrativas em vigor permitiam o porte dos valores em espécie (por exemplo, nos casos em que o agente viesse a adquirir dólares pelo *câmbio-turismo* para custear viagem ao exterior);

b) a partir de 30/06/1995, pratica o crime de evasão de divisas todo aquele que venha a transferir moeda nacional ou estrangeira em espécie em valor igual ou superior ao equivalente a R\$ 10.000,00, à míngua de transferência bancária, ressalvados os casos em que normas administrativas permitam tal operação (por exemplo, mediante expressa autorização do BACEN). Não se trata de declaração à Receita Federal, mas sim de trânsito da operação por meio de bancos, sujeitando-a, assim, ao controle do SISBACEN.

A *contrario sensu*, pode-se reconhecer, atualmente, a atipicidade do crime de evasão de divisas em relação ao envio, em espécie, de valores inferiores ao equivalente a R\$ 10.000,00, independentemente de declaração ao BACEN. Por óbvio que a origem fiscal dos valores deve, em qualquer caso, estar presente.

A rigor, não há limite para o número de operações de transferência de moeda nacional ou estrangeira em espécie cujo valor não exceda o limite legal. Assim, por exemplo, não pratica o crime de evasão de divisas aquele que, em duas ou três oportunidades, venha a sair do Brasil, independentemente de declaração ao BACEN, com valores inferiores ao equivalente a R\$ 10.000,00, em cada viagem. Cremos necessária a ressalva, entretanto, para o caso da '*evasão-formiga*', em que alguém que pretenda enviar ao exterior valores superiores ao limite legalmente estabelecido para a exigibilidade de transferência bancária decida fracionar a evasão em diversas remessas de valores inferiores a tal limite, a pretexto de burlar a necessidade do controle da transferência. Neste caso, nada obsta a incidência do *caput* ou da 1ª parte do parágrafo único, ambos do art. 22 da Lei n. 7.492/86, conforme o caso.

Interessante notar, por fim, que a remessa de valores em espécie, em montante superior ao equivalente a R\$ 10.000,00, não exige *declaração* ao BACEN, nem mesmo à Receita Federal (ressalvada a necessidade de origem fiscal do valor). Exige-se, isso sim, seja operacionalizada mediante *transferência internacional em reais* (TIR), sofrendo, dessa forma, o controle pelo SISBACEN.

4.1.2 O simples porte ou aquisição de moeda estrangeira no Brasil, por si só, não constitui crime

As normas cambiais brasileiras em vigor não proíbem, embora restrinjam, a aquisição, no Brasil, de moeda estrangeira em espécie. Consoante ressaltado no capítulo 1 (item 4.1), qualquer brasileiro pode realizar tal operação, desde que o faça perante estabelecimento credenciado a operar em câmbio e, no caso de a aquisição ser superior ao equivalente a R\$ 10.000,00, condicionado ao pagamento do contravalor por instrumentos bancários que permitam a identificação da titularidade da transferência (cf. RMCCI, Título 1, Cap. 1, itens 26 e 28, com a redação da Circular n. 3.291/05, e art. 16 da Resolução/BACEN n. 3.265/05).

Com base nisso, impõe-se apreciar eventual ilicitude penal de condutas que, desrespeitando tais normas cambiais relacionadas à aquisição de moeda estrangeira, não objetivem o envio do numerário ao exterior. Em outras palavras: a mera aquisição de dólares no Brasil pode caracterizar o delito de evasão de divisas? O porte de moeda estrangeira em espécie, por si só, caracteriza crime?

Para enfrentarmos tais questões, temos de partir da premissa já ressaltada no sentido de que nem toda operação ilícita de câmbio caracteriza, por si só, o delito de evasão de divisas. Assim, por exemplo, a venda de US\$ 50.000,00 em espécie, por estabelecimento credenciado a operar em câmbio, com o pagamento do contravalor também em espécie, caracteriza um ilícito cambial, mas não também um ilícito penal. Se a mesma venda fosse efetivada por pessoa física ou jurídica não autorizada para tanto, a conduta ensejaria a incidência do art. 16 da Lei n. 7.492/86, mas não também, por si só, o delito do art. 22 da mesma lei.

O mero porte de moeda estrangeira em espécie não caracteriza crime, ressalvados, obviamente, os casos de tal valor constituir delito fiscal ou outra infração penal relacionada à sua origem ilícita (lavagem de dinheiro, por exemplo).

Em termos semelhantes, é correto afirmar que a aquisição de moeda estrangeira, ainda que em desacordo com as normas cambiais, não possui o condão de atrair a tipicidade penal da conduta, se ausente o intuito de enviá-la ao exterior. Com efeito, o *caput* do art. 22 da Lei n. 7.492/86 exige que a operação de câmbio esteja orientada à evasão, que não necessita, contudo, efetivamente ocorrer para a consumação do delito. No entanto, apesar de o crime prescindir do efetivo envio do numerário para exterior, disso não resulta que qualquer operação de câmbio, mesmo que irregular, possa atrair a incidência desse tipo penal, pois o agente que adquire moeda estrangeira objetivando, simplesmente, poupá-la no Brasil, não atua com o elemento subjetivo legalmente exigido (*com o fim de promover evasão de divisas do País*).

Dúvidas poderiam surgir em relação à hipótese de o vendedor da moeda estrangeira enviar ao exterior o contravalor recebido. Exemplo: “A”, doleiro não-credenciado a operar em câmbio, vende US\$ 50.000,00 em espécie a “B”, recebendo em pagamento, na conta de seu ‘laranja’, R\$ 120.000,00 via Transferência Eletrônica Disponível (TED). No mesmo dia, em razão de contatos

com outros clientes seus que pretendiam ilegalmente obter disponibilidades no exterior, “A” transfere, da conta de seu ‘laranja’, R\$ 300.000,00 para a conta indicada por um doleiro estrangeiro mantida no Brasil, possibilitando, com isso, a realização de um *dólar-cabo*. Pergunta-se: embora “B” tenha adquirido os US\$ 50.000,00 em espécie com o exclusivo intuito de mantê-los no Brasil, poderia, apesar disso, responder juntamente com “A” pela evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, 1ª parte)?

Veja-se que a conduta isolada de “B”, consoante já ressaltado, é atípica, pois a mera aquisição de dólares no Brasil, ainda que possa caracterizar um ilícito cambial, não constitui evasão de divisas. O problema diz respeito à eventual possibilidade de responsabilização de “B” como partícipe da evasão praticada por “A”, na medida em que o seu depósito acabou propiciando o *dólar-cabo*. Ainda que se possa reconhecer contrária ao direito a aquisição da moeda estrangeira por “B”, nos termos antes referidos (*criação de um risco não permitido*, portanto), o resultado penalmente tutelado pelo âmbito de alcance do art. 22 da Lei n. 7.492/86 acaba sendo produzido só com a posterior transferência do numerário pelo doleiro via *dólar-cabo*. Veja-se que a criação do risco não permitido por “B” está fora do alcance do tipo penal, na medida em que tal norma exige, além da operação de câmbio, o fim especial de enviar os valores para o exterior. Assim, eventual imputação do crime de evasão a “B” irá acarretar um *regresso ao infinito* de condições aptas para o produção do resultado⁴³. Poderíamos afirmar, em síntese, que a participação de “B” não possui *relevância jurídico-causal* relacionada à conduta típica praticada por “A”.

Diversa é a situação, entretando, daqueles que depositam valores em moeda nacional na conta do doleiro a fim de que este, via *dólar-cabo* ou transferência por meio de *conta CC5*, disponibilize-os, já em moeda estrangeira, em conta no exterior. Note-se que, neste caso, a criação do risco não permitido materializa-se no âmbito de incidência do tipo, na medida em que o resultado penalmente tutelável está diretamente relacionado ao risco produzido pelo agente.

4.2 Evasão de divisas através de câmbio sacado: as transferências internacionais de moeda nacional por contas de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior (“Contas CC5”)

4.2.1 “Evasão de divisas” não se confunde com “saídas de recursos do País” ou com “disponibilidades no exterior”

A Circular n. 2.242/92 criou uma nova modalidade de conta corrente de não-residente no Brasil. Ao lado das contas *proveniente de vendas de câmbio e de outras origens*, já instituídas pela Carta-Circular n. 5/69, passamos a ter a conta de *instituições financeiras*. Desde 1992, portanto, a transferência internacional em reais passou a ser possível por meio de três modalidades de contas correntes de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede

no exterior, todas elas controladas pelo SISBACEN. Cada uma dessas contas possui objetivos bem delimitados:

a) nas contas *provenientes de vendas de câmbio* somente podem ser depositados valores em moeda nacional provenientes de venda de moeda estrangeira comprada pelo banco credenciado a operar com câmbio quando da entrada do estrangeiro no País, sendo que só tais valores é que podem ser recambiados, posteriormente, para o fim de serem remetidos ao exterior;

b) nas contas *de outras origens* são depositados valores em moeda nacional não provenientes de venda de câmbio anterior e que não podem ser convertidos em moeda estrangeira para remessa ao exterior;

c) nas contas *de instituições financeiras* são depositados valores em moeda nacional, provenientes ou não de anterior operação de câmbio, que podem ser convertidos em moeda estrangeira, por bancos credenciados a operar com câmbio, para posterior remessa ao exterior.

Também ressaltamos que essa sistemática foi mantida pela Circular n. 2.677/96 e também pela Circular n. 3.280/05 (que instituiu o RMCCI), estando atualmente em vigor. A única alteração promovida por este diploma legal decorreu da proibição de depósito por conta e ordem de terceiros nas contas *de instituições financeiras*.

Desde a Circular n. 2.242/92, o BACEN considera, para fins de registro no COSIF, que todo crédito em qualquer uma dessa três modalidades de contas correntes é tecnicamente considerado *como saídas de recursos do País*, assim como todo débito nessas cotas, *ingressos de recursos no País*. Tal terminologia foi mantida pela Circular n. 2.677/96 (art. 7^o) e também pelo atual RMCCI (Título 1, Cap. 13, Seção 2, item 1). Trata-se de terminologia técnica utilizada pelo BACEN para fins de registro no Brasil no Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF –, não tendo qualquer relação com a efetiva entrada ou saída de divisas em nosso País. Assim, por exemplo, valores creditados ou debitados na conta *de outras origens* são considerados tecnicamente pelo BACEN como *saída de recursos do País* ou *ingresso de recursos no País*, respectivamente, apesar de tais quantias estarem contabilmente depositadas num banco brasileiro.

Outra expressão técnica utilizada normalmente pelas normativas do BACEN diz respeito ao conceito de *disponibilidades no exterior*. Já na vigência da Circular n. 2.677/96, tal expressão era designada para compreender as operações de câmbio por meio de contas de não-residentes no Brasil cujo remetente era a mesma pessoa que iria deter a titularidade dos valores no exterior. Essa definição foi mantida no atual RMCCI, que expressamente consignou: *para os fins das disposições deste capítulo, “disponibilidade no exterior” é a manutenção por pessoa física ou jurídica, residente, domiciliada ou com sede no País, de recursos em conta mantida em seu próprio nome em instituição financeira no exterior*. Assim, somente os valores depositados nas cotas *de instituições financeiras e provenientes de vendas*

de câmbio (na hipótese restrita dessa modalidade de conta) é que podem constituir *disponibilidades no exterior*, na medida em que somente essas contas é que comportam operação de câmbio da moeda nacional para envio ao estrangeiro.

Tais terminologias técnicas não possuem uma relação de vinculação direta com a elementar *evasão de divisas* descrita no art. 22 da Lei n. 7.492/86. Com efeito, a norma penal, ao referir-se à *evasão*, emprega-a no sentido da divisa que sai efetivamente do nosso País (na modalidade da 1ª parte do parágrafo único do art. 22) ou, pelo menos, da pretensão do agente de efetivamente enviá-la ao exterior (na modalidade do *caput* do art. 22).

A diferença entre *saída de recursos do País* e *evasão de divisas* não possui grande relevância em relação às contas de *instituições financeiras*, visto que em tais contas, por comportarem operação de câmbio (até 09/03/2005, em nome da própria instituição estrangeira ou por conta e ordem de terceiros; após 10/03/2005, somente em nome da instituição financeira estrangeira) para remessa ao exterior, permitem eventual depósito objetivando o envio irregular de tais valores ao estrangeiro. Tal operação poderá tipificar a conduta do *caput* do art. 22, não porque a divisa já teria efetivamente saído do nosso País, mas sim porque tal modalidade típica não exige que os valores venham a ser, de fato, remetidos ao exterior. Em outras palavras: tendo em vista que o crime definido no *caput* do art. 22 da Lei n. 7.492/86 é *formal*, eventual depósito ilegal efetuado na conta de *instituições financeiras* caracterizará *saída de recursos do País* e, se efetuado com o objetivo de remessa ao exterior, provocará a incidência do delito referido, apesar de o dinheiro ainda estar dentro das fronteiras nacionais.

A diferença referida assume grande relevância em relação às contas de *outras origens*, na medida em que tais contas não permitem operação de câmbio, em relação aos valores nela depositados, para fins de envio ao exterior, apesar de poderem ser considerados como *saída de recursos do País*. Esse é outro equívoco em que vêm incorrendo muitas decisões de nossos tribunais, principalmente porque interpretam a expressão *saída de recursos do País* em sua literalidade, e não em seu sentido técnico.

4.2.2 Transferências internacionais em Reais nas contas “de instituições financeiras” por conta e ordem de terceiro: a sistemática anterior e posterior ao RMCCI

Durante a vigência das Circulares n. 2.242/92 e 2.677/96 (ou seja, entre 07/10/1992 e 09/03/2005), as contas de *instituições financeiras* comportavam depósitos em moeda nacional, não provenientes de anterior operação de câmbio, que, por conta e ordem de terceiro que não o titular da conta, poderiam ser convertidos em moeda estrangeira para envio ao exterior. Significa dizer que, nesse período, não poderíamos falar em crime de *evasão de divisas* sempre que o legítimo proprietário dos valores enviados ao exterior, após operação de câmbio, fosse devidamente identificado segundo as normas administrativas que regulavam tal operação⁴⁴.

A partir de 10/03/2005, com a publicação da Circular n. 3.280, que instituiu o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), as contas *de instituições financeiras* estrangeiras, mantidas em bancos brasileiros autorizados a operar com câmbio, só podem receber depósitos em moeda nacional para remessa ao exterior após operação de câmbio na condição de que o crédito tenha como titular a própria instituição financeira estrangeira, e não mais terceiro. Na sistemática em vigor, caso um brasileiro pretenda legitimamente enviar recursos para o exterior, deverá realizar contrato de câmbio com banco autorizado a realizar tal operação.

A consequência dessa alteração é que a remessa ilegal de divisas ao exterior, após a vigência do RMCCI, só pode ocorrer por meio de conta corrente de pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior, no caso de a instituição financeira estrangeira valer-se de fraude para dissimular a titularidade dos recursos que, após operação de câmbio, serão enviados ao exterior. Seria o caso, por exemplo, de um banco estrangeiro falsificar ideológica ou materialmente documentos objetivando fazer crer que valores depositados em sua conta corrente (*de instituições financeiras*), mantida em banco brasileiro autorizado a operar em câmbio, eram de sua titularidade, quando, na verdade, pertenciam a terceiro.

Quanto à possibilidade de evasão de divisas por meio de contas *provenientes de vendas de câmbio*, desde a vigência do art. 22 da Lei n. 7.492/86 a sistemática continua idêntica: esse tipo de conta só comporta operação de câmbio capaz de gerar remessa de moeda nacional ao exterior na condição de que tal numerário seja originário de operação de câmbio anteriormente feita pelo banco, que converteu a moeda estrangeira em nacional. Nesse caso, haverá crime de evasão de divisas através dessa modalidade de conta na hipótese de o agente fraudar a fiscalização cambial objetivando realizar operação de câmbio, para remessa do resultado ao exterior, em relação a valores que não tinham como origem a referida anterior operação de câmbio, pertencentes ao próprio titular da conta ou a terceiro. O controle exercido pelo SISBACEN quanto aos valores que circulam nessa conta, entretanto, dificultam sobremaneira a prática da evasão por meio de conta *proveniente de venda de câmbio*.

4.3 Dólar-cabo: sua configuração típica

As diversas irregularidades detectadas nas operações envolvendo as chamadas “Contas CC5” provocaram uma espécie de *darwinismo* delituoso, precisamente naquilo que diz respeito à forma de remessa de valores ao exterior. A necessidade de subtrair tais operações do controle estatal apontava para a adoção de um novo *modus operandi*, o qual mereceria a designação *dólar-cabo*.

A “grande vantagem” desse sistema é o fato de que a operação não recebe qualquer registro no Banco Central (SISBACEN). Para isso, todavia, há um risco correlato: torna-se condição essencial ao sucesso da operação o estabelecimento

de uma relação de confiança entre as partes envolvidas: o doleiro, que oferece o serviço, e o seu cliente, o qual pode encontrar-se em posição de aquisição ou de venda de moeda estrangeira. No primeiro caso, desejando vê-la depositada no exterior, em sua conta ou de quem ele indicar. No segundo caso, pretendendo o movimento inverso, qual seja, o reingresso dos valores em território nacional, para que deles possa desfrutar.

Daí dizer-se que a operação pode ocorrer em uma via de mão dupla:

a) o doleiro recebe no Brasil depósito em reais de determinado cliente, determinando o débito de sua conta no exterior de valor correspondente para crédito em dólares em favor de tal cliente ou de pessoa por ele indicada;

b) ou o doleiro recebe em sua conta no exterior depósito em dólares (direta ou indiretamente) por ordem de determinado cliente, depositando no Brasil o correspondente crédito em reais.

O funcionamento desse sistema, como se percebe, depende da manutenção de conta e de disponibilidade externa por parte dos “doleiros”. Como anotaram os procuradores da República que compuseram a “Força-Tarefa CC5” do Ministério Público Federal, os “esquemas CC5” possibilitaram a formação de uma espécie de ‘colchão de liquidez’ no exterior que sustentou e fomentou o desenvolvimento dessa prática, sem prejuízo da utilização de outras fontes no exterior de dólares, como o subfaturamento de exportações brasileiras e o uso do próprio sistema “dólar-cabo” por brasileiros residentes no exterior (com uso, muitas vezes, das casas de remessas ou *remittances*). Esse ambiente propício surgido favoreceu que se engendrasse uma rede de transações e compensações entre os próprios doleiros, baseada na confiança, a fim de possibilitar trocas de posições financeiras no exterior para atendimento das demandas de clientela espalhada por todo o país”. Essa espécie de rede bancária paralela de câmbio – observou o Ministério Público Federal – não tem fronteiras territoriais; aproximados pelos modernos meios de comunicação e de acesso às redes bancárias nacionais e estrangeiras, os doleiros de todas as partes do país relacionam-se entre si⁴⁵.

Em tese, essa operação, se isoladamente considerada, encontra resguardo típico no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/86. Nada obstante, se diagnosticada a conduta em fase anterior, pode-se cogitar do *caput* do art. 22 ou mesmo do art. 21 da lei. Ulteriormente à concretização da operação, poder-se-á considerar acerca do art. 22, parágrafo único, *in fine*. Não raramente, outrossim, essa prática realiza-se como etapa do processo de “lavagem” de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/98).

4.4 Exportação sem cobertura cambial: sua configuração típica

A realização de exportação clandestina de mercadorias, isto é, sem o correlato fechamento de contrato de câmbio, é conduta que, demais de uma irregularidade cambial, pode encontrar tipicidade penal no âmbito do art. 22 da

Lei 7.492/86. Inegável a legitimidade da penalização. O objeto jurídico protegido possui, em gênero, relevância constitucional; especificamente, relaciona-se com fundamental aspecto da economia do país: as divisas estrangeiras são necessárias para o pagamento das dívidas contraídas no exterior, bem como para o equilíbrio das reservas cambiais.⁴⁶

Debate-se contundentemente, entretanto, sobre o real enquadramento típico da conduta sob apreço. As posições divergentes têm um único denominador comum: todas crêem que a solução há de provir dos limites do art. 22 da Lei 7.492/86.

Desde logo, há de ser dispensada a normatividade do *caput*. Deveras, a saída de mercadorias do país, destinadas à exportação, seguidas do não-ingresso das divisas esperadas, pela ausência do necessário fechamento do contrato de câmbio, não configura o tipo descrito na cabeça do art. 22 da Lei 7.492/86, uma vez que inexistente, em situação tal, a *operação de câmbio* expressamente prevista pelo tipo penal. Disso decorre que a solução há de ser retirada do *parágrafo único* do art. 22, dispositivo penal que absorve, como vimos, duas modalidades típicas.

São dois os problemas a solucionar.

O primeiro diz com a constatação sobre se o *não-ingresso* de moeda ou divisa é conduta que possa ser equiparada à sua *saída*, hipótese que, acaso afirmada, solucionaria a questão em favor da primeira parte do dispositivo legal estudado. É dizer: ao não repatriar a contraprestação financeira da mercadoria exportada o sujeito ativo (exportador) teria deixado de fazer ingressar a correspondente moeda ou divisa, incidindo, pois, nos limites do tipo. Resta-nos negar a hipótese, porquanto não permitida tamanha extensão da tipicidade em face do princípio da taxatividade da lei penal, corolário lógico do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição), precisamente no ponto em que assevera inexistir crime “sem lei anterior que o *defina*”. Parece claro que sob os postulados dogmáticos que sobrepairam o Direito Penal incriminador não se é de considerar como legalmente *definida* uma conduta que apenas por equiparação pode ser tipicamente alcançada. Atente-se: e por uma equiparação que não é legal, a exemplo do que legitimamente ocorre no ambiente da própria Lei 7.492/86 (art. 1º, parágrafo único e art. 25, §1º), mas por uma equiparação que em nada se diferencia da analogia. Parece-nos inexistir qualquer dúvida quanto à lesividade (à política cambial) da conduta sob exame, a qual, sob esse aspecto, em nada se diferencia daquela consubstanciada em uma evasão (saída) de moeda ou divisas propriamente dita. Nada obstante, o problema reconduz-se aos limites da tipicidade formal: o tipo, para além da perda de moeda ou divisas, requer que esta conduta se tenha dado por um movimento emigratório, ou seja, pela *saída* do território nacional ao exterior. Indubitavelmente, trata-se de uma proteção legal de única mão e, portanto, imperfeita. Ainda que inegável a lesividade decorrente de sua conduta, esta não se subsume formalmente à hipótese normativa.

O segundo problema refere-se à possibilidade de atribuir-se à elementar *divisa* um sentido que nela se faça compreender a *mercadoria destinada à exportação*. Se respondida afirmativamente, a questão estaria solucionada ainda nos limites da primeira parte do parágrafo único, porquanto ao promover a saída de mercadorias o exportador não estaria senão promovendo a saída de divisas, complementando-se, pois, a exigida relação subsuntiva. Trata-se, aqui, de buscar o significado técnico de um elemento normativo do tipo; esse, o núcleo da questão. Como vimos, entretanto, uma tal equiparação não é de ser feita.

Afigura-se-nos, nesse contexto, que eventual disputa normativa acerca da situação do fato sob exame deve resolver-se em favor da *parte final* do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86. Tal hipótese típica agasalha, sem qualquer dúvida, a conduta de quem, recebendo os valores oriundos das exportações no exterior, lá os mantém sem declará-los à repartição federal competente.

REFERÊNCIAS

ANDREZO, Andrea Fernandes; SIQUEIRA LIMA, Iran. *Mercado financeiro: aspectos históricos e conceituais*. São Paulo: Pioneira/FIPECAFI/USP, 1999

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Regime cambial brasileiro: evolução recente e perspectivas*. Nov. 1993.

CHIESA, Dirceu Antônio. *Minivocabulário econômico-financeiro*. Porto Alegre: Sulina, 1981.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio, ouro e dívida externa: de Figueiredo a FHC*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLAGI FILHO, Armando; ISHIKAWA, Sérgio. *Mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Atlas, 2000.

NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro, JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. *La prohibición de regreso em derecho penal*. Tradução Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RATTI, Bruno. *Comércio internacional e câmbio*. 10. ed. São Paulo: Adua-neiras, 1991.

SÁ, Antonio Lopes de; SÁ, Ana Maria Lopes de. *Dicionário de contabilidade*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Manutenção de depósitos no exterior e necessidade de sua declaração: considerações acerca do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da lei n. 7.492/86. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 13, n. 159, p. 15-17, fev. 2006.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio, ouro e dívida externa*: de Figueiredo a FHC. São Paulo: Saraiva, 2002.

²Para detalhes, cf. ANDREZO, Andrea Fernandes; SIQUEIRA LIMA, Iran. *Mercado financeiro: aspectos históricos e conceituais*. São Paulo: Pioneira/FIPECAFI/USP, 1999, p. 91.

³GAROFALO FILHO, op. cit., p. 49-50.

⁴ANDREZO, Andrea Fernandes; SIQUEIRA LIMA, Iran, op. cit., p. 149.

⁵GAROFALO FILHO, op. cit., p. 172-186.

⁶GAROFALO FILHO, op. cit., p. 422.

⁷ANDREZO, Andrea Fernandes; SIQUEIRA LIMA, Iran, op. cit., p. 159.

⁸Cf. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Regime cambial brasileiro: evolução recente e perspectivas*. Nov. 1993, p. 6.

⁹MAIA, Rodolfo Tigre. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 132.

¹⁰PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 157.

¹¹PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 329.

¹²TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 135.

¹³FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 47-62.

¹⁴Tal obrigação já existia antes mesmo de 1995, quando a Circular/BACEN n. 2.259/92 estabelecia ser obrigatória e imprescindível, em qualquer caso, a identificação dos depositantes de valores nesta conta e dos beneficiários dos saques sobre ela efetuados.

¹⁵RMCCI, Título I, Cap. 6, item 2.

¹⁶RMCCI, Título I, Cap. 13, Seção 1, item 13: *Cumpra aos bancos depositários adotar, com relação aos documentos que respaldam as transferências internacionais em reais, todos os procedimentos prudenciais necessários a evitar a sua reutilização e conseqüente duplicidade de efeitos, tanto para novas transferências em moeda nacional como para acesso ao mercado de câmbio, bem como exigir a apresentação dos comprovantes de quitação dos tributos incidentes sobre a operação*.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 9281/PR. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. Brasília, 13.set.2000. DJU I, 30.out.2000, p. 167.

¹⁸ CF/88 – Art. 21. Compete à União: (...) VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada.

¹⁹ TÓRTIMA, op. cit., p. 141. No mesmo sentido: LIMA, Sebastião de Oliveira; TOSTA DE LIMA, Carlos Augusto. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, op. cit., p. 119. Em sentido contrário, para quem a figura do *caput* caracteriza crime material: PIMENTEL, op. cit., p. 156. Luiz Regis Prado considera o delito, ainda, como de *mera conduta* (op. cit., p. 330), podendo ser aceita tal conclusão só no caso de não vislumbrarmos diferença entre tal modalidade de delito e os *formais*. Para a doutrina penal que sustenta haver distinção entre *crimes formais* e *crimes de mera conduta*, o *caput* do art. 22, ante a existência do elemento subjetivo especial do tipo, não pode ser classificado desta forma.

²⁰ TÓRTIMA, op. cit., p. 141.

²¹ MAIA, op. cit., p. 133.

²² TÓRTIMA, op. cit., p. 136.

²³ Manual da Universidade Corporativa do Banco do Brasil – Práticas Cambiais, Banco do Brasil, 2002, p. 11.

²⁴ Assim, tem-se como *divisas*: as “disponibilidades internacionais que um país possui em função de exportação de mercadorias, empréstimos de capitais ou serviços (venda de tecnologia, direitos de patente, etc.) e representadas por títulos de crédito consubstanciados em moeda estrangeira, tais como ordens de pagamento, letras de câmbio, cupões, cheques. etc. pagáveis no exterior” (CHIESA, Dirceu Antônio: *Minivocabulário econômico-financeiro*. Porto Alegre: Sulina, 1981, p. 63). “Na nomenclatura das operações de câmbio, é usado para exprimir a própria cambial, ou seja, o saque de câmbio que pode ser emitido contra qualquer praça estrangeira, para constituir reservas ou disponibilidades, que possam autorizar pagamentos de aquisições ali realizadas. Dessa forma, *divisa*, além de ser indicativo da própria cambial, assinala a existência dessa mesma reserva ou disponibilidade a favor de um país em mercado estrangeiro” (SILVA, De Plácido e: *Vocabulário jurídico*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 285). “Valores a receber em moedas estrangeiras e que a empresa possui em disponibilidade” (SÁ, Antonio Lopes de; SÁ, Ana Maria Lopes de, *Dicionário de contabilidade*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 175). “Créditos no exterior, em moeda estrangeira. Compreendem: depósitos, letras de câmbio, ordens de pagamentos, cheques, valores mobiliários etc” (RATTI, Bruno: *Comércio internacional e câmbio*. 10. ed., São Paulo: Aduaneiras, p. 116).

²⁵ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 8133/RS. 6ª Turma. Relator Ministro Vicente Leal. Brasília, 19.set.2000. DJU I, 12.fev.2001, p. 145. RSTJ, 145/573.

²⁶ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios no Habeas Corpus n. 10329/PR. 5ª Turma. Relator Ministro Edson Vidigal. Brasília, 21.out.1999. DJU I, 22.nov.1999, p. 171. LEXSTJ, 127/339.

²⁷ PRADO, op. cit., p. 331.

²⁸ No mesmo sentido: LIMA, Sebastião de Oliveira; TOSTA DE LIMA, Carlos Augusto, op. cit., p. 118. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 189144. 2ª Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 17.fev.2005. DJU I, 21.set.2005, p. 302.

²⁹ Discussão interessante quanto ao específico verbo nuclear (promover) realizou-se a partir da causa de exclusão da punibilidade dos crimes fiscais prevista no art. 34 da Lei 9.249/95. Setores majoritários da jurisprudência nacional houveram por atribuir sentido às expressões *promover o pagamento* como se estivessem a indicar não o pagamento propriamente dito, mas a prática de ato *tendente* a efetuar o pagamento, contexto semântico que abrangeria, por exemplo, o parcelamento do crédito tributário como hipótese a ensejar a extinção da punibilidade do agente. Esse debate, se incorporado aos limites do tipo sob comentário (*promover a saída de moeda ou divisa...*), ensejaria efeitos práticos em nada desprezíveis, porquanto em tal acepção o delito estaria consumado com a simples prática de um ato voltado à efetivação da saída de moeda do território nacional. Cremos, entretanto, que a expressão indica o próprio ato de *evadir* a moeda ou divisa, ou seja, de realizar, efetuar a saída irregular do objeto da ação delituosa, não havendo fracionar-se a ação para abranger hipóteses de atos executórios que em realidade caracterizariam a modalidade tentada.

³⁰ (...) I - Configura em tese o tipo penal do artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86 (evasão de moeda), a conduta de saída do país portando moeda, nacional ou estrangeira, em valor superior ao limite estabelecido na norma legal e sem declaração à autoridade competente da Secretaria da Receita Federal (Lei n. 9.069/95, artigo 65 - que estabelece o limite de entrada e saída livre do país, em valor equivalente a R\$10.000,00, dez

mil reais, obrigando a declaração de porte de valores superiores a tal limite; exigência regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional e tornada pública pela Resolução BACEN n. 2.524, de 30.07.1998). (...) (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas Corpus* n. 200103000270236/SP. 2ª Turma. Relator Juiz Souza Ribeiro. São Paulo, 21.mai.2002. DJU I, 11.set.2002, p. 385).

³¹ MELLAGI FILHO, Armando; ISHIKAWA, Sérgio. *Mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 31.

³² RATTI, op. cit., p. 26.

³³ Banco Central do Brasil – Departamento de Capitais Estrangeiros e Cambio – DECEC – Perguntas Mais Frequentes (www.bcb.gov.br).

³⁴ Nesse sentido: MAIA, op. cit., p. 139; TÓRTIMA, op. cit., p. 140; OLIVEIRA LIMA, Sebastião; TOSTA DE LIMA, Carlos Augusto, op. cit., p. 116.

³⁵ Vide TRF da 1ª Região, ACr 200336000154271, 3ª Turma, rel. Des. Tourinho Neto, j. em 12/04/2005, DJU de 29/04/2005, p. 16; TRF da 1ª Região, ACr 200336000126046, 4ª Turma, rel. Des. Carlos Olavo, j. em 08/03/2005, DJU de 04/04/2005, p. 16; TRF da 4ª Região, HC 20050401017805, 8ª Turma, rel. Des. Luiz Fernando Pentead, j. em 08/06/2005, DJU de 15/06/2005.

³⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Manutenção de depósitos no exterior e necessidade de sua declaração: considerações acerca do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da lei n. 7.492/86. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 13, n. 159, p. 15-17, fev. 2006.

³⁷ Nesse tom: FORTUNA, Eduardo, op. cit., p. 47-62.

³⁸ Dispõe o art. 17 do Decreto 42.820/57, ainda considerado vigente pelo BACEN: “É livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro, bem como de ações e de quaisquer outros títulos representativos de valores”.

³⁹ Banco Central do Brasil – Relatório de Capitais Brasileiros no Exterior (2001-2005) (www.bcb.gov.br)

⁴⁰ Banco Central do Brasil – Departamento de Capitais Estrangeiros e Cambio – DECEC – Perguntas Mais Frequentes (www.bcb.gov.br).

⁴¹ Banco Central do Brasil – Relatório de Capitais Brasileiros no Exterior (2001-2005) (www.bcb.gov.br).

⁴² Obviamente, tal conclusão não se aplica ao caso de o agente manter depósito abaixo do limite legal, mas cuja evasão operou-se ilegalmente nos termos do *caput* ou da primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/86.

⁴³ Para uma visão geral do *princípio da proibição de regresso*, cf. NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro, JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Tradução Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

⁴⁴ Por essa razão é que, no interregno de vigência das referidas Circulares, a evasão de divisas por meio de “Contas CC5” ocorreu, de uma maneira geral, no período iniciado em meados de 1996, quando o Diretor de Assuntos Internacionais do BACEN, por meio de uma “concessão especial”, permitiu depósitos em espécie nas contas de *instituições financeiras* estrangeiras mantidas nos Bancos do Brasil, do Estado do Paraná, do Estado de Minas Gerais, Real e Araucária, condicionados à apresentação de *Declaração de Porte de Valores em Espécie* comprovando que a moeda nacional era proveniente de Ciudad del Leste/PY. Por meio da omissão ou da falsificação dessas declarações, fraudou-se o controle desempenhado pelo BACEN – esta é a origem do ilícito cambial – sobre as quantias em moeda nacional provenientes do comércio paraguaio, para o fim de dissimular-se tais operações e, com isso, permitir que valores pertencentes a brasileiros das mais diversas localidades do País pudessem enviar moeda nacional ao exterior por meio dessa “brecha” legislativa.

⁴⁵ Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal com base nos procedimentos da Justiça Federal em Curitiba números 2003.70.00.036510-8, 2003.70.00.036512-1, 2003.70.00.033588-8, subscrita pelos procuradores da República Carlos Fernando dos Santos Lima, Januário Paludo, Deltan Martinazzo Dallagnol, Orlando Martello Junior e Vladimir Aras.

⁴⁶ Assim: PIMENTEL, op. cit., p. 156-157.

**TAX EVASION TWENTY YEARS AFTER ITS
DEFINITION AS A CRIMINAL OFFENCE AND
ITS REFORMATTING UNDER THE CHANGES
UNDERGONE BY BRAZILIAN MONETARY
POLICY**

ABSTRACT

This paper examines the tax evasion delict and its redefinition process which is based upon the changes that occurred in Brazilian monetary policy.

KEYWORDS: Tax evasion. Foreign currency. Monetary policy.

**L'ÉVASION FISCALE DUE AU TRANSFERT
INTERNATIONAL DE FONDS - 20 ANS
APRES: SA REDÉFINITION EN RAISON DES
MODIFICATIONS EN LA POLITIQUE CAMBIALE
BRÉSILIENNE**

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur l'évasion liée au transfert international de fonds et de sa redéfinition en raison des modifications survenues en la politique cambiale brésilienne.

MOTS-CLÉS: Évasion. Transfert international de fonds. Politique cambiale.

APONTAMENTOS ACERCA DAS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

*Alexandre Antonio Bruno da Silva**

*Ana Isabel Modena Strada***

1 Considerações Iniciais. 2 A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais. 3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais. 4 Considerações finais.

RESUMO

Trata o presente artigo da dupla perspectiva dos Direitos Fundamentais, uma das mais importantes formulações trazidas pelo Direito Constitucional contemporâneo. O estudo dessas dimensões permite que os Direitos Fundamentais Sociais sejam vistos algumas vezes como direitos subjetivos individuais, em outras, como elementos objetivos fundamentais da comunidade. Abordamos, também, os desdobramentos dessa dupla perspectiva em relação aos direitos fundamentais sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direitos Sociais. Dimensão Subjetiva. Dimensão Objetiva. Eficácia Horizontal.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O advento do Estado Social proporcionou uma profunda transformação no campo dos direitos fundamentais. O Estado Liberal, seu antecessor, promessa acalentada de liberdade para o cidadão, terminou por ser caracterizado como um adversário dos direitos humanos. Caía por terra o ideário burguês que defendia a premissa de que se cada indivíduo fosse livre para seguir egoisticamente os seus interesses privados, o bem comum seria atingido.

Os direitos fundamentais, que no Estado Liberal tinham como principal, senão única, tarefa proteger o homem do Estado, tiveram com o Estado Social suas preocupações alargadas. Deixar o homem tendo como suporte para as suas necessidades apenas a “mão invisível do mercado” proporcionou, na prática, o contexto ideal para o darwinismo social.

* Mestre em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE), Professor da pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista da Faculdade Christus, Auditor-Fiscal do Trabalho e Membro do Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais.

** Graduada em Ciência Contábeis na Universidade de Caxias do Sul – RS, acadêmica concludente do Curso de Direito da Faculdade Christus e Membro do Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais.

Sob o manto da liberdade, tão difundida pelo Estado Liberal, escondeu-se a crescente miséria, a exclusão social e a opressão dos mais fracos pelos mais fortes. Foi somente com a participação política das camadas menos favorecidas e as pressões exercidas pelos movimentos das classes operárias que se sentiu a necessidade de uma revisão, de um redimensionamento, das funções e encargos do Estado.¹

O Estado que, antes, poderia limitar sua atividade a um dever geral de abstenção, passa a ter diversos novos encargos. A nova forma de Estado deveria cuidar da saúde, da educação, da população carente, disciplinar o mercado, proteger os trabalhadores dos seus patrões, além de proporcionar a devida assistência aos idosos e desamparados.

Novos direitos fundamentais, agora de caráter prestacional, são positivados. Preocupa-se em garantir condições básicas para a população, promovendo-se a igualdade material. Os direitos fundamentais que no constitucionalismo liberal eram interpretados como direitos individuais passam a ter uma destacada face social.

Deveras, os direitos fundamentais no Constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais as pretensões que o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chama dimensão objetiva dos direitos fundamentais.²

Importante formulação do direito constitucional contemporâneo, no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, é a de que esses direitos revelam dupla perspectiva. Em uma primeira, são considerados como direitos subjetivos individuais. Em outra, são tratados como elementos objetivos fundamentais da comunidade.³

2 A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais permite uma gama variada de discussões. Concebendo-se divergências, até mesmo, em relação aos possíveis significados da expressão “direito subjetivo”. Entretanto, não será objeto desse trabalho tal controvérsia, pois se busca aqui o aparente consenso na doutrina em relação ao caráter geral de um direito subjetivo, para então abordar o tema relativo aos direitos fundamentais sociais.

Nesse âmbito, quando se trata de um direito fundamental como direito subjetivo, significa dizer que o titular do direito poderá exigir judicialmente o

cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário. Trata-se de idéia comum de que a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular.⁴

Segundo Luis Roberto Barroso, direito subjetivo deve ser:

(..) entendido como o poder de ação assento no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Formando-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o direito subjetivo, a possibilidade de exigir; de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir.⁵

É importante enfatizar que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais deve ser buscada e compreendida na própria Constituição. A concepção de que a falta de proteção legal, ou a inexistência de ação própria, poderia implicar na inexistência ou na inexigibilidade do direito subjetivo deve ser afastada. Essa idéia, surgida como reflexo do modelo jurídico que inspirara o Código Civil de 1916, deve ser ultrapassada, não se adaptando ao novo constitucionalismo inaugurado em 1988.⁶

A interpretação dos direitos fundamentais deve assumir outra conotação. A Constituição declara determinados direitos como fundamentais, atribuindo obrigações ao Estado e aos particulares, tornando-os exigíveis judicialmente, correspondendo a direitos subjetivos. Tal exigibilidade não condiciona a existência do direito, uma vez que ele não existe por ser exigível, mas deve ser exigível por existir.

Robert Alexy, como base de sua teoria analítica dos direitos subjetivos, apresenta um sistema de posições jurídicas fundamentais. Nela há uma tríplice divisão das posições que podem ser designadas como “direitos”: direito a algo, liberdades e competências.⁷

O direito a algo é concebido como uma relação trilateral na qual o primeiro membro é o titular do direito, o segundo é o destinatário do direito e o terceiro é o objeto do direito. Quando se cogita sobre os direitos em face do Estado, os direitos a ações negativas são chamados de direitos de defesa. Os direitos a ações positivas coincidiriam, parcialmente, com os direitos a prestações, em uma conceituação restrita de prestação.

Os direitos de defesa são divididos por Alexy em três grupos. O primeiro é constituído pelo direito a que o Estado não impeça ou crie obstáculo para determinadas ações do titular do direito; o segundo, por direitos a que o Estado esteja impossibilitado de afetar determinadas propriedades (bens) ou situações do titular do direito (jurídico-subjetivas); o terceiro, por direitos a que o Estado não possa eliminar determinadas posições jurídicas do titular do direito.⁸ Por

seu turno, os direitos a ações positivas desmembrar-se-iam em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.⁹

Robert Alexy, ao tratar das liberdades jurídicas as classifica em liberdades jurídicas não protegidas e liberdades jurídicas protegidas. As primeiras consistem simplesmente na permissão de fazer ou deixar de fazer algo. Não se incluindo, no entanto, nenhuma garantia através de normas que protejam tal liberdade. Importante ressaltar, que no caso das liberdades jurídicas não protegidas de status constitucional, não há uma ausência total de proteção. As normas infraconstitucionais que proibirem ou ordenarem algo cuja realização ou omissão estejam permitidas por normas de status constitucional são inconstitucionais.¹⁰

A proteção jusfundamental da liberdade pode consistir, ainda, em um conjunto de direitos a algo, além de normas objetivas, que asseguram ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar as ações permitidas. Se uma liberdade está vinculada a tais direitos, trata-se de uma liberdade protegida.

Por fim, o grupo de competências é constituído por posições que podem ser designados como expressões tais como “poder”, “competência”, “autorização”, “faculdade” e “capacidade jurídica”.¹¹

Clèmerson Merlin Clève observa que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais desempenha três funções: a) de defesa do indivíduo contra a ingerência do poder público que venha impedir a satisfação do direito fundamental; b) de prestação, segundo a qual o indivíduo pode demandar a realização do objeto do direito fundamental; e c) de não-discriminação, segundo a qual o indivíduo deve ter ao seu dispor, sem discriminação em relação aos demais, os bens e serviços necessários à satisfação de seus direitos fundamentais. É possível a discriminação quando esta seja necessária para a concretização da igualdade material.¹²

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais tem prevalecido no tocante a entendê-los como verdadeiros direitos subjetivos.

Para Ingo Sarlet, a tese de presunção em favor da perspectiva jurídica subjetiva encontra sustentação na finalidade característica dos direitos fundamentais, que é de proteção do indivíduo e não da coletividade e no caráter principiológico dos direitos fundamentais, em que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.¹³

Argumento em favor da dimensão subjetiva é a relação existente entre os direitos fundamentais sociais com o valor da autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana. Este enfoque, todavia, não exclui a possibilidade de se atribuir a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos.¹⁴

A doutrina tende a reconhecer com maior tranqüilidade a caracterização de um direito fundamental como direito subjetivo sempre que aquele assumir uma feição de direito de defesa, pois o seu titular poderá exigir do Estado que este se abstenha de ingerir na esfera de autonomia privada resguardada pela norma.¹⁵

Estudo especial, entretanto, deve ser feito quando se trata da dimensão positiva ou prestacional dos direitos fundamentais, característica dos direitos sociais. Nessa dimensão, torna-se necessária a realização de uma determinada prestação, constante do conteúdo da norma, por parte do Estado e dos particulares. Nossa Constituição instituiu uma série de direitos fundamentais sociais.

Acredita-se que somente se os direitos fundamentais sociais forem observados como verdadeiros direitos subjetivos vinculantes aos poderes públicos a efetivação da pauta social constitucional será viável. No mesmo sentido, posiciona-se Luis Roberto Barroso, defendendo uma teoria da efetividade constitucional pautada no conceito de direito subjetivo.¹⁶

3 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Segundo Ingo Sarlet, apesar de encontramos na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra o gérmen do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o grande impulso veio, quanto à eficácia dos direitos fundamentais, somente, com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949.¹⁷

Neste contexto, é descrito como marco jurisprudencial a decisão tomada pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no famoso caso *Lüth*, em 1958.¹⁸ Na sentença proferida, ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitavam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo, constituindo decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva com eficácia em todo o ordenamento jurídico.

Assim, esses direitos passam a se evidenciar, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos dirigindo a ação positiva dos poderes públicos.

Importante esclarecer que a perspectiva objetiva não é uma contrapartida automática da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Trata-se de uma função autônoma das normas de direitos fundamentais, que transcendem à sua perspectiva subjetiva, gerando efeitos para todo o ordenamento jurídico a partir do desencadeamento de novos significados.¹⁹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilita o reconhecimento de elementos jusfundamentais, encontrando-se relacionada à sua caracterização como institutos, não necessariamente vinculados à noção subjetiva dos direitos dos cidadãos. Assim, poder-se dizer que toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação.²⁰

Ingo Sarlet, ao tratar da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais disserta, inicialmente, sobre seu aspecto axiológico, entendendo que os direitos fundamentais representariam a ordem de valores vigentes na sociedade.²¹

A dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais é aquela que decorre da idéia de que estes incorporam e expressam determinados

valores objetivos fundamentais da comunidade. Os direitos fundamentais, mesmo os clássicos direitos de defesa, não devem ter sua eficácia valorada somente sob um aspecto individualista. É necessário verificar sua aceitação sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade. Afinal, são os valores e fins que devem ser respeitados e concretizados por toda a sociedade.

Esta relevância axiológica social dos direitos fundamentais revela-se especialmente importante no caso dos direitos fundamentais sociais, pois auxilia na compreensão da fundamentalidade material destes direitos. A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da nossa Constituição, bem como o princípio do Estado Social, que embora não positivado expressamente, decorrem do conjunto de valores que informam a carta constitucional e embasam tal fundamentalidade.

Além disso, a dimensão valorativa dos direitos fundamentais sociais assume especial importância na atual doutrina do direito constitucional. Busca-se, hoje, restabelecer a comunicação entre o direito e a ética, de modo a preencher o conteúdo das disposições constitucionais a partir dos valores vigentes na sociedade.

Reconhecendo-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais como direitos relacionados aos valores difundidos em toda a comunidade, cuja realização acaba por tocar a esfera de todos os cidadãos, faz possível deduzir-se o fundamento de legitimidade de restrições a estes direitos na sua dimensão subjetiva individualista.

Há casos onde a satisfação de um direito fundamental de um cidadão poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Dessa forma, o conteúdo e o alcance das normas de direitos fundamentais não poderão ser dimensionados exclusivamente a partir da perspectiva subjetiva do titular do direito. Deverão, isto sim, ser ponderados com a esfera jurídica em concreto de todos os cidadãos.

Necessário dizer que ao falarmos de ponderação estamos indicando que não deve ser perdido de vista o núcleo essencial de cada direito fundamental. Não há como sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva em prol da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Não se pode, aprioristicamente, sem a análise do caso concreto, defender uma supremacia do interesse público sobre o particular, afastando-se a proteção ao interesse individual.²²

Ingo Sarlet ainda observa outro desdobramento da perspectiva objetiva axiológica dos direitos fundamentais de profunda relevância: a eficácia dirigente destes direitos em relação aos poderes públicos, no sentido de lhes ordenar a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.²³

Os direitos fundamentais vinculam os órgãos estatais com um todo. O Poder Executivo haverá de respeitar os direitos de defesa, além de propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. O Legislativo, em sua atuação, deverá legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes.

Vincula-se, também, o Poder Judiciário que, ao decidir, há de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos e absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais. A Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputa política, o que é nuclear, fundamental para nós.

Entretanto, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente valorativa.²⁴ Para além da dimensão axiológica da perspectiva objetiva, Sarlet ressalta a possibilidade das normas de direitos fundamentais determinarem efeitos autônomos:

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Austrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição^{25, 26}

A doutrina alemã, ao tratar da força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, aponta para a consagrada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais. Segundo ela, a aplicação e a interpretação dos textos normativos devem buscar a melhor compatibilidade com os direitos fundamentais. Assim é que os direitos fundamentais servem como norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico. Por vezes, tornam-se verdadeiros parâmetros para o controle de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Estado.

Entretanto não é só esse o efeito da eficácia irradiante. Associado ao efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se o questionamento a cerca da sua eficácia na esfera privada. Trata-se da “eficácia horizontal” (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais. Segundo ela, os direitos fundamentais irradiam efeitos, também, nas relações privadas, não constituindo apenas direitos com eficácia vertical, oponíveis contra os poderes públicos.

Outro aspecto relevante para o presente estudo, relacionado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz respeito à função de proteção por eles determinada. Nesse sentido, incumbe ao Estado o dever de proteger o seu exercício, não somente em relação às ingerências dos poderes públicos, mas até mesmo em relação às ingerências dos próprios particulares.

A dimensão protetora revela o caráter positivo que os direitos constitucionais podem assumir, inclusive os clássicos direitos de defesa. Nesse caso estes exigem, como função autônoma, independente de sua subjetividade, a proteção

do Estado. Trata-se de um dever do Estado de agir e não somente de se abster.²⁷ A partir desta perspectiva torna-se evidente a conclusão a que chegaram Cass Sunstein e Stephen Holmes no sentido de que os direitos fundamentais podem estar sempre associados a um custo, a uma prestação.²⁸

Importa salientar outra função de extrema relevância assumida objetivamente pelos direitos fundamentais: a de determinar a criação de estruturas institucionais bem como de procedimentos necessários à sua efetivação.

Neste sentido, com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível se extrair conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais. Além disso, torna-se necessária a formatação de um direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se possíveis riscos de redução do seu conteúdo material.

É preciso ressaltar, entretanto, que esta força normativa que decorre da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não é absoluta, devendo ser ponderada com todos os valores ou princípios em sentido divergente.

Por fim, é importante ressaltar que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos, podem ter a natureza de princípios ou de regras.²⁹ Não existindo um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva, nem entre os princípios e a perspectiva objetiva. Assim, podemos falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos e objetivos fundamentais.³⁰

A titularidade dos cidadãos de direitos sociais fundamentais frente a um Estado democrático de direito, proporciona para o Estado, deveres prestacionais, devendo-se garantir aos particulares a participação nas correspondentes prestações e instituições estatais. Além disso, torna-se obrigado a criar os pressupostos materiais de um exercício efetivo de liberdade. O reflexo desses aspectos leva à progressiva consagração constitucional dos chamados direitos sociais e na reinterpretção social dos tradicionais direitos de liberdade.

Os direitos fundamentais sociais agem como *imposições legiferantes*, determinando ao legislador a criação de instituições e leis que lhes tornem efetivos, bem como definem e estabelecem a realização de políticas públicas dirigidas aos seus objetivos, gerando o fornecimento de *prestações* aos cidadãos.³¹ O efeito colateral do incremento da dimensão objetiva é o conseqüente fortalecimento da dimensão subjetiva essencial a estes direitos, executoras do cumprimento das imposições institucionais.

É de se levar em conta, ainda, que o predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana. Entretanto, essa presunção em favor da perspectiva subjetiva individual não exclui a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos. Mesmo nesses casos, essa proteção gravita em torno da proteção do ser humano em sua individualidade.³²

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito constitucional contemporâneo revela a dupla perspectiva dos direitos fundamentais. Em uma primeira, são considerados como direitos subjetivos individuais. Em outra, são tratados como elementos objetivos fundamentais da comunidade.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais deve ser buscada e compreendida na própria Constituição. A concepção de que a falta de proteção legal, ou a inexistência de ação própria, poderia implicar na inexistência ou na inexigibilidade do direito subjetivo deve ser superada. A exigibilidade não condiciona a existência do direito, uma vez que ele não existe por ser exigível, mas deve ser exigível por existir.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais possibilita o reconhecimento de elementos jusfundamentais, encontrando-se relacionada à sua caracterização como institutos, não necessariamente vinculados à noção subjetiva dos direitos dos cidadãos. Toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais social determina, ainda, a já consagrada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais servem como norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico. Associado ao efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a sua eficácia na esfera privada, a “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

Há um flagrante predomínio da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sociais, justificado pelo valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIGOLIN, Giovanni. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em 08 mai.2007, 10:30h.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jul.2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 jul.2007.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252.

² Ibid., p. 253.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 387.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99.

⁶ Prescrevia o Código Civil de 1916, em seu art. 75, "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 186.

⁸ Ibid., p. 189.

⁹ Ibid., p. 194-195.

¹⁰ Ibid., p. 224-225.

¹¹ Ibid., p. 227.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

¹³ SARLET, op. cit., p. 180.

¹⁴ Ibid., p. 180-181.

¹⁵ Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 34, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 jul.2007.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 246-275.

¹⁷ SARLET, op. cit., p. 168.

¹⁸ Uma sentença do Tribunal Constitucional Federal, que versou sobre uma colisão entre o direito delitivo e a liberdade de opinião, passou a ser fundamental importância para o tratamento da relação entre direitos fundamentais e o Direito Privado na Alemanha. Em 1958, o Tribunal Constitucional resolveu o caso Lüth-Urteil. No caso em exame, o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Eric Lüth exortou o público alemão a boicotar uma película do cineasta Veit Harlan, a quem acusava por seu passado nazista. Harlan dirigiu numerosas películas de propaganda nazista, entre elas a muito criticada *Jus Suss*, filmada em 1940, de forte conteúdo

anti-semita. Demandado civilmente, Lüth foi considerado civilmente culpado pelos prejuízos e danos causados ao cineasta. Os tribunais consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 856 do BGB [Código Civil Alemão]. Insatisfeito com o pronunciamento judicial, Lüth entra com recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), sustentando que o direito constitucional de liberdade de expressão obrigava considerar sua atuação legítima. Através dele o Tribunal Constitucional examinou a tese de que os direitos fundamentais se exerciam não somente ante o Estado, estando presentes, também, nas relações de direito privado. Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal civil, pois este teria, na aplicação do § 826 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF.

¹⁹ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jul.2007.

²⁰ SARLET, op. cit., p. 169.

²¹ *Ibid.*, p. 171.

²² *Ibid.*, p. 171-172.

²³ *Ibid.*, p. 172.

²⁴ *Ibid.*, p. 173.

²⁵ Segundo Luis Roberto Barroso, com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste da expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo. (BARROSO, op. cit., p.372.)

²⁶ SARLET, op. cit., p. 173.

²⁷ Exemplos seriam o *Consumer Product Safety Commission* que gastou, em 1996, 41 milhões de dólares analisando e identificando produtos potencialmente danosos e fiscalizando o cumprimento dos padrões de segurança. Já o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no mesmo ano, gastou US\$ 64 milhões em “questões de direitos civis”. A *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) consumiu US\$ 306 milhões no mesmo ano obrigando os empregadores a prover locais de trabalho mais seguros e saudáveis enquanto que a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) despendeu US\$ 233 milhões para cuidar que os empregadores não discriminem na contratação, demissão, promoção e transferências.

²⁸ HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999 apud BIGOLIN, Giovanni. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em <http://www.revistadourina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em 08 mai.2007, 10:30h.

²⁹ Segundo Luis Roberto Barroso, deve-se a sistematização formulada por Ronald Dworkin, em seu *Taking rights seriously* (1977), um especial tributo para a distinção qualitativa entre regra e princípios, um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. (...) Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direito e automático, produzindo seus efeitos. (...) Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o interprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existe entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. (BARROSO, op. cit., p. 328).

³⁰ SARLET, op. cit., p. 170.

³¹ Segundo José Carlos Vieira de Andrade, “as normas que prevêm os direitos (sociais) a prestações, contêm *directivas* para o legislador ou, talvez melhor, são *normas impositivas de legislação*, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. Não significa isso, porém, que se trate de normas meramente proclamatórias, visto que têm força jurídica e *vinculam* efectivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação.” (ANDRADE, op. cit., p. 387).

³² SARLET, op. cit., p. 181.

NOTES ON THE SUBJECTIVE AND OBJECTIVE DIMENSIONS OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This paper examines the double outlook regarding Fundamental Rights, one of the most important constructions presented by contemporary Constitutional Law. The study of the two dimensions aforementioned allows Social Fundamental Rights to be sometimes perceived as individual subjective rights and other times seen as basic objective elements existing inside a community. The article also tackles the developments inherent to the double outlook of Social Fundamental Rights.

KEYWORDS: Fundamental rights. Social rights. Subjective outlook. Objective outlook. Horizontal force.

DES COMMENTAIRES SUR LES DIMENSIONS SUBJECTIVE ET OBJECTIVE DES DROITS FONDAMENTAUX SOCIAUX

RÉSUMÉ

Ce article porte sur la doublé perspective des Droits Fondamentaux, l’une des plus importantes formulations issue du Droit Constitutionnel contemporain. L’étude de ces dimensions permet que les Droits Fondamentaux Sociaux soient perçus des fois comme des droits subjectifs et des fois comme des éléments objectifs fondamentaux de la communauté. L’article traite aussi des développements de cette doublé perspective par rapport aux droits fondamentaux sociaux.

MOTS-CLÉS: Droits Fondamentaux. Droits Sociaux. Dimension Subjective. Dimension Objective. Efficacité Horizontale.

A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MINORIAS

*Filippe Augusto dos Santos Nascimento**

1 Introdução. 2 Minorias: conceito e desafios. 2.1 Desafios globais das minorias. 2.2 O cenário brasileiro. 3 Minorias e Direitos Humanos. 3.1 Internacionalização dos Direitos Humanos: universalismo ou multiculturalismo? 3.2 Minorias e seus direitos. 3.3 Direito das minorias no Brasil. 4 Direito das Minorias à participação Política. 4.1 Nova compreensão de Participação Política: a inclusão das minorias. 4.2 Novas formas de Participação Política. 5 Participação Política Eleitoral, Direitos Políticos e Minorias. 6 Sistemas Eleitorais e Participação das Minorias. 7 Partidos Políticos e participação das Minorias. 8 Minorias no Brasil: diversas realidades de participação. 8.1 Mulheres. 8.2 Portadores de Necessidades Especiais. 8.3 Indígenas. 9 Conclusão.

RESUMO

O presente ensaio tem o objetivo de analisar o intrigante tema da participação política das minorias, o que se faz partindo da problematização do próprio conceito de minoria e das dificuldades que tais grupos enfrentam. Outro ponto que merece destaque é o da conexão realizada entre as lutas das minorias e a conquista de direitos, relação estabelecida a partir de uma perspectiva dos direitos humanos e do debate entre universalismo e multiculturalismo. Com efeito, apresenta-se a participação política como elemento fundamental no enfrentamento dos desafios das minorias. Tal proposição é precedida pelo estudo das formas de participação política e suas relações com as minorias. Encerra-se o ensaio com a exposição de alguns casos do Tribunal Superior Eleitoral que envolvem a participação política das minorias.

PALAVRAS-CHAVE: Minorias. Direitos humanos. Universalismo. Multiculturalismo. Participação política. Direito eleitoral. Sistemas eleitorais. Direitos políticos. Partidos políticos. Tribunal Superior Eleitoral.

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais do Curso de Direito da Faculdade Christus. E-mail: filippe_asn@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Uma das questões centrais da democracia é a participação política das minorias, afinal só os regimes que privilegiam a participação dos vários setores sociais podem ser considerados democráticos. Modelos políticos em que há um padrão cultural hegemônico, imposto aos demais estratos sociais, têm matriz autoritária, sendo responsáveis por várias atrocidades na história da humanidade.

Destarte, a participação política das minorias é um bom critério para se aferir o nível de democracia num dado sistema político. Este paradigma, no entanto, possui complexidade própria, já que definir o que são minorias se revela um caminho tortuoso e a compreensão clássica de participação política passa por um processo de mutação.

O objeto do presente trabalho possui relevância significativa na seara dos Direitos Humanos, tendo propiciado, nas últimas décadas, a elaboração de cartas e documentos internacionais garantidores da inclusão das minorias. Nos dias atuais, esta se transformou em uma questão global, envolvendo muitos Estados na discussão do tema.

A realidade brasileira evidencia a constante luta das minorias por maior inserção social e representação política. A legislação nacional possui dispositivos que podem contribuir neste processo. Todos estes aspectos sociais, políticos e jurídicos serão objeto deste trabalho.

2 MINORIAS E SEUS DESAFIOS

As minorias têm uma série de desafios a serem superados, que vão desde a regulamentação e efetivação de direitos, até o reconhecimento e respeito pelo restante da sociedade. O desafio das minorias é gigantesco, começando pela própria definição do que é minoria, questão de relevante importância e de graves conseqüências, pois como afirma Ana Maria D'Ávila Lopes: "A demora na regulação do reconhecimento dos direitos das minorias pode ter sido conseqüência da dificuldade em definir o próprio termo *minoria*"¹. Resta, portanto, o questionamento: qual o critério para afirmar que determinado grupamento humano consiste em uma minoria?

O critério adotado para se conceituar minoria, por óbvio, não pode ser meramente quantitativo. O exemplo para demonstrar o equívoco desse critério é o da Bolívia, onde a população indígena representa mais da metade da população, mas, social e institucionalmente, prevalecem os paradigmas do modo de vida das pessoas brancas. Outro exemplo, bem mais citado, é o dos negros, na África do Sul, durante o regime de *apartheid*.

Ao se analisar a sociedade brasileira, nota-se também que as mulheres (maioria da população) são consideradas minoria, pois o padrão hegemônico em nossa sociedade é o masculino. Logo, surge um novo critério do que seja

minorias, que é o da ‘não-dominância cultural’, ou seja, seriam minorias os grupos que estivessem à margem do padrão hegemônico da sociedade.

De forma sucinta, pode-se concluir, afirmando que a qualificação do que seja minoria não parte de um critério quantitativo, mas qualitativo, baseado em uma premissa objetiva.

O critério da ‘não-dominância’ parece ser eficaz, mas a doutrina alienígena, mencionada por Gabi Wucher², inclui outros critérios, estes de cunho subjetivo, para conceituar minorias, como o da identidade de preservação cultural e o do auto-reconhecimento enquanto membro de uma minoria.

O elemento da solidariedade entre os membros da minoria, com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religião ou idioma, reveste-se de suma importância por implicar o critério subjetivo, ou seja, a manifestação de uma vontade implícita ou explícita de preservação das próprias características.³

Percebe-se, todavia, que os critérios subjetivos não abarcam todos os grupamentos humanos reconhecidos como minorias, por exemplo, as mulheres e os portadores de necessidades especiais não se amoldam a tal critério, já que estes não estão dispostos a preservar a cultura e as tradições excludentes em que estão imersos. A constatação é que apenas o critério objetivo da ‘não dominância’ é capaz de definir de forma aceitável as minorias.

Outro problema na conceituação das minorias é apresentado por Ana Maria D’Ávila Lopes ao afirmar que, tradicionalmente, o conceito de minoria tem se limitado a aspectos étnicos, nacionais ou lingüísticos, não atentando para outras formas de ‘não-dominância’ social (critério objetivo para definição das minorias). Nas palavras da professora:

De qualquer forma, o conceito tradicional de minoria, constante nos documentos internacionais e na doutrina mais conservadora, tem se limitado a considerar apenas as características lingüísticas, religiosas e étnicas de um grupo para sua definição como minoritário.⁴

Com efeito, uma nova doutrina vem surgindo, tentando ampliar o conceito de minoria. Para compreender este novo segmento doutrinário, faz-se necessário o prévio conhecimento do multiculturalismo, que pode ser conceituado como o movimento, cada dia mais constante, dos grupos minoritários pelo reconhecimento de suas culturas e identidades frente ao restante da sociedade. O objetivo de tais minorias é ressaltar as diferenças culturais, mas sem perder a integridade social, tornando a malha legislativa e governamental mais sensível aos interesses do grupo. Neste sentido, a participação política das minorias está diretamente ligada ao multiculturalismo.

Apesar do conceito acima exposto de multiculturalismo, deve-se afirmar que este não é um termo unívoco, havendo, como alerta Semprini⁵, dois sentidos possíveis para ele: o político e o cultural.

O primeiro sentido de multiculturalismo é o político, relacionado ao conceito tradicional de minorias, limitando-as a um estudo sob uma perspectiva nacional ou étnica. Para esta vertente há uma fusão entre os termos cultura e nação ou povo. Este sentido, apesar de reconhecer que há minorias outras, que não as estritamente étnicas ou nacionais, dedica preocupação científica a estas últimas. Este é o posicionamento adotado por Will Kymlicka.

Tudo isso põe manifesto a complexidade do termo cultura. Muitos destes grupos têm uma cultura distinta em um dos sentidos habituais do termo, quando 'cultura' alude aos diferentes costumes, perspectivas ou *ethos* de um grupo ou uma associação; por exemplo, quando se fala em uma 'cultura gay' ou de uma 'cultura burocrática'. Este é, talvez, o sentido mais correto de 'uma cultura'. (...) Por minha parte emprego os termos cultura (e multicultural) em um sentido diferente. Centro-me em um tipo de 'multiculturalismo' derivado das diferenças nacionais e étnicas. Como disse antes, utilizo 'cultura' como sinônimo de 'nação' ou 'povo'.⁶

Já o sentido cultural ou culturalista não se vincula estritamente à questão nacional ou étnica, abrangendo todos os seguimentos sociais que têm uma cultura própria, mas que não são hegemônicos socialmente. É dentro desta perspectiva de multiculturalismo que se encontra o segmento da doutrina que vem tentando ampliar o conceito de minoria, destaca-se o posicionamento do sociólogo italiano Andrea Semprini.

Uma segunda interpretação do multiculturalismo privilegia sua dimensão especificamente cultural. Ela concentra sua atenção sobre as reivindicações de grupos que não têm necessariamente uma base 'objetivamente' étnica, política ou nacional. Eles são movimentos sociais estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com frequência é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem, ao contrário, como possuidores de valores comuns a se perceberem como um grupo à parte.⁷

Como se percebe, o sentido cultural de multiculturalismo é mais amplo e permite que mais grupos sociais sejam abrangidos por seu estudo. Pelo segundo sentido, grupos que há muito são excluídos e marginalizados pela sociedade, como os portadores de necessidades especiais, os homossexuais e as mulheres,

são considerados minorias, além de não excluírem os grupos de base étnica, como os afro-descendentes e os indígenas.

Desta feita, este trabalho adotará o sentido culturalista de multiculturalismo, que conceitua minorias não apenas como grupos com características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes da maioria da sociedade, mas todo agrupamento humano que, como afirma Ana Maria D'Ávila Lopes, tem seus direitos restringidos ou negados por motivos discriminatórios⁸.

2.1 Desafios globais das minorias

No contexto global, pode-se afirmar que as minorias vêm conseguindo conquistar mais espaços; no entanto, ainda há inúmeros problemas a serem enfrentados. As minorias, de forma geral, enfrentam problemas, que vão desde o recebimento de salários inferiores à média social, até a perseguição violenta por grupos sectários.

Inúmeros são os problemas enfrentados pelas minorias, mas tendo como causa, basicamente, *a exclusão do modo de vida* ou *a exclusão da participação política*. A primeira forma de exclusão está relacionada com a sonegação social que a cultura de uma dada minoria enfrenta, ou seja, os costumes e as tradições de determinado grupo são ignorados, desrespeitados e, por vezes, criminalizados pela cultura socialmente dominante. Já a exclusão da participação política implica na impossibilidade, formal ou material, de acesso das minorias ao processo de tomada de decisões do Estado.

A exclusão do modo de vida ocorre quando o Estado, ou costume social, rebaixa ou elimina a cultura de um grupo, incluindo a sua língua, religião ou costumes tradicionais, ou o seu estilo de vida. (...) A exclusão da participação – exclusão social, econômica e política segundo linhas étnicas, lingüísticas ou religiosas – refere-se à discriminação ou desvantagem baseada na identidade cultural. Essas exclusões funcionam através de políticas discriminatórias aplicadas pelo Estado (como a negação da cidadania, ou do direito de votar, ou de se candidatar), da discriminação anterior que não foi remediada (desempenho inferior na educação), ou da prática social (menos acesso dos pontos de vista de um grupo cultural aos meios de comunicação, ou discriminação em entrevistas de emprego).⁹

O presente trabalho terá como objeto central de seu estudo a última forma de exclusão. Dados do Relatório de Desenvolvimento Humano¹⁰ apontam que a principal fonte de exclusão das minorias está na seara da participação.

Na maioria dos países, em decorrência da exclusão do modo de vida e, principalmente, da exclusão da participação, as minorias se encontram em

situações sócio-econômicas piores que os grupos culturalmente dominantes, o que decorre na pior qualidade na educação, na saúde, no emprego, na alimentação, na representação política entre outros. Com efeito, pode-se asseverar que as minorias têm um grande desafio pela frente: fazerem-se reconhecer, para conquistar e efetivar direitos.

2.2 O cenário brasileiro

Após a análise do panorama mundial, revela-se necessário o estudo da realidade das minorias brasileiras. Antes, porém, cabe frisar que o Brasil, no ranking de Desenvolvimento Humano da ONU, ocupa a 72ª posição, sendo o 13º entre os Estados em desenvolvimento, atrás de países como Azerbaijão e Botswana¹¹. Além de ser um país marcado por contrastes, com dados chocantes como os de um investimento público em saúde e educação, que correspondem, respectivamente, a 3,2% e 4,0% do PIB, enquanto os gastos com o serviço da dívida ultrapassam os 11%¹².

Quando se passa a observar os dados específicos das minorias, a constatação é desanimadora, pois a situação piora. O mesmo relatório de Desenvolvimento Humano da ONU de 2004 denuncia que “o governo brasileiro gastou 7 dólares *per capita* em cuidados de saúde para a população indígena, contra 33 dólares de média para o país”¹³; além do que “apenas 2 dos 33 membros do governo são afro-brasileiros, ainda que estes representem quase metade da população”¹⁴. Afirma, ainda, que “mulheres e homens negros de São Paulo têm metade dos salários dos brancos”¹⁵.

Os dados brasileiros, quanto à questão de gênero, também não são satisfatórios, ocupando o país o 60º lugar no ranking de Desenvolvimento Humano ajustado ao gênero¹⁶ e as mulheres, mesmo sendo maioria da população, só possuem 9,1% das cadeiras do Congresso Nacional¹⁷.

Bem se vê que o Brasil, tal como o restante do mundo, trata as minorias de forma desigual, excluindo-as do modo de vida predominante na sociedade e da participação nas decisões centrais do país.

3 MINORIAS E DIREITOS HUMANOS

Como já se postulou, as minorias enfrentam um sério problema de exclusão social e que, em decorrência disto, o movimento multicultural tem se desenvolvido. Um dos principais campos de atuação deste movimento é o jurídico, através da luta pelo reconhecimento e efetivação de direitos específicos para as minorias.

Os grupos minoritários se aperceberam que a institucionalização e efetivação de direitos e de garantias é parte fundamental no processo de transformação da atual realidade, marcada por condições de vida inferiores a dos padrões culturais socialmente dominantes. Neste contexto, crescem os movimentos

sociais organizados, que atuam na defesa de direitos culturais e de mecanismos de proteção às minorias.

A cada dia, tornam-se mais freqüentes as reivindicações das minorias por respeito à diversidade, por liberdade cultural, por participação política entre outras. Este espaço de luta tem dilatado o conceito e aberto caminho para uma dimensão até então inexplorada dos direitos fundamentais. Não se poderia deixar de mencionar a sempre vanguardista lição de Paulo Bonavides, que defende uma quarta dimensão de direitos fundamentais marcada pelo pluralismo e pela democracia participativa.

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹⁸

3.1 Internacionalização dos Direitos Humanos: universalismo ou multiculturalismo?

Ponto importante, que deve ser destacado, é que a partir da Segunda Guerra Mundial e, tendo como marco decisivo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁹, inicia-se um processo de *internacionalização* dos direitos humanos.

Ao adotar o prisma histórico, cabe realçar que a Declaração de 1948 inovou extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.²⁰

Este processo de internacionalização, chamado por muitos de *universalização dos direitos humanos*, não se preocupou, inicialmente, com a questão das minorias. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos não aborda a matéria²¹, prevalecendo a idéia liberal de que os grupos minoritários poderiam se proteger indiretamente por meio dos direitos civis e políticos, conforme

leciona Kymlicka: “Guiadas por esta filosofia, as Nações Unidas eliminaram toda referência aos direitos humanos das minorias étnicas e nacionais em sua Declaração dos Direitos Humanos”²².

O fato de a Declaração Universal de 1948 não tratar do problema das diferenças culturais e de, em nome dos direitos humanos, muitos países ocidentais tentarem impor o seu paradigma cultural, fez com que o Multiculturalismo reagisse à chamada *universalização dos direitos humanos*, passando a lutar por uma *concepção multicultural dos direitos humanos*.

A minha tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado - uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do «choque de civilizações» tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo (“the West against the rest”). A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemónica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemónica de direitos humanos no nosso tempo.²³

As primeiras críticas já começam em 1951, em um texto de Lévi-Strauss, para a Unesco, em que ele se reporta ao fato de a Declaração de 1948 proclamar a igualdade formal entre os indivíduos, sem reconhecer uma multiplicidade de culturas, o que, para o autor, revela-se ‘intelectualmente frustrante’²⁴.

Com efeito, é cabível a crítica multicultural de que uma não muito refletida visão universal dos direitos humanos cria um paradigma ocidental do que sejam estes direitos e permite a sua utilização política sobre Estados e nações culturalmente diversas. Por outro lado, o Multiculturalismo não está também isento de críticas, pois pode gerar um relativismo cultural e uma idéia de que ‘tudo é possível’ em nome da diversidade cultural. A realidade é que tanto universalismo como multiculturalismo têm sido usados sob um prisma político, para justificar incursões imperialistas e crimes contra a humanidade.

As críticas ao universalismo, a visão ocidentalista dos direitos humanos, o não tratamento específico das minorias nos textos de direitos humanos, além do próprio incremento das lutas dos grupos minoritários tiveram como conseqüência o surgimento de documentos internacionais com objetivo de democratizar o conceito de direitos humanos.

Surgiram os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, incluindo os sistemas europeu, árabe, africano e americano. Além destes, começa um processo de especialização, que passa a contemplar as minorias, surgindo documentos relativos à proteção das mulheres (Direitos Políticos da Mulher de 1952, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres de 1979); das crianças (Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989); dos portadores de necessidades especiais (Declaração das Nações Unidas sobre os Portadores de Necessidades Especiais de 1975); e específicos sobre outras minorias (Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1966, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Lingüísticas de 1992 e Declaração das Nações Unidas Sobre os Povos Indígenas de 2006).

A conclusão a que se chega é que os direitos humanos passam por um recente processo de dilatação e de releitura ao formalizarem os direitos das minorias. O corpo de documentos internacionais passa a reconhecer a diversidade cultural, fugindo do modelo exclusivamente liberal-ocidental.

3.2 Minorias e seus direitos

Dentro deste panorama de surgimento de várias convenções e tratados sobre os direitos das minorias, cabe realizar um breve estudo sobre quais direitos têm recebido maior atenção por parte desses documentos internacionais.

Inicialmente, há um direito, que tem recebido importância fundamental, na seara do direito das minorias: o direito à discriminação positiva ou direito às ações afirmativas. Várias convenções, ligadas à luta multicultural, adotaram esse mecanismo de promoção da igualdade, o que, aos poucos, é absorvido pelos países, passando a integrar as políticas públicas nacionais.

A batalha por igualdade desenvolvida pelas minorias é travada em duas frentes: a primeira é a do combate a práticas discriminatórias e a outra é a da realização de medidas compensatórias, que venham a atenuar a desigualdade sofrida por certos grupos sociais. Esta última é discriminação positiva (ação afirmativa ou ação positiva). São exemplos de ações afirmativas as diversas modalidades de cotas, as vantagens em licitações e os incentivos fiscais para empresas, que promovam a contratação de pessoal culturalmente diversificado.

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/ exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de

inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.²⁵

O escopo da política de ação afirmativa é transformar a igualdade meramente formal em material, o que anteriores documentos como a Declaração Universal de 1948 e, antes desta, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, não conseguiram. Nesta lógica, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevêm a possibilidade de ‘discriminação positiva’.

Um alerta, no entanto, precisa ser feito. As ações afirmativas devem possuir duas características: serem destinadas a grupos efetivamente discriminados (socialmente vulneráveis) e serem temporárias. A existência destas duas características é fundamental para o sucesso desta política, sob pena de os danos sociais só se incrementarem. Ações afirmativas mal realizadas, conforme a lição de Semprini, podem fermentar a tensão social, gerar novo grupo de excluídos ou provocar uma redução da auto-estima do próprio grupo ‘beneficiário’ da ação.²⁶

Quanto aos demais direitos das minorias, adotar-se-á a tipologia criada por Will Kymlicka²⁷, que os divide em três grupos: direitos de autogoverno; direitos poliétnicos e direitos especiais de representação.

Os *direitos de autogoverno* estão relacionados aos estados que possuem um grande número de etnias em seu território, lutando pelo direito de se governarem. Neste grupo de direitos, encontram-se os mecanismos de participação no poder central, como o federalismo assimétrico utilizado na Bélgica e na Espanha, entre outras medidas.

Já os *direitos poliétnicos* são os que pregam o respeito à diversidade cultural. Neste conjunto, encontram-se o direito ao uso de idioma, ao reconhecimento dos costumes e tradições próprios, inclusive feriados, além de hábitos religiosos diferenciados. Ampliando o conceito de direitos poliétnicos para direitos à diversidade cultural, poder-se-ia enquadrar a liberdade de orientação sexual, abrangendo os homossexuais, por isso, talvez, o uso do termo direitos ‘policulturais’ fosse melhor, adaptando a expressão ao sentido cultural de Multiculturalismo.

Por fim, aparecem os *direitos especiais de representação*, diretamente ligados à participação. Seriam os direitos que permitiriam o acesso direto dos grupos minoritários à cúpula das decisões políticas do Estado. Este conceito também pode ser alargado para direito à participação política (este será abordado detalhadamente, mais à frente, já que é o objeto específico deste trabalho).

Neste estudo já se demonstrou que as minorias têm seus problemas ligados à exclusão do modo de vida e da participação política. Os direitos acima elencados tentam contornar estes problemas. Os direitos ‘policulturais’ tentam impedir a exclusão do modo de vida sofrido pelas minorias, enquanto os direitos de autogoverno e especiais de representação buscam contornar a exclusão de participação política.

3.3 Direitos das minorias no Brasil

Quanto ao reconhecimento pelo Brasil dos direitos das minorias, os comentários são rápidos, já que o país é signatário das principais convenções sobre o assunto: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (incorporada em 09/12/69, pelo Decreto n. 65.810); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres 1979 (incorporada em 07/07/92, pelo Decreto n. 592); Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 (incorporada em 21/11/90, pelo Decreto n. 99.710).

A própria Constituição de 1988, de perfil garantista, permite uma interpretação em favor dos direitos das minorias. A malha legislativa, apesar da carência de dispositivos originariamente nacionais, tem começado uma abertura no sentido do reconhecimento de tais direitos.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece importantes dispositivos que demarcam a busca da igualdade material, que transcende a igualdade formal. A título de registro, destaca-se o artigo 7º, inciso XX, que trata da proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos; bem como o artigo 37, inciso VII, que determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Acrescente-se ainda a chamada “Lei das Cotas” de 1995 (Lei n. 9.100/95), que obriga sejam reservados às mulheres ao menos 20% dos cargos para as candidaturas às eleições municipais.²⁸

O grande problema nacional não é o da positivação de direitos, mas de sua baixa efetividade. Como visto, dispositivos juridicamente consagrados existem, mas há um reduzido número de políticas públicas, que permitam a transformação dos textos de lei em realidade social.

4 DIREITO DAS MINORIAS À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

No tópico acima, viu-se que as minorias possuem, basicamente, três grupos de direitos e que um deles é o dos direitos especiais de representação, que podem ser alargados para direitos à participação política. Este rol de direitos possui como meta a inserção das minorias na vida política do Estado, buscando

eliminar a exclusão de participação, que é origem de vários problemas sociais enfrentados pela população culturalmente não hegemônica.

Preliminarmente, precisa ser realizada uma diferenciação entre o que seja participação política e participação eleitoral, já que, profanamente, os termos são usados indistintamente. Participação política é um conceito mais amplo, que abarca todas as formas de articulação das pessoas tendo como objetivo tomar decisões, contribuindo, assim, com o desenvolvimento do grupo. Já participação eleitoral consiste na forma institucionalizada pela qual o povo escolhe, por meio do voto, representantes para ocupar cargos políticos nas funções estatais. Como se percebe, “participação política não é apenas participação eleitoral, e muitas vezes é mais eficiente por outros meios”²⁹. Logo se nota que participação política é gênero e participação eleitoral é espécie.

A consagração do direito à participação política foi realizada no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, em seu artigo 21, com a seguinte redação:

Artigo 21

I) Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

II) Todo o homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

III) A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Esta formalização, no entanto, não foi suficiente para garantir a participação das minorias, já que sua influência liberal consagrou o conceito de participação política de forma tímida, aproximando-o do conceito de participação eleitoral, gerando a equivocada impressão de que aquela (participação política) se reduz a esta (participação eleitoral). Tal constatação se revela com a leitura do art. 21, III, que afirma ser a vontade do povo expressa em eleições periódicas e legítimas, sem contemplar outras formas de manifestação política populares. Além disto, a Declaração se restringe a proclamar uma igualdade formal, não vencendo o passado de discriminação e de exclusão das minorias. Por tais motivos, faz-se necessária uma releitura deste direito, de forma a garantir a real participação política das minorias.

4.1 Nova compreensão de participação política: a inclusão das minorias

A compreensão tradicional de participação política é a liberal, que se limita à participação eleitoral e ao sistema representativo, elementos caracterís-

ticos, por sua vez, de uma dinâmica burguesa, que dificulta o acesso dos grupos historicamente marginalizados e desprovidos de força econômica ao aparato estatal. É notória a visão conservadora da participação política tradicional, inviabilizando a integração das minorias.

Há, no entanto, um giro no conceito de participação política ocorrido com o crescente desprestígio do mandato representativo, iniciado com o movimento estudantil francês de 1968, gerando a busca por novos mecanismos de participação, para além da participação eleitoral.

Um valioso exemplo de reformulação do conceito de participação é o levantado por Habermas ao defender que os sujeitos jurídicos abandonem o papel de meros destinatários das leis, para assumirem o papel de autores de sua própria ordem jurídica, tendo como pressuposto para tanto:

Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo³⁰.

O modelo proposto por Habermas tem a finalidade de dar real legitimidade ao Estado de Direito, o que se dá por meio do incremento à participação popular, com sujeitos possuidores de liberdade comunicativa e em “processos discursivos de consulta e decisão”³¹. Como já demonstrado, os direitos fundamentais à participação exigem a presença de todos os grupos sociais, o que abre margem à participação das minorias. Isto, de forma didática, pode ser chamado de democratizar a democracia.

Vale ressaltar, neste sentido, que a participação política livre é fator *sine qua non* para o asseguramento da Democracia (através do respeito ao direito de associação, da livre formação dos partidos políticos, da liberdade de expressão, sendo estes clamores típicos da garantia do princípio democrático). Da mesma forma, por via oblíqua, representa ainda a abertura de um processo de deflagração de direitos econômicos, culturais e sociais³².

No Brasil, a concepção de participação política está inserida no texto da Constituição, no parágrafo único do art. 1º, ao estatuir que o poder popular se exerce por seus representantes eleitos ou diretamente. Como se percebe, o conceito de participação política positivado pelo Brasil é o tradicional, semelhante ao da Declaração Universal de 1948.

Todavia, a revolução conceitual de participação política tem gerado uma verdadeira mutação constitucional, que transforma o conceito clássico

de democracia, em uma nova e reformulada democracia participativa. Com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, soberania (popular e nacional) e cidadania, a democracia participativa é erguida à categoria de direito fundamental de 4ª dimensão, pela vanguarda do constitucionalismo pátrio, capitaneada por Paulo Bonavides.

4.2 Novas formas de participação política

Para esta nova compreensão de participação, são necessárias novas formas de manifestação política dos indivíduos e grupos, como nomeia Habermas, novos ‘processos discursivos de comunicação e decisão’, a serem analisados neste tópico. Estas novas formas de participação encontram espaço na malha legislativa brasileira, inclusive na própria Constituição – como consequência da citada mutação constitucional – podendo ser divididas em iniciativas de participação política legislativas, executivas e judiciárias.

No plano do legislativo, existem o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, previstos no art. 14 da Constituição Federal. Há ainda a possibilidade do veto popular, não consagrado pela Constituição Federal, mas não vedado, sendo previsto, por exemplo, no art. 56 da Lei Orgânica de Fortaleza³³.

No que toca à perspectiva judiciária, a própria Constituição inovou, trazendo um grande número de ações, que possibilitam a participação coletiva, principalmente, por meio de associações civis. São exemplos: o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e a ação civil pública (art. 129, III). Para a participação individual ainda existe a ação popular (art. 5º, LXXIII), dentre outros.

No campo executivo, há a possibilidade do Orçamento Participativo, positivado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101 de 2000, art. 48, parágrafo único), regulamentando o art. 37, § 3º da Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2000, art. 4º, III, f), regulamentando o art. 182 da Constituição Federal. Existe também a possibilidade do Plano Diretor Participativo, igualmente, previsto pelo Estatuto da Cidade, que traz, inclusive, os mecanismos de participação como Audiências Públicas, Assembléias Populares, com os diversos segmentos sociais.

O interessante é que todos estes avanços não foram meras concessões, mas fruto de uma forma de participação política não institucionalizada e de grande impacto social, a mobilização popular. Destacam-se os militantes dos direitos das minorias neste processo de reivindicações. Os movimentos de mulheres, portadores de necessidades especiais, negros, entre tantos outros, foram e são vitais na conquista de novos espaços de participação política. Estes grupos se reconhecem como sujeitos de direitos e buscam criar sua participação política, vencendo a exclusão social, historicamente, a eles imposta.

5 PARTICIPAÇÃO POLÍTICA ELEITORAL, DIREITOS POLÍTICOS E MINORIAS

A esta altura, claro já está que o direito à participação política é bem mais amplo que o direito à participação eleitoral. Também já pacífico que outras formas de participação são viáveis e eficientes. É importante frisar, todavia, que a participação eleitoral ainda possui importância vital em nossa sociedade, sendo, portanto, relevante ao estudo da participação política das minorias a análise do processo eletivo, o que este trabalho realizará a partir deste momento.

Reprisando o conceito, pode-se definir participação eleitoral como o direito dos cidadãos de atuarem ativa e passivamente no processo de escolha de seus representantes para os órgãos do poder público. A participação ativa consiste em poder escolher, por meio do voto, os representantes; já a passiva consiste em poder se candidatar a representante dos interesses populares.

Os direitos de votar e ser votado fazem parte do complexo de direitos fundamentais chamados de direitos políticos, que envolvem os direitos de cidadania e a própria participação política, o que evidencia a indivisibilidade destes direitos. Em outras palavras, os direitos políticos, atualmente, englobam todas as formas do povo interferir no poder do Estado, direta ou indiretamente. Com efeito, a participação eleitoral, como eleitor ou candidato, é uma forma de manifestação dos direitos políticos.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 14, consagra a soberania popular, exercida pelo *sufrágio universal* e pelo voto secreto, *com valor igual para todos*, além de, no art. 3º, IV, positivar como objetivo fundamental da República promover o bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade* e quaisquer outras formas de discriminação. Realizando uma interpretação sistemática, evidencia-se a garantia dos direitos políticos também às minorias, pelo menos em sua dimensão de participação ativa (direito ao voto), o que, por via oblíqua, garante a participação eleitoral das minorias.

No que toca à participação passiva (direito de ser votado), a Constituição impõe como restrições aos direitos políticos os seguintes dispositivos:

Art. 14. (...)

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;
- III - o alistamento eleitoral;
- IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
- V - a filiação partidária;
- VI - a idade mínima de:

(...)

§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

Da redação, acima transcrita, afere-se que quase todas as minorias atendem aos requisitos dos §3º e §4º do art. 14, o que demonstra não serem estes dois dispositivos grandes obstáculos à participação eleitoral passiva das minorias.

Dada a importância que a nossa sociedade atribui ao mandato representativo e tendo as minorias o direito de eleger seus representantes, por meio da participação eleitoral ativa e passiva, uma interrogação se ergue: qual os motivos da baixa representatividade das minorias?

Para tentar responder a esta indagação, o presente trabalho analisará três aspectos fundamentais ao processo de participação política, que podem inibir ou contribuir para efetiva participação das minorias, são eles: os sistemas eleitorais; os partidos políticos; a realidade de cada minoria.

6 SISTEMAS ELEITORAIS E PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS

O processo de escolha dos representantes políticos é condicionado, de forma irremediável, pelos sistemas eleitorais adotados no cômputo e distribuição dos votos. A técnica utilizada por cada sistema eleitoral pode ser decisiva para que determinado candidato ocupe ou não o cargo político almejado. No Brasil, há dois sistemas eleitorais: o proporcional (em que há uma mediação entre a quantidade de votos recebida pelos partidos e o número de assentos a serem preenchidos na legislatura) e o majoritário (é eleito o candidato que receber a maioria absoluta ou relativa de votos). Este último sistema é usado para as eleições do Executivo e do Senado Federal e aquele para os demais cargos do legislativo.

Reconhecida a importância que os sistemas eleitorais possuem no sistema representativo, obviamente, estes mecanismos também influenciam na participação política das minorias. Com efeito, a constatação da doutrina é que o sistema proporcional facilita a participação política das minorias. A socióloga Clara Araújo, em estudo sobre a relação entre os partidos políticos e gênero, faz uma afirmação, que é estendível aos demais grupos minoritários:

Considerando o sistema partidário em sua relação com o sistema eleitoral de cada país e o sistema de representação mais geral, há evidências de que os sistemas proporcionais são mais favoráveis às mulheres, seguidos dos sistemas mistos e, por último, dos sistemas majoritários ³⁴.

O sistema proporcional é mais favorável à inserção política das minorias por se basear na pluralidade de candidatas, o que gera três conseqüências diretas: exigência social por diversidade, abertura de espaço para novos atores políticos e maior facilidade de adoção de ações afirmativas. Já o sistema majoritário, de cunho personalista, precisa trabalhar com os padrões socialmente dominantes para ter maior sucesso.

No sistema proporcional, por ter como pressuposto a apresentação pelo partido de um grande número de candidatos, há a preocupação, por parte dos partidos, de que as listas de candidatos sejam plurais, tentando representar a maior parcela da população possível. O fato de haver uma boa quantidade de candidatos gera na população a expectativa de que exista uma maior representação social. Estes fatores combinados permitem que minorias tenham maior possibilidade de candidatura no sistema proporcional.

Como, em geral, tais listas comportam vários nomes, o partido tende a ter um incentivo eleitoral para maximizar esse apelo coletivo, incluindo candidatos representando as diversas configurações sociais. A não-inclusão de pessoas oriundas de grupos sociais considerados relevantes socialmente e com apelo eleitoral, como são as mulheres atualmente, poderia ser vista como discriminatória³⁵.

Pelas razões acima apresentadas, também se facilita que novos atores políticos surjam no sistema proporcional, o que não ocorre no sistema majoritário. São denominados de novos atores políticos os representantes de interesses sociais emergentes, que podem atrair votos, ajudando na formação do quociente partidário. Candidatos de minorias como as mulheres e os portadores de necessidades especiais são “interessantes” aos partidos, mesmo que não venham a ser eleitos, pois atraem votos para o quociente.

Nesse cenário, o fato de o sistema ser proporcional abre mais espaço para que os partidos busquem incluir em suas listas os diferentes perfis sociais, pois isso também se traduz em soma de votos para a legenda e permite incluir novos perfis que emergem como relevantes³⁶.

Uma outra vantagem do sistema proporcional para a participação política das minorias é que ele é mais maleável à adoção de medidas de ação afirmativa. O estabelecimento de cotas no sistema proporcional é relativamente tranquilo, já que não exclui outros possíveis interessados em se candidatar e não estabelece punição para o não atendimento da cota.

Resta evidenciado que o sistema proporcional facilita a candidatura de minorias, entretanto, estes grupos possuem baixa representatividade, mesmo nos cargos proporcionais. O motivo de tal restrição é histórico. Tradicionalmente, os ocupantes de mandatos representativos não pertencem a grupos minoritários, integrando o paradigma cultural estabelecido. Com efeito, criam-se ‘padrões de eleição’, que dificultam a conquista do eleitorado por parte dos grupos não hegemônicos³⁷.

7 PARTIDOS POLÍTICOS E PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS

O sistema representativo nacional é organizado, tendo como base os partidos políticos. O art. 14, § 3º, V da Constituição, já citado, coloca, como condição de elegibilidade, a filiação partidária. Destarte, a participação política é mediatizada pelos partidos, tornando-os fundamentais no processo de escolha dos representantes populares, portanto, igualmente, determinantes na participação política das minorias.

A questão dos sistemas partidários está diretamente ligada a dos sistemas eleitorais, enquanto o sistema majoritário privilegia o bipartidarismo, o sistema proporcional é mais afeito ao multipartidarismo. Tendo em vista, que o sistema proporcional facilita a participação política das minorias, a ilação é imediata: o pluripartidarismo é benéfico às minorias.

Na verdade, a idéia de que o pluripartidarismo é benéfico às minorias só está correta em parte. De fato, a existência de vários partidos concorrendo pelo poder incentiva a busca, cada vez maior, por novos espaços políticos, como o das minorias, possibilitando o acesso destas à representação. Por outro lado, a atual realidade brasileira tem comprovado que a proliferação de partidos políticos, muitos sem identidade, apenas tem viabilizado projetos pessoais de poder, o que acaba dificultando a participação eleitoral das minorias. Parece estar claro que o sistema partidário precisa de um equilíbrio entre a rigidez e a frouxidão, para que um pluripartidarismo sério permita o incremento do sistema representativo.

Há defensores do sistema proporcional que argumentam que tanto a concentração partidária que restringe a competição a poucos e, em geral, tradicionais partidos, como a excessiva fragmentação, que permite a existência de um grande número de partidos regionalizados e a eleição de parlamentares com menos de 1% dos votos válidos, são manifestações problemáticas à expressão e incorporação de novas parcelas de atores sociais³⁸.

Um ponto importante dentro do tema de sistemas partidários é o da cláusula de barreira, que passaria a ser efetiva a partir das eleições de 2006. A chamada cláusula de barreira foi criada em 1995, com a Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9096), em seu art. 13, ao dispor que:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Com o propósito de amenizar os efeitos imediatos da barreira, o art. 57 da mesma Lei dos Partidos Políticos adiou a entrada da cláusula em vigência até as eleições de 2006, estatuinto:

Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I – direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta Lei que, a partir de sua fundação, tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representantes em duas eleições consecutivas:

a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco Estados e obtiver um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos.

A cláusula de barreira tinha por finalidade acabar apenas com os pequenos partidos, conhecidos como legendas de aluguel, que, como referido, só se prestam a viabilizar projetos pessoais de poder. A restrição do funcionamento parlamentar implica na impossibilidade do recebimento do fundo partidário, funcionamento como partido no Congresso, participação em comissões entre outras, o que tenderia a inviabilizar a própria existência do partido.

O instituto da cláusula de barreira em si não é ruim, afinal, é importante o controle de um mínimo de representatividade social dos partidos. O problema repousa, no entanto, na ferocidade dos critérios exigidos para o funcionamento parlamentar. A exigência de no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total em cada um deles é verdadeira cláusula de extermínio. Tendo como parâmetro as eleições de 2002, só restariam PT, PFL, PMDB, PSDB, PP, PTB e PL dos atuais partidos.

Se considerarmos os partidos que seriam excluídos pela aplicação da lei, ao lado de diversas siglas desconhecidas, que existem apenas a serviço de projetos políticos pessoais e pouco nobres, encontraríamos também partidos ideológicos de longa história, como o PC do B e o PPS, este sucessor do antigo PCB, o PSB, que já participava da cena política antes de 1964, bem como o PV, partido novo, mas de conteúdo programático e projeção internacional³⁹.

Uma possível eliminação da maioria dos partidos de esquerda, advinda da cláusula de barreira, é deveras preocupante para as minorias, pois, histórica e

doutrinariamente, está comprovado que são os partidos de esquerda os pioneiros na defesa dos direitos das minorias.

O amplo estudo comparativo de Katz e Mair (1992), envolvendo 30 anos (1960-1990) de existência de organização de 79 partidos de democracias consideradas consolidadas, mostra que foram os partidos de esquerda os primeiros a incluir algum tipo de norma interna voltada para ampliar a participação das mulheres. Talvez seja por isso que, desde os primeiros anos analisados, esses partidos detivessem percentuais maiores de dirigentes e de representantes parlamentares. Todos os estudos mais recentes corroboram essa tendência⁴⁰.

A questão da cláusula de barreira foi, entretanto, parcialmente resolvida pelo julgamento das ADI 1351/DF e ADI 1354/DF, relatadas pelo ministro Marco Aurélio, em 7/12/2006. Na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal acabou por considerar o instituto da cláusula de barreira, nos termos em que estabelecido na legislação brasileira, como inconstitucional, nos termos em que se segue:

Entendeu-se que os dispositivos impugnados violam o art. 1º, V, que prevê como um dos fundamentos da República o pluralismo político; o art. 17, que estabelece ser livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana; e o art. 58, § 1º, que assegura, na constituição das Mesas e das comissões permanentes ou temporárias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa, todos da CF. Asseverou-se, relativamente ao inciso IV do art. 17 da CF, que a previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar não deve ser tomada a ponto de esvaziar-se os princípios constitucionais, notadamente o revelador do pluripartidarismo, e inviabilizar, por completo, esse funcionamento, acabando com as bancadas dos partidos minoritários e impedindo os respectivos deputados de comporem a Mesa Diretiva e as comissões. Considerou-se, ainda, sob o ângulo da razoabilidade, serem inaceitáveis os patamares de desempenho e a forma de rateio concernente à participação no Fundo Partidário e ao tempo disponível para a propaganda partidária adotados pela lei. *Por fim, ressaltou-se que, no Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria, tais como a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões*

*que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública.*⁴¹

Como se percebe, a decisão do STF considerou diretamente a questão das minorias no entendimento da inconstitucionalidade da cláusula de barreira, mas não se pode negar que tal decisão acaba por deixar sem solução o problema do descontrole sobre a representatividade social dos partidos políticos, o que acaba proporcionando projetos pessoais de poder.

Para encerrar o tópico, repete-se que o sistema partidário precisa estar equilibrado entre a rigidez e a frouxidão, para que um pluripartidarismo real, atendendo ao esculpido no art. 1º, V, da Constituição Federal de 1988, permita o incremento do sistema representativo e o respeito às minorias.

8 MINORIAS NO BRASIL: DIVERSAS REALIDADES DE PARTICIPAÇÃO

O atual trabalho não estaria completo se não houvesse um estudo, ainda que breve, de algumas minorias e suas realidades de participação na vida política brasileira. Com efeito, serão objeto de estudo aquelas minorias mais engajadas na luta pela participação política, principalmente, pela via representativa.

Cada minoria possui sua especificidade, o que gera diferentes realidades de participação, algumas com conquistas legislativas e jurisprudenciais consolidadas, outras ainda sem muitas perspectivas. Analisar-se-ão as seguintes minorias: mulheres, portadores de necessidades especiais e indígenas.

8.1 Mulheres

A situação das mulheres brasileiras é paradigmática do que é ser minoria no Brasil, pois, quantitativamente, as mulheres são a maioria da população, mas, como a cultura dominante é machista, possuem uma pior qualidade de vida, apresentando menores índices de escolaridade, piores chances de emprego e só tendo equiparação salarial no serviço público⁴².

A exclusão do modo de vida é refletida na exclusão de participação política, sendo a recíproca verdadeira. As mulheres são 51,51% do eleitorado brasileiro, compondo maioria do eleitorado em todas as faixas etárias, totalizando 64.176.952 eleitoras⁴³. A representação política feminina, todavia, é pífia, possuindo apenas 45 deputadas e 7 senadoras, o que representa, nas duas casas legislativas, coincidentemente, 9,0% de seus integrantes⁴⁴.

As mulheres, apesar de culturalmente ainda não terem conquistado uma igualdade material, possuem vantagens em relação às demais minorias, que é o fato de estarem disseminadas por toda sociedade, terem se integrado ao mercado de trabalho mais rapidamente e possuírem movimentos sociais consolidados,

já que o Feminismo há muito reivindica igualdade de direitos. Tais vantagens culminam em vitórias no campo da participação política.

A Constituição Federal é enfática ao afirmar, no art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A malha legislativa também comporta uma série de dispositivos semelhantes. Da perspectiva da participação eleitoral, o que se revela mais importante, foi a medida de ação afirmativa, por meio das cotas estipuladas inicialmente pela Lei n. 9100/95, em seu art. 11, § 3º, ao estatuir:

Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

(...)

§ 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

A redação do artigo, que parece clara, foi alvo de duas consultas junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

A primeira consulta questionava:

O Legislador ao criar reserva para candidaturas femininas não se lembrou, *data venia*, de elaborar uma norma estabelecendo o que fazer com as vagas quando não houver número suficiente de mulheres interessadas em preenchê-las (3º do art. 11, Lei n. 9.100/95).

Concessa maxima vênia, neste caso as vagas poderão ser preenchidas por homens?

O egrégio Tribunal adotou o voto do ilustre relator Ministro Marco Aurélio, que se posicionou da seguinte maneira:

O caput do artigo 11 sinaliza que o número máximo de candidatos, estipulado em cento e vinte por cento do número de lugares a preencher, restou ditado pela reserva prevista no § 3º do mesmo artigo, ou seja, os vinte por cento excedentes aos cem por cento visaram a proporcionar a participação feminina sem prejuízo do que normalmente ocorreria diante da liberdade de indicação de candidatos. Sob essa óptica não há como se entender que, inexistentes candidatas femininas no percentual de vinte por cento, cabe a inclusão de candidatos do sexo masculino. (...) *É de ressaltar que, em face até mesmo da impossibilidade de aferir-se, de forma objetiva, a inexistência das candidaturas, a resposta positiva implicaria o esvaziamento,*

numa sociedade machista como a brasileira, do preceito da Lei. A assertiva sobre a inexistência de candidaturas femininas serviria de pretexto ao afastamento da norma legal. A substituição sugerida na consulta não é possível, razão pela qual a resposta mostra-se negativa.⁴⁵

A segunda consulta (Consulta n.188 de 1996) teve como indagação se as vagas asseguradas às candidatas femininas corresponderiam a vinte por cento do número de assentos da casa legislativa e não de candidatos. O egrégio Tribunal seguiu o voto do ministro Diniz de Andrade, cuja resposta foi que o número de candidaturas de mulheres será o correspondente aos vinte por cento do número de vagas, ressaltando o precedente do ministro Marco Aurélio.

Após as consultas, o dispositivo que consagra as cotas de eleição foi substituído pelo art. 10, § 3º, da Lei 9504/97, a Lei das Eleições, que ampliou o percentual das cotas e passou a adotar cotas por sexo, sem especificar se masculino ou feminino, nos seguintes termos:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

(...)

§ 3º - Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

(...)

A realidade demonstra que há mecanismos legais de participação feminina e que lentamente esta vem aumentando, mas ainda há o sério entrave cultural dos ‘perfis de eleição’, que dificultam as candidaturas propiciadas pelas cotas se transformarem em mandatos representativos.

8.2 Portadores de Necessidades Especiais

Os portadores de necessidades especiais apresentam os problemas típicos das minorias, baseados na exclusão do modo de vida e de participação. Os portadores de necessidades especiais possuem um sério problema de restrição de direitos, em decorrência de suas deficiências. O fato de necessitarem de uma atenção diferenciada para que possam ter acesso aos seus direitos tem impedido que estes indivíduos exerçam sua cidadania de forma plena. Até mesmo direitos fundamentais como saúde e educação se tornam inacessíveis por falta de políticas públicas inclusivas.

Os portadores de necessidades especiais já possuem conquistas no campo jurídico. A Constituição contribui com a vedação à discriminação (art. 3º, IV e art. 7º, XXXI) e com a estipulação de cotas para portadores de necessidades especiais físicos em concursos públicos (art. 37, VIII). Esta conquista foi ratificada pela Lei n. 8112/90 e pelo Decreto n. 3298/99. Outra importante conquista legislativa foi a Lei n. 10.098/00, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência. Além do próprio Código Eleitoral (Lei n. 4737/65), que os garante como um dos preferidos na hora de votar, assim como a possibilidade de constituir seções especiais aos portadores de necessidades especiais.

Quando se aborda o tema dos portadores de necessidades especiais, uma questão é vital, que é a da pluralidade de casos que são abrangidos por este conceito. A própria noção de participação política de portadores de deficiência é complexa, pois em alguns casos mais severos (como algumas deficiências mentais) acaba sendo inviável, já que os absolutamente incapazes têm seus direitos políticos suspensos. Por tal razão, o TSE no processo administrativo n. 18.483 de 2004, decidiu que o alistamento e o voto dos portadores de necessidades especiais são obrigatórios, mas no caso que implique sacrifício ao eleitor deficiente, o não votar não será sancionável.

Destarte, a maioria das conquistas, nesta seara, tem se dado no campo do acesso (físico e de informações) ao processo eletivo. No que tange à acessibilidade física dos eleitores portadores de necessidades especiais ao processo eletivo, vale mencionar a colocação de Marcos Ramayana de que os eleitores sem braços, cegos que não saibam ler em braille e outros casos similares podem se valer de terceira pessoa de sua confiança para votar.⁴⁶ Destaca-se também, quanto à acessibilidade, a polêmica Resolução n. 21.008 de 2002 do TSE, que cria seções especiais para os portadores de necessidades especiais, nos seguintes termos:

Art. 1º Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, deverão criar seções eleitorais especiais destinadas a eleitores portadores de deficiência.

§ 1º Nos municípios em que não for possível a criação de seção unicamente para esse fim, o juiz eleitoral poderá designar uma das seções existentes para também funcionar como seção especial para eleitores portadores de deficiência.

§ 20 As seções especiais de que cuida este artigo deverão ser instaladas em local de fácil acesso, com estacionamento próximo e instalações, inclusive sanitárias, que atendam às normas da ABNT NBR 9050.

A resolução foi polêmica por ter sido considerada por muitos setores da sociedade, ao invés de inclusiva, segregatória, tendo sido questionada pelo Conade - Conselho Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência, no Processo

Administrativo n. 18.764, chegando a pedir a extinção de tais seções. O TSE, acompanhando o relator, indeferiu o pedido, alegando que a ida do eleitor às seções especiais era facultativa, completando:

A solução adotada pela Justiça Eleitoral na referida Resolução n2 21.008 é a que se apresenta viável neste momento, sem prejuízo de sejam adotadas outras providências no futuro.

De todo modo, deixo claro que nunca houve intenção de excluir as pessoas deficientes, como afirma o Conade, mas, ao contrário, possibilitar a elas que exerçam seu direito ao voto da maneira mais cômoda e fácil.⁴⁷

No campo do acesso às informações sobre o processo eletivo, a Lei n. 10.098/00 estabelece que deve ser promovida a inclusão de intérpretes da linguagem brasileira de sinais, no sistema de radio-difusão, o que propicia na propaganda eleitoral o uso de tais recursos. O TSE, em decisão conservadora, no bojo da instrução n. 57 de 2002, afirmou que a lei não era auto-executória e que os partidos tinham a liberdade de incluir ou não intérpretes. Neste contexto, é interessante afirmar que os surdos-mudos só não poderão votar se não tiverem educação especial para manifestar sua vontade.

8.3 Indígenas

Os indígenas também se encontram à margem do padrão hegemônico da sociedade. Segundo dados da Organização das Nações Unidas, na América Latina os indígenas têm maiores probabilidades de serem pobres e de morrerem mais cedo que os não indígenas, provavelmente, por terem acesso precário à educação e ao serviço de saúde⁴⁸.

Os indígenas tiveram seus direitos reconhecidos pela Constituição de 1988, a partir do art. 231, basicamente, garantindo o direito à preservação da sua cultura e de suas terras. Na legislação infraconstitucional, destaca-se o Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73).

O Estatuto do Índio prescreve:

Art.4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Art. 5º Aplicam-se aos índios ou silvícolas as normas dos artigos 145 e 146, da Constituição Federal, relativas à nacionalidade e à cidadania.

Parágrafo único. O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente.

Após a leitura dos dispositivos mencionados, a conclusão é que somente dos índios considerados integrados se pode exigir o cumprimento de obrigações civis ou constitucionais. A contrário senso, constata-se que aos índios é garantido o direito ao voto, desde que habilitados pela FUNAI.

9 CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, fica evidente a ligação entre a participação política das minorias e a efetiva democracia, sendo necessária, para que tais conceitos alcancem seus reais objetivos, a existência de uma compreensão multicultural dos direitos humanos, abrindo caminho para a consagração e efetivação de direitos específicos das minorias.

Há também a necessidade de uma reformulação do conceito de participação política, eliminando a visão liberal de que participação política se resume à participação eleitoral, permitindo que outras formas de engajamento social ganhem força e se tornem mais efetivas.

Do ponto de vista estritamente eleitoral, resta patente o sério problema dos 'perfis de eleição', elemento histórico-cultural, que empurra a sociedade a repetir os mesmos padrões representativos, impedindo o acesso de novos atores no cenário político.

No que tange ao sistema partidário nacional, há um número elevado de partidos, muitos sem identidade, servindo apenas como legendas de aluguel, não proporcionando a participação das minorias. Contudo, a solução adotada da cláusula de barreira exagera nos critérios necessários para a continuidade do funcionamento parlamentar dos partidos, tornando-se verdadeira cláusula de extermínio, principalmente, para os partidos de esquerda, historicamente, mais comprometidos com as causas das minorias.

Vale ressaltar, por fim, que cada minoria possui uma realidade própria, com seus problemas e peculiaridades, devendo tais elementos ser considerados nas ações de fomento à participação política. Não se pode esquecer, no entanto, que há um fator comum a todas as minorias: a 'não-dominância' baseada em motivos discriminatórios e causadora de exclusão social. Estes fatores discriminatórios devem ser combatidos, permitindo o acesso real e efetivo das minorias aos seus direitos.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de direito político: mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, t. III.
- _____. *Tratado de Direito Político. democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, t. II.
- ARAUJO, Clara. Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 24, p.193-215, jun. 2005.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. 3ª. tiragem, revista e atualizada. Bauru: Edipro, 2005.
- CARVALHO, Kátia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema6>>. Acesso em: 3.jun. 2006.
- DALLARI, Dalmo. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LOPES D'ÁVILA, Ana Maria. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes *Democracia, direito e política: estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoria liberal de los derechos de las minorias*. Barcelona: PAIDÓS, 1996.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de Desenvolvimento Humano: liberdade cultural num mundo diversificado*. Lisboa: MENSAGEM, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: SANTOS, Sales Augusto (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm>. Acesso em: 3.jun.2006.

SAMPAIO LEITE, José Adércio. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÉGUIN, Elida (Coord.). *Direito das minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

¹ LOPES D'ÁVILA, Ana Maria. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 88.

² WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

³ *Ibid.*, p. 47.

⁴ LOPES D'ÁVILA, op. cit., p. 89.

⁵ SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

⁶ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoria liberal de los derechos de las minorias*. Barcelona: PAIDÓS, 1996, p. 35 e 36. Tradução livre do autor.

⁷ SEMPRINI, op. cit., p. 44.

⁸ LOPES D'ÁVILA, op. cit., p. 91.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de Desenvolvimento Humano: liberdade cultural num mundo diversificado*. Lisboa: MENSAGEM, 2004, p. 27.

¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

¹¹ *Ibid.*, p. 140.

¹² *Ibid.*, p. 157.

¹³ *Ibid.*, p. 66.

¹⁴ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶ *Ibid.*, p. 220.

¹⁷ *Ibid.*, p. 223.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 525.

¹⁹ É necessário salientar que o Preâmbulo da carta de 1948 a nomeia Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas que a maioria da doutrina (Fábio Konder Comparato, José Adércio Leite Sampaio, Elida Séguin, Heiner Bielefeldt e Will Kymlicka) chama o mesmo documento de Declaração Universal dos Direitos Humanos.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: SANTOS, Sales Augusto (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, p. 34.

²¹ “Apesar do problema das minorias ter aparecido no tempo da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, achou-se melhor não tratar a respeito, por causa dos vários destinos que o assunto tem tido nos países”. Cf. SÉGUIN, Elida (Coord.). *Direito das minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20.

²² KYMLICKA, op. cit., p. 15. Tradução livre do autor.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm>. Acesso em: 3.jun.2006, p. 7.

²⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. Rasse und Geschichte, neu adgedruckt. In: KONERSMANN, Ralf (Hrsg): *Kultursphilosophie*. Leipzig: Reclam, 1996, p. 168-221. Apud BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 24.

²⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 38.

²⁶ SEMPRINI, op. cit., p. 49.

²⁷ KYMLICKA, op. cit., p.46 et seq.

²⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 40.

²⁹ DALLARI, Dalmo. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 39.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159.

³¹ *Ibid.*, p. 164.

³² AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de direito político: democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, t. II, p. 53.

³³ Dispositivo com eficácia suspensa por decisão do Tribunal de Justiça do Ceará.

³⁴ ARAUJO, Clara. Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. *Revista de Sociologia Política*. Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 195.

³⁵ *Ibid.*, p. 195.

³⁶ *Ibid.*, p. 196.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, p. 198.

³⁹ CARVALHO, Kátia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema6>>. Acesso em: 3.jun.2006.

⁴⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 199.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 451. Publicado em 13.dez.06. Cf. ADI 1351/DF e ADI 1354/DF Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 7.dez.2006. Grifo do autor.

⁴² SÉGUIN, op. cit., p. 33.

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Página sobre o eleitorado brasileiro. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br.html>>. Acesso em: 05.fev.2006.

⁴⁴ CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/deputados/index.html/loadFrame.html>>. Acesso em: 6.jun.2006. SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senadores/senadores_atual.asp?o=1&u=*&p=*>. Acesso em 6.jun.2006.

⁴⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta n. 54 - DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Consultente: Nilson Gibson, Deputado Federal. Brasília, 29.dez.1996. Grifo do autor.

⁴⁶ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 80.

⁴⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Processo Administrativo n. 18.764 - DF. Relator Ministro Fernando Neves. Brasília, 13.fev.2003.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit., p. 29; p. 67.

POLITICAL PARTICIPATION OF MINORITIES

ABSTRACT

This paper intends to examine the intriguing issue of political participation of minorities, starting from the

analysis of the idea of minority and of the challenges these groups face. Another point to highlight is the connection between the struggle of minorities and the acquisition of rights, which is based on an outlook that takes into consideration the notion of human rights and the debate between multiculturalism and universalism. As political participation is presented as an essential element for facing challenges minorities have to confront, such idea is preceded by a study on the varieties of political participation and their relations with minorities. The paper ends with the analysis of some cases involving the political participation of minorities examined by the Brazilian Supreme Electoral Court (Portuguese: *Tribunal Superior Eleitoral* – TSE).

KEYWORDS: Minorities. Human rights. Universalism. Multiculturalism. Political participation. Electoral Law. Electoral systems. Political rights. Political parties. Supreme Electoral Court.

LA PARTICIPATION POLITIQUE DES MINORITÉS

RÉSUMÉ

Le présent essai a pour objectif l'analyse de la participation politique des minorités. Cela se fait à partir de la problématisation du concept de minorité lui-même et des difficultés que les groupes minoritaires affrontent. Outre, voici un point qui mérite attention spéciale: celui de la connexion entre les luttes des minorités et la conquête de droits, relation établie à partir de la perspective des droits de l'homme et du débat entre l'universalisme et le multiculturalisme. En effet, la participation politique se présente comme élément fondamental dans l'affrontement des défis des minorités. Une telle proposition est précédée par l'étude sur les formes de participation politique et leurs relations avec les minorités. On termine avec l'exposition de quelques cas du Tribunal Supérieur Électoral impliquant la participation politique des minorités.

MOTS-CLÉS: Minorités. Droits de l'homme. Universalisme. Multiculturalisme. Participation politique. Droit électoral. Systèmes électoraux. Droits politiques. Partis politiques. Tribunal Supérieur Électoral.

DIREITO RACIONAL E BUROCRACIA: FUNDAMENTOS DO CAPITALISMO MODERNO EM MAX WEBER

Gerardo Clésio Maia Arruda*

1 Introdução. 2 Considerações sobre o advento do Capitalismo moderno. 3 Organização burocrática e capitalismo. 4 Racionalidade legal e economia de mercado.

RESUMO

Este artigo procura discutir, apoiado em pesquisa bibliográfica e a partir da estrutura teórica do sociólogo Max Weber, em uma perspectiva histórica que remete à Antiguidade e à Idade Média, alguns pressupostos desencadeadores da edificação e do desenvolvimento da moderna sociedade capitalista, enfocando o Estado racional e, particularmente, o Direito racional e a burocracia como elementos essenciais. Tem-se, também como objetivo precípua, a intenção de resgatar o pensamento weberiano como discussão obrigatória para o entendimento da consecução da modernidade, enquanto fenômeno historicamente localizado no Ocidente, dos fatores que contribuíram para a sua consolidação nos séculos XVIII e XIX e do debate acerca de sua crise, que surge no início do século XX e recrudescer no seu final.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade. Racionalidade. Direito racional. Burocracia. Economia de mercado.

1 INTRODUÇÃO

O homem é o que ele faz. Esta sentença traz em si a idéia de que o homem é o senhor de seu destino, capaz de dominar as coisas do mundo, ao pensar sobre tudo e produzir um tipo de conhecimento indutor da ampliação e aperfeiçoamento da produção, que progressivamente dirimi os obstáculos ao seu conforto material, e organizador da vida coletiva, que gera ordens consensuais orientadoras de um agir humano que considera tanto os interesses individuais como os coletivos. Ao explicitar o seu entendimento mais difundido, Alan

* Graduado em Ciências Econômicas, Especialista em Geografia Humana, Mestre e Doutor em Sociologia (UFC); Professor da Universidade de Fortaleza e da Faculdade Christus; Diretor Técnico da Organização Não-Governamental Agência TEAR. E-mail: clesioarruda@yahoo.com.br

Touraine afirma que a modernidade se trata do ideal de uma sociedade de homens livres, em que a opressão e a violência difusa desaparecem para dar lugar ao Estado de direito e as necessidades materiais e sociais são atendidas a partir de uma cultura científica¹. Esta definição corresponderia ao ideal de uma sociedade pautada pela *razão*, geradora de elementos garantidores de um reino que asseguraria a felicidade à humanidade, alcançada com a abundância e o livre agir e pensar.

Nestes termos, a modernidade estaria fortemente vinculada à idéia da busca incessante do aumento da produtividade ou ainda de um funcionalismo institucional, que distingue a boa sociedade como aquela onde funciona adequadamente o sistema escolar, a administração pública, a força opressora do Estado, a arrecadação de tributos, o sistema produtor de mercadorias. O que se observa aí é que ao se salientar tais aspectos da modernidade relevam-se, principalmente, os originados no campo econômico. Tal entendimento é próximo ao de Max Weber, dada sua crença de que o que dá substância a modernidade é a procura da eficácia, de sorte que “mesmo quando outros valores parecem entrar em jogo, como a democracia ou a autonomia da razão, o que se esconde atrás deles é sempre um desempenho mais eficaz do sistema econômico, político ou cultural.”²

A modernidade advinda com a sociedade racional, pautada no cálculo e na previsão, na articulação de meios e fins, na ciência e na técnica, enfrenta críticas justamente aí, ao conceber a felicidade humana como produto infalível e inerente ao seu fazer-se. Tal fórmula encontra resistência mesmo em Max Weber, que denuncia a *dessubjetivação* ocorrida com o desenvolvimento da técnica organizacional e produtiva, que limita o indivíduo às funções exclusivamente praticadas num ponto determinado da sociedade produtora de mercadorias, aprisionando-o a *jaula de ferro*; mas as reservas ao ideário da modernidade encontram-se nos mais diversos pensamentos, como entre os membros da Escola de Frankfurt, que chamam a atenção para o fato da dimensão cultural ser apreendida pelo campo da produção de mercadoria, elidindo a capacidade de criação humana com a instituição da indústria cultural.

É contundente a crítica dos radicais e de outros nem tanto acerca da moderna sociedade capitalista contemporânea, cuja especialização, padronização, alienação e objetivação engendrada no cerne da produção avançaram, com a sociedade de consumo em massa, sobre as outras dimensões da sociabilidade humana, frustrando a utopia de uma sociedade de indivíduos autônomos e felizes. Todavia, justamente porque remete à discussão dos aspectos formadores da moderna sociedade capitalista, é que a teoria weberiana deve ser sempre revisitada, na medida em que alguns dos elementos presentes no *capitalismo puro*, que foram pontilhados por Max Weber, ainda são observados, mesmo que de forma fragmentária ou como resquícios. Por isto, torna-se impossível a reflexão acerca da modernidade sem um diálogo com as proposições weberianas. Aserção que é também defendida por Sérgio Paulo Rouanet, mesmo quando – e justa-

mente por isto – opõe à modernização de Weber, referida como racionalização, o conceito iluminista, que, para além da eficácia dos processos econômicos, políticos e culturais, traz em sua construção a preocupação fundamental com a autonomia do indivíduo³.

É já lugar comum mencionar a erudição de Weber presente na exposição de seu pensamento; mas, tal recurso, apesar de redundante, aqui se faz necessário, dado que neste artigo privilegiou-se um corte que delimitou a discussão acerca dos elementos instituidores do capitalismo moderno circunscrito à combinação do direito racional com a organização racional burocrática, portanto, tão-somente tangiversou-se a respeito de outras dimensões da vida humana. Outrossim, não se pode desconsiderar que, ao buscar a compreensão da racionalização, enquanto fenômeno que se localiza especificamente na civilização ocidental, como resultado de um conjunto de fatores que se localizaram num período histórico determinado, Max Weber estrutura um projeto teórico que procura dar conta da “evolução em todos os domínios essenciais da vida humana, o da religião, do direito, da arte, da ciência, da política e da economia.”⁴

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ADVENTO DO CAPITALISMO MODERNO

Karl Jaspers, ao discutir o método de Max Weber, referencia seu estudo acerca das causas da *decadência do mundo antigo*, para mostrar a importância dado por este autor à compreensão dos nexos entre as coisas humanas como possibilidade de apreensão das sociedades em suas mudanças históricas; pode a pesquisa versar sobre a ética religiosa ou o significado das cidades, em distintas culturas, o que se percebe no pensamento weberiano é a presença vital do homem enquanto ser produtor de significados⁵. Mas, este mesmo trabalho, em que a ação humana é cerne de sua exposição, pode ser também o fio condutor para se delinear a base da explicação de Max Weber para a passagem do *ancien regime* para a moderna sociedade capitalista.

Max Weber é peremptório na defesa da idéia de que os problemas sociais devem ser compreendidos circunstancialmente: não se encontram no mundo antigo as respostas para os problemas sociais da modernidade. Mas isto não impede que, ao voltar os olhos para o passado remoto, o pesquisador encontre, mesmo que em “germe”, elementos constituintes da sociabilidade contemporânea. O pressuposto de que cada época contém embrionariamente a época posterior é o que faz a análise weberiana das causas da derrocada do Império Romano pontilhar questões que contribuem para o entendimento da passagem para o capitalismo moderno, a despeito do fato ressaltado por ele próprio de que “nossos problemas são de ordem completamente diferente.”⁶

Ao realizar a discussão acerca dos motivos que impulsionam e obstaculizam o progresso econômico na antiguidade e no medievo, Weber corrobora com a assertiva de que a causa determinante do progresso econômico é a am-

pliação da divisão do trabalho. E apoiado em evidências consolidadas na época moderna, assente que o que garante o permanente crescimento do mercado é o desdobramento das trocas no intuito de atender todas as necessidades humanas em toda área geográfica possível.

Max Weber aponta que as condições da exploração econômica medieval eram mais propícias à ampliação da divisão do trabalho do que na Antiguidade. Isto porque no mundo antigo a produção se erigia no trabalho escravo e na época senhorial no trabalho servil.

Embora o mundo antigo gravitasse politicamente em torno da cidade, houvesse uma cultura e uma economia predominantemente urbana, “a cidade antiga da época helênica não é essencialmente distinta da cidade medieval.”⁷⁷ Tanto a cidade antiga como a do medievo era o local em que se realizavam as trocas entre os produtos das oficinas e destes com os agrícolas produzidos nas circunvizinhanças.

Os mercados locais das cidades antigas atendiam as necessidades dos habitantes urbanos e rurais próximos. Concomitante a essa infra-estrutura de produção local subsistia a troca de mercadorias praticadas a longa distância. Mas encontra-se uma diferença basilar quando se compara as trocas internacionais da Europa antiga com a medieval; na primeira, este comércio estava voltado para a “classe de possuidores”, que, tendo suas necessidades cotidianas localmente atendidas, demandavam ao comércio internacional “os metais preciosos, o âmbar, os tecidos opulentos, alguns ferros, a cerâmica; em sua maioria objetos de luxo que, devido ao seu preço elevado, podiam suportar os grandes gastos de transporte.”⁷⁸ As cidades antigas que demandavam mercadorias de largo consumo, como os cereais, se constituíam em exceções, era o caso de Atenas e Roma.

Esta característica econômica leva Max Weber a constatar que o caminho que poderia tornar possível a prosperidade comercial na antiguidade seria a crescente diferenciação da fortuna. Esta afirmação se apóia no fato de que a produção do mundo antigo estava alicerçada no trabalho escravo e que a busca da acumulação de riqueza ocorria através da tentativa de ampliação deste tipo de trabalho. Aliás, a reflexão de Weber sobre as causas da derrocada do Império Romano, se contrapõe a explicação que toma por base a imoralidade e a degeneração racial e indica como fator preponderante justamente a forma adotada no atendimento às necessidades da população imperial, no período referente ao final da república romana. Ao escravismo subordinado à ordem patriarcal, que permitia a reprodução familiar, os romanos passaram a explorar a economia da grande plantação através da mão-de-obra escrava renovável, dependente da manutenção em casernas e da disciplina, por capatazes, para executar as tarefas; mão-de-obra esta que se consumia na exploração e era renovada através da compra. Isto levou a uma necessidade de um sempre crescente aprisionamento de escravos, que se realizava nas guerras, para o abastecimento dos mercados.

No fator gerador de riqueza da Antiguidade, Weber identifica também o fator de empecilho do progresso: o baixo preço da mão-de-obra. O trabalho

realizado por um número cada vez maior de escravo era o que possibilitava uma produção que excedia a demanda local e era direcionada ao atendimento da necessidade de habitantes alhures. Este sistema não possibilitava o avanço técnico, que se fundamenta no desenvolvimento de formas de redução da força humana na produção de mercadorias e, assim, possibilita uma ampliação dos ganhos.

Já o produtor da Idade Média, ao adotar o trabalho servil, não provocou o impedimento da expansão do mercado, de sorte que “os habitantes dos burgos tentarão romper os muros das senhorias e introduzir seus vassalos no comércio livre.”⁹ Além do que, enquanto na Antiguidade predominava a tendência para a combinação do trabalho escravo e servil; na Idade Média, ao trabalho servil, mais usual na produção agrícola, adotava-se o trabalho livre como base da economia urbana. Portanto, a economia do medievo estava assentada em condições de produção característica da moderna sociedade capitalista, em que o que determinava o progresso econômico era a crescente divisão do trabalho. Assistiu-se nesta época a ampliação do trabalho livre adotado na produção de manufaturados e na comercialização, tornando-se intensiva a troca como base do atendimento das necessidades da população; abastecido o mercado local, o próximo passo tornou-o ainda mais extenso, pois foi intensificada a troca intra-mercados. E de acordo com Weber, “a evolução da economia nacional ‘moderna’ corre paralelamente à circunstância de que as necessidades das grandes ‘massas’ se satisfaçam cada vez mais por meio do comércio interlocal primeiramente, e internacional por fim.”¹⁰

O alargamento da divisão do trabalho, para Weber, causa primeira do progresso econômico, encontra terreno fértil na Idade Média, dado a consolidação e expansão de um tipo de produção apoiada no empresário livre e no trabalhador livre, que induz o avanço técnico a partir do desenvolvimento de estratégias poupadoras de mão-de-obra; assim como, a tendência ao rompimento de uma economia natural, do tipo senhorial voltada para o auto-abastecimento, como decorrência da intensificação do comércio local, que deu origem a economia nacional e, por conseguinte, a um comércio internacional, também direcionado para o atendimento das necessidades das “massas”, que estimula a competição, funcionou igualmente como fator decisivo ao avanço técnico.

Além destas transformações no âmbito econômico, mudanças na estrutura mental da época também devem ser consideradas, que foram ocasionadas pelos seguintes motivos: (I) a crise de braços ocorrida ao final do império romano, devido a diminuição dos confrontos e conseqüente escassez de homens aprisionados para abastecer o mercado, que foi superada com a adoção do trabalho servil, em que o homem passou a condição de possuidor, ressalte-se que homem e gado compartilhavam o mesmo alojamento e eram distinguidos como *instrumentum vocale* e *instrumentum semivocale*; e, (II) a reprodução para suprimento de mão-de-obra, em que se premiavam com a liberdade as escravas que pariam três filhos, que foi substituída pela do tipo apoiada na família

monogâmica, sendo que nesta última a idéia de propriedade e de acumulação encontra sustentáculo para enraizar-se.

Porém, a fundação no cerne da cultura medieval de uma base sobre a qual se erigiu a moderna sociedade burguesa ocorreu num longo transcurso de tempo. As forças que a constituíram só foram verdadeiramente liberadas após o forte enfrentamento das idéias que sustentavam a autoridade senhorial, perpetrado pelos espíritos propugnadores de uma nova forma de regulação social. Tal embate teórico se principia com Maquiavel e recrudescer, principalmente, com Hobbes, Locke e Rousseau.

Estes prolegômenos indicam a existência já no período que antecede a modernidade formas organizacionais com características próprias da burocracia. Max Weber localiza, inclusive, no Império Romano a existência de organizações assentadas em normas de rituais religiosos entremeadas de elementos concernentes ao tipo burocrático; porém, a despeito de evidências históricas, o capitalismo só se torna hegemônico na segunda metade do século XIX, porque é a partir daí que a “empresa” baseada na racionalidade burocrática passou a ocupar a maior parte do espaço de produção de mercadorias. A sociedade ocidental adentrou, enfim, numa época em que as necessidades dos indivíduos passaram a ser atendidas quase que exclusivamente na forma tipicamente capitalista, de tal maneira extensiva e enraizada que a sua supressão comprometeria a possibilidade de satisfazer as demandas humanas.

Enfim, a sociedade capitalista moderna é uma decorrência da hegemonia da empresa burocrática racional, mas o seu desencadeamento depende da existência de pessoas que se sintam obrigadas, para garantir sua sobrevivência, a alienar a outros sua capacidade de trabalho; da liberdade para trocar e comercializar extensiva a todos; de que os meios de produção estejam sob o domínio das empresas; e, fundamentalmente, faz-se necessário a instituição do direito racional, calculável, que torne conhecido o quanto e como pode ser realizada a exploração econômica. Max Weber resume na seguinte afirmação, as condições ideais ao desenvolvimento da sociedade capitalista: “É o Estado racional, único terreno em que o capitalismo moderno pode prosperar. Tal Estado se apóia numa burocracia especializada e num direito racional.”¹¹

3 ORGANIZAÇÃO BUROCRÁTICA E CAPITALISMO

A consolidação da organização tipicamente burocrática, que é a forma preferencial de produzir mercadorias na modernidade e se orienta na direção incondicional da obtenção do lucro, aparece no pensamento weberiano como marco do capitalismo. O lucro é aqui entendido como uma vantagem que se realiza a partir do cálculo racional, portanto, difere do ganho ao acaso, que move ações humanas desde épocas imemoriais. Previsibilidade de que o valor adiantado para dar partida à “empresa” será acrescido de rentabilidade, constante busca do aprimoramento dos meios empregados (máquinas, equipamentos, mão-de-

obra, etc.) na realização do seu objetivo, registro minucioso – a contabilidade moderna – das despesas e receitas e a incessante formulação de estratégias de ampliação dos ganhos são os fatores que substanciam a produção do lucro.

A compreensão da burocracia enquanto estrutura historicamente construída para a obtenção da eficácia, portanto, mecanismo essencial da produção de lucro, é possível através da sistematização dos caracteres que definem o seu *tipo ideal*. Em princípio, vale salientar que *empresas* organizadas para os mais diversos fins e com a presença de elementos próprios da burocracia antecedem mesmo o capitalismo comercial:

A organização do trabalho, como forma de se extrair o máximo de produção dos recursos disponíveis, é uma prática que precede a moderna sociedade capitalista. São exemplos dessa assertiva as grandes obras de engenharia realizadas pela humanidade: Muralhas da China, Pirâmides do Egito etc., executadas sob a égide de princípios até hoje adotados¹².

Se a burocracia já estava presente na antiguidade¹³; com a prática, na cidade medieval, da produção de mercadorias assentada no trabalho assalariado, voltada para atender ao consumo local e o das cidades alhures, e a separação dos indivíduos e meios de produção, ela se expande na Idade Média; com o capitalismo comercial e industrial, emerge como estratégia fundamental, a grande organização para o atendimento intensivo e extensivo de necessidade de mercadorias, e a burocracia se tornou primordial à vida das pessoas, seja através do abastecimento de produtos ou como possibilidade de obter as condições – salário – para ter acesso aos meios garantidores da sobrevivência.

Como a sua base é o conhecimento técnico, a burocracia supera todos os outros tipos de organizações no concernente à precisão, estabilidade, disciplina e confiança. A expansão da administração do tipo burocrático foi o que ocasionou o desenvolvimento organizacional em todos os setores. “Isto é válido para a Igreja, Estado, exércitos, partidos políticos, empresas econômicas, organizações promocionais de toda espécie, associações particulares, clubes e muitas outras.”¹⁴ Os teóricos da burocracia, desde Weber até os que propuseram alterações em sua proposição a partir de observações empíricas, defendem basicamente as seguintes dimensões, como aquelas que caracterizam o tipo ideal de burocracia, ressaltando-se que a adoção do tipo ideal remete a possibilidade de que se encontre na realidade uma variedade infinita de graus destas dimensões, assim constituindo os mais variados tipos de organizações burocráticas:

Mais precisamente, uma organização altamente burocratizada seria caracterizada por uma complexa divisão do trabalho; uma estrutura hierárquica multigraduada e rigorosamente observada; normas extensivas de controle da atuação no trabalho;

normas de trabalho bem desenvolvidas e sistematicamente observadas; comportamento impessoal – tanto entre os membros da organização como entre estes e os não-membros – orientado por normas que enfatizam o cargo e não o seu ocupante como base da interação; e a importância do êxito no desempenho das tarefas – em oposição aos sentimentos – como base para a promoção e salário.¹⁵

Estas dimensões tornam a burocracia uma estrutura que se abate sobre o indivíduo transformando-o num ser metódico, prudente e disciplinado. A burocracia no seu tipo mais puro é o instrumento mais racional no exercício da dominação dos indivíduos, portanto, o mais apropriado para se atingir o máximo de eficiência. Robert King Merton chama a atenção para o fato de que, como a burocracia procura extrair o máximo de eficiência dos meios disponíveis, o todo deposita uma enorme confiança no desempenho da função das partes, de forma que cada funcionário deve exercer sua função como está determinado nas normas e confia, para o êxito de suas próprias atividades, que os anteriores desempenharam e os posteriores desempenharão suas funções tal como previstas¹⁶. Isto transforma a disciplina em um fator fundamental para a organização burocrática de qualquer tipologia, seja privada, direcionada para a produção de bens e serviços, seja pública, de natureza administrativa, arrecadadora de tributos, coercitiva ou de atendimento às necessidades coletivas. Para que a disciplina se instale é preciso condicionar as atividades através do exercício rigoroso da rotina, por intermédio de uma racionalização que especifique o seu modo de fazer e os seus limites, integrando-as na engrenagem como um todo ao combiná-las, horizontal e verticalmente, com as funções anteriormente e posteriormente posicionadas. Associado a isto é preciso que sejam clarificados os diversos níveis de autoridade, de sorte que todos diferenciem a intensidade e extensão do poder relativo a cada função.

Mas existem contrapontos aos elementos aqui apontados como fundamentais ao bom funcionamento das estruturas organizacionais. Vale pontilhar como referência a disciplina, elemento chave do funcionamento burocrático, mas que é criticada como fator que pode levar ao enrijecimento de sua engrenagem. Robert King Merton, em seu estudo sobre os efeitos da estrutura burocrática sobre a personalidade, indica como a obediência à norma, quando exercida de forma exemplar, pode se transformar de um meio em um fim em si mesmo, no exemplo do engenheiro que tencionando cumprir com as suas obrigações extrapola as medidas recomendadas no cálculo de resistência de uma ponte¹⁷. Os nós metodicamente estabelecidos para o bom desempenho da função podem ocasionar uma exacerbação do sentimento de obediência. “Este apego pode ser exagerado até o ponto em que a observação rigorosa das normas interfere na consecução dos fins da organização; teremos, então, o fenômeno corrente do formalismo ou tecnicismo dos funcionários.”¹⁸

Mas focando nos elementos instituidores do fenômeno da burocracia que são, não obstante os paradoxos pertinentes, fundamentais à compreensão

da moderna sociedade capitalista, com o intuito de compreender o que torna a burocracia essencial e indispensável à sociedade moderna, é preciso considerar, em primeiro lugar, que a sua consolidação vai do Estado, onde se origina e se aperfeiçoa, para a área da empresa privada, onde se generaliza ao abarcar todas as dimensões da vida humana, portanto, se encontra tanto no domínio público como no privado e está adstrito ao interesse individual e coletivo.

Porém, para atender aos propósitos deste artigo, para além da constatação da generalização da burocracia como modelo de organização, interessa saber o que provocou tal fato. O advento da produção em massa demandou um tipo de organização que garantisse a estabilidade da produção, no que concerne o fornecimento de insumos e matérias-primas, mão-de-obra em quantidade e qualidade necessárias e a existência de mercado para o escoamento do produto. Ora, uma produção com estas características só se torna factível se assentado numa base técnica que permita o melhor aproveitamento das matérias-primas existentes e o desenvolvimento contínuo de fontes alternativas, o aperfeiçoamento dos processos produtivos (criação e extinção de funções, adequação dos trabalhadores às máquinas, extração do máximo de força de trabalho – física e intelectual – e constante adaptação do conhecimento científico ao sistema) e o respeito às normas e contratos estabelecidos nas relações com fornecedores, trabalhadores e consumidores. Neste sentido, vê-se que a burocracia, devido as suas dimensões salientadas anteriormente, se coloca como a forma ideal de organização de produção de mercadorias com estas características; por outro lado, a consolidação deste tipo de organização no setor privado reforçou a sua necessidade em seu lugar de origem: o Estado. Isto porque o funcionamento da organização privada em tais condições exige garantias que só podem ser realizadas de fora do mercado, como as regulações protecionistas do indivíduo e da propriedade e a existência de um sistema financeiro regular¹⁹, que para serem efetivamente executadas reclamam à instituição de órgãos estatais de natureza administrativa, arrecadadora e controladora.

Isto nos remete para a seguinte sentença: se, por um lado, à produção de bens e serviços em massa, própria da sociedade moderna, a organização burocrática é imprescindível; por outro lado, este modelo de sociedade demanda um Estado que estructure as relações sociais de produção através de sua regulação e do fornecimento das condições necessárias à realização das trocas.

4 RACIONALIDADE LEGAL E ECONOMIA DE MERCADO

Os funcionários não *funcionavam* no antigo regime chinês. É certo que na China houve o mandarim; homem culto, conhecedor de uma literatura milenar e produtor de versos; humanista, que não possuía habilidades administrativas nem tampouco conhecimentos de jurisprudência, mas era por sua erudição designado o responsável pela organização das províncias; sempre servindo em lugar que não o de sua origem, portanto, desconhecedor do dialeto praticado entre os naturais, era incapaz de lidar com o público e de arbitrar eficazmente

acerca de seus problemas. Esta forma de organização redundava no fato de que diante das estiagens, pragas ou qualquer outro dano, os produtores agrícolas estavam entregues a própria sorte. Embora haja ocorrido um período de exceção, em que o mandarim cedeu espaço para uma organização apoiada no funcionário especializado, esta forma que é a base do Estado racional, na China antiga, esbarrou nos interesses da magia que se identificavam com o mandarinato²⁰.

O Estado associado a um direito desta natureza obstaculizava a emergência de uma mentalidade capitalista. Max Weber demonstra isto através do seguinte exemplo: o vendedor de uma casa, tendo a infelicidade de cair na miséria posteriormente, e, vendo-se na iminência de morar ao relento, poderia reivindicar o direito sobre a propriedade vendida, e o comprador deveria cedê-la, em obediência ao mandamento de ajuda ao próximo inscrito no Direito chinês antigo, que ordenava este tipo de ação sob a condição de que a sua não obediência tornaria os “espíritos” revoltosos, sendo inclusive o vendedor desobrigado de qualquer pagamento a título de recompra ou de aluguel²¹.

A referência de Weber ao sistema de organização chinês apoiado no mandarim tem como objetivo demonstrar que o Estado alicerçado num corpo de funcionários especialistas é uma característica do Ocidente. Aqui, a magia enfrentou o surgimento, evolução e consolidação das cidades e do cristianismo, que, como dito anteriormente, teve na burocracia um fator de desenvolvimento.

Destarte, corroborou também para a emergência do Estado racional a existência de um movimento na direção da racionalização do *processo jurídico* que se plasmou por todo o mundo ocidental. Max Weber, ao explicar este fenômeno, parte da subjetividade que permeia a justiça islâmica do cádi, em que as partes buscavam influenciar a decisão através de encenações que recorriam a estratégias que os levavam às lágrimas, por vezes, rogavam súplicas e, quando preciso, lançavam maus agouros e maldições sobre a outra parte; em seguida, sua exposição aproxima o tribunal grego ao cádi e, apoiado nos discursos de Cícero, argumenta que os processos políticos romanos assemelhavam-se aos dos gregos; porém, ressalva que nos processos civis as sentenças eram substanciadas por instruções severas²².

A partir deste aspecto do Direito romano, Max Weber descreve uma trajetória do Direito no Ocidente que marcha de forma resoluta na direção a uma crescente racionalização; faz isto por intermédio da explicitação e da associação de elementos que contribuíram para sua consecução na forma moderna. Em primeiro lugar, salienta o fato de que, com a decadência do Império Romano, o Direito é apoderado pelos notários italianos, que se juntam com as Universidades para dar conta da tarefa de adequá-lo às necessidades de sua época, tal iniciativa resulta na elaboração de uma teoria jurídica sistematizada. Em seguida, relaciona os seguintes eventos importantes: a associação do formalismo produzido neste ensaio com a formalização rigorosa do antigo procedimento germânico, que suspensava a palavra ressaltando-a como elemento chave, de sorte que aquele que em um litígio a empregasse de forma inadequada, assim,

comprometendo o enunciado da fórmula, perdia a demanda; o aprimoramento das fórmulas jurídicas, proporcionada com o Instituto dos Advogados na monarquia francesa; e a Igreja, que também contribuiu para a racionalização dos processos, ao elaborar normas fixas que se constituíram no Direito Canônico, voltado à orientação de seus membros internos e dos fiéis.

Estas são algumas das ações que, segundo Max Weber, possibilitou a edificação de um direito formalista pautado no *cálculo* e na *previsibilidade*, portanto, estruturado com base na técnica racional, entendida como “uma aplicação de meios que, consciente e planejadamente, está orientada pela experiência e pela reflexão, e, em seu máximo de racionalidade, pelo pensamento científico.”²³ Um direito desta natureza obrigatoriamente demanda um funcionário com um tipo de comportamento pertinente ao regime da organização burocrática. A jurisprudência daí resultante, em concomitância com o Estado racional burocrático, na verdade, não se constituem nos únicos fatores do desenvolvimento do capitalismo moderno²⁴, contudo, se reveste tanto como base formal garantidora do agir ordenado e em conformidade às necessidades da produção capitalista quanto elemento indutor de comportamento concernente à mentalidade da sociedade moderna²⁵.

É bem verdade que as ações dos indivíduos se apóiam geralmente na *convenção* e no *costume*, de sorte que o comportamento social em todas as dimensões humanas, mesmo na econômica, está apoiado principalmente num hábito arraigado. De fato, só remotamente os envolvidos numa relação de troca reivindicam o exercício da ordem jurídica, o que se observa é que os envolvidos as realizam sabendo de antemão que a consecução da transação comercial se efetivará plenamente, de maneira que se dá como certa que a posse do bem será transferida e a dívida saldada. Contudo, isto não descarta a coação jurídica como elemento garantidor das transações comerciais, que se faz cada vez mais necessária com a ampliação de sua extensão e o aumento de sua intensidade. Como afirma Max Weber, “sem dúvida, o funcionamento de uma ordem econômica do tipo moderno não é possível sem uma ordem jurídica de caráter muito especial, a qual, na prática, só pode ser uma ordem ‘estatal’. A economia moderna baseia-se em oportunidades adquiridas por contratos.”²⁶

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Gerardo Clésio Maia. Qualificação profissional nos tempos presentes: decifra-me ou te devoro. In: CARLEIAL, Liana e VALE, Rogério (Org.). *Reestruturação produtiva e mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo: HUCITEC, 1997.

BEETHAM, David. *A burocracia*. Lisboa: Editorial Estampa, 1988.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2006.

HALL, Richard H. O conceito de burocracia: uma contribuição empírica. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

JASPERS, Karl. Método e visão do mundo em Weber. In: COHN, Gabriel (Org.). *Sociologia: para ler os clássicos*. Rio de Janeiro: Azougue, 2005.

MERTON, Robert King. Estrutura burocrática e personalidade. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1995.

TRAGTENBERG, Maurício. *Burocracia e ideologia*. São Paulo: Editora Ática, 1992.

WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

_____. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

_____. *Sociologia*. São Paulo: Editora Ática, 1991a.

_____. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991b.

¹ TOURAINÉ, Alan. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 9.

² ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 121.

³ ROUANET, op. cit., p. 122.

⁴ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2006, p. 19.

⁵ JASPERS, Karl. Método e visão do mundo em Weber. In: COHN, Gabriel (Org.). *Sociologia: para ler os clássicos*. Rio de Janeiro: Azougue, 2005, p. 105-6.

⁶ WEBER, Max. *Sociologia*. São Paulo: Editora Ática, 1991a, p. 39.

⁷ Ibid., p. 39.

⁸ Ibid., p. 40.

⁹ Ibid., p. 41.

¹⁰ Ibid., p. 42.

¹¹ WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 298.

¹² ARRUDA, Gerardo Clésio Maia. Qualificação profissional nos tempos presentes: decifra-me ou te devoro. In: CARLEIAL, Liana e VALE, Rogério (Org.). *Reestruturação produtiva e mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo: HUCITEC, 1997, p. 103.

¹³ Como esclarece Mauricio Tragtenberg, ao discutir a origem da burocracia: “A burocracia aparece em germe nas primeiras cidades sumerianas onde a invenção da escrita favorece esse processo. Em torno do rei, como dos templos, desenvolve-se uma burocracia real para gerir-lhe a fortuna, criando em Nipur um santuário. Hamurabi administra em forma de pirâmide, as vilas são governadas por prefeitos nomeados pelo rei. Os assuntos da sociedade são considerados menos importantes que os do príncipe que encarna o Estado no plano político. Na segunda metade do terceiro milênio, surgem o desenvolvimento da burocracia e a noção de Estado devido à formação dos grandes impérios.” (TRAGTENBERG, Maurício. *Burocracia e ideologia*. São Paulo: Editora Ática, 1992.)

¹⁴ WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 24.

¹⁵ HALL, Richard H. O conceito de burocracia: uma contribuição empírica. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 33.

¹⁶ MERTON, Robert King. Estrutura burocrática e personalidade. In: CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 113.

¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

¹⁸ *Ibid.*, p. 114.

¹⁹ BEETHAM, David. *A burocracia*. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 45-46.

²⁰ WEBER, op. cit., 1968, p. 297-298.

²¹ WEBER, op. cit., 1968, p. 300.

²² WEBER, loc. cit..

²³ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991b, p. 38.

²⁴ O próprio Weber defende que: “Decisivamente, o capitalismo surgiu através da empresa permanente e racional, da contabilidade racional, da técnica racional e do direito racional. A tudo isto se deve ainda adicionar a *ideologia racional, a racionalização da vida, a ética racional da economia*.” (WEBER, op. cit., 1968, p. 310.)

²⁵ É mister esclarecer que Max Weber chama a atenção para o fato de que o *direito*, visto desta forma, está sendo observado na perspectiva da sociologia ao invés da perspectiva jurídica. Pois somente na primeira é que se pode destacar um fenômeno que perpassa a ordem econômica, resultado de um consenso que se estabelece a partir do acesso afetivamente realizado sobre os bens e serviços econômicos, portanto, produtor de ações que se orientam na realidade concreta, concomitantemente a ordem jurídica, que se realiza no plano ideal, na medida em que deriva da observação do sentido visado por uma lei, de sua coerência em relação a outras. Isto se deve ao fato de que a sociologia jurídica “tem por objeto compreender o comportamento significativo dos membros de um agrupamento quanto às leis em vigor e determinar o sentido da crença em sua validade ou na ordem que elas estabelecem. Procura, pois, apreender até que ponto as regras de direito são observadas, e como os indivíduos orientam de acordo com elas a sua conduta.” (FREUND, Julien, op. cit., p. 178)

²⁶ WEBER, op. cit., 1991b, p. 226.

RATIONAL LAW AND BUREAUCRACY: THE FOUNDATIONS OF MODERN CAPITALISM IN MAX WEBER

ABSTRACT

This paper aims at discussing some of the origins of the development of modern capitalist society, based upon the theoretical structure developed by Max Weber, including a historical outlook referring to ancient and

Middle Age history, focusing on the rational State and, especially, considering bureaucracy and rational Law as essential elements of his thoughts. Another foremost purpose of this paper is to recover the thought of Max Weber as a compulsory element of debate necessary to understand how modernity was shaped, considering it is historically a phenomenon found in Western world, the factors that contributed to modernity strengthening in 18th and 19th centuries and the discussions on its crisis, which arises at the beginning of the 20th century and intensifies at its end.

KEYWORDS: Modernity. Rationality. Rational Law. Bureaucracy. Market economy.

DROIT RATIONNEL ET BUREAUCRATIE: FONDEMENTS DU CAPITALISME MODERNE CHEZ MAX WEBER

RÉSUMÉ

Cet article cherche à discuter, basé sur la recherche bibliographique et la structure théorique du sociologue Max Weber, dans une perspective historique renvoyant à l'Antiquité et au Moyen Âge, quelques supposés de la construction et du développement de la moderne société capitaliste, focalisant sur l'État rationnel et, particulièrement, sur le Droit rationnel et la bureaucratie conçus comme des éléments essentiels. Aussi, l'un des objectifs principaux de ce travail est l'intention de sauvegarder la pensée webérienne vue comme une discussion obligatoire pour la compréhension de la modernité, comme un phénomène historiquement localisé dans l'Occident. De même, on traitera des facteurs qui ont contribué à sa consolidation dans les XVIIIe et XIXe Siècles, ainsi que du débat concernant sa crise, qui apparaît au début du XXe Siècle et s'aggrave à sa fin.

MOTS-CLÉS: Modernité. Rationalité. Droit rationnel. Bureaucratie. Économie de marché.

MICROATIVIDADES E PEQUENAS ATIVIDADES
ECONÔMICAS BENEFICIÁRIAS DA LEI COMPLEMENTAR
N. 123/2006: O ARTIGO 3º DO ESTATUTO
NACIONAL DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE
PEQUENO PORTE

Gladston Mamede*

1 Primeiras linhas. 2 Empresário. 2.1 Incapacidade do empresário. 2.2 Falecimento do empresário. 3 Sociedades. 3.1 Sociedades de pessoas e sociedades de capital. 4 Limites da receita bruta. 4.1 Outras rubricas contábeis. 4.2 Ano-calendário. 4.3 Ano de início de atividades. 4.4 Alterações de condição. 5 Restrições subjetivas. 5.1 Sócio pessoa jurídica. 5.2 Estabelecimento secundário de pessoa jurídica estrangeira. 5.3 Concomitância de benefícios. 5.4 Participação societária em empresa não beneficiária. 5.5 Administração de outra sociedade. 5.6 Cooperativas, salvo as de consumo. 5.7 Participação no capital de outra pessoa jurídica. 5.7.1 Centrais de compra. 5.7.2 Bolsas de subcontratação. 5.7.3 Sociedades de garantia solidária. 5.7.4 Cooperativas. 5.8 Instituições financeiras, mobiliárias e securitárias. 5.9 Cisão ou desmembramento. 5.10 Sociedades por ações. 6 Exclusão do regime. 7 Especialidade tributária.

RESUMO

O presente ensaio propugna-se à análise da Lei Complementar n. 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte –, mormente no que tange à conceituação das microatividades e das pequenas atividades econômicas, bem como do alcance do regime desta lei às microatividade negociais e atividades negociais de pequeno porte.

PALAVRAS-CHAVE: Empresário. Sociedades. Microatividade. Pequenas atividades econômicas.

*Bacharel e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Diretor do Instituto Pandectas. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Autor da coleção *Direito Empresarial Brasileiro* (4 volumes) e do *Manual de Direito Empresarial*, ambos pela Editora Atlas.

1 PRIMEIRAS LINHAS

O legislador constitucional percebeu que a ordem econômica e financeira, fundada nos valores sociais da livre iniciativa e do trabalho, deveria ser equilibrada com princípios que, assim, foram inscritos nos incisos do artigo 170 da Carta Política. Entre tais princípios encontra-se o artigo 170, IX, a garantir “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” Um pouco adiante, o artigo 179 emenda: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” Definiu-se, por tais disposições, uma opção constitucional pela valorização das micro e pequenas atividades negociais, compreendidas como forma preferencial para a realização dos objetivos fundamentais da República.

Para o atendimento dessa disposição constitucional, utilizou-se inicialmente de uma norma recepcionada pela novel Carta: a Lei n. 7.256/84, já denominada de Estatuto da Microempresa. Em 1996 editou-se a Lei n. 9.317, definindo benefícios tributários e fiscais para microempresas e empresas de pequeno porte, permitindo-lhes optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, conhecido como SIMPLES/Federal. Em 1999, editou-se a Lei n. 9.841, instituindo o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, do qual constavam simplificação de obrigações administrativas, previdenciárias e creditícias. Tais normas são agora substituídas pela Lei Complementar n. 123/06, sobre as quais versa o presente estudo.

Ao instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei n. 123/06 estabeleceu uma série de *normas gerais* que alcançam os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Portanto, é norma que se destina aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, mais do que isso, que se aplica aos três níveis político-administrativos da República: federal, estadual (ou distrital) e municipal. E isto, no que diz respeito (1) ao Direito Tributário (*apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*), incluindo um *regime único de arrecadação*, e alcançando as obrigações fiscais acessórias, (2) o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, com tratamento específico no que toca o *cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias*, incluindo as respectivas *obrigações acessórias*, (3) *tratamento diferenciado e favorecido no acesso ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, acesso a crédito e à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão*, entre outras áreas.

O estabelecimento de um *tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte* não rompe, absolutamente, com

o princípio da isonomia entre as pessoas. Em fato, é constatação vetusta que o princípio da isonomia expressa-se pelo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Normas como a presente concretizam tal máxima de forma fundamentada e justificada. Reconhece-se a importância para a economia dos microempreendimentos e empreendimentos de pequeno porte, reconhece-se as dificuldades enfrentadas por tais empreendimentos e busca-se, a partir de um lastro constitucional, atribuir-lhes condições mais propícias ao sucesso.

É o artigo 3º que define microempresa e de empresa de pequeno porte, como tal considerando a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário que atendam os requisitos objetivos e subjetivos inscritos em seus incisos e parágrafos, como aqui se estudará.

2 EMPRESÁRIO

Empresário, segundo o artigo 966 do Código Civil, é a pessoa natural (pessoa física) que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços; portanto, é a pessoa natural que titulariza e exerce a empresa, não havendo a pessoa e a atividade, nem o respectivo patrimônio especificado para o seu exercício. O *empresário* é aquele que, por sua atuação profissional e com intuito de obter vantagem econômica, torna a empresa possível.

Empresa e empresário não se confundem, como não se confundem empresa e estabelecimento, ou seja, o *complexo organizado de bens*, nos termos do artigo 1.142 do Código Civil. A empresa é a organização de meios materiais e imateriais (estabelecimento), pessoas e procedimentos, para a consecução de determinado objeto (o objeto social), com a finalidade genérica de produzir vantagem econômica (lucro) que sejam apropriáveis por seu titular, remunerando o *capital empresarial* nela investido.¹

Para fruir os benefícios do Estatuto Nacional da Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte, é indispensável estar devidamente registrado no Registro de Empresas Mercantis; obviamente, não há falar em Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nem mesmo Registro Civil de Pessoas Naturais, o que não atende, em nada, à regra do artigo 3º. Justamente por isso, o profissional autônomo não se beneficiará desta Lei Complementar n. 123/06; só o empresário, isto é, o titular de empresa, devidamente e regularmente registrado na respectiva Junta Comercial.

2.1 Incapacidade do empresário

Para assumir a condição de empresário, registrando-se na Junta Comercial, a pessoa natural deverá ser capaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, aplicados os artigos 3º a 5º e 972 do Código Civil, incluindo aqui o menor de 18 anos, mas maior de 16 anos, que tenha sido emancipado. Particular atenção

merece a situação criada pelo artigo 974 do mesmo Código Civil. Com efeito, se a inscrição como empresário não é permitida aos incapazes, a manutenção da empresa pelo incapaz é, em situações específicas, aceita pelo Código Civil. Nesses casos, a exploração da empresa se fará em nome do empresário/incapaz, mas por meio de representante ou assistente, condicionado à autorização judicial. Tal situação não interfere na condição de microempresário ou empresário de pequeno porte, ou seja, ainda que a empresa seja transferida para incapaz ou haja incapacidade superveniente do empresário, manter-se-á o direito aos benefícios definidos na Lei Complementar n. 123/06, desde que atendidos os seus requisitos.

Lembre-se que, para a proteção do incapaz, o artigo 974, § 2º, do Código Civil instituiu uma limitação de responsabilidade do patrimônio pessoal do empresário incapaz pelas obrigações oriundas da empresa, em situação análoga ao *estabelecimento individual de responsabilidade individual*, já reconhecido pelo Direito Europeu: “não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização”. Justamente por isso, entendo e reafirmo, para preservar os direitos e interesses legítimos de terceiros, a condição de empresário *incapaz autorizado* deverá constar do registro da firma, dando publicidade ao limite patrimonial decorrente de tal situação. Se não constar, o terceiro prejudicado poderá pretender a responsabilização daquele (representante ou assistente, Judiciário ou Junta Comercial) diretamente responsável pela omissão, aplicado os artigos 186 e 927 do Código Civil.²

Ainda que o uso da firma – e com ela, a administração da empresa – caiba ao representante do incapaz ou ao próprio incapaz, devidamente assistido, como se afere do artigo 976, parágrafo único, do Código Civil, o microempresário ou empresário de pequeno porte será o incapaz, titular da empresa. Desta forma, as balizas instituídas pelo § 4º, III, do artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06 – e que serão estudadas abaixo – tomam-se em relação ao incapaz e não ao representante/assistente autorizado; vale dizer, se o incapaz não é sócio de outra pessoa jurídica *que receba tratamento jurídico diferenciado* nos termos do Estatuto, com receita bruta ultrapassando o limite de que trata o inciso II do *caput* do artigo 3º, o fato de o representante/assistente ser sócio de outra sociedade, nas condições acima listadas, não impede o benefício. Diga-se o mesmo do fato de (1) *participar, com mais de 10% do capital, de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo* (inciso IV do mesmo § 4º); e (2) *ser administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo* (inciso V).

2.2 Falecimento do empresário

Com o falecimento do empresário, aplicados os artigos 6º e 1.784 do Código Civil, abre-se sua sucessão, ou seja, a *herança transmite-se, desde logo, aos*

herdeiros legítimos e testamentários. Importa, portanto, examinar o que se passará quando, em face da sucessão, a microempresa ou empresa de pequeno porte, for transferida ao meeiro, herdeiro ou herdeiros. Havendo transferência da empresa ao meeiro ou a herdeiro universal, sua manutenção como microempresa ou empresa de pequeno porte dependerá do fato deste, o novo titular, preencher os requisitos subjetivos para a fruição do benefício, designadamente, as limitações inscritas no artigo 3º, § 4º, incisos III a V, da Lei n. 123/06. Se tal não ocorrer, a perda da condição – e dos respectivos benefícios – será contada a partir do mês seguinte da transferência da empresa (estabelecimento e atividades), aplicado o § 6º, deste artigo 3º.

Mais complicada é a hipótese de a empresa dever ser atribuída a mais de uma pessoa: mais de um herdeiro ou, até, meeiro e herdeiro(s). Destaca-se a impossibilidade de haver co-titularidade (*condomínio*) da empresa, ao contrário do que se passa com o *condomínio de quota* e o *condomínio de ação*, criando um desafio. Em fato, ou a empresa é titularizada por uma única pessoa natural (empresário natural) ou por uma coletividade institucionalizada de pessoas (uma pessoa jurídica). A Junta Comercial não se acatará a pretensão de que seja titularizada por uma coletividade não institucionalizada, ou seja, por uma sociedade sem personalidade jurídica. Daí, quatro hipóteses se colocam: (1) encerramento das atividades da empresa, com apuração de seus haveres e baixa da inscrição do empresário; (2) a transferência da empresa a terceiro pelo espólio; (3) a destinação da empresa, no inventário, a um único herdeiro que, portanto, manter-se-á como empresário individual, sucessor do *de cuius* na titularidade da atividade; e (4) a instituição de uma sociedade empresária entre os herdeiros, cada qual recebendo o número de quotas ou ações correspondente ao seu direito à herança (legal e/ou testamentariamente definido) e o que se ajustar no inventário. Se a empresa for destinada a apenas uma pessoa, terceiro, meeiro ou um dos herdeiros, ter-se-á a mesma solução estudada no parágrafo anterior. Se for instituída uma sociedade empresária, será necessário atender aos requisitos subjetivos próprios das sociedades, e que serão estudados na sequência. Se não forem atendidos, haverá perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte e, destarte, perda dos respectivos benefícios, contando-se a partir do mês seguinte à transferência da empresa (estabelecimento e atividades), do espólio para a sociedade constituída, aplicado o § 6º, deste artigo 3º.

3 SOCIEDADES

A leitura do *caput* do artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte revela que o legislador não se preocupou muito com os institutos jurídicos por ele mesmo criados. Refiro-me especificamente ao conceito de empresa que, entre nós, foi estabelecido pelos artigos 966 e seguintes da Lei n. 10.406/02 (Código Civil de 2002), abandonando a Teoria do Ato de Comércio que dava sustentação do Código Comercial de 1850, em proveito da Teoria da Empresa. Essa alteração teórica teve

reflexo direto no rol das pessoas jurídicas de Direito Privado. No regime anterior, tinha-se a fundação e a sociedade, dividindo-se esta última em cível e comercial (regrada pelo Código Comercial). No regime vigente, tem-se a fundação, a associação e a sociedade, esta última dividindo-se em simples ou empresária (artigo 982 do Código Civil). Ambas, sociedades simples e empresárias, dedicam-se à exploração de atividades econômicas (artigo 44, II, do Código Civil), mas, respeitado o artigo 1.150 do Código Civil, somente a sociedade empresária, vinculada ao Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), é titular de empresa; à sociedade simples, vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não corresponde empresa: sua atividade negocial e, mesmo, os bens que foram organizados para o respectivo exercício, não se caracterizam como empresa. Portanto, com a adoção da Teoria da Empresa faz-se necessário reconhecer que nem toda atividade negocial caracteriza empresa.³

Diante desta base teórica, devidamente positivada no Código Civil brasileiro, fica claro ser no mínimo estranha a afirmação, pelo *caput* do artigo 3º da Lei Complementar n.123/06, que a sociedade simples, devidamente registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, pode enquadrar-se como microempresa e da empresa de pequeno porte. Opõem-se, assim, o Código Civil e o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Essa antinomia, no entanto, não conduz a qualquer efeito prático; não houve derrogação da norma civil e, com ela, o enfraquecimento, entre nós, do Direito da Empresa. O legislador foi apenas – e mais uma vez, entre incontáveis outras – atécnico. A confusão de se falar numa empresa (micro ou pequena) titularizada e exercida por uma sociedade simples é fruto, simplesmente, do desejo de estender a tal tipo societário o tratamento diferenciado e favorecido desta lei complementar. O legislador simplesmente não se deu ao trabalho de distinguir entre atividade negocial e empresa, reconhecendo ser esta (a empresa) uma espécie – com características próprias, trabalhadas pela Teoria da Empresa – daquela (a atividade negocial).

Sendo certo que, respeitado o artigo 1.150 do Código Civil, somente a sociedade empresária, vinculada ao Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), é titular de empresa, e que à sociedade simples, vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não corresponde empresa, deve-se reconhecer que o Estatuto abrange as *microatividades negociais* e as *atividades negociais de pequeno porte* desempenhadas por sociedades simples e empresárias. Por isso, onde no estatuto lê-se microempresa e empresa de pequeno porte, deve-se ler, respectivamente, *microatividade negocial* e *atividade negocial de pequeno porte*, lembrando-se, uma vez mais, que tal ampliação beneficia apenas às pessoas jurídicas (sociedades simples) e não às pessoas naturais (profissionais autônomos): somente o empresário, devidamente registrado na Junta Comercial, beneficia-se do tratamento diferenciado e favorecido definido pela Lei Complementar n. 123/06.

3.1 Sociedades de pessoas e sociedades de capital

Tradicionalmente, o Direito Empresarial divide as sociedades empresárias em dois tipos: constituídas em função das pessoas (*intuitu personae*) e constituídas em função do capital (*intuitu pecuniae*); obviamente, a constituição de uma sociedade contratual (ou sociedade por quotas) implica a consideração de ambos os elementos: as pessoas e o capital. No entanto, a distinção leva em conta a intenção maior, o enfoque prioritário, sendo certo haver grupos cuja afinidade maior é justamente a identidade de seus membros, fazendo questão de firmar tal afinidade no contrato social; são as sociedades *intuitu personae*. No outro extremo, há grupos cuja maior preocupação é o aporte de capital, colocando em segundo plano a identidade dos quotistas (os titulares de frações do capital social); são as sociedades *intuitu pecuniae*.

No Código Civil, tal classificação não é explicitada, mas é reconhecida, já que há normas que garantem proteção à sociedade *intuitu personae*, vale dizer, normas que garantem os sócios contra o ingresso na sociedade de pessoas estranhas, indesejadas. Assim, o artigo 1.002 prevê que o sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do contrato social; emenda o artigo 1.003, limitando a eficácia da cessão total ou parcial de quota sem o consentimento dos demais sócios e a correspondente modificação do contrato social. Somese, bem adiante, o artigo 1.026, não permitindo que as quotas da sociedade *intuitu personae* sejam transferidas ao credor do sócio, facultando-lhe apenas fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. A proteção à sociedade de pessoas também está no artigo 1.028, regulando a sucessão na titularidade da quota ou quotas do sócio falecido.⁴

O vigente Direito Empresarial parte do pressuposto de que as sociedades contratuais ou sociedades por quotas são constituídas *intuitu personae*, o que é atestado justamente pelas normas transcritas. Todavia, em relação à sociedade limitada, embora seja pensada sob tal ângulo, vigem normas menos rígidas: o artigo 1.057 do Código Civil prevê que o sócio tem o direito de ceder sua quota a estranho se não houver oposição de titulares de *mais de um quarto do capital social*. Como se não bastasse, é lícito às partes (os sócios), como resultado de seu ajuste de vontades, preverem no contrato social a ampla liberdade para a cessão de quotas a quem quer que seja, com ou sem preferência, nas mesmas condições, para os demais sócios. Vale dizer, é lícito e válido contratar e constituir uma sociedade por quotas *intuitu pecuniae*.

Essa regra geral não é, em nada, excepcionada pela Lei Complementar n.123/06. Portanto, é lícito e válido que a sociedade qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte se constituirá em função do capital e que suas quotas podem ser livremente cedidas a quem quer que seja, com ou sem preferência, nas mesmas condições, para os demais sócios. Todavia, a condição de beneficiário do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às

microempresas e empresas de pequeno porte não pode ser, em nada, desconsiderada. A cessão da quota ou quotas, nesse contexto, deve fazer-se respeitando o intuito coletivo de se beneficiar de tal vantagem; isso implica uma limitação do universo de cessionário àqueles que, por suas características subjetivas, permitam a manutenção da qualificação e dos respectivos benefícios. Entender o contrário seria atribuir ao quotista/cessionário um poder de criar danos a outrem, por dolo (artigo 186) ou por abuso de Direito (artigo 187), o que o próprio Código Civil considera ato ilícito, nos destacados dispositivos. Nem se diga que a regra para o ato ilícito danoso é, na forma do artigo 927 do Código, a indenização. A reparação é a solução para o dano já verificado; não constitui licença para determinar o dano no patrimônio alheio, ainda que sob o pretexto de que, os prejudicados, se quiserem, busquem a reparação. É direito, sim, do titular de um direito evitar seja ele objeto de dano ou de perda.

De qualquer sorte, não se pode deixar de compreender a possibilidade de os sócios estipularem cláusula expressa em contrário, por mais absurdo que isso seja. Tal estipulação seria afirmada no âmbito do amplo poder de disposição de vantagens econômicas, já que não se trata de direito indisponível. Mas exige, para sua validade, a adesão de 100% do capital social, ou seja, o voto favorável de todos os sócios, incluindo os minoritários.

4 LIMITES DE RECEITA BRUTA

Segundo o artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, enquadram-se nestas definições (1) o empresário e (2) a sociedade empresária, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis, e (3) a sociedade simples, devidamente registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que sua *receita bruta* igual ou inferior a R\$ 240.000,00 em cada *ano-calendário*, e, no caso das empresas de pequeno porte, superior a R\$ 240.000,00, mas igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00.

O próprio artigo 3º do Estatuto define, em seu § 1º, o que considera *receita bruta*: (1) o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria e (2) o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia. Em ambos os casos, excluem-se as *operações* canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Em primeiro lugar, portanto, lista-se o produto da venda de bens e da prestação de serviços nas *operações de conta própria*, ou seja, operações realizadas pela própria empresa, em seu nome, interesse e às suas custas, para seus clientes. Trata-se da hipótese mais simples, por certo. O valor apurado com a venda de bens, locação, cessão de direitos, juros, prestação de serviços, etc. Isso, independentemente do lucro de cada operação.

Também compõem a *receita bruta*, segundo o § 1º do artigo 3º, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia. Têm-se aqui duas possibilidades de um único fenômeno: a *operação em conta alheia*. Há operação por conta alheia quando o seu executor realiza-a para outrem, no nome

e no interesse daquele, bem como às custas dele. O agente, nesta situação, atua como mero intermediário, agindo a bem da realização de negócio de terceiro. É o que se passa, por definição, no contrato de agência e, como espécie deste, no contrato de representação comercial. Também na corretagem de imóveis há uma operação em conta alheia, já que o corretor apenas busca encontrar um comprador (ou, conforme a situação, um vendedor) para o seu cliente. O negócio será efetivamente realizado por esse cliente, em nome próprio, em conta própria. Portanto, na *operação em conta alheia* o agente não está efetivamente negociando – no sentido de estabelecendo a relação jurídica principal –, mas apenas assumindo as tratativas ou a execução de negócio que está sendo, juridicamente, estabelecido por outrem. É o que se passa, por exemplo, nas operações de venda de jornais e periódicos que, segundo a Divisão de Tributação da Receita Federal, por meio da Solução de Consulta n. 12, de 24 de janeiro de 2005, também seria operação em conta alheia.

Não se incluem no cálculo da receita bruta as operações que tenham sido canceladas, bem como os *descontos incondicionais* concedidos. Com efeito, com o cancelamento da operação não há efetivamente receita, já que não houve encaixe de valores, isto é, não houve ingresso de numerário na contabilidade do empresário ou sociedade. Note-se que o legislador usou a expressão *venda cancelada*, no que não andou bem. O termo venda alude apenas às empresas que trabalhem com a mercancia de bens, alienando-os. Mas o cancelamento – e seus efeitos sobre a receita bruta – pode também ocorrer em operações outras que não o contrato de compra e venda.

A exceção legal das operações canceladas é absoluta, não se alterando mesmo quando, por disposição contratual ou por disposição normativa geral, o fornecedor venha a ser indenizado pelos prejuízos experimentados com o cancelamento do negócio, a exemplo do que se dá com a retenção das arras (sinal), a retenção de parte do valor pago pelo bem ou serviço ou, mesmo, pelo pagamento de multa ou verba que, sob qualquer outra rubrica, tenha por finalidade reparar as perdas e os danos experimentados com a frustração do negócio. Com efeito, verbas indenizatórias – reitero, tenham qualquer rubrica – não constituem acréscimo patrimonial, mas mera reposição; neste sentido, não constituem receita, sequer para a aferição dos limites inscritos no artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06.

Também não se incluem no cálculo da receita bruta os *descontos incondicionais*, expressão que se refere a abatimentos definitivos, vale dizer, que não podem ser, por qualquer forma, revertidos, sendo indiferente expressarem-se em valor certo ou percentual sobre o valor da operação. Incluem-se, também, os reembolsos, embora esses, por definição, só devam ser considerados como contabilizados. Assim, se a operação ocorreu num ano-calendário, com o encaixe (entrada de dinheiro no caixa), e o reembolso ocorreu em outro *ano-calendário*, sob a forma de descaixe (saída de dinheiro do caixa) ou sob a forma de desconto, seu efeito se apurará nesse último *ano-calendário* e, jamais, no anterior.

4.1 Outras rubricas contábeis

A leitura do artigo 3º, seus parágrafos e incisos, deixa claro que o legislador buscou caracterizar as *microatividades negociais e as atividades negociais de pequeno porte* por aspectos subjetivos e objetivos, considerando-se a relação de titularidade havida entre empreendedor (*sujeito*: empresário ou sociedade simples ou empresária) e empreendimento (objeto: atividade comercial, simples ou empresária). No plano dos *aspectos subjetivos*, examinaram-se, acima, aspectos relativos à pessoa do empresário, da sociedade empresária e da sociedade simples. Em acréscimo a esses, serão examinadas outras restrições abaixo. No plano dos aspectos objetivos, limitou-se o legislador a eleger, como critério para a caracterização como *microatividade comercial* ou *atividade comercial de pequeno porte*, a receita bruta em cada ano calendário, nos moldes acima estudados. A enumeração de outros *aspectos objetivos* pelo artigo 17 do Estatuto diz respeito especificamente ao ingresso no Simples Nacional.

Somente importa a receita bruta em cada ano-calendário. É indiferente a margem de lucro, percentual ou real, em cada operação realizada e, igualmente, ao longo de todo o exercício contábil e/ou ano-calendário. A atividade comercial que teve R\$ 2,41 milhões de *receita bruta* no *ano-calendário*, registrando prejuízo de R\$ 0,5 milhão não será uma empresa de pequeno porte e, portanto, não se beneficiará do tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06; *mutatis mutandis*, a atividade comercial que registre receita bruta de R\$ 2,399 milhões e espantoso lucro líquido de R\$ 2 milhões, estará enquadrada como empresa de pequeno porte, beneficiando-se do respectivo regime tratamento diferenciado e favorecido. A referência lucro (percentual maior ou menor) é simplesmente alheia à lei, assim como o é o prejuízo, sua referência complementar. Por isso o adjetivo *bruta* qualificando o substantivo *receita*, dando ao sintagma uma conotação própria.

Não é só. Também é indiferente o patrimônio da *azienda*, incluindo o seu patrimônio bruto, o valor de seu passivo e seu patrimônio líquido. Uma sociedade empresária que tenha um patrimônio bruto de R\$ 40.000,00 e receita bruta anual de R\$ 2,399 milhões será uma empresa de pequeno porte, ao passo que uma que tenha patrimônio bruto de R\$ 500 mil e R\$ 2,41 milhões de *receita bruta* no *ano-calendário*, não o será. Igualmente indiferentes são os valores anotados nas rubricas ativo imobilizado, ativo circulante e, mesmo, caixa e investimentos, por mais elevados que sejam.

Por fim, atente-se para o fato de que a conceituação de receita bruta afugenta qualquer investigação sobre custos. Portanto, não se pode pretender estornar do valor das operações o que é devido aos insumos (fornecedores), mão de obra (folha de pagamento, obrigações sociais sobre a folha, comissões), despesas tributárias, despesas gerais do empreendimento (energia elétrica, água, telefonia, seguros, depreciações, manutenção de maquinário e ferramentaria), despesas financeiras, etc.

4.2 Ano-calendário

A receita bruta apura-se, segundo o Estatuto, em cada *ano-calendário*, expressão que é reiterada na lei e que se traduz por *ano civil*, ou seja, pelo período iniciado em 1º de janeiro e findo em 31 de dezembro do mesmo ano. Importa observar que, embora seja comum adotar-se o ano civil como exercício contábil das entidades (*aziendas*), nada impede que outros termos de início e término sejam adotados. Nessa senda, deve-se ter o artigo 175 da Lei n. 6.404/76 em atenção, vez prever que o começo e o término do exercício são fixados no ato constitutivo da pessoa jurídica. Assim, por exemplo, pode-se estabelecer que o exercício inicia-se em 1º de abril e termina em 31 de março, quando se fará o inventário e o balanço patrimonial.⁵ Portanto, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte simplesmente despreza os exercícios contábeis e se atém ao *ano civil*, a quem denomina *ano-calendário*. Via de conseqüência, independentemente do exercício contábil estabelecido pelo contrato social, para os efeitos da Lei Complementar n. 123/06, atentar-se-á para o período entre 1º de janeiro a 31 de dezembro (ano-calendário). A medida certamente colocará dificuldades para empresários e sociedades simples ou empresárias que tenham exercício contábil diverso, na proporção inversa que facilitará o trabalho do Estado: Fazendas Públicas (federal, estaduais e municipais), fiscalizações (previdenciária, trabalhista etc), entre outros órgãos.

Receita não é sinônimo de ingresso ou encaixe. Portanto, a receita bruta não se apura pelo que foi efetivamente encaixado, ou seja, pelo que efetivamente ingressou no caixa do empresário ou da sociedade simples ou empresária. Não se olvide aqui, bem a propósito desta discussão, do *princípio contábil da competência*, segundo o qual os lançamentos escriturais são feitos no período a que digam respeito, isto é, no que se verificam, independentemente do seu pagamento ou recebimento. Dessa forma, o registro contábil compete ao momento da ocorrência do fato jurídico, ao momento em que se concretiza a relação jurídica correspondente, por exemplo, a compra e venda ou a prestação de serviço, e não no momento de sua solução (o momento de pagamento ou de recebimento). A conseqüência imediata disso é o estabelecimento de um *sistema de reflexo negocial*, em detrimento de um *sistema de resultabilidade*.⁶ Portanto, mesmo para os efeitos do cálculo da receita bruta de determinado ano-calendário, o valor de uma operação será computado no momento em que é realizada e não no momento do adimplemento. Destarte, se a venda realizou-se em dezembro ou novembro e o pagamento, no todo ou em parte, houver de ser feito em janeiro ou fevereiro, o valor global da operação comporá o cálculo do ano-calendário em que o fato se passou e não aquele em que o pagamento se efetuou. Assim, perderá a condição de atividade de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário seja de R\$ 2,41 milhões, ainda que R\$ 250 mil desse total tenham o seu pagamento ajustado para o ano-calendário seguinte.

Corolário do *princípio da competência*, sob um *sistema de reflexo negocial*, está a ampliação dos efeitos nefastos do inadimplemento. Em fato, o valor devido pelos pagamentos futuros (total ou parcelas) é imediatamente lançado

como um ativo, compondo no balanço patrimonial a rubrica *contas a receber*, que compõe o *ativo circulante*. Já na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), embora não tenha havido encaixe (entrada do dinheiro correspondente no caixa, a caracterizar *receita à vista*), contabilmente o crédito será computado como *receita à prazo*.⁷ Neste contexto, o inadimplemento cria uma situação terrível, na medida em que o respectivo valor foi considerado na apuração da receita bruta de determinado ano-calendário, podendo, mesmo, implicar a descaracterização da microempresa e da empresa de pequeno porte. Tal solução não é apenas injusta; é também paradoxal. Explico-me: o próprio § 1º do artigo 3º, ora estudado, excepciona as *operações canceladas* do cálculo da *receita bruta*; na operação cancelada, com efeito, não houve ingresso de valor, da mesma forma que não houve despesa (não se assumiu o custo da operação). No inadimplemento, a situação é ainda pior, na medida em que houve despesa, embora não tenha havido ingresso do valor correspondente à operação. O resultado do inadimplemento é, destarte, mais grave do que o resultado do cancelamento: seu resultado não é zero, como no cancelamento, é negativo (custo que não se pagou).

4.3 Ano de início de atividades

Se a atividade comercial iniciou-se ao longo de um ano-calendário, o cálculo da receita bruta se fará por cálculo proporcional, levando-se em conta o número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses, por força do § 2º do artigo 3º. Assim, para as microempresas, multiplicar-se-á os meses de existência, entre a constituição e o fim do primeiro exercício, por R\$ 20.000,00; já as frações de meses (ou seja, os dias que não se completam num mês) serão multiplicadas por R\$ 666,67. Para as empresas de pequeno porte, por seu turno, R\$ 200.000,00 por mês e R\$ 6.666,67 por dia.

Obviamente, no ano de inscrição do empresário ou registro da sociedade, simples ou empresária, a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte decorrerá de declaração firmada pelo empreendedor ou sócio-administrador da sociedade, constituída a partir de uma estimativa de receita bruta. Assim, quem estima que não terá receita bruta de R\$ 240 mil, declarará sua condição de microempresa, desde que preenchidos os requisitos subjetivos para tanto, como se estudará na seqüência. *Mutatis mutandis*, quem estima que terá receita bruta superior a R\$ 240 mil, mas inferior a R\$ 2,4 milhões, declarará sua condição de empresa de pequeno porte, desde que também preencha os requisitos subjetivos para tanto. Dessa forma, a condição inicial (isto é, no ano de inscrição ou registro) é tomada apenas a partir de uma estimativa sobre qual, aliás, o legislador foi silencioso. Excessivamente silencioso, o que aponta para um amplo direito de declarar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, fruindo os benefícios iniciais do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a tais atividades comerciais.

Somente quando vencidos, efetivamente, os limites de receita bruta definidos nos incisos I e II do *caput* do artigo 3º do Estatuto, a declaração da condição estimada de microempresa ou de empresa de pequeno porte perderá sua validade e sua eficácia. É o que esclarece o § 10 do artigo 3º do Estatuto. Essa norma merece um exame mais acurado por suas diversas implicações. Inicialmente, é preciso atentar para a frase *no decurso do ano-calendário de início de atividade*, percebendo que a perda da condição de microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte pode ocorrer a qualquer tempo ao longo do primeiro ano-calendário de atividade, não sendo necessário esperar-se o decurso de todo o ano-calendário, isto é, não sendo necessário esperar o dia 31 de dezembro, fim do ano civil, para que tal se passe. Uma sociedade registrada ao final de fevereiro como microempresa, poderá ter uma receita bruta máxima, neste ano inicial, de R\$ 2 milhões (R\$ 200.000,00 multiplicados por 10 meses); se, em abril ou maio, já tenha uma receita bruta de R\$ 2,1 milhões, estará excluída do regime da Lei Complementar n.123/06, com efeitos retroativos ao início de suas atividades. Somente quando o limite máximo não seja vencido ao longo do *ano-calendário de início de atividade* se fará necessário, ao fim deste, recorrer à operação de multiplicar o *número de meses de funcionamento* no ano inaugural por R\$ 200.000,00 para, então, aferir-se se foi vencido o limite proporcional de receita bruta máxima.

Não se pode deixar de chamar atenção para a existência de uma antinomia entre o § 2º e o § 10, ambos deste artigo 3º. Em fato, embora a primeira parte do § 2º concorde com a disposição anotada no § 10, a última parte supera-o, já que inclui no cálculo as *frações de meses*. Pode parecer pouco, mas não é. Afinal, uma sociedade registrada em 15 de abril, por essa lógica, terá seu teto elevado em R\$ 100 mil, pela fração de ½ mês: de R\$ 1,6 milhão (R\$ 200.000,00 multiplicados por 8 meses) para R\$ 1,7 milhão. Essa antinomia resolve-se, em primeiro lugar, pela regra da equidade: não se pode pretender o mesmo tratamento e limite para períodos diversos de funcionamento, sob pena de chegar-se ao absurdo do *bom dia para o registro e do mau dia para o registro* e todos os cálculos, brigas e chantagens que podem daí decorrer. Como se só não bastasse, como a Lei Complementar n. 123/06 define um benefício de ordem pública, sua interpretação não pode se concretizar de forma mesquinha, regateando com a vantagem. Parece-me prevalecer o cálculo conforme o § 2º, incluindo as *frações de meses*. Se assim não for, o mês de início das atividades deverá ser contado por inteiro no cálculo do § 10, mesmo se o começo se deu no dia 25 ou depois.

De outra face, atente-se ainda para os sujeitos listados no início do comentado § 10 do artigo 3º: *a microempresa e a empresa de pequeno porte*. Em ambos os casos, a investigação se faz tendo em vista o limite de faturamento para a empresa de pequeno porte, isto é, R\$ 2,4 milhões em cada ano calendário e, proporcionalmente, R\$ 200 mil por mês de funcionamento *ano-calendário de início de atividade*. De forma sábia, para evitar legislar picuinhas, o legislador não cuidou da hipótese de a microempresa superar, *no decurso do ano-calendário de início de atividade*, o limite máximo de R\$ 240 mil, total ou proporcional,

o que implicaria a obrigação de, ao longo do ano, migrar da condição de microempresa para a de empresa de pequeno porte, com alteração de nome (de ME para EPP). Portanto, embora a exclusão do regime da Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades, possa dar-se ao longo do ano, a alteração da condição de microempresa para a condição de empresa de pequeno porte só se faz ao final de cada ano-calendário, incluindo aquele de início da atividade.

Diferente é a hipótese constante do § 11 do artigo. Ali não se tem uma exclusão do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do Estatuto, mas mera exclusão do *regime tributário* previsto na Lei Complementar, limitada ao *pagamento dos tributos estaduais e municipais*, também com efeitos retroativos ao início de suas atividades. Em ambas as hipóteses, anotadas no § 10 e no § 11 do artigo 3º, a exclusão tem *efeitos retroativos ao início de suas atividades*, minimizando, portanto, os efeitos do erro de estimativa na declaração da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, na mesma toada em que se evitam comportamentos de má-fé: quem, sabendo não atender aos requisitos objetivos para a qualificação como beneficiário do Estatuto poderia fazer declaração com estimativa a menor da que efetivamente espera e, assim, buscar ganhar qualquer vantagem, ainda que provisória, isto é, por alguns meses. O legislador, porém, premiou a boa-fé no § 12 do artigo 3º, na medida em que compreendeu a possibilidade de se experimentar um efetivo erro de estimativa. Por isso, previu que não haveria tal retroação quando *o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites* aludidos pelos §§ 10 e 11. Neste caso, *os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano-calendário subsequente*, preservando a fruição das vantagens experimentadas no ano de início das atividades, incluindo as vantagens tributárias, trabalhistas e administrativas, não apenas em relação ao Estado (ao Fisco), mas em relação a terceiros.

4.4 Alterações de condição

Os requisitos objetivos dividem-se em duas categorias: microempresa e empresa de pequeno porte, embora em ambos os casos se tenha acesso ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado, por força do Estatuto, pelos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dessa forma, sempre que sejam vencidos aqueles limites máximos de receita bruta no ano-calendário, haverá uma alteração na condição do beneficiário. O § 7º ocupa-se especificamente da microempresa *no caso de início de atividades*, prevendo sua migração *à condição de empresa de pequeno porte, no ano-calendário seguinte*, quando superado o limite proporcional de receita bruta, calculado na forma do § 2º do mesmo artigo 3º: multiplicados os meses de existência, entre a constituição e o fim do primeiro ano calendário, por R\$ 20.000,00; já as frações de meses (ou seja, os dias que não se completam num mês) serão multiplicadas por R\$ 666,67.

Reitero, aqui, o que disse acima: o § 10 do artigo 3º não se aplica à migração da microempresa à condição de empresa de pequeno porte ao longo do primeiro ano calendário. O legislador preocupou-se exclusivamente com a superação do limite máximo para a fruição dos benefícios do Estatuto, ou seja, R\$ 2,4 milhões em cada ano calendário e, proporcionalmente, R\$ 200 mil por mês de funcionamento *ano-calendário de início de atividade*, incluindo, por força do § 2º, *as frações de meses*. Indistintamente para microempresa ou empresa de pequeno porte, evitando uma burocratização excessiva, forçando que a migração se desse ao longo do primeiro ano e, depois, ao longo de qualquer ano-calendário. O § 7º do artigo 3º lhe é harmônico: somente ao final de cada ano-calendário, incluindo aquele de início da atividade faz-se a alteração da condição de microempresa para a condição de empresa de pequeno porte.

Mutatis mutandis, servatis servandis, tendo havido uma declaração estimativa de empresa de pequeno porte e, no ano-calendário de início de atividades, não houver sido ultrapassado o limite de receita bruta anual, calculado proporcionalmente, na forma do § 2º do artigo 3º, o empresário ou sociedade, simples ou empresária passará, *no ano-calendário seguinte*, à condição de microempresa. Também aqui, é cálculo que se faz ao final de cada ano-calendário, com migração válida para o *ano-calendário seguinte*.

Por fim, tem-se a possibilidade de ser superado o limite máximo de proteção do Estatuto, ou seja, de se ultrapassar o limite de receita bruta anual de R\$ 2,4 milhões. Quando isso ocorrer, a empresa fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, para todos os efeitos legais.

5 RESTRIÇÕES SUBJETIVAS

Há hipóteses nas quais a pessoa jurídica (sociedade simples ou sociedade empresária), mesmo se enquadrando nos limites legais de receita bruta anual, não se inclui, para nenhum efeito legal, no regime diferenciado e favorecido previsto no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Tais casos estão listados pelo artigo 3º, § 4º, constituindo *restrições subjetivas* ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Nas próximas seções, estudaremos tais hipóteses, uma a uma.

5.1 Sócio pessoa jurídica

Em primeiro lugar, veda-se a qualificação como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte da sociedade, simples ou empresária, de cujo capital participe outra pessoa jurídica, ou seja, que tenha por sócio uma outra pessoa jurídica. Somente se beneficiará tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06 a sociedade que tenha exclusivamente sócios pessoas naturais (pessoas físicas), sendo indiferente tratar-se de nacional

ou estrangeiro, e, quanto a esses últimos, de ter ou não registro de estrangeiro. Também é indiferente o domicílio do sócio ou dos sócios. Nos termos do artigo 17, II, do Estatuto, veda-se o ingresso no *Simples Nacional* à sociedade que tenha sócio domiciliado no exterior. Mas cuida-se de vedação meramente tributária: impede o ingresso no *Simples Nacional*, mas não a qualificação como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte da sociedade.

Para os efeitos do artigo 3º, § 4º, I, da Lei Complementar n. 123/06 basta a existência de pessoa jurídica como sócio para que a sociedade não se inclua no regime diferenciado e favorecido nela previsto. É indiferente a natureza jurídica dessa pessoa jurídica: associação, sociedade (simples ou empresária), fundação ou, mesmo, pessoa jurídica de Direito Público.

5.2 Estabelecimento secundário de pessoa jurídica estrangeira

Os artigos 1.126 e seguintes do Código Civil fazem uma distinção entre sociedade nacional e sociedade estrangeira. É considerada sociedade nacional, segundo o texto do artigo 1.126 do Código Civil, a sociedade que é organizada respeitando a legislação brasileira, sendo registrada no Brasil e mantendo aqui a sede de sua administração, sendo indiferente a origem de seu capital (nacional ou estrangeira), a nacionalidade e o domicílio de seus sócios. Portanto, será estrangeira a sociedade organizada segundo legislação estrangeira, sendo registrada no exterior e lá mantendo a sede de sua administração, ainda que tenha sócios e capital brasileiro. Se a sede está no exterior, para funcionar no Brasil a sociedade estrangeira deverá abrir aqui uma filial, sucursal ou agência; poderá, ainda, abrir um escritório de representação. Em todos os casos, deverá obrigatoriamente ter autorização do Poder Executivo, não importa qual seja o seu objeto, na forma dos artigos 1.134 e seguintes do Código Civil.⁸ Compreende-se assim a limitação inscrita no artigo 3º, § 4º, II, do Estatuto. Estes estabelecimentos secundários estabelecidos no Brasil por sociedades estrangeiras não são admitidos na qualificação de microempresa e empresa de pequeno porte.

Lembre-se, de qualquer sorte, que o Código Civil cuida da *nacionalização da sociedade estrangeira*, com a transferência de sua sede para o Brasil, procedimento que, segundo o artigo 1.141, deverá ser autorizado pelo Poder Executivo, mediante apresentação do ato de deliberação da nacionalização, prova da realização do capital, pela forma declarada no contrato ou estatuto social, além dos documentos exigidos no artigo 1.134. Se uma sociedade estrangeira torna-se sociedade nacional, poderá, sim, ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Para tanto será preciso que atenda aos demais requisitos objetivos e subjetivos aqui estudados.

5.3 Concomitância de benefícios

Preocupou-se o legislador em evitar que alguém recorresse a estratégias para fugir aos limites de receita bruta definidos nos incisos I e II do *caput*

do artigo 3º do Estatuto. Isso seria possível simplesmente mantendo parte da atividade comercial sob firma individual e, simultaneamente, mantendo outra parte sob a titularidade de uma sociedade simples ou empresária. João da Silva registraria na Junta Comercial uma firma individual (p. ex.: João da Silva Enxovais EPP), titularizando e exercendo uma empresa com receita bruta anual de R\$ 2,3 milhões; com o irmão, José da Silva, constituiria a sociedade JJ Enxovais EPP Ltda, à qual corresponderia a titularidade e o exercício de uma empresa com receita bruta de R\$ 2,2 milhões. O resultado seria permitir que, de forma indireta, o tratamento diferenciado e favorecido aqui estudado fosse aplicado sobre uma receita bruta que superaria o limite de R\$ 2,4 milhões.

Essa manobra está vedada. Um empresário pode, sim, ter sua atividade comercial qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte e, simultaneamente, pode ser sócio de uma sociedade simples ou empresária (conferir, todavia, o inciso IV, abaixo); se essa sociedade também for qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, ambas as atividades comerciais deverão ter uma receita bruta máxima de R\$ 2,4 milhões. Se esse patamar for superado, a sociedade – e não o empresário – perderá o direito ao tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar n. 123/06. A sociedade, reitero, e não o empresário, certo que o § 4º refere-se expressamente à pessoa jurídica, deixando claro a proteção preferencial à pessoa natural (pessoa física).

Esteja-se atento para o fato de que, no âmbito do inciso III, ora estudado, não há falar em aplicação do limite máximo de 10%, que é específico do inciso IV, a ser analisado abaixo. O empresário cuja atividade comercial seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte pode ser titular de mais de 10% do capital social de uma sociedade simples ou empresária cuja atividade comercial também seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Atente-se também para o fato de que não há limitação no número de sociedades em que pode participar, como sócio, um empresário cuja atividade comercial seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Parece-me claro, portanto, que pode ser uma ou mais. Apenas se exige que o montante global de receita bruta de todas essas pessoas jurídicas, mais a empresa titularizada e exercida sob firma individual, contenham-se no limite de R\$ 2,4 milhões.

A somatória das receitas globais só serve para efeitos de desqualificação, como microempresa ou empresa de pequeno porte, da sociedade, nos moldes acima vistos. Não tem outra implicação; designadamente, não serve para o enquadramento de ambos, empresário e sociedade, entre as hipóteses dos incisos I e II do *caput* do artigo 3º. Destarte, se o empresário tem uma receita bruta de R\$ 230 mil e a sociedade da qual é sócio tem uma receita bruta de iguais R\$ 230 mil, ambos se conservarão na qualidade de microempresa (ME); o fato de o somatório das receitas brutas totalizar R\$ 460 mil não é suficiente para transformar ambos – ou mesmo apenas um deles – em empresa de pequeno porte (EPP).

5.4 Participação societária em empresa não beneficiária

A norma inscrita no artigo 3º, § 4º, IV, da Lei Complementar n. 123/06 desafia o intérprete mais acurado. Já na abertura, refere-se a *titular ou sócio*, o que é estranho: *titular da pessoa jurídica*? De forma atécnica, a expressão *titular da pessoa jurídica* é usada para referir-se ao *sócio controlador*. Mas todos os sócios, majoritários ou minoritários, já estão incluídos no termo genérico *sócio*; quem, então, seria o *titular* referido pela norma? Trata-se, mais uma vez, de um lamentável erro de técnica legislativa. Ao inscrever o inciso IV no parágrafo 4º, o legislador esqueceu-se que, na cabeça do parágrafo, referira-se à pessoa jurídica. Isso mesmo. *Titular*, no dispositivo, é o *titular da empresa* e não da pessoa jurídica, creio. A norma, portanto, dirige-se não apenas à sociedade (simples ou empresária) e seus sócios (majoritários e minoritários), mas também ao empresário, isto é, ao titular de uma empresa individual. Não me parece que a expressão titular possa ser interpretada como o *administrador societário*. Em primeiro lugar, pois o administrador comumente é sócio; para quando não é, tem-se a regra do inciso V, que lhe é específica. Como se só não bastasse, parece-me que as relações sistêmicas mantidas entre os incisos III e IV são suficientes para permitir a identificação do *titular* como o *empresário*: o *titular da empresa*. Por fim, examinando o escopo da norma, não haveria razão para incluir a pessoa jurídica e deixar de fora o empresário, o que acabaria por se tornar numa alternativa tentadora para a prática de fraudes.

Assim, a atividade negocial não será qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, beneficiando-se do tratamento jurídico diferenciado inscrito no Estatuto, quando o empresário (o *titular da empresa*) ou o sócio da sociedade simples ou empresária participar com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo. Obviamente, a expressão *10% do capital de outra empresa* é um grande equívoco. Não há um capital da empresa, mas capital do empresário (artigo 968, III, do Código Civil) e capital da sociedade (artigo 997, III, do Código Civil); claramente se percebe que o legislador está se referindo ao capital de uma sociedade.

Outro desafio da norma vem do contraste das frases (1) *não beneficiada por esta Lei* e (2) *desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo*. Em fato, o segundo item destacado, principalmente a expressão inaugural desde que, pode distrair o intérprete e, mesmo, confundi-lo. Essencialmente, o problema essencial é participar, com mais de 10% do capital, do capital social de outra sociedade, simples ou empresária, não beneficiada pelo Estatuto. Isso pode ocorrer tanto pelo fato de haver receita bruta superior a R\$ 2,4 milhões (o que, por si só, já satisfaz a segunda condição: *ultrapassar o limite do inciso II do caput do artigo*), quanto pela desatenção a qualquer requisito subjetivo, entre esses que aqui estão sendo estudados. Atenção: *a frase não beneficiada por esta Lei* interpreta-se em sentido estrito, angusto: está-se referindo às atividades negociais que não se qualificam como microempresa ou empresa de pequeno porte; não se está, de forma alguma, referindo-se às vedações ao ingresso no Simples Nacional.

Havendo (1) participação em mais de 10% do capital, do capital social de outra sociedade, (2) sociedade esta *não beneficiada* que pelo Estatuto, torna-se necessário investigar o último pressuposto para a exclusão do *empresário* ou da *sociedade*, simples ou empresária, do tratamento jurídico diferenciado inscrito no Estatuto: (3) *ultrapassar, a receita bruta global, o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo*, isto é, R\$ 2,4 milhões. *Receita bruta global*, obviamente, é o somatório da receita de ambas as sociedades, na hipótese de *sócio*, ou da receita bruta da sociedade e do empresário, na hipótese de *titular*. Como já dito, se o motivo de não enquadramento é justamente a superação deste limite, a exclusão é direta. Mas pode ocorrer de a sociedade ter sido excluída por outro motivo; por exemplo, por ter sócio pessoa jurídica. Neste caso, passa-se ao cálculo da *receita bruta global*.

Por fim, destaque-se a exceção anotada no § 5º do mesmo artigo 3º, segundo o qual essa regra não se aplica à *participação no capital de cooperativas de crédito, centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio* previsto pelo Estatuto, e *associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária* e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte. Essa regra, como se aplica igualmente à vedação de participação no capital de outra pessoa jurídica, inscrita no artigo 3º, § 4º, VII, do Estatuto, será estudada adiante.

5.5 Administração de outra sociedade

Também no inciso V do § 4º do artigo 3º do Estatuto enfrenta-se o problema da extensão da previsão normativa a *sócio ou titular*; nos termos examinados na abertura da seção anterior, aos quais remeto o leitor, parece-me que o termo *titular* alude ao *titular da empresa* e não *titular* da pessoa jurídica. Assim, como acontece com o inciso anterior, a norma dirige-se não só à sociedade (simples ou empresária) e seus sócios (majoritários e minoritários), mas também ao empresário, compreendido como o *titular* de uma empresa individual. Aliás, também aqui não haveria motivo para incluir a pessoa jurídica e deixar de fora o empresário, o que criaria uma via fácil para a prática de fraudes à lei.

Exclui-se do regime diferenciado e favorecido da Lei n. 123/06 a atividade comercial cujo *titular* (o empresário) *seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos*, bem como a sociedade simples ou empresária que tenha sócio nessas mesmas condições, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 2,4 milhões. Aqui também, *receita bruta global* é, por óbvio, o somatório da receita de ambas as sociedades, na hipótese de *sócio*, ou da receita bruta da sociedade e do empresário, na hipótese de *titular*. Note-se que, aqui, é indiferente que a outra sociedade seja, ou não, qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte; também não se exige que o titular ou sócio tenha participação em determinada percentual do capital social. Apenas se deve investigar se a receita bruta global ultrapassa o limite de que trata o inciso II do *caput* do artigo, isto é, R\$ 2,4 milhões, como visto.

Note-se que, na hipótese do inciso V, ora examinado, a verificação da hipótese nele inscrita prejudica a empresa individual do administrador ou a sociedade, simples ou empresária, da qual ele é sócio. Se a sociedade da qual ele é administrador ou equiparado está qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a superação do limite global de receita bruta não prejudicará a esta, a sociedade administrada, mas à atividade comercial da qual o administrador é titular ou sócio.

Por fim, há algumas outras expressões inscritas na norma que precisam ser exploradas e aclaradas; são elas: (1) *pessoa jurídica com fins lucrativos* e (2) *administrador ou equiparado*. Em primeiro lugar, é preciso distinguir *fins lucrativos* de *fins econômicos*. Lucro, em sentido estrito, é a remuneração do capital investido, constituindo um tipo de fruto civil (acessório) desse capital (principal). O lucro guarda correspondência direta com a idéia de investimento; numa sociedade anônima, por exemplo, os investidores são os acionistas, titulares de ações que correspondem a capital investido na empresa; diante de resultados positivos, distribuem-se lucros aos acionistas, na proporção conforme a previsão estatutária. Haverá *fim econômico* mesmo que não haja capital investido e, destarte, não haja distribuição de lucros, sendo o grande exemplo as sociedades cooperativas, nas quais se remunera o trabalho de cada cooperado e não o investimento, não havendo, em sentido estrito e jurídico, distribuição de lucros; mas há, efetivamente, uma finalidade econômica, razão pela qual está caracterizada a sociedade, no gênero das pessoas jurídicas. Ora, somente as sociedades – excluída a cooperativa – são pessoas jurídicas *com fins lucrativos*; via de consequência, as cooperativas devem ser excluídas na interpretação/aplicação do inciso V do § 4º do artigo 3º do Estatuto, ora examinado.

Também é preciso muita cautela com a expressão *administrador ou equiparado*. O problema está justamente no alcance que se poderia dar ao termo *equiparado*, que é absolutamente impreciso. Para garantir segurança jurídica, é preciso, portanto, dar interpretação angusta ao termo; assim, estarão incluídos os administradores societários em sentido estrito, quais sejam o administrador societário, nas sociedades contratuais, seja ou não sócio, bem como os membros da diretoria nas sociedades estatutárias. Por equiparados, deve-se incluir qualquer sócio, quando a sociedade tenha administração coletiva (que compete a todos os sócios), bem como os membros do conselho de administração, nas sociedades por ações que os tenham. O *gerente* não se encaixa no conceito de *administrador ou equiparado*. Afinal, nos termos do artigo 1.172 do Código Civil, cuida-se de um preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência. O empresário administra a empresa, fazendo uso da firma; nas sociedades, o contrato social ou o estatuto indicará a administração – uma ou mais pessoas – regulando sua competência e poderes; essas pessoas são chamadas de *administradores* da sociedade. A gerência está num nível inferior, qual seja a gestão profissional do dia-a-dia da atividade comercial na empresa ou no estabelecimento. É, portanto, um mandatário específico.⁹

Por fim, embora o legislador não tenha se referido, no § 5º do mesmo artigo 3º, ao inciso V do seu § 4º, é forçoso reconhecer que aquela norma excepcionadora tem, sim, aplicação analógica na hipótese versada. Em fato, assim como se permite a participação excepcional no capital de alguns tipos de pessoas jurídicas, deve-se também permitir a participação na direção/administração de tais entes. Conseqüentemente, não me parece que a vedação inscrita no dispositivo ora estudado aplique-se à administração *de cooperativas de crédito, centrais de compras e bolsas de subcontratação*, quando se lhe deu forma de pessoa jurídica, *associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária* e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte. Trata-se de interpretação extensiva que tem escopos teleológicos, isto é, interpretação que leva em conta o fim visado pelo legislador. Se permitiu participar do capital social, deve permitir igualmente integrar a administração, certo que tais entes comumente não tem administração coletiva, pelo contrário, são administrados por seus membros ou por representantes (sócios) de seus membros.

5.6 Cooperativas, salvo as de consumo

O artigo 3º, § 4º, VI, vedou que cooperativas se enquadrem como microempresas e empresas de pequeno porte. Uma única exceção é listada pelo dispositivo: as cooperativas de consumo. As cooperativas de consumo são constituídas como forma de coordenar esforços para a aquisição, em melhores condições, de bens e serviços para seus cooperados. São supermercados, livrarias e outras atividades negociais que, ao vender bens ou prestar serviços aos cooperados, não se movem pela lógica do lucro, mas da cooperação mútua.

Destaco que a vedação é a qualificação das sociedades cooperativas, salvo as de consumo, como microempresas ou empresas de pequeno porte. Não se veda, por meio do artigo 3º, § 4º, VI, a participação de empresários ou sociedades qualificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte em cooperativas. A norma aplicável a tal hipótese é o inciso seguinte, VII, com suas particularidades específicas, razão pela qual chamo a atenção do leitor para as considerações que farei abaixo.

5.7 Participação no capital de outra pessoa jurídica

O artigo 3º, § 4º, VII, da Lei Complementar n. 123/06, veda a inclusão no regime diferenciado de sociedade (simples ou empresária) que *participe do capital de outra pessoa jurídica*. A norma tem por finalidade clara impedir a utilização do regime das microempresas e empresas de pequeno porte a bem de planejamento societário. Essa vedação é excepcionada em algumas situações pelo § 5º do mesmo artigo 3º. Em primeiro lugar, não se aplica a cooperativas de crédito, que são sociedades simples constituídas sob o regime da Lei n. 5.764/71, com atuação no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, estando submetidas

ao Banco Central do Brasil. Sua atuação constitui uma vistosa alternativa para a otimização de operações de crédito, comumente marcadas por altos custos (tarifas bancárias) e juros. Excepcionam-se também as *centrais de compra*, que serão estudadas na seção 5.7.1, abaixo, as *bolsas de subcontratação*, analisadas na seção seguinte, 5.7.2, o *consórcio simples*, disposto no artigo 56 da lei, e as *sociedades de garantia solidária*, estudadas adiante, na seção 5.7.3.

Por fim, o legislador incluiu, no dispositivo, algumas expressões *abertas*, que se amoldam a uma infinidade de situações. São elas (1) *associações assemelhadas*, (2) *sociedades de interesse econômico* e (3) *outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte*. Justamente por serem abertas, tais expressões acabam remetendo para um sem número de situações, entre as quais associações comerciais e/ou industriais, clubes de diretores lojistas, sindicatos e afins. Mas permitem, igualmente, alcançar outras figuras, como é o caso de cooperativas, como demonstrarei na seção 5.7.4.

Aqui, é preciso destacar que as três expressões abertas não criam limitações entre si, ou seja, têm características próprias que não *contaminam* as demais. Assim, somente na terceira hipótese *objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte*; não se exige tal qualificação das *sociedades de interesse econômico*. Destarte, em nada prejudicará a condição de microempresário a participação na associação de lojistas de um *shopping center*, ainda que da mesma associação participe, na qualidade de loja âncora, uma grande magazine organizada sob a forma de companhia aberta (sociedade anônima com ações negociadas em bolsa).

5.7.1 Centrais de compra

Entre as exceções às vedações de participação do titular ou sócio em mais de 10% do capital de outra pessoa jurídica, bem como da participação da própria sociedade, qualificada como microatividade negocial ou atividade negocial de pequeno porte, no capital de outra pessoa jurídica, expressamente não se aplica às centrais de compra, segundo o artigo 3º, § 5º, do Estatuto. O legislador silenciou-se sobre a natureza jurídica de tais centrais de compra; sabe-se pelo contexto da norma, apenas, que não seriam contratos de sociedade despersonalizados, já que os incisos IV e VII do § 4º, que são excepcionados pela previsão do § 5º, referem-se à pessoa jurídica. Portanto, parece-me, tais centrais de compras poderão ter qualquer forma: associações, fundação (ainda que de difícil verificação) e, mesmo, sociedades. Mais do que isso, não há igualmente limitação tipológica em relação às sociedades; assim, no plano dos gêneros, podem ser sociedades simples ou empresárias, no plano das espécies (tipos societários) podem, creio, ser contratuais ou, mesmo, estatutárias, incluindo sociedades por ações e sociedade cooperativa. Com efeito, no plano das sociedades cooperativas, registram-se comumente cooperativas de compras que, sim, atendem à qualificação genérica de *central de compra*, inscrita no dispositivo comentado. Essencialmente, é preciso que se trate

de *central de compra*, ou seja, que o objeto social seja a aquisição comunitária de bens para os seus associados (se associação) ou beneficiários (se fundação) ou sócios (se sociedade). Mais não exigiu o legislador. Mais não disciplinou. Mais não vedou. E, recorrendo-se a uma interpretação teleológica ou sistemática, também não se encontram elementos que apontem para uma vedação.

Note-se, ademais, que nada exige que tais centrais de compra sejam compostas exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte, podendo, sim, ter membros (associados, beneficiários ou sócios, quotistas ou acionistas) que não se qualifiquem como tal. Não se invoque, em sentido contrário, a parte final do parágrafo, que se refere a ter *como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte*. Essa qualidade diz respeito apenas a *outros tipos de sociedade, e não às centrais de compra*. Basta recordar que, logo após falar em *centrais de compra*, o dispositivo alude às *bolsas de subcontratação*, dispositivos que podem congregam grandes empresas, na qualidade de *subcontratantes*, além das micro e pequenas, na qualidade de *subcontratadas*. Não é só. Também se fala em *sociedades de garantia solidária*; essas companhias são compostas também por *sócios investidores* que, como se sabe, não precisam ser microempresas e empresas de pequeno porte.

5.7.2 Bolsas de subcontratação

Somam-se ao rol das exceções às vedações inscritas nos incisos IV e VII do § 4º, sempre do artigo 3º do Estatuto, as *bolsas de subcontratação*, que são espaços interempresariais, ou seja, praças para a oferta e a procura por bens e serviços entre empresas. A referência à *subcontratação* está diretamente ligada a um tipo específico de oportunidade e negociação: empresas contratadas para determinada finalidade (fornecimento de bens ou prestação de serviços) buscam parceiros para subcontratar parte desta demanda. Por exemplo, uma empresa contratada para a produção de determinada peça automotiva complexa, subcontrata a produção de determinada parte com outra ou outras peças, funcionando a subcontratante, ela mesma, como uma pequena montadora das partes menores, fornecidas pelas subcontratadas. Não se trata apenas de uma oportunidade valiosa de negócios entre microempresas e empresas de pequeno porte, mas igualmente de um mecanismo de racionalidade industrial. Comumente, tais bolsas são associações, ou seja, pessoas jurídicas sem fins lucrativos, inscritas no Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas; sua quotas, por conseqüência, dão apenas o direito à participação nos trabalhos sociais (ou associativos), não gerando lucro, ao contrário do que se passa com as sociedades, simples ou empresárias, nem mesmo distribuição de vantagens econômicas, como ocorre com as cooperativas. É o que se passa com a *Bolsa de Negócios e Subcontratação*, cuja organização remonta a meados da década de 70, ainda no século passado.

Note-se, porém, que o legislador nada falou sobre a natureza jurídica das bolsas de subcontratação que, a exemplo do que se passa com as centrais de compra, poderão adotar qualquer forma jurídica. Comumente, todavia, são associações.

5.7.3 Sociedades de garantia solidária

O § 5º do artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06 refere-se às sociedades de garantia solidária, no que cria um desafio jurídico curioso. Em fato, a Lei n. 9.841/99, em seu artigo 25, autorizou a constituição de Sociedade de Garantia Solidária, constituída sob a forma de sociedade anônima, para a concessão de garantia a seus sócios participantes, mediante a celebração de contratos. Segundo o parágrafo único do já citado artigo 25, tal sociedade seria constituída de sócios participantes e sócios investidores; os sócios participantes seriam, exclusivamente, microempresas e empresas de pequeno porte com, no mínimo, dez participantes e participação máxima individual de dez por cento do capital social; os sócios investidores seriam pessoas físicas ou jurídicas, que efetuarão aporte de capital na sociedade, com o objetivo exclusivo de auferir rendimentos, não podendo sua participação, em conjunto, exceder a quarenta e nove por cento do capital social. Segundo seu artigo 31, a função de registro, acompanhamento e fiscalização das sociedades de garantia solidária, sem prejuízo das autoridades governamentais competentes, poderá ser exercida pelas entidades vinculadas às microempresas e às empresas de pequeno porte, em especial o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae, mediante convênio a ser firmado com o Executivo.

O problema é que o artigo 89 da Lei Complementar n. 123/06 revogou, expressamente, Lei n. 9.841/99, a partir de 1º de julho de 2007. Cria-se, destarte, um imbróglgio hermenêutico. Note-se que o projeto de Estatuto aprovado pelo Congresso Nacional previa, em seu artigo 60, a instituição do Sistema Nacional de Garantias de Crédito com o objetivo de facilitar o acesso das micro e pequenas empresas ao crédito e a demais serviços nas instituições financeiras, sistema esse cuja regulamentação fora delegada ao Poder Executivo, de forma a proporcionar tratamento diferenciado, favorecido e simplificado aos micro e pequenos negócios. No entanto, como se verá adiante, tal artigo foi vetado.

A meu ver, a simples revogação da Lei n. 9.841/99 não impede que se criem sociedades de garantia solidária. Mas retira-lhes o regulamento legal, como as restrições acima listadas para os sócios participantes e investidores, bem como outras normas sobre tipo societário obrigatório (sociedade anônima), elementos obrigatórios do estatuto, condições etc. Poder-se-ia argumentar que a simples referência às sociedades de garantia solidária pelo artigo 3º, § 5º, da Lei n. 123/06 excepcionaria a revogação dos artigos 25 a 31 da Lei n. 9.841/99; tal argumento é excessivamente heterodoxo, ultrapassando as raias do equívoco, dando ao intérprete um poder desmesurado, em face da disposição expressa do citado artigo 89 da Lei Complementar n.123/06: “Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei n.9.841, de 5 de outubro de 1999.” Basta dizer que diferente solução adviria de uma revogação das *disposições em contrário*, o que não houve.

Portanto, os artigos 25 a 31 da Lei n. 9.841/99 podem servir, quando muito, como referência hermenêutica complementar, ajudando a resolver conflitos que eventualmente surjam sobre a matéria. Mas deixam de ser lei vigente e, portanto,

válida e eficaz, o que tem diversas implicações. Por exemplo, o artigo 26 trazia elementos mínimos que deveriam constar do estatuto social da sociedade de garantia solidária, ao passo que o artigo 27 listava condições a que estavam sujeitas, entre as quais (1) proibição de concessão a um mesmo sócio participante de garantia superior a dez por cento do capital social ou do total garantido pela sociedade, o que for maior; (2) proibição de concessão de crédito a seus sócios ou a terceiros; (3) alocação obrigatória de 5% dos resultados líquidos para reserva legal, até o limite de vinte por cento do capital social; e (4) alocação obrigatória de 50% da parte correspondente aos sócios participantes para o fundo de risco, que seria constituído também por aporte dos sócios investidores e de outras receitas aprovadas pela Assembléia-Geral da sociedade.

Também fica sem regulamentação específica o *contrato de garantia solidária*, então tratado pelo artigo 28 daquela lei. Segundo a definição legal, ora revogada, tratava-se de negócio cuja finalidade seria regular a concessão da garantia pela sociedade ao sócio participante, mediante o recebimento da taxa de remuneração pelo serviço prestado, devendo fixar as cláusulas necessárias ao cumprimento das obrigações do sócio beneficiário perante a sociedade. O parágrafo único deste dispositivo permitia que a sociedade de garantia solidária exigisse *contragarantia* por parte do sócio participante beneficiário para a concessão da garantia. Esse contrato, agora, torna-se atípico, submetendo-se às normas gerais do Código Civil, nos termos de seu artigo 425.

Nalguns casos, porém, as normas autorizadoras pouco sofrem com a revogação, já que a possibilidade negocial por elas referidas acaba sendo albergada pelo princípio da ampla atipicidade contratual, inscrito no já aludido artigo 425 do Código Civil. É o que se passa com a possibilidade de oferecer as contas e valores a receber das microempresas e as empresas de pequeno porte, para serem utilizadas como lastro para a emissão de valores mobiliários (*securitização*) a serem colocados junto aos investidores no mercado de capitais. Disposta nos artigos 29 e 30 da Lei n. 9.841/99, essa modalidade de atuação econômica ainda é viável. A sociedade de garantia solidária pode, sim, conceder garantia sobre o montante de recebíveis de seus sócios participantes, objeto de securitização, podendo também prestar o serviço de colocação de recebíveis junto à empresa de securitização especializada na emissão dos títulos e valores mobiliários transacionáveis no mercado de capitais. Discutível, porém, é a previsão, constante no artigo 30, de que o agente fiduciário de tal operação não tem direito de regresso contra as empresas titulares dos valores e contas a receber, objeto de securitização; afinal, tal excludente de responsabilidade tirava sua validade e eficácia de norma legal expressa que, agora, está simplesmente revogada, servindo-se apenas para os atos jurídicos que se aperfeiçoaram na vigência da Lei n. 9.841/99.

5.7.4 Cooperativas

A pesquisa sobre o sentido das expressões *associações assemelhadas*, *sociedades de interesse econômico*, *sociedades de garantia solidária* e outros tipos de

sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte pode levar o intérprete, sim, para o âmbito das cooperativas. Os artigos 6º, I, e 7º, da Lei n. 5.764/71 expressamente licenciam a participação, como sócio cooperado, de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas; assim, tanto empresários como sociedades, simples ou empresárias, podem tomar parte em cooperativas que tenham por objetivo a comunhão de esforços a bem de todos os seus membros e suas atividades negociais.

Um amplo leque de alternativas coloca-se; não apenas a cooperativa de compras ou a cooperativa de crédito, estudadas acima. É possível a constituição de cooperativas para armazenamento (central de armazenamento), o que é muito comum entre empresas agropecuárias. Somem-se as cooperativas de beneficiamento de produtos e cooperativas de distribuição de bens (central de distribuição). São apenas exemplos. Pessoas naturais e jurídicas podem se unir, em cooperativa, para colaboração mútua em diversos tipos de atividades econômicas. Mais do que isso, o artigo 10, § 2º, da Lei n. 5.764/71 permite a constituição de cooperativas mistas, que apresentem mais de um objeto de atividades.

Neste contexto, destacam-se, como ratificação de tal posição exegética, as características essenciais que devem ser apresentadas por todas as sociedades cooperativas, preservando-lhe não apenas o gênero, mas a própria filosofia do cooperativismo mundial, estando devidamente inscritas no artigo 4º da Lei n. 5.764/71 e artigo 1.094 do Código Civil. Refiro-me à liberdade de adesão, variabilidade ou dispensa do capital social, limitação do número de quotas-partes do capital para cada cooperado, cessão limitada de quota, administração democrática, resultados em função das operações, indivisibilidade dos fundos, neutralidade política, religiosa, racial e social, além de assistência a cooperados e empregados, bem como limitação da área de admissão.¹⁰ O estudo de tais princípios deixa claro, com facilidade, amoldarem-se precisamente a *mens legis* do artigo 3º, § 5º, da Lei Complementar n. 123/06, devendo ser consideradas vias lícitas para microempreendedores e empreendedores de pequeno porte.

5.8 Instituições financeiras, mobiliárias e securitárias

Não se incluem no regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, sociedades que exerçam atividades no Sistema Financeiro Nacional, nomeadamente as atividades de banco comercial, banco de investimentos e banco de desenvolvimento, além de caixa econômica, sociedade de crédito, e sociedade de financiamento e investimento ou de crédito imobiliário. Fora do ramo financeiro, também estão excluídas sociedades que trabalhem no mercado de capitais, designadamente as que atuam como corretoras ou distribuidoras de títulos, valores mobiliários e câmbio. Somem-se as empresas de arrendamento mercantil e sociedades de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar.

Não há muito o que comentar sobre a norma. Fica claro que o legislador entendeu haver uma incompatibilidade visceral entre, de um lado, os conceitos de microatividade econômica e atividade econômica de pequeno porte e, de outro lado, tais objetos sociais.

5.9 Cisão ou desmembramento

De acordo com o artigo 3º, § 4º, IX, do Estatuto, não poderá qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte a pessoa jurídica *resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores*. Na cisão, uma sociedade se divide, se cinde, implicando a separação de corpo social – patrimônio e sócios.

A cisão de uma sociedade terá por efeito jurídico acessório a vedação de sua qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte a vedação de a sociedade ou sociedades resultantes desta operação serem incluídas no regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, para nenhum efeito legal. Para tanto, é indiferente investigar se a sociedade cindida era, ou não, beneficiária da lei e, portanto, qualificada como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte. Indiferente, também, a investigação dos motivos que levaram à cisão. Infelizmente, basta a ocorrência de tal evento social para que se aplique a vedação legal aos benefícios legais, em todos os seus efeitos. Por fim, indiferente tratar-se da sociedade *resultante* da cisão ou da sociedade *remanescente* da cisão: ambas estão submetidas à previsão; e mesmo mais, se da cisão resultarem três ou mais sociedades. Também alcançadas aquelas que, eventualmente, tenham incorporado parcela *resultante ou remanescente* da cisão, bem como a que tenha se fundido com parcela *resultante ou remanescente* da cisão.

Tal vedação, todavia, não é perpétua. Segundo o texto legal, para que se aplique a vedação, a cisão ou desmembramento deverá ter *ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores*. A interpretação da frase demanda cuidado, já que não se trata dos *5 (cinco) anos anteriores*; se assim fosse, o aplicador usaria do artigo 132, § 3º, do Código Civil para a seguinte operação: tomaria o dia da cisão (e não o dia de seu arquivamento, se providenciada atempadamente) e assinalaria a validade e a eficácia da proibição em igual dia do quinto ano seguinte: cisão no dia 1º de abril de 2007, vedação de qualificar-se como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte até 1º de abril de 2012. Mas não é isso que consta da norma, que não se preocupa com o dia da cisão, mas com o ano-calendário em que essa ocorreu. Esse ano calendário será o primeiro dos cinco em que terá validade a vedação. Assim, tenha ocorrido a cisão em 1º de abril de 2007 ou em 31 de dezembro do mesmo ano, a sociedade ou sociedades *resultantes ou remanescentes* deste desmembramento não poderão se beneficiar do regime especial do Estatuto até 31 de dezembro de 2011; mas, já em 1º de janeiro de 2012, não se terá cisão *ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores*, sendo lícita a qualificação e os benefícios dela resultante, se preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos inscrito na norma então vigente.

5.10 Sociedades por ações

Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, para qualquer efeito legal, a sociedade constituída sob a forma de sociedade por ações. Não há muito o que comentar sobre a norma. Fica claro que o legislador entendeu haver uma incompatibilidade visceral entre tal tipo societário e os conceitos de microatividade econômica e atividade econômica de pequeno porte. Note-se que a norma refere-se às sociedades por ações e não apenas às sociedades anônimas, razão pela qual a vedação inclui, por certo, as sociedades em comandita por ações. De outra face, é preciso deixar claro que o legislador não fez qualquer distinção sobre estar o capital aberto, ou não, incluindo-se ambas as situações na vedação legal.

6 EXCLUSÃO DO REGIME

Como visto anteriormente, ao final de cada ano-calendário, microempresas que superaram a receita bruta de R\$ 240 mil devem tornar-se empresas de pequeno porte e, *mutatis mutandis*, empresas de pequeno porte que não tiveram tal faturamento devem tornar-se microempresas. Mais grave será a hipótese de se vencer o limite de R\$ 2,4 milhões de receita bruta num ano-calendário, caso em que se aplica o § 9º do artigo 3º do Estatuto: o empresário ou a sociedade, simples ou empresária, será excluído, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, *para todos os efeitos legais*. O dispositivo comete, logo de abertura, um deslize, pois se refere apenas à *empresa de pequeno porte*; todavia, tal menção não é suficiente para afastar o fato de que, mesmo a microempresa, superando o limite inscrito no inciso II do *caput* do artigo 3º, será excluída do regime beneficiado; o simples fato de ser uma microempresa não lhe concede o direito a estourar o limite de receita bruta anual máximo, ainda que este tenha sido pensado para as empresas de pequeno porte. Não há, portanto, um direito a estágios: (1) microempresa, (2) empresa de pequeno porte e (3) exclusão.

Não só a perda dos requisitos objetivos conduz à exclusão do regime diferenciado e favorecido previsto no Estatuto. Se o empresário ou a sociedade, simples ou empresária, incorrer em qualquer das situações previstas nos incisos do § 4º do mesmo artigo 3º, acima estudadas, será igualmente excluído do regime de que trata a Lei Complementar n. 123/06, como, aliás, estatui o § 6º, ainda do artigo 3º. Note-se, porém, que a exclusão em face da perda do requisito objetivo (superação do limite máximo de R\$ 2,4 milhões de receita bruta anual) se fará *no ano-calendário seguinte*, como se afere do já citado § 9º. Em oposição, a perda da qualidade de microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte em face do desatendimento aos requisitos subjetivos, inscritos no § 4º do artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06, tem seus efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva, segundo o § 6º do reiterado artigo 3º.

Note-se que há, sim, um benefício inscrito nas regras dispostas nos §§ 6º e 9º do artigo 3º, ainda que seu escopo seja a desqualificação do empresário ou

da sociedade, simples ou empresária, da condição de microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte. Com efeito, o legislador poderia ter disposto que o vencimento dos limites objetivos ou o desatendimento às condições subjetivas implicassem o pronto desenquadramento, ou seja, tivessem efeitos imediatos. Assim, porém, não fez. Diante da incursão em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º do artigo 3º, a fruição dos benefícios concedidos pelo Estatuto se fará até o final daquele mês; os efeitos da exclusão, por norma expressa, se concretização apenas *a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva*. Ainda mais marcável e relevante é a vantagem concedida pelo § 6º, pois concede a extensão do regime diferenciado e favorecido até o ano-calendário seguinte, não importando quando se deu a superação do limite de R\$ 2,4 milhões de receita bruta. Ainda que pouco provável, esse limite pode ter sido alcançado no primeiro ou primeiros meses de um ano; ainda assim, a exclusão só se dará, em face do que estabeleceu o legislador, no ano-calendário seguinte. E, para tanto, é absolutamente indiferente o valor final da receita bruta naquele ano-calendário, certo que o legislador nada disse a respeito. Ainda que se tenha alcançado um faturamento de R\$ 240 milhões, por exemplo, em face da capitalização da empresa, da alteração de seu perfil negocial ou qualquer outro motivo, a exclusão só se dará no ano-calendário seguinte.

É preciso atenção, no entanto, para as fraudes. Em fato, não se pode esquecer aqui da Parte Geral do Código Civil, a prever serem nulos, entre outros, aquele que tem por motivo determinante, comum a ambas as partes, um ato ilícito (artigo 166, III), aquele que tiver por objetivo fraudar lei imperativa (artigo 166, VI) e o ato jurídico simulado (artigo 167). Dessa forma, conforme o que se tenha verificado no caso em concreto, pode-se afirmar a nulidade do enquadramento em si, a determinar, em face de sua declaração, a perda *ex tunc* (desde então) da fruição dos benefícios do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

6.1 Efeitos do enquadramento e desenquadramento

Como visto nos comentários acima, os efeitos do desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte afirma-se para o futuro: a partir do primeiro dia do ano-calendário seguinte, se vencidos os requisitos objetivos, a partir do primeiro dia do mês seguinte, se desatendidos os impedimentos que constituem os requisitos subjetivos do regime especial. Não há, falar, portanto, em efeitos que retroajam, exceto se há declaração da nulidade do próprio enquadramento ou da manutenção do enquadramento, em face da prática de qualquer dos atos listados nos artigos 166 e 167 do Código Civil.

Justamente por isso, o § 3º do artigo 3º do Estatuto destaca que esse *desenquadramento* não implicará alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados. Aliás, o dispositivo é perfeito por constituir uma via de mão dupla, reconhecendo que mesmo o *enquadramento* do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou

empresa de pequeno porte. Portanto, a fruição dos benefícios do tratamento diferenciado e favorecido faz-se apenas durante o período de enquadramento, não havendo retroação nem da aquisição das vantagens, nem de sua perda. A condição de beneficiário ou de não-beneficiário marca os atos jurídicos em cada tempo de realização, aperfeiçoando-se assim.

7 ESPECIALIDADE TRIBUTÁRIA

Esteja-se atento, sempre, para o fato de que uma coisa é a qualificação como microempresa e como empresa de pequeno porte; outra coisa, distinta da primeira, é a qualificação para o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. A primeira qualificação dá direito ao tratamento diferenciado e favorecido, em sentido largo; a segunda, dá direito ao recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos impostos e contribuições listados no artigo 13 da Lei Complementar n. 123/06. Dessa maneira, embora somente pessoas enquadradas na condição de microempresa e empresa de pequeno porte possam fazer a opção pelo Simples Nacional, atendidos os requisitos específicos deste regime tributário, incluindo a forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, como se afere do artigo 16 do Estatuto, a recíproca não é verdadeira. Portanto, não é preciso ser beneficiário do Simples Nacional para enquadrar-se como microempresa e empresa de pequeno porte.

Ainda que óbvia, essa observação precisa ser feita e ressaltada. Atendidos os requisitos inscritos no artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06, o empresário ou a sociedade, simples ou empresária, qualifica-se como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte, fazendo jus ao tratamento diferenciado e favorecido estabelecido por este Estatuto, como, por exemplo, facilidades de acesso aos mercados, inclusive aquisições públicas, simplificação das relações de trabalho, estímulo ao crédito e à capitalização, entre outros. Isso, ainda que seja alcançada pelas vedações ao ingresso no Simples Nacional, previstas no artigo 17 do Estatuto. Dessa forma, pode, sim, existir microempresa ou empresa de pequeno porte que *não está* e *não pode estar* inscrita no Simples Nacional, face às referidas vedações, e, ainda assim, aproveitando-se dos demais benefícios do tratamento diferenciado e favorecido estabelecido por este Estatuto.

REFERÊNCIAS

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2.

¹ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 2, 3 e 5, passim.

² Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 5, passim.

³ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, cap. 1, passim.

⁴ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, cap. 3, passim.

⁵ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 8-10, passim.

⁶ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 8, passim.

⁷ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 9-10, passim.

⁸ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2, cap. 2, passim.

⁹ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 17, passim.

¹⁰ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2, cap. 26, passim.

MICRO AND SMALL ENTERPRISES BENEFITING FROM DECLARATORY STATUTE 123/2006: ARTICLE 3 OF NATIONAL STATUTE FOR MICRO AND SMALL ENTERPRISES

ABSTRACT

This paper engages in the analysis of Declaratory Statute 123/2006 – The National Statute of Micro and Small Enterprises –, notably regarding the notion of micro and small economic activities, as well as the extent of the abovementioned law to micro and small business activities.

KEYWORDS: Businessperson. Societies. Micro-enterprise. Small business company.

MICROACTIVITÉS ET PETITES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES QUI BÉNÉFICIENT DU STATUT PRÉVU PAR LA LOI COMPLÉMENTAIRE N. 123/2006: LA QUESTION DE L'ARTICLE 3 DU STATUT NATIONAL DE LA MICROENTREPRISE ET DE L'ENTREPRISE DE COURTE FACTURATION

RÉSUMÉ

Le présent essai se prête à l'analyse de la Loi Complémentaire n.123/2006 – Statut national de la microentreprise et de l'entreprise de courte facturation–, surtout en ce qui concerne la conceptualisation des microactivités et des petites activités économiques, ainsi que la portée du régime de cette loi aux microactivités et des activités commerciales de courte facturation.

MOTS-CLÉS: Entrepreneur. Sociétés. Microactivité. Petites activités économiques.

DA INEXISTÊNCIA DO DEVER DE PRATICAR PREÇOS IGUAIS NAS VENDAS À VISTA E NO CARTÃO

Hugo de Brito Machado*

1 Introdução. 2 Os princípios da legalidade e da igualdade. 3 Distinção entre venda à vista e no cartão. 4 Liberdade de iniciativa econômica. 5 Proteção ao consumidor. 6 A quem realmente interessa a imposição. 7 Manifestações jurisprudenciais. 8 Responsabilidade pessoal do agente público no combate ao arbítrio. 9 Conclusões.

RESUMO

Este trabalho aborda a questão da suposta obrigatoriedade, na visão dos órgãos estatais de proteção ao consumidor, de estabelecimentos comerciais praticarem exatamente os mesmos preços nas vendas feitas para pagamento à vista, e nas vendas cujo pagamento do preço, pelo consumidor, opera-se com o uso de cartão de crédito ou instrumento congêneres. Nele se avalia, primeiramente, se esta suposta igualdade nos preços tem amparo legal. Em seguida, cuida-se de saber se o fato de o preço ser pago a vista, ou com a intermediação de empresa administradora de cartão, que efetua o pagamento depois de algum tempo, e com a cobrança de comissão sobre o valor da venda, não é uma condição legítima para a concessão de descontos na primeira hipótese. Finalmente, o texto examina se essa alegada obrigatoriedade de pagar-se um mesmo preço, nas vendas a vista e nas vendas a cartão de crédito, não beneficia, na verdade, as empresas administradoras de cartão de crédito, e não o consumidor, que tem violada a sua liberdade de não usar o cartão de crédito e beneficiar-se com isso.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de iniciativa. Proteção ao consumidor. Preço. Equiparação. Venda à vista. Cartão de crédito.

1 INTRODUÇÃO

Com a manchete “Decon autua 4 livrarias por preço diferenciado”, noticia-se que estão sendo multados estabelecimentos comerciais “por estarem

* Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

praticando preços diferenciados nas modalidades de pagamento à vista, cartão de débito automático e cartão de crédito.” Diz a notícia que “os fiscais identificaram que os descontos concedidos nas compras à vista não eram concedidos também nas outras modalidades.”¹

Essa prática repressiva, geralmente adotada contra pequenas e médias empresas comerciais, bem demonstra como é difícil ser empresário neste País, onde as autoridades vivem inventando formas de restringir a liberdade empresarial. A aplicação de multa pela prática de preços diferenciados conforme a modalidade de pagamento é um atentado a essa liberdade. Fazer uma compra e venda com pagamento à vista, ou no cartão de débito ou de crédito, é opção do comprador e do vendedor, que se acertam no preço e nas condições. É o exercício da liberdade de iniciativa econômica prometida expressamente por nossa Constituição Federal.

É certo que a Constituição promete também a defesa do consumidor, mas esta há de ser entendida de modo a que não se instaure um conflito com a liberdade econômica. Os diversos dispositivos da Constituição devem ser interpretados de sorte que um não anule o outro. A melhor interpretação de cada um deles será aquela que os ponha a todos em harmonia, e quanto aos que dizem respeito à liberdade econômica e aqueles que dizem respeito à proteção ao consumidor essa harmonia é perfeitamente possível como adiante vamos demonstrar.

A tese segundo a qual o comerciante tem o dever de praticar preços iguais nas vendas à vista e com pagamento mediante cartões de crédito ou de débito tem sido sustentada a pretexto da defesa do consumidor, mas pode ser que interesse muito mais às empresas administradoras de cartões. A defesa do consumidor pode ser apenas um pretexto. Um discurso politicamente correto, que pode não corresponder à verdadeira intenção de quem o faz. Ou decorrer de uma análise superficial e equivocada da situação, onde a aparência predomina sobre a realidade.

Seja como for, importante é a investigação dos elementos estritamente jurídicos para que se possa a final firmar posição nessa importante questão de saber se existe, ou não, em nosso ordenamento jurídico, do dever de praticar nas vendas com pagamento feito mediante cartão de crédito ou de débito, o mesmo preço praticado nas vendas à vista.

É o que vamos fazer neste estudo.

2 OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE

Entre os direitos e garantias fundamentais está o direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.² E também o direito à igualdade, uma vez que todos são iguais perante a lei.³

A determinação do alcance desses dois princípios é de grande importância para a solução adequada da questão de saber se o comerciante é, ou não é

obrigado a praticar nas vendas para pagamento com cartão de crédito, ou de débito, os mesmos preços praticados nas vendas para pagamento à vista. Os que defendem a resposta afirmativa sustentam que se trata de um direito do consumidor, porque a venda com pagamento efetuado mediante cartão é uma venda à vista. Citam doutrina de Orlando Gomes, segundo a qual essa venda não caracteriza venda a crédito, porque o comprador, ao assinar a nota de venda, atribui a esta a condição de um título pro soluto em relação a quem a firmou.

Não existe, porém, lei estabelecendo esse dever do comerciante, de praticar nas vendas para pagamento com cartão de crédito, os mesmos preços praticados nas vendas para pagamento à vista. E se existisse, a nosso ver seria inconstitucional, como adiante será demonstrado. De todo modo, por enquanto fica a afirmação de que não existe lei. Pretender obrigar o comerciante a praticar os mesmos preços nas vendas à vista e no cartão viola, sem dúvida, o princípio da legalidade.

Além de violar o princípio da legalidade, a tese que afirma a obrigação de igualdade de preços nas vendas à vista e no cartão viola também o princípio da igualdade, ou isonomia jurídica. Os elementos de fato que consubstanciam a diferença entre uma venda e a outra, vale dizer, a diferença entre uma venda à vista e uma venda com pagamento no cartão, são critérios discriminatórios razoáveis para ensejar a prática de preços diferentes. Embora a venda no cartão não configure uma venda a crédito, vez que o vendedor não precisa ter cadastro, nem confiança no comprador, em face da responsabilidade da empresa administradora do cartão, certo é que o dinheiro não é recebido no momento da venda, mas vários dias depois. Por outro lado, o comerciante que faz uma venda para pagamento no cartão paga comissão à administradora deste, restando assim a operação onerada, de sorte que não se confunde de nenhum modo com a venda à vista. Também aquele que compra e faz o pagamento com cartão de crédito na verdade não desembolsa imediatamente o dinheiro correspondente. Não está, portanto, em situação igual à daquele que faz uma compra à vista.

A igualdade consiste em tratar igualmente os que estão em situações iguais, e desigualmente os que estão em situações desiguais. Nas palavras de Léon Duguit,

l'égalité véritable, celle qui consiste, suivant une vieille formule, à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales. L'égalité absolue, mathématique des hommes, comprise à la manière de 1793, est, on l'a dit très justement, le paradoxe de l'égalité; elle aboutit, en réalité, à l'inégalité.

A verdadeira igualdade consiste precisamente em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Este é o sábio ensinamento de Duguit, reproduzindo pensamento de Aristóteles, divulgado no Brasil pelo inesquecível Rui Barbosa, nestes termos:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam.

Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.⁴

Vendedor e comprador, nas vendas à vista, estão em situações diversas daquelas em que se colocam nas vendas para pagamento no cartão. Devem ser tratados desigualmente, portanto, para que se realize o princípio da isonomia. E esse tratamento desigual pode consistir, com certeza, na prática de preços diferentes.

3 DISTINÇÃO ENTRE VENDA À VISTA E NO CARTÃO

A venda à vista é diferente da venda com pagamento mediante cartão de crédito ou de débito. Na venda à vista o vendedor entra imediatamente na posse do dinheiro, podendo com o mesmo satisfazer obrigações vencidas ou com vencimento iminente. Na venda com pagamento mediante cartão de crédito essa disponibilidade demora alguns dias, tal como também o comprador não desembolsa desde logo o valor correspondente. Na venda com pagamento no cartão de débito ocorre tal disponibilidade imediata, mas, mesmo assim, essa venda não é igual à venda à vista. É que se o pagamento é feito mediante cartão, seja de crédito ou de débito, o vendedor é obrigado a pagar uma comissão à empresa administradora do cartão.

Podemos dizer, portanto, que as diferenças entre a venda à vista e no cartão são evidentes. Em se tratando de cartão de débito o pagamento da comissão que onera o vendedor. E em se tratando de cartão de crédito, além da comissão a demora no efetivo recebimento do preço.

Ressalte-se que as manifestações doutrinárias, geralmente invocadas por quem sustenta que deve ser praticado o mesmo preço nas vendas à vista e no cartão, no sentido de que a venda no cartão é uma venda à vista, destinam-se a explicar simplesmente que a venda no cartão não é uma venda a prazo, ou a crédito. Em outras palavras, o tratamento fiscal e contábil dessas vendas deve ser o mesmo dado às vendas à vista. Mas isto não quer dizer que não possam ser praticados preços diferentes.

Aliás, preços diferentes podem ser praticados mesmo em vendas à vista. Diferentes em razão, por exemplo, da quantidade de mercadorias. Ou da fidelidade do comprador. Ou de outros elementos que podem fazer diferença, a juízo do vendedor. A rigor, as partes contratantes são livres e podem livremente estabelecer os preços correspondentes. Isto é da essência do regime de liberdade de iniciativa econômica, consagrado em nosso sistema jurídico.

4 LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA

A Constituição Federal estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, e deve observar, entre outros princípios, o da livre concorrência⁵. Essa liberdade significa que o vendedor pratica o preço que lhe parecer conveniente. E o comprador compra a quem lhe convier. Se um comerciante pratica preços mais elevados o comprador é livre para procurar outros fornecedores. Nisso reside a livre concorrência.

É certo que a Constituição coloca também como princípio de observância obrigatória na ordem econômica a defesa do consumidor.⁶ Essa proteção, todavia, há de ser entendida em harmonia com a livre concorrência e não em contraposição a esta.

5 PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Realmente, é perfeitamente possível a coexistência da proteção ao consumidor com a liberdade de iniciativa econômica. A imposição de preços iguais nas vendas à vista e mediante pagamento no cartão, todavia, viola o princípio da liberdade de iniciativa. E protege muito mais as empresas administradoras de cartões do que o consumidor.

A proteção ao consumidor, constitucionalmente garantida, diz respeito a práticas necessárias a assegurar a sua liberdade de comprar ou não comprar estes ou aqueles produtos conhecendo efetivamente o que lhe está sendo oferecido. Assim, essa proteção se realiza pela garantia do direito à informação. Seja no que concerne às quantidades e qualidades do produto, seja quanto ao preço deste, coisas que aliás geralmente andam juntas, e muitas vezes ensejam práticas que de certa forma podem ser até qualificadas como fraude.

Assim, nas embalagens de certos produtos deve ser indicada a respectiva quantidade, geralmente referida ao peso respectivo. A presença dessa informação e a correspondência da mesma à realidade devem ser asseguradas ao consumidor, para que este possa exercer com segurança a sua liberdade ao comprar. Por isto mesmo o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

I – É necessária a colocação de etiquetas em todos os produtos, mesmo se adotado mecanismo de código de barras com os esclarecimentos nas gôndolas correspondentes.

II – Por ser assegurado ao consumidor o direito de informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, não há que se falar em ‘intervenção abusiva no domínio econômico’, com desrespeito aos arts. 1º, IV, 170, *caput* e inciso II, e 174, *caput*, todos da CF/88, ...⁷

Garantir ao contribuinte o direito a todas as informações necessárias a que possa decidir se compra ou não determinado produto não interfere com a

liberdade de iniciativa econômica. Pelo contrário, de certa forma a completa, pois o comprador pode eventualmente estar, também, exercendo atividade empresarial. E mesmo como consumidor, sua liberdade está protegida com o direito a informação correta sobre os preços, inclusive para o caso de pagamento com cartão de crédito.⁸

Em diversas outras situações também é devida a proteção ao consumidor, como, por exemplo, nas questões relacionadas à garantia dos produtos, direito à substituição ou a devolução, assim como no que concerne à propaganda que certamente não pode ser enganosa, vale dizer, não pode veicular informação que não corresponda à verdade.

6 A QUEM REALMENTE INTERESSA A IMPOSIÇÃO

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao decidir adotando a referida tese, utilizou, entre outros argumentos, o da existência de contrato realizado entre o estabelecimento comercial e a administradora de cartão de crédito com cláusula estabelecendo que

O estabelecimento deverá cobrar nas transações realizadas mediante uso de cartão, preço igual ao praticado nas vendas realizadas a dinheiro, sem acréscimo de quaisquer encargos ou taxas de qualquer natureza, oferecendo aos portadores as mesmas condições e/ou vantagens promocionais oferecidas a outros meios e formas de pagamento.⁹

Esse argumento bem demonstra que a prática dos mesmos preços nas vendas à vista e no cartão é na verdade do interesse das administradoras de cartão, porque dessa forma ficaria assegurada ao comprador, portador do cartão, uma condição vantajosa em relação aos que pagam à vista, com moeda corrente do País, pois todos sabem que as administradoras de cartão concedem prazo ao portador deste, que não faz o pagamento imediatamente.

Não temos dúvida de que em relação à administradora do cartão o comerciante vendedor tem um dever contratual de praticar os mesmos preços, se assim estiver estabelecido no contrato correspondente. Isto, porém, não quer dizer que exista um dever legal, nem muito menos um dever jurídico na relação com o consumidor.

Muitos comerciantes adotam como norma a igualdade de preços nos vendas à vista e no cartão. Consideram que a imensa maioria de seus clientes prefere pagar no cartão e a estes é que pretende agradar. Não aos que pagam à vista, uma minoria insignificante. Mas não se diga que ao estabelecerem os preços de seus produtos esses comerciantes não inclui neles os custos da venda no cartão, vale dizer, as comissões que pagam às administradoras de cartões. Incluem sim, até porque a tanto são obrigados pelas leis da economia. E desta

forma quem compra à vista termina pagando o mesmo ônus que a rigor somente deveria ser suportados pelos usuários de cartões.

Assim, o interesse do consumidor de ter preços mais baixos termina sendo atingido, revelando falacioso o argumento de que a igualdade de preços é exigida na defesa do consumidor. O interesse protegido com a igualdade de preços na verdade é apenas o das empresas administradoras de cartões, ao tornar praticamente obrigatório o uso desses instrumentos.

7 MANIFESTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu que:

A compra e venda efetuada por meio de cartão de crédito caracteriza-se como operação 'à vista', não se trata de venda a crédito, pois o cartão nada mais é do que uma substituição da moeda. Em assim sendo, o comprador imediatamente faz o pagamento de produtos combustíveis em troca de sua aquisição.¹⁰

Idêntico tem sido o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Nesse entendimento, ressalte-se, há um equívoco na invocação da doutrina segundo a qual a venda no cartão não é a prazo, nem a crédito, porque essa doutrina foi construída com outras finalidades. Visou simplesmente a adequação contábil e tributária de tais operações. Nada tem a ver com a paridade de preços.

Curioso, porém, é observar entre os argumentos utilizados no citado julgamento o de que o cartão é uma opção para o vendedor, que o aceita porque quer, e sendo assim não pode praticar preço diferenciado de forma a repassar para o comprador o ônus dessa forma de pagamento. Se quiserem, podem rescindir seus contratos com as administradoras de cartões e passar a fazer somente vendas a dinheiro ou cheques.

É evidente que ninguém é obrigado a aceitar pagamentos em cartões de crédito, e por isto mesmo é que o vendedor pode cobrar preços mais elevados como condição para aceitar tal forma de pagamento. Quem pode o mais, que é deixar de aceitar o cartão, certamente pode o menos, que é cobrar preço diferenciado em face dessa modalidade de pagamento. Se o consumidor não aceita pagar o preço maior, terá a opção de comprar à vista, ou em outro estabelecimento vendedor que pratique preço menor. Isto sim é liberdade de iniciativa econômica.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem se manifestado no sentido de que a diferença de preços nas vendas à vista e no cartão de crédito não constitui prática abusiva.¹¹ O Tribunal Regional Federal da 5ª Região manifestou-se

já no mesmo sentido, prestigiando a liberdade de iniciativa econômica. Tem decidido que a venda no cartão não é uma venda à vista.¹²

O Superior Tribunal de Justiça confirmou esse entendimento, decidindo:

VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO – PREÇOS SUPERIORES AOS PRATICADOS À VISTA – ABUSO DO PODER ECONÔMICO – AUSÊNCIA – INICIATIVA PRIVADA.

O Estado exerce suas funções de fiscalização e planejamento, sendo este apenas indicativo para o setor privado.

Não configura abuso de poder econômico a venda de mercadoria no cartão de crédito a preços superiores aos praticados à vista.

Recurso improvido.¹³

Na verdade o regime de livre iniciativa econômica implica, indiscutivelmente, a liberdade de preços e a insistência de setores do Estado em punir empresários por exercitarem essa liberdade configura, isto sim, abuso de autoridade. Simples resquício do autoritarismo dos tempos da famosa SUNAB, e órgãos semelhantes que se propunham a controlar os preços e na verdade jamais conseguiram impedir a inflação.

8 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO NO COMBATE AO ARBÍTRIO

No combate ao arbítrio estatal, que no caso configura-se com a aplicação de penalidade a empresários pela prática de preços diferenciados nas vendas à vista e no cartão, é oportuno o uso da responsabilidade pessoal do agente público.

Realmente, no mais das vezes o valor da multa aplicada não justifica o ingresso em juízo, que se faz antieconômico. Como o empresário em geral raciocina em termos da relação custo benefício, ele não se dispõe a gastar com a ação judicial mais do que valor da multa, ainda que tenha a certeza de seu direito, e tenha como certa a procedência da ação que poderia promover. Por isto prefere pagar a multa e passar a utilizar mecanismos nem sempre lícitos para esconder aquilo que na verdade não é ilícito – a prática de preços diferenciados – mas pode ensejar novas penalidades. Tal conduta, porém, não se pode recomendar. Mas também não se pode recomendar a submissão ao arbítrio. Recomendável, portanto, é a utilização da responsabilidade pessoal do agente público, pelo dano que decorre da prática arbitrária.

Realmente, pode o empresário ao qual tenha sido aplicada multa pela prática de preços diferenciados nas vendas à vista e no cartão, promover ação para anular o auto de infração respectivo, colocando também como réu o agente

público responsável por sua lavratura, do qual cobrará a indenização pelos danos correspondentes. Danos moral e material. O primeiro com valor a ser arbitrado pelo juiz, e o segundo com valor equivalente ao das despesas realizadas pelo empresário em sua defesa.

9 CONCLUSÕES

Pelas razões expendidas, podemos afirmar seguramente as seguintes conclusões:

1ª) Não existe lei que obrigue a igualdade de preços em vendas à vista e no cartão, e se existisse seria inconstitucional.

2ª) Realmente, a garantia constitucional de livre iniciativa econômica implica a liberdade do comerciante para estabelecer os preços das mercadorias que vende, assim como eventuais variações desses preços de acordo com as condições nas quais a compra e venda é praticada.

3ª) O princípio constitucional da defesa do consumidor deve ser entendido de forma que se harmonize com o princípio da liberdade econômica e a livre concorrência, de sorte que a proteção do consumidor não pode consistir na interferência estatal no que concerte a fixação de preços, mas na garantia de informações que permitam, também ao consumidor, a liberdade de comprar ou não comprar sabendo com segurança o que lhe está sendo oferecido.

4ª) Não obstante para alguns efeitos legais a venda com pagamento mediante cartão de crédito seja equiparada à venda à vista, é inegável que nesta o vendedor, além de não suportar nenhum risco porque recebe no ato o pagamento em moeda corrente do País, não tem o ônus da comissão que, em se tratando de pagamento no cartão, é obrigado a pagar à administradora desse instrumento de pagamento.

5ª) O fato de ser a aceitação do cartão de crédito uma opção do vendedor não decorre o impedimento à prática de preço diferenciado, mas a possibilidade dessa prática, pois quem pode o mais, que é recusar o cartão, certamente pode o menos, que é aceitá-lo sob condição mais onerosa para o comprador.

6ª) Quando o comerciante, seja por receio de ser punido, seja porque a grande maioria de seus clientes prefere pagar no cartão, decide praticar preços iguais nas vendas à vista e no cartão, não está vendendo no cartão a preço de avista, mas o contrário, está vendendo à vista pelo preço da venda no cartão. Em outras palavras, ele está cobrando os ônus da venda no cartão mesmo daqueles que compram à vista.

7ª) Havendo no contrato firmado pelo comerciante vendedor com a administradora de cartão, cláusula na qual aquele se obrigue a vender no cartão pelo preço de venda à vista, a prática de preço diferenciado poderá consubstanciar um descumprimento do contrato, que somente às partes cabe questionar.

8ª) O maior interessado na imposição da prática de preços iguais para as vendas à vista e no cartão não é consumidor, mas as empresas administradoras de cartões.

9ª) A melhor forma de combate ao arbítrio estatal, nesse caso, é a propositura de ação anulatória do auto de infração, tendo também como réu o agente público responsável por sua lavratura, de quem deve ser cobrada a indenização pelos danos morais e materiais decorrentes do ato arbitrário.

¹ DECON autua 4 livrarias por preço diferenciado. *Diário do Nordeste*, Fortaleza, 10.jan.2007. Negócios, p. 1.

² Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso II.

³ Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput* e inciso I.

⁴ BARBOSA. Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 33-34.

⁵ Constituição Federal de 1988, art. 170, *caput* e inciso IV

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 170, *caput* e inciso V.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 5.943/DF. 1ª Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJU I, 27.mar.2000. Cf. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1823.

⁸ _____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial n. 81.269/SP. Relator Ministro Castro Filho. Julgamento em 08.mai.2001. DJU I, 25.jun.2001, p. 150. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 145, p. 197.

⁹ _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível e Remessa *Ex-officio* n. 2003.01.1.118551-7. Brasília, 8.ago. 2005.

¹⁰ _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível e Remessa *Ex Officio* n. 2003.01.118551-7. 5ª Turma Cível. Brasília, 8.ago. 2005.

¹¹ _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 94030116854/SP. Relatora Juíza Cecília Marcondes. São Paulo, 26.mai.99. DJU, 21.jul.1999, p. 39.

¹² _____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 73.785/SE. Rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Recife, 08.mai.97. DJU I, 18.mai.98, p. 381.

¹³ _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 229.586/SE. Primeira Turma. Relator Ministro Garcia Vieira. Brasília, 16.dez.1999. DJU I, 21.fev.2000, p. 103. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 133, p. 142.

ON THE INEXISTENCE OF THE OBLIGATION TO DETERMINE IDENTICAL PRICES FOR CASH AND CREDIT CARD SALES

ABSTRACT

This piece of work deals with the issue concerning the presumed obligation of determining the same price for cash and credit card sales, as State organs dedicated to consumer protection stand for. Initially, the author examines whether such exigence is legal or not. Afterwards, the author verifies whether the fact of the price being paid cash or through a credit card company, which pays the business after some time and that charges taxes for their services, is a legitimate condition for offering price reductions in sales paid by cash. Finally, the text examines whether the presumed obligation of charging the same price benefits credit card companies and not the consumers, which have their freedom for not using the credit card violated and could benefit from choosing not to pay with it.

KEYWORDS: Freedom of initiative. Consumer protection. Price. Equalization. In cash sales. Credit card.

DE L'INEXISTENCE DU DEVOIR DE REMETTRE DES PRIX SIMILAIRES POUR LES VENTES EN LIQUIDE OU PAR CARTE BANCAIRE

RÉSUMÉ

Ce travail aborde la question de la prétendue obligation, ainsi considérée par les agences étatiques brésiliennes de protection au consommateur, pour les établissements commerciaux de pratiquer exactement les mêmes prix dans les ventes en liquide et dans les ventes dont le paiement du prix par le consommateur s'opère avec l'utilisation d'une carte de crédit ou instrument congénère. Ici, on prétend évaluer, premièrement, si cette prétendue égalité dans les prix possède fondement légal. Ensuite, on cherche à savoir si le fait de payer le prix en liquide, ou avec l'intermédiation d'une société de gestion de carte de crédit, qui n'effectue le paiement qu'après quelque temps, et avec la rétribution par une

commission sur la valeur de la vente, ce n'est pas une condition légitime pour la concession de remises dans la première hypothèse. Finalement, l'article examine si cette supposée obligation de maintenir le même prix, pour des opérations de vente en liquide et par carte de crédit, ne bénéficie pas, en vérité, les sociétés gestionnaires des cartes de crédit, et non pas le consommateur, qu'au contraire, est atteint dans sa liberté de ne pas utiliser la carte de crédit et pouvoir en profiter.

MOTS-CLÉS: Liberté d'initiative. Protection au consommateur. Prix. Égalisation. Vente en liquide. Carte de crédit.

INTRODUÇÃO À TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO EM MIGUEL REALE

*João Maurício Adeodato**

Introdução: o ambiente tridimensional na filosofia do direito. 1 As bases filosóficas no pensamento de Miguel Reale. 2 Os três elementos da experiência jurídica. 3 Necessidade de concreção e compreensão unitária dessa experiência. 4 Síntese conclusiva. Referências.

RESUMO

O presente estudo concentra-se sobre o pensamento de Miguel Reale, o maior expoente do tridimensionalismo no Brasil, com o objetivo de introduzir o leitor a essa teoria, investigar os três elementos da realidade jurídica apontados e, finalmente, tentar estabelecer uma concreção unitária entre eles para tratar problemas tradicionais da ciência do direito, tais como os discutidos conceitos de vigência, eficácia e fundamento. A seguir, serão observadas outras particularidades da obra de Reale, culminando com seu culturalismo histórico, pano de fundo importante e que não pode ser deixado de lado. Finalmente, tenta-se colocar uma conclusão crítica e oferecer perspectivas para posteriores desenvolvimentos do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Tridimensionalismo. Miguel Reale. Vigência, eficácia e fundamento. Culturalismo. Fato, valor e norma.

INTRODUÇÃO: O AMBIENTE TRIDIMENSIONAL NA FILOSOFIA DO DIREITO

Partindo do princípio de que o tridimensionalismo é um tipo de compreensão do direito que resulta de uma evolução do pensamento jurídico ocidental a partir de certos parâmetros¹, necessário remeter o leitor a uma análise já feita em outro lugar a respeito das bases filosóficas que desembocaram nessa corrente,

* Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Pós-Doutorado na Universidade Johannes Gutenberg-Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt, Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Pesquisador 1 A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau.

a fim de fornecer uma visão geral do assunto em questão, quando se procura relacionar as teorias tridimensionalistas anteriores com as atuais, mostrando-se os pontos de contato e de divergência.²

O presente estudo concentra-se sobre o pensamento de Miguel Reale, o maior expoente do tridimensionalismo no Brasil, com o objetivo de introduzir o leitor a essa teoria, investigar os três elementos da realidade jurídica apontados e, finalmente, tentar estabelecer uma concreção unitária entre eles para tratar problemas tradicionais da ciência do direito, tais como os discutidos conceitos de vigência, eficácia e fundamento. A seguir, serão observadas outras particularidades da obra de Reale, culminando com seu culturalismo histórico, pano de fundo importante e que não pode ser deixado de lado. Finalmente, tenta-se colocar uma conclusão crítica e oferecer perspectivas para posteriores desenvolvimentos do tema.

Nesse sentido, é possível detectar uma evolução na história das idéias em direção ao tridimensionalismo, concepção que procura fazer convergir as mais diversas contribuições anteriores, haja vista que essas três dimensões do direito – fato, valor e norma – já vinham sendo progressivamente tomadas por diversas escolas como o objeto principal da pesquisa: se o estudo da norma é o objetivo maior das teorias normativistas, precedidas pela Escola Legalista francesa (*École d'Exégèse*), o valor é o conceito básico dentro da percepção de cultura da Filosofia dos Valores e o fato social torna-se a principal fonte na visão da Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*). Esse debate não é apenas acadêmico e científico mas teve grande influência sobre a distribuição da justiça, tendo reflexos práticos evidentes na aplicação do direito.³

Os precursores da teoria tridimensional estiveram presentes em praticamente todos os países do mundo ocidental. Herdando a perspectiva advinda do debate entre jusnaturalistas e juspositivistas, procuraram fugir a essa partidariização e colocar o mundo da cultura como o ambiente de convergência entre os valores provenientes da filosofia da consciência, as ambições epistemológicas do racionalismo e as contribuições menos espetaculares, porém mais sólidas, do empirismo. Na busca de resolver as aporias legadas por David Hume, pela via de Kant, os alemães Gustav Radbruch e Emil Lask são dos primeiros a chamar atenção para a necessidade de conectar as três dimensões, respectivamente a cargo do filósofo do direito, do jurista e do sociólogo. O mundo da cultura passa a constituir o locus onde se dá o ponto de ligação entre os valores ideais e o mundo dos fatos, constituído pelas aquisições materiais e espirituais do ser humano ao longo da História. Situando-se dentro dos limites preconizados por Hume, separação e impossibilidade de passagem entre as esferas de ser e dever ser, esses autores afirmavam que o plano de valor se situa no dever ser (juízos normativos), o plano da realidade causal no ser (juízos causais, entitativos) e a cultura, em uma síntese entre ser e dever ser (juízos referidos a valores). A referibilidade – e não a passagem – constitui a ligação entre a ontologia e a deontologia.⁴

Italianos como Icilio Vanni e Giorgio Del Vecchio, além do próprio Norberto Bobbio, são exemplos das influências tridimensionalistas, quando buscam dividir metodologicamente os campos da filosofia do direito em fenomenologia, deontologia e gnoseologia jurídicas, correspondentes, respectivamente, a fato, valor e norma.

De Portugal vem o exemplo do jurista Cabral de Moncada, influenciado por Gustav Radbruch, cuja originalidade está em procurar aplicar o modelo tridimensionalista à teoria tradicional das fontes do direito: a lei seria a expressão da norma, a jurisprudência, do valor, e o costume, do fato.

Paul Roubier procura unir o que considera os três fatores básicos do direito, os quais não podem ser reduzidos um ao outro, mas apresentam preponderância variável segundo o momento histórico: eles seriam a segurança jurídica, propiciada pela norma, a justiça, como valor, e o progresso, como fato social. Também em França, na mesma linha de Roubier, Francis Lamand e Michel Virally defendem concepções tridimensionalistas.

Entre os juristas de língua inglesa o tridimensionalismo pode, da mesma maneira, ser claramente percebido, ainda que com suas peculiaridades. A *historical jurisprudence* de Summer Maine e Maitland, assim como a *analytical jurisprudence* de John Austin e algumas teorias da justiça mais tradicionais, fundadas no jusnaturalismo, todas são doutrinas que procuram reunir fato, valor e norma como elementos componentes da realidade jurídica. As doutrinas de Roscoe Pound e Julius Stone são denominadas por Reale de “transistemáticas”, haja vista que, mesmo enfatizando as três dimensões do direito, não chegam a uma conexão dialética entre elas.⁵

Na América Latina deve-se mencionar o argentino Carlos Cossio, com forte apoio em Kelsen, porém reduzindo a teoria pura da norma a uma lógica jurídica formal; diferentemente de Kelsen, Cossio enfatiza o fato social, pleno de valores, a “conduta em interferência intersubjetiva” que constitui o cerne ontológico do direito. Da mesma geração de Reale são ainda Luiz Legaz y Lacambra e o mexicano Eduardo Garcia Maynez, que procuram unir a teoria pura do direito, kelseniana, à filosofia dos valores e à ética material de Max Scheler e Nicolai Hartmann.

Esses são alguns dos tridimensionalistas que Reale denomina “genéricos”. Mas há outros que, continuando a tendência a uma integração progressiva dos três elementos destacados pelos juristas anteriores, desenvolvem doutrinas nas quais aparece uma unidade que permite classificá-los como tridimensionalistas específicos ou concretos.

O integrativismo jurídico de Jerome Hall, inspirado em correntes anteriores no âmbito da *common law*, já mencionadas, e a “lógica do razoável”, de Recaséns Siches, vão ambas em direção mais concreta, proclamando inclusive aceitar as idéias de Miguel Reale. Os três momentos (situacional, estrutural e teleológico) de Dino Pasini, apresentados como componentes de um único fenômeno

jurídico, permitem também inseri-lo nessa corrente, no âmbito do pensamento italiano, ao lado de Luigi Bagolini. Apesar de não trabalhar unicamente sobre a realidade jurídica, procurando uma fórmula social mais abrangente, este último também parte do tridimensionalismo como unidade estrutural do direito.

Wilhelm Sauer, na Alemanha, reúne influências de Fichte, em seu conceito de cultura, com as mônadas de valor de Leibniz, tudo em torno de um viés preponderantemente hegeliano. Segundo Reale, Sauer é o primeiro a fixar expressamente as bases do tridimensionalismo específico, em oposição àquele então imperante, além do próprio mestre paulista. Em sua metafísica, as mônadas de valor são a essência, a menor unidade de valor, cujo conjunto constitui a cultura, objeto final da filosofia.

Reale ressalta, contudo, que Sauer e Hall têm as três dimensões como “perspectivas”, enfatizando o prisma gnoseológico, enquanto Reale e Siches as entendem como “fatores” e “momentos”, buscando uma perspectiva “ontognoseológica” para afastar a ênfase sobre o sujeito de conhecimento, característica dos neokantianos.⁶ Nenhum desses autores, apesar das diferenças entre seus pensamentos, confere juridicidade a alguma das três dimensões em separado, nem defende qualquer predominância. Por este motivo são tridimensionalistas específicos, na crítica de Reale. Mas Sauer, com suas mônadas de valor, ressalta o fator axiológico, enquanto Hall reforça o fato sociológico, deixando ainda ambos em aberto o problema de como resolver a correlação entre as três dimensões. É aí que Reale procura inserir sua teoria tridimensional.⁷

1 AS BASES FILOSÓFICAS NO PENSAMENTO DE MIGUEL REALE

Reale parece afastar-se do criticismo transcendental, ainda que reconheça expressamente seu débito para com Kant, na medida em que não admite uma estrutura predominantemente lógico-formal no ato de conhecer, considerando os elementos ontológico e estimativo, ou axiológico, como responsáveis pela dinâmica do conhecimento, no que mostra a influência de Nicolai Hartmann, enquanto neokantiano desgarrado. Inspirado em Hegel, ainda por cima, Reale considera fundamental o conceito de historicidade, ou seja, o processo de inserção dos valores no fluxo da cultura, temática que considera ausente do pensamento de Hartmann. Mas o método kantiano continua a assumir o papel de “condição de possibilidade” na compreensão do fenômeno jurídico, revestindo de importância os pressupostos metodológicos adotados, os quais funcionam quase que como princípios transcendentais da estrutura tridimensional. A crítica kantiana deve enfatizar o elemento axiológico de modo necessário, pois que implica uma distinção e uma escolha entre os elementos logicamente válidos e aqueles que não o são: o valor não seria então apenas transcendente, mas sim imanente à estrutura mesma do ato gnoseológico.⁸

A metafísica do conhecimento de Nicolai Hartmann também transparece na obra de Reale, ainda que não sejam aceitos alguns pontos vitais. É comum

aos dois autores, porém, acreditar que o sujeito e o objeto ocupam um mesmo plano ontológico, uma vez que a ontologia do objeto do conhecer e a ontologia do conhecer do objeto são dois aspectos de uma única realidade cognoscitiva: é o *aliquid* de Hartmann e a ontognoseologia de Reale.⁹ Assim, Reale entende por ontognoseologia jurídica a pesquisa da estrutura da realidade jurídica, a qual se revela uma mas tridimensional, como é característico do que vai chamar de chamar “tridimensionalismo específico”.¹⁰ Como conhecer (*gnose*) sempre é conhecer algo (*aliquid, ontos*), não cabe separar a atividade filosófica em ontologia e gnoseologia. A ontognoseologia forma a parte transcendental da lógica, ao lado da lógica positiva. Daí a análise ontognoseológica revelar as dimensões da filosofia.¹¹

Um dos pontos de desacordo está na “idealização” ou “platonização” dos valores pregada por Hartmann, Max Scheler e Alfred North Whitehead, por exemplo. Os valores devem ser entendidos dentro da história, já que esta é a representação do próprio ser humano como autoconsciência espiritual, e referem-se ontologicamente ao plano da existência, assim como o dever ser que deles emana, levando o ser humano a constituir-se no único ente no qual se confundem ontologia e axiologia, pois ele “é enquanto deve ser” e vice-versa. Assim, a própria natureza humana é tridimensional.

Em resumo, a fenomenologia de Husserl é aceita como método, mas rejeitada como metafísica idealista; por isso, Reale observa o direito por meio da descrição fenomenológica e procura atingir sua essência eliminando o contingente e atendo-se aos dados imediatos da consciência, ainda que acrescentando uma valoração crítica e histórica. Isso significa que é necessário somar à intuição eidética da fenomenologia descritiva, intuição esta que é estática, a intuição axiológica do direito, que é dinâmica. É também inspirado em Husserl e na fenomenologia em geral que Reale procura, dentre as diversas formas de conduta, qual aquela especificamente jurídica; sua fenomenologia da ação conclui pelo caráter teleológico da conduta humana, essencial e necessariamente vivada das três dimensões que compõem sua realidade.¹²

A tradição da filosofia ocidental moderna é de não apenas separação mas também intransponibilidade entre os campos do ser e do dever ser. Com efeito, essa tese foi posta por Hume, aceita por Kant e depois acolhida com ênfase por Kelsen. Do outro lado, tem-se a tradição da filosofia alemã de Brentano, Husserl, Dilthey, Scheler e Hartmann, para os quais, com suas diferenças, o valor seria um objeto ideal, no plano da ontologia, assim como as entidades matemáticas e lógicas e as essências fenomenológicas. Reale vai de encontro a ambas essas tradições, nem aceitando a intransponibilidade entre ser e dever ser, nem tampouco a objetividade ideal dos valores. E vai também contra a tradição subjetivista, para a qual o valor está naquilo que cada indivíduo considera valioso.

Assim, não procede a objeção de Hume em relação ao conceito de valor porque o valor já pertence à órbita do dever ser. Tampouco é pertinente a idéia de que os valores existem em si mesmos, de forma absoluta, independentemente

da existência e da história do ser humano, do ser que os percebe, vez que os valores são produto da consciência e da ação e são realizados historicamente. Isso não implica, porém, relativismo: uma vez criados, realizados e estabelecidos pela cultura, os valores permanecem para sempre no horizonte daquela comunidade e a conformam e individualizam. São as “invariantes axiológicas”¹³, já delineadas sob a denominação de “constantes axiológicas” na tese de 1940.¹⁴

Há porém um único valor absoluto: a própria pessoa humana, condição necessária para a existência de qualquer valor. Os demais valores, não fundantes, mas derivados, são históricos, resultantes do reflexo do quadro cultural na consciência das pessoas e, portanto, variáveis no tempo e no espaço. A história submete os valores a um processo, pois, ao serem captados e racionalizados como fins, eles precisam ser considerados “em relação aos meios idôneos para sua realização”.

Diferentemente de Hartmann e Scheler, dessarte, Reale constrói uma terceira dimensão, ao lado do ser (real) e do dever ser (ideal), para encaixar sua axiologia, posto que os valores “são enquanto devem ser”, ao mesmo tempo em que seu dever ser tende à realização no mundo específico da cultura. Reale busca dessa maneira superar, por meio de uma “integração normativa de fatos segundo valores”, as posturas de ênfase exclusiva sobre o fato (realismo jurídico), a norma (normativismo) e o valor (jusnaturalismo).

O valor apresenta, assim, três funções em relação a sua atuação sobre a experiência jurídica; como fator constitutivo da realidade (função ôntica), como prisma para compreender tal realidade (função gnoseológica) e como razão determinante da conduta, já que só se age em direção a fins (função deontológica).

A conduta humana assume, na fenomenologia da ação observada por Reale, cinco modalidades diferentes: religiosa, quando o móvel de agir é um valor transcendente; moral, quando o agente se prende à conduta por si mesmo, seja tal conduta autônoma – a norma de conduta é fixada pelo próprio agente –, seja ela heterônoma – o agente reconhece em outrem o poder de ditar-lhe normas de conduta moral; convencional, quando o sujeito obedece a determinadas normas por conveniência própria; econômica, quando os participantes se inter-relacionam em função de bens materiais; e jurídica, quando os agentes estabelecem entre si uma bilateralidade atributiva, pela qual se obrigam e são obrigados a determinados comportamentos. De qualquer modo, em todas as condutas humanas há sempre uma energia espiritual metafísica, captada por um valor objetivo predominante na comunidade, o qual tende a normatizar-se.

No mesmo sentido, quando um valor é dominante, tende a realizar-se por intermédio de uma norma, dirigida ao ser humano, o qual é fundamentalmente liberdade, na medida em que opta. O fato e o valor manifestam-se em constante estado de tensão, pois os valores penetram no mundo real, tendem a realizar-se; a norma, por seu turno, reúne o fato e o valor dentro de si e projeta-se para o

futuro como parâmetro de conduta. Assim, esse fenômeno que se denomina o direito só existe porque o ser humano se propõe fins; todo e qualquer ato jurídico possui um móvel de conduta, o qual lhe fornece o sentido. Esses fins são exatamente os valores que a conduta visa realizar. Observem-se os componentes teleológico e gnoseológico no âmago da própria axiologia.

Se é verdade que nem tudo no valor pode ser explicado racionalmente, não se pode esquecer de seus parâmetros racionais, pois o valor só se transforma em fim na medida em que é representado racionalmente. Isso significa que o valor é compatível com a razão humana, muito embora não se reduza a ela.¹⁵

Uma vez que a axiologia constitui a base da teleologia, no pensamento de Miguel Reale, e os fins se baseiam nos valores, estes assumem o papel de fins últimos, ou seja, são fins em si mesmos, nunca meios para outros fins. Os valores são possibilidades para que o sujeito possa atuar, na medida em que ele os haja elegido como fins para sua conduta. Um problema central é a verificação de que os valores variam, ou seja, sua objetividade é relativa. Tal objetividade está garantida, em seus caracteres básicos, pela própria estrutura ontológica da consciência humana, valor básico e fonte primeira de todos os demais valores. O conteúdo valorativo modifica-se, explica Reale, porque variam as possibilidades da consciência ao longo da história, quer dizer, se a fonte – a consciência – varia e é influenciada pela história, os valores – seu produto – também o são. Está aqui um dos pontos da diferença entre realidade física e realidade espiritual: a realidade espiritual é da consciência, ou seja, projeta valores, pois as relações entre as consciências dos indivíduos são relações de valores. Noutro plano, as projeções resultantes são os valores objetivados, a “vida humana objetivada” de Recaséns Siches, originalmente o “espírito objetivado” de Nicolai Hartmann.

Pode concluir que duas das principais características dos valores, a realizabilidade e a inexauribilidade, são fundamentais para uma devida compreensão filosófica dos problemas referentes à validade, à eficácia e ao fundamento do direito. Isso ocorre porque tanto o processo histórico é desprovido de sentido sem o valor, quanto este permanece inválido se não fornece sentido a um determinado momento histórico, realizando-se. Por outro lado, o valor está na totalidade do processo histórico e é, em relação a tal processo, inexaurível. Ele é assim imanente ao homem e à sua história. Os elementos constitutivos da realidade jurídica são pois o fato, o valor e a norma, enquanto suas notas dominantes são, respectivamente, a eficácia, o fundamento e a validade. Isso leva ao paradigma da concreção no pensamento de Reale.

2 OS TRÊS ELEMENTOS DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA

Na perspectiva de Reale, o único direito observado é o positivo, o que permite classificá-lo, com suas especificidades, entre os positivistas, numa visão quase que uniformemente generalizada nos juristas posteriores a Savigny, em que pesem suas numerosas divergências internas. E esse direito positivo, conforme

já dito, é composto de três fatores gnoseologicamente distintos, se bem que onticamente inseparáveis, quais sejam: fato, valor e norma.

Note-se que não somente o direito mas também a ordem moral é tridimensional, diferindo da jurídica por dirigir-se à subjetividade consciente e livre do ser humano. A ordem jurídica visa principalmente o respeito a uma ordem objetiva nas relações entre pessoas. As duas ordens normativas distinguem-se, é certo, porém interagem de tal modo que uma não se realiza sem a outra.

As três dimensões do direito são vistas indissociadamente: são valores que se concretizam historicamente nos fatos e relações intersubjetivas que se ordenam normativamente. Utilizando apenas um critério de prevalência, evitando conferir juridicidade a qualquer uma dessas dimensões em separado, Reale estabelece os seguintes campos de estudo: o direito como valor, estudado teoricamente pela deontologia jurídica e, no plano empírico, pela política jurídica; o direito como norma, objeto da jurisprudência (no sentido clássico, como ciência do direito), no aspecto dogmático, e pela epistemologia jurídica, sob a perspectiva do conhecimento; e o direito como fato, estudado pela história, sociologia e etnologia do direito, por um lado, e pela culturologia jurídica, do outro.

Assim, uma norma sempre se refere a fatos e valores, pois um fato jurídico implica necessariamente normas e valores e um valor sempre se realiza em fatos sobre os quais incidem normas. Reale procura mostrar quão imbricadas entre si encontram-se as dimensões da experiência jurídica. Mas aí surge um problema fundamental em sua teoria, qual seja, o inter-relacionamento dessas três dimensões.

Conforme mencionado, não pode haver qualquer separação ou predominância absoluta de um fator sobre o outro, mas é de se notar que Reale coloca a norma como momento culminante da experiência jurídica, para o jurista propriamente dito, embora sempre a norma implique um equilíbrio entre fatos (dados empíricos de um determinado momento histórico-social) e valores exigidos (ideais políticos, pressões de todos os tipos, ideais morais, religiosos etc.). As normas jurídicas, ao contrário das leis físicas, não são simples captação descritiva do que constitui o fato, mas sim tomada de posição constitutiva frente a um fato. Por sua própria natureza, as normas estão sempre em estado de tensão: referem-se a fatos e valores passados, tendendo à conservação, e a fatos e valores novos, tendendo à renovação. Daí sua importância como elemento catalisador nessa inter-relação.

Nesse mesmo sentido, quando um valor é dominante, tende a realizar-se por meio de uma norma, dirigida ao ser humano, o qual é fundamentalmente liberdade, na medida em que opta. O fato e o valor vivem também em constante estado de tensão, pois os valores penetram no mundo real, tendem a realizar-se; a norma, por seu turno, reúne o fato e o valor dentro de si e projeta-se para o futuro como parâmetro de conduta.

O direito é uma parte importante na integração entre ser e dever ser que se realiza na pessoa, que apreende valores, daí o direito se colocar em função de fins. A conduta escolhe maneiras de agir em detrimento de outras e essas preferências têm em vista realizar valores; por isso a normatividade implicar tomada de posição, vontade, ou seja, opção de valor, meio e fim.

Reale procura então unificar em uma totalidade sua concepção da realidade jurídica, entendendo fato, valor e norma como postura não apenas ontológica, mas também metodológica, dirigida a possibilitar o conhecimento. O direito é (onticamente) uno e (ontognoseologicamente) aparece como tridimensional. É o tridimensionalismo “dinâmico”.¹⁶

3 NECESSIDADE DE CONCREÇÃO E COMPREENSÃO UNITÁRIA DESSA EXPERIÊNCIA

Crucial para o direito (ou, como prefere Reale, a “experiência jurídica”) é o conceito de validade, cuja vagueza deve ser reduzida a pelo menos três sentidos diferentes.

O primeiro diz respeito à validade formal, também chamada técnica ou dogmática, qualidade que se atribui a uma norma elaborada de acordo com o procedimento previsto pelo sistema estatal positivo, o qual também prevê a competência do órgão que a elaborou; além de confirmar o rito de elaboração e a competência, a validade formal implica conhecer o alcance e a estrutura da regra, buscando determinar sua aplicabilidade.

O segundo sentido leva o jurista a buscar compreender a transformação da regra jurídica em “momento de vida social”, isto é, verificar se ocorre o cumprimento efetivo das regras, sua obediência, sua aplicação no tratamento dos conflitos. É a correspondência, por parte do grupo social, ao conteúdo da regra: a eficácia no sentido de efetividade.

Finalmente, o jurista não pode deixar de indagar sobre o fundamento das normas jurídicas, isto é, em que medida elas realizam ou não o valor justiça e os demais valores protegidos pelo direito. O fundamento aparece como o valor ou complexo de valores que legitima uma ordem jurídica positiva e seu estudo deve ser feito em relação com o direito positivo em totalidade, ou seja, observando o cumprimento de uma regra em interseção com as demais que compõem o ordenamento, numa relação de progressiva fundamentação em todo o sistema. Isso releva os problemas hermenêutico e integrativo, no sentido da coerência e da completude do ordenamento jurídico.

O conceito fenomenológico de “intencionalidade da consciência”, segundo o qual conhecer é sempre conhecer algo (*aliquid*), aceito por Reale, conforme mencionado acima, leva-o a concluir por um dualismo irreduzível entre sujeito e objeto, servindo-se do termo ontognoseologia, aqui já mencionado, para denominar a correlação transcendental que existe entre esses dois

pólos do conhecimento. Em outras palavras, não há, a rigor, uma gnoseologia que não se dirija ao ser (“ontos”). Conhecer é conhecer o ser. Ora, a partir daí, o sujeito não poderia jamais ser reduzido ao objeto, ou vice-versa, uma vez que sempre existirá, necessariamente, algo que poderá ser convertido em objeto, dentro do campo do conhecimento, e algo de subjetivo a relacionar-se mutuamente. Reale pode ser dito assim um autor realista (*de res*, coisa), em oposição aos nominalistas, retóricos, céticos, subjetivistas.¹⁷

Isso leva a um segundo dualismo, aquele entre natureza e espírito, ou, em termos kantianos, entre ser e dever ser. Do mesmo modo que, no plano gnoseológico, sujeito e objeto não podem ser compreendidos um sem o outro, correlacionando-se ontognoseologicamente, no plano do ser histórico o ser humano e a cultura não podem ser compreendidos fora dessa polaridade dialética entre ser e dever ser. Ou seja, essa configuração não é possível sem a noção de valor emprestada dos neokantianos. O conceito de valor, que para Reale é inconcebível fora do ser histórico, leva-o a afirmar também essa polaridade ética, a qual se resolve num processo de mútua implicação. Tal polaridade está na essência mesma do ser humano, o qual não pode ser concebido – assim como a cultura – sem aquela dimensão axiológica que projeta no curso da história.

Exatamente por conta desses dualismos, afirma Reale, o conhecimento é dialético. Ele é relacional, ou seja, seus dois elementos – sujeito e objeto – estão em constante ir e vir um ao outro e este inter-relacionamento é interminável, pois os dois elementos do conhecimento são irredutíveis um ao outro. Essa é a dialética de implicação-polaridade (ou de complementariedade).¹⁸

O ser humano tende a exteriorizar-se, projetando seu espírito (valorando) na natureza que o cerca; é exatamente essa projeção que constitui a cultura, os bens que o espírito humano valora para fins específicos. A cultura assume, assim, um caráter histórico e contingente, não se podendo cogitar de um evolucionismo ou determinismo nesta ou naquela direção, ao mesmo tempo em que impede qualquer perspectiva individualista, pois a pessoa não tem controle sobre essas projeções e a cadeia de reações que provoca. O objeto só se torna objeto de cultura em virtude da intencionalidade da consciência, nela aparecendo como objeto valioso. Vê-se aí a influência de Edmund Husserl.¹⁹ É por isso que a cultura não é algo intercalado entre natureza e espírito, mas sim o próprio processo dialético que o espírito realiza sobre sua compreensão da natureza, um processo histórico-cultural que coincide com o processo ontognoseológico. É o que Reale vai denominar “historicismo axiológico”.²⁰

Finalmente, detecta-se uma polaridade entre forma e conteúdo no tridimensionalismo de Reale, sempre em busca de um equilíbrio eclético e sem querer cair no normativismo ou no sociologismo. Uma exacerbação de formalidade distancia o direito da realidade, enquanto um excesso de conteúdo contingente priva o direito da objetividade necessária. Daí haver uma necessidade de adequação entre o esquema normativo e a realidade fática: e é precisamente o valor, ou “dever ser axiológico”, que realiza esta adequação.

Ao longo da história, o valor foi a primeira das três dimensões da juridicidade a aflorar à mente humana, afirma Reale. É certo que o direito surgiu como um fato, difuso nas relações da comunidade, mas, para que o ser humano se conscientizasse desse fato como jurídico – e aí entra o valor –, muito tempo se passou e mais ainda demorou para que esta conscientização atingisse o grau necessário a uma ciência, com a noção específica de norma jurídica. Quando o fato passa a ter um significado percebido no plano da consciência, isto é, no momento hipotético em que o ser humano começa a admitir algo além do fato, fornecendo um sentido ao substrato físico, inicia na consciência humana a apreensão da juridicidade.

Destarte, o direito aparece primeiramente como sentimento do justo, como vivência confusa de valores. Só que, a princípio, ao tomar consciência da existência de uma ordem social, movida pela força dos costumes, as primeiras civilizações não atribuem a si mesmas mas sim a uma divindade superior a criação desse direito. As epopéias e livros antigos falam sempre em uma luta contra o caos, na qual a humanidade triunfa para estabelecer a ordem dentro da qual está o direito.

A segunda intuição que a humanidade teve em termos de direito foi a de norma: é com os romanos que já aparece clara essa idéia, a abstração generalizada que permite um conhecimento e uma aplicação mais sistematizados do direito.

Só mais recentemente as preocupações gnoseológicas levam os juristas a despertar para uma concepção reflexiva do direito como fato, base palpável da ligação intersubjetiva, condição sob a qual se apresenta a conduta, “realidade jurídica fenomenologicamente observada”.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Pode-se tentar inferir algumas conclusões básicas sobre o pensamento de Reale, tarefa complexa diante do caráter eclético manifestamente assumido.

Reale afirma, no prefácio à última edição de seu *Fundamentos do direito*, livro de 1940, que não se poderia falar que a teoria tridimensional já estaria pronta e acabada, mas seus fundamentos já estão lá.²¹

O que caracteriza as diferentes formas assumidas pelas ciências jurídicas, sem perder o caráter unitário do tridimensionalismo dinâmico, é o caráter dialético de suas investigações, ou seja, cada uma das dimensões enfocada de modo prevalente, mas nunca exclusivo, sobressaindo-se ora um, ora outro fator, segundo o campo de estudo em questão.

A ciência do direito é normativa, mas a norma não é uma mera proposição de natureza ideal, como quer Carlos Cossio, por exemplo; a norma é uma parte do mundo da cultura, refletindo interesses e realidades fáticas e axiológicas. Ela também nada significa sozinha, devendo necessariamente referir-se às demais dimensões ônticas do direito, sem que isto signifique que não possa ser estudada por abstração, em separado, na Lógica Jurídica Formal.

A norma jurídica implica uma opção feita por parte do poder (Estado, corpo social), resulta de uma decisão a respeito do que deve ser. Mas, se a elaboração da norma não é arbítrio do poder, tampouco é resultado automático da tensão fato-valor; a norma é a inserção positiva (no sentido de opção axiológica) do poder no processo histórico do direito, sendo esse poder de fazer o direito também condicionado por valores e fatos, assim como qualquer outro aspecto da realidade cultural. Por não ser reduzida a proposição lógica, a norma forma o suporte ontognoseológico de valores referentes a fatos.

O valor, por seu turno, é um “objeto autônomo”, mas nem por isso pode ser concebido como objeto de natureza ideal, a exemplo do que ocorre na filosofia de Nicolai Hartmann. Uma vez que os valores fundamentam o dever ser da norma, sua objetividade só pode ser referida à história. Mais ainda, ao longo do processo histórico podem ser notadas certas “constantes axiológicas”, posturas éticas adotadas em determinado momento circunstancial, que se tornam permanentes no seio de cada cultura, mantendo a unidade dentro da mudança.

Por isso Reale considera o direito em um constante fazer-se a si mesmo, uma realidade *in fieri* que atesta a historicidade do ser humano, único ente conhecido que originalmente “é enquanto deve ser”. Isso porque fato, valor e norma estão presentes em qualquer aspecto da vida jurídica, independentemente da ciência que a estuda, pois a tridimensionalidade é requisito essencial à juridicidade.²²

A correlação entre estes três elementos é funcional e dialética, devido à implicação-polaridade entre fato e valor, de cuja tensão resulta a norma, conforme apontado acima. É a concreção do tridimensionalismo de Reale, uma das notas distintivas buscada pelo autor em contraposição a outras teorias tridimensionalistas. No mesmo sentido, o processo histórico cultural e o processo ontognoseológico não devem ser entendidos em separado. Também entre eles há uma dialética: ambos constituem dois momentos de uma única compreensão, pois é o próprio aparato cognoscente do ser humano que retém esses dois momentos, numa espécie de síntese apriorística.

Embora Reale não pretenda uma análise ou uma adesão ao jusnaturalismo, a noção de direito natural aparece, talvez de forma difusa, em sua teoria tridimensional. É na parte referente às constantes axiológicas que essa noção mais se revela, equivalendo, no dizer do próprio Reale, ao conjunto das condições transcendental-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível. Na medida em que atesta a existência dentro da mudancudanca, que se tornam permanentes que a oposição entre direito natural e direito positivo é recusada por ele, pode-se dizer que o direito natural é entendido como aquele núcleo do direito positivo que transcende o momento e assume o papel de condição axiológica necessária à vida em comum. Isso não significa tachá-lo de jusnaturalista, posto que sua concepção de conjectura em muito o afasta dessa tendência. Não é o momento de considerar essa tese, já tratada em outra ocasião.²³

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Conjetura e verdade. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81-96.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão de facto – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Ensaio de uma repositição crítica, v. 1 – A Crise. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CZERNA, Renato Cirell. Reflexões didáticas preliminares à tridimensionalidade dinâmica na filosofia do direito. In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 53-64.

FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín Basave. La iusfilosofía de Miguel Reale. In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 339-344.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. La filosofía del derecho de Miguel Reale. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, t. I., 1966.

LUISI, Luiz. Nota sobre a filosofia jurídica de Miguel Reale. In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 233-242.

MANTILLA PIÑEDA, Benigno. La teoría tridimensional del derecho. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, t. I, 1966.

REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 49, 1960.

_____. *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

_____. *O direito como experiência*. Introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992. Fac-símile da 1. ed. de 1968.

_____. Invariantes axiológicas. In: REALE, Miguel. *Estudos de filosofia brasileira*. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994a, p. 207-221.

_____. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994b.

_____. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998a.

_____. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998b. Fac-símile da 2. ed. rev.

_____. Filosofia do direito e ciência do direito. *Revista ABRAFI de Filosofia Jurídica e Social*, Curitiba, a. I, n. 1, 2004, p. 6-7.

RECASÉNS SICHES, Luis. La filosofía del derecho de Miguel Reale. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, t. I, 1966. Extraído do livro do autor *Panorama del pensamiento jurídico em el siglo XX*. México: Parma, 1963.

VAN ACKER, Leonardo. Tridimensionalidade do homem In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 395-420.

¹ Cf. VAN ACKER, Leonardo. Tridimensionalidade do homem In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 395-420, passim.

² ADEODATO, João Maurício. Conjetura e verdade. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81 et seq.

³ Cf. CZERNA, Renato Cirell. Reflexões didáticas preliminares à tridimensionalidade dinâmica na filosofia do direito. In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 53-64, passim.

⁴ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão de facto – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Ensaio de uma reposição crítica, v. 1 – A Crise. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

⁵ Cf. REALE, Miguel. *O direito como experiência*. Introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992. Fac-simile da 1. ed. de 1968; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998a, p. 535.

⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. La filosofía del derecho de Miguel Reale. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, t. I, 1966.

⁷ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994b, p. 23-52, passim.

⁸ Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. La filosofía del derecho de Miguel Reale. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, t. I, 1966; REALE, op. cit., 1998a, p. 285 s.

⁹ REALE, op. cit., 1998a, p. 27.

¹⁰ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 285 et seq.

¹¹ Cf. LUISI, Luiz. Nota sobre a filosofia jurídica de Miguel Reale. In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 233-242.

¹² Cf. FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín Basave. La iusfilosofía de Miguel Reale. In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 339-344.

¹³ Cf. REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. In: REALE, Miguel (Org.). *Estudos de filosofia brasileira*. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994a, p. 207-221.

¹⁴ REALE, op. cit., 1998b, p. 317 et seq.

¹⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998a, p. 187 et seq.

¹⁶ *Ibid.*, p. 543 s.

¹⁷ REALE, *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 35; p. 108.

¹⁸ REALE, op. cit., 1998a, p. 571, passim.

¹⁹ REALE, op. cit., 1998a, p. 140.

²⁰ REALE, op. cit., 1998a, p. 202-207, passim.

²¹ REALE, op. cit., 1998b, Prefácio.

²² Cf. REALE, Miguel. Filosofia do direito e ciência do direito. *Revista ABRAFI de Filosofia Jurídica e Social*, Curitiba, a. I, n. 1, 2004, p. 6-7.

²³ ADEODATO, op. cit., p. 92.

INTRODUCING THE THREE-DIMENSIONAL THEORY OF LAW IN MIGUEL REALE

ABSTRACT

This study focus on the thought of Miguel Reale, the most important theoretician of Three-Dimensional Theory of Law in Brazil, aiming at offering an introduction on this theory, investigating the three indicated elements of juridical reality and, finally, trying to establish an unitarian concretion among them in order to deal with traditional problems of Law, such as the controversial notions of legal effect, effectiveness and ground. Afterwards, the author will examine other particular aspects of Reale's works, culminating with his idea of historical culturalism, important background not to be set apart. Finally, the author endeavours to offer a critical conclusion and perspectives to further developments on the subject.

KEYWORDS: Three-dimensional Theory. Miguel Reale. Legal effect, effectiveness and ground. Culturalism. Fact, value and norm.

INTRODUCTION À LA THÉORIE TRIDIMENSIONNELLE DU DROIT CHEZ MIGUEL REALE

RÉSUMÉ

La présente étude traite de la pensée de Miguel Reale, le plus grand exposant de la tridimensionnalité (du Droit) au Brésil. L'objectif est d'introduire le lecteur à cette théorie, enquêter sur les trois éléments de la réalité juridique par elle indiqués et, finalement, essayer d'établir une concrétisation uniforme entre eux pour

traiter des problèmes traditionnels de la science du droit, tels que les controversés concepts de validité, efficacité et fondement. Aussi, on observera d'autres particularités de l'oeuvre de Reale, culminant avec son culturalisme historique, papier de fond important et qu'on ne peut pas s'en passer d'étudier. Finalement, on essaye de faire une conclusion critique et d'offrir des perspectives afin de promouvoir des développements postérieurs sur le sujet.

MOTS-CLÉS: Tridimensionalisme. Miguel Reale. Validité, efficacité et fondement. Culturalisme. Fait, valeur et norme.

CRISE DE PARADIGMAS NA PÓS-MODERNIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES

*Juliana Sombra Peixoto**

1 Introdução. 2 A noção de paradigma científico. 3 A crise de paradigmas nas Ciências Humanas. 4 A crise de paradigmas e sua repercussão no Direito Processual. 5 Justiça como um valor absoluto: Pós-modernidade ou retrocesso? 6 Conclusão.

RESUMO

Característica marcante da pós-modernidade, a crise de paradigmas tem influenciado sobremaneira as Ciências Humanas, e, em especial, o Direito. Na seara processual, esta quebra de paradigmas apresenta-se sob a forma de algumas teses relativistas que visam, sob o falso argumento da justiça, desconsiderar institutos constitucionalmente protegidos, garantidores de segurança nas relações jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigmas. Pós-modernismo. Segurança. Justiça. Relativismo.

1 INTRODUÇÃO

Um dos fenômenos que mais tem sido objeto de discussão no tocante à pós-modernidade diz respeito à chamada crise de paradigmas. De forma súbita e abrupta, as grandes idéias que serviram de base para as discussões em volta das Ciências Sociais parecem não ser mais satisfatórias, gerando um crescente inconformismo social com os conceitos, dogmas, instituições e valores até então prevaletentes.

Diante deste estado de insatisfação, as teorias paradigmáticas que fundamentaram o mundo da modernidade passaram a ser rediscutidas, porquanto o racionalismo iluminista, que apregoava a união da ciência e da razão como único meio de se atingir a verdade, parece insustentável diante das novas concepções trazidas pela pós-modernidade.

Assim, a visão otimista legada do iluminismo de que, através da ciência e da razão seria possível a construção de um mundo mais humano, restou defasada.

*Mestre em Direito Constitucional (UFC). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Christus. Advogada. Professora de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Trabalho do Curso de Direito da Faculdade Christus.

Muitos são os exemplos que evidenciam a insuficiência da idéia de progresso presente na maioria das explicações racionalistas do final do século passado e início deste século: os atentados terroristas cada vez mais cruéis e sangrentos, o aumento desenfreado do fundamentalismo, os recentes massacres cometidos pela ofensiva de Israel contra o *Hezbollah*, dentre outras mazelas sociais.

Tais transformações tiveram forte influência sobre o desenvolvimento das Ciências Humanas, provocando significativas mudanças na construção científica do Direito, consubstanciadas na necessidade de visitar alguns conceitos e/ou institutos seculares que compõem a base da ciência jurídica. Tudo isso, contudo, deve ser feito com vistas a constante evolução dos direitos e garantias fundamentais conquistados pelos cidadãos, devendo ser rechaçadas teses meramente desconstitutivas que se utilizam do fenômeno da mudança de paradigmas na pós-modernidade para aquebrantar institutos jurídicos históricos, numa verdadeira involução desses direitos.

2 A NOÇÃO DE PARADIGMA CIENTÍFICO

A origem da expressão paradigma encontra referência na obra “*A República*” de Platão. Na filosofia platônica, paradigma (*parádeigma*, em grego) constitui um modelo, ou, um tipo exemplar. Seria, por conseqüência, uma versão da Teoria platônica das Idéias, possuindo, deste modo, uma conotação significativa enquanto referência ou norma.

Este caráter modelar do conceito platônico de paradigma encontrou um terreno bastante fértil no campo da ciência contemporânea para prosperar. É precisamente na obra clássica de Thomas Khun, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, onde se encontram as principais fontes difusoras do conceito em questão. Boa parte dos estudiosos do tema, ao falar acerca do conceito de paradigma, não deixam de se reportar a este famoso trabalho.

O livro de Kuhn trata de uma problemática interna ao campo científico, destacando a tendência normativa da comunidade científica, a noção de crise das teorias científicas e a idéia de progresso através de rupturas paradigmáticas. O autor situa a noção de paradigma nos seguintes termos: “(...) toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc..., partilhados pelos membros de uma comunidade determinada”, ou melhor, “(...) as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregados como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”¹.

Assim, a “ciência normal”, assim denominada por Thomas Khun², representa a permanência de um modelo científico, com a aceitação generalizada de determinados paradigmas. Porém, a revolução científica ocorre quando os cientistas verificam a incapacidade que o paradigma disponível apresenta para explicar determinados fenômenos. Neste momento, instala-se a crise na ciência e determinadas condições interagem na direção do advento de um novo paradigma, com a superação do anterior.

O que os estudiosos têm denominado como “crise de paradigmas” que subverte toda a noção prevalecente de progresso, de razão e de história, significa, pois, uma ruptura com os velhos paradigmas, momento em que se passa a duvidar das grandes interpretações, das visões totalizadoras, e das próprias certezas científicas, pondo-se em cheque o princípio da universalidade da razão. Rechaça-se, portanto, as buscas científicas por um fundamento único ou final, enfatizando as singularidades sem o desejo de generalizar verdades absolutas. Tudo se torna relativo e mutável, criando-se a imagem da desordem, do solapamento do que era até então conhecido e aceito.

3 A CRISE DE PARADIGMAS NAS CIÊNCIAS HUMANAS

No âmbito das Ciências Humanas, já existe uma repercussão sobre a crise dos paradigmas, em particular acerca do questionamento do paradigma clássico³ até então soberano. O antropólogo Edgar Morin⁴ possui vasta contribuição neste estudo, denunciando os perigos da patologia do saber e da inteligência cega inerentes à racionalidade ocidental.

A tese básica de Morin sustenta que um determinado “modo mutilador de organizar o conhecimento” tem sido o responsável pela construção de uma nova ignorância subjacente à ciência moderna. Disto resulta na limitação da racionalidade dominante que, por meio da ciência, e da tecnologia, produz erros, ignorâncias e perigos.

Defende, pois, o famoso antropólogo, a construção científica através do princípio da unidade complexa, que vincula o pensamento analítico ao pensamento da globalidade, assinalando uma virada paradigmática do modelo da simplificação para o paradigma da complexidade.⁵

Tais mudanças subvertem a ontologia, a epistemologia e a lógica, redefinido os lugares do sujeito e do objeto na relação de conhecimento. Daí a concepção do “ser no tempo” de Heidegger⁶, em sua hermenêutica ontológica, defendendo a idéia de que o sujeito cognocente, ao se colocar diante do objeto cognocível, o faz imbuído de todas as experiências pessoais, anteriores ao próprio conhecimento, que interferem sobremaneira na forma definitiva de interpretação. Há, portanto, uma pré-compreensão das coisas que antecipa o juízo de valor do sujeito acerca do objeto de conhecimento.

Ainda nesse contexto pós-modernista, abandonando-se a perspectiva reducionista e o modelo quantitativo do método científico, abrindo-se espaços a fenômenos antes recusados pela ciência objetiva. A linguagem ganha enorme importância, agravando ainda mais a crise da razão moderna.

Acerca da importância da linguagem, inclusive nos momentos de silêncio ensina Raimundo Bezerra Falcão que “mesmo no silêncio absoluto pode-se achar linguagem: a linguagem do nada”⁷, dando ensejo, muitas vezes ao que se denomina de silêncio conclusivo.

Muitos filósofos atuais estudaram a variedade dos usos que podem ser dados à linguagem. Wittgenstein⁸, em suas investigações filosóficas insistiu corretamente em que há inúmeras espécies diferentes de uso do que chamamos símbolos, palavras, frases, sendo que, só é possível se compreender uma determinada comunidade de falantes se houver uma pré-compreensão das regras que determinam os chamados “jogos de linguagem” daquele determinado grupo. Dessa forma, uma conversa profissional entre médicos difere sobremaneira de um diálogo travado entre advogados, por exemplo, sendo que a interseção entre ambos só será possível se compartilhadas as “regras” de cada um desses diferentes jogos de linguagem, ou seja, há que se compreender primeiramente a linguagem técnica, peculiar a cada grupo, para que se possa alcançar o real sentido do que está sendo expresso.

Inving Copi⁹ ousou dividir as várias funções da linguagem em três categorias gerais: *informativa* – que transmitir informação mediante a formulação de proposições; *expressiva* – quando é utilizada para dar expansão a sentimentos e emoções; e *diretiva* – quando usada com o propósito de causar (ou impedir) uma ação manifesta, através de ordens e pedidos.

Assim a consciência da pré-compreensão entre sujeito e objeto, causou uma grave crise cuja única solução viável somente se atingiria por meio do diálogo. Daí porque a pós-modernidade abre a possibilidade de debate sobre qualquer tema, desmistificando dogmas, e destruindo o que se tinha até então por absoluto.

Vale ressaltar que a fé no paradigma só começa a se abalada quando o número de questões por ele não solucionadas cresce acima do razoável. Contudo, no dizer de Alberto Oliva: “nenhum paradigma é abandonado sem que exista uma alternativa em condições de substituí-lo vantajosamente”¹⁰.

Boaventura de Sousa Santos¹¹ ao dar sua contribuição para uma teoria crítica pós-moderna, propõe a construção de um novo paradigma através do conhecimento-emancipação (colonialismo x solidariedade), que fora superado na modernidade pelo conhecimento-regulação (caos x ordem). Afirma o sociólogo português, que, para a teoria crítica pós-moderna, todo o conhecimento crítico tem de começar pela crítica do próprio conhecimento, em busca de um senso comum emancipatório da ciência, do direito e da política na transição paradigmática.

No âmbito da ciência jurídica, travam-se diálogos acerca dos institutos básicos que compõem o sistema jurídico, através do discurso, da argumentação, buscando estabelecer-se um consenso. É a influência da chamada teoria crítica do Direito, caracterizado pela “contestação do saber jurídico tradicional”¹². Fala-se, então, de uma fase “*pós-positivista*” – uma designação provisória e genérica de um ideário difuso que surgiu ao fim da Segunda Guerra Mundial, em contraponto a idéia ultrapassada de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos. No pós-positivismo a definição das relações entre valores,

princípios e regras, a teoria dos direitos fundamentais edificada no princípio da dignidade da pessoa humana e a chamada *nova hermenêutica constitucional* ganham especial atenção.¹³

4 A CRISE DE PARADIGMAS E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PROCESSUAL

Na seara do direito processual, verificou-se uma sensível evolução, dada a necessidade premente de se re-visitarem conceitos e institutos como a própria noção atual de Jurisdição, e do direito de Ação como pleno acesso a um ordenamento jurídico justo. A história do direito processual é marcada por *três fases metodológicas* fundamentais.

A primeira fase, chamada Imanentista, vigorou até meados do século passado, sendo que o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos; enquanto a *ação*, era entendida como o próprio direito subjetivo material que, ao ser lesado, adquiria forças para obter em juízo a devida reparação pela lesão sofrida. Não se observava nesta primeira fase a correta distinção entre a *relação jurídica processual* e a relação jurídica de natureza substancial que existiam entre os sujeitos do processo.

Em seguida veio a chamada fase *autonomista*, ou também denominada fase *conceitual*, onde o processo busca sua autonomia como ciência. Foi durante esse período que se verificaram as grandes teorias científicas do direito processual, mormente em relação à natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais, dentre outros.

A ciência processual atingiu níveis por demais expressivos através da construção técnica e dogmática da fase autonomista. Contudo, o processualista moderno verifica que o sistema processual continua com falhas graves, notadamente no que diz respeito sua função precípua de conferir justiça aos membros da sociedade. Eis a razão de ser da fase *instrumentalista*, ora em curso, com caráter eminentemente crítico, o ponto-de-vista pelo qual o processo fora estudado, até então, e passar a ver a ciência processual a partir de um *ângulo externo*, examinando-o nos seus resultados práticos.

O estreito compromisso do processo com o valor do justo nas decisões levou os processualistas a se preocuparem com a dinâmica processual nos casos concretos, em especial no que diz respeito à seleção e formação dos juízes, bem como com o seu comportamento em conduzir o processo e julgá-lo, afinal é ele o intérprete maior da ordem jurídica positivada, devendo, portanto, empenhar-se em extrair justizações das atividades desenvolvidas no processo.¹⁴

Para o desencadeamento desse novo método instrumentalista do processo, crítico por excelência, foi de muita relevância o estudo *das grandes matrizes constitucionais do sistema processual*. O *direito processual constitucional*, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho para o

aprimoramento dos conceitos e institutos da ciência processual. A afirmação de um arcabouço constitucional, comum a todos os ramos do direito processual, ocasionou a superação do antigo isolamento de cada uma dessas searas jurídicas, com o fortalecimento de uma Teoria Geral do Processo.

No decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas renovatórias*, assim indicadas pela doutrina:

a) uma consistente nos estudos para a melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos interesses *supra-individuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à rigidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa, etc.).¹⁵

Contudo, há de se ter extrema cautela quanto ao argumento da pós-modernidade, mormente quando utilizado para aquebrantar institutos basilares da Ciência do Direito. Isso porque os pós-modernistas assentam suas idéias no primado do relativismo, reduzindo tudo o que era sólido a um mero vapor no ar, pregando o efêmero, o fragmento, a indeterminação, a dispersão, o rompimento, a desconstrução de conceitos e a quebra de paradigmas. Para tanto, o pós-modernismo apresenta várias facetas procurando atribuir aos “antigos” conceitos e institutos uma falsa aparência de coisa antiga, que restou obsoleta ante os avanços da sociedade, justificando, assim, a necessidade premente não só se revisitar conceitos, mas também de destruí-los, com o argumento de reformulá-los.

Não se pode aceitar a superação de conceitos prevaletentes por vários séculos e já sedimentados no meio jurídico, através da elaboração de teses meramente desconstitutivas, carecedoras de um devido embasamento teórico-científico que fundamente de forma convincente essa quebra de paradigmas.

Nada justifica que, em prol de casos excepcionalíssimos, modifique-se todo um sistema constitucional de processo voltado à realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais. Reclama-se, pois, o comprometimento do processualista com a ordem jurídica constitucional e não com a negação do sistema processual vigente.

Não se deseja com isto tornar o Direito uma ciência estanque, diversa das demais, mas, resguardar os institutos que visam garantir direitos fundamentais historicamente assegurados aos cidadãos. O que não se pode é retroceder. A efetivação dos direitos e garantias fundamentais há de se pautar por uma linha evolutiva constante, não devendo ganhar guarida constitucional qualquer doutrina que pregue a relativização ou desconsideração destes primados,

sob pena de, em prol de uma *pseudo* pós-modernidade, restar desmoralizado o valor supremo da segurança jurídica (representada pela garantia constitucional da coisa julgada) que consiste em uma das pilstras basilares do Estado Democrático de Direito.

5 JUSTIÇA COMO UM VALOR ABSOLUTO: PÓS-MODERNIDADE OU RETROCESSO?

Poucas idéias despertam tantas paixões, provocam tantas controvérsias e têm tanto impacto sobre os valores consagrados pelos seres humanos como a idéia de justiça. Sócrates, através de Platão¹⁶ sustentava que a justiça era “um bem muito mais precioso do que muitas barras de ouro”. Daí conceber a justiça como a harmonia ideal entre as diversas partes de um todo.

Aristóteles¹⁷, por seu turno, afirmava que nem a estrela vespertina nem a matutina são tão maravilhosas quanto a justiça, que consistia essencialmente em igualdade. Partindo das idéias dos Pitagóricos, Aristóteles distingue várias espécies de igualdade, segundo os tipos da proporção aritmética e da proporção geométrica. Da noção de várias espécies de igualdade é que surge a classificação da justiça em distributiva, corretiva ou comutativa. A justiça distributiva consiste na igualdade relativa no modo de tratar as pessoas diversas, aproximando-se do atual conceito de isonomia, enquanto que justiça comutativa representa a idéia de igualdade absoluta entre bens, que se equivalem.¹⁸

A compreensão de justiça como igualdade também é aquiescida por autores como Radbruch¹⁹, Hart²⁰, e Ross²¹, sendo que, na maioria das concepções, não há distinção entre valor e conceito de justiça, utilizando-se as expressões “liberdade e justiça” como sinônimas de “liberdade e igualdade”.

Afinal, o que é justiça? Uma virtude das pessoas? A primeira das qualidades das instituições políticas e sociais? O meio entre dois extremos? A lei da classe dominante? O resultado de um procedimento equitativo? Um ideal irracional? Ou será o que surge de um processo histórico sem violação dos direitos fundamentais?

Estas e muitas outras indagações foram, ao longo dos séculos, e são, na contemporaneidade, há mais de 2000 anos, objeto de estudo por parte de renomados filósofos através das *teorias da justiça*, com o intuito de desvelar os mais variados juízos de justiça, buscando, incessantemente, encontrar-se um conceito universal da idéia de justiça, que pudesse ser invocado nos mais diversos contextos – religioso, jurídico, moral, etc.

Segundo o conceito normativo, justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar, não se confundindo, porém, com esses outros fins sociais porque se tratam de termos descritivos.²²

Del Vecchio analisa a justiça como virtude ou valor, e não como instituição ou órgão estatal encarregado de aplicar o direito ao caso concreto. Em sua

obra, o autor demonstra ser adepto ao jusnaturalismo, fazendo claras distinções entre Justiça Ideal (análoga ao direito natural) e a Justiça Positiva (referente ao direito positivo):

Além das leis escritas, existem outras, mais altas, não escritas; e embora a justiça se reflita variavelmente em todas as leis, contudo não se esgota em nenhuma; pelo que, só ela pode, nas horas solenes, impor como dever e sacrifício supremo infringir e ultrapassar a ordem jurídica positiva, quando esta esteja irreparavelmente corrompida, a fim de que mediante uma nova ordem prossiga e se aperfeiçoe aquele processo de verificação e de reivindicação da mesma justiça, que tem por teatro a história e por fonte indelével e inexaurível o espírito humano.²³

Kelsen²⁴, em sua visão juspositivista, aduz que uma ordem social pode ser considerada justa quando regula a conduta dos homens de modo satisfatório. A justiça seria, assim, a felicidade social, uma vez que não pode existir nenhuma ordem jurídica plenamente justa, já que é impossível proporcionar felicidade a todos os homens.

Autores como John Rawls distinguem entre o conceito de justiça e as diversas concepções de justiça. Segundo Rawls, a justiça não detém um conceito metafísico ou ontológico, mas político, resultante de acordo político das diferenças sociais, culturais, religiosas e econômicas, comumente existentes em uma sociedade de estrutura democrática. Já a concepção particular de justiça é submissa aos anseios de justiça da sociedade em geral, que vem a ser exteriorizada através de órgãos legitimados para tanto pela constituição do Estado. Diante de qual paradigma, a norma, mesmo que injusta, deve ser cumprida, muito embora esteja sujeita a todos os métodos de hermenêutica jurídica, inclusive à luz da constituição vigente, que é presumivelmente justa.²⁵

Outros autores supõem que a justiça deve depender da legitimidade política, sustentando que o processo de discussão e decisão democrática é a única forma de constituir princípios morais intersubjetivos com os de justiça; esta é a posição de Junger Habermas²⁶ em sua teoria do agir comunicativo.

No direito brasileiro, algumas teses jurídicas têm ganhado coro ao propagarem a desconstituição de institutos historicamente declarados e assegurados aos cidadãos, inclusive como direitos e garantias fundamentais, numa verdadeira batalha relativista, que muitas fere de morte o princípio da segurança jurídica e o próprio Estado Democrático de Direito. A bandeira empunhada nesta guerra sangrenta é a prevalência da tão honrosa justiça, que deve sempre guiar o homem por ser o fim último perseguido pelo Direito. Em prol deste valor supremo – a justiça – outros valores devem ser apequenados, principalmente o valor segurança, representado muitas vezes por institutos como a prescrição, a decadência, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, dentre outros.

Se a relativização da coisa julgada, por exemplo, é fundamentada na injustiça que a sentença possa espelhar, então é imprescindível uma discussão filosófica, jurídica, política e social do que seja, de fato, justo. De que justiça se trata, afinal? Social, processual, distributiva, econômica, política ou divina?

Neste sentido, é bastante pertinente a crítica de Luis Guilherme Marioni, para quem: “a ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema”²⁷.

Justiça de quem? Do Estado, enquanto representante dos interesses dos cidadãos? Infelizmente, não. Justiça do Estado sim, mas enquanto pessoa jurídica de direito público que, na prática, não raramente se opõe ao cidadão e ao próprio ordenamento jurídico – garantia do cidadão contra os arbítrios do poder do Estado. Prova disto é a natureza destrutiva, e não construtiva da tese defensora da “relativização” da coisa julgada, uma vez que visa muito mais a retirar direitos do que a concedê-los.

Ou ainda, justiça do governante, cercado de toda uma carga ideológica, política? Neste caso, referida tese seria anacrônica, tendo servido em outros tempos de fundamento político-ideológico à implantação do regime fascista, sendo que só era justo aquilo que o Reich alemão considerava como tal, conforme destaca Nelson Nery Júnior:

Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão.

(...)

Se o Ministério Público alemão entendesse que a sentença era injusta, poderia propor Ação Rescisória (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) para que isso fosse reconhecido.²⁸

A injustiça da sentença representava uma das hipóteses de cabimento da Ação Rescisória na Alemanha nazista. Desconsiderar a coisa julgada com base no argumento axiológico da justiça é, pois, instrumento tipicamente totalitário, não tendo qualquer pertinência com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Mais uma dificuldade deverá ser enfrentada pelos teóricos da relativização da “coisa julgada injusta”: *Quem possui o poder de dizer o que é ou não é justo?*

Observa-se, ao longo da história, que as regras de Justiça impostas pelo Estado têm em sua base as relações de poder. Então, de um lado, há uma classe dominante, que dita as suas regras do que seja ou não justo. De outro, para

aplicar estas mesmas regras, instituiu-se um órgão específico, o Judiciário, afinado com as relações de poder e apto a sustentar a idéia de dominação, sob um plano ideologizado de infalibilidade nos seus julgamentos.

Nesse sentido, Francisco Gérson Marques de Lima cita um fato histórico que serve para demonstrar o poder de impor a vontade sobre quem se encontra em situação de desvantagem:

Por volta do ano 387 a.C., os romanos sofreram várias invasões. Os celtas (os gauleses, da gália), povo bárbaro há muito estabelecido no território da atual França, lançaram-se sobre Roma. Ditos invasores possuíam forma de ataque completamente diferente do que os romanos conheciam, conseqüência, talvez, da rudeza dos métodos gauleses. O confronto era aterrador: bastava o horrível grito de guerra dos gauleses para gelar os romanos.⁷

Em uma dessas batalhas, os gauleses haviam sitiado o Capitólio romano. Conta Carl Grimberg: “Depressa a fome se instalou na cidadela dos sitiados e no exército dos Gauleses; estes, amontoados nos seus acantonamentos, sofriam de doenças contagiosas. A guarnição do Capitólio, ao fim de pouco tempo, nada tinha que comer; as incessantes vigílias haviam esgotado os homens por completo. Após um cerco de sete meses, os Romanos achavam-se tão enfraquecidos que cambaleavam sob o peso de suas armas; ofereceram, então, aos Gauleses uma soma de 1.000 marcos de ouro se levantassem o cerco”.

‘Aceita a proposta, os gauleses foram receber o ouro. Mas, porém, empregaram pesos falsos, desigualando os pratos da balança, a exigir o complemento em ouro. Isto, naturalmente, provocou a indignação dos romanos, que protestaram. Então, o chefe dos gauleses, de modo apático, simplesmente desembainhou a pesada espada e colocou-a no prato da balança, exigindo novo complemento do seu peso em ouro. Em seguida, proferiu estas palavras insuportáveis aos ouvidos dos romanos:

Vae victis!’ (Ai dos vencidos!).’

Esta derrota para os gauleses marcou Roma por centenas de anos, constituindo-se numa chaga indelével, inesquecível e imperdoável. A história de uma tribo gaulesa invencível, indomável pelos romanos, contada nos quadrinhos de *Asterix e Obelix* (de que há alguns filmes), é uma visão satirizada do período contado nesta passagem.²⁹

Ignácio Botelho de Mesquita, ao classificar a tese defensora da relativização da coisa julgada de “movimento juridicamente retrógrado e politicamente anacrônico” tece o seguinte comentário:

Da tese em análise, portanto, é lícito dizer que, a despeito dos foros de modernidade que se arroga, é mais velha do que a Sé de Braga, obra monumental cuja construção data do ano 1070 da era cristã. Não se despreza do absolutismo da velha tradição monárquica, que fez a glória dos totalitarismos europeus do século passado.³⁰

Seria então a justiça do próprio cidadão? Em se admitindo uma resposta afirmativa, estar-se-ia pondo por terra todo o sistema processual pátrio, produzido que fora com vistas a garantir ao cidadão a pacificação heterônoma de suas demandas, retroagindo-se aos mecanismos autônomos de solução dos conflitos, com o emprego da força física. Voltaríamos, pois, aos tempos das cavernas?

Ora, mas a doutrina da “coisa julgada inconstitucional” se julga de vanguarda, alegando como fonte principal do seu nascedouro o inconformismo social advindo com a pós-modernidade, que sugeriu a quebra de paradigmas científicos tidos como verdadeiros dogmas em nossa sociedade, vindo os estudiosos do direito a questionar idéias postas como absolutas e intangíveis como o instituto da coisa julgada. Pós-modernidade ou retrocesso?

Ademais, admitir-se a justiça como a do próprio cidadão, individualmente considerado, traria consigo um outro problema de igual gravidade: a perpetuação dos litígios, consubstanciada na possibilidade de qualquer cidadão, ao sentir-se injustiçado pela prolação de uma decisão judicial desfavorável, propor a revisão do julgado, independentemente da possibilidade ou não de ajuizamento da Ação Rescisória, por vias atípicas de desconstituição da coisa julgada.

Demais disso, o que realmente vem ensejando as teses relativistas são argumentos eminentemente econômicos, o que se afasta diametralmente do verdadeiro ideal de justiça que tanto se propaga. Como exemplos, podem ser citados: o malferimento, por emenda constitucional, do direito adquirido dos aposentados, que foram apenados com a chamada contribuição dos inativos; a desconsideração da coisa julgada no caso de supervalorização do imóvel objeto de desapropriação, por repercutir negativamente nos cofres públicos, prejudicando os interesses econômicos fazendários; a repositura da ação de investigação de paternidade após o advento do exame de DNA, nos casos em que o pai objetiva tão somente se desobrigar da pensão alimentícia concedida ao “suposto” filho em processo anterior.

Não se pode, pois, movidos emocionalmente pelo nobre sentimento da busca incessante de justiça, suplantar valores fundamentais, em benefício eminentemente econômico de uns, sob pena do cometimento de injustiças ainda maiores com o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

6 CONCLUSÃO

A crise de paradigmas verificada com o advento do pós-modernismo é, de fato, um fenômeno que repercutiu demasiadamente no desenvolvimento da ciência jurídica, com reflexos claramente observados na evolução do direito processual brasileiro, desde a fase Imanentista, até a fase Instrumental com suas ondas renovatórias, buscando-se sempre o efetivo acesso a um ordenamento jurídico justo.

Entretantes, a comunidade jurídica como um todo há de manter demasiada cautela ao aplaudir teses pseudo-progressistas que sob a falsa perspectiva de emancipação do valor justiça intenta, tão somente, a satisfação de interesses metajurídicos – na maioria das vezes, meramente econômicos – em detrimento de institutos que resguardam valores e bens constitucionalmente consagrados.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, Livro IV. (Coleção Os Pensadores).

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Granfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmem C. Varriale. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: Jus Podium, 2004.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 1987.
- HART, Hebert L. A.. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópoles: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- MARINONI, Luis Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *A justiça nas lendas, nas fábulas e na história universal*. Recife: Nossa Livraria, 2002.
- MESQUITA, Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004.
- OLIVA, Alberto. *Filosofia da Ciência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, Livro I. (Coleção Os Pensadores).
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Armado Editor, 1997.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Editora Edipro, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, 1.v.
- VECCHIO, Del. *A Justiça*. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.
- WITTGWNSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Nacional EDUSP, 1968

- ¹ KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 218.
- ² CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994, p. 258.
- ³ O paradigma clássico (ou mecanicista) está no interior da revolução científica que inaugurou a modernidade possibilitando a edificação das sociedades modernas, fruto das mudanças econômicas e políticas encabeçadas pela Revolução Industrial, de base urbano-social e tecnológica. O paradigma mecanicista foi fortalecido pelas contribuições de Isaac Newton, Galileu Galilei, René Descartes, dentre outros.
- ⁴ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- ⁵ *Ibid.*, p. 61.
- ⁶ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- ⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 77.
- ⁸ WITTGWNSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Nacional EDUSP, 1968.
- ⁹ COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1974, p. 49-50.
- ¹⁰ OLIVA, Alberto. *Filosofia da ciência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 37.
- ¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 29. 1.v.
- ¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 270.
- ¹³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 336.
- ¹⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 296-297.
- ¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.
- ¹⁶ PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, Livro I. 336. (Coleção Os Pensadores).
- ¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, Livro IV. (Coleção Os Pensadores).
- ¹⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Armado Editor, 1997, p. 89.
- ¹⁹ *Ibid.*, p. 88.
- ²⁰ HART, Hebert L. A.. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 173.
- ²¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Editora Edipro, 2000, p. 313.
- ²² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Granfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmem C. Varriale. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 662.
- ²³ VECCHIO, Del. *A Justiça*. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 230.
- ²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 9.
- ²⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10.
- ²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 1987.

²⁷ MARINONI, Luis Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredier (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p. 182.

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredier (Coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p. 197.

²⁹ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *A justiça nas lendas, nas fábulas e na história universal*. Recife: Nossa Livraria, 2002, p. 111 e 112.

³⁰ MESQUITA, Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94.

CRISIS OF PARADIGMS IN POSTMODERNITY: SOME THOUGHTS

ABSTRACT

The crisis of paradigms, which is a remarkable feature of postmodernity, has notably influenced Social Sciences, especially Law. In the procedural field, this disruption of patterns appears like relativist propositions tending to use the idea of justice not to take into consideration some constitutionally protected legal instruments aimed at assuring juridical safety.

KEYWORDS: Paradigms. Postmodernism. Juridical safety. Relativism.

LA CRISE DE PARADIGMES DANS LA POST- MODERNITÉ: QUELQUES RÉFLÉXIONS

RÉSUMÉ

Caractéristique marquante de la post-modernité, la crise de paradigmes a influencé excessivement les Sciences humaines et, en particulier, le Droit. Dans le domaine processuel, cette rupture de paradigmes se présente sous la forme de quelques thèses relativistes elles dont visent, sous le faux argument de la justice, déconsidérer des instituts constitutionnellement protégés, vus auparavant comme garants de sécurité dans les relations juridiques.

MOTS-CLÉS: Paradigmes. Post-modernité. Sécurité. Justice. Relativisme.

DA CONCESSÃO DA GUARDA E SEUS EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS

*Marcos José Nogueira de Souza Filho**

Introdução. 1 Problematização. 2 Da legislação menorista. 3 Da Concessão da guarda como ato jurídico perfeito. 4 Do princípio constitucional da isonomia. 5 Entendimentos jurisprudenciais aplicáveis à espécie. 6 Aspectos conclusivos.

RESUMO

A redação original da Lei n. 8.213/91 incluiu o menor sob guarda no rol de dependentes dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, tendo a Medida Provisória n. 1.523-8, convertida na Lei n. 9.528/97, os excluído. O artigo versa sobre o enquadramento, na questão, de entendimentos acerca de institutos diversos, tais como o ato jurídico perfeito, o princípio constitucional da isonomia e, principalmente, a aplicabilidade da legislação menorista, posicionando-se pela validade da concessão do benefício da pensão por morte aos menores que obtiveram judicialmente a guarda antes do advento da citada Medida Provisória, independentemente da data do óbito do segurado. Não obstante, tal entendimento não encontra guarida nas mais recentes decisões do Judiciário Federal, tampouco nos pareceres jurídicos exarados no âmbito administrativo da Previdência.

PALAVRAS-CHAVE: Menor. Guarda. Efeitos previdenciários. Direito à pensão por morte.

INTRODUÇÃO

A Previdência Social tem como função precípua propiciar ao trabalhador e sua família condições de subsistência quando o mesmo não pode efetivá-las por si próprio. Esta função é concretizada com a concessão do benefício pre-

* Advogado, Especialista em Direito Público pela UNIFOR – Universidade de Fortaleza. Procurador Jurídico da FUNCAP – Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Professor de Direito da Seguridade Social e de Direito Ambiental da Faculdade Christus. Professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da UFC – Universidade Federal do Ceará. Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Ambiental da UECE – Universidade Estadual do Ceará.

videnciário pago diretamente aos dependentes do segurado por ocorrência de seu óbito. Trata-se da pensão por morte.

Dessa forma, a viúva (ou viúvo) e seus filhos passariam a ter o sustento provido pela própria Previdência, que se encarregaria de pagar aos dependentes do segurado falecido o benefício que lhes garantisse um mínimo de subsistência digna.

A lei previdenciária básica, *in casu* a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, neste quadrante, atribui aos filhos de qualquer condição o direito ao benefício. Entende-se, portanto, que o filho adotivo ou o dito legítimo não se diferem sob o prisma previdenciário, que inclusive estão dispensados da comprovação de dependência econômica como requisito para concessão do benefício.

Quanto ao menor tutelado e o enteado, a Lei os admite como beneficiários da pensão por morte, desde que demonstrem efetivamente não terem fonte própria de sustento e que, quando em vida, o segurado os mantivesse economicamente e os tenha declarado como dependentes. São os equiparados a filhos: o menor sob tutela é o que passa à responsabilidade do segurado em razão de um encargo, atribuindo-se-lhe a educação e o sustento como se seu filho fosse; o enteado, para o segurado, é o filho de seu cônjuge, com quem compartilha o ônus de seu sustento.

Ocorre que, quando a Lei n. 8.213/91 foi editada, além do menor tutelado e do enteado, o menor sob guarda também se equiparava ao filho. Após o advento da Medida Provisória n. 1.523-8, de 28 de maio de 1997, convertida na Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, o menor sob guarda foi excluído do rol de dependentes do segurado da Previdência Social.

Com isto, gerou-se uma série de polêmicas envolvendo a questão da concessão do benefício da pensão por morte a menores sob guarda, pois a Previdência Social passou a negar sistematicamente os requerimentos administrativos com este objetivo. Muitos, por conseguinte, socorreram-se do Poder Judiciário Federal a fim de fazer valer esta prerrogativa assegurada pela concessão da guarda. Alguns obtiveram êxito, outros não.

1 PROBLEMATIZAÇÃO

O cerne da problemática em discussão consiste no comportamento, por parte da Previdência Social, quanto ao indeferimento de pedidos de concessão da pensão por morte feitos por menores que tiveram a guarda concedida antes da edição da Lei n. 9.528/97, mas que o óbito do segurado tenha lhe sucedido.

O benefício previdenciário da pensão por morte tem como fundamento básico garantir aos dependentes do segurado condições de proverem uma subsistência digna quando de seu óbito. Assim, no dizer de Coimbra, “no momento da morte do trabalhador, surge o direito daqueles a quem ele provia de alimentos, segundo a ordem prevista na lei de amparo social”.¹

Portanto, entre aqueles que dependiam economicamente do segurado quando em vida, o menor sob sua guarda fatalmente estaria incluído. Outrossim, ao ajuizar procedimento judicial de guarda perante o juízo da infância e juventude, o segurado fatalmente já se teria incumbido da educação e sustento do menor, tratando-lhe como se seu filho fosse.

Sob o ponto de vista legal, acerca da condição de dependente do menor sob guarda, assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990):

Art. 33. [...]

§ 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins de direito, *inclusive previdenciários*. (Grifou-se.)

Portanto, a condição de dependente, que prescinde de qualquer manifestação de vontade de quem quer que seja, é expressa pela própria Lei, a qual não requer nenhuma atitude por parte da pessoa para quem é concedida a guarda. Entretanto, a lei previdenciária, constituindo exceção a tal regra, exige a declaração expressa do segurado a respeito da guarda e, conseqüentemente, da dependência econômica.

Na mesma linha de pensamento, expressa-se Franklin Alves Felipe:

Basta, pois, que o Juiz defira a guarda de um menor para legitimar a dependência previdenciária, que, contudo, depende de declaração expressa do segurado. (...) O Estatuto (da Criança e do Adolescente) não exige qualquer manifestação do segurado para que o menor sob a guarda seja considerado seu dependente, embora a lei previdenciária a exija para o efeito de equiparação do mesmo aos filhos.²

Não obstante a clarividência da redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Previdência Social resiste em acatar a condição de dependente do menor sob guarda, sob o pífio argumento de que a Lei n. 9.528/97 o teria excluído do rol de dependentes do segurado.

Tal entendimento provém da comparação da antiga com a nova redação do §2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, esta proveniente da Lei n. 9.528/97. A redação original assim dispunha:

Art. 16. [...]

§2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; *o menor que, por determi-*

nação judicial, esteja sob sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. (Grifou-se).

Esta redação, como dito, foi alterada pela Medida Provisória n. 1.523-8/97, convertida na Lei n. 9.528/97, passando a vigorar a seguinte norma:

Art. 16. [...]

§2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Nota-se, portanto, que o menor sob guarda foi sumariamente excluído do rol de dependentes do segurado da Previdência Social, em que pese a exigência de declaração do próprio segurado e da comprovação de dependência econômica.

O fundamento prático para esta exclusão parece ter consistido na extrapolada corrida aos juízos da criança e do adolescente por avós, em face de seus netos, com o fito de garantir-lhes a pensão do Estado depois de seu óbito, muitas vezes até sem que se tenha lhes prestado assistência financeira quando em vida.

Trata-se de evidente exemplo de abuso de direito, mas que, por si só, não seria suficiente para fazer anular legítimo interesse dos menores sob guarda que alcançariam o direito à pensão por morte em razão da cristalina e comprovada dependência econômica com que eram mantidos pelos segurados. Assim, ocorrendo da máxima popular, o “justo não pode pagar pelo pecador”.

Desta feita, o entendimento da Previdência Social dá-se no sentido de que o menor sob a guarda perdeu, após o advento da Lei n. 9.528/97, a condição de equiparado a filho, entendimento este, infelizmente, absorvido por parte dos posicionamentos dos magistrados federais a quem constantemente são submetidas questões desta ordem.

Ainda segundo a posição assumida pela Previdência, o fato gerador do benefício da pensão por morte seria o próprio falecimento do segurado, e não a concessão da guarda. Portanto, no caso de o sinistro efetivar-se somente após o advento da referida Lei n. 9.528/97, não mais faria jus o menor sob guarda ao percebimento do benefício previdenciário *sub examine*.

Parece-nos, entretanto, que a problemática não tem solução tão simplificada. Numa análise sistemática de todos os dispositivos pertinentes, quer constitucional, quer infraconstitucional, caberia à Previdência o pagamento de tal benefício, uma vez que, ao ser declarado como dependente quando da

concessão da guarda, o menor já adquiriu o direito de, em efetivando-se o falecimento do segurado, perceber os benefícios da pensão por morte.

Ora, a guarda, quando obtida em conformidade com a legislação em vigor à época, caracteriza como adquirido o direito à condição de dependente, não podendo, portanto, medida provisória ou lei ordinária alcançar os efeitos do caso em questão (CF/88 - Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXXVI).

Sobre a questão da irretroatividade da norma previdenciária, há, inclusive, jurisprudência corroborando este entendimento:

Previdenciário. Pensão por morte. Pessoa designada. Direito ao benefício.

I - Faz jus à pensão por morte a pessoa designada sob a égide do Decreto n. 89.312/94, ainda que o óbito tenha ocorrido quando já em vigor nova Lei de Benefícios, em face do direito adquirido.

II - Apelação provida para conceder a apelante a pensão por morte de seu pai.³

Aliás, qualquer entendimento contrário a este, como o tem a Previdência e alguns representantes do Judiciário Federal, vai de encontro ao instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura os direitos previdenciários ao menor sob guarda.

Outrossim, a própria Constituição garante ao menor os direitos à proteção especial de ordem previdenciária:

Art. 227. [...]

§ 3º. O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas.

2 DA LEGISLAÇÃO MENORISTA

Neste prisma, ao indeferir os requerimentos administrativos pertinentes à concessão da pensão por morte de segurado falecido após o advento da Medida Provisória n. 1.523-8/97 a menores sob guarda, a Previdência se fundamenta, unicamente, na legislação previdenciária aplicável à espécie, deixando de argüir ou de fazer qualquer menção quanto à legislação menorista, a qual indica que, ao menor sob guarda, estão garantidos os direitos previdenciários a ele relativos (ECA, art. 33, §3º, já transcrito).

Ora, o entendimento segundo o qual o menor sob guarda não mais faz jus ao benefício da pensão por morte sequer leva em consideração o disposto no § 3º do art. 33 do ECA, taxando-o de “letra morta”.

Trata-se, a nosso ver, de uma forma equivocada de interpretação gramatical e específica, pois leva em conta tão somente a redação literal dos novos termos do art. 16, §2º, da Lei n. 8.213/91, advindos de alteração determinada pela Lei n. 9.528/97.

Por haver cristalino choque entre duas normas jurídicas, caracterizada está a antinomia entre o art. 33, §3º, do ECA e a redação atual do art. 16, §2º, da Lei n. 8.213/91. Antinomia é a situação de normas incompatíveis entre si, e que se refere à questão da coerência do ordenamento jurídico, o qual não consiste, pura e simplesmente, um conjunto de normas. É, antes de tudo, um sistema de normas, esclarecendo-se que estas mantêm relações materiais e formais entre si, não se encontrando soltas dentro do ordenamento.

Para a solução de antinomias, os critérios elencados por Bobbio são três:

- a) critério cronológico: entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior;
- b) critério hierárquico: entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior;
- c) critério de especialidade: de duas normas incompatíveis, uma geral e outra especial, prevalece a segunda, sendo que a lei específica posterior é aplicável, mas não revoga a lei geral anterior.

Uma análise apressada e menos atenta da questão da concessão da guarda e de seus efeitos previdenciários podem levar o aplicador a optar pela solução consistente nos critérios cronológico – a Lei n. 9.528/97 é posterior ao ECA, de 1990 – e da especialidade – a lei previdenciária é mais específica.

Ocorre que, em Direito Previdenciário, a solução não se mostra tão simples. O aplicador deve cercar-se, primeiramente, da noção de justiça social que permeia todos os princípios que regem este ramo do Direito Público.

Por outro lado, a interpretação sistemática não merece ser desprezada. Somente a análise, em conjunto, de todos os dispositivos – constitucionais e infraconstitucionais – que, direta ou indiretamente, possam disciplinar a questão, pode chegar à conclusão que mais se aproxima da noção abstrata de proteção social, inclusive os em face da criança e do adolescente.

A boa exegese atribui ao aplicador do direito a necessidade de se ater ao equilíbrio entre as normas jurídicas positivas e os preceitos advindos das exigências da justiça social. Dessa forma, somente a aplicação da interpretação sistemática implica o reconhecimento da validade do percebimento do benefício previdenciário da pensão por morte aos menores que alcançaram a guarda antes da vigência da Lei n. 9.528/97.

Assim, a aplicação exclusivamente da nova redação do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91, menosprezando a letra do ECA e até mesmo algumas regras gerais da Constituição Federal, não conta com qualquer amparo hermenêutico

e, por isso mesmo, não merecem prosperar junto aos aplicadores do Direito Previdenciário, quer em âmbito de Executivo, quer nas decisões judiciais.

3 DA CONCESSÃO DA GUARDA COMO ATO JURÍDICO PERFEITO

A Previdência Social, em entendimento corroborado por alguns magistrados federais, induz que os direitos oriundos da constituição da guarda não se consistiriam em direitos adquiridos, e que, portanto, não se haveria em falar de irretroatividade da Lei n. 9.528/97, além do que o fato gerador da obrigação do pagamento do benefício da pensão em apreço seria, justamente, o evento morte.

Analisa com equívoco a questão, uma vez que a constituição da guarda consiste em ato jurídico perfeito, e como tal, uma vez tramitado todo o procedimento judicial pertinente de que trata o ECA (arts. 28 a 35), todos os direitos a ele concernentes já estão, sim, incorporados no patrimônio do menor. Por conseguinte, a edição de uma nova norma jurídica, *in casu* a Lei n. 9.528/97, não pode alcançar os efeitos das guardas concedidas antes de sua vigência (CF/88, art. 5º, inc. XXXVI).

O evento morte apenas assegurará a efetivação de tais direitos, mas nem por isso se trata de condição meramente suspensiva: quando a guarda for constituída na vigência da antiga redação do art. 16 da Lei n. 8.213/91, todos os direitos a ela relativos são devidamente adquiridos pelo menor.

Certo é que, mesmo que o entendimento da Previdência Social e do Poder Judiciário Federal seja no sentido de que a Lei n. 9.528/97 não iria de encontro à legislação menorista nem ao princípio constitucional da isonomia, haveriam de convir que a referida Lei somente alcança as guardas concedidas posteriormente à primeira edição da Medida Provisória n. 1.523/96.

Portanto, se a guarda fosse constituída anteriormente a 11 de outubro de 1996, data da primeira edição da aludida Medida Provisória, esta não alcança os efeitos daquela guarda, cujo beneficiário teria, portanto, adquirido o direito de recebimento dos benefícios da pensão, independentemente da data do evento morte.

4 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

A Previdência, ao analisar casos práticos relativos ao objeto do presente artigo, também não questiona a tese de que a exclusão dos menores sob guarda do elenco de dependentes (Lei n. 8.213/91, art. 16) e a conseqüente permanência dos enteados e dos menores tutelados constituem evidente afronta ao princípio da isonomia, nos termos do inc. IV do art. 3º e do *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, a permanência dos enteados e dos menores tutelados, em detrimento dos menores sob guarda, consiste em indiscutível discriminação em favor dos primeiros.

É o que leciona Cretella Júnior:

Embora, por um lado, todos os indivíduos se encontrem desnivelados, quando comparados com a Administração, cercada de uma série de privilégios e prerrogativas, que a favorecem de maneira especial nas relações jurídico-administrativas, por outro lado o cidadão se acha em absoluto pé de igualdade diante de outros cidadãos, quando exige alguma prestação do Estado.⁴

Além disso, a boa exegese impõe ao aplicador do direito o equilíbrio entre as normas jurídicas positivas e os preceitos advindos das exigências da justiça social, razão pela qual a aplicação de uma interpretação sistemática e a observância ao direito adquirido implica o reconhecimento da validade do recebimento dos benefícios previdenciários devidos.

Sob o mesmo prisma, expressa-se José Afonso da Silva:

Nossas Constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação trata a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais (...) e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.⁵

E complementa o eminente publicista da seguinte forma, que mais se enquadra no caso em questão:

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia.⁶

5 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE

A tese defendida pelo presente artigo não conta somente com amparo em doutrina. Há, inclusive, jurisprudência corroborando este entendimen-

to, apesar de se reconhecer não se tratar de posicionamento unânime, nem mesmo majoritário.

As seguintes decisões jurisprudenciais, em função de sua semelhança e aplicabilidade com o tema em apreço, merecem destaque:

Pensão. Menor sob guarda. Óbito ocorrido posteriormente à alteração da Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.528/97. Artigo 33 do ECA.

A autora teve deferido pedido de pensão decorrente do óbito de sua avó, falecida em 1997, que detinha a guarda judicial do menor desde 1995, haja vista que, a teor do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor sob guarda é considerado dependente, inclusive para fins previdenciários.

Não se trata de redação revogada pela Lei n. 9.528/97, pois isso vai de encontro inclusive com os princípios constitucionais ligados à proteção da criança e do adolescente.

Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.⁷

Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda. Honorários advocatícios. Custas processuais.

Embora a nova redação dada ao §2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 seja omissa acerca da dependência econômica do menor, em relação ao segurado que detém sua guarda judicial, tal omissão deve ser suprida pelo disposto no art. 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispositivo consoante o qual a guarda confere à criança e ao adolescente todos os direitos, inclusive para fins previdenciários.

Entretanto, a exemplo do que presentemente ocorre com o enteado e com o menor tutelado, a dependência econômica, neste caso, não é presumida; deve ser comprovada.

Neste caso, porém, tendo sido feita tal comprovação, assiste ao autor direito à pensão decorrente do óbito de seu avô, que tinha sua guarda, e do qual dependia economicamente.

Honorários advocatícios limitados a dez por cento sob o valor da condenação, excluídas as prestações vincendas. As custas processuais são devidas pelo INSS, nos termos da Súmula 178, do Superior Tribunal de Justiça. No Estado do Rio Grande do Sul, porém, são devidas pela metade (Súmula 2, do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul).⁸

Previdenciário. Menor sob sua guarda. Inscrição como dependente. Dependência econômica. 'A guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins de direito, inclusive previdenciários' (ECA – Lei n. 8.069/90, art. 33, §1º).

Achando-se o menor sob guarda, configura-se a situação de dependência, nos termos da Lei n. 8.069/90, o que legitima a sua inclusão como dependente do segurado para fins previdenciários.

Apelação e remessa oficial improvidas.⁹

6 ASPECTOS CONCLUSIVOS

O fundamento de inúmeras decisões de primeira e segunda instância no âmbito do Judiciário Federal, seguindo a argumentação da Previdência Social, segundo a qual não possui direito adquirido à pensão o menor designado como dependente antes da revogação do dispositivo constante da redação original do art. 16, §2º, da Lei n. 8.213/91, se o falecimento do segurado se deu em data posterior a esta, é, *data maxima venia*, desarrazoável e incoerente.

Alega a Previdência, em entendimento seguido por vários dos magistrados federais, basicamente, que o benefício da pensão por morte não é devido a menores sob guarda quando o fato gerador deste benefício – a morte do segurado do INSS – tenha ocorrido já na vigência da Lei n. 9.528/97, a qual excluiu do rol de beneficiários da pensão os menores sob a guarda de segurado.

Ocorre que estes posicionamentos são falhos na medida em que se fundamentam, unicamente, na legislação previdenciária aplicável à espécie, deixando de argüir quanto à aplicabilidade da legislação menorista, a qual indica que, ao menor sob guarda, estão garantidos os direitos previdenciários a ele relativos (ECA, art. 33, §3º), conforme analisado.

Também não questionam a tese de que a exclusão dos menores sob guarda do elenco de dependentes (Lei n. 8.213/91, art. 16) e a conseqüente permanência dos enteados e dos menores tutelados constituem evidente afronta ao Princípio da Isonomia, nos termos do inc. IV do art. 3º e do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, consoante exaustivamente dissertado.

Por esta razão, somente o estudo sistemático do assunto, levando-se em consideração todas as normas – constitucionais e infraconstitucionais – que se aplicam direta ou indiretamente à questão da concessão da guarda e de seus efeitos previdenciários, viabilizará a plena consecução da finalidade básica da Previdência, qual seja assegurar aos beneficiários condições dignas de sustento pela ocorrência de circunstâncias ou contingências que os impossibilitam de fazê-lo por si só.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1999.
- COIMBRA, Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FELIPE, Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. São Paulo: LTr, 1995, t. II.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹ COIMBRA, Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001, p. 98.

² FELIPE, Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 28-29.

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 1ª Turma. Apelação Cível n. 03067792. 1ª Turma. Relator: Juiz Theotônio Costa. Brasília-DF. Publicado no DJU I, 21.mai.96, p. 32729.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 183.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 214- 215.

⁶ Ibid, p. 227-228.

⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 6ª turma. Apelação Cível n. 307431/RS. Relator: Juiz Marcos Roberto Araújo dos Santos. Publicado no DJU I, 18.out.2000, p. 402.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 6ª turma. Apelação Cível n. 293267/RS. Relator: Juiz Sebastião Ogê Muniz Publicado no DJU I, 26.jul.2000, p. 349.

⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 1ª turma. Apelação Cível n. 164093/RN. Relator: Juiz Ubaldino Ataíde Cavalcante. Recife-PE. Publicado no DJU I, 24.mar.2000, p. 656.

GRANTING CUSTODY AND ITS EFFECTS REGARDING SOCIAL SECURITY

ABSTRACT

The original text of Law number 8.213/91 includes minors under custody as dependents of citizens insured by the Brazilian Social Security so-called General System.

However, Provisional Executive Act number 1.523-8, later converted into Law number 9.528/97, has excluded them from such system. This article deals with the relation of the issue with institutions such as the perfect juridical act, the constitutinal principle of equality and, especially, the applicability of laws regarding minors, standing for the validity of the concession of the pension for death of the insured for the minors whose custody was granted before the abovementioned Provisional Executive Act, regardless of the date the insured died. Notwithstanding, such view is not to be found neither in the most recent judgements arising from Federal Courts nor in the juridical opinions appearing from the Social Security Institute.

KEYWORDS: Minor. Custody. Social security effects. Right of pension for death.

DE LA CONCESSION DE LA GARDE DES ENFANTS ET SES EFFETS DEVANT LA SÉCURITÉ SOCIALE

RÉSUMÉ

La rédaction originale de la Loi n. 8.213/91 a inclus le mineur sous garde parmi les dépendants des assurés du Régime général de Sécurité sociale. La Mesure Provisoire n. 1.523-8, convertie dans la Loi n. 9.528/97, les a exclus. Cet article expose des positions différentes, fondées sur des notions diverses telles que l'acte juridique parfait, le principe constitutionnel de l'isonomie et, surtout, de l'application de la législation des mineurs, favorables à la validité de l'attribution de la pension de réversion aux mineurs qui étaient, avant l'édition de la Mesure provisoire susmentionnée, sur la garde d'un assuré ultérieurement décédé, indépendamment de la date du décès de cet assuré. Cependant, telle position ne trouve pas son reflet dans les plus récentes décisions du Pouvoir judiciaire fédéral, ni même dans les avis juridiques gravés dans le contexte administratif de la Sécurité sociale.

MOTS-CLÉS: Mineur. Garde. Effets pour la Sécurité sociale. Droit à la pension de réversion.

PRISÃO PREVENTIVA, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

*Nestor Eduardo Araruna Santiago**

Introdução. 1 Prisão preventiva. 2 A responsabilidade do Estado por ato judicial: breves considerações. 3 A cláusula constitucional de reparação por erro judiciário: conceito. 4 À guisa de conclusão: a reparação do dano pelo excesso de prazo na prisão preventiva. Referências.

RESUMO

Trata-se de trabalho em que se desenvolve a idéia de consequência direta entre a decretação de prisão preventiva e a demora na constrição da liberdade do cidadão. Levanta-se a hipótese de o acusado que tenha cumprido a prisão provisória obter indenização por danos morais e materiais do Poder Público, em razão da aplicação das regras constitucionais que prevêm o erro judiciário e a demora razoável na condução do processo. A discussão passa, necessariamente, pela responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, ainda que lícito.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão provisória. Reparação. Dano moral. Dano material. Demora razoável do processo. Erro judiciário.

INTRODUÇÃO

Uma das consequências da decretação de prisão preventiva menos vista e debatida em doutrina e jurisprudência é a possibilidade de indenização por danos morais e materiais em decorrência erro judiciário consistente na demora da constrição cautelar.

Este é o objeto de análise neste breve artigo que, longe de querer ser conclusivo, pretende lançar algumas luzes e, também, espancar algumas dúvidas sobre o tema ora proposto.

*Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Especialista em Ciências Penais (UFMG). Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor de Cursos de Pós-Graduação. Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@bol.com.br.

Deixa-se claro, desde logo, que não se pretende revisar conceitos básicos de prisão provisória ou reparação por dano. Entretanto, sempre que possível ou necessário, a menção a estes institutos jurídicos será feita.

Num primeiro momento, impende mostrar aos leitores alguns aspectos sobre a prisão provisória, que nem sempre são adequadamente abordados. Posteriormente, considerações sobre pontos relevantes da responsabilidade civil do Estado também serão feitas, a fim de aclarar a abordagem do tema. Finalmente, teceremos nossas conclusões, tendo em vista o princípio constitucional da demora razoável do processo e da cláusula, igualmente constitucional, da reparação do dano em virtude de erro judiciário.

1 PRISÃO PREVENTIVA

Assim como no Processo Civil, o Processo Penal prevê medidas cautelares, a fim de garantir o resultado prático do processo. A decretação destas referidas medidas deve, então, ter profunda e íntima relação com o objeto central do debate levado a juízo, sob pena de serem desproporcionais àquilo que se propõe. Servem, portanto, de instrumento, de modo e meio para se atingir a medida principal.¹ E estas medidas cautelares podem ser restritivas de liberdade (prisão cautelar ou processual) ou patrimoniais (seqüestro, arresto, etc.)

Embora haja divergências na doutrina acerca das espécies de prisão cautelar, entende-se majoritariamente que são cinco: prisão preventiva, prisão temporária, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. As três primeiras são utilizadas no curso do processo ou do inquérito policial; as duas últimas, quando há manifestação judicial, total ou parcial, acerca do mérito da causa.²

Cumpra salientar que estas medidas cautelares restritivas de liberdade sejam decretadas pelo juiz, sempre mediante provocação do titular da ação penal, do assistente do Ministério Público³ ou da autoridade policial encarregada da investigação dos fatos delituosos. É o que determina o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF), exigindo que a prisão – exceto a em flagrante, por óbvio – somente seja concretizada mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.⁴

Assim, depara o aplicador da norma com a necessidade imperiosa de fundamentação da prisão como corolário do devido processo penal, sob pena de nulidade e conseqüente relaxamento da prisão, em face de inegável inconstitucionalidade (art. 5º, LXV, CF). Nada obstante, a mesma sanção que se aplica ao ato viciado encontra eco no inciso IX do art. 93, CF. O mesmo inciso LXI do art. 5º, CF ressalta a necessidade de a medida restritiva da liberdade ser emanada de juiz competente, reforçando o princípio do juiz natural, que também é sustentáculo do devido processo penal (art. 5º, LIII, CF). Aliás, um dos aspectos mais marcantes da prisão cautelar é a sua jurisdicionalidade, ressaltada por instrumentos normativos internacionais recepcionados pelo ordenamento

jurídico brasileiro, como é o caso, por exemplo, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), itens 2 e 3 do art. 7º.

De qualquer forma, é importante ressaltar que somente justificará a decretação da medida cautelar se ela for necessária e urgente para resguardar o conteúdo dos processos de conhecimento e de execução, mesmo porque se trata de restrição de liberdade ambulatoria de caráter excepcional, acessória ao provimento principal e que dele depende para sua manutenção. Embora não seja antecipação de pena, antecipam-se os efeitos, que somente podem ser oriundos de uma ordem emanada de autoridade judiciária.

Como a prisão provisória tem natureza jurídica de medida cautelar restritiva de liberdade, impende demonstrar que os requisitos de cautelaridade – *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* – devem estar sempre presentes, de modo a fundamentar a restrição excepcional de liberdade. Sim, excepcional, pois a regra é a liberdade, e não o encarceramento. O Poder Judiciário não pode se pautar pelo clamor público para a decretação de prisão preventiva, sob pena de utilizar a restrição de liberdade para fazer justiça. Obviamente, o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, somente podem ser chamados a atuar quando outros meios de controle social forem ineficazes para proteger a sociedade. Em outras palavras, aplica-se também ao Direito Processual Penal o princípio da intervenção mínima, na vertente do princípio da subsidiariedade. Portanto, o *periculum libertatis* - observados nas situações de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal - são os limites legais para a decretação da prisão provisória.⁵

Identifica-se o *fumus comissi delicti* na prisão preventiva pela verificação de indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime (art. 312, Código de Processo Penal - CPP). Remansosa jurisprudência se formou no sentido de que havendo elementos para decretação da prisão preventiva, haverá, também, para o oferecimento da denúncia.⁶ Daí, correto o entendimento de que a prisão preventiva, p. ex., não deve ser decretada durante o inquérito policial, reservando-se a este momento pré-processual de caráter inquisitivo a prisão temporária (Lei n. 7.960/89) e a prisão em flagrante (artigos 301 a 310, Código de Processo Penal).

2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JUDICIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O § 6º do art. 37, CF e o art. 43 do Código Civil (CC) prevêm a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, bem como das de direito privado prestadoras de serviços públicos. Elas responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, a idéia de divindade do poder do soberano, veiculada no período do Absolutismo (*the king can do no wrong*), hoje está totalmente superada.

Como lembra José Afonso da Silva, não se discute a existência ou não de dolo ou culpa do agente de forma a caracterizar o direito do particular ao ressarcimento pelo Estado, pois esta obrigação é oriunda da doutrina do risco administrativo, que o isenta do ônus da prova do aspecto subjetivo da conduta: “basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada”.⁷ Ou seja, “basta a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e ato da administração”.⁸

Tal regra é salutar para a consecução do princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, do princípio da proteção da confiança dos cidadãos para com o Estado. Ademais, o prejuízo causado ao particular não pode ser minimizado ante a impessoalidade do ato estatal. Corrobora esta assertiva a necessidade de o Estado se haver do direito de regresso para responsabilizar o agente público pelo ato lesivo, sempre em obediência ao *due process of law*. Daí, a demanda deverá ser proposta diretamente contra o Estado que, por meios próprios, será ressarcido pelo agente público que praticou o ato prejudicial ao particular.

Esta regra também se aplica com relação aos atos oriundos do Poder Judiciário. À primeira vista, pode parecer que o disposto no § 6º do art. 37, CF, tem alcance limitado ao Poder Executivo. Mas, basta observar a redação do *caput* do art. 37 (“A administração pública direta e indireta *de qualquer dos Poderes da União*, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”) para chegar à lógica conclusão que ao Poder Judiciário também é cabível o princípio da responsabilidade civil da Administração Pública, *tout court*.

Se assim não fosse, haveria inexplicável desigualdade de tratamento entre os atos praticados pelo Judiciário e pelos outros; em outras palavras, os membros deste Poder ganhariam carta branca do Estado para agirem conforme suas pretensões, sem se preocupar com os efeitos oriundos de suas ações ou omissões. Portanto, a regra vincula a atuação de qualquer agente público do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, resguardando o particular de prejuízos que lhe sejam causados.

Entretanto, este entendimento somente ganhou maior força na doutrina nos últimos anos do século passado.⁹ Até então, vingava a idéia que os atos jurisdicionais, por serem soberanos e revelarem a independência da magistratura, estavam afastados do princípio da responsabilidade dos atos estatais, exceto se expressamente previstos em lei, como é o caso, por exemplo, do art. 133 do Código de Processo Civil (CPC), do art. 630 do Código de Processo Penal (CPP) e do inciso LXXV do art. 5º da CF, que determina, expressamente, a responsabilidade do Estado e conseqüente reparação por danos morais e materiais em razão de erro judiciário ou pela prisão além do tempo determinado na sentença. Para acrescentar, há quem enxergue uma distância entre a responsabilidade civil pela atividade jurisdicional e a dos demais agentes públicos.¹⁰

Ora, o exercício da soberania e da independência dos magistrados envolve responsabilidade pelos atos praticados, e a ausência de reparação pelo dano causado por atos judiciais levaria ao enriquecimento ilícito por parte do Estado, o que é, de todo, inadmissível. Como anota Guilherme Couto de Castro, o dever de indenizar em razão de erro judiciário é evidente. Mas ressalva o autor uma condição para implementação da indenização: a inexistência de coisa julgada material, “que é verdade jurídica para todos os efeitos, e, sem que seja rescindida, não pode ser reaberta a questão, por via indireta, sob a tese de que se trata de *erroria*”.¹¹

Ousa-se discordar. Quando se aponta erro judiciário – que nada tem a ver com injustiça na decisão – não se deseja desconstituir a coisa julgada material, mas, tão-somente, determinar o Estado a arcar com o prejuízo causado pelo erro. E a decisão permanece íntegra e inatacável, não havendo necessidade, desta forma, de haver desconstituição da coisa julgada por ação rescisória ou revisão criminal.

Por outro lado, seria descabido argumentar que dispositivos infraconstitucionais tivessem o poder de limitar o alcance dos dispositivos constitucionais determinantes da reparação do dano em razão de ato estatal incorporado em erro judiciário. Haveria total inversão da pirâmide normativa, que estabelece a norma constitucional como hierarquicamente superior a qualquer outra. Assim, as previsões normativas legais que determinam a responsabilidade judicial somente reforçam os preceitos normativos constitucionais no tocante à reparação do dano, mormente pelo fato de serem ditas normas constitucionais auto-aplicáveis, independentes de qualquer regulamentação posterior.

3 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE REPARAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO: CONCEITO

Como se sabe, o conceito é absolutamente necessário para se ter uma idéia do objeto que se vai analisar. Assim, não será científico perquirir chegar à conclusão deste breve trabalho sem antes se ater à dimensão jurídica da cláusula constitucional que determina a reparação por erro judiciário e pelo excesso de prazo no encarceramento. Primordial, pois, investigar o que o legislador constituinte entende por “erro judiciário”, para, empós, adentrar no aspecto ligado ao excesso de prazo na prisão preventiva.

Primeiramente, deve-se desmistificar a idéia de que “erro judiciário” está ligada, tão-somente, ao direito e ao processo penal. A própria dicção da cláusula constitucional dá este mote, ao distinguir erro judiciário de excesso de prazo na prisão. Como lembra Dergint, se a jurisdição é una e indivisível, “a ela deve corresponder um único e homogêneo sistema de responsabilidade estatal”¹², nada havendo que justifique o tratamento diferenciado entre o erro judiciário penal do não-penal.

Este mesmo autor conceitua o instituto como “o equívoco da sentença judicial, seja no âmbito criminal, seja no âmbito cível!”. Justifica o erro judiciário

com base na falibilidade humana, mas de pronto afasta deste conceito os erros *in judicando* e *in procedendo*, posto serem inerentes à atividade judicial, em que o juiz não desenvolve suas funções de forma anômala.¹³

De pronto, pode-se apontar uma imperfeição no conceito acima formulado: o conceito de erro judiciário não pode ser limitado à sentença judicial. Em outras palavras, ele pode ser evidenciado em outras manifestações judiciais durante o processo.

Lembra Cretella Júnior que:

Judiciais (= judiciários) são todos os desempenhos do Poder Judiciário, específicos ou não, sem se indagar da natureza intrínseca, contenciosa ou voluntária, do desempenho. Tudo o que promana do Poder Judiciário é atividade judicial, orgânica ou formalmente considerada. Não, porém, sob o aspecto material ou substancial, que é a atividade considerada, em si por si, independentemente da fonte da qual emana.¹⁴

Os administrativistas, de forma corajosa, buscaram conceituar ou balizar os limites do erro judiciário; contudo, não conseguiram chegar a um consenso. Odete Medauar chega à conclusão que seria considerado erro judiciário passível de reparação o “ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art, 5º, LXXV, da CF/88”.¹⁵ Mais adiante, esclarece que os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário “equiparam-se aos demais atos da Administração e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública”.¹⁶

Hely Lopes Meirelles, aferrado a uma visão extremamente tradicional e arcaica, afirma que “a responsabilização do Estado por danos oriundos de atos jurisdicionais ainda não encontrou guarida, apesar de rica elaboração doutrinária em sentido favorável”.¹⁷ Apega-se este autor ao entendimento de que a responsabilidade civil do Estado está umbilicalmente vinculada ao erro judiciário de natureza penal, numa leitura pouco recomendável do art. 630 do CPP.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que os atos jurisdicionais típicos (sentença e acórdão) não são passíveis de indenização. “Para que fossem prejuízos indenizáveis, seria necessário que se *comprovasse* que teriam sido causados *antijuridicamente*, hipótese em que passariam a existir prejuízos de direito”.¹⁸ Ou seja, a responsabilidade pelo ato jurisdicional ilícito - neste caso, erro judiciário - deveria ser provado pelo jurisdicionado, ou por qualquer administrado que tenha sofrido o prejuízo. Apesar de não concordarmos com a opinião do autor, parece-nos que deixa claro que o erro judiciário é aquele oriundo de ato ilícito do juiz - o que, por si só, não satisfaz a conceituação do objeto em estudo.

Ante a ausência de unanimidade acerca do conceito de erro judiciário, torna-se oportuno resolver o impasse. Sem maiores pretensões, *erro judiciário*

é a realização ou não-realização de ato judicial, lícito ou ilícito, que cause dano ao jurisdicionado ou a terceiro.

Não se pode isolar do conceito de erro judiciário a prisão além do tempo determinado da sentença. A prisão excessiva é prisão indevida e ilegal, sendo inconcebível pensar que um ato judicial eivado de erro como é a prisão indevida ou por excesso de prazo não possa ser considerada erro judiciário.

Pode-se perceber claramente que o legislador constituinte foi extremamente cauteloso a diferenciar as situações somente por uma questão de interpretação do texto constitucional, de forma a evitar que o Estado se eximisse de responsabilidade pelas prisões realizadas ou mantidas fora de seus aspectos legais formais. Entretanto, se a prisão é ilegal, o erro judiciário é evidente, pelo que deve existir a indenização. E não há argumentos de soberania ou de independência dos atos judiciais que justifique a negativa, como se o Poder Judiciário fosse constituído por semi-deuses ou de extraterrestres: significaria a legitimação do arbítrio e da restrição indevida de liberdade.

4 À GUIA DE CONCLUSÃO: A REPARAÇÃO DO DANO PELO EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Em atenção ao implícito princípio constitucional da economia processual, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, acrescentou ao texto constitucional a necessidade de o processo ser breve, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inc. LXXVIII do art. 5º, CF). É inadmissível que o provimento jurisdicional seja demorado, pois, como já se disse, justiça tardia é injustiça.

Os tempos de hoje são o da velocidade - *dromos*, em grego. Há quem diga que vivemos em uma *dromocracia*, e não numa democracia. E este sentimento de pressa, de velocidade, reflete no texto constitucional e também na legislação infraconstitucional.

Todavia, quando o assunto é prisão cautelar, o legislador infraconstitucional trata o assunto com parcimônia.¹⁹ Sobre prisão temporária, a Lei n. 7.960/89 cuida dos prazos de 5 e de 30 dias, prorrogáveis por igual período. Em termos de prisão preventiva, o único dispositivo legal que prevê a duração da prisão preventiva é o art. 8º da Lei n. 9.034/95, que estabelece 81 dias de prazo para o encerramento da instrução criminal.²⁰ Ora, por analogia (art. 3º, CPP), esta regra deve se estender para todos os casos de prisão preventiva, e não somente aos casos de crimes praticados por organização criminosa.

Mas o estabelecimento de regra de duração da prisão faz com que surjam exceções, por óbvio. A primeira a ser mencionada é que “eventuais atrasos na conclusão da instrução, se não imputáveis à defesa, não deverão ter o condão de ampliar o aludido prazo”.²¹ A segunda é que “não há constrangimento ilegal

por excesso de prazo [na manutenção da prisão preventiva] quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal”.²² Neste último caso, a fiscalização constante da defesa e do Ministério Público, como *custos legis*, é essencial a fim de que evitar abusos na custódia cautelar sob o pretexto de dificuldades no encerramento da instrução. A terceira e última se refere à superação do excesso de prazo na prisão preventiva pelo encerramento da instrução criminal.

Seguindo a regra e as exceções, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu diversas decisões sobre o tema, sempre, logicamente, mirando nos princípios constitucionais implícitos e explícitos.

No julgamento do Habeas Corpus n. 86.850/PA, decidiu-se que se o excesso de prazo não é imputável ao acusado, é inadmissível que a prisão provisória perdure sem nenhuma limitação, devendo ser a mais breve possível, com base no princípio da razoabilidade. No caso analisado, o paciente permaneceu sob custódia cautelar por mais de dois anos, sem que tivesse sido realizada a oitava de testemunhas arroladas pela acusação. Isto porque a juíza responsável pelo processo redesignou a data de audiência somente para um ano e oito meses depois de frustrada a audiência para oitava das testemunhas arroladas pela acusação.²³

Em julgamento de outro Habeas Corpus no STF, decidiu-se pela liberação do acusado preso preventivamente em razão da demora injustificada para encerramento do processo criminal, sem justificativa plausível ou sem que se pudessem atribuir a ele as razões para o retardamento daquele fim. Neste caso, fundamentou-se a Ministra Carmen Lúcia nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da razoável duração do processo (art. 5º, inc. III e LXXVIII, da Constituição da República). Lembrou, ainda, que “a forma de punição para quem quer que seja haverá de ser aquela definida legalmente, sendo a mora judicial, enquanto preso o réu ainda não condenado, uma forma de punição sem respeito ao princípio do devido processo legal”.²⁴

Por último, há que se mencionar que o fato de a prisão preventiva ter sido decretada em razão de crime hediondo não autoriza a demora na realização da instrução criminal: “a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave”.²⁵

Ora, o excesso de prazo na duração da prisão preventiva configura, inequivocamente, violação direta ao princípio da demora razoável da duração do processo, como corolário do princípio da economia processual. Entende-se que, quando se fala em “processo”, fala-se, implicitamente, em procedimento. Assim, a realização de qualquer procedimento no curso da ação penal deve atender aos postulados constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser ilegal – e, por que não dizer? – inconstitucional.

Como foi abordado linhas atrás, o conceito de prisão por tempo superior ao determinado na sentença, i.e., por excesso de prazo, está inserido no conceito de erro judiciário, indenizável sob os aspectos material e moral. Nas três decisões acima citadas como exemplos, a constatação no excesso de prazo na formação da culpa e conseqüente liberação do acusado em razão da ilegalidade da prisão leva, inexoravelmente, à conclusão de que se trata de *erro judiciário*, nos termos do conceito acima elaborado.

E não há sofisma algum neste raciocínio: a partir do momento que o conceito de “prisão além do tempo determinado na sentença” é inserido no conceito de erro judiciário, estabelece-se um limite processual, além do qual a prisão torna-se ilegal e indevida. Ora, se o mais é ilegal, o menos – prisão preventiva com prazo excessivo – também o será. Ademais, a Súmula 716, STF, implicitamente reconhece que a prisão provisória excessiva redundará na possibilidade de progressão de regime prisional *antes* do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁶

Baseado em acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Cahali entende que seria perfeitamente cabível a indenização por danos morais e materiais em razão de prisão preventiva legal, embora cumprida em excesso de prazo, com posterior absolvição do acusado.²⁷ Mas, ao mesmo tempo, lembra que o Estado de Direito, em reforço à garantia dos direitos individuais do cidadão, não pode compactuar com a restrição injusta à liberdade individual, e, portanto, deve responsabilizar-se pelos danos causados.²⁸

Entende-se incabível limitar-se o direito à indenização somente nos casos de absolvição: independentemente do resultado final do processo, se excessivo o lapso de tempo da custódia cautelar, cabível a reparação do dano, pois não se cogita da legitimidade da prisão, mas, sim, de sua duração indevida.

Concluindo, o respeito à duração da prisão preventiva, calcado supinamente nos princípios constitucionais da razoabilidade, da demora razoável do processo, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, evita o erro judiciário e a decorrente responsabilidade civil objetiva do Estado em reparar o dano moral e material, nos termos dos artigos 953 e 954 do Código Civil.²⁹

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988: artigo 5º (LXVII a LXXVII) a 17*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 2, 1989.

CRUZ, Diogo Tebet da. Decretação de prisão preventiva *ex officio*. Violação ao princípio da inércia da jurisdição e ao princípio acusatório *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 14. n. 163, p. 14, jun. 2006.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005,

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

¹ Cf. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 559.

² Entretanto, não é irrazoável se pensar que elas podem ser reduzidas a três espécies, pois é inegável que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente de sentença de pronúncia têm caráter nítido de prisão preventiva. Contudo, este não é o posicionamento mais recente do Supremo

Tribunal Federal. Cf. ainda, RANGEL, op. cit., p. 609, em que fala sobre a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível como execução provisória de pena, baseando-se, para seu raciocínio, na Súmula 716 do STF.

³ Sobre a legitimidade do assistente do Ministério Público requerer a prisão preventiva, desenvolveremos o assunto em outro trabalho mais abrangente.

⁴ Na doutrina, discute-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio* no curso do inquérito policial. Entende-se que a regra contida no art. 311 do CPP é inadequada ao sistema acusatório, adotado pela CF; por isso, a decretação de ofício pelo juiz somente seria válida no curso da ação penal. Neste sentido, cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 429-430; RANGEL, op. cit., p. 589; CRUZ, Diogo Tebet da. Decretação de prisão preventiva *ex officio*. Violação ao princípio da inércia da jurisdição e ao princípio acusatório *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 14. n. 163, p. 14, jun. 2006. Em sentido contrário: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 589; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 562.

⁵ Há que se fazer menção ao art. 30 da Lei n. 7.492/86, que trata da decretação de prisão preventiva em crimes contra o sistema financeiro nacional em razão da magnitude da lesão causada. Vale notar que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal aponta na direção da impossibilidade de decretação da medida cautelar restritiva baseado, unicamente, na magnitude da lesão causada, que é elemento do tipo penal (cf. HC n. 86.620/PE. 1ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 13.dez.2005. DJU I, 17.fev.2006, p. 59.)

⁶ Cf. a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE RELAXADA. DECRETADA A PREVENTIVA. DENÚNCIA NÃO OFERECIDA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. PLEITO MINISTERIAL DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXCESSO DE PRAZO. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A prisão provisória é uma medida extrema e excepcional, que implica sacrifício à liberdade individual, sendo imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva. 2. Na hipótese em tela, não se vislumbra presentes nem os indícios da autoria, tanto que ainda não oferecida a denúncia exatamente por essa razão, tampouco a necessidade da prisão, seja para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal ou para fins de instrução. 3. Também assiste razão à súplica no que se refere ao excesso de prazo para a formação da culpa, uma vez que, ao que consta dos autos, até o momento – já transcorridos quase 10 meses da prisão dos Recorrentes –, não foi sequer oferecida a denúncia, inexistindo qualquer justificativa plausível para tanto. 4. Recurso conhecido e provido para deferir a liberdade provisória aos ora Pacientes, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 20.118/PA. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, 19.out.2006. Publicado no DJU I, 20.nov.2006, p. 344.). Na doutrina pátria, cf. por todos, TOURINHO FILHO, op. cit., p. 485.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 674.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 361.

⁹ Contudo, em decisão de 2004, o STF reafirmou o entendimento de que o Estado somente seria responsável por atos de seus juízes nos casos expressamente declarados em lei, e que o decreto de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 429.518/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 5.out.2004. Publicado no DJU I, 28.out.2004, p. 49).

¹⁰ Embora discordemos *in totum* do posicionamento do autor, cf. RIZZARDO, op. cit., p. 380-381.

¹¹ CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

¹² DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 166.

¹³ Ibid, p. 164-165.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*: artigo 5º (LXVII a LXXVII) a 17. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. 2, p. 826.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 653.

¹⁶ Ibid, p. 653.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 437-438.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 590.

¹⁹ Contudo, há Projeto de Lei do Deputado Moreira Franco, dando nova redação ao artigo 311 do Código de Processo Penal, estabelecendo que o prazo de prisão preventiva durante o inquérito policial será de 30 dias, e de 120 dias durante a instrução criminal, prorrogável por igual prazo em caso de extrema e comprovada necessidade. (Íntegra disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401537.pdf>>. Acesso em 19.fev.2007, 18:12.)

²⁰ Sobre a construção jurisprudencial do prazo legal de prisão preventiva, cf. por todos, OLIVEIRA, op. cit., p. 426-429.

²¹ Ibid, p. 427.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.168/RO. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 26.set.2006. DJU I, 20.out.2006, p. 426.

²³ 2ª Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 16.ami.2006. DJU I, 06.nov.2006, p. 50.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.721/PE. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 15.ago.2006. DJU I, 07.dez.2006, p. 52.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.241/RJ. 1ª Turma. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 21.mar.2006. DJU I, 28.abr.2006, p. 8.

²⁶ Súmula 716, STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 790.

²⁸ Ibid., p. 775.

²⁹ Cahali (ibid., p. 772) aponta que, ao contrário do novo codificador, que “permaneceu estático no tempo e omisso em definir a natureza do dano indenizável, manteve-se atrelado ao direito anterior, que, (...) já reconhecia, no caso, a ocorrência de dano moral, especialmente após a Constituição de 1988.”

PREVENTIVE DETENTION, TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME AND COMPENSATION FOR MATERIAL AND MORAL DAMAGE

ABSTRACT

This is a paper which assesses the idea of the existence of a direct relation between the ruling of preventive detention and the endurance of the restrictions on human freedom. In this sense, the author presents the possibility that the accused persons that have temporarily been under arrest receive compensation from State for

material and moral damage, due to the constitutional rules concerning judicial error and trial within a reasonable time span. The debate concerning the issue necessarily includes State liability for jurisdictional acts, albeit lawful.

KEYWORDS: Temporary detention. Compensation. Moral damage. Material damage. Trial within a reasonable time. Judicial error.

PRISON PRÉVENTIVE, DURÉE RAISONNABLE DE LA PROCÉDURE ET RÉPARATION PAR DES DOMMAGES MATÉRIELS ET MORAUX

RÉSUMÉ

Il s'agit de travail sur l'établissement d'un lien direct de conséquence entre la décision imposant la prison préventive et l'allongement de cette constriction de la liberté de l'individu. On soulève l'hypothèse de l'accusé qui ait accompli la prison provisoire d'obtenir indemnisation par des dommages matériels et moraux du pouvoir public par l'application des règles constitutionnelles qui statuent sur l'erreur judiciaire et le retard raisonnable dans la conduction de la procédure. La discussion passe, nécessairement, par la responsabilité de l'État par acte juridictionnel, indépendamment de son caractère licite.

MOTS-CLÉS: Prison provisoire. Réparation. Dommages moraux. Dommages matériels. Retard déraisonnable de la procédure. Erreur judiciaire.

CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-PRÁTICAS SOBRE O ENSINO JURÍDICO*

Plauto Faraco de Azevedo**

1 Dos pressupostos teóricos. 2 Disciplinas propedêuticas. 3 Disciplinas obrigatórias. 4 Da prática jurídica. 5 Referência a algumas disciplinas optativas. 6 Duração do curso. 7 Considerações finais.

RESUMO

O presente artigo trata do ensino jurídico e de eventuais modificações ou reformas do seu currículo nas faculdades brasileiras, partindo da análise da dogmática positivista e de seu comprometimento ideológico com o atual modelo vigente. O autor sugere um estudo do direito com bases no exame de suas fontes, não se esquecendo o jurista de realizar uma análise crítica do direito positivo, com vistas à reconstrução do saber jurídico. Por fim, o autor aborda as disciplinas propedêuticas, obrigatórias e optativas do curso de direito, bem como a sua duração ideal.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino Jurídico. Disciplinas. Teoria. Prática.

1 DOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Qualquer modificação ou reforma do currículo do ensino jurídico tem que ser precedida de uma avaliação de sua estrutura atual. Por outra parte, refletir sobre o ensino jurídico importa, sempre, em determinar e valorar a *idéia prévia*, que lhe subjaz e que o orienta. Esta *idéia prévia* do direito habitualmente não é explicitada. É ela a concepção positivista do direito, cuja gnoseologia limita o conhecimento do direito positivo a *juízos de constatação*, pretendendo, assim, fundar sua cientificidade.

Segundo este ponto de vista, o trato do direito positivo, para ser científico, precisa ser rigorosamente separado de suas matrizes econômicas e políticas, daí resultando o divórcio entre o direito positivo e a realidade social. Por outras

* Considerações tecidas a pedido do Centro Acadêmico Hugo Simas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

** Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain. Ex-Professor nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da UFRGS. Ex-Pesquisador do CNPq.

palavras, o que importa ao direito “cientificamente concebido” é o *conhecimento estrito do ordenamento jurídico segundo os dados dele exclusivamente oriundos*.

O mundo jurídico é separado do contexto histórico presente, conduzindo à convicção de que, se a sociedade vai mal, isto não diz respeito ao jurista, pois lhe compete tão-só velar pelo mundo jurídico puro. É nesta visão que se insere a *dogmática positivista*, que se diz neutra, mas não consegue encobrir seu comprometimento ideológico.

É ideológico o pensamento que, pretendendo derivar unicamente de seus dados racionais, apresenta influência de dados sociais, particularmente econômicos, embora aquele que o formula possa disto não ter consciência.¹ Dele resulta a adulteração do sentido dos fatos sociais reais.

Para evitar-se, tanto quanto é possível, o procedimento ideológico adulterador da compreensão dos fatos, cumpre, como ensinava Hermann Heller, evitar o trato das questões independentemente do quadro histórico a que pertencem, com interesse exclusivo em seu logicismo interno.² A precisão conceitual, indispensável ao trato científico dos problemas, não se confunde com o culto do conceito pelo conceito, esquecido da realidade social. Na medida que confunde o conceito com a realidade, a literatura jurídica revela-se não só não científica, mas também incondicionalmente comprometida com a manutenção do *status quo*.

É claro que tal modo de pensar o direito positivo pode ser tranqüilizante, pois sua conexão com os fatos que regula, com seus valores e efeitos sociais, pode ser extremamente incômoda, particularmente em uma realidade como a presente, caracterizada pela exclusão, em que a *justiça distributiva* tem servido meramente para uso retórico.

O estudo do direito tem que se orientar pelo *acurado exame de suas fontes* – da Constituição, de seus princípios orientadores, dos direitos fundamentais que ela prevê, dos diversos códigos compreendidos a partir de seus eixos fundamentais e da aplicação jurisprudencial que os vai ajustando às necessidades sociais, dos conceitos jurídicos fundamentais à compreensão da ordem jurídica global e dos conceitos jurídicos específicos a cada um de seus setores. E, como ensinava Kelsen, a ordem jurídica se estrutura em patamares de importância ascendente, culminando na Constituição.

Sem o domínio deste conhecimento não é possível atingir o “auditório” ao qual os profissionais do direito se dirigem. A argumentação, que constitui a base do raciocínio jurídico³, perde-se na incomunicabilidade, tornando-se inútil.

Não é menos verdade que o estudo “dogmático” do direito, tendo em vista a determinação do sentido das normas, para posterior aplicação, precisa seguir a sua evolução doutrinária e jurisprudencial para chegar à sua significação presente. Acompanhar a evolução jurisprudencial é seguir a experiência histórica por que passam as normas, que não é, nunca foi, e jamais será *neutra*.

Tampouco será necessariamente lógica, ou poderá afastar as opções, vale dizer, as *valorações* perceptíveis em seu curso, através do tempo.⁴

Nem é por outra razão que Holmes – notável juiz da Suprema Corte Norte-americana, que muito contribuiu para a sedimentação do realismo jurídico e conseqüente negação do automatismo jurisdicional –, escreveu que “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência... a lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, não podendo ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas ou corolários de um livro de matemática”.⁵

O estudo da Ciência Jurídica não se pode resumir ao aprendizado acrítico do direito, sob pena de afastar o mundo dos juristas do mundo real, fazendo emergir o ceticismo do convívio de duas verdades – a do povo e a dos juristas.⁶ Neste sentido sua metodologia tem que ser revisada, de forma a incluir jornais, revistas, filmes, etc., a fim de que o aluno possa contextualizar a experiência jurídica.

Sendo inegável que o trabalho realizado pela dogmática jurídica seja predominantemente lógico-descritivo é, no entanto, desarrazoado estudar-se as leis ou os conceitos jurídicos segundo uma perspectiva exclusivamente lógica, indiferente à sua significação.

O autêntico estudo do direito é criativo e sensível ao quadro histórico a que se destina. Para isto, trata de unir as diferentes perspectivas do direito, ao invés de cindi-las, em nome de uma pseudo-ciência do direito.

O ensino e a aplicação do direito ligam-se inelutavelmente à sobrevivência do Estado e do padrão de relações humanas por ele protegidas. Embora esta asserção seja evidente, é difícil encontrá-la nos livros jurídicos. A auto-preservação do Estado confunde-se com a manutenção da estrutura econômica e política assegurada pelo direito positivo. Por isto, a argumentação no direito tem que considerar certos limites historicamente variáveis. Tais limites encontram-se nos princípios constitucionais estruturadores da ordem jurídica democrática. Mas mesmo tais princípios são suscetíveis de aperfeiçoamento e de arranjos em busca de equilíbrio entre os diversos valores que exprimem. É este o campo da ponderação de bens, que passa pelo teste da razoabilidade na decisão dos casos concretos.⁷

É este um ângulo fecundo, desenvolvido pelo constitucionalismo atual, mas a ele não se limita. A ponderação dos interesses já era tratada de modo acurado por François Géný, do ponto de vista do direito privado, criticando o automatismo da aplicação do direito preconizada pela Escola da Exegese.⁸ Tratava-se, como hoje se trata, de transcender a concepção positivista da Ciência do Direito, ligando o sistema legal a seus fundamentos, aferindo os valores que exprime e cuidando dos seus resultados, no julgamento dos casos concretos, em conformidade com as necessidades sociais.

Nada melhor do que o estudo da Hermenêutica Jurídica para se ver o quanto o direito positivo tem-se modificado a partir das valorações propostas pelos advoga-

dos e aceitas pelo prudente critério dos juízes, a tal ponto que se pode afirmar que muitas das salutares modificações, ocorridas no direito de família pátrio, resultaram de longo trabalho jurisprudencial, para tão-só aludir a este ramo do direito. É oportuno lembrar – e nunca é demais repeti-lo – que a Hermenêutica Jurídica só pode construir-se adequadamente entre dois extremos, que devem ser sempre evitados: nem o juiz pode-se converter em legislador, nem este pode ser tido como onipotente ou onisciente. É de se reservar um lugar especial à Hermenêutica Constitucional.

É nestes limites que o saber jurídico pode reviver, e eventualmente reconstituir o direito positivo⁹, salvaguardando a segurança jurídica sem absolutizá-la, em direção ao aperfeiçoamento da ordem jurídica. Se a segurança jurídica não pode ser absolutizada, muito menos pode ser menosprezada, como bem sabem e sentem os práticos do direito e todos aqueles que, sendo partes no processo, buscam o reconhecimento de seus direitos, tal como prefigurados na ordem jurídica.

Mas é preciso também reconhecer, como ponderava Bergson, em texto reproduzido em “desenho livre”, por Raymundo Faoro, que “a lei não pode, senão refugiando-se num tempo morto, afastar-se da sociedade, das exigências que lhe asseguram o movimento expressas em valores que não estão além da lei, mas dentro dela”. A adaptação da lei aos casos concretos tem que ter por eixo a justiça, que “evocou sempre idéias de igualdade, de proporção, de compensação”. Sem a justiça “a sociedade talvez pudesse subsistir, mas subsistiria pela violência, pela repressão, pelo medo, imobilizando a paz, sobre a qual repousa. Fora da justiça, ainda que as sanções da lei se apliquem, o homem será o lobo do homem, pela quebra do convívio fundado no consentimento e na cidadania.”¹⁰

A sutileza do trabalho jurídico, envolvendo conhecimento e interpretação de fatos e de leis, adequando estas aos contornos daqueles, caminhando pelo leito da segurança jurídica, percebendo-a como imantada pela justiça, exige *esmerada formação*. O advogado não pode ser “a engrenagem mestra do aparelhamento do Estado”, nem “um técnico destro a todos os malabarismos, a serviço de quaisquer interesses, espécie de tecnocrata do sofisma”. O advogado há de recobrar o traço, que já o caracterizou, na história do Brasil, havendo de ser, “substancialmente, um intelectual”, sendo a característica do intelectual “o anticonformismo, ainda que não revolucionário, ainda que nem sempre oposicionista”.¹¹

Limpado o horizonte intelectual dos antolhos positivistas, não há porque negar que a Ciência Jurídica tenha um comprometimento com a busca da justiça social. Feita esta ultrapassagem, o trabalho do jurista não se exaure nas abstrações, mas tem relevante papel social.

O extravio do discurso jurídico se dá pela aceitação do pensamento parcelar, que, além de cindir o direito positivo, o separa dos demais ramos do conhecimento. Ao revés, é essencial a admissão de *investigações interdisciplinares*, de modo a habilitar o jurista a compreender a totalidade do social. Sem esta compreensão, o jurista entenderá sempre insuficientemente o direito positivo. O conhecimento dos fatos, de seu encadeamento e de suas motivações, é

imprescindível. Não se compreende o direito sem perquirir os fatos, pois é em função destes que se põe e se aplica o direito positivo.

2 DISCIPLINAS PROPEDÊUTICAS

Feitas estas considerações, chega-se às disciplinas propedêuticas que concorrem à ampla formação do jurista, permitindo-lhe exercitar o raciocínio sobre suas estruturas conectadas ao quadro histórico a que se destinam e de que sofrem a influência. Assim se articula a compreensão do direito em uma perspectiva transpositivista, apta a interpretá-lo e aplicá-lo com sensibilidade humana.

Neste sentido, a disciplina de Introdução à Ciência do Direito assume relevância sem par, pelo seu caráter formativo, à condição que seus conteúdos sejam propícios ao entendimento da ordem jurídica, de sua estrutura, hierarquia, de seus princípios ou valores fundamentais. Para isto a Introdução é, em um primeiro momento, Teoria Geral do Direito, tratando das fontes, reservando lugar especial à jurisprudência. Em um segundo momento, é uma iniciação à Filosofia do Direito, propiciando uma idéia sucinta das diferentes correntes do pensamento jurídico. Em um terceiro momento, pode ser uma introdução ao Direito Comparado, mediante a exposição dos pressupostos básicos dos sistemas romano-germânicos (*civil law*) e da *common law*, deixando claro que a experiência jurídica não se restringe à tradição ocidental, precisando ser sensível à interculturalidade. É certo que nada disto pode ser feito sem que se atribua a esta disciplina o tempo necessário à maturação discente, em dois semestres.

Disciplina introdutória sempre foi o Direito Romano, beneficiando-se o profissional do direito com o conhecimento de seus institutos jurídicos fundamentais, historicamente considerados, de modo a perceber-se a ultrapassagem do *jus civile* ao *jus gentium*, e a seiva “jurisprudencial” do direito pretoriano, contraposta à codificação de Justiniano.

Noções de *Economia Política* (não de economia neoliberal) são essenciais para que o profissional do direito possa discernir a vulgata economicista vigente, ditada pelos organismos internacionais de crédito e “regulação” do comércio e difundida pela Universidade de Chicago e congêneres. Apregoando esta o livre comércio, a abertura total dos mercados, em que pese a múltipla disparidade entre eles, forrasse de matemática e estatísticas descontextualizadas, para impor sua mensagem estratificadora da configuração atual da sociedade internacional, que consagra a miséria da maioria, em favor da opulência de poucos potentados. À *Economia Política*, ao revés, cabe o exame crítico da *globalização financeira* vigente, aferindo a *internalidade dos custos*, revelando o artifício da sua *externalidade*, vale dizer, computando os pesados custos ambientais e sociais da vigente teoria econômica.

3 DISCIPLINAS OBRIGATÓRIAS

O ensino do Direito Constitucional abre o leque das disciplinas obrigatórias como estruturador da ordem jurídica e definidor dos direitos fundamentais, devendo

ser capaz de apontar criticamente o ataque à dimensão social destes e o menosprezo à efetividade de sua dimensão ambiental. Quanto à primeira, a cada dia melhor se percebe a fratura na Consolidação das Leis do Trabalho, que vem fazendo desaparecer “o sujeito para emergir tão-só a mão de obra contratada. Cada um por si, no mercado, disputando segundo suas capacidades e habilidades e assumindo a culpa de não ser um vencedor”.¹² É também crucial o exame do avanço das medidas provisórias, cujo excesso atenta contra o princípio cardinal da tripartição dos poderes.

Não pode faltar, no elenco das disciplinas obrigatórias, o Direito Ambiental, que tem como valor fundamental a preservação da vida. Tudo o que se possa dizer a este respeito será pouco, dada a relevância do interesse que protege, demandando consideração acurada tanto do ponto de vista do direito material quanto processual. Sua importância ímpar é perceptível na Constituição de 1988, que lhe consagra um capítulo de singular penetração.

É fundamental a História do Direito. Sem o fio condutor da história nada se compreende. É estudando-a que o profissional do direito pode adquirir uma visão do direito medieval – dos glosadores e pós glosadores -, do direito moderno – da era das codificações, das grandes constituições liberais, do Estado social, e da tendência neoliberal, regressiva, atual, agressora dos direitos fundamentais sociais, em nome da “sacralidade do mercado”.

A Hermenêutica Jurídica constrói-se orientada aos diferentes métodos de solução das controvérsias e com os olhos voltados para a atividade jurisdicional - ao *prudente arbítrio dos juízes e seus limites*, evitando o vezo do “leguleio amante da letra redonda da lei” (Cunha Gonçalves) ou subscrevendo a prática do “juiz-legislador”.

À Filosofia do Direito cabe aprofundar as noções ministradas pela Introdução e pela História do Direito, tendo como objetivo favorecer a crítica racional do direito positivo, achegando-se à vida e acautelando-se da tendência às elocubrações abstratas e ao fascínio dos modismos acadêmicos. Ponto de suma importância é a determinação das relações entre direito, moral e ética.

A importância do Direito Administrativo não necessita ser encarecida, tendo em vista os problemas e conceitos fundamentais com que lida, dentre os quais sobressaem os de bem público, de ato administrativo, poder de polícia, atos e contratos administrativos, bens públicos, o de discricionariedade administrativa e controle judicial, etc. É nele que se reflete a questão da dimensão do Estado, posta pelo neoliberalismo como a necessidade do “Estado mínimo” como a panacéia para a solução de todos os males. Neste sentido é relevante o exame crítico das denominadas Agências Reguladoras.

O Direito Tributário tem singular lugar no ordenamento jurídico, discriminando os tributos a serem cobrados e os devolvendo sob a forma de serviços à comunidade. Para ser bem compreendido tem que ser trabalhado com a Teoria da Constituição. Da adequada estruturação positiva do Direito Tributário dependem o bom andamento da coisa pública e a salvaguarda da integridade da federação.

No que toca ao Direito Penal, é de tentar-se, sempre, a conexão de seu estudo dogmático com a Criminologia e a Sociologia, para que não se percam de vista as múltiplas motivações do crime, de modo a permitir o questionamento das diferentes políticas criminais.

O Direito Internacional Público está a necessitar atenção especial, visto que tem sido literalmente pisoteado, apesar de sua função nitidamente civilizatória. O mundo globalizado não pode ser governado pela força bruta. O fundamento do direito acha-se no respeito à *dignidade humana*, como se percebe e se anota nas constituições democráticas e nos tratados internacionais.

No Direito Material, é de se enfatizar o estudo dos novos contornos do Direito de Família, decorrentes do avanço da biologia e das novas configurações de vários de seus institutos, a merecerem crítica e prudente aferição.

No Direito Processual, cuja importância é incontestável, é desejável que seu ensino sublinhe seu caráter *instrumental*, para que de seu aprendizado não resulte a substituição do formalismo pela substância dos interesses em litígio. A forma tem como único sentido favorecer a segurança jurídica. O processo não pode ser utilizado como artifício para encobrir dificuldades e fugir da responsabilidade das decisões. O processo é *meio* de composição de litígios e não fim em si.¹³

4 DA PRÁTICA JURÍDICA

Todas as considerações expendidas, enfatizando a imprescindibilidade de disciplinas, tanto propedêuticas quanto estruturais, não teriam sentido se não servissem ao caráter prático do direito positivo e a seu aspecto profissionalizante.

Todo discurso jurídico que não tenha em vista as diversas profissões jurídicas – Judicatura, órgãos do Ministério Público, advocacia pública ou privada, magistério jurídico, Defensoria Pública, consultoria jurídica pública ou privada, etc. – não serve às finalidades práticas do direito.

É tendo em vista a necessidade do prudente e eficaz desempenho dessas funções que se trata de instrumentalizar o profissional do direito com as noções essenciais ao seu bom desempenho.

Com esta finalidade, estrutura-se, de modo paulatino, à *medida em que se desenvolve o curso*, a Prática Jurídica, a qual, de nenhum modo, se exaure na memorização dos manuais de elaboração de petições, necessitando oferecer ao futuro profissional meios de estruturação do raciocínio, habilitando-o à arte da argumentação, que é o método peculiar ao direito, como adverte Perelman. O desenvolvimento da argumentação visa à solução das questões jurídicas, tanto na área consultiva quanto na área judicante. Faz-se ela para solver litígios, para aventar soluções práticas a problemas práticos, envolvendo fatos, valores e normas (Reale). Não pode, por isto, esgotar-se em distinções e subdistinções sibilinas, que só servem para aprofundar a descrença do direito pelo o povo. Diante dos processos, o profissional do direito precisa ser servido *por uma dogmá-*

tica transpositivista, capaz de distinguir os interesses em questão, apreendendo-lhes o valor, para poder entre eles optar.

Nestas condições, teoria e prática do direito são correlativas. Como escreve Roberto Lyra Filho, não “há prática decente sem uma teoria válida em que se arrime. Lembra, há muito, Ortega que toda teoria é teoria da prática e a prática não é mais do que práxis da teoria”.¹⁴

5 REFERÊNCIA A ALGUMAS DISCIPLINAS OPTATIVAS

Muitas das disciplinas consideradas optativas, na verdade o são por in-junção temporal, sem que se possa negar sua importância à teoria ou à prática do direito. Dentre elas podem-se enumerar: Direito Internacional Privado, Direito Agrário, Previdenciário, da Infância e da Juventude, Bancário, História das Idéias Políticas, Sociologia Jurídica, Organizações Internacionais, etc. A montagem curricular a este respeito, constitui trabalho delicado a demandar cuidadoso critério, segundo a ênfase peculiar a cada curso.

6 DURAÇÃO DO CURSO

Por mais extemporâneo que possa parecer, no contexto de pragmatismo vigente, a Universidade Pública precisa ter em vista, se necessário for, o alongamento da duração do curso, de vez que seu compromisso não é outro senão o da formação de egressos não só aptos ao exercício profissional, mas também capazes de discernir o sentido e o valor de seu trabalho e de mensurá-lo na tarefa de manutenção e aperfeiçoamento da democracia.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas reflexões supõem, como é evidente, a adequação de alguns conteúdos curriculares. Também não deixam de ter em consideração a necessidade de docentes aptos a realizá-las. É de se esperar que os cursos de Mestrado e Doutorado concorram, positivamente, neste sentido. Também se tem em mira que a docência não se pode dar de modo construtivo sem um trabalho de pesquisa e publicações correlato.

O preparo do professor, por maior que seja, não exclui o aspecto vocacional e uma perspectiva pedagógica aberta, em que a transmissão do conhecimento seja simultaneamente aprendido.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Globalização e direito do trabalho. *Direito e democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, p. 163-176, 1º semestre 2000.

FAORO, Raymundo. *A injustiça nos tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS, em 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986.

GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Recueil Sirey, 1913, v. 1 _____ . *Méthodes et sources en droit privé positif*. Préf. de Raymond Saleilles. 2. éd. rev. e mise au courant Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, t. 1.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Prefácio por Gerhart Niemeyer. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.

HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little Brown, 1963.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 10. ed. rev. aug. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Tradução José Lamago da 6. ed. alemã reformulada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 3. (Tradução de: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.)

LYRA FILHO, Roberto. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília: Obreira, 1981.

PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique; nouvelle réthorique*. Paris: Dalloz, 1976.

¹ LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 10. ed. rev. aug. Paris: Presses Universitaires de France, 1968, p. 459

² HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Prefácio por Gerhart Niemeyer. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, passim.

³ PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique; nouvelle réthorique*. Paris: Dalloz, 1976.

⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 113-114.

⁵ HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little Brown, 1963, p. 5.

⁶ FAORO, Raymundo. *A injustiça nos tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS, em 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986, p. 8-9.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1161-1165.

⁸ GENY, François. *Méthodes et sources en droit privé positif*. Préf. de Raymond Saleilles. 2. éd. rev. e mise au courant Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, t. 1, p. 1-12, passim. A primeira edição desta obra data de 1899 e a segunda, revista atualizada, data de 1919, tendo sido reimpressa em 1954. Cf. GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Recueil Sirey, 1913, v. 1, p. 25-28.

⁹ Como assevera Larenz, “a ciência do direito desenvolve por si métodos de um pensamento ‘orientado a valores’, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida são as valorações susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional”, sem que seus resultados possam “alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exacto”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do*

direito. 3. ed. Tradução José Lamego da 6. ed. alemã reformulada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 3. Tradução de: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.)

¹⁰ FAORO, op. cit., p. 14.

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Globalização e direito do trabalho. Direito e democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, p. 163-176, 1^o semestre 2000.

¹³ AZEVEDO, op. cit., p. 129-133.

¹⁴ LYRA FILHO, Roberto. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília: Obreira, 1981, p. 16.

THEORETICAL AND PRACTICAL APPRECIATION ON THE JURIDICAL TEACHING

ABSTRACT

This article examines juridical teaching and the possible changes to be made in the list of subjects offered in Brazilian Law schools, setting as a starting point the assessment of the juridical positivism and its ideological commitment with the model presently in force. The author suggests that Law should be studied based upon the investigation of its sources, not to mention the necessity of jurists to critically analyse positive Law, in order to rebuild juridical knowledge. At the end, the author tackles the issues concerning the propaedeutical subjects, whether or not compulsory, and the duration of the Law course.

KEYWORDS: Juridical teaching. Subjects. Theory. Practice.

CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES ET PRATIQUES SUR L'ENSEIGNEMENT JURIDIQUE

RÉSUMÉ

Le présent article aborde l'enseignement juridique et les éventuelles modifications et réformes du programme des facultés brésiliennes, à partir de l'analyse de la dogmatique positiviste et de son engagement idéologique avec l'actuel modèle en vogue. L'auteur suggère une étude du droit basée dans l'examen de leurs sources, sans oublier une analyse critique du droit positif, en vue de la reconstruction du savoir juridique. Finalement, l'auteur aborde les disciplines propédeutiques, obligatoires et en option, des cours de droit, ainsi qu'à de durée idéale de cette formation.

MOTS-CLÉS: Enseignement Juridique. Disciplines. Théorie. Pratique.

A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR COMO PRÁTICA DE EDUCAÇÃO JURÍDICA INOVADORA E PROPOSITORA DE DIREITO CRÍTICO

Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques*

1 Introdução. 2 Assessoria Jurídica Popular. 3 Concepções acerca da inovação. 4 As concepções tradicionais do Direito. 5 As concepções inovadoras do Direito. 6 Conclusão.

RESUMO

Faz-se uma análise da Assessoria Jurídica Popular enquanto prática para uma educação jurídica inovadora e como instrumento para a proposição de um Direito Crítico, capaz de atender às demandas sociais, estimular a emancipação das pessoas, em especial das menos privilegiadas, e ser um vetor para a transformação social. Enunciam-se as concepções fundamentais acerca da Filosofia da Educação. Contrapõem-se as concepções tradicionais do Direito com as concepções inovadoras do Direito, visto este como ciência.

PALAVRAS-CHAVE: Assessoria Jurídica Popular. Concepções da Filosofia da Educação. Educação. Inovação. Direito Tradicional e Inovador. Emancipação.

1 INTRODUÇÃO

Procuramos considerar a Educação Jurídica Inovadora como contestadora às concepções tradicionais do Direito, especificamente o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo, configurando um *locus* de crítica ao Direito na Universidade. Defenderemos que a prática da Educação Jurídica Inovadora deve ser compreendida como uma práxis de um Direito Crítico, pois somente uma visão crítica do Direito confere a base teórica necessária para o desenvolvimento de uma prática, por sua vez também, crítica. A Educação Popular e a Assessoria Jurídica Popular, para serem utilizadas, pressupõem uma outra concepção do Direito, as quais identificarão como concepção inovadora.

*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Faculdade Christus. Coordenadora de Políticas da Direito, Democracia e Desenvolvimento – D3. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Graduada pela Universidade Federal do Ceará.

Ressalta-se, ainda, a relevância de tal tema, que deseja apresentar uma nova abordagem teórica e prática do Direito, como instrumento de emancipação popular. Esta nova abordagem do Direito versa sobre ações de promoção ao exercício da cidadania e efetivação dos direitos humanos, propiciando, também, a formação diferenciada do profissional jurídico através da interação Universidade e Sociedade. Esta nova abordagem integrará o que denominamos Assessoria Jurídica Popular.

O presente artigo não investigou aspectos legais ou a própria dogmática jurídica, costumeiramente analisados. Objetiva, sim, analisar a formação acadêmica crítica e diferenciada a fim de contribuir para a graduação de bacharéis comprometidos com a ética e a cidadania. É, pois, uma de suas principais finalidades proporcionar ao estudante uma reflexão crítica acerca do Direito através da prática da pesquisa e da extensão, que proporciona a Assessoria Jurídica Popular. Almeja, assim, formar profissionais cidadãos, comprometidos com a efetivação da justiça, com a democratização do Direito, promovendo assistência e assessoria jurídica às comunidades carentes e organizações sociais em geral, tais como associações, sindicatos e Organizações Não Governamentais (Ongs). Esta nova formação acadêmica, identificamos como Educação Jurídica Inovadora.

2 ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR

Na perspectiva de integrante da Universidade, percebe-se na Assessoria Jurídica Popular a indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão. A concepção de pesquisa, enquanto extensão, ocupa lugar central na concepção de Universidade pela perspectiva da Assessoria Jurídica Popular. Entende-se que a pesquisa também provém da extensão. Extensão que significa não apenas uma ação assistencialista de “ajuda” dos estudantes e professores da Universidade, mas confrontar o saber científico com a realidade social, possibilitando a reconstrução dialética de conhecimentos que possuam aplicabilidade social.

A Assessoria Jurídica Popular, ao definir como público-alvo as demandas coletivas dos movimentos sociais e populares, comunidades, associações, sindicatos, entre outros, opta por atender ao segmento social com o qual, normalmente, os operadores jurídicos não têm contato profissional. Ao lidar com estas demandas, a Assessoria Popular possibilita vivências relevantes na formação estudantil, pois calcadas em valores da coletividade e da solidariedade, totalmente destoantes do individualismo e da lógica da concorrência/competição, inerentes ao sistema jurídico capitalista tão comum atualmente.

As atividades e os Projetos que atuam com Assessoria Jurídica Popular almejam a promoção do Acesso à Justiça, exercício da Cidadania e efetivação dos Direitos Humanos. Estas finalidades demonstram que esta concepção do Direito não estabelece uma relação de mera assistência a comunidades carentes, mas que pretende a conscientização e organização destas comunidades ou movimentos para que, na qualidade de sujeitos ativos do processo histórico-social, com o instrumental do saber jurídico, lutem pelos seus direitos.

3 AS CONCEPÇÕES ACERCA DA INOVAÇÃO

Iniciaremos a reflexão acerca do tema Inovação traçando, em grandes linhas, as concepções fundamentais de Filosofia da Educação:

- Conceção Humanista Tradicional;
- Conceção Humanista Moderna;
- Conceção Analítica;
- Conceção Dialética;

A Conceção Humanista, quer na versão tradicional, quer na versão moderna, engloba um conjunto variado de correntes que têm em comum o fato de derivarem a compreensão da Educação de uma determinada visão de homem. Segundo essas duas tendências, a Filosofia da Educação é algo sempre tributado a determinado sistema filosófico geral. A Conceção Humanista Tradicional está marcada pela visão essencialista do homem. O homem é encarado como constituído por uma essência imutável, cabendo à educação conformar-se com a essência humana. As mudanças são, portanto, consideradas acidentais.

Como se pode perceber, não há lugar para o tema Inovação nesta corrente de pensamento. Esta simplesmente não é considerada; se o é, ocupa um lugar secundário, periférico. Compreende-se que não é daí que devemos esperar uma contribuição positiva para a compreensão do tema da inovação. Compreende-se que é esta Conceção Humanista Tradicional que está na base dos métodos tradicionais de ensino. Não se pode falar - dado que resulta contraditório - numa concepção “humanista” tradicional da inovação. Ao contrário, o tema da Inovação posto contra os métodos tradicionais de ensino e - já que estes se baseiam na concepção humanista tradicional - as propostas de inovação educacional insurgir-se-ão contra a referida concepção. Notamos que se não podemos esperar dessa concepção uma contribuição positiva, indiretamente e por via negativa, ela já nos oferece uma contribuição significativa. Com efeito, ela nos permite colocar com maior precisão o problema da Inovação, uma vez que nos esclarece a respeito da seguinte questão: em relação a quê algo pode ser considerado inovador? Emerge daí o primeiro critério para se caracterizar a Inovação, a saber, o inovador é o que se opõe a tradicional.

Diferentemente da Conceção Tradicional, na Humanista Moderna esboça-se uma visão do homem centrada na existência, na vida, na atividade. Não se trata mais de se encarar a existência como mera atualização das potencialidades contidas *a priori* e definitivamente na essência. Ao contrário: aqui a existência precede a essência. Já não há uma natureza humana ou, dito de outra forma, a natureza humana é mutável, determinada pela existência. Na visão tradicional dá-se um privilégio do adulto, considerado o homem acabado, completo, por oposição a criança, ser imaturo, incompleto. Daí a educação se centrar no educador, no intelecto, no conhecimento. Na visão moderna, sendo o homem considerado completo desde o nascimento e inacabado até morrer,

o adulto não pode se constituir em modelo. A educação passa a centrar-se na criança, no educando, na vida, na atividade. Admite-se a existência de formas descontínuas na educação. É isto, em dois sentidos: num primeiro sentido, mais amplo, na medida que, em vez de se considerar a educação como um processo continuado, obedecendo a esquemas pré-definidos, seguindo uma ordem lógica, considera-se que a educação segue o ritmo vital que é variado, determinado pela diferenças existenciais ao nível dos indivíduos; admite idas e vindas com predominância.

Já se pode precisar melhor o significado do critério anunciado anteriormente. Dizer-se que algo (um método, uma experiência educativa) é inovador porque se opõe ao tradicional significa dizer que, ao invés de se centrar no educador, no intelecto, no conhecimento, centra-se no educando, na vida, na atividade, na ação. Ao invés de seguir uma ordem lógica, segue uma ordem predominantemente psicológica. Ao invés de subordinar os meios aos fins, os métodos aos objetivos, o homem adulto e o domínio cognitivo do conteúdo cultural disponível subordinam os fins aos meios. Educação é vida; vida é desenvolvimento; e a finalidade do desenvolvimento é mais desenvolvimento.

A Concepção Analítica de Filosofia da Educação não pressupõe explicitamente uma visão de homem nem um sistema filosófico geral. Pretende-se que a tarefa da Filosofia da Educação é efetuar a análise lógica da linguagem educacional. Dado que a linguagem educacional é uma linguagem comum, isto é, não formalizada, não científica, o método que mais se presta à tarefa proposta é o da chamada análise informal ou lógica informal. A análise informal postula que o significado de uma palavra só pode ser determinado em função do contexto em que é utilizada. Entenda-se, porém, trata-se do contexto lingüístico e não do contexto sócio-econômico-político, ou numa palavra, histórico. Partindo do princípio segundo o qual o significado de uma palavra é determinado pelo emprego, isto é, pelo uso que dela se faz, a análise informal julga não ser necessário ultrapassar o âmbito da linguagem corrente para se compreender o significado das palavras. De acordo com essa concepção, para se determinar o significado de inovação será necessário analisar o contexto lingüístico em que ela é utilizada. Não há, pois, critérios predeterminados.

Segundo a concepção dialética, o movimento segue leis objetivas que não só podem como devem ser conhecidas pelo homem. Encarando a realidade como essencialmente dinâmica, não vê necessidade de negar o movimento para admitir o caráter essencial da realidade (concepção humanista tradicional) nem de pegar a essência para admitir o caráter dinâmico do real (concepção humanista moderna). O dinamismo se explica pela interação recíproca do todo com as partes que o constituem, bem como pela contraposição das partes entre si. Determinada formação social, mercê das contradições que lhe são inerentes, engendra sua própria negação, evoluindo no sentido de uma nova formação social. Nesse contexto, o papel da educação será colocar-se a serviço da nova formação social em gestação no seio da velha formação até então dominante.

A concepção dialética aponta, pois, para um sentido radical de inovação, isto é, inovar significa mudar as raízes, as bases. Trata-se de uma concepção revolucionária da inovação. Só a dialética pode conferir uma visão crítica do Direito, sem implicar num materialismo mecanicista.

Concebemos a dialética como método que entende a realidade como essencialmente contraditória e em permanente transformação. Para a Dialética, o conhecimento e a atividade humana estão inseridos num processo de totalização, que nunca alcança uma etapa definitiva, perfeita e acabada, estando em constante transformação. Qualquer objeto perceptível pelo homem é apenas parte de um todo, devendo assim ser considerado. A visão de conjunto é uma síntese que permite descobrir a estrutura da realidade que se confronta, numa situação dada. Contudo, esta visão de conjunto é provisória, histórica, nunca podendo pretender esgotar toda a realidade, pois esta será sempre mais rica do que o conhecimento obtido dela.

A dialética, nessa perspectiva, oferece-nos a compreensão de que a origem do *locus* de crítica ao Direito deve ser iniciada com a antítese do Positivismo Jurídico e do Jusnaturalismo. Para Marx e Engels, as mudanças meramente quantitativas, ao chegar num determinado ponto, convertem-se em mudanças qualitativas. A Assessoria Jurídica Popular fundou-se no acúmulo de críticas às concepções tradicionais do Direito. É preciso, agora, tentar construir a síntese dialética, isto é, esboçar a mudança qualitativa que, diante do acúmulo de mudanças quantitativas, perfaz a superação dialética, delineando uma nova compreensão do Direito considerada como crítica.

Pode-se ir agora mais longe na explicação do critério enunciado. Dizer-se que algo é inovador porque se opõe ao tradicional significa aqui não apenas substituir métodos convencionais por outros. Trata-se de reformular a própria finalidade da educação, isto é, colocá-la a serviço das forças emergentes da sociedade.

Em suma, há diferentes concepções de Inovação, segundo as diferentes Concepções de Filosofia da Educação. Assim, de acordo com a Concepção Humanista Tradicional a Inovação será entendida de modo acidental, como modificações superficiais que jamais afetam a essência das finalidades e métodos preconizados em educação. Inovar é sinônimo de retocar superficialmente. De acordo com a Concepção Humanista Moderna, inovar será alterar essencialmente os métodos, as formas de educar. Já do ponto de vista analítico, inovar não será propriamente alterar nem acidental nem essencialmente. Inovar será utilizar outras formas. Portanto, novo é o outro. Quer dizer, inovação educacional traduz-se pelo uso de outros meios que se acrescentam aos meios convencionais, compõem-se com eles ou os substituem.

Deve-se notar que em todos esses casos, a Inovação é entendida em função do aparelho educacional como tal, sem referência ao contexto. As dificuldades da educação são sempre tributadas ao próprio processo educativo e,

em conseqüência, as soluções são preconizadas no interior desse processo sem que se questione as finalidades da educação, uma vez que essas são definidas extrinsecamente, isto é, ao nível da organização social que engendra a organização educacional. Já para a Concepção Dialética, inovar, em sentido próprio, será colocar a educação a serviço das novas finalidades, vale dizer, a serviço da mudança estrutural da sociedade. Nos casos anteriores também se levanta a questão do papel da educação no processo de mudança social; entretanto, a mudança social é entendida aí em sentido conjuntural e não estrutural, acidental e não essencial.

Podemos distinguir quatro níveis de Inovação em educação, tomando como ponto de partida o ensino tradicional, que podem ser assim descritas:

1 - São mantidas intactas a instituição e as finalidades do ensino. Quanto aos métodos, são mantidos no essencial, sofrendo, no entanto, retoques superficiais;

2 - São mantidas a instituição e as finalidades do ensino. Os métodos, contudo, são substancialmente alterados;

3 - São mantidas as finalidades do ensino. Para atingi-las, a par das instituições e métodos convencionais, retocados ou não, utilizam-se formas para-institucionais e/ou não institucionalizadas;

4 - A educação é alterada nas suas próprias finalidades. Buscam-se os meios considerados mais adequadas e eficazes para se atingir as novas finalidades.

Deve-se notar que as experiências inovadoras tenderão a se enquadrar, via de regra, nos segundo e terceiro níveis. O primeiro, enquanto limite inferior, não constitui ainda a Inovação propriamente dita. E o quarto nível, enquanto limite superior, supõe um salto qualitativo que ultrapassa o significado contido na palavra inovação. Com efeito, as experiências enquadradas, mais do que inovar o ensino, intentam colocar a educação a serviço da revolução social.

4 AS CONCEPÇÕES TRADICIONAIS DO DIREITO

As concepções tradicionais do Direito podem ser resumidamente agrupadas em correntes idealistas e empiristas. As idealistas englobam o Jusnaturalismo proposto pelo idealismo kantiano, o idealismo hegeliano e o idealismo jurídico contemporâneo (Stammler, Radbruch, Recaséns Siches, Del Vecchio), enquanto os empiristas seriam representados pela Escola da Exegese (Bugnet e Austin), Escola Histórica (Savigny e Puchta), a Escola Sociológica (Duguit, Pontes de Miranda), Dogmatismo Normativista (Positivismo Jurídico) de Kelsen e o Egologismo Existencial de Cossio (Machado Neto). Em razão dos limites e possibilidades do presente artigo, considerar-se-ão, apenas, o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico enquanto concepções tradicionais do Direito.

É imperativo, para a devida análise dialética, situar histórica e socialmente estas concepções acerca do Direito. Particularmente, faz-se necessário compreender estes modelos de ideologia jurídica como resultantes da modernidade e do modo de produção capitalista.

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um específico complexo de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação do interesse liberal-individualista e por uma estrutura estatal centralizada. Certamente que este entendimento não só compartilha da idéia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como, sobretudo, confirma a concepção de que o Direito é sempre produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes das necessidades humanas.

Nesse sentido, devemos contextualizar historicamente as ideologias jurídicas. Se o Jusnaturalismo racionalista foi expressão do mundo burguês ascendente, o historicismo a expressão da contra-revolução, o legalismo exegético e positivismo sociológico são as ideologias do mundo burguês dominante.

Portanto, a negação do Positivismo Jurídico e do Jusnaturalismo é fundamental para a construção de uma crítica ao Direito, que esteja em consonância com os anseios dos sujeitos sociais no momento histórico contemporâneo. Estas duas ideologias jurídicas representam, simbolicamente, o projeto de Ciência Jurídica da modernidade. O Jusnaturalismo serviu, basicamente, à implantação dos valores político-sociais da burguesia num período de transição do Feudalismo para o Capitalismo, enquanto o Positivismo propõe-se à conservação do *status quo*, ao defender a incontestável imperatividade da norma jurídica e da legalidade. Assim, uma visão crítica do Direito precisa romper com estas ideologias jurídicas, que, intrinsecamente, servem ao Projeto da Burguesia e ao Capitalismo.

5 CONCEPÇÕES INOVADORAS DO DIREITO

Nota-se que a Assessoria Jurídica Popular concebe o Direito como instrumento de libertação e de transformação social, sendo esta a orientação teórica central do instituto. Para compreender o Direito como emancipação é preciso repensá-lo criticamente, tornando-se necessária a construção de uma concepção crítica do Direito.

Tentaremos esboçar esta idéia de Educação Jurídica Inovadora, a partir da análise das contribuições dos pensadores críticos do Direito. Particularmente, a concepção de Direito formulada por Roberto Lyra Filho é a que mais se destaca, acompanhada pela construção científica crítica do Direito de Agostinho Ramalho Marques Neto, sob a égide do paradigma jus-filosófico do Pluralismo Jurídico defendido por Antônio Carlos Wolkmer. Objetiva-se uma reflexão com base nestas contribuições para a demarcação dos caracteres de um Direito crítico.

Antes disto, convém elucidar que o paradigma teórico que fundamenta esta compreensão assenta-se no marco jurídico-filosófico do pluralismo jurídico. Observa-se implicitamente este pluralismo no termo “totalidade de Direitos”, isto é, visualiza-se a existência de uma pluralidade de direitos ou ordens jurídicas na sociedade, embora somente a ordem jurídica estatal seja reconhecida.

Diante das inúmeras definições de natureza filosófica, política, sociológica e histórica para o pluralismo jurídico, percebemos que *o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção do Direito*. Antônio Carlos Wolkmer conceitua como pluralismo jurídico a “multiplicidade de práticas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.¹ Já Boaventura de Souza Santos entende que *existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica*.² Filiamo-nos à posição de Wolkmer, quando exige das ordens jurídicas existentes uma fundamentação nas necessidades humanas e numa valoração ética, o que impele ao reconhecimento da situação de pluralismo somente quando correlacionada com a emancipação social.

O Direito Crítico trabalhado na Assessoria Jurídica Popular somente torna-se possível se concebido dentro do paradigma do pluralismo jurídico, vez que sua compreensão do Direito não se restringe ao Direito Estatal (posto e vigente). Acrescente-se, ainda, que o pluralismo jurídico considera que as condições históricas (espaço-temporalidade) e os sujeitos sociais são capazes de produzir “novos” direitos em razão dos interesses ou necessidades. É o marco jus-filosófico do pluralismo jurídico que confere a fundamentação paradigmática necessária à concepção crítica do Direito.

Aqui, vamos transcrever a conceituação de Teoria Crítica formulada pelo Professor Carlos Wolkmer, à luz dos movimentos críticos às ciências sociais:

A Teoria Crítica expressa a idéia de razão vinculada ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação. Epistemologicamente, a Teoria Crítica surge como uma ‘teoria’ mais dinâmica e abrangente, superando os limites naturais das teorias tradicionais, pois não se atém a descrever o estabelecido ou contemplar equidistantemente os fenômenos reais. Seus pressupostos de racionalidade são ‘críticos’ na medida em que articula, dialeticamente, a ‘teoria’ com a ‘práxis’, o pensamento crítico revolucionário com a ação estratégica.³

Procedendo a demarcação da compreensão crítica de um Direito, à luz de Lyra Filho, Marques Neto e Wolkmer, intentamos identificar a concepção

crítica do Direito trabalhado na Assessoria Jurídica Popular. Tentamos, nesta demarcação, seguir o caminho desejado por Roberto Lyra Filho.⁴

Urge que se definam alternativas teóricas e práticas que despertem o direito do “sono dogmático” em que há séculos está mergulhado, e que possibilitem ao jurista assumir um compromisso mais efetivo, mais participante e sobretudo mais crítico perante o processo de desenvolvimento social.

O Direito Crítico pesquisado promove a ruptura com a inércia que acomete os juristas tradicionais, ora no Jusnaturalismo, ora no Positivismo. Esta concepção é aqui destrinchada por quatro vetores: finalidade, construção científica, aplicação e definição.

A finalidade deste Direito importa em afirmar que lhe compete estabelecer uma correspondência/correlação entre sua definição e as necessidades e interesses dos sujeitos sociais oprimidos. Dessa forma, o Direito Crítico faz-se histórico e ideológico, posto que assume com transparência seus destinatários, sendo ciente da sua inconclusão e da constante transformação da realidade.

Na sua tradução científica, o Direito Crítico constrói seu objeto a partir da relação entre seu sistema teórico e a realidade concreta, transformando o fato social em fato jurídico. Entretanto, seu objeto não se restringe ao fato. São acrescidos o valor e a norma, componentes desta proposta de Ciência do Direito. Em busca de uma leitura mais próxima da realidade, necessita da contribuição de outros saberes, e numa perspectiva interdisciplinar, precisa ser aliado a uma pluralidade metodológica.

O Direito Crítico prossegue para a análise de sua aplicação, pois não poderia se limitar a construções teóricas. É, justamente, na sua aplicação que esta noção de Direito revela-se instrumental, o que, hodiernamente, tem servido à dominação e ao jugo do poder das elites hegemônicas. Faz-se necessário recompô-lo para que sua instrumentalidade venha a servir a outros destinatários, transmutando o Direito para espaço de liberdade e Justiça. É o compromisso da aplicação do Direito com a Justiça dos oprimidos e a sujeição da legalidade à legitimidade social que confere ao Direito sua natureza crítica.

Pelas razões supracitadas, verifica-se no Direito uma constante tensão histórica entre regulação e emancipação. Por se identificar como conquista a positivação de alguns anseios sociais – como a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) – este mesmo fato político-histórico, por outra ótica, pode aparecer como regulação que objetiva conter as pretensões de organização e mudança social. Por ser o Direito totalidade de pretensões de grupos sociais, uns que impõe através da dominação o Direito-Regulação e outros que lutam pela libertação fundados em um Direito-Emancipação, podemos entender como Direito Crítico aquele que seja instrumento de libertação social, afastando-se, dessa maneira, da restrita visão marxista do Direito como apenas regulação.

Portanto, Direito Crítico significa a compreensão do Direito a favor dos sujeitos sociais em situação de opressão, considerados em uma determinada espaço-temporalidade e, por consequência, ciente da sua inconclusão e constante transformação, assumindo-se compromissário da concretização da Justiça Social, enquanto garantia de manifestação da liberdade e criatividade humana. O Direito Crítico é insurgente, contestador, achado na rua, alternativo e pluralista, integrado pela pretensão de emancipação social.

A socialização do saber jurídico foi o marco desta atividade. A Ciência Jurídica prima por uma retórica, por formulações e “abstrações” teóricas somente compreendidas pelos operadores jurídicos, implicitamente revelando uma proposta de dominação e opressão. Assim, a socialização do saber jurídico e sua desmistificação contribuem com os sujeitos sociais oprimidos para que não mais se sujeitem à dominação e dependência, como também possam identificar as violações aos seus direitos. O acesso à informação garante para as comunidades o reconhecimento dos direitos já positivados, indicando os mecanismos e instrumentos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para efetivação dos seus direitos.

É necessário ressaltar que a socialização do saber jurídico não tem o mero caráter de acesso à informação sobre os direitos consagrados nas Leis. Na verdade, a proposta da educação jurídica popular desenvolvida pela Assessoria Jurídica Popular visa, além do acesso à informação, a crítica à dogmática jurídica e a reflexão sobre relação entre direito e política, que reserva ao direito a função de conservação do *status quo* da sociedade e, por consequência, a repressão aos anseios dos segmentos sociais mais populares. Significa, pois, debater com os próprios sujeitos do direito as razões da inefetividade e do desrespeito das leis, o acesso à justiça e os limites do sistema jurídico.

6 CONCLUSÃO

A formação político-jurídica promovida pela Assessoria Jurídica Popular tenta possibilitar às lideranças e suas comunidades instrumentos e acúmulos de reflexão para a luta pela efetivação dos seus direitos, garantindo uma postura ativa e propositiva na relação com Poder Público, mediante o exercício de sua cidadania.

Percebe-se a construção de uma nova concepção de Direito nessas atuações. Delineia-se uma concepção, além do Direito positivo estatal, que ampare os anseios dos sujeitos sociais dessas comunidades, ao mesmo tempo em que se discuta a negação do direito estatal quando este exerce um papel eminentemente conservador e repressor. Isto é, com a desmistificação do Direito e da sua intrínseca relação com política, objetiva-se uma nova concepção do Direito que atenda aos interesses destes grupos sociais. O Direito discutido com estas comunidades será construído dialeticamente na prática cotidiana, ou seja, na realidade humana, e não mais nas abstrações e construções jurídicas, tampouco como resultante dos interesses das classes dominantes.

Pretende, ainda, uma formação acadêmica crítica do estudante de Direito, através do contato entre a dogmática jurídica e a realidade social (junção entre teoria e prática), essencialmente na constatação da inefetividade do direito positivo para as comunidades menos privilegiadas. A interação com as comunidades proporciona uma troca de saberes entre Sociedade (comunidade) e Universidade (estudantes), resultando na construção dialética de uma nova concepção de Direito representante dos anseios sociais, conferindo-lhe um caráter de emancipação e libertação.

Por último, esta prática garante aos estudantes uma formação acadêmica diferenciada, em face de se tratar de atividade de pesquisa como extensão no conceito de Pedro Demo, isto é, através do contato com as demandas sociais, são colhidos subsídios para a pesquisa (construção) de um novo saber jurídico, legitimado com os anseios desses sujeitos sociais.⁵ Desmistifica-se, ainda, a dogmática jurídica, propondo a compreensão crítica do Direito como resultante do processo histórico diante da interação com as comunidades, sua conscientização, organização e luta pela efetivação e proposição de novos direitos. Não obstante o ensino jurídico tradicional tecnicista consolidou-se uma formação acadêmica crítica e “humanista”, consoante com os ideais de emancipação e justiça social.

REFERÊNCIAS

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo L. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUC, 2002.

BRANDÃO, Carlos R. *O que é educação?* São Paulo: Brasiliense, 1995. (Coleção Primeiros Passos.)

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO, Lucas Borges de. Idéias para uma nova assistência jurídica de base estudantil: acesso à Justiça e crise do ensino jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, p. 221-234, out./dez. 2002.

CAMPILONGO, Celso F. Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DEMO, Pedro. Pesquisa: *Princípio científico e educativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

_____. *Metodologia científica das ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

ENGELS, Friedrich. *O papel do trabalho na transformação do macaco em homem*. 2. ed. São Paulo: Global, 1984.

FARIA, José Eduardo. Formalismo Jurídico. *Coleção Seminários – AJUP/FASE - Discutindo a Assessoria Popular*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 18-35, out./1991.

FREIRE, Paulo; NOGUEIRA, Adriano. *Teoria e prática em educação popular*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GARCIA, Walter E. (coord). *Inovação educacional no Brasil*. Coleção Educação Contemporânea. São Paulo: Cortez, 1998.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KONDER, Leandro. *O que é Dialética?* São Paulo: Ed. Brasiliense, 1988. (Coleção Primeiros Passos).

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos).

_____. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984.

_____. *Porque estudar direito hoje?* 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto e método*. São Paulo: Forense, 1990.

PRESSBURGER, Miguel. A construção do estado de direito e as assessorias jurídicas populares. *Coleção Seminários - AJUP/FASE - Discutindo a Assessoria Popular*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 29-44, jun./1991.

_____. Direitos Humanos e Assessorias Jurídicas. *Coleção Seminários - AJUP/FASE - Discutindo a Assessoria Popular*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 44-52, out./1991.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Editora Cortez, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1999.

_____. *Ideologia, estado e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1999, p. 32

² SANTOS, Boaventura de Souza. *Contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 57

³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 28

⁴ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982, p. 30.

⁵ DEMO, Pedro. *Pesquisa: Princípio científico e educativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002, p. 45.

POPULAR LEGAL AID AS A PRACTICE OF INNOVATIVE JURIDICAL EDUCATION AND AS A PROPOSAL OF A CRITICAL OUTLOOK UPON LAW

ABSTRACT

The author exams the system of “Popular Legal Aid” as a practice of innovative juridical education and as an instrument for proposing a critical outlook upon Law, able to cater for social demands, to stimulate the emancipation of people, especially the least favoured in society, and to be a guideline for social change. In this paper, the author clearly presents the essential ideas on Philosophy of Education and opposes the traditional and innovative notions about Law as a science.

KEYWORDS: Popular Legal Aid. Notions about Philosophy of Education. Education. Innovation. Traditional and Innovative Law. Emancipation.

L'ASSISTANCE JURIDIQUE POPULAIRE EN TANT QUE PRATIQUE D'ÉDUCATION JURIDIQUE INNOVATRICE ET CREATRICE D'UN DROIT CRITIQUE

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une analyse de l'Assistance juridique populaire en tant que pratique vers une éducation juridique innovatrice et comme instrument pour l'élaboration d'un droit-critique, capable d'attendre aux exigences sociales, de stimuler l'émancipation des individus, en

particulier aux plus démunis, et d'être un vecteur pour la transformation sociale. Ce sont énoncées les conceptions fondamentales concernant la Philosophie de l'éducation et ce sont opposées les conceptions traditionnelles avec les conceptions innovatrices du droit, celui-ci compris comme une science.

MOTS-CLÉS: Assistance Juridique Populaire. Conceptions de la Philosophie de l'éducation. Éducation. Innovation. Droit traditionnel et innovateur. Émancipation.

O PODER(OSO) JUDICIÁRIO: ASPECTOS INSTITUCIONAIS QUE AFASTAM O CIDADÃO DA JUSTIÇA ESTATAL

Vanna Coelho Cabral*

Introdução. 1 “Auto-suficiência”. 2 Burocracia elitista. 3 Dogmatismo. Conclusão.

RESUMO

Há vícios na distribuição da justiça que provocam desconfiança na sociedade brasileira, afastando o cidadão da justiça estatal. Muitos destes obstáculos estão diretamente sob o controle e responsabilidade do Judiciário, como a intangibilidade de seus membros, o elitismo, a falta de sensibilidade social, a visão dogmática do Direito, o dogmatismo.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

O movimento de acesso à justiça desencadeou, nas últimas décadas, não apenas uma profunda reforma normativa e institucional, mas, em uma perspectiva muito mais ampla, deu causa a uma transformação radical na concepção do universo jurídico. No Brasil, em dezembro de 2004, foi publicada a Emenda Constitucional n. 45, responsável por importantes mudanças no Poder Judiciário.

Depois de mais de um ano de vigência da Emenda n. 45, a distribuição de justiça continua precária. É certo que não há uma só causa para a problemática do acesso à justiça no Brasil. De fato, conspiram fatores das mais diversas ordens. A sociologia aponta a debilidade econômica e cultural. A dificuldade financeira impossibilita grande parcela da população de obter serviços de orientação jurídica e de defesa processual por profissional habilitado. “Os elevados custos com a justiça inibem não só as pessoas carentes, mas também aquelas de classe média”.¹ As pessoas à margem da riqueza estão, também, à margem da educação e não têm acesso a informações sobre seus direitos e sobre os mecanismos para protegê-los, ainda que lhes sejam oferecidos serviços jurídicos gratuitos. Há ainda circunstâncias de natureza processual como o alto número de recursos na legislação processual e as estratégias usadas pelas partes para

* Mestre em Direito Constitucional. Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus.

protelar a demanda. A supervalorização do formalismo processual conduz à lentidão do trâmite dos processos, reduzindo o uso das vias processuais por aqueles que dispõem de mais recursos para suportar tanto o pagamento das custas, como a demora em obter o resultado jurisdicional. Também o próprio direito substantivo é, muitas vezes, censurável ou insuficiente na proteção dos direitos fundamentais. Todavia, existem fatores, sob a imediata responsabilidade e controle do Poder Judiciário, que estão diretamente relacionados à má aplicação da lei, ao desgaste da função jurisdicional, afastando o cidadão da justiça estatal e que a Emenda Constitucional n. 45 não conseguiu abolir, como, por exemplo, o elitismo, a ausência de compromisso e sensibilidade social, a desídia, o dogmatismo.² Ainda assim, o Poder Judiciário é responsável por parte significativa dos conflitos sociais que buscam solução. Na verdade, críticas às cortes brasileiras sempre existiram, desde o período colonial, quando ainda não se constituía como Poder Judiciário; entretanto, hodiernamente, “tornou-se dominante a idéia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação”.³

O Judiciário como está só interessa “aos que se valem de sua ineficiência para não pagar, para não cumprir obrigação, para protelar, para ganhar tempo - mas não interessa ao país”.⁴ Desta forma, para atender ao fim social a que se presta, para estar hábil a concretizar o acesso à justiça, o Poder Judiciário deve superar estes entraves. Deve, então, como afirma Sálvio de Figueiredo Teixeira:⁵

[...] ser um efetivo participante dos destinos da sua gente, elemento de transformação social e cultural do seu povo, contribuindo para o seu aprimoramento e o aperfeiçoamento da ordem jurídica, selecionando e preparando melhor os juizes, modernizando-se, tornando-me [sic] mais ágil e confiável, formulando propostas de melhoria das leis, erradicando privilégios e valorizando sua independência, sem prejuízo de uma postura vigorosa em temas como liberdade e dignidade humana, redução das desigualdades sociais, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais justa e solidária.

1 “AUTO-SUFICIÊNCIA”

A Constituição Federal de 1988, no artigo 2º, consagrou o Poder Judiciário como poder independente dos demais. É indubitoso que detém uma característica peculiar, que o distingue dos dois outros poderes: o monopólio da função jurisdicional, o que exige, para o pleno exercício desta atividade, que seus membros devem gozar de cabal independência, afinal, como afirma Hamilton, a independência do juiz é necessária para o exercício de uma função tão difícil.⁶ José de Albuquerque Rocha complementa, ainda, que “a independência é o traço mais relevante do estatuto do juiz, o elemento essencial à função de

julgar, constituindo, mesmo, a pedra angular do chamado Estado de direito [sic]”.⁷ Sob o aspecto político-sociológico, é justamente esta independência que legitima a autoridade do Judiciário, ao interceder no conflito das partes para impor seus julgamentos.

É a independência, então, que permite a imparcialidade do juiz, mas, para tanto, é necessário, segundo Mauro Cappelletti,

Um grau ótimo de independência do juiz às pressões exercidas sobre ele: pressões *externas* do poder político (“independência” o significado central e tradicional do termo) e de outros centros de poder, públicos e privados, e pressões *internas* ao próprio ordenamento Judiciário e também por obra das próprias partes [grifos originais].⁸

Para se alcançar esta independência, a Constituição Federal conferiu ao Judiciário autonomia administrativa e financeira. O Judiciário recebe anualmente uma parcela das rendas públicas e pode elaborar o seu próprio orçamento, no qual fixa livremente as prioridades de despesas, a remuneração e os subsídios de seus membros, submetendo-o ao Poder Legislativo.⁹ Pode organizar seus órgãos diretivos, secretarias; elaborar seus regimentos internos; prover os cargos de juiz e demais postos necessários à administração da Justiça; propor a criação de novas varas judiciárias; conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros, enfim, tem plena competência para se autogerir.

Não se admite, porém, em nome da “negação de sujeição a qualquer poder”,¹⁰ um verdadeiro isolamento do Poder Judiciário e dos magistrados.¹¹ O Judiciário faz parte da organização estatal e, como qualquer outro Poder, não está isento do dever de prestar contas de suas funções públicas à comunidade nacional. “O privilégio da substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência dos seus juizes”.¹² Tão rejeitável quanto é o condicionamento do Poder Judiciário ao poder político do Executivo e do Legislativo é tê-lo como um corpo blindado. Assim declara Mauro Cappelletti:

Embora reconhecendo que esse sistema pode ser bem menos perigoso às liberdades fundamentais dos cidadãos do que o sistema de sujeição do Judiciário ao poder político, não estou seguro, porém, seja ele necessariamente menos danoso na sociedade moderna, que necessita de uma administração da justiça razoavelmente ordenada e eficiente.¹³

Apesar de os Regimentos Internos de Tribunais, do recém criado Conselho Nacional de Justiça e da Lei Orgânica da Magistratura preverem fiscalização e punição contra os atos abusivos ou omissos dos magistrados, o que se nota é

que, na realidade, salvo os casos em que a imprensa se encarrega de mobilizar a sociedade e os tribunais, os juízes atuam livremente, a seu bel prazer, o que faz com que o jurisdicionado não confie na atividade jurisdicional do Estado.¹⁴

O único controle sobre as atividades do Judiciário que se observa cotidianamente no Brasil é o feito pela crítica pública, “especialmente pelos meios de comunicação em massa, mas também pela literatura especializada e outros instrumentos de informação”.¹⁵ De todos os controles possíveis da atividade judicial, o da opinião pública está entre os mais eficazes. Todavia, por mais atuante que seja, ela não tem poderes para responsabilizar o membro do Judiciário. O máximo que pode fazer, neste sentido, é instigar a autoridade competente para tanto, o que já é muito.¹⁶

Para Mauro Cappelletti, “a arma talvez mais freqüentemente utilizada para combater essa degeneração consiste em incluir membros *laicos* [grifo original] nos órgãos investidos do poder disciplinar”¹⁷ e foi justamente isso o que fez a Emenda n. 45, de 8 de dezembro de 2004, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, sendo dotado das funções “de zelar pela autonomia do Poder Judiciário, de fiscalizar os atos administrativos e o cumprimento das normas disciplinares no âmbito da gestão judicial, e de planejar políticas públicas relacionadas ao acesso à Justiça e ao aprimoramento da prestação jurisdicional”.¹⁸ É composto por nove representantes da magistratura, dois do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Este novo sistema de controle adotado no Brasil ainda não é o que muitos ansiavam. José de Albuquerque Rocha sugere, a respeito, que os representantes da magistratura, no Conselho, devam ser escolhidos mediante eleição, em que cada membro do Poder Judiciário tenha direito de votar e ser votado e sejam distribuídos segundo “o princípio proporcional do peso numérico de cada classe de magistrados”.¹⁹ Ressalte-se “que, igualmente, quem tem o poder de controle não deve ser irresponsável no exercício de tal poder”.²⁰ De toda sorte, o fato de o Conselho Nacional de Justiça ter uma formação híbrida já permite uma ruptura com a tendência de isolamento.

2 BUROCRACIA ELITISTA

Não só o auto-isolamento do Poder Judiciário, mas também sua forma de funcionamento são responsáveis pelo descrédito da população brasileira, afastando-a dos serviços jurisdicionais do Estado.²¹ Aliás, são justamente os males da estrutura do Poder Judiciário, segundo Maria Tereza Sadek, o “aspecto mais visível do que se convencionou chamar de crise do Judiciário”.²²

A organização vigente do Judiciário brasileiro, de fato, está mais ajustada às necessidades da sociedade de outrora, predominantemente agrária e rural. Durante o século XX, todavia, o Brasil passou por transformações radicais e é, agora, tipicamente industrial, com algum nível de desenvolvimento tecnológico, urbana e com economia dinâmica, o que mudou a qualidade e a quantidade

dos litígios. A estrutura do Poder Judiciário, por outro lado, conservou a mesma organização, ressalvadas as reformas sofridas com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 45, que, apesar de representarem uma melhoria em relação à organização anterior, mantiveram intocável a máquina de primeiro grau, onde, de fato, a querela se inicia.

Há uma hierarquia entre os órgãos da justiça brasileira. Aos superiores cabe comandar seu segmento, autonomamente, regulamentando toda a atividade do juiz, desde seu recrutamento até sua punição, inclusive sua promoção na carreira, competindo-lhe, ainda, revisar as decisões jurisdicionais de seus órgãos inferiores.²³

Sendo assim, por um aspecto, considerando-se o Poder Judiciário como um todo, é ele independente administrativa e jurisdicionalmente dos outros Poderes. Por outro, seus órgãos internos dependem, tanto no plano administrativo, como jurisdicional, do órgão superior. Esta propriedade de camadas dotadas de poder, predominando umas sobre as outras, é o que faz com que a estrutura organizacional do Judiciário seja burocrática, posto que, conforme José de Albuquerque Rocha, “as burocracias se caracterizam pelo fato de o poder ser hierarquizado, significando que o exercício do poder está condicionado ao lugar que a pessoa ocupa na organização”.²⁴ A forma correta, no entanto, coerente com a concepção de Estado de Direito democrático seria a organização democrática, que, ao contrário, é marcada “pelo fato de o poder derivar da participação política dos interessados na formação dos órgãos de poder, de modo que quem governa o faz em nome de todos, ou da maioria”.²⁵

Ora seria, então, ingênuo mentalizar que esta forma de organização não influencia na atuação funcional do magistrado em posição hierárquica *inferior*. É fácil perceber o quanto ele sofre os efeitos desta burocracia, se bem que, ante o importante papel social e político que ele desenvolve no Estado de Direito moderno, quem, de fato, padece com isto é o jurisdicionado, que confia sua economia e os rumos de sua vida a seus serviços.²⁶

O magistrado é, por conseguinte, considerado um servidor público com atribuições especiais, daí a forma com que eles são selecionados e qualificados ser condicionante para o exercício de suas funções.²⁷ As falhas na composição da magistratura já se evidenciam desde o recrutamento. Não se pode admitir a seleção de magistrados exclusivamente através de concursos públicos de provas e títulos e exame de informações sobre a pessoa do candidato. “Convenhamos que tal sistema é acientífico, primário e de pouca eficiência, há muito superado em países mais desenvolvidos”.²⁸ Entretanto o “Relatório Especial” da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados defende este sistema, afirmando que “tem sido considerado o método de recrutamento mais eficaz e democrático”.²⁹ Democrático, talvez, mas eficaz, jamais, pois por ele não é possível desenvolver a formação deontológica ou mesmo verificar-se a vocação do candidato para a magistratura.

Os concursos para ingresso na magistratura devem ser transparentes. Ante a responsabilidade social e política assumida pelo magistrado, fraudes, nepotismo

e afilladismos não podem ser tolerados.³⁰ João Batista Herkenhoff afirma que esse vício ainda existe no Brasil, mas que, “no meio dos episódios escandalosos de familismo, alguns com repercussão na imprensa, existem tribunais que têm pautado a escolha dos novos magistrados por padrões de rigorosa honestidade”.³¹

Outro ponto negativo na seleção do corpo de juizes é o não aproveitamento do período probatório, em que o candidato ainda não assume a função a título permanente, para, de fato, ser acompanhado no início de sua carreira, observando-se sua vocação, sua postura ética, sua eficiência etc. Estes requisitos de personalidade não podem ser apurados em provas escritas ou em meras entrevistas, mas apenas através de observação. O período probatório deveria ser, efetivamente, então, um “tempo de aprimoramento cultural e a oportunidade de novo filtro de seleção”.³² No entanto os novos magistrados são entregues à própria sorte em comarcas distantes, geograficamente ou não, das escolas judiciais, da Corregedoria e do Conselho Nacional de Justiça. Se, durante esta fase, estivessem sob constante fiscalização e orientação, isto “prestaria até mesmo para evitar o fenômeno conhecido por ‘juizite’, ou seja, a tendência de grande número de novos juizes à prepotência, à arrogância, ao complexo de autoridade”.³³ A Emenda Constitucional n. 45 prevê, entretanto, que, “durante o processo de vitaliciamento, o juiz terá que participar de curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”.³⁴

Em última análise, o desenvolvimento deste tipo de formação supriria um possível despreparo técnico dos bacharéis, ante a precariedade dos cursos de Direito. “O ensino jurídico, como aí está, não é insuficiente apenas para formar futuros candidatos à magistratura, mas para formar operadores de direito em geral”.³⁵ São necessários, na instrução do bacharelado, atividades voltadas para a aplicação ética, estímulos à pesquisa, mestres dedicados e assíduos, dentre outros tantos aspectos.

Tão importante quanto a eficaz forma de recrutamento é o aperfeiçoamento do magistrado. Afinal, ainda que houvesse uma formação acadêmica perfeita, um excelente sistema de recrutamento, isso tudo pouco valeria se o magistrado se perdesse no tempo, se não tivesse seus conhecimentos atualizados constantemente.

Como se, até aqui, já não bastassem os defeitos que infectam a carreira da magistratura, a forma de promoção por merecimento dá abertura para um mal ainda maior: a sujeição ideológica e a adulação.³⁶ João Batista Herkenhoff reconhece que este modelo, não raro, representa “um sistema de escolhas meramente políticas, de simpatias aleatórias, de compadrios censuráveis. De um lado, estimula a bajulação e o servilismo, de outro, pune a salutar rebeldia intelectual, o espírito crítico, a busca de novos caminhos para o direito”.³⁷ Ante esta duvidosa subjetividade do exame de merecimento, a Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário exige a verificação do merecimento através de critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento a cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento e ainda

que não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal.³⁸

É, então, neste momento, que o magistrado sente o peso de toda a burocracia judiciária brasileira. “A posição do juiz na categoria de servidor público coloca-o debaixo da sujeição administrativa dos tribunais de quem pode esperar ou uma rápida ascensão na carreira, se lhe é dócil à orientação, ou a marginalização, se lhe é hostil”.³⁹ Esta hierarquização arruína a independência do juiz e “revela, portanto, um contraponto: decisões individuais também são passíveis de influenciar instâncias judiciárias superiores.”⁴⁰ Todavia, interessado na promoção, para atrair cartaz junto aos dirigentes do tribunal, aceita, sem questionar, e reproduz em suas decisões as interpretações da lei dominantes naquela cúpula.

Ainda, ele é tentado a investir seu tempo no “fenômeno patológico do ‘carreirismo’”,⁴¹ deixando de lado tanto os deveres do cargo, como o aperfeiçoamento técnico, “gerando, assim, o afrouxamento das obrigações do cargo e a incompetência técnico-profissional”.⁴² Tudo isto é responsável pela imagem negativa da magistratura junto à população e “os juízes são como os membros de uma ordem religiosa: é preciso que cada um deles seja um exemplo de virtude, se não quiser que os crentes percam a fé”.⁴³

Outro mal desta hierarquização, talvez até um mal inevitável, tendo-se em vista a essencialidade do duplo grau de jurisdição na busca pela prestação jurisdicional justa, é que o juiz, contando com uma possível revisão em nível de apreciação de recurso, torna-se menos diligente ao deliberar, consciente de que seus erros e omissões serão corrigidos. O jurisdicionado, por seu turno, dá menos valor às decisões de graus inferiores, aumentando o desprestígio da justiça, especialmente a de primeiro grau.

3 DOGMATISMO

A par de todas estas especificidades relativas à organização interna do Poder Judiciário e à formação dos magistrados, por ser uma instituição muito mais coesa, aristocrática, “seus membros tendem a manifestar comportamentos menos sensíveis à pressão pública e, conseqüentemente, são mais fechados ao debate”.⁴⁴ Há de ponderar-se, ainda, conforme assegura Maria Tereza Sadek, que “o figurino da instituição tem se mostrado um ponto problemático, uma vez que, longe de encorajar o substantivo, prende-se à forma; em vez de premiar o compromisso com o real, incentiva o saber abstrato”.⁴⁵ Assim, um juiz indolente, elitista, mais preocupado em aplicar a lei do que em distribuir justiça distancia o Poder Judiciário da sociedade.

O juiz, para “libertar-se do pesadelo de sua consciência”, não pode “esconder-se atrás do biombo da inexorabilidade das leis e repetir, dando de ombros, *dura lex sed lex*”.⁴⁶ Isto não combina com a função social do Poder Judiciário. As mudanças sociais, culturais, políticas e jurídicas ocorridas na modernidade não lhe permitem que permaneça “boca da lei”. A própria teoria de separação

de poderes de Montesquieu sofreu uma evolução que determinou “alterações na concepção do princípio, sobretudo quanto à maneira de entender o equilíbrio entre os poderes”.⁴⁷ Sendo assim, fatores já ultrapassados justificavam a submissão do juiz à lei.

A posição de hegemonia exercida pelo Poder Legislativo, dominado pela burguesia, pós Revolução Francesa, já que o sufrágio era censitário e somente ela era a classe com direito a voto, impôs o princípio da legalidade, a supremacia da lei.⁴⁸ O Parlamento, com a função de legislar, tornou-se, por conseguinte, “o Poder supremo do Estado liberal clássico”,⁴⁹ ao qual eram subordinados politicamente tanto o Executivo como o Judiciário. A atividade judiciária não passava de “incidente na aplicação das normas legais”.⁵⁰

Não é por acaso, portanto, que se desenvolve no início do século XIX a ideologia hierárquica de uma ordem jurídica na qual o legislador assume uma posição ‘mitológica-bonapartista’, no ‘topo’ da práxis jurídica. Embora não deixe de conter potencialidades democráticas, tal expressão tende a obscurecer, sob o manto da estabilização social do direito civil, o reconhecimento de uma produção jurídica variada, incidente em todos os níveis da sociedade.⁵¹

O dogmatismo exegético ajustava-se à necessidade de segurança jurídica da burguesia recém chegada ao poder. Era oportuno que não se questionasse o conteúdo das regras ditadas pela burguesia através do Poder Legislativo. Todavia tão correto quanto a necessidade de segurança jurídica, no sentido de que as pessoas precisam confiar que as decisões sobre seus direitos terão ligação com os efeitos jurídicos previstos ou prescritos no ordenamento jurídico, é que a lei oferece várias possibilidades de interpretação. Por conseguinte, o juiz, em seu trabalho de aplicação da norma, não se utiliza só de sua inteligência, mas também de sua vontade.⁵² Contra este mito de que as normas detêm uma autonomia significativa, como se fosse possível descobrir um sentido preexistente, a vontade do legislador, a Nova Hermenêutica aprofunda que o trabalho de descoberta do sentido da lei é *atribuir* um significado e não mais *buscar* um sentido que já exista. “Afastadas as ilusões positivistas, constata-se a limitação da capacidade de determinar previamente o conteúdo normativo de fins e valores. Toda regra jurídica apresenta um fator de variabilidade, que ‘sempre abriga um coeficiente de insegurança’”.⁵³

Toda interpretação é, destarte, criativa. Implica inevitavelmente em certa discricionariedade na atividade jurisdicional. Assim já era, ao tempo do Estado Liberal – muito embora a ideologia vigente não aceitasse, e, hoje, muito mais. O fato é que o direito, até então, limitava-se a garantir a auto-regulamentação social, o desenvolvimento espontâneo. A proteção destes direitos tradicionais demandava tão somente que o Estado permanecesse inerte, não os violando. Já com a superveniência do chamado “*Welfare State*”, por sua vez, deu-se hi-

peratividade legislativa. Estes novos direitos alteraram o papel do juiz quanto ao seu grau de atuação, afinal, “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias”.⁵⁴ Ainda assim, a nova ordem jurídica, ao contrário, exigia a ação do Estado como um todo – isto é, de todos os seus Poderes – para sua concretização.

É então será difícil para eles [os juízes] não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos, tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juizes fazer respeitar [sic].⁵⁵

Por tudo isto, o magistrado de hoje deve ter conhecimento sobre a cultura, a história, as necessidades de seus jurisdicionados e, ainda mais, ter uma visão crítica a ponto de considerar a lei apenas como um referencial na busca da realização dos anseios sociais, dos valores morais e éticos que regem a vida humana, pois não podem contar sempre com uma legislação ideal, justa, adequada à realidade social da grande massa da população.⁵⁶

A concretização do acesso à justiça depende de um juiz comprometido com os dramas da vida social, mesmo que a lei os tenha esquecido. A sociedade moderna precisa de magistrados participativos, cuidadosos, próximos daqueles a quem presta seus serviços.⁵⁷ “Apesar de ter, no passado, se limitado a sancionar os desvios de conduta, o juiz, hoje, exerce um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis”.⁵⁸ O juiz de hoje deve concentrar seus esforços para criar uma nova ordem, ou “mesmo fundamentar a possibilidade do emprego do atual sistema sob uma nova ótica, que atinjam os anseios essenciais da sociedade, destinatária principal de toda a construção jurídica”.⁵⁹

O positivismo jurídico resistiu às condições histórico-materiais que lhe deram origem e manteve-se eternizado nas grades curriculares dos cursos de Direito e, notadamente, nas mentes dos antigos magistrados e doutrinadores.⁶⁰ Como explana Piero Calamandrei, “são necessários muitos anos para perceberem que aquele sistema foi derrubado e que a ilegalidade de então tornou-se a legalidade de hoje”.⁶¹ Eis o porquê de os tribunais serem, em regra, mais tradicionais, avessos aos novos fenômenos. “É como se, de repente, as pessoas habituadas a andar de pés no chão se vissem obrigadas a caminhar de cabeça para baixo”.⁶²

Esta não é, porém, a única explicação para a manutenção da ideologia conservadora, pois, do contrário, o tempo mais facilmente se encarregaria de convencê-los de que a sociedade precisa de juízes que conheçam não só a lei, mas, igualmente, suas necessidades. Na verdade, é a estratégia política que há

por detrás do tradicionalismo que preocupa. É fácil entender que é a doutrina tradicional a mais eficaz para manter o *status quo*, os interesses dominantes do seletivo grupo que detém o poder. Se, por um lado, isto afasta o Judiciário da população, por outro, aproxima-o, cada vez mais, especialmente os tribunais, “do círculo do poder político e econômico, o que explicaria suas tendências conservadoras quando estão em jogo valores fundamentais do sistema”.⁶³

A visão legalista do fenômeno jurídico termina por isolar o juiz da realidade social em que vive, o que fomenta um espírito elitista. Os juízes, “amesquinados pelo imaginário de um lugar olímpico, insistem em desprezar o cotidiano do direito”.⁶⁴ Tanto o é que pesquisas divulgam o quanto os membros do Judiciário são corporativistas.⁶⁵ Para eles, os principais obstáculos à eficaz prestação jurisdicional pelo Judiciário são fatores externos à magistratura, fora de seu controle ou responsabilidade. A falta de recursos materiais, por exemplo, que diz respeito à parcela do orçamento público endereçada ao Poder Judiciário, foi apontada, como o principal problema.⁶⁶ Em segundo lugar, estava o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais, cuja alteração é da competência do Poder Legislativo. Até o despreparo dos advogados foi anunciado como obstáculo, bem mais grave do que a insuficiência na formação profissional do juiz, questão diretamente relacionada ao Judiciário.⁶⁷

Outro efeito desse elitismo é uma forte inclinação para minimizar a relevância dos meios extrajudiciais de solução de conflitos. Quando questionados sobre idéias para efetividade do acesso à justiça, os juízes sugeriram informatização dos serviços Judiciários, redução de formalidades processuais, implantação de mais Juizados Especiais, deixando os empreendimentos extrajudiciais, tais como o recurso mais freqüente à conciliação, o reforço da figura do árbitro escolhido pelas partes e a implementação da Justiça de Paz, quase esquecidos.⁶⁸

Maria Tereza Sadek denuncia que é fruto deste elitismo – além, é claro, da má formação dos bacharéis em Direito – a existência de cargos vagos na magistratura. Segundo a autora, há “uma política deliberada para impedir o crescimento exagerado no número de integrantes da instituição e seus efeitos deletérios sobre o prestígio e as deferências típicos de um grupo pequeno e mais homogêneo”.⁶⁹ Ainda, para que os jovens magistrados fiquem mais propícios à reverência à cúpula dominante, o vigente sistema de recrutamento dispensa a passagem obrigatória por escolas de formação, privando-os de usufruírem de “um processo formal de socialização *interna corporis*”.⁷⁰

Deve-se lembrar, destarte, que o magistrado está a serviço da sociedade e não da instituição da qual faz parte. Tem responsabilidades para com a comunidade. Deve manter-se independente, ainda que nisto implique ser contrário ao próprio Poder Judiciário.

Por tudo isto, há muito o que pensar ainda sobre as inter-relações entre o Poder Judiciário e a sociedade, particularmente quando a função de agente responsável pelo sentido concreto do Direito constitui um dos pilares de toda democracia.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário tende a funcionar, em razão de suas características institucionais e históricas, em uma órbita própria, “inatingível”, o que permite que alguns juízes distanciem-se da realidade social. É certo que, para o pleno exercício da função jurisdicional, peculiar ao Poder Judiciário, seus membros devem gozar de cabal independência. Para tanto, a Constituição Federal conferiu-lhe autonomia administrativa e financeira. Todavia, autonomia e independência não se confundem com isolamento. Sem embargo dos Regimentos Internos, da Lei Orgânica da Magistratura e da Constituição Federal preverem fiscalização e punição contra os atos dos magistrados, o que se verifica é que, exceto quando a mídia agita a sociedade, os juízes atuam livremente sob o manto protetor da toga. A concentração, no âmbito *interna corporis*, das sanções disciplinares robustece o corpo blindado da magistratura, embora exista o Conselho Nacional de Justiça de composição híbrida.

Ao tempo em que o Judiciário é independente dos demais Poderes, seus órgãos internos dependem, tanto no plano administrativo como jurisdicional, do órgão superior. Há uma hierarquia administrativa e política entre os órgãos da justiça brasileira: os tribunais superiores “comandam” a atividade do juiz inferior. Desta forma, é comum cultura de conformação de certos juízes que, interessados em promoção na carreira, para atrair simpatia junto aos dirigentes do tribunal ao qual estão subordinados, reproduzem, em suas decisões, as interpretações dominantes da lei naquela cúpula, ainda que pessoalmente discordem delas. A forma de promoção por merecimento, além desta sujeição ideológica, conduz, por vezes, à adulação e ao “carreirismo”.

O jurisdicionado precisa de um magistrado envolvido com a realidade da vida social. Não lhe basta, portanto, sabedoria jurídica. Deve perceber que nem sempre a lei é ideal, justa ou adequada à grande massa da população. O conservadorismo garante a intacilidade dos interesses dominantes da elite que detém o poder, a manutenção do *status quo*.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *A jurisdição no estado de direito democrático*. Manuscrito original do autor, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELLAR, Lúcia; CINTRA, Antonio Octávio (org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2004.

BANDEIRA, Maria Regina Groba. Relatório Especial: reforma do Judiciário: aspectos relevantes em discussão no congresso. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/RelatoriosEspeciais/312231.pdf>> Acesso em: 26 dez. 2004.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas. *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais*. Brasília: CJF, 2003. (Série Pesquisas do CEJ 12.)

_____. Ministério da Justiça. *Diagnóstico Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 26.dez.2004a.

_____. Ministério da Justiça. *Estudo diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 26.dez. 2004b.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. *Prêmio Innovare: o Judiciário do século XXI*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em 26.dez.2004c.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. *Reforma do Judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em 26 dez 2004d.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj>>. Acesso em: 20.abr.2004.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direitos fundamentais e Poder Judiciário. In: *Debates: a constituição democrática brasileira e o poder judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, [S.d].

_____. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (cuatro estudios de derecho comparado). México: Editorial Porrúa, 1993.

_____. *Juizes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Neoliberalismo e direito: repercussões no ensino jurídico. *Juris Sintese Millenium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. Acesso à justiça: contribuição à reflexão sobre a reforma do Judiciário. In: PINHEIRO, José Ernanne et al. (org.). *Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996.

DELGADO, José Augusto. O culto da deontologia pelo juiz. *Juris Sintese Millennium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: _____. (coord.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James TOCQUEVILLE; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Coleção Os Pensadores.)

HESPANHA, António Manuel Botelho (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HERKENHOFF, João Baptista. A formação dos operadores jurídicos no Brasil. In: PINHEIRO, José Ernanne et al. (org.). *Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção História Constitucional brasileira - Ed. fac-similar.)

LOPES, Carlos. Acesso à justiça: desafios para a consolidação da democracia no Brasil. In: BRASIL. Ministério da Justiça. *Estudo diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 26.dez.2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

MADALENA, Pedro; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. O Judiciário dispendo dos avanços da informática. *Juris Sintese Millennium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

MARCATO, Antonio Carlos. A imparcialidade do juiz e a validade do processo. *Juris Sintese Millennium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

NALINI, Jose Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Juris Sintese Millennium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULA, Alexandre Sturion de. O ensino jurídico e o seu comportamento com o dogmatismo jurídico. *Revista Jurídica Virtual*. v. 6, n. 63, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03//revista/Rev_63/Artigos/Art_Alexandre.htm#1#>. Acesso em: 26.dez.2004.

PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. In: PEREIRA, Luis Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; LOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 1999.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. *Fim de século e justiça*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. *Juris Sintese Millenium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, Estado e legitimação. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP: Dossiê Judiciário*, n. 21, mar. maio, 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/fsadektexto.html>>. Acesso em: 7.jul.2003.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0103-40142004000200005&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22.out.2004.

_____. O Poder Judiciário na reforma do Estado. In: PEREIRA, Luis Carlos Bresser et al. (org.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 1999.

SILVEIRA, José Néri da. Dimensões da independência do Poder Judiciário. *Juris Sintese Millenium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

SOLA, Lourdes. Reformas do Estado para qual democracia? O lugar da política. In: PEREIRA, Luis Carlos Bresser (org.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 1999.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo *et al.*. A imprensa e o Judiciário. *Juris Sintese Millenium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

_____. *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. *Juris Sintese Millenium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O judiciário e a constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FA-PERJ, 2002.

¹ LOPES, Carlos. Acesso à justiça: desafios para a consolidação da democracia no Brasil. BRASIL. Ministério da Justiça. *Estudo diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 26.dez.2004, p. 9.

² Pesquisa do IDESP - Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, em 1996, mostra que, em média, 70% da população não confiam na justiça. Este índice é igualmente válido para as diversas regiões do país, para os diferentes graus de escolaridade e de renda. Entre empresários dos setores mais altos da sociedade, por exemplo, 89% deles avaliaram o Judiciário como “ruim” ou “péssimo” quanto à agilidade. Cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0103-40142004000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22.out.2004, p. 84.

³ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*: Dossiê Judiciário, n. 21, mar./mai., 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/fsadektexto.html>>. Acesso em: 7.jul.2003.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Diagnóstico Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 26.dez.2004a.

⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo *et al.* *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 119.

⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James TOCQUEVILLE; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 164.

⁷ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, p. 28.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 33. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque afirma que “a autonomia das decisões judiciais não deve, no entanto, ser entendida no sentido de um desenvolvimento independente ou autarquia”. ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *A jurisdição no Estado de Direito democrático*. Manuscrito original do autor, 2003, p. 97.

⁹ Cumpre destacar que, segundo revela o “Diagnóstico do Poder Judiciário”, os salários dos juízes brasileiros, na esfera federal, quando comparados com os de outros países, em 2000, situaram-se no topo do *ranking*, conforme dados do Banco Mundial, considerando a paridade do poder de compra. Os Ministros brasileiros de Tribunais Superiores tiveram salários mais elevados que os de todos os países, à exceção dos Estados Unidos, Equador, Argentina, Canadá, Colômbia e Nicarágua *apud* BRASIL. Ministério da Justiça, op. cit., 2004a, p. 69.

¹⁰ ROCHA, op. cit., p. 28.

¹¹ Por razões diferentes das brasileiras, este fenômeno de *isolamento* existiu na Itália, como uma reação, na verdade, uma “*overreaction*”, contra a situação de dependência que se instaurou durante o regime autoritário. Cf. CAPPELETTI, op. cit., p. 89.

¹² Trocker *apud* CAPPELETTI, op. cit., p. 33

¹³ *Ibid.*, p. 89.

¹⁴ Cumpre destacar que, no estado de Pernambuco, em Aldeia-Camaragibe, foi criada a *Ouvidoria Judiciária*, iniciativa, aliás, que, dada a sua eficiência, recebeu menção honrosa na cerimônia de premiação do I Prêmio Inovare: o Judiciário do século XXI, realizada em dezembro de 2004. A Ouvidoria tem competência para diligenciar, perante os diversos órgãos do Poder Judiciário, as reivindicações, críticas, informações e sugestões dos cidadãos, identificando as causas e buscando soluções que atendam às expectativas sociais, aproximando, assim, o jurisdicionado do Poder Judiciário. Seguindo a mesma linha, no Rio de Janeiro, foi criado pelo Tribunal de Justiça o *Núcleo de Acompanhamento de Qualidade dos Serviços Judiciais*, igualmente premiado. Depois desta iniciativa, 99% dos processos em andamento no estado estão informatizados, o que torna possível extrair do sistema os dados numéricos necessários para o acompanhamento do desempenho da justiça, tanto nos dois graus de jurisdição como nos Juizados Especiais (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. *Prêmio Inovare: o Judiciário do século XXI*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em 26.dez.2004c.)

¹⁵ CAPPELETTI, op. cit., p. 47.

¹⁶ Na verdade, a partir dos dispositivos da Constituição Federal, em nível interno do Poder Judiciário, existem controles correicional e disciplinar exercidos pelos tribunais. Todavia esta concentração *interna corporis* das sanções disciplinares só reforça o isolamento da magistratura.

¹⁷ CAPPELETTI, op. cit., p. 75.

¹⁸ BRASIL, op. cit., 2004a, p. 18. No projeto havia ainda a possibilidade de decretação da perda do cargo, para os casos, dentre outros, de negligência e desídia reiteradas no cumprimento dos deveres do cargo, arbitrariedade ou abuso de poder, procedimento incompatível com o decoro de suas funções, mas esta proposta foi afastada pela Comissão de Cidadania e Justiça. No Brasil, já houve antes o Conselho Nacional da Magistratura, criado em 1977, pela Emenda Constitucional n. 7, mas sem ter produzido resultados práticos. Com relação ao Conselho Nacional de Justiça, a composição termina por ser majoritária de juízes (nove membros), o que levanta questionamentos acerca da isenção política do órgão. Países como Itália, Espanha, Portugal, França, Grécia e Alemanha já eram dotadas de órgãos deste gênero. Cf. ROCHA, op. cit., p. 52.

¹⁹ ROCHA, op. cit., p. 53.

²⁰ CAPPELETTI, op. cit., p. 91.

²¹ É preciso notar que “os tribunais apenas resolvem uma ínfima parte de todos os conflitos cuja resolução lhes é pedida. É preciso dar-se conta, também, que esses próprios conflitos apenas constituem uma ínfima parte de todos os conflitos de interesses cuja resolução se possa conceber pedir ao tribunal e uma parte ainda menor do conjunto dos litígios que se produzem na sociedade”. Cf. HESPANHA, António Manuel Botelho (org.). *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 67.

No Brasil, conforme dados do IBGE, de 1988, apenas 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de conflito procuram solução através do Poder Judiciário. Conforme o “Diagnóstico do Poder Judiciário”, realizado pelo Ministério da Justiça, algo em torno de 80% dos processos e recursos que tramitam nos tribunais superiores tratam de interesses do Estado (Cf. SADEK, op. cit., p. 86; BRASIL, op. cit., 2004, p. 7).

²² SADEK; ARANTES, op. cit.

²³ O Poder Judiciário aparelha-se tal qual o modelo napoleônico, “concebido para fazer face à conjuntura de crise política vivida pela facção dominante da burguesia, no início do século XIX”, daí o porquê de sua forma hierarquizada, com uma cúpula de confiança do Poder Executivo. Também a instrução militar de Napoleão inspirou a articulação dos magistrados em escalões de poder. (Cf. ROCHA, op. cit., p. 38.)

²⁴ ROCHA, op. cit., p. 40.

²⁵ *Ibid.*, p. 40.

²⁶ São apropriadas, destarte, as palavras de Calamandrei: “a missão do juiz é tão elevada em nossa estima, a confiança nele é tão necessária, que as franquezas humanas, que não se notam ou se perdoam em qualquer outra ordem de funcionários públicos, parecem inconcebíveis num magistrado”. (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 236.)

²⁷No Brasil, o sistema de recrutamento do magistrado é muito rudimentar. Reduz-se praticamente a concurso público de provas e títulos. Os concursos de seleção são realizados por comissões integradas por magistrados e um advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil. O candidato passa por provas escritas e subjetivas, de múltipla escolha, provas orais, entrevista e avaliação psicológica. Quando admitido, o candidato assume a função de juiz substituto, não vitalício, submetendo-se a uma fase probatória de dois anos. Enquanto que, em alguns países estrangeiros, realiza-se recrutamento rigoroso, em que se exige postura retilínea e bastante experiência não só jurídica, mas de vida, aqui, diversamente, prioriza-se o conhecimento técnico sobre lei e jurisprudência, em detrimento de aspectos éticos e vocacionais. Na Alemanha, o processo de recrutamento do magistrado é referência mundial. O indivíduo deverá cursar universidade, com duração de curso mínima de sete semestres. Será ele, então, submetido a exame teórico. Se aprovado, ingressará em um curso prático, já remunerado, com duração mínima de dois anos, em que, sob orientação, experimentará a vida forense, familiarizando-se, ainda, com os órgãos da administração em geral. Em seguida, passa por nova prova, ainda mais rigorosa e prática. A partir daí, se aprovado, estará apto para ser admitido como juiz, promotor, tabelião ou advogado. Se seguir a carreira da magistratura, assumirá a função de juiz auxiliar, trabalhando, no primeiro ano, sempre em órgão colegiado. Neste estágio, permanecerá durante três a cinco anos, após o que será nomeado vitalício e inamovível. A promoção na carreira é feita somente por critérios de merecimento.

Também, na Itália, o ingresso é feito através de concurso público de provas e títulos, que envolve três provas escritas e duas orais, destacando-se o exame de defesa de tese. Se aprovado, o pretendente é nomeado *uditore giudiziario* através de decreto do *Ministro di Grazia e Giustizia*. Em seguida, ele passa por um curso, de dois anos de duração aproximadamente, e é submetido a novo exame prático. Com mais esta aprovação, ele é admitido para o cargo de *aggiunto giudiziario*, por decreto do Presidente da República, função em que permanece por três anos. Só depois de transcorrido este tempo, ele assume o cargo de *giudice*, na qualidade de pretor.

Na França, os selecionados submetem-se a treinamento teórico e prático, por dois anos e meio. Depois, “para ver como é diferente o trabalho fora do tribunal”, atuam durante dois meses como advogados. Passados trinta e um meses de treinamento, há um “exame de safada”, a fim de se classificar qual função, cível, penal etc, o aspirante irá desempenhar. *Ibid.*, p. 37.

²⁸*Ibid.*, p. 49.

²⁹BANDEIRA, Maria Regina Groba. Relatório Especial: Reforma do Judiciário – Aspectos relevantes em discussão no congresso. BRASIL. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/RelatoriosEspeciais/312231.pdf>>. Acesso em: 26.dez. 2004, p. 3.

³⁰Neste sentido, destaca-se o exemplo da Itália, onde o Poder Judiciário já condenou Presidentes e Ministro da Justiça por envolvimento na máfia. Durante as fases do concurso, para garantir independência deste Poder, garante-se total anonimato ao aspirante a magistrado.

³¹HERKENHOFF, João Baptista. A formação dos operadores jurídicos no Brasil. In: PINHEIRO, José Ernanne et al. (org.). *Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do Judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 185.

³²*Ibid.*, p. 185.

³³TEIXEIRA, op. cit., p. 49.

³⁴BANDEIRA, Maria Regina Groba. Relatório Especial: reforma do Judiciário – Aspectos relevantes em discussão no congresso. BRASIL. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/RelatoriosEspeciais/312231.pdf>>. Acesso em: 26.dez. 2004, p. 4. A formação inicial do magistrado é essencial. Os cursos de preparação oferecidos pelas escolas estaduais de magistratura aos bacharéis interessados em prestar concursos para a magistratura, para Sálvio de Figueiredo Teixeira, não podem ser qualificados como formação inicial, pois, por um lado, são negligentes quanto à formação técnica e ignoram a questão cultural e ética do candidato, por outro, não constituem etapa obrigatória de ingresso na carreira. (cf. TEIXEIRA, op. cit., p. 46). Destacam-se as exceções do Rio Grande do Sul, onde a escola da magistratura exige do candidato estágio obrigatório em suas atividades, como fase do concurso, e de Minas Gerais, onde os candidatos aprovados, já remunerados, passam por um estágio de seis meses na *Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes*, onde há um cuidado não só com seus conhecimentos jurídicos, mas com sua vocação profissional e seus valores éticos e morais.

³⁵Cf. HERKENHOFF, op. cit., p. 182. A qualidade dos cursos de Direito tem sido questionada diante da explosão de Faculdades no Brasil, desde 1970, mais voltadas à questão empresarial do que com a produção de bacharéis preparados para operar o Direito. Tanto o é que, não raro, não se aprovam candidatos suficientes para se preencherem todas as vagas oferecidas pelos concursos de ingresso na magistratura.

³⁶ Assim como o Brasil, os Estados Unidos da América e a Alemanha seguem o sistema de promoção por merecimento. O Brasil adota, ainda, a promoção por antiguidade, que obedece ao critério objetivo de tempo de serviço, mas admite a desclassificação do juiz por razões de interesse público, verificadas subjetivamente.

³⁷ *Ibid.*, p. 186-187.

³⁸ Na discussão do projeto de Emenda Constitucional, ventilou-se ainda que a decisão denegatória da promoção implicaria obrigatória instrução de processo administrativo-disciplinar contra o juiz recusado. (Cf. BANDEIRA, op. cit. 2004, p. 4).

³⁹ ROCHA, op. cit., p. 46.

⁴⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 42.

⁴¹ ROCHA, op. cit., p. 46.

⁴² ROCHA, loc. cit.

⁴³ CALAMANDREI, op. cit., p. 264.

⁴⁴ SADEK; ARANTES, loc. cit.

⁴⁵ SADEK, op. cit., p. 89.

⁴⁶ CALAMANDREI, op. cit., p. 260.

⁴⁷ ROCHA, op. cit., p. 61. Paulo Bonavides, com uma visão mais extremada, assegura que a separação de poderes é "técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais". (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 49.)

⁴⁸ O sufrágio restrito "permitia, ademais, à burguesia a falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade". *Ibid.*, p. 44.

⁴⁹ ROCHA, op. cit., p. 128.

⁵⁰ GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 42.

⁵¹ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 106.

⁵² Para Hans Kelsen, é erro supor que a lei apresenta sentido único, isto é, só uma interpretação. Sendo assim, a escolha dentre as várias possibilidades de interpretação é livre, posto que não existem critérios para se determinar qual é a que deve prevalecer. Ao afirmar-se que a sentença é fundada na lei, quer-se dizer que ela está contida dentro da moldura da lei, isto é, ela é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da lei.

⁵³ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 104.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.

⁵⁵ CAPPELLETTI, loc. cit.

⁵⁶ Calmon de Passos desnuda a presença marcante de *lobbies*, interferindo na produção legislativa brasileira. "Quando dos trabalhos da Constituinte, fui convidado a falar aos integrantes da Comissão responsável pela disciplina a ser dada ao Poder Judiciário. No intervalo para almoço, dirigi-me ao restaurante do Congresso em companhia de ilustre deputado paulista, homem com antiga e relevante militância em partidos de esquerda. No percurso, ele comentou comigo, melancólico: 'Está vendo, Calmon, você aqui se depara com dezenas de *lobbies*, das forças armadas, do funcionalismo público, das polícias militares, do Ministério Público, do Judiciário, dos banqueiros, dos meios de comunicação e assim por diante. Só um 'lobby' se faz ausente nesta oportunidade – o do povo brasileiro'. Comentei com ele, em resposta a sua ponderação: 'E isso já nos diz para quem vai sobrar'. E realmente sobrou". (Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando o que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.)

⁵⁷ O Poder Judiciário deve sair de seus palácios, cuja magnificência espanta as pessoas mais humildes. Calamandrei observa que não se ouve falar que, nas escolas de arquitetura, sejam realizados exercícios em que se propõe a criação de projetos de palácios de justiça, tal como ocorre com hospitais, escolas e ginásios. (CALAMANDREI, op. cit., p. 336). Todavia, há iniciativas que aproximam o Judiciário da sociedade. No

Estado do Amapá, em Macapá, instituiu-se o plano *Justiça nas Praças*, em que os serviços jurisdicionais são prestados nas praças públicas, nas manhãs de sábado. Um ônibus, equipado com sala de audiência, presta-se à realização destes atos processuais. Este projeto, além de propiciar a integração do Poder Judiciário com a comunidade, aprimora o conhecimento da população sobre direitos e deveres. Também há a capacitação de conciliadores, dentre acadêmicos de Direito e líderes comunitários, para atuação em querelas a fim de propiciar acordos, promovendo a harmonia nas comunidades atendidas. Através do projeto *Justiça e Comunidade*, que recebeu menção honrosa no I Prêmio Innovare: o Judiciário do século XXI, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em conjunto com o Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Cartórios, Faculdades de Direito, Prefeituras Municipais, Câmaras de Vereadores, empresários e funcionários da justiça, e, ainda, com o apoio da imprensa local, levou serviços às comunidades miseráveis da zona urbana e rural, inclusive as ribeirinhas, efetuando triagem de casos e audiências (BRASIL, op. cit., 2004c).

⁵⁸GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 49. “O papel de guardião da moral pública cabe, hoje, aos juristas e, mais especificamente, aos juizes, que passaram a representar, claramente, a consciência moral, vida social, política e econômica” (p. 55.)

⁵⁹PAULA, Alexandre Sturion de. O ensino jurídico e o seu comportamento com o dogmatismo jurídico. *Revista Jurídica Virtual*, v. 6, n. 63, 2004. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//revista/Rev_67/index.htm>. Acesso em: 26 dez. 2004.

⁶⁰ROCHA, op. cit., p. 78.

⁶¹CALAMANDREI, op. cit., p. 223.

⁶²CALAMANDREI, loc. cit. Mauro Cappelletti concorda que os tribunais superiores são menos revolucionários, mais apegados ao formalismo e cita uma passagem de Lord Devlin neste sentido, mas “com certa ponta de exagero: os juizes, como toda outra categoria de homens idosos, que tenham vivido vidas geralmente não aventurosas, tendem a ser tradicionalistas nas suas idéias. Este é um fato natural”. (CAPPELLETTI, op. cit., p. 34.

⁶³ROCHA, op. cit., p. 98.

⁶⁴COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Neoliberalismo e direito: repercussões no ensino jurídico. *Juris Sintese Millennium*, Porto Alegre, jul./ago. 2003. 42 CD-ROM.

⁶⁵O IDESP, Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, desenvolveu uma pesquisa junto aos juizes, em 1994, no qual foram entrevistados aproximadamente 20% dos juizes, em cinco estados (São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Goiás e Pernambuco) e mais 41 magistrados da Justiça Federal, observando-se rigorosa proporcionalidade na distribuição dos mesmos entre as instâncias e entrâncias existentes em cada Estado. Segundo o projeto, a existência de crise no Judiciário foi totalmente admitida por apenas 22,5% e parcialmente por 54,4% dos entrevistados, enquanto 20,5% deles não reconhecem esta situação *apud* SADEK; ARANTES, op. cit., 1994, *on line*. É certo que a pesquisa é antiga, muito anterior à Emenda Constitucional, e neste intervalo multiplicaram-se os grupos internos críticos do sistema e sensíveis à necessidade de mudança, mas serve para ilustrar o quanto o corporativismo do Poder Judiciário provoca uma separação entre o organismo e a realidade.

⁶⁶As despesas gerais do Judiciário correspondem a cerca de 2% das despesas totais da União, 6% dos estados-membros e 3% no conjunto da União com os Estados. Na média nacional, obteve-se um custo estimado de R\$ 1.848 por processo julgado, variando desde um mínimo de R\$ 973, na Paraíba, até um máximo de R\$ 6.839, no Amapá (BRASIL, op. cit., 2004a, p. 78.)

Não obstante ser inquestionável a influência dos recursos materiais na eficácia dos serviços jurisdicionais do juiz, segundo Maria Tereza Sadek, “estudos comparativos internacionais demonstram que incrementos em recursos não provocam iguais ganhos em agilidade e previsibilidade dos serviços prestados”. (cf. SADEK, op. cit., p. 90.)

⁶⁷A pesquisa do IDESP - Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, em 1994, mostrou que são empecilhos ao bom funcionamento do Judiciário, segundo a relação entre obstáculos apontados e número percentual de magistrados entrevistados: falta de recursos materiais - 85,6%; excesso de formalidades nos procedimentos - 82,3%; número insuficiente de juizes - 81,1%; número insuficiente de varas - 76,3%; legislação ultrapassada - 67,4%; elevado número de litígios - 66,5%; despreparo dos advogados - 64%; grande número de processos irrelevantes - 59,3%; Juizes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas - 59,1%; instabilidade do quadro legal - 53,2%; insuficiência na formação

profissional do juiz - 38,9%; extensão das comarcas - 26,8%; curta permanência dos juízes nas comarcas - 25,3%. (SADEK; ARANTES, op. cit.)

⁶⁸ IDESP - Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1994. Eis o resultado da pesquisa do IDESP, segundo a relação entre os fatores indicados como sendo pró-efetivação do acesso à justiça e número percentual de magistrados entrevistados: Informatização dos serviços Judiciários- 93,2%; Redução das formalidades processuais- 90,2%; Juizados especiais de pequenas causas- 83,5%; Simplificação no julgamento dos recursos- 73,9%; Recurso mais freqüente à conciliação prévia extrajudicial entre as partes- 69,1%; Limitação do número de recursos às instâncias superiores por processo- 67,5%; Reforço da figura do árbitro, escolhido pelas partes, nas questões trabalhistas- 36%; Implementação da Justiça Agrária- 26,8%; Implementação da Justiça de Paz-13,9; Criação da Justiça Municipal- 8,9. (Ibid.)

⁶⁹ SADEK, op. cit., p. 89.

⁷⁰ SADEK, loc. cit.

THE POWERFUL JUDICIARY: INSTITUTIONAL ASPECTS THAT DRIVE CITIZENS OFF STATE JUSTICE

ABSTRACT

There are defects at the Judiciary and their activity of promoting justice which keep citizens away from justice offered by the State. Many if such obstacles are directly under control and responsibility of the Judiciary themselves, like the untouchable character of their members, elitism, lack of social sensibility, the dogmatic outlook of Law and dogmatism.

KEYWORDS: Judiciary. Access to justice.

LE POUVOIR JUDICIAIRE: ASPECTS INSTITUTIONNELS QUI ELOIGNENT LE CITOYEN DE LA JUSTICE D'ÉTAT

RÉSUMÉ

Il y a des vices dans la distribution de la justice qui provoquent la méfiance de la société brésilienne, éloignant ainsi le citoyen de la justice de l'État. Plusieurs obstacles sont directement sous le contrôle et la responsabilité du Pouvoir judiciaire, tels l'intangibilité de leurs membres, l'élitisme, l'absence de sensibilité sociale, la conception dogmatique du droit.

MOTS-CLÉS: Pouvoir judiciaire. Accès à la justice.

TEORIA POSSIBILISTA DO DIREITO E DA FILOSOFIA (COMO TEORIA FILOSÓFICA FUNDAMENTAL DE BASE FENOMENOLÓGICA): PROPOSTA DE INVESTIGAÇÃO

*Willis Santiago Guerra Filho**

RESUMO

O presente ensaio trata da análise das diversas doutrinas filosóficas, partindo da premissa da fuga dos paradigmas existentes, com o intuito de realizar uma proposta de investigação do Direito e da Filosofia, a partir de uma teoria filosófica fundamental de base fenomenológica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Filosofia. Teoria possibilista. Fenomenologia.

Partimos da hipótese de que as estruturas analisadas nas diversas doutrinas filosóficas se fariam presentes, de maneira mais clara, desde a primeira grande síntese – e, logo, literalmente, a primeira grande depuração – do pensamento filosófico, aquela aristotélica, podendo se encontrar formas embrionárias dessas doutrinas nos pensadores que o antecederam, bem como nos seus contemporâneos e pósteros. Após a sua explicitação, em Aristóteles, as diversas doutrinas filosóficas que se sucederam, assim como outras formas de pensamento que entraram em contato e se mesclaram com a filosofia, de natureza religiosa ou científica, vão se constituir por sobre essas estruturas, que são fundamentalmente duas, apoiando-se ora de maneira quase exclusiva sobre uma delas, ora sobre ambas, em maior ou menor medida.

Como elementos básicos dessas estruturas tem-se a distinção aristotélica, proposta para a compreensão racional ou intelecção da realidade substancial em

* Professor Titular do Departamento de Filosofia da Universidade Estadual do Ceará (licenciado). Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor de Filosofia do Direito no Programa de Estudos Pós-Graduados (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e do Centro Universitário FIEO (UNIFIEO), em Osasco, São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Especialista em Filosofia Dialética (UFC), Mestre em Direito (PUC-SP), Doutor em Ciência do Direito (Universidade de Bielefeld, Alemanha), Livre-Docente em Filosofia do Direito (UFC) e Pós-Doutorado em Filosofia (IFCS-UFRJ).

si mesma indiferenciada, entre o que nela é *forma* e o que é *matéria*. Os entes singulares, todos e quaisquer, seriam *transcendentalmente* compostos de matéria e forma, considerando-se como transcendental, pelo sentido etimológico mesmo, a relação que as atravessa (de *transcendere*) e vincula, embricando-as, mas também afirmando-as como rigorosamente diversas.

Ocorre que a época que denominamos moderna, aquela que para muitos ainda é a da atualidade, vai se caracterizar pelo predomínio da cisão entre esses elementos, com uma afirmação do caráter independente da forma e conseqüente predomínio do formalismo, cuja crítica foi encetada com grave preocupação, nas primeiras décadas do século XX por Edmund Husserl, tal como em seguida será examinado, de uma maneira em que o discurso normalmente asséptico da academia aparecerá com freqüência ilustrado por alusões ao contexto histórico e, mesmo, vital ou existencial, de aparecimento das idéias aqui discutidas. Desta forma, a argumentação já pretende se apresentar da maneira renovada, que se entende deva ser mais cultivada entre os que se dedicam a produzir o conhecimento, de molde a que ela atenda a necessidades espirituais prementes da atualidade.

Daí a convicção de haver uma filosofia imanifesta, de que se precisa com urgência, com a urgência do desespero, para pensar temas impensados, nessa nossa época de muitos conhecimentos e pouco saber. Postulamos a possibilidade de semelhante filosofia em razão dessa nossa necessidade premente, uma necessidade do que em dados momentos se praticou, sob o nome de “filosofia”, em nome da filosofia. Este anelo de saber é pouco perceptível em nossos dias e já de algum tempo. Não por acaso, como se pretende evidenciar ao longo da presente exposição, a ausência de filosofia, uma “filosofia de primeira mão”, se verifica na própria produção filosófica acadêmica, nas teses, dissertações, ensaios, monografias e livros, em geral subordinadas a normas e convenções, além de arranjos institucionais ou, mesmo, vaidades e interesses políticos, tanto universitários como até de outra ordem maior. É o que, em certo sentido, se pode denominar “paradigma”.

Paradigmas nos constringem a evitar o tratamento em profundidade – ou mesmo superficialmente – das questões que motivaram o surgimento da filosofia e é a fonte perene – enquanto houver seres humanos, pelo menos – de sua permanência, apesar de toda a escassez que hoje enfrentamos. O paradigma nos proíbe e impede de buscar esta fonte perdida, de nos abeberarmos nela e, com isso, ao escavarmos para encontrá-la, fazê-la aflorar, jorrar.

O que aqui se propõe, então, é a realização de trabalho em que não se pretende nada além de fazer uma boa *prosa filosófica*. Um discurso dessa natureza há de ser, necessariamente, bem mais livre e criativo que os discursos filosóficos e científicos em geral – para não falar de outros, como aqueles da religião, mitologia, psicanálise ou, mesmo, estritamente literários, desde que configurados por uma ontologia menos realista. Aqui não temos compromissos com nenhuma tradição, já com seus dogmas, teoremas, axiomas, doutrinas, figuras ou personagens, pois queremos fazer a experiência do pensamento da

origem, da raiz, o pensamento original, radical. Isso não quer de modo algum significar que iremos apelar para uma espécie de fabulação, para a invencionice. O discurso, para ser verossímil e persuasivo, para nos agradar, deve ser construído tomando elementos da realidade, do que compartilhamos de mais elementar, completando-os e, por assim dizer, cimentando-os com a argamassa de nossos sonhos, os que temos dormindo ou acordados, pois são a expressão de nossos maiores desejos, os desejos de saber. Daí podermos postular a produção de um discurso o melhor possível para dar sentido às nossas vidas, mesmo quando se diz, como o jurista romano do século II, depois teólogo cristão, o primeiro, além de filósofo, Tertuliano: *creio, ainda que pareça – ou mesmo porque parece – absurdo*.

Daí que, no modo de ver aqui proposto, realizar um trabalho em filosofia que mais se aproxima de parâmetros científicos, sejam das ciências humanas, sejam de ciências naturais ou formais, como se dá, comumente, no âmbito da filosofia de corte analítico, significa desviar-se do que mais direta e imediatamente interessa tratar em filosofia. Assim, por exemplo, se é da filosofia que resultou a postura científica de tratar as questões, sua *epistême*, aquilo que se pretende conhecer/saber pela filosofia é justamente o que não interessa às ciências, do que elas não se ocupam, até porque as põem questão: elas próprias, seus objetivos, para além do conhecimento que fornecem e das possibilidades de ação/interação/alteração do que estudam.

Mesmo uma “ciência da ciência” não é filosofia, não se voltaria para pensar o que aqui se propõe deva acolher a filosofia, em face da urgência desse acolhimento e tendo em vista que ela já esteve voltada para esse pensar antes de se perder e exaurir nas ciências. A urgência desse pensamento em nosso tempo se explica justamente em razão do que nele vem-se produzindo, sob a influência do predomínio do pensamento técnico-científico – e o pensamento técnico, vale destacar, desde sempre e cada vez mais remete ao pensamento que a filosofia tornou científico, e vice-versa. Antes da ciência se tornar o que hoje – e desde já algum tempo – ela se tornou, ela existiu embrionariamente enquanto técnica, faltando apenas o encontro histórico com a filosofia, primeiro, e, depois, com a religião monoteísta e personalista, de Deus onipotente feito homem, o Cristianismo, para que se verificassem os pressupostos mais importantes, no plano ideológico, de seu completo desenvolvimento.

A filosofia que se busca, então, precisa estar fora do círculo em que seus cultores a aprisionaram e ali a mantêm, quando trabalham “tecnicamente”, pondo-se a serviço do desenvolvimento de um saber cada vez maior no menor espaço de tempo, sem parar e se perguntar do por quê, para quê. E é essa escalada desenfreada para o saber que é um saber-fazer (*know how*), característica da (tecno)ciência, que tantos problemas vem solucionando, ao mesmo tempo em que muitos outros vai criando – e, principalmente, deixando de enfrentar o chamado “absolutismo da realidade” (Hans Blumenberg), por promover mais e mais o afastamento dela, evitando que nos confrontemos com ela, o que exige um tipo de saber mais próximo da religião e, portanto,

mais distanciada da ciência: surgem, assim, questões que colocam em questão essa mesma ciência e o modo de organização social (também política, jurídica e, sobretudo, econômica) que a criou, sustenta e nela se sustenta. Não é de estranhar, portanto, que tais questões não sejam tratadas e sejam mesmo, de certa forma, descartadas. Delas, tradicionalmente, se ocupam as religiões, e não há lugar para elas, tanto as religiões como tais questões, na sociedade mundial tecnocientífica contemporânea, que tem na secularização um dos pressupostos de seu aparecimento e manutenção.

Nesse contexto, é de um saber prático que se trata, o qual pode ser caracterizado como aquele que indica como algo pode ser feito, uma vez que se decidiu fazê-lo, estabelecendo uma verdade onde se faz uma questão. A teologia foi considerada um saber prático já por John Duns Scot (1266 – 1308). Também como ele, pode-se defender que do Ser de Deus, o criador, ser-em-si, deve-se falar como do ser dos entes, as criaturas, em um sentido unívoco e não, por exemplo, como em Tomás de Aquino, em sentido análogo. Imaginando, então, que todo o Universo é um ente, um indivíduo, Deus poderia ser nele o que a mente é em nós, seus “sentidos internos”. Eis uma resposta possível, viável, do ponto de vista prático, para uma questão de impossível solução, sob o aspecto teórico. Dessa resposta pode-se fazer um apoio incontestado para a construção de um saber que, além de prático, seria também dogmático.

Dogmático, aqui, não é de se confundir com dogmatismo. Como já registramos em outro trabalho,¹ toda afirmação de um conhecimento que desconsidere o ceticismo pode ser tida como dogmática. Dogmático é afirmar como certo um ponto de partida para uma argumentação que pode perfeitamente, no final, ser revisto. Não ser cético é diferente de não ser crítico, de se imunizar contra a crítica. O ceticismo pode ser visto como um dogmatismo.

Nesse sentido, mesmo o pensamento matemático pode ser dogmático, como se percebe estudando a “lógica das formas”, de Spencer Brown, pois parte de uma distinção inicial estabelecida para efeito de cálculo.² E afinal, a palavra “axioma”, em sua origem grega, denota seu parentesco com o dogma, pois significava uma opinião tida como verdadeira por gozar de prestígio, sendo, por isso, auto-demonstrada. Daí ter Pierre Legendre relacionado estreitamente o axioma com o dogma, referindo ainda a dimensão “decorativa”, “nobiliárquica” de ambas as palavras, expressa em equivalentes latinos como *dignitas* e *decus*.³ O pensamento dogmático, portanto, pode perfeitamente ser científico – e ainda mais.

Dogmático, etimologicamente, vem do grego *doxa*, “parecer”, “opinião”,⁴ donde resulta o verbo *dokein*, que é o *docere* latino e, logo, também, o ensino.⁵ Um saber dogmático, nesse sentido, é um saber voltado para o ensino, e que, em sendo assim, se ampara em uma estrutura de poder, em uma autoridade.⁶ Não por acaso um dos raros saberes atuais que ainda se assumem como dogmáticos é aquele da chamada “ciência jurídica em sentido estrito”, a herdeira da *jurisprudencia* romana. O *dogma*, em teologia, como em direito e em filosofia,

é um critério de decisão, uma norma posta acima do questionamento de sua verdade, para afirmar-se sua validade, ao invés de sua verdade, valor que a filosofia compartilha antes com a ciência.

Em que se diferenciam, então, ciência e filosofia? Bem, para marcar essa diferença, podemos começar dizendo que a ciência nós a aprendemos, decorre de um aprendizado, de um treinamento, que nos é ensinado e que depois podemos ensinar. Com a filosofia, no que ela é propriamente filosófica, e não “científica” ou “técnica” – pois há uma “ciência da filosofia”, um treinamento e transmissão de um saber filosófico acumulado, por vezes bastante técnico, a ponto de impossibilitar sua compreensão pelos não-iniciados –, ocorre o contrário: temos de re-aprendê-la.

Sim, porque originalmente somos todos filósofos, a criança filosofa quando ascende à consciência, e o adolescente ainda mais. É apenas em um sentido técnico, restrito ou literal que a filosofia surge apenas na Grécia antiga – e, para alguns filósofos (?!), teria desaparecido em nossos dias, ou já com Hegel, no século passado, que teria sido o último filósofo,⁷ tal como o foi Platão.

É esse mesmo Platão que vai se referir, na esteira de seu mestre Sócrates – que penso só não pode ser considerado um filósofo como o foi seu discípulo por não ter praticado a escrita de sua filosofia, mas vivido-a até o seu último instante – ao processo privilegiado de conhecer, que será o da filosofia – antes de ser o da ciência –, como um processo de rememoração, uma *anamnésis*, isto é, literalmente, um “desesquecimento”. Sabemos não ser no sentido aqui referido que o termo é empregado por Platão, ou, pelo menos, na leitura estabelecida de Platão, visto que o filósofo, na “*Sétima Carta*”, lembra do exílio político a seus amigos que a parte escrita de sua obra contém apenas uma meia-verdade, pois a verdade toda não se deixa – nem se deve – transmitir por este meio frio, mas apenas pelo contato pessoal e direto do mestre com seus discípulos. Então, é de se considerar possível haver algo em comum entre a *anamnésis* socrático-platônica e aquela ora referida, embora o que pretendemos recuperar por este processo não seja conteúdos perdidos de conhecimentos apresentados em respostas certas, mas uma certa postura de questionar, uma *epistémé*. A etimologia da palavra, como de costume, é esclarecedora: gr. - *epístasthai*, *epi-histamai*: “*sich in der erfordernten Haltung etwas gegenüberstellen*”.⁸

Esta postura é própria de nós, humanos, é uma aptidão que temos, tal como andar apoiados apenas sobre os pés, eretos, e falarmos, havendo sem dúvida uma correlação entre essas três aptidões. Isso não quer dizer que não haja humanos que não exerçam alguma dessas aptidões, sem que por isso deixem de ser humanos, mas são portadores de uma deficiência, de um *handicap*.

Pois bem. Se aqueles que são portadores de deficiências como a paralisia e a mudez são minoria, e inclusive chegam a ter dificuldade para levar uma vida normal em sociedades feitas por e para os que não têm tais dificuldades, com relação ao hábito de pensar sobre as questões fundamentais deu-se exatamente

o contrário, na medida que são minoria os que a elas se dedicam, sendo por isso marginalizados em sociedades, como a nossa, dominadas por uma razão técnica e científica, ou melhor, técnico-científica, com o apoio do pensamento “didático-filosófico”, professado das mais diversas formas, desde aquela mais propriamente acadêmica, até aquelas religiosas, passando por outras, mais recentes, como a midiática, e aquelas, mais antigas, como a político-ideológica.

Se a filosofia, o conhecimento filosófico, visa à rememoração, ele se volta para o passado, ao contrário do conhecimento científico, que quer prever o futuro, donde ele se apresenta como essencialmente matemático, como *cálculo*. É pelo cálculo que na ciência se preserva o conhecimento adquirido e se adquire conhecimento novo. É pelo cálculo que se transmite esse conhecimento e, mesmo, se gera tal conhecimento, não sendo de se estranhar, portanto, que o aperfeiçoamento de nossa matemática implique, também, em um aperfeiçoamento de nossas ciências.

Já para a filosofia, no que ela tem de mais próprio, o progresso da razão matemática significa muito menos do que para a ciência. Mesmo porque em filosofia, ao contrário do que ocorre em relação à ciência, não se pode falar da mesma forma em um progresso do conhecimento, já que as mesmas questões constantemente são retomadas, a elas sempre estamos retornando, e as soluções que foram dadas no passado, sem dúvida, nos servem para elaborar as nossas, mas isso porque não são – ou não foram – soluções iguais àquelas dadas aos problemas científicos.

A filosofia, então, não resolve problemas tal como faz a ciência, donde ela não ter a *utilidade* que tem esta última, sempre conversível em tecnologia e técnicas, que a retroalimentam. Assim, não faz sequer sentido perguntarmos para quê a filosofia, tal como podemos perfeitamente perguntar: *para quem é a filosofia?*

A interrogação filosófica é intrínseca ao ser humano, como bem perceberam filósofos tão diversos como Schopenhauer, no “Adendo” da segunda edição de seu “*O Mundo como Vontade e Representação*”, Gramsci e Ortega y Gasset.⁹ As respostas dadas pela filosofia a essa interrogação, contudo, estão cada vez menos satisfatórias, ao contrário do que ocorre com as respostas aos problemas científicos, mesmo porque, em contraste com a ciência, a filosofia é bem menos praticada e bem mais desacreditada, donde não haver grandes expectativas em relação ao que ela pode nos oferecer – e ela não tem oferecido muito mesmo.

Aqui se evidencia com toda nitidez a importância de distinguirmos os problemas filosóficos daqueles científicos e, logo, diferenciarmos a filosofia da ciência. A situação é esclarecida de forma lapidar pela proposição 6.52 do “*Tractatus logico-philosophicus*”, de Wittgenstein: “Sentimos, que mesmo caso todas as questões científicas fossem resolvidas, nossos problemas da vida (*Lebensprobleme*) sequer seriam tocados”. Os problemas da filosofia, em um sentido bem diverso daqueles da ciência, são *problemas vitais*, problemas especiais destes seres especialíssimos que somos nós, os humanos.

A filosofia, como indica a própria etimologia da palavra, surge como um anelo, uma nostalgia da sabedoria “sobre-humana” (*sophia*), para nós perdida, e perdida já naquela época em que surgiu pelo aparecimento das doutrinas dos que estudavam a *physis*, a natureza (de todas as coisas), os “físicos”. Uma das acusações contra Sócrates, no processo que os atenienses moveram contra ele – e, também, contra a filosofia, que com ele propriamente se iniciava –, foi a de ele praticar a física, sendo esta acusação a que ele repudiou com mais veemência. Já aquela de que apregoava a substituição dos deuses oficiais por se referir sempre ao seu *daimon* pessoal foi descartada com a costumeira (e sábia) ironia...

Do que se trata, então, é de libertar a filosofia do jugo e dependência das ciências, para que ela (e nós) deixe(mos) de ser sua serva, como antes fora da teologia. Essa filosofia livre, como a arte, poderá ser a expressão cultural legítima de um povo como o nosso, que se antecipou, em sua formação, ao processo de miscigenação em que agora o mundo todo se encontra envolvido, donde ela poder se alçar a um patamar de universalidade, por sua originalidade, seu enraizamento em um solo próprio.

É certo que antes do saber científico afirmar sua superioridade, em termos pragmáticos, frente aos demais, inclusive a filosofia – o saber justamente onde as ciências em geral foram colher seu mais forte impulso inicial, adotando postulados como este apenas mencionado, da contingência e falibilidade do conhecimento –, foi necessário superar o predomínio de um tipo de conhecimento que mesmo tendo se aproveitado bastante da filosofia, até o ponto de tê-la como sua “serva”, veio a abandoná-la nos momentos cruciais, indo buscar apoio além da razão, na fé. Este saber é o da teologia, ou o conhecimento de natureza religiosa amparado teologicamente, que irá por muito tempo cercear o desenvolvimento da perspectiva relativista e imanentista, própria da ciência.

Contudo, a ruptura que a modernidade trará com a supremacia do pensamento teológico, no Ocidente, foi preparada no contexto desse mesmo pensamento, por teólogos mal-compreendidos em seu tempo, como Roger Bacon (século XIII), com sua insistência no valor da experimentação para desenvolver o conhecimento, e um outro, franciscano e britânico como ele, de quem já tivemos oportunidade de destacar alguns aspectos mais salientes de seu pensamento, que foi Guilherme de Ockham (século XIV)¹⁰. Entre ambos avulta a figura de John Duns Scot, a quem se podem conceder os maiores créditos pela introdução de uma perspectiva, mais que transcendente, verdadeiramente transcendental – e, logo, moderna –,¹¹ a ser desenvolvida posteriormente, sem os vínculos dogmáticos com a teologia, por Descartes, Kant e, já na contemporaneidade, Husserl, para citar apenas três dos maiores responsáveis pelo aprofundamento do que se pode denominar uma “metafísica do possível”, oriunda já de pensadores árabes, com destaque para Avicena (Ibn-Sina).¹²

No horizonte de toda essa elaboração estaria a ausência de uma distinção clara entre metafísica e teologia, até por estarem ambas voltadas para o estudo da realidade como uma totalidade (de sentido), o que teria contribuído para

obscurecer, na modernidade, os pressupostos teológicos nela estruturalmente operantes, retomados de maneira também indevidamente explicitada no que se pode considerar tentativas contemporâneas de refundação da ontologia enquanto “ciência primeira” (*protê epistémē*) na fenomenologia, com Husserl e, principalmente, em Heidegger, com o sua virada para a “hermenêutica da facticidade”, conforme se pretende oportunamente demonstrar, como também no modo de desenvolvimento das “ciências derivadas”, ou ciências propriamente ditas.

Para tanto, faz-se necessário proceder, como o próprio Heidegger, um retorno às origens gregas da metafísica, tal como nos foi ela transmitida através da obra de Aristóteles, o qual concebeu a continuidade entre a razão e a natureza como reunidas em uma unidade dinâmica, finita e ordenada, expressa pela linguagem. Neste sentido, pode-se dizer que aí culmina a visão grega dos problemas filosóficos, na medida em que inventa um saber racional, capaz de dar uma resposta unitária aos problemas suscitados pela tradição anterior, problemas concernentes tanto ao dinamismo da natureza como ao da própria razão humana. O irredutível de tais problemas, afirmará Aristóteles, é a realidade do ser, tão imediata de captar como difícil de definir, algo que parece sempre querer escapar a todo intento de delimitação e que, precisamente por isso, só podemos designar como o comum a tudo, e, particularmente, como o comum à realidade do mundo frente ao homem e à realidade do pensamento no homem, isto é, como o comum à natureza e à razão.

Por causa da impossibilidade de sua delimitação, a realidade do ser não pode ser objeto de nenhuma ciência particular, mas sim de uma ciência primeira, enquanto se ocupa do que é prévio e pressuposto em todas as demais, que são os fundamentos mesmo de sua realidade como ciências e da realidade de seus objetos, enquanto as diversas determinações do ser no que é dado: a realidade irredutível do ser.

A teologia (judaico-)cristã da onipotência divina, ao postular um Deus que é pura onipotência para além da razão e do mundo, o maximamente real passa a ser a soberana *potência* divina, superior a toda razão e a toda criação. Em outras palavras, se Deus é o maximamente real será porque Sua vontade contém em si toda a realidade *possível*.

Deste modo, a hipótese ockhamista, enquanto implica em identificar a onipotência divina com a realidade de Deus, acaba por identificar o maximamente real com o maximamente possível. Dito em outros termos, a mencionada hipótese leva a identificar o real com o possível por via da absorção do primeiro pelo segundo, e a esvaziar de sentido a noção de realidade em benefício da noção de possibilidade, de tal modo que esta última se faz co-extensível a de ser. A existência fica, então, relegada à condição ou estatuto de um mero caso fático, isto é, a não ser mais que uma determinação acidental do ser, quem, por sua parte, se identifica pura e simplesmente com o ser-possível e se caracteriza por possuir uma realidade puramente hipotética.

E, assim como no caso grego, o ser teria que se dizer de *muitas maneiras*, para contemplar seus diferentes modos de exercício, assim também, no regime definido pela redução teológica do real ao possível só será concebível um único e exclusivo modo de ser, aquele que emana da possibilidade, quer dizer, aquele cuja realidade está já contida de antemão em sua possibilidade. No caso grego nos achamos, portanto, frente à lógica da analogia: diversos modos de ser, linguagem essencialmente polissêmica, sempre inexata, em certo sentido submetida e também superior ao princípio de não-contradição. Na hipótese teológica da vontade onipotente, ao contrário, frente à lógica da univocidade: um único modo de ser, linguagem exata e precisa, drasticamente submetida ao princípio de não-contradição. A univocidade lógica se converte, deste modo, no reverso da onipotência absoluta de Deus e expressa a natureza hipotética de todo ser, enquanto seu princípio constitutivo, o de não-contradição, alcança, coerentemente, o estatuto de paradigma de toda verdade possível.

A identificação do ser de Deus com seu poder absoluto conduz, então, à identificação da realidade com a possibilidade no seio de uma racionalidade unívoca. Daí que aquela “ciência primeira”, que se ocuparia do ser enquanto ser, aquela ciência, de estatuto epistemológico tão contestado, da que dizíamos que não pode estar no mesmo nível que as demais, mas sim que deve induzir seus conteúdos a partir das outras ciências, tenha de adotar necessariamente a forma – se pretende corresponder ao panorama doutrinal inaugurado e presidido pela hipótese da onipotência absoluta de Deus – de uma metafísica do possível, que é também uma teologia,¹³ mas sem a referência dogmática a um credo religioso qualquer, o que a torna possível em um outro sentido, agora epistemológico, aquele adotado modernamente pelas ciências: essa possibilidade mostra-se atualmente uma verdadeira necessidade, pela urgência que temos em estabelecer bases para um entendimento mútuo entre os humanos, assentado numa compreensão que seja aceitável como são os resultados científicos, a respeito de nosso significado cósmico – que se produza, então, uma teologia esvaziada de qualquer conteúdo religioso específico, para ser a teologia adequada a nossos tempos de predomínio tecnocientífico, que seja capaz de superar esse predomínio, salvando a humanidade de si mesma, enquanto o saber salvífico, soteriológico, que sempre desde a origem se propôs a ser a filosofia, como as religiões,¹⁴ e não só teórico mas, sobretudo, prático – logo, eficaz também.¹⁵

E é a partir daqui que se abre uma perspectiva para o desenvolvimento de uma teoria do direito possível, que é também uma teoria, no sentido próprio e atual da palavra, falibilista, porque humana e, logo, possibilista.¹⁶ Era neste sentido que apontávamos, quando referimos em trabalhos passados a uma teoria fundamental do direito, com uma clara inflexão fenomenológica,¹⁷ pois se mostra de fundamental importância a crítica que a perspectiva filosófica de Husserl permite que se empreenda ao formalismo instalado no pensamento moderno, pelo exarcebamento do modo conceitualista e objetificante de lidar com o conhecimento, em geral e, especialmente, no campo do Direito.¹⁸

E por fim, fica o desafio, enfrentado aqui de maneira decidida, de saber em que medida algo como um retorno à situação concreta, fática, proposta por Heidegger – no que se pode denominar, antes que uma “fenomenologia da liberdade” (Günter Figal), com mais precisão, uma “fenomenologia da(s) possibilidade(s) existenciais” –, pode dar ensejo a uma recuperação de um saber apto a fornecer uma orientação, ou re-orientação, na busca de sentido para as ações humanas a serem, então, devidamente reguladas pelo Direito, com uma pretensão justificada de obediência generalizada, nas condições adversas da atualidade. Cabe a todos assumir uma parte de tal tarefa, de proporções gigantescas, percebendo o quanto é urgente e necessária e, se é assim, há de ser também possível dela nos desincumbirmos. O que se propôs foi uma mera indicação neste sentido, na esperança de pelo menos estimular outros a fazerem sua própria colaboração.

REFERÊNCIAS

AXELOS, Kostas. *Introdução ao pensamento futuro*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

FERRY, Luc. *O que é uma vida bem sucedida?*. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.

FIGAL, Günter. *Fenomenologia da liberdade*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria constitucional dos princípios jurídicos e garantismo penal: por uma atualização teórica de conceitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). *Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. *Revista Lex Eletrônica*, Brasília, 2006. Disponível desde 13.out.06 em <http://www.lex.com.br/noticias/doutrinas>.

_____. Sobre a estrutura medieval do pensamento filosófico e jurídico. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. II, v. 3, 2004.

_____. (Im)possibilidade e necessidade da teologia. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ALMEIDA, Custódio (org.). *Nós e o absoluto: Festschrift em homenagem a Manfredo Araújo de Oliveira*. São Paulo, Fortaleza: Loyola/UFC, 2001.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Para uma filosofia da filosofia: conceitos de filosofia*. 2. ed. refundida. Fortaleza: Programa Editorial Alagadiço Novo da Casa de José de Alencar (Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará), 1999.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HERBERGER, M.. *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1981.

LEGENDRE, P. *Leçons II: l'empire de la vérité*. Introductions aux espaces dogmatiques industriels. Paris: Fayard, 1983.

MACEDO, Sílvio de. *Introdução à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Constituição e o pensamento do possível: um estudo de caso. (embargos infringentes na ADIn n. 1.289-4). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 73, 2003.

MURALT, André De. Kant, le dernier occamien. Une nouvelle définition de la philosophie moderne. In: *La métaphysique du phénomène*. Paris: Vrin, 1985.

_____. *A metafísica do fenômeno: as origens medievais e a elaboração do pensamento fenomenológico*. Trad. Paula Martins. São Paulo: Editora 34, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José. Qué es filosofía?. In: *Obras Completas*. Madrid: Alianza Editorial, 1983, v. VII.

POLANCO, Valentín Fernández. Los precedentes medievales del criticismo kantiano. *Revista de Filosofía*, Madrid, v. 28, n. 2, 2003.

¹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Para uma filosofia da filosofia: conceitos de filosofia*. 2. ed. refundida. Fortaleza: Programa Editorial Alagadiço Novo da Casa de José de Alencar (Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará), 1999, p. 158, texto e nota 13. A colocação, na verdade, se deve a Edmund Husserl. Já Kant, porém, quando propõe o seu “juízo sintético a priori”, como meio de superar a oposição entre dogmáticos e céticos, se lhe atribui a natureza de um dogma - cf. *Kritik der reinen Vernunft*, A 736, D 764.

² *Ibid.*, p. 48 et seq.

³ Cf. LEGENDRE, P. *Leçons II: l'empire de la vérité*. Introductions aux espaces dogmatiques industriels. Paris: Fayard, 1983, p. 19; p. 30.

⁴ A que Platão opunha a *epistémé* própria da filosofia, sem deixar de reconhecer o domínio restrito desta última aos assuntos especulativos, excluindo, portanto, aqueles práticos, da *téchne*, onde se situa a moral, o direito e a religião (v. *República*, 538; *Leis*, 644). Já os céticos opunham se generalizadamente a todo conhecimento, como dogmático, preconizando a *epoché*, a suspensão do juízo e do assentimento. Husserl, como é sabido, fará uso desse expediente para ir ao encontro de um saber superior, essencial, “eidético”.

⁵ Para M. Herberger (*Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1981), os saberes dogmáticos por excelência, na história ocidental, são os do Direito e da Medicina. É daí que J. Lacan, em sua tese de doutorado em medicina, publicada em 1932, ainda a inicia estabelecendo uma “Posição Teórica e Dogmática do Problema”. Cf. *Id.*, *Da psicose paranóica em suas relações com a personalidade, seguido de Primeiros escritos sobre a paranóia*, trad.: Aluisio (sic – Alduíso) Menezes, Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Jr., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 7 et seq.

⁶ Cf., v.g., *Novo Testamento*, Lucas, 2:1; Cícero apud MACEDO, Sílvio de. *Introdução à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1993, p. 34.

⁷Tal idéia se deve a Heidegger, aparecendo aludida em textos tais como “*Que é isto - a Filosofia?*”, “*O Fim da Filosofia e a Tarefa do Pensamento*” e, explicitamente, em “*Hegel e o Gregos*”. Cf. o volume dedicado a ele na Coleção Os Pensadores (trad.: Ernildo Stein, São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 14, 72 e 205) - “Ao dizermos ‘os gregos’ pensamos no começo da filosofia, e ao nome ‘Hegel’ associamos sua consumação”. Cf. também AXELOS, Kostas. *Introdução ao pensamento futuro*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969, p. 19.

⁸Hofmann, *Etymologisches Wörterbuch der Griechischen Sprache*. Em vernáculo: “colocar-se na posição exigida em relação a algo”.

⁹Cf. Gramsci. *Introdução à filosofia da práxis*. Lisboa: Antídoto, 1978, p. 9; ORTEGA Y GASSET, José. *Qué es filosofía?*. In: *Obras Completas*. Madrid: Alianza Editorial, 1983, v. VII, p. 273 et seq., especialmente p. 330.

¹⁰Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Lei, direito e poder em Guilherme de Ockham. In: TORRES, Helene Taveira (coord.). *Direito e poder*. Nas Instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri, SP: Manole.

¹¹Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a estrutura medieval do pensamento filosófico e jurídico. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. II, v. 3, 2004; MURALT, André De. Kant, le dernier occamien. Une nouvelle définition de la philosophie moderne. In: *La métaphysique du phénomène*. Paris: Vrin, 1985; MURALT, André De. *A metafísica do fenómeno*: as origens medievais e a elaboração do pensamento fenomenológico. Trad. Paula Martins. São Paulo: Editora 34, 1998.

¹²Cf. POLANCO, Valentín Fernández. Los precedentes medievales del criticismo kantiano. *Revista de Filosofía*, Madrid, v. 28, n. 2, 2003.

¹³A teologia e metafísica do possível vai repercutir no pensamento daquele filósofo que, no século XX, irá patrocinar o enxerto da hermenêutica no solo da fenomenologia husserliana, que foi Martin Heidegger, enxerto tão fértil, tal como resta uma vez mais demonstrado no trabalho que aqui se apresenta. Como é sabido, os estudos de filosofia de Heidegger foram antecedidos pelo estudo da teologia, e sua tese de livre-docência versou sobre Duns Scot – ou melhor, sobre obra que depois se revelou da autoria de Thomas de Erfurt, mas que deu margem a que se pensasse ser de Scot justamente pela estrita observância scotiana nela apresentada. Uma outra influência, talvez ainda mais decisiva, foi a do pensador religioso, cristão, Søren Kierkegaard, para que em Heidegger se encontre esse pensamento da abertura para as possibilidades do ser (*Sein*) que ante si mesmo, aí (*Da*), projetado, no mundo, tanto se mostra, do ponto de vista ôntico, enquanto ente, temporal e materialmente finito, como também, do ponto de vista ontológico, essencial e espiritualmente infinito, por encarnar a liberdade, donde um intérprete recente do pensamento heideggeriano tê-lo qualificado com uma “fenomenologia da liberdade” - Cf. FIGAL, Günter. *Fenomenologia da liberdade*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, especialmente p. 36 et seq. E como diria o pensador dinamarquês, em sua obra clássica sobre o conceito de angústia (*Angst*), a realidade, antes de tudo, é por nós experimentada - aperceptivamente, diria Husserl – como um possível ser, que se toma com real porque nele se crê. A crença no mundo, em um mundo, portanto, é um *a priori* para o conhecermos, e também para transformá-lo, o que não se pode obter sem antes - ainda que aperceptivamente -, interpretá-lo.

¹⁴Neste sentido, FERRY, Luc. *O que é uma vida bem sucedida?*. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.

¹⁵Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Im)possibilidade e Necessidade da Teologia. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ALMEIDA, Custódio (org.). *Nós e o absoluto*: Festschrift em homenagem a Manfredo Araújo de Oliveira. São Paulo, Fortaleza: Loyola/UFC, 2001. Também disponível em <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/> núm 12: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/willis.pdf>. Aqui se apresenta uma perspectiva da teologia que se pode qualificar como “narrativa”, à semelhança daquela derivada da filosofia hermenêutico-fenomenológica de Paul Ricoeur. Esta é uma perspectiva que se mostra estruturalmente compatível com as ciências, ou com o direito, concebido – e concebidas - como ficções de mundos possíveis, a partir dos dados fornecidos pelos objetos estudados e, no mesmo processo, construídos. Interessa diferenciar tal perspectiva de uma outra, que consideramos foi tentada por autores como Alfred North Whitehead, Hedwig Conrad-Martius e, mais recentemente, Richard Swinburne, em que a teologia se aproxima dos conteúdos mesmos das ciências, se fazendo com tais elementos e, eventualmente, mostrando-se compatível com religiões – sintomaticamente, aquelas professadas por tais autores, de derivação judaico-cristã, o que nos parece algo a ser evitado ou, pelo menos, desnecessário, pois traz o inconveniente de dificultar o diálogo intercultural.

¹⁶ A idéia possibilista já se encontra instalada no Direito, especialmente no plano constitucional, em que se discute temas como a “reserva do possível”, em conexão com os direitos sociais, bem como a “dimensão de peso” (*dimension of weight*) a que se refere Dworkin, correlata ao mandamento de otimização (*Optimierungsgebot*), de Robert Alexy, ínsito a todos os direitos fundamentais, de que se cumpram na medida do que for fática e juridicamente possível, donde entendemos decorrer necessariamente um princípio de proporcionalidade – cf., v.g., GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268 et seq. -, como também, neste nível mais teórico, graças a formulações como aquelas de Peter Häberle, do “Pensamento do possível” (*Möglichkeitsdenken*), que repercute no “*Diritto mite*”, o direito frágil, flexível, plástico, de Zagrebelski - o qual nos faz recordar da formulação filosófica de inspiração nietzscheano-heideggeriana, de seu conterrâneo Vattimo, da “*ragione debole*” -, recepcionadas entre nós por Gilmar Ferreira Mendes (cf. A Constituição e o pensamento do possível: um estudo de caso (Embargos Infringentes na ADIn no. 1.289-4). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 73, 2003, p. 74 et seq.). (agradeço ao mestrando em direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), Márcio Maidame, por esta referência.

¹⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria constitucional dos princípios jurídicos e garantismo penal: por uma atualização teórica de conceitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). *Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 514 et seq.; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. *Revista Lex Eletrônica*, disponível desde 13-10-06 em <http://www.lex.com.br/noticias/doutrinas> (Direito Constitucional).

¹⁸ Neste sentido, cf. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, bem como nosso verbete “Fenomenologia Jurídica”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo (RS): Renovar/UNISINOS, 2006, p. 316-322.

THE POSSIBILIST THEORY OF LAW AND PHILOSOPHY (AS AN ESSENTIAL PHILOSOPHICAL THEORY OF PHENOMENOLOGICAL BASIS): A RESEARCH PROPOSAL

ABSTRACT

This essay examines various philosophical thoughts, setting as a starting point a getaway from existing paradigms, with the purpose of carrying out a research proposal of Law and Philosophy based upon an essential philosophical theory of phenomenological basis.

KEYWORDS: Law. Philosophy. Possibilist theory. Phenomenology.

THÉORIE « POSSIBILISTE » DU DROIT ET DE LA PHILOSOPHIE (COMME THÉORIE PHILOSOPHIQUE FONDAMENTALE DE BASE PHÉNOMÉNOLOGIQUE): PROPOSITION DE RECHERCHE

RÉSUMÉ

Le présent essai analyse quelques doctrines philosophiques, partant de la prémisse de l'évasion des paradigmes existants, avec l'intention de réaliser une proposition de recherche du droit et de la philosophie d'après une théorie philosophique fondamentale de base phénoménologique.

MOTS-CLÉS: Droit. Philosophie. Théorie « possibiliste ». Phénoménologie.

O PAPEL DO REGISTRO CIVIL NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO*

Eric Millard**

RESUMO

O artigo trata do registro civil como modalidade de identificação dos indivíduos para a construção do Estado Francês. O autor faz um levantamento das etapas e dos problemas relacionados à identificação, no registro civil, de alguém como pessoa. Ressalta, finalmente, a questão da veracidade das informações nele constantes.

PALAVRAS-CHAVE: Registro civil. Identificação. Estado.

Existem certamente diversas concepções de Estado. Todas insistem na construção de uma separação entre os titulares efetivos do poder, os governantes, e uma forma de organização permanente que os transcende, que os consolida ou os legitima, e que a eles sobrevive. Esta construção encontra, sem dúvida, em parte, as suas raízes na teoria da dualidade dos corpos do Rei.¹ Ela se manifesta através da organização jurídica do poder: sua extensão, sua descentralização, seus limites.² Ela se traduz, ainda, na percepção dos juristas sobre a conceitualização jurídica do Estado através de uma teoria de centralização e de hierarquização das normas³ que, em suas conseqüências mais radicais, assimila o Estado (moderno) a esta hierarquia, ou seja, ao Direito.⁴

Tal percepção do Estado resulta, evidentemente, de uma atividade intelectual dinâmica. Inscreve-se, em grande parte, no campo das representações coletivas: uma modalidade que se mostra e que tende a se fazer acreditar, ou seja, que constitui nada menos que a participação numa ideologia (complexa) que reveste os fenômenos de conexões de forças reais de uma película valorizante: a legitimidade. Tendendo a se fazer crível, ela está em perpétua execução; mas,

* Texto traduzido por Valeschka e Silva Braga, Mestre em Direito Público pela UFPE, titular do Master II e doutoranda da Universidade Paris I – Panthéon-Sorbonne, professora da Faculdade Chritus, Advogada da União.

** Professor da Universidade Paris XI – Sceaux. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, dentre os quais destaca-se: *Théorie générale du droit*. Col. Connaissance du droit. Paris: Dalloz, 2006; *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*. Coll. Bibliothèque de droit public. Paris: LGDJ, 1995; *La représentation politique des familles*. In: BERTRAND, Mathieu (dir.), *Pouvoir de la Famille, Familles de Pouvoir*. Toulouse: Méridiennes/ CNRS, 2005, p. 307-318; *Le droit constitutionnel de la famille*. In: VERPEAUX, Michel (dir.), *Code civil et constitution*. Paris: Economica, 2005, p. 65-81; *La protection par l'Etat du droit de l'individu à mener une vie familiale normale*. In: A. Fine, C. La terrasse & C. Zaouche-Gaudron (dir.) *A Chacum sa famille, Approche pluridisciplinaire*. Tome 1. Toulouse: Editions Universitaires du Sud, 1998, p. 235-244.

como ideologia, ela também produz efeitos práticos e concretos em termos de eficácia e de legitimidade do poder. Sobretudo esta concepção é tudo menos evidente ou natural: ela é o produto de uma história e não saberia ser por si mesma nem permanente, nem universal, ainda que ela tenha esta ambição.

Loyseau foi um dos primeiros (1566-1627)⁵ a utilizar o termo *Estat* para designar esta construção da soberania.⁶ Derivado do latim *status*, para designar as qualidades permanentes e as características estáticas de algo, o autor dá dois exemplos: o *estat*, a qualidade das pessoas, e o Reino⁷. A distinção conceitual que implica no emprego moderno da maiúscula diacrítica restará⁸, marcando a espécie no meio do gênero. Sem dúvida “a escolha da palavra Estado para designar a entidade política fez-se por referência à categoria de direito privado constituído pelo estado das pessoas”⁹, o chamado estatuto, que lhe é anterior. Resta mencionar que desde o começo século XIV, na Itália, Dante utilizou o termo *stato* para designar a forma de governo, numa diligência que, mesmo não sendo conceitual, revela, contudo, a idéia consubstancial da soberania: a perenidade da estrutura do poder.

O controle (soberania) dos sujeitos (“do poder” através de “sujeitos de direito”) supõe, notadamente, a instauração e o controle de um aparelhamento de escrituração da matéria. O registro civil, que se compreende como a instauração de uma administração responsável pela fixação do estado das pessoas, distingue-se, assim, deste estado das pessoas por não ser seu eventual modelo (estatuto) a partir do qual constrói-se o Estado, mas um dos elementos da construção mesmo do Estado, e ligado mesmo a esta edificação. As grandes datas da instauração desta administração, que encontram na França o ritmo do aparecimento da pessoa jurídica de Direito Público, são particularmente reveladoras: esboços medievais, organização centralizadora pela *Ordonnance* de Villers-Cotterets (datada de 15 de agosto de 1539), atos do fim do século XVIII (1787 e 1791-1792).¹⁰

Serviço público original, o registro civil opõe-se, aliás, a qualquer tentativa de desmembramento do poder público. Colocado sob a responsabilidade do *Maire*^{NT}, oficial do registro civil^{NT}, ele não escapa, apesar da descentralização, à

^{NT} Convém aqui esclarecer dois pontos:

1. Na França, existe uma diferença entre Prefeito e *Maire*. O primeiro atua na administrações das Regiões (divisão administrativa do Estado Francês. No total, elas são 24. Elas se subdividem em Departamentos que totalizam 100 - 95 no território europeu e mais cinco considerados “de além-mar” - que, por sua vez, desmembram-se em cidades). O *Maire*, por sua vez, exerce um papel mais assemelhado ao dos prefeitos municipais no Brasil, pois é responsável pelo gerenciamento de cidades. Para que não haja, portanto, risco de confusões entre as duas referidas figuras políticas na leitura do presente texto, resolvemos manter a designação francesa original;

2. Sendo a França um Estado Unitário, possui apenas um centro de poder soberano. Nele existe apenas um titular da autonomia constitucional, do Poder constituinte e somente um centro criador de leis formais [cf. SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995]. Assim, os *Maires* não possuem as mesmas atribuições dos prefeitos brasileiros.

^{NT} O *maire* é o agente público designado pela lei para tratar e conservar os atos de registro da vida civil, bem como de fornecer cópias destes documentos (Ex: certidão de nascimento, ato de reconhecimento de paternidade, casamento, etc), sendo estas atividades controladas pelo juiz e pelo ministério público. Assim, ele é o responsável do registro civil dentro dos limites do seu núcleo administrativo (*commune*), podendo, contudo delegar estas funções ao seu substituto. Foi Bonaparte quem assim estabeleceu através da *loi de 28 pluviôse an VIII* (17 de fevereiro de 1800). Neste sentido, ver também: CC, Art. 21-29 na sua redação dada pela Lei n. 2006-911, de 24/07/06.

hierarquia do estado central: o prefeito intervém aqui como agente do Estado na comunidade, e o seu controle hierárquico depende de uma autoridade que, para ser a autoridade de direito comum (Procurador da República), age como representante do Estado central. As funções deste serviço são bem conhecidas: em parte, estática, trata-se de autenticar por ato público informações sobre o estado das pessoas (testemunhar, por conseguinte, do que é o *sujeito*), pertinente a uma teoria geral das provas e não acarreta aqui dificuldades específicas; da outra parte, dinâmica, trata-se de identificar, o que é mais complexo dado que, igualmente, extraem-se aqui duas diligências, a de identificação (de designar como sujeito) e a de construção da identidade (designar os elementos que fazem de tal pessoa um sujeito único).

Suspeito que aquilo que os civilistas especialistas na questão do estado das pessoas evocam, quando opõem o estatuto e a liberdade na evolução atual do Direito, refere-se essencialmente à distinção entre a identificação e a construção da identidade; mas temo, igualmente, que visto apenas através da substância (o estado das pessoas), ocultando-se que estas duas diligências são primeiramente e permanecem sendo o monopólio de uma estrutura (o estado civil como serviço público), a matéria seja, às vezes, caracterizada como uma liberdade dos indivíduos (na acepção de poder) que me parece exagerada. Sustentarei que a lógica da identificação é inerente ao Estado porque participa da construção da sua soberania (1); que as modalidades na França desta identificação pelo estado civil são inerentes à história do Estado (2); por último, que esta lógica da identificação pelo estado civil não se opõe ao reconhecimento de certos “direitos” do indivíduo na construção da sua identidade, ou seja, ao fato de o estado civil não ser arbitrário (3).

1 A LÓGICA DA IDENTIFICAÇÃO

Esta lógica aparece evidente no processo de construção da soberania. Mas ela é primordial e deve, sem dúvida, ser recordada, em parte, porque a passagem de uma identificação “arbitrária” a uma identificação “condicionada” pelos direitos reconhecidos aos sujeitos tende a dissimulá-la. A soberania do Estado supõe um conhecimento e um controle dos assuntos do poder, e a sua eficácia é largamente dependente da segurança deste conhecimento.

Planiol referiu-se, a propósito do registro civil, de instituição da polícia: polícia do sujeito (determinar o nome¹¹) e polícia das famílias (determinar as filiações¹²). Não se saberia insistir na idéia de que o registro civil é sobretudo um dos instrumentos do controle público, que configura os sujeitos como destinatários individualizados de regras às quais não podem subtrair-se, e que o controle destes modos de construção jurídica (de indivíduo à pessoa) é um dos pilares da soberania. Neste sentido, o registro civil não é um direito do indivíduo^{NT} (ver-se-á que ele pode se conduzir diferentemente da determi-

^{NT}No Brasil, o direito ao registro, inclusive *gratuito* aos pobres, está inscrito no art. 5, LXXVI, da Constituição Federal, mas apenas em relação aos atos de nascimento e óbito.

nação do seu conteúdo, ao se falar propriamente do estado da pessoa), mas um interesse público.¹³

Seria, contudo, perigoso limitar-se a uma versão estreita e caricatural do controle da polícia. A lógica da identificação^{NT} gera outras funções indispensáveis à construção do Estado. Poder-se-ia citar voluntariamente vários exemplos. Contudo, sublinharei aqui apenas alguns aspectos: informação, potência e categorização.

O registro civil é, antes de tudo, um formidável instrumento estatístico fornecedor de informações não especificamente identificadoras: da quantidade de nascimentos e de falecimentos, de idades médias, de taxas de natalidade, de fluxos migratórios, etc. Outros métodos (doravante) coexistem, sem dúvida, com a exploração dos simples registros (pode-se destacar o recenseamento e as pesquisas), e apresentam vantagens em termos de reatividade. Ele permanece como o instrumento mais completo e mais fiável, podendo ser facilmente explorado para priorizar as necessidades a médio e a longo prazo, e induzir algumas das futuras políticas públicas (proteção social, bens públicos, etc.).

Este efeito estatístico vai de encontro à lógica do controle quando o Estado é percebido em termos de poder público. A demografia passa a ser apreendida apenas como uma questão de massas. E a identificação demográfica (a inscrição de sujeitos reais em número) integra a potência fiscal (identificando o contribuinte) ou militar (identificando o indivíduo sujeito à convocação).

Mais amplamente, esta diligência torna-se “categorizante”: ela apóia a identificação e a classificação dos indivíduos reais em categorias, o que desencadeia um enquadramento em estatutos jurídicos, o imperativo condicionado, fundamento do Estado moderno como poder juridicamente organizado, ou seja, como estrutura jurídica.

A lógica da identificação parece, por conseguinte, insuperável; sendo, ainda, necessário notar que, historicamente, ela apenas se torna *identificação* pelo Estado a partir do momento em que a escrita passa a ser monopolizada pela força pública. Os notários (a fim de identificar os titulares de direitos e a transmissão destes direitos) e a Igreja (para identificar os sujeitos à sua potência como instituição) também desenvolveram, e mais cedo, esta lógica identificadora. A soberania do Estado resulta na mão posta sobre a escrituração e sobre a regulação do acesso à informação. Dito em melhores termos, ela implica na sua centralização sob a forma de serviço público: o registro civil.

2 O REGISTRO CIVIL COMO MODALIDADE DA IDENTIFICAÇÃO

Convém, sem dúvida, começar por recordar que todos os Estados não têm (como serviço) um registro civil, e que a totalidade da identificação

^{NT} Convém salientar que, nos termos do artigo 78-1 do Código de Processo Penal Francês « Toda pessoa que se encontre no território nacional deve aceitar submeter-se a um controle de identidade efetuado nas condições e pelas autoridades de polícia mencionadas nos artigos seguintes.»

empreendida pelo Estado não se limita à escrituração do estado civil: coexistem, ao seu lado, diversos registros e arquivos, que se revelam mais eficazes, por exemplo, em matéria profissional, social ou de controle dos estrangeiros, para as políticas públicas. O registro civil compreende-se como uma forma de centralização da identificação, válida para cada um independentemente do seu caráter. As menções que ele compreende definem os elementos mínimos indispensáveis à constituição de alguém como pessoa na esfera jurídica, sob o fundamento de determinados valores. É a esse respeito que devem ser compreendidas as dialéticas entre o registro civil e a liberdade, e entre o registro oficial do estado das pessoas e a proteção da vida privada. Esta compreensão percebe-se na história e revela o papel desta instituição para a construção do Estado na França.

A partir de exigências práticas (notariais, sobretudo relativas às sucessões) e das experiências religiosas da Idade Média (certas paróquias elaboravam o perfil de seu “rebanho”, para diversos fins e, sem dúvida, o primeiro, para controlar a legitimidade dos casamentos), instaura-se um sistema não uniforme e muito parcial da escrituração do estado das pessoas que o poder real vai generalizar (uniformizar) e centralizar (controle graças à escrituração, mobilizada como prova judiciária). O artigo 51 da *Ordonnance* de Villers-Cotterêts, de agosto de 1539, impõe aos párocos a preservação de um registro dos batismos destinado a fazer a prova do nascimento e da idade; além disto, o seu artigo 50 prevê o registro dos falecimentos.

Em maio de 1576, a *Ordonnance* Blois, estendeu esta obrigação aos atos de casamento. A ordem foi ainda reforçada dado que, do lado da hierarquia religiosa, o Concílio dos Trinta ampliou a todo o papado a determinação real de 1539, aparentemente com até mais eficácia: primeiro indício, sem dúvida, de que, na matéria, existiu uma concorrência acerca do estabelecimento da soberania sobre as pessoas. Uma *Ordonnance* civil, em 1667, funda uma visão mais moderna do registro civil: os registros paroquiais não servem mais apenas para provar fatos (nascimento, morte, data do casamento), mas prova também o estado jurídico das pessoas (o batismo provando, notadamente, a filiação). A situação é interessante, pois implica igualmente, do ponto de vista estatal, uma publicidade do casamento (o que reforça os direitos da autoridade familiar) ao mesmo tempo que, para a Igreja Católica, o caráter oficial do casamento se opõe ao casamento clandestino (para fins de conhecimento da família). A partir deste momento, e independentemente da questão da eficácia prática (limitada pela ausência de procedimentos formalizados e, por conseguinte, condicionada pelas práticas locais), o registro demográfico-histórico toma uma verdadeira dimensão constitutiva do sujeito jurídico componente do Estado, constituindo igualmente o Estado que constitui estes sujeitos.

Resta evidente que, retidos pela Igreja, os registros deixam escapar uma parte da população, a que não é católica. Assim, a idéia de soberania do Estado requeria que se organizasse uma instituição comparável à que incumbia ao Clero.

É o que vai fazer o *Edit*^{NT} do 17 de novembro de 1787 dando, de acordo com os termos do Rei, uma vida civil aos protestantes e aos judeus: “o Edito, relativo aos meus súditos não católicos, limita-se a dar, no meu Reino, um estado civil aos que não professam a verdadeira religião”. A diligência foi importante, e não apenas para os que se aproveitaram para aceder a esta vida civil da qual estavam antes excluídos.

Porque ela não consagra mais o estado civil como um privilégio¹⁴, mas engloba todos os sujeitos (igualmente) registrados, aqueles que praticam a religião oficial e aqueles que professam um outro dogma (embora estes não beneficiassem ainda de uma liberdade religiosa), a reforma pressupôs uma entidade indeterminada¹⁵ apreendida como sujeito em todos os sentidos do termo (sujeito de direito, sujeito do direito, sujeito do poder), independente dos julgamentos oficiais e das vantagens que lhe atribuem conseqüentemente os poderes e as leis.

Se podemos evidentemente falar aqui de igualdade, vem à lume a idéia de soberania e, particularmente, o fato de que o pároco não é mais o único agente público do Estado a elaborar os atos relativos ao estado das pessoas. O juiz (ou outras autoridades) intervém no procedimento para dar a ordem de elaborar o ato. E, sem sairmos da hierarquia da Igreja, o clero adquire também um estatuto público no Estado e integra a hierarquia do Estado.

A adoção da Constituição Civil do Clero em 1790 obrigou a reforçar esta lógica de secularização. O artigo 7 do Título II da Constituição Francesa de 1791 transfere a obrigação de manter registros que constatarem os nascimentos, os casamentos e os falecimentos a oficiais públicos que detêm e conservam estes atos. O Decreto do 20-25 de setembro de 1792 organiza o serviço: a missão é retirada, ao mesmo tempo, da autoridade religiosa e da autoridade jurisdicional para ser confiada à autoridade administrativa; a escolha da autoridade municipal impõe-se por razões práticas evidentes (pela mesma razão, Paris conhece um estatuto derogatório); as formalidades são laicizadas e o comportamento e a conservação regulamentados. É sobre estes fundamentos que o Estado Civil moderno vai desenvolver-se, notadamente com: os artigos 34 e seguintes do Código Civil, que impõem o depósito de uma cópia dos registos perante a autoridade jurisdicional; a lei de 1884 (a Carta Municipal) que cria o *livreto de família*, e; as leis que alteram o estatuto substancial do estado das pessoas, trazendo conseqüências na escrituração oficial, sem reverter as idéias diretoras.

Em relação à constituição do Estado, estas disposições devem ser aproximadas daquelas da Lei do 6 *Fructidor ano II*^{NT}, que impõe a impossibilidade de

^{NT} Ato geral do Regime anterior à Revolução Francesa emanado do Rei comportando uma matéria específica. CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, 2002.

^{NT} 6 de agosto de 1795. A data referida no texto encontra-se ligada ao calendário republicano, que foi criado na Revolução Francesa, por Fabre d'Églantine. Este calendário foi utilizado na França a partir de 24 de novembro de 1793. Ele foi implantado por força de um decreto da Convenção Nacional do 4 frimaire an II (1795), que aboliu a « era vulgar » para as datas, instituindo, em seu lugar, o dia 22 de setembro de 1792, data da proclamação da República, como o primeiro dia da “era dos Franceses”. A partir desta data já se conta o Ano I. Somente em 22 fructidor an XIII (9 de setembro de 1805), Napoleão Bonaparte reinstaura o calendário gregoriano a partir de 1º de janeiro de 1806. Entretanto, o calendário « francês » foi novamente utilizado, por curto período, durante a *Commune de Paris* (1871).

mudança do nome tal como foi fixado pelo atestado de nascimento. O registro civil adquire, assim, o seu último e essencial componente: constitutivo do estatuto do sujeito (o estado das pessoas), prova deste estatuto perante uma organização jurídica que se hierarquizou e centralizou (o Estado como organização jurídica). Ele se torna também o elemento de identificação do indivíduo real (o sujeito ao poder de Estado). Condição de uma nacionalização do direito, o registro civil torna-se também condição da eficácia do poder, a soberania nas suas duas dimensões, jurídica e política.

Há uma lógica de identificação, mas a modalidade da identificação é mínima. Há uma necessidade para a constituição do Estado, mas esta constituição é dependente dos outros valores constitutivos do Estado. O registro civil afirma-se como o registro dos elementos gerais contra os repertórios particulares. Ele repousa e traduz assim valores que são os da Revolução Francesa e, seguidamente, os da República. Não se inscrevem os estados particularizados (ainda que, evidentemente, estes possam ou puderam ser determinados, não no registro civil, mas pela utilização das informações procedentes do registro civil para outros fins).

O coletivo é ignorado. Não se enuncia um estatuto profissional que traduza uma ligação corporativista. Não há estatuto social. Se a profissão das pessoas mencionadas for inscrita nos atos, é a profissão no momento das declarações, o que não implica a obrigação de conservá-la nem declarar a sua mudança (como, aliás, o domicílio). A dimensão familiar é limitada à sua expressão moderna, a família nuclear (filiação e casamento), excluindo-se qualquer concepção mais ampla. Nem a religião, nem a características físicas são mencionadas. Por último, o registro civil não entra na vida privada: nem o PACS^{NT}, nem a vida comum estável são nele registrados. Mesmo a nacionalidade, que é regularmente considerada, na determinação essencial das diferenciações de estatutos, como um critério julgado juridicamente relevante, não está referida no registro civil.

A escolha de se ignorar a nacionalidade nos registros sem dúvida também possui razões históricas: a questão do registro civil foi tratada no direito revolucionário antes que a da nacionalidade se fizesse (o que ocorreu, essencialmente, na Constituição de 1795). Conclui-se que as duas questões não eram unidas e que o registro civil não é político (para a identificação do povo soberano), nem um registro da presença legítima (identificando os direitos à permanência no território nacional). É paradoxalmente nisto que reside a sua eficácia para a soberania do Estado¹⁶. O étnico ou o físico não são legítimos, enquanto outras modalidades de identificação, ainda em vigor em países considerados verdadeiramente democráticos, são, às vezes, integradas.¹⁷

^{NT} Pacto Civil de Solidariedade, que é um contrato firmado entre pessoas maiores, de sexos diferentes ou de mesmo sexo, que que desejam organizar sua vida comum (cf. art. 515-1 CC). Ele foi instituído através da lei n. 99-944 de 15 de novembro de 1999 (que, entre outras disposições, introduziu os artigos 515-1 a 515-7 ao Código Civil Francês).

3 O REGISTRO CIVIL: ENTRE IDENTIDADE E IDENTIFICAÇÃO

A lógica da identificação deve ser claramente separada da lógica da constituição da identidade. Elas não se opõem, mas visam apenas duas coisas perfeitamente distintas, que se pode confundir sob o vocábulo “identificar”.

Identificar através da *identificação* é dominar os dados relativos à identidade, qualquer que sejam. É, por conseguinte, primeiro determinar estes dados, ser informado destes dados e de sua eventual evolução. É, ainda, dispor do monopólio de oficialização destes dados. Assim, é essencialmente uma questão de formalidade (é o registro civil).

Identificar pela *constituição da identidade*, é dizer qual é o conteúdo destes dados. É, por conseguinte, naturalmente uma pergunta substancial (é o estado das pessoas).

Durante muito tempo (e a imutabilidade do nome é uma ilustração evidente), considerou-se que as pessoas não dispunham de um direito a alterar o seu estado. Isto significou, ao mesmo tempo, que as modificações podiam ser apenas uma consequência (indisponível), prevista pela lei, de um ato jurídico que esta lei instituíra, e que as autoridades responsáveis pelo registro civil estavam vinculadas por estas consequências (deviam proceder às menções necessárias, como deviam opôr-se às menções não previstas; aqui, nunca algo foi discricionário). Evidentemente, as leis previam poucas hipóteses e estavam relacionadas com certas menções obrigatórias previstas no registro civil (nascimento, casamento, falecimentos, nome), salvo outras menções (sexo) ou de anotações não obrigatórias.

Esta concepção não está mais completamente atualizada. A Corte Européia de Direitos do Homem, por exemplo, no seu acórdão *Goodwin*, de 11 de julho de 2002¹⁸ (após vários casos anteriores no qual a enunciação e a argumentação não eram tão gerais) teve de fazer face às consequências jurídicas ligadas à mudança de sexo de um transsexual. A Corte concluiu que o artigo 8 da Convenção [Européia de Direitos do Homem], que protege o respeito à vida privada, comportava o “direito de todos de estabelecer os detalhes da sua identidade de ser humano”, ou seja, no caso, o direito de ver o seu registro civil configurado em concordância com a sua real identidade aparente e percebida (por si mesmo e por terceiros).

Não há qualquer dúvida de que esta decisão é essencial tanto em relação à proteção jurídica da vida privada indispensável numa sociedade que se quer democrática e liberal quanto em relação à eficácia social dos direitos afirmados e os valores. A vida privada não impõe simplesmente que o registro civil não mencione elementos protegidos (ilisibilidade da vida privada); implica também para o Estado a tomada de medidas práticas e positivas destinadas a permitir esta proteção (a lisibilidade da vida privada para os elementos que a pessoa entende relevantes).

Ela transfere, por conseguinte, em parte e sob certos limites, a possibilidade de o indivíduo determinar quem ele é oficialmente: de definir parcialmente

a substância da sua identidade jurídica. Ela consagra, assim, um direito de controlar a maneira como o Estado escreve oficialmente quem o sujeito é, mas não o direito de dizer oficialmente quem ele é.^{NT}

O indivíduo não pode alterar ele mesmo seu estado civil: ele dispõe, em contrapartida, do direito de impôr ao Estado a consideração de uma modificação relevante. O monopólio da identificação não é violado por este direito, muito pelo contrário. De uma certa maneira, ele fica reforçado: o direito a definir os detalhes da sua identidade de ser humano, notadamente sobre a questão do gênero ao qual pertence, tem ainda uma eficácia de controle (da informação) além da sua eficácia para o indivíduo.

O indivíduo não dispõe nem do direito de alterar, por si mesmo, o seu registro civil, nem o de fazer figurar as referências que deseja. Poderia-se simplesmente dizer que ele tem um direito à uma identificação honesta. Ou seja, a que a soberania do Estado não viole os valores que este afirma como seus constituintes.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS PELO AUTOR

BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. *Charles Loyseau, aux origines de la puissance publique*. Paris: Economica, 1977.

BEAUD, Olivier. La notion d'État. *Archives de philosophie du droit*, Paris, p. 119-141, 1990.

BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994.

BOISSONY, Christian Dugas de la. *L'État civil*. Paris: PUF, 1987.

KANTOROWICZ, Ernst. Les deux corps du roie Essai sur la théologie politique au moyen age. In: *ŒUVRES*, Paris: Gallimard, 2000, p. 645 et seq.

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Paris: LGDJ, 2004. Tradução francesa da 2ª. edição realizada por Charles Eisenmann.

LEFEBVRE-THEILLARD, Anne. *Le nom, droit et histoire*. Paris: PUF, 1990, especialm. p. 90-96 e 210-216.

LEGENDRE, Pierre. *Leçons*. Paris: Fayard, 1998.

LEROYER, Anne-Marie. La notion d'état des personnes. In: *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*. Paris: Economica, 2004, p. 252.

LOYSEAU, Charles. *Droit des offices*. Paris: Veuve Abel l'Angelier, 1613.

^{NT}No Brasil, a Constituição Federal prevê a possibilidade de se conceder *habeas data*, para fins de: a) assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (cf. art. 5., LXXII, CF/88).

MILLARD, Eric. *Famille et droit public*. Paris: LGDJ, 1995.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris: PUF, 1994.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS PELA TRADUTORA

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, 2002.

MILLIARD, Eric. *Famille et droit public: recherches sur la construction d'un objet juridique*. Paris: LGDJ, 1995. (Coll. *Bibliothèque de droit public*.)

_____. La protection par l'Etat du droit de l'individu à mener une vie familiale normale. In: FINE, A.; LA TERRASSE, C.; ZAOUCHÉ-GAUDRON, C. (Dir.) *A chacun sa famille, approche pluridisciplinaire*. Toulouse: Editions Universitaires du Sud, 1998, t. 1, p. 235-244.

_____. La représentation politique des familles. In: BERTRAND, Mathieu (Dir.), *Pouvoir de la famille, familles de pouvoir*. Toulouse: Méridiennes/CNRS, 2005, p. 307-318.

_____. Le droit constitutionnel de la famille. In: VERPEAUX, Michel (Dir.). *Code civil et constitution*. Paris: Economica, 2005, p. 65-81.

_____. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2006.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

¹ Sobre esta questão, ver notadamente KANTOROWICZ, Ernst. Les deux corps du roi, essai sur la théologie politique au moyen age. *ŒUVRES*, Paris: Gallimard, 2000, p. 645 et seq.

² BEAUD, Olivier. *La puissance de l'Etat*. Paris: PUF, 1994.

³ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Tradução francesa da 2ª edição realizada por Charles Eisenmann. Paris: LGDJ, 2004.

⁴ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris: PUF, 1994.

⁵ BEAUD, Olivier. La notion d'Etat. *Archives de Philosophie du droit*, Paris, 1990, p. 119-141.

⁶ BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. *Charles Loyseau, aux origines de la puissance publique*. Paris: Economica, 1977.

⁷ LOYSEAU, Charles. *Droit des offices*. Paris: Veuve Abel l'Angelier, 1613.

⁸ Nota-se, entretanto, desde o fim do século XVI, a grafia Secretário d'Etat.

⁹ LEROYER, Anne-Marie. La notion d'état des personnes. In: *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*. Paris: Economica, 2004, p. 252. Em grande parte, as reflexões aqui apresentadas nasceram de várias discussões com o autor, ao qual agradeço.

¹⁰ V. BOISSONY, Christian Dugas de la. *L'Etat civil*. Paris: PUF, 1987.

¹¹ V. LEFEBVRE-THEILLARD, Anne. *Le nom, droit et histoire*. Paris: PUF, 1990, especialm. p. 90-96 e 210-216.

¹² V. os inúmeros trabalhos de Pierre Legendre e, notadamente, as *Leçons* publicadas pela Editora Fayard (Paris). V. igualmente MILLARD, Eric. *Famille et droit public*. Paris: LGDJ, 1995.

¹³ Jurisprudência constante: v. notadamente Paris, 2 abril 1998, *RTDC*, p. 650, 1998.

¹⁴ O acesso reservado à vida civil, e notadamente o nascimento “jurídico”, condicionando o casamento e a herança.

¹⁵ Relativamente indeterminada porque as questões que não sejam de cunho religioso não serão por ela tratadas, como aquelas ligadas à escravidão, quase por conta da definição do estatuto jurídico destas pessoas.

¹⁶ Percebe-se, ainda, a inspiração de 1787, mesmo e sobretudo se esta eficácia for reforçada pela justificação que traz a ideologia oficial universalista.

¹⁷ Na Grécia, por exemplo, a religião dos pais é mencionada na certidão de nascimento se eles assim o consentirem; a da pessoa é mencionada sobre as suas certidões de casamento e de falecimento (Lei n. 344/1976).

¹⁸ Requête n. 28957/95, arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*.

THE ROLE OF CIVIL REGISTRY IN BUILDING THE STATE

ABSTRACT

This paper examines civil registry as a kind of identification procedure aimed at contributing to the edification of the French State. The author investigates the stages and problems related to personal identification at civil registry and highlights the issue of the truthfulness of the information.

KEYWORDS: Civil registry. Identification. State.

LE RÔLE DE L'ÉTAT CIVIL DANS LA CONSTRUCTION DE L'ÉTAT

RÉSUMÉ

Cet article envisage l'état civil comme une modalité d'identification des individus pour la construction de l'Etat français. L'auteur relève des étapes et des problèmes liés à l'identification, dans l'état civil, de quelqu'un en tant que personne. Il touche aussi à des questions concernant la vérité des informations comprises dans ces registres.

MOTS-CLÉS: État civil. Identification. Etat.

LE RÔLE DE L'ÉTAT CIVIL DANS LA CONSTRUCTION DE L'ÉTAT

Eric Millard*

RÉSUMÉ

Cet article envisage l'état civil comme une modalité d'identification des individus pour la construction de l'Etat français. L'auteur relève des étapes et des problèmes liés à l'identification, dans l'état civil, de quelqu'un en tant que personne. Il touche aussi à des questions concernant la vérité des informations comprises dans ces registres.

MOTS-CLÉS: État civil. Identification. Etat.

Il existe bien sûr diverses conceptions de l'Etat. Toutes insistent sur la construction d'une séparation entre les titulaires effectifs du pouvoir, les gouvernants, et une forme d'organisation permanente qui les dépasse, qui les conforte ou les légitime, et qui leur survit. Cette séparation/construction prend sans doute en partie ses racines dans la théorie de la dualité des corps du roi.¹ Elle se manifeste par l'organisation juridique du pouvoir: de son étendue, de sa dévolution, de ses limites.² Elle se traduit dans la conception des juristes par la théorisation juridique de l'Etat au moyen d'une théorie de la centralisation et de la hiérarchisation des normes³, qui dans ses conséquences les plus radicales assimile l'Etat (moderne) à cette hiérarchie, c'est-à-dire au droit.⁴

Une telle conception de l'Etat résulte évidemment d'une activité intellectuelle dynamique. Elle s'inscrit en grande partie dans le champ des représentations collectives: une modalité qui se donne à voir et qui tend à faire croire, c'est-à-dire qui ne constitue rien d'autre qu'une participation à une idéologie (complexe) habillant des phénomènes réels de rapports de force d'une parure valorisante (la légitimité). Tendante à faire croire, elle est en perpétuelle réalisation; mais

* Professor da Universidade Paris XI – Sceaux. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, dentre os quais destaca-se: *Théorie générale du droit*. Col. Connaissance du droit. Paris: Dalloz, 2006; *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*. Coll. Bibliothèque de droit public. Paris: LGDJ, 1995; La représentation politique des familles. In: BERTRAND, Mathieu (dir.), *Pouvoir de la Famille, Familles de Pouvoir*. Toulouse: Méridiennes/ CNRS, 2005, p. 307-318; Le droit constitutionnel de la famille. In: VERPEAUX, Michel (dir.). *Code civil et constitution*. Paris: Economica, 2005, p. 65-81; La protection par l'Etat du droit de l'individu à mener une vie familiale normale. In: A. Fine, C. La terrasse & C. Zaouche-Gaudron (dir.) *A Chacun sa famille, Approche pluridisciplinaire*. Tome 1. Toulouse: Editions Universitaires du Sud, 1998, p. 235-244.

idéologie, elle en produit aussi les effets pratiques et concrets, en termes d'efficacité du pouvoir, en termes de légitimité du pouvoir. Surtout cette conception est tout sauf évidente ou naturelle: elle est le produit d'une histoire et ne saurait être par elle-même ni permanente, ni universelle, même si elle en a l'ambition.

Dans cette histoire⁵, Loyseau est un des premiers (1566-1627) à se servir du terme *Estat* pour désigner cette construction de la souveraineté.⁶ Le dérivant du latin *status*, pour désigner les qualités permanentes et les conditions arrêtées de quelque chose, il donne deux exemples: l'*estat* et qualité des personnes, le Royaume⁷; la distinction conceptuelle qu'implique l'emploi moderne de la majuscule diacritique suivra⁸, marquant le genre au sein d'une espèce. Sans doute « le choix du mot Etat pour désigner l'entité politique s'est fait par référence à la catégorie de droit privé constitué par l'état des personnes »⁹, le statut, qui est antérieure. Il demeure que dès le début du XIV^{ème} siècle en Italie, Dante utilise le terme *stato* pour désigner la forme de gouvernement, dans une démarche qui pour n'être pas conceptuelle, révèle cependant l'idée consubstantielle de la souveraineté: la pérennité de la structure du pouvoir.

La maîtrise (souveraineté) des sujets (du pouvoir au travers de sujets de la règle de droit) suppose, notamment, l'instauration et la maîtrise d'un appareillage d'écriture du sujet. L'état civil, qui se comprend comme l'instauration d'une administration en charge de l'écriture de l'état des personnes, se distingue ainsi de cet état des personnes en ce qu'il n'est pas l'éventuel modèle (*statut*) à partir duquel se construit l'Etat, mais bien un des éléments de la construction même de l'Etat, et lié à celle-ci. Les grandes dates de la mise en place de cette administration sont particulièrement révélatrices, qui retrouvent en France le rythme de l'apparition de la personne publique: ébauches médiévales, organisation centralisante par l'Ordonnance de Villers-Cotterets (15 août 1539), actes de la fin du 18^{ème} siècle (1787 et 1791-1792).¹⁰

Service public original, l'état civil résiste d'ailleurs à toute tentative de démembrement de la puissance publique. Placé sous la responsabilité du maire, officier d'état civil, il n'échappe pas, malgré la décentralisation, à la hiérarchie de l'état central: le maire intervient ici en tant qu'agent de l'Etat dans la commune, et son contrôle hiérarchique dépend d'une autorité qui, pour ne pas être l'autorité de droit commun (le procureur de la République), agit en tant que représentant de l'Etat central. Les fonctions de ce service sont bien connues: pour une part, statique, il s'agit d'authentifier dans l'acte public des informations sur l'état des personnes (témoigner donc de ce qu'est le sujet), ce qui relève d'une théorie générale des preuves et ne pose pas de difficultés particulières ici; pour une autre part, dynamique, il s'agit d'identifier, ce qui est plus complexe puisqu'aussi bien se recoupe ici deux démarches, celle d'identification (désigner en tant que sujet) et celle de construction de l'identité (désigner les éléments qui font de telle personne un sujet unique).

Je soupçonne que ce que les civilistes spécialistes de la question de l'état des personnes évoquent lorsqu'ils opposent le statut et la liberté dans l'évolution

actuelle du droit se réfère essentiellement à la distinction entre l'identification et la construction de l'identité; mais je crains également que vue simplement au travers de la substance (l'état des personnes) en occultant que ces deux démarches sont d'abord et demeurent le monopole d'une structure (l'état civil comme service public), la matière se voit parfois caractérisée par une liberté des individus (au sens de pouvoir) qui me paraîtrait exagérée. Je soutiendrai que la logique de l'identification est inhérente à l'Etat parce qu'elle participe de la construction de sa souveraineté (1); que les modalités en France de cette identification par l'état civil sont inhérentes à l'histoire de l'Etat (2); enfin que cette logique de l'identification par l'état civil ne s'oppose pas à la reconnaissance de certains « droits » de l'individu dans la construction de son identité, c'est-à-dire au fait que l'état civil n'est pas discrétionnaire (3).

1 LA LOGIQUE DE L'IDENTIFICATION

Cette logique paraît évidente dans le processus de construction de la souveraineté, mais elle est première et doit sans doute être rappelée, en partie parce que le passage d'une identification « discrétionnaire » à une identification « conditionnée » par les droits reconnus aux sujets tend à la dissimuler. La souveraineté de l'Etat suppose une connaissance et une maîtrise des sujets du pouvoir, et son efficacité est largement dépendante de la sûreté de cette connaissance.

Planiol parlait à propos de l'état civil d'institution de police: police du sujet (dire le nom¹¹) et police des familles (dire les filiations¹²). On ne saurait trop insister sur l'idée que l'état civil est avant tout un des instruments du contrôle public, qui constitue les sujets en tant que destinataires individualisés de règles auxquelles ils ne peuvent se soustraire, et que la maîtrise de ces modes de construction juridique (de l'individu à la personne) est un des piliers de la souveraineté. En ce sens, l'état civil n'est pas un droit de l'individu (on verra qu'il peut en aller autrement de la détermination de son contenu, à proprement parler l'état de la personne), mais un intérêt public.¹³

Il serait cependant hasardeux de s'en tenir à une version étroite et caricaturale du contrôle de la police. La logique de l'identification génère d'autres fonctions indispensables à la construction de l'Etat. On pourrait citer des exemples à l'envi; je n'en soulignerai ici que quelques aspects: information, puissance, catégorisation.

L'état civil est d'abord un formidable instrument statistique pourvoyeur d'informations non identifiantes: masse des naissances et des décès, ages moyens, taux de natalité, flux migratoires, etc. D'autres méthodes (désormais) coexistent sans doute avec l'exploitation des simples registres (recensement et enquêtes notamment), et présentent des avantages en termes de réactivité. Il demeure que l'instrument est le plus complet et le plus fiable, et peut assez aisément être exploité pour mettre en avant des besoins à moyen et à

long terme, et induire certaines des politiques publiques futures (protection sociale, biens publics, etc.).

Cet effet statistique croise la logique du contrôle lorsque l'Etat est appréhendé en terme de puissance: la démographie n'est pas qu'une question de masse et l'identification démographique (l'inscription de sujets réels dans le nombre) participe de la puissance fiscale (en identifiant l'assujetti) ou militaire (en identifiant le mobilisable).

Plus largement, cette démarche devient alors une démarche catégorisante: elle soutient l'identification et le classement des individus réels en catégories déclenchant la mise en oeuvre de statuts juridiques (l'impératif conditionné), fondement de l'Etat moderne comme pouvoir juridiquement organisé, c'est-à-dire comme structure juridique.

La logique de l'identification paraît donc indépassable; encore faut-il noter que dans l'histoire, elle ne devient identification par l'Etat qu'à partir du moment où l'instrument d'écriture acquiert le caractère d'une écriture monopolisée par la force publique. Le notariat (pour identifier les titulaires de droits et la transmission de ces droits), l'Eglise (pour identifier là aussi les sujets de sa puissance en tant qu'institution) ont aussi et plus tôt développé cette logique identifiante; la souveraineté de l'Etat implique la main mise sur l'instrument, et sur la régulation de l'accès à l'information, à proprement parler sa centralisation sous la forme d'un service public: l'état civil.

2 L'ÉTAT CIVIL COMME MODALITE DE L'IDENTIFICATION

Il convient sans doute de commencer par rappeler que tous les Etats n'ont pas (de service) d'état civil, et que la totalité de l'identification entreprise par l'Etat ne se limite pas à l'écriture de l'état civil: coexistent à ses côtés divers registres et fichiers, qui se révèlent plus efficaces, par exemple en matière de contrôle des étrangers, en matière professionnelle ou en matière sociale, pour les politiques publiques. L'état civil se comprend comme une forme de centralisation de l'identification, valable pour chacun indépendamment de son caractère situé. Les mentions qu'il comprend définissent les éléments minimaux indispensables à la constitution comme personne juridique sur le fondement de certaines valeurs. C'est à cet égard que doivent être comprises les dialectiques entre l'état civil et la liberté, et entre l'écriture officielle de l'état des personnes et la protection de la vie privée. Cette compréhension se perçoit dans l'histoire et révèle le rôle de cette institution pour la construction de l'Etat en France.

A partir d'exigences pratiques (notariales notamment pour les successions) et d'expériences religieuses au Moyen Age (certaines paroisses dressant un état de leurs ouailles, à diverses fins et sans doute d'abord pour contrôler la légitimité des mariages), se met en place un système non uniforme et très partiel de l'écriture des états que le pouvoir royal va généraliser (uniformisation) et centraliser (contrôle grâce à l'écrit, mobilisé comme preuve dans le différend).

L'article 51 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts en août 1539 impose aux curés la tenue d'un registre des baptêmes destiné à faire la preuve de la naissance et de l'âge; son article 50 prévoit l'enregistrement des décès.

L'ordonnance de Blois en mai 1576 étend cette obligation aux actes de mariage. L'ordre est d'ailleurs renforcé puisque du côté de la hiérarchie de l'Eglise, le concile de Trente a étendu à l'ensemble de la papauté l'obligation royale de 1539, avec semble-t-il plus d'efficacité d'ailleurs: premier indice sans doute en la matière d'une concurrence sur l'établissement de la souveraineté sur les personnes. Une ordonnance civile en 1667 fonde une vision plus moderne de l'état civil: les registres paroissiaux ne servent plus seulement à prouver des faits (naissance, mort, date du mariage), mais prouvent aussi l'état juridique des personnes (le baptême notamment prouvant la filiation). La situation est intéressante puisque aussi bien elle implique du point de vue de l'Etat une publicité du mariage (renforçant les droits de l'autorité familiale) alors même que pour l'Eglise catholique, le caractère du mariage ne fait pas opposition au mariage clandestin (à l'insu de la famille). Dès ce moment, et indépendamment de la question de l'efficacité pratique (limitée par l'absence de procédures formalisées, et donc conditionnée par les pratiques locales), le registre démographique-historique prend une véritable dimension constitutive du sujet juridique de l'Etat, c'est-à-dire aussi bien sûr de l'Etat qui constitue ces sujets.

Il reste évidemment que tenus par l'Eglise, les registres laissent échapper une partie de la population, celle qui n'est pas catholique: l'idée de souveraineté de l'Etat commandait d'organiser une institution comparable à celle qui incombait au clergé, et c'est ce que va faire l'édit du 17 novembre 1787 en rendant, selon les termes du Roi, la vie civile aux protestants et aux juifs: « l'Edit concernant mes sujets non catholiques se borne à donner dans mon royaume un état-civil à ceux qui ne professent pas la vraie religion ». La démarche est importante, et pas simplement pour ceux qui en profitant accèdent à cette vie civile de laquelle ils étaient exclus.

Parce qu'elle ne fait plus de l'état-civil un privilège (l'accès réservé à la vie civile, et notamment à la naissance juridique, conditionnant le mariage et l'héritage), mais qu'elle englobe dans le champ des sujets (pareillement) enregistrés ceux qui ont la religion officielle et ceux qui professent un autre dogme (qui ne bénéficient pas pour autant d'une liberté religieuse), la réforme présuppose un sujet indéterminé (relativement indéterminée car d'autres questions que la question religieuse ne sont pas traitées, comme celles liées à l'esclavage, presque par définition de ce statut juridique des personnes), appréhendé comme sujet dans tous les sens du terme (sujet de droits, sujet du droit, sujet du pouvoir), indépendamment du jugement de valeur officiel et des avantages que lui accordent en conséquence les pouvoirs et les lois.

Si on ne peut évidemment parler ici d'égalité, on voit à l'oeuvre l'idée de souveraineté, et particulièrement dans le fait que le curé n'est plus le seul agent public de l'Etat en charge de dresser les actes et que le juge (ou d'autres

autorités) intervient dans la procédure pour donner ordre de dresser acte; sans sortir de la hiérarchie de l'Eglise, le clergé séculier acquiert aussi un statut public de l'Etat et intègre une hiérarchie de l'Etat.

L'adoption de la constitution civile du clergé en 1790 oblige à renforcer cette logique de sécularisation. L'article 7 du Titre II de la constitution de 1791 transfère l'obligation de tenir des registres constatant les naissances, les mariages et les décès à des officiers publics qui tiennent et conservent les actes. Le Décret des 20-25 septembre 1792 en organise le service: la mission est retirée à la fois à l'autorité religieuse et à l'autorité juridictionnelle pour être confiée à l'autorité administrative; le choix de l'autorité municipale s'impose pour des raisons pratiques évidentes (pour la même raison, Paris connaît un statut dérogatoire); les formalités sont laïcisées et la tenue et la conservation réglementées. C'est sur ces fondements que l'état civil moderne va se développer, notamment avec les articles 34 et suivants du code civil qui imposent un dépôt d'une copie des registres auprès de l'autorité juridictionnelle, avec la loi de 1884 (la charte municipale) qui crée le livret de famille, et avec les lois qui modifient le statut substantiel de l'état des personnes, portant des conséquences dans l'écriture officielle, sans revenir sur les idées directrices.

Pour la constitution de l'Etat, ces dispositions doivent être rapprochées de celles de la loi du 6 fructidor an II qui impose l'immutabilité du nom tel que fixé par l'acte d'état civil à sa naissance. L'état civil acquiert ainsi sa dernière et essentielle composante: constitutif du statut du sujet (l'état des personnes), preuve de ce statut dans une organisation juridique qui s'est hiérarchisée et centralisée (l'Etat comme organisation juridique), il devient aussi l'élément d'identification de l'individu réel (l'assujetti au pouvoir d'Etat). Condition d'une nationalisation du droit, l'état civil devient aussi condition de l'efficacité du pouvoir: la souveraineté dans ses deux dimensions juridique et politique.

Il y a une logique d'identification, mais la modalité de l'identification est minimale. Il y a une nécessité pour la constitution de l'Etat, mais cette constitution est dépendante des autres valeurs constitutionnelles de l'Etat. L'état civil s'affirme comme l'enregistrement des éléments généraux, contre les inventaires particuliers. Il repose et traduit ainsi des valeurs qui sont celles de la Révolution puis de la république. On n'inscrit pas les états particularistes (même si évidemment ceux-ci peuvent ou ont pu être mobilisés; mais pas dans l'état civil: par l'utilisation des informations issues de l'état civil à d'autres fins).

Le collectif est ignoré: pas de statut professionnel qui traduirait une appartenance corporatiste, pas de statut social; si la profession des personnes mentionnées est inscrite aux actes, c'est la profession au moment des déclarations, qui n'implique pas l'obligation de la conserver ni d'en déclarer le changement (comme le domicile d'ailleurs). La dimension familiale est limitée à son expression moderne, la famille nucléaire (filiation et mariage) à l'exclusion de toute conception élargie. Ni la religion, ni la caractérisation. Enfin l'état civil n'entre pas dans la vie privée, et ni le Pacs, ni le concubinage ne sont enregistrés

ici. Surtout, la nationalité, qui est pourtant dans la détermination essentielle des différenciations de statuts souvent un critère jugé juridiquement pertinent, n'est pas rattachée à l'état civil.

Sans doute le choix d'ignorer la nationalité a lui aussi des raisons historiques: la question de l'état civil est traitée dans le droit révolutionnaire avant que celle de la nationalité se pose (essentiellement dans la constitution de 1795). Il demeure que les deux questions n'ont pas été rattachées et que l'état civil n'est ni un état politique (l'identification du peuple souverain), ni un état de la présence légitime (l'identification des droits au séjour). C'est paradoxalement en cela que réside son efficacité pour la souveraineté de l'Etat¹⁴. L'ethnique ou le physique ne sont légitimes, alors que d'autres modalités d'identification, encore en vigueur y compris dans des pays considérés comme réellement démocratiques, sont parfois intégrées.¹⁵

3 L'ÉTAT CIVIL ENTRE IDENTITÉ ET IDENTIFICATION

La logique de l'identification doit être clairement séparée de la logique de constitution de l'identité: elles ne s'opposent pas, mais elles visent simplement deux choses parfaitement distinctes, que l'on a pu confondre sous le vocable « identifier ».

Identifier par l'identification, c'est maîtriser les données relatives à l'identité, quelles qu'elles soient: c'est donc d'abord déterminer ces données, être informé de ces données, et être informé de leur éventuelle évolution; c'est ensuite disposer du monopole de l'officialisation de ces données. C'est donc essentiellement une question de formalités (et c'est l'état civil).

Identifier par la constitution de l'identité, c'est dire quel est le contenu de ces données. C'est donc naturellement une question substantielle (et c'est l'état des personnes).

Durant longtemps (et l'immutabilité du nom en est une illustration évidente), on a pu considérer que les personnes ne disposaient pas d'un droit à modifier leur état, ce qui signifiait à la fois que les modifications ne pouvaient être qu'une conséquence (indisponible) prévue par la loi d'un acte juridique que cette loi instituait, et que les autorités d'état civil étaient liées par ces conséquences (elles devaient procéder aux mentions nécessaires, comme elles devaient s'opposer aux mentions non prévues; rien n'a jamais été ici discrétionnaire). Evidemment, les lois prévoyaient peu d'hypothèses et elles étaient en relation avec certaines mentions obligatoires prévues à l'état civil (naissance, mariage, décès, nom), à l'exclusion d'autres mentions (sexe) ou de mentions non obligatoires.

Cette conception n'est plus tout à fait actuelle. La Cour européenne des droits de l'homme par exemple, dans son arrêt Goodwin du 11 juillet 2002¹⁶ (après plusieurs affaires antérieures dans laquelle l'énonciation et l'argumenta-

tion n'étaient pas aussi générales) a eu à faire face aux conséquences juridiques liées au changement de sexe d'une transsexuelle. Elle a conclu que l'article 8 de la Convention, qui protège le respect de la vie privée, comportait le « droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain », c'est-à-dire en l'espèce le droit de voir son état civil établi en concordance avec la réalité de son identité apparente et perçue (par elle-même et par les tiers).

Il ne fait aucun doute que cette décision est essentielle au regard tant de la protection juridique de la vie privée indispensable dans une société qui se veut démocratique et libérale, qu'au regard de l'effectivité sociale des droits affirmés et des valeurs. La vie privée n'impose pas simplement que l'état civil ne mentionne pas des éléments protégés (illisibilité de la vie privée); elle implique aussi pour l'Etat la prise de mesures pratiques et positives destinées à permettre cette protection (la lisibilité de la vie privée pour les éléments que la personne juge pertinents).

Elle transfère donc en partie et sous certaines limites la possibilité pour l'individu de déterminer qui il est officiellement: de définir en partie la substance de son identité juridique. Elle consacre donc un droit à contrôler la manière dont l'Etat écrit officiellement qui il est, mais non le droit de dire officiellement qui il est.

L'individu ne peut pas modifier de lui-même son état civil: il dispose en revanche du droit d'imposer à l'Etat la prise en compte d'une modification pertinente. Le monopole de l'identification n'est pas atteint par ce droit, bien au contraire. D'une certaine manière, il est renforcé: le droit à définir les détails de son identité d'être humain, notamment sur la question du genre, a encore une efficacité de police (l'information) derrière son effectivité pour l'individu.

L'individu ne dispose ni du droit de modifier (de) lui-même son état civil, ni de celui d'y faire figurer les catégories de mentions qu'il souhaite. On pourrait simplement dire qu'il a un droit sur cette question à une identification honnête. C'est-à-dire à ce que la souveraineté de l'Etat ne porte pas atteinte aux valeurs que cet Etat affirme comme le constituant.

RÉFÉRENCES

BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. *Charles Loyseau, aux origines de la puissance publique*. Paris: Economica, 1977.

BEAUD, Olivier. La notion d'Etat. *Archives de philosophie du droit*, Paris, p. 119-141, 1990.

BEAUD, Olivier. *La puissance de l'Etat*. Paris: PUF, 1994.

BOISSONY, Christian Dugas de la. *L'Etat civil*. Paris: PUF, 1987.

KANTOROWICZ, Ernst. Les deux corps du roie Essai sur la théologie politique au moyen âge. In: *ŒUVRES*, Paris: Gallimard, 2000, p. 645 et seq.

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Paris: LGDJ, 2004.

LEFEBVRE-THEILLARD, Anne. *Le nom, droit et histoire*. Paris: PUF, 1990, especialm. p. 90-96 e 210-216.

LEGENDRE, Pierre. *Leçons*. Paris: Fayard, 1998.

LEROYER, Anne-Marie. La notion d'état des personnes. In: *Ruptures, mouvements et continuité du droit*. Autour de Michelle Gobert. Paris: Economica, 2004, p. 252.

LOYSEAU, Charles. *Droit des offices*. Paris: Veuve Abel l'Angelier, 1613. V. aussi le *Traité des seigneuries*. Paris: Veuve Abel l'Angelier, 1608.

MILLARD, Eric. *Famille et droit public*. Paris: LGDJ, 1995.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris: PUF, 1994.

¹ Sur cette question, V. notamment KANTOROWICZ, Ernst. Les Deux Corps du Roi, Essai sur la Théologie Politique au Moyen Age. In: *ŒUVRES*. Paris: Gallimard, 2000, p. 645 et s.

² BEAUD, Olivier. *La puissance de l'Etat*. Paris: PUF, 1994.

³ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Traduction française de la 2nde édition par Charles Eisenmann. Paris: LGDJ, 2004.

⁴ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris: PUF, 1994.

⁵ BEAUD, Olivier. La notion d'Etat. *Archives de Philosophie du droit*, Paris, 1990, p. 119-141.

⁶ BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. *Charles Loyseau, aux Origines de la Puissance publique*. Paris: Economica, 1977.

⁷ LOYSEAU, Charles. *Droit des offices*. Paris: Veuve Abel l'Angelier, 1613. V. aussi le *Traité des seigneuries*. Paris: Veuve Abel l'Angelier, 1608.

⁸ On note cependant dès la fin du XVI^{ème} siècle la graphie Secrétaire d'Estat.

⁹ LEROYER, Anne-Marie. La notion d'état des personnes. In: *Ruptures, mouvements et continuité du droit*. Autour de Michelle Gobert. Paris: Economica, 2004, p. 252. Pour un large part, les réflexions ici présentées sont nées à l'occasion de multiples discussions avec l'auteur, que je remercie.

¹⁰ V. BOISSONY, Christian Dugas de la. *L'Etat civil*. Paris: PUF, 1987.

¹¹ V. LEFEBVRE-THEILLARD, Anne. Le nom, Droit et Histoire. Paris: PUF, 1990, spéc. p 90-96 et 210-216.

¹² V. les nombreux travaux de Pierre Legendre et notamment les *Leçons* publié chez Fayard (Paris). V. également MILLARD, Eric. *Famille et Droit public*. Paris: LGDJ, 1995.

¹³ Jurisprudence constante: v. notamment Paris, 2 avril 1998, RTDC 1998, p. 650.

¹⁴ On perçoit encore la même inspiration qu'en 1787, même et surtout si cette efficacité est renforcée par la justification qu'apporte l'idéologie officielle universaliste.

¹⁵ En Grèce par exemple la religion des parents est mentionnée sur l'acte de naissance s'ils y consentent; celle de la personne est mentionnée sur ses actes de mariage et de décès (Loi n. 344/1976).

¹⁶ Requête n. 28957/95, arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni.

THE ROLE OF CIVIL REGISTRY IN BUILDING THE STATE

ABSTRACT

This paper examines civil registry as a kind of identification procedure aimed at contributing to the edification of the French State. The author investigates the stages and problems related to personal identification at civil registry and highlights the issue of the truthfulness of the information.

KEYWORDS: Civil registry. Identification. State.

O PAPEL DO REGISTRO CIVIL NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO

RESUMO

O artigo trata do registro civil como modalidade de identificação dos indivíduos para a construção do Estado Francês. O autor faz um levantamento das etapas e dos problemas relacionados à identificação, no registro civil, de alguém como pessoa. Ressalta, finalmente, a questão da veracidade das informações nele constantes.

PALAVRAS-CHAVE: Registro civil. Identificação. Estado.

UMA TEORIA REALISTA DA INTERPRETAÇÃO*

Michel Troper**

1. Uma função da vontade. 1.1 A interpretação *contra legem* não existe. 1.2 Não há sentido redutível à intenção do legislador. 1.3 Não há sentido objetivo independente das intenções. 2 O objeto da interpretação. 2.1 O texto. 2.2 Os fatos. 3 O poder do intérprete. 3.1 O fundamento de poder. 3.2 O autor da interpretação. 3.3 O produto da interpretação. 3.4 A liberdade do intérprete.

RESUMO

Trata-se de artigo que propõe uma teoria realista da interpretação, caracterizada como aquela que vê na interpretação uma função da vontade e não do conhecimento, tendo por objeto os enunciados ou os fatos (e não as normas) e que confere ao intérprete um poder específico, residente na validade da interpretação por ele dada. O autor discorre, ainda, acerca de outros elementos deste modelo de interpretação, tais como: fundamento, produto e agente (e respectiva liberdade).

PALAVRAS-CHAVE: Teoria realista da interpretação. Características. Elementos.

Se aplicássemos o método recomendado pelos nossos mestres, seria necessário começarmos por esclarecer o título deste artigo e dar algumas definições, começando pela referente à interpretação, que é objeto de teorias rivais: de um lado, uma realista, de outro, certas teorias, as quais seria cedo demais ousar-se chamá-las “irrealistas”. Após ter definido “a interpretação” como atividade,

* Texto traduzido por Valeschka e Silva Braga, Mestre em Direito Público pela UFPE, titular do Master II e doutoranda da Universidade Paris I – Panthéon-Sorbonne, professora da Faculdade Christus, Advogada da União.

** Professor da Universidade Paris X – Nanterre. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, dos quais se destacam como referência doutrinária frequente: *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Presses universitaires de France (PUF), 1994; *La philosophie du droit*. Paris: PUF, 2003; *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: LGDJ, 1980; *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001.

A sua obra na França é tão valorizada que, em dezembro de 2002, foi realizada uma Jornada de Estudos em sua homenagem, sob a organização do Instituto Michel-Villey (fundado em prol da cultura jurídica e da filosofia do Direito). Mais recentemente, a ele foi dedicado um livro intitulado “*L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*” (Paris: Economica, 2006) cujo número de páginas ultrapassa o milhar.

poder-se-ia passar à definição da “teoria realista” e, por último, examinar como esta teoria é aplicável à interpretação.^{NT}

No entanto, este método não pode ser utilizado aqui sem precauções. Para definir a interpretação seria necessário, com efeito, escolher entre duas possibilidades: interpretar é *indicar* o significado de uma coisa ou é *determinar* o significado desta coisa. A primeira definição repousa sobre o pressuposto de que é possível conhecer o sentido, que a interpretação é uma função do conhecimento, a segunda, de que ela é uma função da vontade. Cada uma destas definições corresponde a uma teoria diferente. A definição não porta, por conseguinte, sobre uma atividade que pode ser objeto de uma teoria; ela é a própria expressão desta teoria.

Por sua vez, as duas teorias visadas repousam sobre pressupostos ontológicos e epistemológicos. Ontológicos: se pretendemos que interpretar é indicar um sentido, é porque pressupomos a existência de um sentido objetivo que é possível descrever. Ao contrário, pode-se supor que o sentido não existe e que não é, por conseguinte, possível descrevê-lo, mas apenas determiná-lo.

Além disto, os pressupostos epistemológicos: qualquer teoria ocupa um lugar num sistema intelectual ao qual pode-se atribuir certa função. Pode-se considerar este sistema intelectual como um discurso prático, o dos juízes, por exemplo, e, assim, adotar a definição da interpretação que prestará os melhores serviços no exercício da atividade judicial. Assim, para o decano Vedel, o juiz somente pode exercer a sua atividade, dar-se uma legitimidade e argumentar, se ele pressupõe que ela consiste em descobrir um sentido.¹ No sentido contrário, pode-se pensar que este sistema intelectual é um sistema científico e, neste caso, é necessário procurar, não a teoria que prestará os melhores serviços, mas a que satisfará às condições de veracidade desta ciência.

É necessário notar que os dois pressupostos, ontológicos e epistemológicos, são ligados: escolhemos uma ontologia em função da nossa concepção da tarefa a realizar.

^{NT} Dentre os inúmeros artigos e obras que reverenciam esta teoria realista da interpretação proposta pelo professor Michel Troper, cite-se, particularmente:

GUASTINI, Riccardo. Michel Troper sur la fonction juridictionnelle. *Droits*, Paris, n. 37, p. 111-122, jun. 2003; HAMON, Francis. Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 487-500; JOUANJAN, Olivier. Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 31-48, jun. 2003; LEBEN, Charles. Troper et Kelsen. *Droits*, Paris, n. 37, p. 13-29, jun. 2003; MILLIARD, Eric. Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 725-734; RAYNAUD, Philippe. Philosophie de Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 3-11, jun. 2003; RIALS, Stéphane. La démolition inachevée; Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique. *Droits*, Paris, n. 37, p. 49-85, jun. 2003; WACHSMANN, Patrick. La volonté de l'interprète. *Droits*, Paris, n. 28, p. 29-45, jun. 1998.

Não se pode deixar de mencionar que esta mesma teoria não é isenta de críticas. Cf. neste sentido PFERSMANN, Otto. Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie: En réponse à Michel Troper. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 52, p. 759-788, out. 2002. V. também, o interessante debate do autor com Denys de Béchillon sobre o mesmo tema durante o Laboratório de teoria jurídica da Faculdade de Direito de Aix(en Provence)-Marseille publicado sob a seguinte referência: BECHILLON, Denys de; TROPER, Michel. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Paris, n.1, p. 245-274, jan. 1994.

Se a nossa ambição é contribuir com a teoria da interpretação a um sistema científico, devemos escolher uma ontologia que permita uma verificação científica.

Além disto, se queremos evitar qualquer compromisso prematuro, é por estipulação se deve definir a interpretação como esta “atividade que consiste quer a indicar, quer a determinar o significado” de uma coisa. Deve-se, ainda, fazer uma precisão importante, porque servirá de argumento em prol da teoria realista: a interpretação em questão é exclusivamente a interpretação jurídica, ou seja, a que produz efeitos no sistema jurídico, excluindo-se, por conseguinte, a interpretação musical ou literária, que deve ser tratada de maneira completamente diferente.

Pode-se agora definir a teoria realista. Trata-se de uma variante do positivismo jurídico, por conseguinte, de uma doutrina que quer esforçar-se em construir uma Ciência do Direito sobre um modelo derivado das ciências empíricas. O positivismo jurídico pode apresentar-se sob duas formas: certas teorias, pertencendo à corrente normativista, tomam por objeto as normas como dever-ser e atribuem-se a tarefa de descrever este dever-ser de acordo com métodos específicos, diferentes das ciências da natureza; outras preferem tomar um objeto verdadeiramente empírico e encarar norma como comportamentos humanos ou expressões linguísticas. A teoria realista compreende, ela própria, várias alternativas. Uma toma por objeto o comportamento dos juízes, por conseguinte, um fenômeno físico-social. O Direito é, então, um comportamento efetivo. Uma outra variante toma por objeto não os comportamentos, mas o modo de raciocínio efetivo dos juristas. Ela procura compreender a coação que pesa sobre estes atores – e, *contrário*, a margem de apreciação dos quais eles dispõem – e a coação que eles produzem.

É a uma teoria realista da interpretação que Kelsen parece ter aderido a partir da segunda edição da *Teoria pura*, após tê-la criticado em termos bastante duros. Contudo, ele apenas consagrou desenvolvimentos muito curtos e não aceitou todas as consequências lógicas, pouco compatíveis com algumas das suas idéias relativas à estrutura da ordem jurídica.

A teoria que se exporá aqui, tomando por base a concepção kelseniana da interpretação desta se afastará sobre numerosos pontos.

Esta teoria realista pode ser resumida em três propostas principais:

- (1) a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento;
- (2) ela não tem por objeto as normas, mas os enunciados ou os fatos;
- (3) ela confere àquele que a exerce um poder específico.

1 UMA FUNÇÃO DA VONTADE

Três séries de argumentos militam em prol da tese segundo a qual a interpretação é uma função da vontade: a interpretação *contra legem* não existe; não há sentido a descobrir; não há intenção do autor; não há sentido objetivo, independente das intenções.

1.1 A interpretação *contra legem* não existe

Pode-se retomar aqui a distinção estabelecida por Kelsen entre a interpretação científica e a interpretação autêntica. A interpretação “científica” ou “doutrinária” é aquela que é produzida não somente pela Ciência do Direito ou pela doutrina jurídica, mas por qualquer pessoa, que não fora habilitada pela ordem jurídica a dar uma interpretação dotada do monopólio da validade.

Kelsen emprega a expressão “interpretação autêntica” num sentido ligeiramente diferente do sentido habitual. Na linguagem jurídica clássica, a interpretação autêntica é a que emana do autor mesmo do texto a ser interpretado, por exemplo, o poder legislativo para as leis, em conformidade com o adágio *ejus est interpretari legem cujus est condere*. Para Kelsen, ela é aquela a qual a ordem jurídica faz produzir efeitos. Pode emanar de qualquer autoridade habilitada a interpretar, por exemplo, mas não exclusivamente, os Tribunais Superiores. O efeito da interpretação autêntica é que ela se impõe, independentemente do seu conteúdo. O texto interpretado não tem e não pode ter outro sentido do que aquele que lhe deu a autoridade habilitada, ainda que este sentido pareça contrário a todas as interpretações dadas por outras pessoas, mesmo que pareça insensata e vá contra tudo o que se possa saber da intenção do autor do texto. Encontra-se em qualquer história jurisprudencial numerosos exemplos de tais interpretações que se impõem contra qualquer compreensão intuitiva. A este título, o Conselho de Estado interpretou a fórmula “insuscetível de qualquer recurso” como não excluindo recursos por abuso de poder: o caso *dame Lamotte* figurando como um exemplo. Assim, ainda, o caso, citado por Chaïm Perelman, dos tribunais ingleses, que deviam condenar à morte os ladrões de qualquer objeto de um valor superior à £ 2 e que, para eximir-se de pronunciar condenações tão duras, avaliavam qualquer objeto à 39 xelins, até mesmo uma carteira contendo 10 £ em espécie, ela também avaliada em 39 xelins.

Tais interpretações não podem ser chamadas de *contra legem*. Uma interpretação *contra legem*, com efeito, seria a que iria contra o verdadeiro sentido da lei. Ora, não se dispõe de qualquer interpretação que permita estabelecer este verdadeiro sentido, ao qual se poderia comparar o produto da interpretação autêntica. O único padrão juridicamente incontestável é o que é determinado pela interpretação autêntica.^{NT}

Não seria necessário, contudo, crer que a ordem jurídica faz prevalecer arbitrariamente um sentido imposto por uma autoridade dotada de um poder de decisão, sobre um sentido existente, mas que, por razões de ordem ou de segurança, é privado de efeito e vítima de uma espécie de “razão de Estado” do Direito. Não há realmente nos textos qualquer sentido a descobrir.

^{NT} Sobre o mesmo tema e do mesmo autor do presente artigo, leia: TROPER, Michel. L'élaboration du droit: la jurisprudence. *Revue administrative*, Paris, numéro spécial 3, p. 86-87, dez. 2000.

1.2 Não há sentido redutível à intenção do legislador

Necessário observar, primeiro, que se assimilarmos o sentido à intenção do autor, ou seja, a um certo estado mental, existem numerosos textos para os quais tal intenção não existe. O caso mais impressionante é o de um texto adotado por uma autoridade colegiada. O autor do texto é considerado como sendo a autoridade toda e não isoladamente os membros que votaram a favor dele e sim, por intenção, pois uma autoridade colegiada não pode ter uma intenção, porque ela não é um sujeito psíquico. Mesmo a intenção dos membros considerados individualmente é impossível de se estabelecer. Se tomamos o caso de um Parlamento, todos os que votaram pela adoção do texto não se exprimiram durante o debate e os que o fizeram puderam mentir sobre as suas intenções. Mesmo se foram expostas sinceramente, estas intenções podem ser múltiplas e mesmo contraditórias. Os que votaram a favor do texto, sem se ter exprimido, puderam fazê-lo com as mesmas intenções que alguns dos oradores, mas às vezes com intenções muito diferentes. Eles podem ter sido animados por todas as espécies de razões: a preguiça, a ignorância, a imitação dos seus colegas, a preocupação de respeitar a disciplina do partido. Supondo mesmo que todos os membros do colégio tenham podido exprimir-se, que tenham sido todos perfeitamente sinceros e que todos tenham permanecido no mesmo estado psíquico, eles não puderam ter uma intenção relativa à situação concreta pela qual é necessário interpretar o texto, porque quando da sua adoção, não se podia ter em vista esta situação concreta, mas apenas uma classe de situações.

Ocorre, além disto, que freqüentemente o autor no sentido jurídico não é também o autor intelectual. É o caso de um projeto de lei que tenha sido preparado por uma Administração e adotada pelo Parlamento ou, ainda, de uma Constituição que tenha sido adotada por referendo. O autor é, então, o corpo eleitoral e é, obviamente, impossível descobrir uma intenção comum aos milhões de eleitores.

Mas ainda que se possa realmente determinar o autor e descobrir uma intenção unívoca, não se poderia identificar este estado mental a um sentido, porque tal identificação tornaria muito difícil a aplicação das leis. A aplicação das leis seria, com efeito, apenas a aplicação da vontade do legislador. É normal, de acordo com esta concepção, distinguir o sentido da lei do que poderia resultar de uma interpretação literal ou teleológica, porque o legislador pode não querer o que revelam estas interpretações. Mas, se o juiz limitar-se ao que ele mesmo pode conhecer do estado mental do legislador, aquele jamais poderá aplicar a lei a situações que este não considerou, devendo, em tal caso, recusar-se a julgar. Se o sentido do artigo 1384 [do Código Civil] coincide com o estado mental dos redatores do Código Civil, não se pode aplicá-lo aos acidentes causados por máquinas às quais os redatores não podiam ter qualquer representação mental.

De resto, se o estado mental do legislador tratasse verdadeiramente de uma classe de objetos de que ele tinha conhecimento e se o juiz devesse determinar se a lei é aplicável a tal objeto, que lhe pareça claramente como pertencendo a esta classe, ele não poderia, ainda assim, dizer que aplica a lei

em conformidade com a intenção do seu autor. O que este tinha no espírito não era não o objeto concreto, mas apenas a categoria. No estado mental real no qual encontrava-se, ele pôde muito bem negligenciar o fato de que se poderia acrescentar, um dia, um ou outro objeto sob a tal categoria. Para que se possa pretender que a lei é aplicada de acordo com a intenção do legislador, é necessário, pois, admitir a construção seguinte: o sentido da lei é aquele que o legislador tinha presente em seu espírito assim como todas as conseqüências que ele deveria ter razoavelmente tirado, mesmo que não as tenha tirado realmente ou que teria tirado se tivesse podido verificar a um dado fato concreto.

A interpretação em conformidade com o intuito é, portanto, uma técnica de interpretação. Contudo, se o sentido não é redutível à intenção, também não há sentido objetivo independente das intenções.

1.3 Não há sentido objetivo independente das intenções

Pode-se pensar em descobrir um sentido que seria diferente da intenção eventualmente revelada pelos trabalhos preparatórios. Seria o que surge das palavras do texto ou o contexto sistemático no qual ele figura ou, ainda, da função social ou econômica que deve preencher a norma. A razão é que estes diferentes sentidos podem ser aproximados apenas através do emprego de certos métodos específicos a cada um deles, o sentido literal pela interpretação literal, o sentido funcional pela interpretação funcional, etc. Ora, estes diversos métodos conduzem a resultados diferentes dentre os quais somente se pode escolher através de uma decisão. Assim, é a decisão do intérprete de fazer prevalecer um método sobre outro que, sozinha, produz o referido sentido.

Não há, portanto, sentido objetivo, nem no intuito do legislador, nem independentemente desta intenção. O único sentido é o que se tira da interpretação e pode-se dizer que, antecedendo à interpretação, os textos não têm ainda qualquer sentido, mas estão apenas esperando um significado. Daí resultam certas conseqüências teóricas importantes para a determinação do objeto da interpretação.

2 O OBJETO DA INTERPRETAÇÃO

Se o significado não preexiste à interpretação e se ele é dela apenas o produto então, contrariamente ao que pensam numerosos autores e mesmo Kelsen, o objeto da interpretação não pode ser uma norma jurídica. Se uma lei contém a fórmula *é proibido p*, a expressão *p* pode designar, em conformidade com o sentido que se lhe atribui, várias ações diferentes *p1, p2... pn*, de tal forma a lei não contém uma norma mas, de acordo com a interpretação que é dada, possui várias normas potenciais diferentes: *é proibido p1, é proibido p2...é proibido pn*. É o intérprete que escolhe entre estas diferentes normas. A norma assim não é dotada de significados. Ela mesma é um significado e não pode, por conseguinte, ser interpretada porque é evidentemente absurdo procurar determinar o significado de um significado.

O que pode ser objeto de uma interpretação é, portanto, apenas o que pode ser visto como portador de significados: o texto ou o fato.

2.1 O texto

O texto deve sempre ser objeto de uma interpretação e não apenas se ele é obscuro. De acordo com um adágio conhecido, “*in claris cessat interpretatio*” ou “*in claris non est interpretandum*”, o que é claro não tem necessidade de ser interpretado. Mas esta idéia confronta-se com várias objeções. Em primeiro lugar, se a interpretação é uma decisão, então pode também incidir acerca do caráter claro ou obscuro do texto. Uma autoridade que goza do poder de dar uma interpretação autêntica pode perfeitamente declarar que texto é obscuro para justificar que ela o interpreta ou, pelo contrário, que é claro de maneira a afirmar que ele tem tal significado, sem precisar reconhecer que ela o interpreta. Cita-se como exemplo a postura tomada pelo juiz administrativo francês, em relação a certos atos, para evitar referir-se a uma outra autoridade. Em segundo lugar, o adágio contradiz a visão tradicional da interpretação. Ainda que se admita que interpretar é conhecer um sentido que já existe, não se pode afirmar que um texto é claro sem estar a reconhecer que se conhece o seu significado, portanto, que ele já está interpretado. Por conseguinte, mesmo os textos reconhecidos como límpidos já foram interpretados.

Sendo assim, se a interpretação recai sobre um texto, todo texto deve sempre ser interpretado, não sendo necessário reduzir a interpretação unicamente à determinação do conteúdo do texto, daquilo que ele prescreve. Por outras palavras, não nos ligamos apenas às suas disposições, mas se pode interpretar também o seu estatuto.

A idéia segundo a qual é possível interpretar o estatuto do texto decorre de um conceito amplo de interpretação. Se coletarmos uma pedra, podemos nos questionar se se trata de um objeto natural ou de um produto manufaturado, como um instrumento pré-histórico ou um fragmento de alvenaria. Em Direito, antes de determinar o sentido de uma disposição, a percepção que ela enuncia, devemos fixar se efetivamente se trata de uma disposição jurídica e que ela tem efetivamente o significado de uma norma. Se é realmente uma disposição jurídica, devemos determinar a qual nível ela pertence. Assim, antes de determinar o que significa a palavra “igualdade” no texto da Declaração [de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789] ou aquilo que se designa no Preâmbulo de 1946^{NT} a expressão “Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, o Conselho Constitucional deve estabelecer que estes textos são juridicamente obrigatórios e quais têm um valor constitucional.

^{NT} A ele faz referência o atual texto constitucional de 1958. Em virtude desta menção, o Preâmbulo da Constituição de 1946 foi incorporado ao chamado Bloco de Constitucionalidade [Sobre esta noção, cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. II, n. 3, p. 103-111, 2004.1] através da clássica decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971, sobre a liberdade de associação (de n. 71-44 DC, sobre matéria constitucional).

Assim, o intérprete está em condições de determinar a sua própria competência. O estatuto do texto, com efeito, determina a competência da autoridade que o aplica. O poder do juiz constitucional, por exemplo, é justificado geralmente pela idéia que certos textos têm um valor jurídico, que não são simplesmente a exposição de uma ideologia política, que têm um valor superior ao das leis e que compete ao juiz controlar a conformidade das leis às normas superiores contidas nestes textos. Se é o intérprete mesmo que determina o estatuto do texto, ele determina simultaneamente os limites da competência do legislador e da sua própria.

Esta idéia teria sido rejeitada por Kelsen. O autor da Teoria Pura do Direito distingue, com efeito, cuidadosamente, o valor jurídico de um enunciado e o seu conteúdo. Haveria uma diferença importante entre a afirmação que um enunciado apresenta o caráter de ser uma norma (porque, de um ponto de vista dinâmico, foi formulado por uma autoridade competente em conformidade com o procedimento previsto por uma norma superior) e outra afirmação, segundo a qual possui um significado, em outros termos, que prescreve tal ou tal condução. Por conseguinte, a interpretação portaria apenas sobre o conteúdo do enunciado – tal conduta e não outra qualquer é prescrita ou autorizada - mas não sobre o seu valor ou o seu estatuto – tal enunciado tem o significado de uma norma jurídica de nível constitucional. É, aliás, muito compreensível que Kelsen esteja ligado a esta distinção, porque constitui o único meio para preservar a tese de que um enunciado apresenta o significado objetivo de uma norma do ponto de vista da ordem jurídica. Se, efetivamente, um texto apresenta o caráter de uma lei porque está conforme com a Constituição, pouco importa que o significado do seu conteúdo seja determinado por um intérprete, a teoria do significado objetivo conferido pela norma superior é essencialmente preservada.

Contudo, esta distinção não é aceitável. Pode-se, sem dúvida, conceber que um intérprete limite-se a determinar o significado do conteúdo e impeça-se de pronunciar-se explicitamente sobre o seu estatuto, mas trata-se de uma distinção meramente prática e, além disto, poder-se-ia conceber a atitude oposta. Ademais, encontram-se, na prática jurídica, numerosos exemplos de interpretações que portam sobre o estatuto do ato: o Conselho Constitucional decide que o Preâmbulo faz parte da Constituição, o Conselho de Estado, que uma circular é, realmente, um ato regulamentar, etc. Na verdade, a interpretação do estatuto é implícita na interpretação do conteúdo porque não se pode afirmar que uma lei prescreve fazer *p*, sem estar a pressupor que o texto que contém esta prescrição é efetivamente uma lei e não a declaração de vontade de um simples particular.

Da idéia de que a interpretação porta tanto sobre o estatuto quanto sobre o conteúdo do enunciado, decorre uma consequência teórica importante relativa ao fundamento de validade. Pode-se dar à validade, por conta das necessidades da argumentação, uma definição aceita pelas várias teorias concorrentes: dizer que uma norma é válida significa que ela pertence a uma ordem normativa. De

acordo com a teoria kelseniana da hierarquia das normas, uma norma é válida quando foi posta em conformidade com uma norma superior. Mas se aceitarmos os elementos da teoria da interpretação acima esquematizada, um enunciado tem o significado de uma norma, não devido à sua conformidade a uma norma superior, mas pelo fato de ter sido interpretado por uma autoridade habilitada, significando que certa conduta deve ser tomada. É, por conseguinte, o processo de aplicação – e não a conformidade com a norma superior – que leva a identificar um enunciado como tendo o significado objetivo de uma norma jurídica. Esta idéia permite, então, evitar duas das dificuldades com as quais choca-se a Teoria Pura do Direito.^{NT}

A primeira refere-se à norma fundamental. De acordo com Kelsen, dado que cada norma encontra o fundamento da sua validade numa norma superior, a Constituição é o fundamento de validade final de todas as normas que pertencem à ordem jurídica. Mas, como não há norma positiva acima da Constituição, esta não pode ser válida, por conseguinte, não pode ser identificada como norma jurídica da mesma maneira que todas as outras normas. No entanto, se não for identificada como norma jurídica, não é apta a fundar a validade das normas inferiores. Por conseguinte, é necessário, imperativamente, se se propõe a considerar as normas jurídicas como válidas, pressupor que a Constituição é válida. Este pressuposto é a norma fundamental. Kelsen chega a contestar a maioria das objeções que lhe foram opostas, sublinhando que ele mesmo não pressupõe realmente a existência de uma norma fundamental, que esta norma não existe, mas que é apenas uma hipótese lógica-transcendente, que fazem todos os juristas de maneira espontânea e que a Teoria Pura do Direito revela simplesmente a sua consciência. O raciocínio de Kelsen é perfeitamente admissível, mas não preenche inteiramente a função que a Teoria Pura atribui-lhe: permite compreender porque os juristas têm as normas como válidas, mas não porque o são real ou objetivamente.

A teoria realista da interpretação permite evitar esta dificuldade. Se é o intérprete que determina a significação da norma contida num enunciado, então a pergunta “porque a norma é válida, porque ela pertence à ordem jurídica?”, é suficiente responder: porque ela foi produzida durante o processo de interpretação.

A segunda dificuldade é epistemológica e somente se pode tratá-la por alusão. Se a validade for percebida como um relatório de conformidade entre os significados, então as proposições de Direito, pelas quais a Ciência do Direito descreve normas válidas, não descrevem fatos empíricos. Os positivistas encontram-se então confrontados a uma tarefa terrível: construir uma Ciência do Direito sobre o modelo das ciências empíricas, embora ela não tenha por

^{NT} Caso o leitor queira se aprofundar acerca das críticas proferidas por Troper contra a Teoria kelseniana, cf. principalmente: TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'Etat*, cit., p. 45-90; Id. Ross, Kelsen et la validité. *Droit et société*, Paris, n. 50, p. 43-57, jan. 2002 ; DAVID, Marcel. Positivism juridique et souveraineté du peuple selon Michel Troper. *Revue du Droit public*, Paris, n. 4, p. 965-993, agosto 1997.

objeto fenômenos empíricos. Ao contrário, a Teoria Realista permite tratar o Direito como um conjunto de fatos empíricos, dado que se tratam de atos pelos quais os intérpretes determinam o significado dos enunciados.

Mas a interpretação não envolve somente os enunciados, ela passa também pelos fatos.

2.2 Os fatos

Se o sentido não está presente no enunciado antes da interpretação, é porque o enunciado não está “naturalmente” dotado de sentido. Este sentido apenas lhe é atribuído pela interpretação. Mas pode-se também atribuí-lo a qualquer fato que também não seja naturalmente portador de sentidos. É, aliás, o que se produz em pelo menos dois casos.

O primeiro caso é o do costume. De acordo com a definição habitual, o costume é uma prática repetida, decorrente de um sentimento do caráter obrigatório desta prática. É, por conseguinte, um fato. Mas, como um fato não pode ser produtor de Direito, é necessário, primeiro, que uma norma prescreva que se deve conformar-se ao costume. Em segundo lugar, necessita-se que uma autoridade habilitada declare que tal prática reiterada, admitida com um sentimento de obrigação, consiste num costume e que ela apresente, assim, o significado de uma norma à qual é necessário conformar-se.

A interpretação porta aqui sobre a via secundária de um silogismo (é necessário conformar-se ao costume; ora, isto é um costume, por conseguinte...). A especificidade desta operação consiste no fato de que ela transforma um fato em norma.

Na verdade, a cada vez que a interpretação envolve a via secundária do silogismo, ela não transforma um fato em Direito mas pode substituir-se à interpretação de um texto. É o que se produz com a qualificação jurídica. Veja-se o caso do famoso acórdão *Gomel*. Nos termos da lei, a Administração pode recusar uma licença para construir se o edifício projetado prejudica a perspectiva de um monumento. Para apreciar se uma recusa de tal gênero é legal, o juiz pode determinar o significado da expressão “perspectiva de um monumento” ou pesquisar se tal lugar possui ou não uma perspectiva monumental. Se o magistrado toma a segunda via, aparentemente ele não terá interpretado o texto, mas apenas qualificado o fato. A operação apresenta-se como uma subsunção: dado que existe uma classe, é suficiente pesquisar se um objeto apresenta os critérios relativos a esta classe para poder lhe atribuir a qualificação. Mas, na realidade, somente existe contencioso porque não existe uma lista dos critérios de enquadramento em uma classe, em outros termos, não há realmente uma definição. A afirmativa, feita pelo juiz, de que um dado lugar apresenta ou não uma perspectiva monumental não pode, evidentemente, resultar da simples observação do tal lugar e constitui, sim, uma definição da perspectiva monumental.

Tudo se passa realmente como se o juiz tivesse interpretado o texto. Aliás, os juristas não se enganam quando, para dar o sentido de uma expressão, dão longas listas de casos onde o texto que o contém foi aplicado.

O juiz, com efeito, determinou a extensão do conceito. Esta definição não poderia ser outra que voluntária, mas oferece, relativamente à interpretação do texto admitida, uma dupla vantagem. Em primeiro lugar, não se apresenta como uma interpretação. Ora, às vezes é difícil para um juiz admitir que interpreta, quando, como é o caso do direito francês, o direito positivo não o habilita expressamente a fazê-lo e ainda é mais difícil quando, como na França Revolucionária, o direito simplesmente o proibia de interpretar. Por outro lado, ela não precisa ser justificada em relação a um dos métodos de interpretação canônicos, dado que estes métodos valem apenas para os respectivos textos. Por último, a qualificação do fato somente vale, em princípio, para o caso concreto, se bem que, como a definição que foi necessário empregar continuou a ser implícita, o juiz não pode ser vinculado pelas suas próprias formulações.

3 O PODER DO INTÉRPRETE

Dado que a interpretação é uma operação da vontade e envolve igualmente fatos e enunciados, ela deve ser compreendida como o exercício de um poder considerável. Analisar este poder é determinar o seu fundamento, a sua sede, as normas que ele permite produzir e os limites nos quais ele se exerce.

3.1 O fundamento de poder

O fundamento do poder da interpretação reside na validade da interpretação que ele produz.

Esta interpretação não é, com efeito, suscetível de ser verdadeira ou falsa. Isto não diz respeito, como se escreve às vezes, ao fato de que não existe interpretação *standard* à qual se poderia comparar à que emana do intérprete autêntico. A ausência de uma interpretação *standard* poderia apenas servir de argumento à tese de que não se pode demonstrar a verdade ou a falsidade da interpretação autêntica, mas não serviria à teoria que se refere ao estatuto lógico da interpretação autêntica. Na verdade, também não se pode demonstrar a verdade ou a falsidade da interpretação científica. Esta não é logicamente mais suscetível de ser verdadeira ou falsa. Mas, no que se refere à interpretação autêntica, se ela não pode ser verdadeira ou falsa, é simplesmente porque, qualquer que seja seu conteúdo, a ordem jurídica confere-lhe efeitos. Ela é a decisão de conferir um sentido a um enunciado ou a um fato e uma decisão não pode ser nem verdadeira nem falsa, mas apenas válida ou inválida numa dada ordem normativa.

A validade da decisão interpretativa é exclusivamente formal, ou seja, ela resulta apenas da competência jurídica da autoridade que a toma e não do

seu conteúdo, nem mesmo dos métodos pelos quais é justificada. O fato de uma autoridade ter recorrido a tal ou tal método de interpretação não tem qualquer incidência na validade. Isto não diz respeito à distinção conhecida entre *context of justification* e *context of discovery*, ou seja, na realidade, a decisão pode ter sido tomada por razões muito diferentes das que são invocadas para justificá-la. A ordem jurídica, com efeito, liga as consequências não ao método invocado ou realmente empregado, mas apenas ao exercício, por uma autoridade habilitada, da competência que lhe foi conferida. Quem é então esta autoridade? Quem deve ser considerado como um intérprete autêntico?

3.2 O autor da interpretação

Se a interpretação autêntica é apenas aquela à qual a ordem jurídica atribui efeitos, aquela que não pode ser contestada e que, por conseguinte, no caso da interpretação de um texto, se incorpora a este texto, então o intérprete autêntico é qualquer autoridade competente para fornecer esta interpretação.

Trata-se, naturalmente, em primeiro lugar, dos órgãos jurisdicionais supremos. Mas há, além destes, outras autoridades que têm a competência para dar interpretações autênticas. São elas as que, embora não jurisdicionais, possam dar uma interpretação incontestável perante um órgão jurisdicional qualquer. A Constituição Francesa de 1958 oferta alguns exemplos: o Presidente da República interpreta, sozinho, os termos do artigo 16^{NT} e decide o que significam as expressões “ameaça grave e imediata” ou “interrupção do funcionamento regular dos poderes públicos”. Note-se, aliás, que a interpretação pode, como no caso do acórdão *Gomel*, envolver quer o texto, quer as circunstâncias do caso. Do mesmo modo, é ele quem decide que, no artigo 13, a expressão “o Presidente da República assina as *ordonnances*^{NT} e os decretos deliberados em

^{NT} Possibilidade prevista no artigo 16, que enuncia:

“Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade do seu território ou a execução os seus compromissos internacionais são ameaçadas de maneira grave e imediata, e o regular funcionamento dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República tomará as medidas exigidas por estas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro Ministro, dos Presidentes das assembleias [Assembleia Nacional e Senado] bem como o do Conselho Constitucional.

Ele informa à Nação as medidas tomadas através de uma mensagem.

Estas medidas devem ser inspiradas pela vontade de assegurar aos poderes públicos constitucionais, nos menores prazos, os meios para realizar as suas missões. O Conselho Constitucional deve ser sobre elas consultado.

O Parlamento reúne-se regularmente.

A Assembleia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais.”

^{NT} A Constituição Francesa prevê, em seu art. 38, a possibilidade de autorização dada pelo Parlamento ao governo, através de um mecanismo denominado *habilitação*, para editar normas jurídicas. Estas normas são denominadas *ordonnances* (ou ordenações). Eis a redação do referido dispositivo constitucional:

“Art. 38. O Governo pode, para a execução de seu programa, solicitar ao Parlamento a autorização de tomar, pela expedição de ordenações, durante um prazo limitado, medidas que são normalmente do domínio da lei. As ordenações são adotadas pelo Conselho de Ministros, após parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor desde a sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for proposto perante o Parlamento antes da data fixadas pela lei de habilitação.

Após a expiração do prazo mencionado na primeira alínea do presente artigo, as ordenações somente podem ser modificadas pela lei, nas matérias que são do domínio legislativo.»

Conselho de Ministros” significa também que tem o direito de não os assinar.² Do mesmo modo, ainda, é o Parlamento quem decide o que é a “alta traição”, sob o fundamento do qual o Presidente da República pode ser condenado.^{NT} É, aliás, o que muito propriamente exprimiu Gerald Ford, então líder republicano do Senado, de acordo com o qual “high crimes and misdemeanors”, que justificam o *impeachment* do Presidente dos Estados Unidos, são aqueles que o Senado assim decide.

Observa-se que a interpretação autêntica dada por uma autoridade não jurisdicional é, assim, uma decisão que pode eventualmente ser interpretada como criminosa por outra autoridade. Tal é efetivamente o caso do referido artigo 16 da Constituição [Francesa] de 1958: o Presidente da República pode interpretar tal ou tal circunstância como justificadora da instituição dos poderes de crise, esta interpretação, no entanto, pode ser interpretada pelo Parlamento como constitutiva do crime de alta traição. Se o primeiro toma a sua decisão considerando a possível decisão do segundo, a interpretação autêntica é uma atividade exercida conjuntamente e o seu produto é o resultado de uma relação de forças entre autoridades competentes.

3.3 O produto da interpretação

Se a interpretação é realmente uma decisão, esta decisão tem por objeto a produção de normas que pertencem ao nível do enunciado interpretado. Assim, de acordo com a fórmula freqüentemente citada do bispo Hoadly: “*whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them*”.³

Por conseguinte, um tribunal encarregado, como a nossa Corte de Cassação, de controlar a aplicação das leis, e assim, de interpretá-las, deve ser considerado como que dispendo de um poder legislativo. Trata-se, no entanto, apenas de um poder legislativo parcial. A razão não é, como poderíamos ser tentados a acreditar, que antes de qualquer interpretação, é necessário que o texto tenha sido adotado pelo Poder Legislativo “oficial”. O poder de interpretar pode, com efeito, ser exercido sobre quaisquer textos. E as normas de caráter legislativo podem ser transplantadas sobre os enunciados mais diversos. Ora, se este tribunal é apenas co-legislador, é porque a sua decisão pode sempre ser superada por um novo texto. Sem dúvida, este novo texto, por sua vez, poderá também ser interpretado, mas nesta prova de força que se instaura, o tribunal não está certo de ter a última palavra.

^{NT} CCf. art. 68 da Constituição Francesa de 1958: « O Presidente da República é responsável pelos atos realizados no exercício das suas funções apenas em caso de alta traição. Ele somente pode ser acusado pelas duas Assembléias, através de votação idêntica ao escrutínio público, obtida a maioria absoluta dos seus membros; ele é julgado pela Alta Corte de Justiça.»

Da mesma maneira, uma Corte Constitucional é, ela, co-constituente. Ela também pode interpretar livremente a Constituição e a sua interpretação pode transplantar-se aos enunciados constitucionais mais diversos ou mesmo produzir-se em ausência de enunciado, como ela o faz, ocasionalmente, quando proclama princípios não escritos. Mas ela também pode ver as suas decisões superadas por um novo texto constitucional, produzido pelo Poder Constituinte. Somente se a referida Corte conseguir dotar-se de um poder de controlar amplamente a validade das leis de revisão constitucional [emendas constitucionais], é que deveria ser considerada, não como co-constituente, mas simplesmente como Poder Constituinte.

Mas a interpretação autêntica é sobretudo uma fonte de poderes formidáveis se ela permite a uma autoridade estender a sua própria competência. É o que acontece quando esta competência resultar de textos que ela mesma interpreta. Assim, em 1803, a Corte Suprema dos Estados Unidos interpretou a Constituição Americana de tal maneira que este texto confere-lhe o poder de controlar a constitucionalidade das leis. O Conselho Constitucional Francês procedeu da mesma maneira na França em 1971.

Neste ponto, a teoria realista da interpretação vê-se freqüentemente opôr por um raciocínio absurdo: ela conduziria a inverter completamente a hierarquia das normas; a Constituição, com efeito, somente seria uma norma por conta da interpretação do legislador, a lei, pela dos tribunais e assim em diante, até a execução material, de modo que a autoridade suprema seria o policial.⁴

A objeção pode, no entanto, ser facilmente afastada. A hierarquia da ordem jurídica não é, de modo algum, uma hierarquia de enunciados ou de textos. Entre dois textos, não pode existir relação hierárquica, somente entre os conteúdos ou significados destes textos. Mas se alguém determina simultaneamente o significado do texto da Constituição e o do texto da lei, ou seja, se determina as duas normas, estabelece ao mesmo tempo a existência de uma hierarquia entre elas, que não é oposta, mas idêntica à hierarquia, como apresenta-se habitualmente. A norma legislativa, tal como é determinada pelo processo da interpretação, encontra o fundamento da sua validade ou, se preferirmos, é apresentada como obrigatória, devido à sua conformidade com a norma legislativa, tal como ela própria é determinada pela interpretação. Em outros termos, do fato de que a validade provém do processo de produção de normas inferiores resulta não que a hierarquia é invertida, mas apenas que deve ser considerada como interna ao discurso do intérprete.

Quanto à idéia segundo a qual seria o policial a interpretar a decisão do tribunal, ela não é falsa, mas não se pode aí limitar-se e esquecer-se que esta interpretação não é de modo algum autêntica. Ela é suscetível de ser contestada e destruída pela de outro tribunal. Em outras palavras, de acordo com a teoria realista, a hierarquia das normas reflete a dos poderes.

3.4 A liberdade do intérprete

Opõe-se, então, à teoria realista outra objeção segundo a qual o intérprete, nomeadamente quando se trata de um juiz, sujeito a coações múltiplas, de modo que não se saberia dizer se ele é livre e se exprime a sua vontade.⁵ Este argumento repousa realmente numa confusão entre livre-arbítrio e liberdade no sentido jurídico.

Quando se afirma que uma autoridade qualquer, um órgão da ordem jurídica é livre, não se quer evidentemente dizer que ela está isenta de qualquer determinismo. A teoria tradicional admite por exemplo que, se não há controle de constitucionalidade, o legislador é livre para adotar leis de qualquer conteúdo, reconhecendo, ao mesmo tempo, que quando o Parlamento vota, não escapa à causalidade e encontra-se submetido a toda sorte de coações. A liberdade para contrair matrimônio não significa que a decisão de casar-se e a escolha do cônjuge não estão sujeitas às influências sociais ou psicológicas, mas apenas que qualquer escolha é considerada pelo direito como válida. O que se entende aqui por “liberdade” não é uma situação privada de qualquer determinação, mas apenas uma liberdade “jurídica”. Uma autoridade é juridicamente livre se pode escolher entre várias condutas igualmente válidas em Direito, ainda que a escolha seja, na verdade, produto do determinismo. Assim, a afirmação segundo a qual a interpretação é livre significa apenas que, quando uma autoridade é investida do poder de dar uma interpretação autêntica, todas as interpretações dadas por esta autoridade serão igualmente válidas ou, por outras palavras, incorporar-se-ão ao texto interpretado ou, ainda, produzirão efeitos jurídicos, o que, na verdade, é apenas outra maneira de afirmar que se trata de uma interpretação autêntica. Isto não significa de modo algum contestar o fato de que o comportamento do intérprete obedece a múltiplas causas. Aliás, as críticas não se enganam, dado que acusam precisamente à teoria da interpretação-vontade formulada pelo realistas americanos que façam da sentença o resultado da qualidade do café-da-manhã do juiz.

Os limites do argumento tirado da existência de coações aparecem claramente se considerarmos o regime despótico, tal como o define Montesquieu: um sistema onde só um governe, não de acordo com as leis, mas de acordo com os seus caprichos. O déspota goza, por conseguinte, da liberdade jurídica mais plena. No entanto, ele também é limitado por pressões de todas as espécies, que resultam da situação econômica e financeira do país, do risco de resistência por parte dos súditos, da má execução, etc. Uma decisão que ignora estas pressões afetaria, sem dúvida, a eficácia da ação. Seria, no entanto, válida.

Pode-se continuar a análise. É porque admite que a interpretação é juridicamente livre que a teoria realista pode compreender-se sujeita a um determinismo. Pelo contrário, uma teoria que admite que a interpretação consiste em descobrir um sentido já integrado no texto pode apenas procurar o que o intérprete deve fazer e proíbe de se explicar aquilo que ele faz realmente.

Precisamente, restam dois fenômenos a explicar:

Os juízes são livres para interpretar de acordo com a sua vontade e, no entanto, eles exprimem com demasiada freqüência o sentimento de estarem presos, de tal modo que a realidade deste sentimento não pode ser questionada. Aliás, não é suficiente afirmar que eles são vítimas de uma ilusão, porque ainda é necessário compreender o que pode provocar uma ilusão tão comum.

Por outro lado, se os juízes não são vinculados por um significado do texto (que nele já estaria contido) e se eles apenas exprimem a sua vontade, eles podem alterar as suas interpretações de acordo com os seus próprios caprichos. No entanto, a jurisprudência apresenta uma coerência suficiente para que as decisões não sejam totalmente imprevisíveis.

Pode-se-ia atribuir estes fenômenos à formação dos juízes e à ideologia da qual estão impregnados, ideologia que visa a função judicial como de aplicação e não de criação. Poder-se-ia, também, invocar a consciência de todo detentor de poder de que está sujeito a pressões de fato. Nenhuma das explicações convém.

A primeira, porque a norma que prescreve ao juiz a aplicar o Direito, e não a criá-lo, é uma norma moral, não uma norma jurídica. Pode-se encontrar certamente disposições do direito positivo que ordenam precisamente ao juiz que se limite a aplicar os textos, mas estas disposições devem elas mesmas serem interpretadas antes de serem aplicadas e a questão de saber o que o obriga a aplicá-las novamente se põe. O que cria esta obrigação de aplicar as normas dos sistemas jurídicos pode, por conseguinte, ser apenas uma norma externa ao próprio sistema.

Ora, o sentimento dos juízes é o de estar obrigado não moral, mas juridicamente. Por outro lado, se se tratasse realmente de uma obrigação moral, ela não seria sentida da mesma maneira por todos os juízes, que obedecem naturalmente a morais diferentes. Aliás, esta norma seria, sem dúvida, com muita freqüência transgredida, principalmente em caso de conflito com outras normas morais. Enfim, e sobretudo, a norma que prescreve aplicar o direito não tem qualquer conteúdo específico quanto à conduta interpretativa que convém adotar. Ela pode prescrever que se interprete o texto em conformidade com o seu sentido “verdadeiro”, mas não prescreve a maneira de descobri-lo e se o juiz apenas teria um sentimento de estar obrigado, não tendo o de estar obrigado a interpretar num certo sentido e não em outro.

Quanto à idéia segundo a qual os juízes teriam simplesmente consciência de estarem sujeitos a coações de fato, ela sobretudo não revela o sentimento que eles exprimem de estarem vinculados. Contrariamente ao déspota, que pode ter o sentimento de estar sujeito a pressões de fato, mas não condicionado por obrigações, o juiz não considera simplesmente que uma decisão ou uma interpretação é inoportuna devido às suas conseqüências, mas que ela é válida ou inválida em Direito.

Deve-se, por conseguinte, levar a sério a idéia segundo a qual o Direito não contém somente obrigações – que se poderia facilmente ignorar ou transgredir, mas que, nesta situação, conforme já se viu, elas não existem –, mas ele organiza um conjunto de pressões, que se pode chamar de coação jurídica. Se esta hipótese for verificada, seria necessário admitir que, ao lado das coações de fato, que vêm da natureza ou da sociedade, há coações que resultam do sistema jurídico e que fazem com que os agentes, que têm o direito de escolher entre um elevado número de condutas possíveis, vejam esta escolha como extremamente limitada.

Certamente, a expressão “coação jurídica” parece conter uma contradição em seus termos, dado que a coação inscreve-se no determinismo, que é da competência do *sein* [do ser] e não do *sollen* [dever-ser]. No entanto, pode-se conceber a existência de dois tipos de coação comparáveis às coações materiais e que resultam do sistema jurídico.

A coação no sentido forte resulta de regras constitutivas, ou seja, de regras que não se limitam a prescrever uma conduta, mas a constituem (no sentido que é a observação destas regras que permite qualificá-la).⁶ Assim, “o casamento deve ser celebrado por um escrivão do registro civil” significa que uma cerimônia que é celebrada por outra pessoa não seria um casamento ao sentido jurídico do termo. Um casamento apenas pode definir-se como uma união celebrada de determinada maneira. Regras deste tipo organizam uma verdadeira coação, na medida em que apresentam-se como meios necessários para realizar certo fim: o único meio para casar-se é fazer celebrar o casamento pelo escrivão do registro civil. Tais coações não pesam, evidentemente, sobre a atividade de interpretação. Não existe regra cuja observação permitiria qualificar um ato de interpretação jurídica e ainda menos qualificá-lo de interpretação justa. Aliás, se existisse, seria necessário interpretá-lo.

Em contrapartida, pode-se falar de coação jurídica no sentido fraco: quando normas colocaram um indivíduo ou um órgão numa situação tal que ele deve comportar-se de certa maneira para agir de maneira razoável e eficaz. Tal situação encontra-se primeiro nos órgãos jurisdicionais colegiados, quando um dos membros propõe-se a persuadir os seus colegas. Mesmo se estiver plenamente convencido da verdade da tese realista, é-lhe evidentemente impossível afirmar que o juiz pode dar ao texto qualquer significado, porque, fora do argumento de oportunidade, não há qualquer razão de preferir um significado a outro. Pode-se, por conseguinte, considerar que existe uma coação objetiva que leva a recorrer a argumentos tirados da verdade do texto.⁷

Uma situação de coação fraca encontra-se, ainda, quando as normas organizam as relações entre autoridades de tal maneira que o poder arbitrário de uns dissuade os outros a exercer o seu próprio poder arbitrário de maneira excessiva. Assim, todo o sistema da balança dos poderes, tal qual concebido nas Constituições do fim do século XVIII, é efetivamente uma disposição de normas tal qual resulta de uma legislação e uma prática política “moderadas”

no sentido dado por Montesquieu: as Câmaras evitarão adotar leis excessivas, porque o rei oporia o seu veto. O Rei não adotará qualquer contrária às leis, porque seus Ministros recusariam-se a ratificá-la. Do mesmo modo, o Presidente da 5ª República^{NT} hesitará a interpretar as circunstâncias como suscetíveis de comportar uma ameaça grave e imediata, se ele sabe que o Parlamento pode interpretar o seu comportamento como constitutivo do crime de alta traição. A coação deve aqui ser considerada como “fraca” porque estes comportamentos não são impossíveis como poderia o ser um casamento celebrado fora das formas prescritas. Eles podem produzir-se, e serem perfeitamente qualificados em conformidade com as intenções dos seus autores. No caso do voto de uma lei excessiva no seu conteúdo, não se trataria mesmo de transgressão e o veto real não seria uma sanção. Tal atitude simplesmente não seria razoável, enquanto – tal é pelo menos a opinião dos publicistas do século XVIII – será bem preferível adotar uma lei de compromissos que se arriscar à não adoção de qualquer lei.

Pode acontecer também que as situações que resultam de um conjunto de normas em vigor incitem o agente a adotar uma condução moderada, não para evitar conseqüências nefastas, mas para aumentar o seu poder. O paradoxo é apenas aparente e resulta de uma percepção do poder perfeitamente ilustrada pela descrição do despotismo feita por Montesquieu. Contrariamente à Monarquia, onde só um governa, mas “por leis fixas e estabelecidas”, o despotismo é um sistema onde só um governa sem leis, de acordo com os seus caprichos. Assim, o poder despótico é, de acordo com Montesquieu, maior que o do Rei, dado que não é limitado por qualquer lei, tendo por objeto apenas “o deleite do príncipe”. A super potência despota, assim, é concebida de maneira meramente negativa – como a do Rei da França que é *legibus solutus* e à imagem da de Deus, se for definida como a capacidade de fazer milagres, ou seja, de subtrair-se às leis da natureza ou a alterá-las a qualquer momento.

Em contrapartida, se se definir o poder de maneira positiva, como a capacidade de determinar o comportamento de outro, aumenta-se, então, o seu poder, não decidindo de acordo com os seus caprichos mas, pelo contrário, enunciando regras gerais e estáveis que permitirão aos homens prever as conseqüências das suas ações e, por conseguinte, de escolher dentre as condutas possíveis aquelas que lhes serão mais vantajosas. Emancipando-se das leis, prescreve-se uma classe específica de ações, submetendo-se a elas, é uma classe geral que impera.

Nada impede que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação dê a um texto qualquer um significado qualquer, tendo em vista que toda interpretação será igualmente válida, mas se eles assim se comportassem, é claro que os órgãos jurisdicionais inferiores e os jurisdicionados estariam na incapacidade de regular as suas próprias condutas, porque ser-lhes-ia impossível prever as conseqüências dos seus atos.

^{NT} Na história constitucional francesa, cada Constituição que adotou democraticamente o regime de governo republicano foi considerada como instauradora de uma República. Assim, quatro antecederam a atual (1793, 1848, 1875 e 1946), datada de 1958.

No caso do juiz constitucional, não há órgãos jurisdicionais inferiores. Contudo, o legislador é efetivamente um legitimado a acioná-lo: assim, não somente uma seqüência de interpretações arbitrárias poderia conduzir a uma diminuição, *in casu*, da legitimação do juiz mas, sobretudo, este não poderia contribuir para determinar, como o faz, o conteúdo de toda a legislação futura. A consciência da estabilidade da jurisprudência é que permite ao legislador fazer uma estimativa razoável da licitude e, por conseguinte, a viabilidade das suas ações. Por jurisprudência, aliás, deve-se entender, aqui, não simplesmente as regras que resultam do conjunto de decisões jurisdicionais, como também os métodos e os sistemas de conceitos que permitem chegar a elas. É empregando os mesmos métodos e os mesmos conceitos que os jurisdicionados e as outras autoridades poderão esperar prever as decisões jurisdicionais, conhecer as regras às quais estão sujeitos e, desta forma, regular as suas próprias condutas.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS PELO AUTOR

BECHILLON, Denys de. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation – réflexions critiques. *Revue de la Recherche Juridique*, p. 247 e ss, 1994-1.

GRAY, J. *The Nature and sources of the law*. 2. ed. 1927, p. 102.

KELSEN, Hans. *General Theory of law and state*. New-York: Russell & Russell, 1945, reed. 1961.

_____. *Théorie générale du droit et de l'Etat*. Paris: LGDJ, 1997.

MEUNIER, J. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel: essai d'analyse stratégique*. Paris: LGDJ, 1994.

PEYREFITTE, Alain. *C'était de Gaulle*. Paris: Fayard, 1994.

SEARLE, J. R. *Les actes de langage*. Paris: Hermann, 1972.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS PELA TRADUTORA

BECHILLON, Denys de; TROPER, Michel. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Paris, n.1, p. 245-274, jan. 1994.

DAVID, Marcel. Positivisme juridique et souveraineté du peuple selon Michel Troper. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 4, p. 965-993, agosto 1997.

GUASTINI, Riccardo. Michel Troper sur la fonction juridictionnelle. *Droits*, Paris, n. 37, p. 111-122, jun. 2003.

HAMON, Francis. Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 487-500.

JOUANJAN, Olivier. Une interprétation de la théorie réaliste du Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 31-48, jun. 2003.

LEBEN, Charles. Troper et Kelsen. *Droits*, Paris, n. 37, p. 13-29, jun. 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. II, n. 3, p. 103-111, 2004.1.

MILLIARD, Eric. Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation. In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006, p. 725-734.

PFERSMANN, Otto. Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie: En réponse à Michel Troper. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 52, p. 759-788, out. 2002.

RAYNAUD, Philippe. Philosophie de Michel Troper. *Droits*, Paris, n. 37, p. 3-11, jun. 2003.

RIALS, Stéphane. La démolition inachevée: Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique. *Droits*, Paris, n. 37, p. 49-85, jun. 2003.

TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: LGDJ, 1980.

_____. *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001.

_____. L'élaboration du droit: la jurisprudence. *Revue Administrative*, Paris, numéro spécial 3, p. 86-87, dez. 2000.

_____. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Presses universitaires de France (PUF), 1994.

_____. *La philosophie du droit*. Paris: PUF, 2003.

WACHSMANN, Patrick. La volonté de l'interprète. *Droits*, Paris, n. 28, p. 29-45, jun. 1998.

¹Exposição inédita realizada no Seminário do Centro de Filosofia do Direito da Universidade Paris II.

²Este poder de interpretação do Presidente da República também não foi ignorado pelos autores políticos e pelos juristas. Assim, Alain Peyrefitte suscita esta observação do ministro de Broglie ao Conselho de Ministros feita em 19 de setembro de 1962, a propósito da revisão da Constituição através do artigo 11: "Ninguém falou do poder de interpretação da Constituição do Presidente da República. É um poder fundamental e, pelo menos implicitamente, incluído na Constituição. É precisamente nos casos em que os juristas estão divididos entre si que o Presidente da República deve usar este poder. Ele tem os meios para fazê-lo, recorrendo ao povo soberano, de acordo com o direito que lhe é reconhecido expressamente. Ele constata as discussões

entre os juristas. Ele expõe o seu sentimento, e o povo resolve.” De acordo com A. Peyrefitte, de Gaulle não apresentou qualquer resposta (PEYREFITTE, Alain. *C’était de Gaulle*. Paris: Fayard, 1994, p. 230).

³ Citado por GRAY, J. *The nature and sources of the law*. 2. ed. 1927, p. 102. Retomado por KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. New-York: Russell & Russell, 1945, reed. 1961, tradução francesa: *Théorie générale du droit et de l’Etat*. Paris: LGDJ, 1997, p. 152 da edição americana.

⁴ BECHILLON, Denys de. L’ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l’interprétation – réflexions critiques. *Revue de la Recherche Juridique*, p. 247, 1994-1. E a réplica de Michel Troper, na mesma revista, página 267.

⁵ Esta objeção foi notadamente formulada por Denys de Bechillon, no artigo citado e pelo decano Georges Vedel na exposição mencionada na nota 1.

⁶ SEARLE, J. R. *Les actes de langage*. Paris: Hermann, 1972, sobretudo p. 72.

⁷ MEUNIER, J. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel: essai d’analyse stratégique*. Paris: LGDJ, 1994.

A REALISTIC THEORY OF INTERPRETATION

ABSTRACT

This paper proposes a realistic theory of interpretation, distinguished by the idea that interpretation is an activity related to will and not to knowledge and which has as a subject facts and propositions, not the rules, granting the exegete a specific power residing on the validity of the interpretation presented. The author also discourses about other elements of this model of interpretation, such as ground, product and agent, including agent freedom.

KEYWORDS: Realistic theory of interpretation. Characteristics. Elements.

UNE THÉORIE RÉALISTE DE L’INTERPRÉTATION

RÉSUMÉ

Il s’agit d’un article qui propose une théorie réaliste de l’interprétation, caractérisée par son regard spécifique sur l’interprétation, vue comme une fonction de la volonté et non pas de la connaissance, ayant pour objet des énoncés ou des faits (et non pas des normes) et qui confère à l’interprète un pouvoir spécifique, fondé sur la validité de son interprétation. Aussi, l’auteur énonce d’autres éléments d’un tel modèle d’interprétation: ses fondements, son produit et son agent (ainsi que la liberté de celui-ci).

MOTS-CLÉS: Théorie réaliste de l’interprétation. Caractéristiques. Éléments.

UNE THÉORIE RÉALISTE DE L'INTERPRÉTATION

Michel Troper*

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article qui propose une théorie réaliste de l'interprétation, caractérisée par son regard spécifique sur l'interprétation, vue comme une fonction de la volonté et non pas de la connaissance, ayant pour objet des énoncés ou des faits (et non pas des normes) et qui confère à l'interprète un pouvoir spécifique, fondé sur la validité de son interprétation. Aussi, l'auteur énonce d'autres éléments d'un tel modèle d'interprétation: ses fondements, son produit et son agent (ainsi que la liberté de celui-ci).

MOTS-CLÉS: Théorie réaliste de l'interprétation. Caractéristiques. Éléments.

Si l'on appliquait la méthode recommandée par nos maîtres, il faudrait commencer par expliciter le titre et donner quelques définitions en commençant par l'interprétation, qui fait l'objet de théories rivales, tantôt une théorie réaliste, tantôt d'autres théories qu'il est trop tôt pour oser appeler "irréalistes". Après avoir défini "l'interprétation" comme activité, on pourrait passer à la définition de "la théorie réaliste" et enfin examiner de quelle manière cette théorie s'applique à l'interprétation.

Pourtant, cette méthode ne peut être utilisée ici sans précaution. Pour définir l'interprétation, il faudrait en effet choisir entre deux possibilités: interpréter, c'est *indiquer* la signification d'une chose ou c'est *déterminer* la signification de cette chose. La première définition repose sur le présupposé qu'il est possible de connaître le sens, que l'interprétation est une fonction de la connaissance, la seconde qu'elle est une fonction de la volonté. Chacune de ces définitions correspond à une théorie différente. La définition ne porte donc pas sur une activité qui peut être l'objet d'une théorie; elle est elle-même l'expression de cette théorie.

A leur tour, les deux théories visées reposent sur des présupposés ontologiques et épistémologiques. Ontologiques: si je prétends qu'interpréter c'est

* Professor da Universidade Paris X – Nanterre. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, dos quais se destacam como referência doutrinária frequente: *Pour une théorie juridique de l'État*. Presses universitaires de France (PUF), 1994; *La philosophie du droit*. Paris: PUF, 2003; *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: LGDJ, 1980; *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001.

indiquer un sens, c'est que je présuppose l'existence d'un sens objectif qu'il est possible de décrire. A l'inverse, je peux supposer que le sens n'existe pas et qu'il n'est donc pas possible de le décrire, mais seulement de le déterminer.

Présupposés épistémologiques ensuite: toute théorie prend place dans un système intellectuel auquel on peut assigner une certaine fonction. On peut ainsi considérer ce système intellectuel comme un discours pratique, celui des juges par exemple, et adopter la définition de l'interprétation rendra les meilleurs services dans l'exercice de l'activité judiciaire. Ainsi, pour le Doyen Vedel, le juge ne peut exercer son activité, se donner une légitimité et argumenter, que s'il présuppose qu'elle consiste à découvrir un sens.¹ A l'inverse, on peut penser que ce système intellectuel est un système scientifique et, dans ce cas, il faut rechercher non pas la théorie qui rendra les meilleurs services, mais celle qui satisfera aux conditions de vérité de cette science.

Il faut noter que les deux présupposés ontologique et épistémologique sont liés: nous choisissons une ontologie en fonction de notre conception de la tâche à accomplir. Si notre ambition est de contribuer avec la théorie de l'interprétation à un système scientifique, nous devons choisir une ontologie qui permette une vérification de type scientifique.

Aussi, si l'on veut éviter tout engagement hâtif, c'est par stipulation qu'il faut définir l'interprétation comme cette "activité qui consiste soit à indiquer, soit à déterminer la signification" d'une chose. On doit encore apporter une précision importante car elle servira d'argument en faveur de la théorie réaliste: l'interprétation dont il sera question est exclusivement l'interprétation juridique c'est-à-dire celle qui produit des effets dans le système juridique, à l'exclusion par conséquent de l'interprétation musicale ou littéraire, qui doit être traitée tout à fait différemment.

On peut à présent définir la théorie réaliste. Il s'agit d'une variante du positivisme juridique, donc d'une doctrine qui veut s'efforcer de construire une science du droit sur un modèle dérivé des sciences empiriques. Le positivisme juridique peut se présenter sous deux formes: certaines théories, appartenant au courant normativiste, prennent pour objet les normes en tant que devoir-être et se donnent pour tâche de décrire ce devoir être selon des méthodes spécifiques, différentes des sciences de la nature; d'autres entendent prendre un objet véritablement empirique et envisagent les normes comme des comportements humains ou des expressions linguistiques. La théorie réaliste comprend elle-même plusieurs variantes. L'une prend pour objet le comportement des juges, donc un phénomène psychosocial. Le droit est alors un comportement effectif. Une autre variante prend pour objet non les comportements, mais le mode de raisonnement effectif des juristes. Elle cherche à comprendre les contraintes qui pèsent sur ces acteurs - et a *contrario* la marge d'appréciation dont ils disposent - et les contraintes qu'ils produisent.

C'est à une théorie réaliste de l'interprétation que Kelsen semble s'être rallié à partir de la deuxième édition de *Théorie pure*, après l'avoir critiquée dans

des termes très durs. Cependant, il ne lui a consacré que des développements très courts et n'en a pas accepté toutes les conséquences logiques, peu compatibles avec certaines de ses idées relatives à la structure de l'ordre juridique.

Celle qu'on exposera ici, tout en prenant appui sur la conception kelsenienne de l'interprétation s'en écartera donc sur de nombreux points.

Cette théorie réaliste peut se résumer en trois propositions principales:

- (1) *l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance;*
- (2) *elle n'a pas objet des normes, mais des énoncés ou des faits;*
- (3) *elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique.*

I. Une fonction de la volonté.

Trois séries d'arguments militent en faveur de la thèse que l'interprétation est une fonction de la volonté: l'interprétation *contra legem* n'existe pas; il n'y a pas de sens à découvrir; il n'y a pas d'intention de l'auteur; il n'y a pas de sens objectif, indépendant des intentions.

L'interprétation *contra legem* n'existe pas

On peut reprendre ici la distinction établie par Kelsen entre l'interprétation scientifique et l'interprétation authentique. L'interprétation "scientifique" ou "de doctrine" est celle qui est produite non seulement par la science du droit ou la doctrine juridique, mais par toute personne, qui n'a pas été habilitée par l'ordre juridique à donner une interprétation dotée du monopole de la validité.

Kelsen emploie l'expression "interprétation authentique" dans un sens légèrement différent du sens habituel. Dans la langue juridique classique, l'interprétation authentique est celle qui émane de l'auteur même du texte à interpréter, par exemple le pouvoir législatif pour les lois, conformément à l'adage *ejus est interpretari legem cujus est condere*. Pour Kelsen, c'est celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets. Elle peut émaner de n'importe quelle autorité habilitée à interpréter, par exemple, mais non exclusivement, les tribunaux supérieurs. L'effet de l'interprétation authentique est qu'elle s'impose, quel que soit son contenu. Le texte interprété n'a pas et ne peut avoir d'autre sens que celui que lui a donné l'autorité habilitée, même si ce sens paraît contraire à toutes les interprétations données par d'autres personnes, même si elle paraît déraisonnable et même si elle va à l'encontre de tout ce qu'on peut savoir de l'intention de l'auteur du texte. On trouve dans n'importe quelle histoire de la jurisprudence de nombreux exemples de telles interprétations qui s'imposent contre toute compréhension intuitive. Ainsi, le Conseil d'État interprétant la formule "insusceptible de tout recours" comme n'excluant pas recours pour excès de pouvoir dame Lamotte en est un. Ainsi encore le cas, cité par Chaïm PERELMAN, des tribunaux anglais

qui devaient condamner à mort les voleurs de tout objet d'une valeur supérieure à 2 £ et qui, pour éviter de prononcer des condamnations aussi dures, évaluaient n'importe quel objet à 39 shillings, jusques et y compris un portefeuille contenant 10 £ en espèces, lui aussi évalué à 39 shillings.

De telles interprétations ne peuvent pas être dites *contra legem*. Une interprétation *contra legem*, en effet, serait celle qui irait à l'encontre du sens véritable de la loi. Or, on ne dispose pas d'aucune interprétation permettant d'établir ce sens véritable, auquel on pourrait comparer le produit de l'interprétation authentique. Le seul standard juridiquement incontestable est celui qui est déterminé par l'interprétation authentique.

Il ne faudrait cependant pas croire que l'ordre juridique fait prévaloir arbitrairement un sens imposé par une autorité dotée d'un pouvoir de décision, sur un sens existant, mais qui, pour des raisons d'ordre ou de sécurité, serait privé d'effet et victime d'une espèce de raison d'État du droit. Il n'y a en réalité dans les textes aucun sens à découvrir.

Il n'y a pas de sens réductible à l'intention du législateur

Il faut remarquer d'abord que si l'on assimile le sens à l'intention de l'auteur, c'est-à-dire à un certain état mental, il existe de nombreux textes pour lesquels une telle intention n'existe pas. Le cas le plus frappant est celui d'un texte adopté par une autorité collégiale. L'auteur du texte est réputé être l'autorité toute entière et pas seulement les membres qui ont voté pour lui et si, par intention, mais une autorité collégiale ne peut avoir une intention, parce qu'elle n'est pas un sujet psychique. Même l'intention des membres envisagés individuellement est impossible à établir. Si nous prenons le cas d'un Parlement, tous ceux qui ont voté pour l'adoption du texte ne se sont pas exprimés au cours du débat et ceux qui l'ont fait ont pu mentir sur leurs intentions. Même si elles ont été exposées sincèrement, ces intentions peuvent être multiples et même contradictoires. Ceux qui ont voté pour le texte, sans s'être exprimés, ont pu le faire avec les mêmes intentions que certains des orateurs, mais parfois avec des intentions toutes différentes. Ils ont pu être animés par toutes sortes de raisons: la paresse, l'ignorance, l'imitation de leurs collègues, le souci de respecter la discipline du parti. A supposer même que tous les membres du collège aient pu s'exprimer, qu'ils aient tous été parfaitement sincères et qu'ils aient été tous dans le même état psychique, ils n'ont pu avoir une intention concernant la situation concrète pour laquelle il faut interpréter le texte, parce qu'au moment de son adoption, on ne pouvait avoir en vue cette situation concrète, mais seulement une classe de situations.

Il arrive d'ailleurs souvent que l'auteur au sens juridique n'est pas l'auteur intellectuel. C'est le cas lorsqu'un projet de loi a été préparé par une administration et adoptée par le Parlement ou encore lorsqu'une constitution a été adoptée par référendum. L'auteur est alors le corps électoral et il est bien évidemment impossible de découvrir une intention commune aux millions d'électeurs.

Mais même si l'on pouvait réellement déterminer l'auteur et découvrir une intention univoque, on ne pourrait identifier cet état mental à un sens, car une telle identification rendrait très difficile l'application des lois. L'application des lois ne serait en effet que l'application de la volonté du législateur. Il est normal selon cette conception de distinguer le sens de la loi de celui qui pourrait résulter d'une interprétation littérale ou téléologique, parce que le législateur a pu ne pas vouloir ce que révèlent ces interprétations. Mais, si le juge s'en tient à ce qu'il peut connaître de l'état mental du législateur, il ne pourra jamais appliquer la loi à des situations que celui-ci n'a pas considérées et il devra refuser de juger. Si le sens de l'article 1384 coïncide avec l'état mental des rédacteurs du code civil, on ne peut l'appliquer à des accidents causés par des machines dont ces rédacteurs ne pouvaient avoir aucune représentation.

Au demeurant, si l'état mental du législateur portait véritablement sur une classe d'objets qu'il connaissait et si le juge devait déterminer si la loi est applicable à tel objet, qui lui apparaît clairement comme appartenant à cette classe, il ne pourrait toujours pas dire qu'il applique la loi, conformément à l'intention de son auteur. Ce que celui-ci avait à l'esprit n'était pas l'objet concret, mais seulement la catégorie. Dans l'état mental réel dans lequel il se trouvait, il a très bien pu négliger le fait qu'on pourrait subsumer un jour tel ou tel objet sous la catégorie. Pour prétendre qu'on applique la loi, selon l'intention du législateur, il faut donc admettre la construction suivante: le sens de la loi est ce que le législateur avait présent à l'esprit et toutes les conséquences qu'il aurait dû raisonnablement en tirer, même s'il ne les a pas réellement tirées ou qu'il en aurait tirées s'il avait pu prêter attention à tel ou tel fait concret.

L'interprétation conformément à l'intention est donc toujours une construction de l'interprétation. Cependant, si le sens n'est pas réductible à l'intention, il n'y a pas non plus de sens objectif indépendant des intentions.

Il n'y a pas de sens objectif indépendant des intentions.

On peut songer à découvrir un sens, qui serait différent de l'intention éventuellement révélée par les travaux préparatoires. Ce serait celui qui ressort des mots du texte ou du contexte systémique dans lequel il figure ou encore de la fonction sociale ou économique que doit remplir la norme. La raison en est que ces différents sens ne peuvent être approchés qu'à travers l'emploi de certaines méthodes spécifiques à chacun d'eux, le sens littéral par l'interprétation littérale, le sens fonctionnel par l'interprétation fonctionnelle, etc. Or, ces diverses méthodes conduisent à des résultats différents entre lesquels on ne peut trancher qu'au moyen d'une décision. C'est alors la décision de l'interprète de faire prévaloir une méthode sur une autre qui seule produit le sens.

Il n'y a donc pas de sens objectif, ni dans l'intention du législateur, ni indépendamment de cette intention. Le seul sens est celui qui se dégage de l'interprétation et l'on peut dire que, préalablement à l'interprétation, les textes

n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens. Il en résulte certaines conséquences théoriques importantes pour la détermination de l'objet de l'interprétation.

II. L'objet de l'interprétation

Si le sens ne préexiste pas à l'interprétation et s'il en est seulement le produit, alors, contrairement à ce que pensent de nombreux auteurs et Kelsen lui-même, l'objet de l'interprétation ne peut être une norme juridique. Si une loi contient la formule *il est interdit de p*, l'expression *p* peut désigner, selon le sens qu'on lui attribue, plusieurs actions différentes *p1, p2...pn*, de sorte que la loi ne contient pas une norme, mais, selon l'interprétation qui en est donnée, plusieurs normes potentielles différentes: *il est interdit de p1, il est interdit de p2,.... il est interdit de pn*. C'est l'interprète qui choisit entre ces différentes normes. La norme n'est ainsi pas dotée de sens. Elle est elle-même un sens et ne peut donc être interprétée parce qu'il est évidemment absurde de chercher à déterminer le sens d'un sens.

Ce qui peut faire l'objet d'une interprétation, c'est donc seulement ce qui peut se trouver porteur de sens, le texte ou le fait.

Le texte

Le texte doit toujours faire l'objet d'une interprétation et pas seulement s'il est obscur. Selon un adage répandu, "*in claris cessat interpretatio*" ou "*in claris non est interpretandum*", ce qui est clair n'a pas besoin d'être interprété. Mais cette idée se heurte à plusieurs objections. Tout d'abord, si l'interprétation est une décision, alors elle peut aussi porter sur le caractère clair ou obscur du texte. Une autorité jouissant du pouvoir de donner une interprétation authentique peut parfaitement déclarer qu'un texte est obscur pour justifier qu'elle l'interprète ou au contraire qu'il est clair de manière à affirmer qu'il a tel sens, sans avoir à reconnaître qu'elle l'interprète, comme le fait par exemple le juge administratif français à l'égard de certains actes, pour éviter d'en référer à une autre autorité. En second lieu, l'adage contredit la vision traditionnelle de l'interprétation. Même si l'on admet qu'interpréter c'est connaître un sens qui est déjà là, on ne peut pas affirmer qu'un texte est clair sans reconnaître qu'on connaît son sens, donc qu'on l'a déjà interprété. Par conséquent, même les textes réputés clairs ont déjà été interprétés.

Cela étant, si l'interprétation porte sur un texte et si tout texte doit toujours être interprété, il ne faut pas réduire l'interprétation à la seule détermination du contenu du texte, de ce qu'il prescrit. En d'autres termes, on ne s'attache pas seulement à ses dispositions, mais on peut aussi interpréter son statut.

L'idée qu'on peut interpréter le statut du texte découle d'un concept large d'interprétation. Si nous ramassons une pierre nous pouvons nous demander

s'il s'agit d'un objet naturel ou d'un artefact comme un outil préhistorique ou un fragment de maçonnerie. En droit, avant de déterminer le sens d'une disposition, la perception qu'elle énonce, il nous faut établir qu'il s'agit bien d'une disposition juridique et qu'elle a bien la signification d'une norme. Si c'est une disposition juridique, il nous faut déterminer à quel niveau elle appartient. Ainsi, avant de déterminer ce que signifie le mot "égalité" dans le texte de la Déclaration ou ce que désigne dans le préambule de 1946 l'expression "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", le Conseil constitutionnel doit établir que ces textes sont juridiquement obligatoires et qu'ils ont une valeur constitutionnelle.

Ainsi, l'interprète est-il en mesure de déterminer sa propre compétence. Le statut du texte, en effet, détermine la compétence de l'autorité qui l'applique. Le pouvoir du juge constitutionnel par exemple est généralement justifié par l'idée que certains textes ont une valeur juridique, qu'ils ne sont pas simplement l'exposé d'une idéologie politique, qu'ils ont une valeur supérieure à celle des lois et qu'il appartient au juge de contrôler la conformité des lois aux normes supérieures contenues dans ces textes. Si c'est l'interprète qui détermine lui-même le statut du texte, il détermine à la fois les limites de la compétence du législateur et la sienne propre.

Cette idée aurait été rejetée par Kelsen. L'auteur de la théorie pure du droit distingue en effet soigneusement entre la valeur juridique d'un énoncé et son contenu. Il y aurait une différence importante entre l'affirmation qu'un énoncé présente le caractère d'être une norme (parce que, d'un point de vue dynamique, il a été formulé par une autorité compétente conformément à la procédure prévue par une norme supérieure) et une autre affirmation, selon laquelle il possède une signification, autrement dit qu'il prescrit telle ou telle conduite. Par conséquent, l'interprétation ne porterait que sur le contenu de l'énoncé – telle conduite et non telle autre est prescrite ou permise – mais non sur sa valeur ou son statut – tel énoncé a la signification d'une norme juridique de niveau constitutionnel. Il est d'ailleurs très compréhensible que Kelsen soit attaché à cette distinction, parce qu'elle constitue le seul moyen de préserver la thèse qu'un énoncé présente la signification objective d'une norme du point de vue de l'ordre juridique. Si en effet un texte présente le caractère d'une loi parce qu'il est conforme à la constitution, peu importe que la signification de son contenu soit déterminée par un interprète, la théorie de la signification objective conférée par la norme supérieure est préservée pour l'essentiel.

Cependant, cette distinction n'est pas acceptable. On peut sans doute concevoir qu'un interprète se limite à déterminer la signification du contenu et s'interdise de se prononcer explicitement sur son statut, mais il s'agit là d'une distinction purement pratique et l'on ne pourrait d'ailleurs concevoir l'attitude inverse. On rencontre d'ailleurs dans la pratique juridique de nombreux exemples d'interprétations qui portent sur le caractère statut de l'acte: le Conseil constitutionnel décide que le préambule fait partie de la constitution, le Conseil

d'Etat qu'une circulaire est en réalité un acte réglementaire, etc. En réalité, l'interprétation du statut est toujours implicite dans l'interprétation du contenu car on ne peut pas affirmer qu'une loi prescrit de faire *p*, sans présupposer que le texte qui contient cette prescription est bien une loi et non la déclaration de volonté d'un simple particulier.

De l'idée que l'interprétation porte autant sur le statut que sur le contenu de l'énoncé, il découle une conséquence théorique importante relative au fondement de la validité. On peut donner de la validité, pour les besoins de l'argumentation, une définition acceptée par plusieurs théories par ailleurs concurrentes: dire qu'une norme est valide signifie qu'elle appartient à un ordre normatif. Selon la théorie kelsenienne de la hiérarchie des normes, une norme est valide quand elle a été posée conformément à une norme supérieure. Mais si l'on accepte les éléments de la théorie de l'interprétation qu'on vient de schématiser, un énoncé a la signification d'une norme, non pas en raison de sa conformité à une norme supérieure, mais du fait qu'il a été interprété par une autorité habilitée comme signifiant qu'une certaine conduite doit avoir lieu. C'est donc le processus d'application - et non la conformité à la norme supérieure - qui conduit à identifier un énoncé comme ayant la signification objective d'une norme juridique. Cette idée permet alors d'éviter deux des difficultés auxquelles se heurte la théorie pure du droit.

La première concerne la norme fondamentale. Selon Kelsen, puisque chaque norme trouve le fondement de sa validité dans une norme supérieure, la constitution est le fondement de validité ultime de toutes les normes qui appartiennent à l'ordre juridique. Mais, comme il n'y a pas de norme positive au dessus de la constitution, celle-ci ne peut pas être valide, donc ne peut pas être identifiée comme norme juridique de la même manière que toutes les autres normes. Pourtant, si elle n'était pas identifiée comme norme juridique, elle n'est pas apte à fonder la validité des normes inférieures. Par conséquent, il faut nécessairement, si l'on entend considérer les normes juridiques comme valides, présupposer que la constitution est valide. Ce présupposé est la norme fondamentale. Kelsen parvient à réfuter la plupart des objections, qui lui ont été présentées en soulignant qu'il ne suppose pas réellement l'existence d'une norme fondamentale, que cette norme n'existe pas, mais qu'elle est seulement une hypothèse logique-transcendantale, que font tous les juristes de façon spontanée et que la Théorie Pure du droit révèle à la conscience. Le raisonnement de Kelsen est parfaitement admissible, mais il ne remplit pas entièrement la fonction que la théorie pure lui assigne: il permet de comprendre pourquoi les juristes tiennent les normes pour valides, mais non pas pourquoi elles le sont réellement ou objectivement.

La théorie réaliste de l'interprétation permet d'éviter cette difficulté. Si c'est l'interprète qui détermine la norme signifiée par un énoncé, alors à la question "pourquoi la norme est-elle valide, pourquoi appartient-elle à l'ordre juridique", il suffit de répondre: parce qu'elle a été produite au cours du processus d'interprétation.

La deuxième difficulté est épistémologique et on ne peut la traiter que par allusion. Si la validité est perçue comme un rapport de conformité entre des significations, alors les propositions de droit, par lesquelles la science du droit décrit des normes valides, ne décrivent pas des faits empiriques. Les positivistes se trouvent alors confrontés à une tâche redoutable: construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques, bien qu'elle n'ait pas pour objet des phénomènes empiriques. Au contraire, la théorie réaliste permet de traiter le droit comme un ensemble de faits empiriques, puisqu'il s'agit des actes par lesquels les interprètes déterminent la signification des énoncés.

Mais l'interprétation ne porte pas seulement sur les énoncés, mais aussi sur les faits.

Les faits

Si le sens n'est pas présent dans l'énoncé avant l'interprétation, c'est que l'énoncé n'est pas "naturellement" doté de sens. Ce sens lui est seulement attribué par l'interprétation. Mais, on peut aussi en attribuer à n'importe quel fait qui n'est pas non plus naturellement porteur de sens. C'est d'ailleurs ce qui se produit dans au moins deux cas.

Le premier est celui de la coutume. Selon la définition habituelle, la coutume est une pratique répétée, assortie du sentiment du caractère obligatoire de cette pratique. Elle est donc un fait. Mais, comme un fait ne peut être producteur de droit, il faut d'abord qu'une norme prescrive qu'on se conforme à la coutume, puis qu'une autorité habilitée déclare que telle pratique répétée assortie d'un sentiment d'obligation constitue une coutume et présente ainsi la signification d'une norme à laquelle il faut se conformer.

L'interprétation porte ici sur la mineure d'un syllogisme (il faut se conformer à la coutume; or, ceci est une coutume, donc...). La spécificité de cette opération consiste en ce qu'elle transforme un fait en norme.

En réalité, à chaque fois que l'interprétation porte sur la mineure du syllogisme, elle ne transforme pas un fait en droit, mais elle peut se substituer à l'interprétation d'un texte. C'est ce qui se produit avec la qualification juridique. Prenons le cas du fameux arrêt *Gomel*. Aux termes de la loi, l'administration peut refuser un permis de construire si l'immeuble projeté est de nature à porter atteinte à une perspective monumentale. Pour apprécier si un refus est légal, le juge peut ou bien déterminer la signification de l'expression "perspective monumentale" ou bien rechercher si tel lieu possède ou non le caractère d'une perspective monumentale. S'il emprunte la deuxième voie, il n'aura pas en apparence interprété le texte, mais seulement qualifié le fait. L'opération se présente comme une subsomption: dès lors qu'il existe une classe, il suffit de rechercher si un objet présente les critères d'appartenance à cette classe pour pouvoir l'y affecter. Mais en réalité, il n'y a un contentieux que parce qu'il n'existe pas de liste des critères d'appartenance à la classe, autrement dit pas de définition. L'af-

firmation par le juge que tel lieu ne présente pas le caractère d'une perspective monumentale ne peut évidemment résulter de la seule observation du lieu et constitue bien une définition de la perspective monumentale.

Tout se passe en réalité comme si le juge avait interprété le texte. D'ailleurs, les juristes ne s'y trompent pas lorsque pour donner le sens d'une expression, ils donnent de longues listes des cas où le texte qui la contient a été appliqué.

Le juge a en effet déterminé l'extension du concept. Cette définition ne peut être que volontaire, mais elle offre par rapport à l'interprétation avouée du texte un double avantage. En premier lieu, elle ne se présente pas comme une interprétation. Or, il est quelquefois difficile à un juge d'admettre qu'il interprète, lorsque, comme c'est le cas par exemple du droit français, le droit positif ne l'habilite pas expressément à le faire et encore plus difficile lorsque, comme en France sous la Révolution, le droit lui interdit tout simplement d'interpréter. D'autre part, elle n'a pas à être justifiée par référence à l'une des méthodes d'interprétation canoniques, puisque ces méthodes ne valent que pour les textes. Enfin, la qualification du fait ne vaut en principe que pour le cas concret, si bien que, comme la définition qu'il a fallu employer est restée implicite, le juge ne peut être lié par ses propres formulations.

III. Le pouvoir de l'interprète.

Dès lors que l'interprétation est une opération de la volonté et qu'elle porte aussi bien sur des faits que sur des énoncés, elle doit être comprise comme l'exercice d'un pouvoir considérable. Analyser ce pouvoir, c'est déterminer son fondement, son siège, les normes qu'il permet de produire et les limites dans lesquelles il s'exerce.

Le fondement de pouvoir

Le fondement du pouvoir de l'interprétation réside dans la validité de l'interprétation qu'il produit.

Cette interprétation n'est pas en effet susceptible d'être vraie ou fausse. Cela ne tient pas, comme on l'écrit parfois, au fait qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait comparer celle qui émane de l'interprète authentique. L'absence d'une interprétation standard pourrait seulement servir d'argument à la thèse qu'on ne peut pas démontrer la vérité ou la fausseté de l'interprétation authentique, mais non pas à celle qui concerne le statut logique de l'interprétation authentique. En réalité, on ne peut pas non plus démontrer la vérité ou la fausseté de l'interprétation scientifique. Celle-ci n'en est pas moins logiquement susceptible d'être vraie ou fausse. Mais pour ce qui concerne l'interprétation authentique, si elle ne peut être vraie ou fausse, c'est seulement parce que, quel que soit son contenu, l'ordre juridique lui confère

des effets. Elle est la décision de conférer un sens à un énoncé ou à un fait et une décision ne peut être ni vraie ni fausse, mais seulement valide ou non valide dans un ordre normatif donné.

La validité de la décision interprétative est exclusivement formelle, c'est-à-dire qu'elle ne résulte que de la compétence juridique de l'autorité qui la prend et non pas de son contenu, ni même des méthodes par lesquelles elle est justifiée. Le fait qu'une autorité a eu recours à telle ou telle méthode d'interprétation n'a aucune incidence sur la validité. Cela ne tient pas à la distinction bien connue du *context of justification* et du *context of discovery*, c'est-à-dire au fait la décision a pu être prise pour des raisons toutes différentes de celles qui sont invoquées pour la justifier. L'ordre juridique en effet attache des conséquences non à la méthode, invoquée ou réellement employée, mais seulement à l'exercice par une autorité habilitée de la compétence qui lui a été conférée. Quelle est alors cette autorité? Qui doit être considéré comme un interprète authentique?

L'auteur de l'interprétation.

Si l'interprétation authentique est seulement celle à laquelle l'ordre juridique attache des effets, celle qui ne peut être contestée et qui par conséquent, dans le cas de l'interprétation d'un texte, s'incorpore à ce texte, alors l'interprète est toute autorité compétente pour donner cette interprétation.

Il s'agit naturellement tout d'abord des juridictions suprêmes. Mais il y a en outre bien d'autres autorités ayant la compétence pour donner des interprétations authentiques. Celles qui, bien que non juridictionnelles, peuvent donner une interprétation incontestable devant une juridiction quelconque. La constitution française de 1958 en offre quelques exemples: Le Président de la République interprète seul les termes de l'article 16 et décide ce que signifient les expressions "menace grave et immédiate" ou "interruption dans le fonctionnement régulier des pouvoirs publics". On peut d'ailleurs noter que l'interprétation peut, comme dans le cas de l'arrêt Gomel, porter soit sur le texte, soit sur les circonstances. De même, c'est lui qui décide que dans l'article 13 l'expression "Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres" signifie qu'il a le droit de ne pas les signer.² De même encore, c'est le Parlement qui décide ce qu'est la "haute trahison", dont le Président de la République peut se rendre coupable. C'est d'ailleurs ce qu'avait très bien exprimé Gerald Ford, alors leader républicain du Sénat, selon lequel les "high crimes and misdemeanors", qui justifient l'impeachment du président des États-Unis, sont ce que décide le Sénat.

On remarque que l'interprétation authentique donnée par une autorité non juridictionnelle est si bien une décision qu'elle peut être parfois interprétée par une autre autorité comme criminelle. Tel est bien le cas de l'article 16 de la constitution de 1958: le Président de la République peut bien interpréter telle ou telle circonstance comme justifiant la mise en œuvre des pouvoirs de crise,

cette interprétation peut elle même être interprétée par le Parlement comme constitutive du crime de haute trahison. Si le premier prend sa décision en considérant la possible décision du second, l'interprétation authentique est une activité exercée en commun et son produit est le résultat d'un rapport de forces entre autorités compétentes.

Le produit de l'interprétation.

Si l'interprétation est bien une décision, cette décision a pour objet la production de normes appartenant au niveau de l'énoncé interprété. Ainsi selon la formule souvent citée de l'évêque Hoadly: "*whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them*"³.

Par conséquent, une cour chargée, comme notre Cour de Cassation, de contrôler l'application des lois, donc de les interpréter, doit être considérée comme disposant d'un pouvoir législatif. Il ne s'agit pourtant que d'un pouvoir législatif partiel. La raison n'est pas, comme on pourrait être tenté de le croire, que, avant toute interprétation, il faut que le texte ait été adopté par le pouvoir législatif "officiel". Le pouvoir d'interpréter peut en effet s'exercer sur n'importe quel texte et des normes de niveau législatif peuvent être greffées sur les énoncés les plus divers. Non, si cette cour n'est que co-législateur, c'est parce que sa décision peut toujours être surmontée par un nouveau texte. Sans doute ce nouveau texte, à son tour, pourra-t-il être lui aussi interprété, mais dans l'épreuve de force qui s'instaure, la cour n'est pas certaine d'avoir le dernier mot.

De la même manière, une cour constitutionnelle est, elle, co-constituante. Elle aussi peut interpréter librement la constitution et son interprétation peut se greffer sur les énoncés constitutionnels les plus divers ou même se produire en l'absence d'énoncé, comme elle le fait parfois lorsqu'elle proclame des principes non écrits. Mais, elle aussi peut voir ses décisions surmontées par un nouveau texte constitutionnel, produit par le pouvoir constituant. Ce n'est que dans le cas où la cour parviendrait à se doter d'un pouvoir de contrôler largement la validité des lois de révision constitutionnelle, qu'elle devrait être considérée non comme co-constituant, mais comme pouvoir constituant tout court.

Mais l'interprétation authentique est surtout une source de pouvoirs formidables si elle permet à une autorité d'étendre sa compétence. C'est le cas lorsque cette compétence résulte de textes qu'elle interprète elle-même. La cour suprême des Etats-Unis a ainsi interprété en 1803 la constitution américaine de telle manière que ce texte lui confère le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel français a procédé de la même manière en France en 1971.

A ce point, la théorie réaliste de l'interprétation se voit fréquemment opposer un raisonnement par l'absurde: elle aboutirait à renverser complètement la hiérarchie des normes; la constitution en effet ne serait une norme que par

l'interprétation du législateur, la loi par celle des tribunaux et ainsi de suite jusqu'à l'exécution matérielle, si bien que l'autorité suprême serait le policier.⁴

L'objection peut néanmoins être facilement écartée. La hiérarchie de l'ordre juridique n'est nullement une hiérarchie d'énoncés ou de textes. Entre deux textes, il ne peut exister de rapport hiérarchique, mais seulement entre les contenus ou significations de ces textes. Mais si quelqu'un détermine simultanément la signification du texte de la constitution et celle du texte de la loi, c'est-à-dire s'il détermine les deux normes, il établit du même coup l'existence d'une hiérarchie entre eux, qui est non pas inverse, mais identique à la hiérarchie telle qu'on la présente habituellement. La norme législative, telle qu'elle est déterminée par le processus de l'interprétation, trouve le fondement de sa validité ou, si l'on préfère, est présentée comme obligatoire, en raison de sa conformité avec la norme législative, telle qu'elle est elle-même déterminée par l'interprétation. Autrement dit, de ce que la validité provient du processus de production de normes inférieures, il résulte non que la hiérarchie est inversée, mais seulement qu'elle doit être considérée comme interne au discours de l'interprète.

Quant à l'idée que c'est le policier qui interpréterait la décision du tribunal, elle n'est pas fausse, mais on ne peut s'en tenir là et oublier que cette interprétation n'est nullement authentique. Elle est susceptible d'être contestée et anéantie par celle d'un autre tribunal. En d'autres termes, selon la théorie réaliste, la hiérarchie des normes reflète celle des pouvoirs.

La liberté de l'interprète.

On oppose alors à la théorie réaliste une autre objection selon laquelle l'interprète, notamment lorsqu'il s'agit d'un juge, est soumis à des contraintes multiples, de sorte qu'on ne saurait dire qu'il est libre et qu'il exprime sa volonté⁵. Cet argument repose en réalité sur une confusion entre libre-arbitre et liberté au sens juridique.

Lorsqu'on affirme qu'une autorité quelconque, un organe de l'ordre juridique est libre, on ne veut évidemment pas dire qu'elle est soustraite à tout déterminisme. La théorie traditionnelle admet par exemple que, s'il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité, le législateur est libre d'adopter des lois ayant un contenu quelconque, tout en reconnaissant que lorsque le Parlement vote, il n'échappe pas à la causalité et se trouve soumis à toutes sortes de contraintes. La liberté du mariage ne signifie pas que la décision de se marier et le choix du conjoint ne sont soumis à aucune influence sociale ou psychologique, mais seulement que n'importe quel choix est considéré par le droit comme valable. Ce qu'on entend ici par "liberté" n'est pas une situation privée de toute détermination, mais seulement une liberté "juridique". Une autorité est juridiquement libre, si elle peut choisir entre plusieurs conduites également valables en droit, même si le choix est en fait le produit du déterminisme. Ainsi, l'affirmation que

l'interprétation est libre signifie seulement que, lorsqu'une autorité est investie du pouvoir de donner une interprétation authentique, toutes les interprétations données par cette autorité seront également valables ou, en d'autres termes, s'incorporeront au texte interprété ou encore produiront des effets juridiques, ce qui n'est à vrai dire qu'une autre façon d'affirmer qu'il s'agit d'une interprétation authentique. Cela ne revient nullement à contester que le comportement de l'interprète obéit à des causes multiples. D'ailleurs, les critiques ne s'y trompent pas, puisqu'ils reprochent précisément à la théorie de l'interprétation-volonté formulée par les réalistes américains de faire de la sentence le résultat de la qualité du petit déjeuner du juge.

Les limites de l'argument tiré de l'existence de contraintes apparaissent clairement si l'on considère le régime despotique, tel que le définit Montesquieu : un système où un seul gouverne non pas selon les lois, mais selon ses caprices. Le despote jouit donc de la liberté juridique la plus totale. Il est pourtant lui aussi limité par des contraintes de toutes sortes, qui résultent de la situation économique et financière du pays, des risques de résistance de la part des sujets, de mauvaise exécution, etc. Une décision qui méconnaîtrait ces contraintes affecterait sans doute l'efficacité de l'action. Elle serait néanmoins valide.

On peut pousser l'analyse. C'est parce qu'elle admet que l'interprétation est juridiquement libre que la théorie réaliste peut comprendre qu'elle est soumise à un déterminisme. Au contraire, une théorie qui admet que l'interprétation consiste à découvrir un sens déjà là dans le texte ne peut que rechercher ce que l'interprète doit faire et s'interdit d'expliquer ce qu'il fait réellement.

Précisément, il reste deux phénomènes à expliquer :

Les juges sont libres d'interpréter selon leur volonté et pourtant ils expriment avec trop de constance le sentiment d'être liés pour que la réalité de ce sentiment puisse être mise en doute. Il ne suffit pas d'ailleurs d'affirmer qu'ils sont victimes d'une illusion, parce qu'il faut encore comprendre ce qui peut provoquer une illusion si commune.

D'autre part, si les juges ne sont pas liés par une signification du texte qui serait déjà-là et s'ils ne font qu'exprimer leur volonté, ils peuvent modifier leurs interprétations au gré de leurs caprices. Pourtant, la jurisprudence présente une cohérence suffisante pour que les décisions ne soient pas totalement imprévisibles.

On pourrait attribuer ces phénomènes à la formation des juges et à l'idéologie dont ils sont imprégnés, idéologie qui veut que la fonction judiciaire soit une fonction d'application et non de création. On pourrait aussi invoquer la conscience de tout détenteur de pouvoir d'être soumis à des contraintes de fait. Ni l'une, ni l'autre explication ne conviennent.

La première parce que la norme qui prescrit au juge d'appliquer le droit et non de le créer est une norme morale et non une norme juridique. Certes, il

peut se trouver des dispositions du droit positif qui ordonnent précisément au juge de se borner à appliquer les textes, mais ces dispositions doivent elles-mêmes être interprétées avant d'être appliquées et la question se pose à nouveau de savoir ce qui oblige à les appliquer. Ce qui crée cette obligation d'appliquer les normes du système juridique ne peut donc qu'être une norme extérieure au système lui-même.

Or, le sentiment des juges est d'être obligé non pas moralement, mais juridiquement. D'autre part, s'il s'agissait réellement d'une obligation morale, elle ne serait pas ressentie de la même manière par tous les juges, qui obéissent naturellement à des morales différentes. D'ailleurs, cette norme serait assurément fréquemment transgressée, notamment en cas de conflit avec d'autres normes morales. Enfin et surtout, la norme qui prescrit d'appliquer le droit n'a aucun contenu spécifique quant à la conduite interprétative qu'il convient d'adopter. Elle peut bien prescrire d'interpréter le texte conformément à son sens "véritable", elle ne prescrit pas la manière de le découvrir et si le juge éprouvait seulement le sentiment d'être obligé, il n'aurait pas celui d'être obligé d'interpréter dans un sens plutôt qu'un autre.

Quant à l'idée que les juges auraient simplement conscience d'être soumis à des contraintes de fait, elle ne rend pas davantage compte du sentiment qu'ils expriment d'être liés. Contrairement au despote, qui peut avoir le sentiment d'être soumis à des contraintes de fait, mais non à des obligations, le juge ne considère pas simplement qu'une décision ou une interprétation est inopportune en raison de ses conséquences, mais bien qu'elle est valable ou non valable en droit.

On doit donc prendre au sérieux l'idée que le droit ne contient pas seulement des obligations, qu'on pourrait aisément méconnaître ou transgresser, mais qui, en l'espèce, on l'a vu, n'existent pas, mais qu'il organise un ensemble de contraintes, qu'on peut appeler des contraintes juridiques. Si cette hypothèse était vérifiée, il faudrait admettre qu'à côté des contraintes de fait, qui tiennent à la nature ou à la société, il y a des contraintes qui résultent du système juridique et qui font que les agents, qui ont le droit de choisir entre un très grand nombre de conduites possibles, voient ce choix étroitement limité.

Certes, l'expression "contrainte juridique" paraît contenir une contradiction dans les termes, puisque la contrainte s'inscrit dans le déterminisme, qu'elle relève du *sein* et non du *sollen*. Pourtant, on peut concevoir l'existence de deux types de contraintes comparables à des contraintes matérielles et qui résultent du système juridique.

Les contraintes *au sens fort* résultent de règles constitutives, c'est-à-dire de règles qui ne se bornent pas à prescrire une conduite, mais la constituent en ce sens que c'est l'observation de ces règles, qui permettent de la qualifier⁶. Ainsi, "le mariage doit être célébré par un officier d'état civil" signifie qu'une cérémonie qui serait célébrée par un autre que l'officier d'état civil ne serait

pas un mariage au sens juridique du terme. Un mariage ne peut se définir que comme une union célébrée d'une certaine manière. Des règles de ce genre organisent une véritable contrainte, dans la mesure où elles se présentent comme des moyens nécessaires pour réaliser une certaine fin: le seul moyen de se marier est de faire célébrer le mariage par l'officier d'état civil. De telles contraintes ne pèsent évidemment pas sur l'activité d'interprétation. Il n'existe aucune règle dont l'observation permettrait de qualifier un acte d'interprétation juridique et encore moins de la qualifier d'interprétation juste. Au demeurant, s'il y en avait, il faudrait les interpréter.

En revanche, on peut parler de contraintes juridiques *au sens faible*: lorsque des normes ont placé un individu ou un organe dans une situation telle qu'il lui faut se comporter d'une certaine manière pour agir de façon raisonnable et efficace. Une telle situation se rencontre d'abord au sein des juridictions collégiales, lorsque l'un des membres entend persuader ses collègues. Même s'il est parfaitement convaincu de la vérité de la thèse réaliste, il lui est évidemment impossible d'affirmer que le juge peut donner au texte n'importe quelle signification, parce que, hors de l'argument d'opportunité, il n'y a aucune raison de préférer une signification à une autre. On peut donc considérer qu'il existe une contrainte objective qui pousse à recourir à des arguments tirés de la vérité du texte⁷.

Une situation de contrainte *faible* se rencontre encore lorsque les normes organisent les rapports entre autorités de telle manière que le pouvoir discrétionnaire des uns dissuadent les autres d'exercer leur propre pouvoir discrétionnaire de façon excessive. Ainsi, tout le système de la balance des pouvoirs, telle qu'on la concevait dans les constitutions de la fin du XVIII^e siècle est bien un agencement de normes tel qu'il en résulte une législation et une pratique politique "modérées" au sens de Montesquieu: les chambres se garderont d'adopter des lois excessives, parce que le roi opposerait son veto. Le roi n'adoptera aucune décision contraire aux lois, parce que ses ministres refuseraient de la contre-signer. De même, le Président de la V^e République hésitera à interpréter les circonstances comme comportant une menace grave et immédiate, s'il sait que le Parlement peut interpréter son comportement comme constitutif du crime de haute trahison. La contrainte doit ici être considérée comme "faible" parce que ces comportements ne sont pas impossibles comme pourrait l'être un mariage célébré en dehors des formes prescrites. Ils peuvent parfaitement se produire, et être qualifiés conformément aux intentions de leurs auteurs. Dans le cas du vote d'une loi excessive dans son contenu, il ne s'agirait même pas d'une transgression et le veto royal ne serait pas une sanction. Simplement, une telle attitude ne serait pas raisonnable, tandis que - tel est du moins l'opinion des publicistes du 18^e siècle - il sera bien préférable d'adopter une loi de compromis que de risquer qu'il n'y ait pas de loi du tout.

Il peut arriver aussi que les situations résultant d'un ensemble de normes en vigueur incitent à adopter une conduite modérée non pas pour éviter des conséquences fâcheuses, mais pour accroître son pouvoir. Le paradoxe n'est

qu'apparent et résulte d'une perception du pouvoir parfaitement illustrée par la description du despotisme par Montesquieu. Contrairement à la monarchie où un seul gouverne, mais "par des lois fixes et établies", le despotisme est un système où un seul gouverne sans lois, selon ses caprices. Ainsi, le pouvoir du despote est-il, selon Montesquieu, plus grand que celui du roi, puisqu'il n'est limité par aucune loi et qu'il n'a pour objet que "les délices du prince". La toute puissance du despote est ainsi conçue de façon purement négative, comme celle du roi de France qui est *legibus solutus* et à l'image de celle de Dieu, si elle est définie comme la capacité de faire des miracles, c'est-à-dire de se soustraire aux lois de la nature ou de les changer à tout moment.

En revanche, si l'on définit le pouvoir de façon positive, comme la capacité de déterminer le comportement d'autrui, alors on accroît son pouvoir non pas en décidant selon ses caprices, mais au contraire en énonçant des règles générales et stables qui permettront aux hommes de prévoir les conséquences de leurs actions et donc de choisir parmi les conduites possibles celles qui leur seront les plus profitables. En s'affranchissant des lois, on prescrit pour une classe particulière d'actions, en s'y soumettant, c'est une classe générale qu'on régit.

Rien n'empêche le Conseil d'État ou la Cour de Cassation de donner à n'importe quel texte n'importe quelle signification, puisque toute interprétation sera également valide, mais s'ils se comportaient ainsi, il est clair que les juridictions inférieures et les justiciables seraient dans l'incapacité de régler leurs propres conduites, parce qu'il leur serait impossible de prévoir les conséquences de leurs actes.

Dans le cas du juge constitutionnel, il n'y a pas de juridictions inférieures, mais le législateur est bien un justiciable: non seulement une suite de d'interprétations arbitraires pourraient conduire à une remise en question de la légitimité du juge, mais surtout, celui-ci ne pourrait pas contribuer à déterminer, comme il le fait, le contenu de toute la législation future. La conscience de la stabilité de la jurisprudence est-ce qui permet au législateur de faire une estimation raisonnable de la liceité et donc de la faisabilité de son action. La jurisprudence doit d'ailleurs s'entendre ici, non pas simplement des règles, qui résultent d'un l'ensemble de décisions juridictionnelles, mais des méthodes et des systèmes de concepts qui permettent d'y parvenir. C'est en employant les mêmes méthodes et les mêmes concepts que les justiciables et les autres autorités pourront espérer prévoir les décisions juridictionnelles, connaître les règles auxquelles ils sont soumis et ainsi régler leurs propres conduites.

¹Exposé inédit au séminaire du Centre de Philosophie du droit de l'Université de Paris II. On en trouvera un résumé dans le prochain chapitre, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel ».

²Ce pouvoir d'interprétation du Président de la République n'a pas été aussi ignoré des acteurs politiques que des juristes. Ainsi, Alain PEYREFITTE rapporte cette remarque du ministre de BROGLIE au conseil des ministres du 19 septembre 1962, à propos de la révision de la constitution par la voie de l'article 11: "personne n'a parlé du pouvoir d'interprétation de la constitution par le président de la république. C'est un pouvoir fondamental et, au moins implicitement, inclus dans la constitution. C'est justement dans les cas où

les juristes sont divisés entre eux que le Président de la République doit user de ce pouvoir. Il a les moyens de le faire en faisant appel au peuple souverain, suivant le droit qui lui en est expressément reconnu. Il constate les discussions entre juristes. Il donne son sentiment, et le peuple tranche". D'après A. PEYREFITTE, de Gaulle ne répond rien (PEYREFITTE, Alain. *C'était de Gaulle*. Paris: Fayard, 1994, p 230).

³ Cité par GRAY, J. *The nature and sources of the law*. 2. ed. 1927, page 102. cit. Reprise par KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. New-York: Russell & Russell, 1945, reed. 1961, trad. française. *Théorie générale du droit et de l'Etat*. Paris: LGDJ, 1997, page 152 de l'édition américaine.

⁴ BECHILLON, Denys de. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation – réflexions critiques. *Revue de la Recherche Juridique*, p. 247, 1994-1. Et la réplique de Michel Troper, même revue, page 267.

⁵ Cette objection est notamment formulée par Denys de Béchillon, dans l'article précité et par le Doyen Vedel dans l'exposé mentionné à la note 1.

⁶ SEARLE, J. R. *Les actes de langage*. Paris: Hermann, 1972, notamment p. 72.

⁷ MEUNIER, J. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel: essai d'analyse stratégique*. Paris: LGDJ, 1994.

A REALISTIC THEORY OF INTERPRETATION

ABSTRACT

This paper proposes a realistic theory of interpretation, distinguished by the idea that interpretation is an activity related to will and not to knowledge and which has as a subject facts and propositions, not the rules, granting the exegete a specific power residing on the validity of the interpretation presented. The author also discourses about other elements of this model of interpretation, such as ground, product and agent, including agent freedom.

KEYWORDS: Realistic theory of interpretation. Characteristics. Elements.

UMA TEORIA REALISTA DA INTERPRETAÇÃO

RESUMO

Trata-se de artigo que propõe uma teoria realista da interpretação, caracterizada como aquela que vê na interpretação uma função da vontade e não do conhecimento, tendo por objeto os enunciados ou os fatos (e não as normas) e que confere ao intérprete um poder específico, residente na validade da interpretação por ele dada. O autor discorre, ainda, acerca de outros elementos deste modelo de interpretação, tais como: fundamento, produto e agente (e respectiva liberdade).

PALAVRAS-CHAVE: Teoria realista da interpretação. Características. Elementos.

PARTICIPAÇÃO DE OS E OSCIP EM CERTAME LICITATÓRIO*

*Juraci Mourão Lopes Filho***

1 Relatório. 2 As OS e OSCIP na administração gerencial. 3 O equilíbrio isonômico e a competitividade nos certames licitatórios em que participem OS e OSCIP. 3.1 Participação da OS e OSCIP imunes. 3.2 Participação de OS ou OSCIP que desfrutem dos benefícios das Leis n. 9.637/98 e 9.790/99. 4 Conclusões.

RESUMO

Administrativo. Licitação municipal. Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Impossibilidade de vedação geral e absoluta de participação. Necessidade de medidas impeditivas de desvio de finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações Sociais. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Licitação.

1 RELATÓRIO

A Comissão Permanente de Licitações do Município de Fortaleza, Estado do Ceará, por meio da peça de fls., formula consulta a esta Procuradoria Geral do Município de Fortaleza a respeito da participação de Organizações Sociais (OS) e de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) em processos licitatórios levados a efeito pelo Município, porquanto tais entidades, por desfrutarem de alguns benefícios, possuem condições de ofertar preços mais baixos, o que vem acarretando frequentes vitórias nas mais diversas licitações.

A Presidente signatária da consulta evidencia seu receio de que tal situação se assemelhe à participação de cooperativas, as quais, por alegarem não possuir vínculo trabalhista com seus funcionários, ofertavam preços mais baratos, vencedores de licitações, porém, posteriormente, os ônus trabalhistas eram reconhecidos e suportados pelo Município, em absoluto prejuízo ao Erário.

* Parecer n° 01/2007. Processo n. 4406/2006 – PGM. Interessado: Comissão Permanente de Licitações. Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza-CE.

** Mestre em Direito (UFC). Professor de Direito Administrativo do Curso de Direito da Faculdade Christus.

Diante disso, cogita acerca da possibilidade de vedar a participação dessas entidades por instrumento normativo competente.

É o relatório.

2 AS OS E OSCIP NA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

A análise da presente consulta demanda uma prévia contextualização do papel das OS e OSCIP no atual quadro administrativo brasileiro. São figuras novas, frutos da reforma ocorrida nos anos 90, imbuídas de uma nova maneira de compreender a atividade estatal e seus meios de atuação na sociedade.

Com efeito, a partir de experiência verificada na Inglaterra e nos Estados Unidos no início dos anos 80, foram desenvolvidos novos institutos e princípios jurídicos inspirados, sobretudo, nos conhecimentos da Ciência da Administração para contornar os graves entraves de gestão que o Estado Social intervencionista impunha aos diversos governos ocidentais, dado o incremento da máquina estatal e dos gastos públicos necessários para garantir e efetivar as mais diversas políticas sociais.

Essa nova forma de administração gerencial prima pela eficiência da atuação do Estado e um redimensionamento das quatro atividades administrativas (serviço público, poder de polícia, intervenção e fomento), objetivando, em especial, uma desburocratização das práticas públicas.

Nesse contexto, merece destaque a mudança de enfoque que se deu às noções de serviço público e de fomento. A mutação quanto ao primeiro foi tão radical que hodiernamente se menciona dentre os mais diversos juristas a crise do conceito de serviço público. Na tentativa de enxugamento da máquina, estabelecer aquilo que seria propriamente encargo do Estado passou a ser tarefa tormentosa, pois a idéia gerencial pressupõe devidas à iniciativa privada as atividades econômicas, mesmo que eventualmente possuam algum interesse coletivo sobre elas, autorizando se falar em um setor público não estatal. Ao Poder Público restaria uma pequena parcela essencial à manutenção da convivência em sociedade, além daquilo que lhes fosse expressamente atribuído pelas Constituições. Daí advieram também os novos paradigmas da atividade de fomento, pois passou a ser comum a utilização de uma série de incentivos para estimular os particulares a exercerem atividades de interesse público que atendam a demandas coletivas e que seriam de alguma forma desinteressantes para uma exploração econômica. Com isso, o Estado faz com que a iniciativa privada exerça aquilo que, *a priori*, seria atribuição sua, livrando-se da série de encargos burocráticos decorrente de uma execução direta, ensejando, com já mencionado, um setor público não estatal.

No Brasil, nos meados de 1990, foi estabelecido o Plano Diretor da Reforma do Estado, concebido pelo então Ministro Bresser Pereira, com o fim de implementar em nossa Administração Pública essas novas concepções.

No que interessa para a questão em exame, foram identificadas no aludido plano quatro setores do Estado:

a) *núcleo estratégico*: corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

b) *atividades exclusivas*: é o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

c) *serviços não exclusivos*: corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

d) *produção de bens e serviços para o mercado*: corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.

O núcleo estratégico, por razões óbvias, não poderia ser reformado senão por uma nova Constituição, o que implicaria em verdadeira revolução incabível em nosso país recém egresso de um regime de exceção. A reforma se debruçou, pois, sobre os outros três setores.

As atividades exclusivas indelegáveis permaneceram sob o manto estatal (embora a própria noção de indelegabilidade tenha sido restringida), sendo as demais objeto de concessões e permissões aos particulares, ou seja, o Poder Público transferiu à iniciativa privada a execução das tarefas, mantendo sobre elas o controle e a regulação, criando-se, para tanto, as agências reguladoras.

Quanto à produção de bens e serviços para o mercado que estivesse sob encargo do Estado, foram elas simplesmente privatizadas, salvo as de monopólio.

Por fim, na área de atuação não exclusiva, ou seja, em que tanto o Poder Público quanto a iniciativa privada podem atuar em prol da coletividade (persistindo apenas o poder de polícia estatal), foi criada uma série de mecanismos para fomentar os particulares a exercerem tais atividades, deixando o Estado de atuá-las diretamente. Eis as razões da criação das OS e OSCIP, reguladas pelas Leis Federais n. 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente, as quais compõem o setor público não estatal.

Ambas são pessoas jurídicas de direito privado compostas por sócios particulares e criadas sob as regras do direito civil, mas que por terem como objetivos institucionais atividades de interesse da coletividade e não possuírem fins lucrativos podem pleitear essas qualificações perante a União, para, então, fruírem de uma série de incentivos ofertados por ela.

As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público estão nesse quadro mais amplo em que está o Direito Administrativo brasileiro e que é muito bem definido por Gustavo Binenbojm:

A emergência do gerencialismo procura aplicar técnicas da organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública. A idéia de consensualidade tem cada vez mais permeado as relações entre administrados e Administração. A intervenção direta do Estado na economia tem sido substituída por parcerias com a iniciativa privada, pelas quais empresas não-estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas ao monopólio estatal. O Estado prestador é agora sucedido por um Estado eminentemente regulador.

Assiste-se, assim, à emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a privada: a atividade de gestão pública privatizada (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado). Essa hibridez de regimes jurídicos, caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da crise de identidade do direito administrativo.¹

Para as Organizações Sociais podemos traçar as seguintes características definidoras:²

a) São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme art. 1º da citada lei.

b) Devem atender aos requisitos do art. 2º, da mesma lei, que são seguintes:

I-comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

c) A qualificação como OS se dá por ato discricionário do supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, conforme previsto pelo art.2º, II;

d) Recebida essa qualificação, *permanecem sendo pessoas jurídicas reguladas pelo direito comum*, devendo, entretanto, inserir em seu conselho administrativo

alguns membros para que tenha a seguinte composição: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

e) Será celebrado um contrato de gestão (entendido este como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” da lei em questão), no qual serão observados

os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

f) A partir de então “as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais” (art. 11) e a elas “poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão”. *Isso ocorre porque a OS passa a exercer a atividade que cabia a um órgão público que será, conseqüentemente, extinto, pelo que podemos destacar ser dado característico dessa entidade ser ela voltada à substituição de um ente da administração direta.*

Por sua vez, pelos termos da Lei n. 9.790/99, podemos apresentar as seguintes características para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Social:

a) também são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujos objetivos sejam (art. 3º):

- a) promoção da assistência social;
- b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

- c) promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- d) promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- e) promoção da segurança alimentar e nutricional;
- f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- g) promoção do voluntariado;
- h) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- i) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- j) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- k) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo

b) Além disso, é exigido para a qualificação como OSCIP que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre (art. 4^o):

I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patri-

monial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdeu aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

c) A qualificação como OSCIP depende de ato vinculado do Ministro da Justiça, conforme imposto pelo art. 1º, § 2º combinado com o art. 6º, da aludida lei, ou seja, preenchidos os requisitos legais, passa a ter o direito à qualificação;

d) Com a qualificação, pode a pessoa jurídica celebrar termo de parceria com o Poder Público, o qual possui as seguintes cláusulas especiais (art. 10, § 2º):

I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações.

nerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

e) Atendidas todas essas exigências, poderá a pessoa jurídica particular desfrutar de certos incentivos tais como receber verbas públicas, serem disponibilizados bens e servidores públicos.

Diante desse quadro, podemos destacar que a qualificação de uma pessoa jurídica privada como OS ou OSCIP se deve a uma atuação da Administração Pública federal, mediante sua atividade de fomento, tanto que a primeira espécie tem por precípua desiderato a extinção de um órgão federal. *Os demais entes federativos não estão obrigados a comungar do mesmo interesse de fomentar, por sua atividade própria, a atividade desses particulares pelo simples fato de elas receberem incentivos ou tratamento diferenciado em nível federal.*

Com essa afirmação queremos destacar que tais pessoas jurídicas, no âmbito estadual e municipal, não merecerão tratamentos privilegiados por serem OS ou OSCIP. Poderão eventualmente receber algum tratamento dotado de prerrogativas, mas não pelo fato de serem OS ou OSCIP, mas porque seu objeto ou forma de atuação se encaixa em uma hipótese de fomento próprio daquele específico estado ou município.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que matéria de Direito Administrativo é de competência comum dos quatro entes federativos, o que impossibilita qualquer sorte de obediência necessária pelos estados-membros, municípios e Distrito Federal às disposições federais, ressalvados os casos expressamente estatuídos no texto magno, como acontece, *v.g.*, com o disciplinamento das licitações, cujas normas gerais o constituinte outorgou à União, que legislará por lei nacional e não federal.

Com efeito, os estados e municípios sequer podem qualificar, sem prévia normatização própria estadual ou municipal, uma pessoa jurídica como OS ou OSCIP, conforme muito bem expõe Diógenes Gasparini:

Estados, Municípios e Distrito Federal podem, certamente, qualificar pessoas jurídicas, criadas nos moldes do Direito Privado, como organizações da sociedade civil de interesse público, *desde que previamente sejam dotados das respectivas leis disciplinadoras da instituição desses entes. A legislação federal pertinente só se aplica à Administração Pública federal, não servindo, portanto, de suporte legal para qualificar pessoas jurídicas de Direito Privado como organizações da sociedade civil de interesse público no âmbito estadual, distrital ou municipal.*³

Na mesma linha de idéias expõe o mesmo autor ao mencionar as OS: “essa espécie de parceria pode ser utilizada pelos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, *bastando que editem suas respectivas normas legais. Alguns Estado já editaram suas leis, como é o caso do Estado de São Paulo*”.⁴

Entretanto, da mesma forma que estados e municípios não devem dar tratamento privilegiado a OS e OSCIP, também não podem tratá-las com restrições especiais ou discriminação em relação às demais empresas ou sociedades, pois, repita-se, são pessoas jurídicas de direito privado, reguladas, em regra, pelo direito comum. É inegável, contudo, que os incentivos recebidos em nível federal podem colocá-las em situação de vantagem em relação aos demais nas licitações municipais criando como que uma constrição ao Poder Municipal em contratá-las, forçando-o a comungar, inexoravelmente, do fomento realizado no plano federal, o que demanda uma atenção especial, porquanto pode representar uma quebra da autonomia municipal, sem falar de um inegável prejuízo para a competitividade do certame licitatório.

Certamente há a necessidade de cautela em certos pontos, sobretudo em razão do caráter híbrido dessas entidades que, de um lado, têm uma atividade pública na qual se demanda uma estrita observância dos princípios administrativos, e, do outro, podem exercer seu objetivo institucional independentemente de sua qualificação como OS e OSCIP, e sim como empresa privada sem fins lucrativos. Tal regime híbrido não deixa essas duas facetas incólumes, porquanto tanto na execução do contrato de gestão ou termo de parceria haverá uma influência das práticas privadas (sendo lícito afirmar ser essa a razão precípua), como no exercício de uma atividade privada adicional não poderá ser, de forma inflexível, regida apenas pelo direito privado, dado o risco de desvio de finalidade da atividade pública objeto da avença administrativa mantida com a União.

Sem dúvida, uma licitação é campo propício para ocorrer uma indevida interpenetração das atividades de uma sociedade qualificada como OS ou OSCIP, conforme passamos a expor detidamente.

3 O EQUILÍBRIO ISONÔMICO E A COMPETITIVIDADE NOS CERTAMES LICITATÓRIOS EM QUE PARTICIPEM OS E OSCIP

É norma basilar do regime jurídico das licitações a igualdade de tratamento dos licitantes, o que impede que a Administração Pública ofereça vantagens a um em prejuízo dos demais, frustrando a competitividade que é um princípio correlato. Com efeito, se o desiderato maior de uma licitação é selecionar a melhor proposta para o Poder Público, é necessário que seja garantido aos licitantes um espaço livre de distorções ou benefícios injustificados, permitindo, assim, que compitam livremente.

Não que haja um impedimento absoluto de diferenciação, porquanto o fim último da licitação é mesmo diferenciar dos demais aquele que está mais apto a atender o interesse público com a melhor proposta, o que não pode haver é tratamento distinto sem justificativa ou razão suficiente. Ademais, quando da criação das normas editalícias, deve o Administrador observar as distinções reais e intrínsecas de cada possível licitante, pois, na maior parte dos casos, simplesmente estabelecer uma isonomia formal, rígida e absoluta é a maneira mais clamorosa de se romper com a igualdade material, frustrando a competitividade de um certame.

Assim, deve o administrador municipal, quando da elaboração de seus editais, observar se suas normas podem ensejar uma situação de frustração da competitividade caso atendam à convocação OS ou OSCIP, com seus respectivos benefícios.

É preciso, portanto, definir quais são esses benefícios e as possíveis distorções indevidas que eles podem ocasionar nas licitações para, então, dimensionar as medidas adequadas.

Em face da leitura da legislação própria atinente à OS e à OSCIP, percebemos que a previsão de benefícios que nelas há consiste no repasse de verbas federais, disponibilização de servidores e bens públicos, sem falar de outros meios eminentemente administrativos para incrementar o fomento. Ademais, existe legislação tributária que concede a possibilidade de empresas abaterem de seu imposto de renda importâncias que eventualmente venham a doar para uma OSCIP (Medida Provisória n. 2.113-32 de 2001, arts. 59 e 60).⁵

Conquanto a ilustre Presidente da Comissão de Licitação do Município faça alusão a benefícios fiscais que fruam em razão da qualificação como OS ou OSCIP, na legislação específica não há tal sorte de previsão, seja ela de isenção, crédito presumido ou maneira diversa de tratamento fiscal privilegiado. Assim, acreditamos que o benefício tributário que possam elas obter decorre de sua finalidade desprovida de intuito lucrativo aliada ao objeto específico de assistência social ou educacional, o que implica na incidência da norma imunizante contida no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal de 1988, cujo teor é o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”.

Diante disso, podemos definir as seguintes formas de incentivos que podem desfrutar as OS e as OSCIP: a) imunidade dos impostos por, eventualmente, serem instituições de educação ou de assistência social sem fins lucrativos e que atendam as exigências do art.14 do Código Tributário Nacional; b) receberem recursos, servidores ou bens federais e, ainda, contarem com uma legislação tributária que estimula outras empresas a lhes fazerem doações.

Destaque-se que somente as vantagens descritas no item “b” decorrem do fato de ser a empresa qualificada como OS ou como OSCIP e desde que celebrem o contrato de gestão ou o termo de parceria.

O rompimento da isonomia e da competitividade que essas duas formas de incentivo podem ocasionar no certame licitatório deve ser combatido, mas não acreditamos que o meio juridicamente mais adequado seja simplesmente vedar, de maneira geral e absoluta, a participação das empresas qualificadas como OS ou OSCIP, pois, repita-se à exaustão, são pessoas jurídicas de direito comum que recebem pontuadamente no âmbito federal incentivos, *o que não as desqualifica necessariamente para outras atividades que seus atos constitutivos venham a permitir, inclusive mediante contratação com o Poder Público.*

Com efeito, não comungamos da idéia de alguns administradores no sentido de que essas sociedades somente poderiam celebrar termo de parceria ou contrato de gestão com Poder Público, pois a simples menção na legislação própria de que serão celebradas essas duas espécies de avença não tem o condão de proibir a celebração de contrato administrativo, máxime com ente federativo diverso que sequer é responsável pela atividade de fomento que ocasiona a qualificação especial e os incentivos, como é o caso do município.

Destaque-se, ainda, que a participação de Organizações Sociais em licitações será somente com relação a situações alheias ao contrato de gestão que mantenha com o Poder Público, pois o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, enumera tal situação como hipótese de dispensa de licitação. Mas como é uma sociedade civil regida pelo direito comum nada impede que exerça atividades além daquelas objeto do contrato de gestão, podendo, para tanto, contratar com o Poder Público mediante prévia licitação.

Com isso em mente, passemos a discorrer sobre os meios de controle de uma possível quebra da igualdade entre os licitantes e conseqüente frustração da competitividade.

3.1 Participação de OS ou OSCIP imunes

Caso participe da licitação empresa imune dos impostos por força da incidência da norma contida no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, obviamente poderá ela oferecer preços mais vantajosos do que as demais que estarão oneradas pela respectiva carga tributária.

Contudo, não entendemos que tal situação importe alguma invalidade a ser combatida dentro do processo licitatório, pois essa situação mais vantajosa decorre da vontade do constituinte originário que, inegavelmente, intenciona que entidades de educação ou de assistência social desprovidas de fins lucrativos possuam condições mais favoráveis no mercado e tenham maior competitividade em relação às demais. Já reconhecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal o intuito protetivo e incentivador dessa norma constitucional, consoante se lê no seguinte julgado: “Imunidade tributária. Art. 150, VI, c, da Constituição Federal. Entidades beneficentes. *Preservação, proteção e estímulo às instituições beneficiadas*”.⁶

Assim, o fato de poderem elas ofertar preços mais baixos em licitação nada mais é do que uma inarredável conseqüência da intenção do constituinte, razão pela qual deve ser inexoravelmente respeitada pelo Legislador ordinário e pelo Administrador Público. Estabelecer qualquer sorte de equalização – na intenção de anular os efeitos da imunidade – seria, em verdade, anular e frustrar a plena eficácia da norma constitucional e impedir a realização do querer do constituinte originário, o que de forma alguma pode se validar em nossa ordem jurídica.

Segundo a nova dogmática do direito constitucional, o intérprete e aplicador do direito deve laborar no sentido de conferir a máxima efetividade possível às normas constitucionais, sendo tal dever erigido à categoria de postulado hermenêutico-constitucional. Qualquer postura diferente dessa não pode se convalidar, máxime quando importa alguma espécie de barreira para a plena realização das prescrições maiores.

Repita-se: a possibilidade de ofertar preços mais baixos em uma licitação é decorrência direta da prescrição constitucional que justamente busca proteger, preservar e estimular as entidades beneficiadas, nada podendo fazer os poderes constituídos para impedir ou mitigar esse desiderato constitucional.

A despeito disso, entendemos que o Administrador Público – nas licitações que tenham seu objeto relacionado com educação ou assistência social – deve ficar atento para, sempre que possível, instituir o critério de melhor preço e técnica ou mesmo melhor técnica, a fim de evitar que o preço mais baixo ocasionado pela imunidade acoberte uma oferta menos vantajosa para a Administração Pública sob o ponto de vista da técnica.

Dessa forma, entendemos que – quando possível, ou seja, nos casos contemplados no art. 46 da Lei n. 8.666/93 – deve o Administrador optar pelo tipo de licitação melhor preço e técnica ou melhor técnica. Não sendo possível – e, portanto, se processando segundo o melhor preço -, a condição mais favorável desfrutada pelas sociedades imunes nada mais é do que uma conseqüência da prescrição constitucional, nada devendo fazer a Administração Pública para impedir isso.

3.2 Participação de OS ou OSCIP que desfrutam dos benefícios das Leis n. 9.637/98 e 9.790/99

Como aludido anteriormente, OS e OSCIP desfrutam de benefícios previstos nas Leis n. 9.637/98 e 9.790/99. Porém, eles, a rigor, não importam (*rectius*, não devem importar) nenhuma espécie de vantagem à sociedade civil no âmbito de licitações levadas a efeito por outro ente federativo, porquanto tais incentivos devem ser vinculados estritamente ao objeto específico do contrato de gestão ou termo de parceria firmado com a União. Em face disso, se eles estiverem acarretando alguma sorte de situação privilegiada em certames municipais, muito provavelmente estar-se-á diante de uma ilicitude decorrente do desvio de finalidade da atividade de fomento da União.

De fato, se as empresas qualificadas como OS ou OSCIP estão participando de uma licitação do Poder Municipal, é porque o fazem não na condição especial decorrente do termo de parceria ou contrato de gestão mantido com a União e sim na qualidade de empresa privada ordinária. Não podem em hipótese alguma tredestinar os incentivos recebidos, qualquer que sejam eles, para sua atividade privada comum, daí porque nessa situação deve haver uma série de cautelas decorrente do regime híbrido já mencionado, qual seja, maior controle, regulação e fiscalização sobre a conduta das sociedades que recebam valores, bens ou servidores do Poder Público federal.

Embora haja a permissão para essas entidades agirem sem as vestes da qualificação especial angariada perante a União, praticando atos típicos de qualquer sociedade civil sem fins lucrativos, devem elas receber uma atenção especial, pois, afinal, fazem parte do setor público – ainda que não estatal – que está sendo fomentado pela União. A indisponibilidade do interesse público (único e indivisível) demanda que os agentes estatais (mesmo de esfera federativa distinta) sejam diligentes em apurar e combater práticas atentatórias à moralidade e desviadas do bem comum. No caso, devem os agentes municipais ficar atentos a distorções na destinação dos incentivos, não só para evitar malferimento aos interesses federais, mas também – e precipuamente – para impedir prejuízo ao Município, que poderá ter sua licitação distorcida.

Em razão disso, são recomendáveis as seguintes medidas: a) estabelecer como critério de habilitação jurídica a adequação do objetivo da sociedade (da forma estabelecida em seu ato constitutivo) ao objeto da licitação realizada, o que impedirá que OS ou OSCIP sirvam de fachada para empresas comerciais, combatendo, por exemplo, que elas prestem serviços de terceirização de mão-de-obra, atividade de natureza empresarial em nada compatível com o campo público não estatal a que devem se dedicar; b) nas licitações que tenham por objeto atividades próprias de OS ou OSCIP (quais sejam aquelas contidas no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º da Lei n. 9.637/98), na normatização editalícia concernente à formulação e ao julgamento das propostas, deve haver a obrigação de o licitante esquadriñar a composição dos preços, isso para que sejam desclassificadas aquelas compostas pelos incentivos federais.

Com relação ao constructo inserido no item “a”, temos que, como muito bem leciona Marçal Justen Filho, entende-se por habilitação o “conjunto de atos orientados a apurar a *idoneidade* e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração”.⁷ Ora, se na fase de habilitação se deve verificar a idoneidade dos licitantes, então, é nela o espaço propício para se excluir do certame empresas qualificadas como OS ou OSCIP que pretendam atuar fora de seu âmbito originário e para o qual recebeu incentivos federais, dado o desvio de finalidade que isso consiste.

Embora em nossa ordem jurídica não vigore o princípio da especialidade (que prescreve ter uma pessoa jurídica personalidade jurídica apenas e tão-só para as atividades de seus objetivos institucionais) há situações em que a atuação fora dos lindes institucionais acarreta sérias repercussões jurídicas, como é exemplo uma empresa civil atuar na área comercial (dada a disparidade de regime jurídico existente). O mesmo raciocínio pode ser aplicado para as empresas sem fins lucrativos e que atuam no setor público não estatal (com características tais que são fomentadas pela União) que queiram exercer atividade tipicamente empresarial voltadas para o lucro. Isso é um desborde indevido que macula sua possibilidade de habilitação em um certame licitatório.

Situação típica de desvio de finalidade das OS e OSCIP consiste na participação – e muitas vezes vitória – em licitações de terceirização de mão-de-obra para serviços meramente de apoio, porquanto não vislumbramos como adequá-las às hipóteses contidas no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º da Lei n. 9.637/98. Nada justifica uma sociedade apresentar-se na esfera federal como uma entidade do terceiro setor (atuante no âmbito público não estatal), e por isso receber fomento público, e no âmbito municipal exercer atividade empresarial, em condições especiais precisamente em razão dos incentivos federais. Em tal sorte de certame, não poderia a OS e a OSCIP ultrapassar a fase de habilitação, por não ter idoneidade para tanto.

Por tais razões, acreditamos que, embora não seja lícito vedar de maneira geral e absoluta a participação de OS e OSCIP em licitações municipais, elas somente estão aptas a se habilitarem naquelas que tenham objeto compatível com seu objetivo institucional ou outro tratado no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º da Lei n. 9.637/98, devendo o Administrador Municipal eleger critério de habilitação que tenha isso em mente, sem prejuízo de outros que se vislumbrem adequados a impedir o mesmo tipo de desvio.

Por sua vez, com relação ao constructo contido no item “b” acima, ele se justifica porque os incentivos recebidos da União são vinculados à execução do termo de parceria ou contrato de gestão, não sendo lícito serem utilizados para permitir o oferecimento de preço mais baixo em licitação em que a sociedade participe despida de sua qualificação com OS ou OSCIP. O desvio de finalidade em tal hipótese é tão clamoroso que dispensa maiores lucubrações para justificar a medida sugerida.

Deve, pois, o Administrador Municipal, na normatização editalícia referente às propostas, exigir a explicitação de como o licitante compôs a proposta apresentada e prescrever a desclassificação daquela que for formada pelos incentivos federais.

Tomadas as medidas aqui sugeridas, sem prejuízo de outras não vislumbradas, cremos que a participação de OS ou OSCIP em certame licitatórios levados a efeito pelo Município de Fortaleza será plenamente regular.

Por fim, a ilustre Presidente da Comissão Permanente de Licitações evidencia em sua consulta a preocupação de a participação da OS ou OSCIP em licitações municipais se equipararem àquela experimentada com relação às cooperativas que, por entenderem inexistir vínculo trabalhista com seus funcionários, ofertavam preços mais baixos vencedores de licitações, sendo tal vínculo posteriormente reconhecido e suportado subsidiariamente pelo Poder Público.

Entretanto, em nada a situação das OS e OSCIP se equipara com as cooperativas nesse tocante. A única semelhança que pode haver é com relação ao tratamento tributário diferenciado prescrito pela Constituição Federal.

Ademais, seja como for, mesmo em se tratando de cooperativas, o meio adequado para combater distorções não é a simples vedação de sua participação, como já assentado pelo Tribunal de Contas da União em entendimento esposado por esta Procuradoria mediante o parecer n. 048/2006-PGA.

4 CONCLUSÕES

Em face de todo o exposto, entendemos não ser juridicamente viável a vedação geral e absoluta de participação de OS e OSCIP nos certames municipais, devendo, entretanto, ser tomadas medidas acautelatórias impeditivas de desvios, como as seguintes:

a) nas licitações que tenham o objeto relacionado com educação ou assistência social, deve o administrador público, sempre que possível, optar pelo tipo de licitação melhor preço e técnica ou melhor técnica;

b) estabelecer como critério de habilitação jurídica a adequação do objetivo da sociedade (da forma estabelecida em seu ato constitutivo) ao objeto da licitação realizada, o que impedirá que OS ou OSCIP sejam desviadas para empresas comerciais;

c) nas licitações que tenham por objeto atividades próprias de OS ou OSCIP (quais sejam aqueles contidas no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º Lei n. da 9.637/98, respectivamente), na normatização editalícia concernente à formulação e ao julgamento das propostas, deve haver a obrigação de o licitante esquadriñar a composição dos preços, isso para que sejam desclassificadas aquelas que sejam compostas pelos incentivos federais.

É o parecer.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20.

² O Plano Diretor já trazia um bom delineamento acerca das Organizações Sociais: “A estratégia de transição para uma administração pública gerencial prevê, ainda na dimensão institucional-legal, a elaboração, que já está adiantada, de projeto de lei que permita a ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de ‘organizações sociais’. O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal. Entende-se por ‘organizações sociais’ as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária”.

³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 466.

⁴ *Ibid.*, p. 463.

⁵ Art. 59. Poderão, também, ser beneficiárias de doações, nos termos e condições estabelecidos pelo inciso III do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se em relação às doações efetuadas a partir do ano-calendário de 2001.

§ 2º Às entidades referidas neste artigo não se aplica a exigência estabelecida na Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, § 2º, inciso III, alínea “c”.

Art. 60. A dedutibilidade das doações a que se referem o inciso III do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, e o art. 59 fica condicionada a que a entidade beneficiária tenha sua condição de utilidade pública ou de OSCIP renovada anualmente pelo órgão competente da União, mediante ato formal.

§ 1º A renovação de que trata o caput:

I - somente será concedida a entidade que comprove, perante o órgão competente da União, haver cumprido, no ano-calendário anterior ao pedido, todas as exigências e condições estabelecidas;

II - produzirá efeitos para o ano-calendário subsequente ao de sua formalização.

§ 2º Os atos de reconhecimento emitidos até 31 de dezembro de 2000 produzirão efeitos em relação às doações recebidas até 31 de dezembro de 2001.

§ 3º Os órgãos competentes da União expedirão, no âmbito de suas respectivas competências, os atos necessários à renovação referida neste artigo”.

⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 210.251-ED. 1ª. Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 28 nov.2003. No mesmo sentido: RE 186.175EDv-ED, DJ 17 nov.2006.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p.294. A realistic theory of interpretation

PARTICIPATION OF SOCIAL ORGANIZATIONS (OS) AND CIVIL SOCIETY PUBLIC INTEREST ORGANIZATIONS (OSCIP) IN PROCUREMENT PROCESSES

ABSTRACT

Administrative Law. Procurement at municipal level. Social Organizations (OS) and Civil Society Public Interest Organizations (OSCIP). General and unlimited prohibition of participating not possible. Need of measures aimed at avoiding deviation of public ends.

KEYWORDS: Social Organizations. Civil Society Public Interest Organizations. Procurement.

LA PARTICIPATION DES OS ET DES OSCIP AUX APPELS D'OFFRES

RÉSUMÉ

La loi administrative. Les appels d'offres municipaux. Les Organisations Sociales (OS) et les Organisations de la Société Civile d'Intérêt Public (OSCIP). L'impossibilité de la prohibition totale et absolue de participation. La necessite de mesures d'empêchements de déviation de finalité.

MOTS-CLÉS: Organisations Sociales. Organisations de la Société Civile d'Intérêt Public. Appels d'Offres.

INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO

- 1) Os trabalhos poderão ser enviados por meio eletrônico para os e-mails faygabede@hotmail.com; nestorsantiago@bol.com.br; ou ivocesar@hotmail.com. Caso o autor deseje, poderá ser enviado aos cuidados da Coordenação de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade Christus, com endereço na avenida Dom Luís, n. 911, 5º andar, CEP 60.160-230, Fortaleza-CE. Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar autorização para publicação.
- 2) Os trabalhos deverão ter um mínimo de 10 (dez) e no máximo de 30 (trinta) páginas. O formato do papel deve ser o A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3 cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, exceto nas notas de fim. A fonte a ser utilizada é a Arial, tamanho 12, exceto nas notas de fim (Arial, 10).
- 3) A estrutura do artigo deve obedecer às normas da ABNT e deve conter os seguintes elementos:
 - 3.1) Elementos pré-textuais (nesta ordem):
 - 3.1.1) Título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos;
 - 3.1.2) Nome do autor, acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico e/ou físico (facultativo);
 - 3.1.3) Sumário, com a indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho;
 - 3.1.4) Resumo na língua do texto: seqüência de frases concisas e objetivas e não uma simples enumeração de tópicos, de 100 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto, no máximo de 6 (seis), para adequação ao Currículo Lattes do autor.

Ex.:

RESUMO

Cabimento de Responsabilidade Civil do Estado por ato legislativo. Independência dos Poderes. Hipótese de afastamento da aplicação da teoria do Risco Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade. Estado. Ato Legislativo.

3.2) Elementos textuais:

3.2.1) Introdução: delimitação do assunto tratado e objetivos da pesquisa.

3.2.2) Desenvolvimento: explanação ordenada e pormenorizada do assunto tratado.

3.2.3) Conclusão: conclusões correspondentes aos objetivos e hipóteses.

3.3) Elementos pós-textuais (nesta ordem):

3.3.1) Em língua estrangeira: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos.

3.3.2) Em língua estrangeira: versão do resumo na língua do texto, seguido das palavras-chaves, em inglês e francês (ABSTRACT e KEYWORDS, no inglês; RÉSUMÉ e MOTS-CLÉS, no francês.)

3.3.3) Notas explicativas em Arial 12.

3.3.4) Referências das obras consultadas no trabalho em Arial 12.

3.4) Caso o autor não tenha conhecimentos suficientes em inglês e francês, o Conselho Editorial da Revista Opinião Jurídica encarregar-se-á de providenciar a tradução.

4) As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520):

4.1) No texto:

4.1.1) Citações de até três linhas, devem estar contidas entre aspas duplas.

4.1.2) Citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda com letra menor que a do texto (Arial 10) e sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando esta alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

4.2) Referências e notas com indicação da fonte de pesquisa

4.2.1) Livros:

SOBRENOME (vírgula) Prenomes (ponto) título em destaque (ponto) edição (número + ponto + ed + ponto) local (dois pontos) editora (vírgula) data de publicação (ponto).

4.2.2) Artigos de revista:

NOME (vírgula) Prenomes (ponto) título (ponto) título da publicação em destaque (vírgula) local da publicação (vírgula) numeração correspondente ao volume e/ou ano (vírgula) fascículo

ou número (vírgula) paginação inicial e final (vírgula) data ou intervalo de publicação (ponto).

4.2.3) Artigos de internet:

Quando se tratar de obras consultadas na internet, também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais < >, precedido da expressão “Disponível em:” e a data de acesso ao documento, precedida de expressão “Acesso em:”, opcionalmente acrescida dos dados referentes a hora, minutos e segundos.

- 4.3) As citações seqüenciadas da mesma obra, na mesma página, podem ser referenciadas de forma abreviada, utilizando-se as seguintes expressões:
- a) Idem – mesmo autor – id. Ex: Id. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 103.
 - b) Ibidem – na mesma obra – ibid. Ex: Ibid., p. 105.
 - c) Opus citatum, opere citato – obra citada – op. cit. Ex: CANOTILHO, op. cit., p. 65.
 - d) loco citato – no lugar citado – loc. cit. Ex: CANOTILHO, loc. cit.
 - e) sequentia – seguinte ou que se segue – et seq. Ex: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 25 et seq.
- 5) Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias. Caso deseje, o autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração dos artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028, ou entrar em contato com os professores responsáveis pela publicação da revista, cujos endereços eletrônicos encontram-se indicados no item I, *supra*.
- 6) Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Opinião Jurídica. O autor receberá gratuitamente cinco exemplares do número da Revista no qual seu trabalho tenha sido publicado.

Este número da revista foi composto na fonte GoudyOlSt BT, corpo 11.
O miolo foi impresso em papel AP 75 g/m² e a capa em cartão supremo 250 g/m².
Impresso pela Gráfica LCR.



e-mail: graficalcr@px.com.br
www.graficalcr.com.br
(85) 3272.7844