

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 2, n. 1, abr.2006./mar. 2007. ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 2, número 1 – abr/2006/ mar/2007



ISSN 1809-7278

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v.2, n.1 – Anual – Montes Claros, MG – abr/2006 – mar/2007

FACULDADES SANTO AGOSTINHO

Diretor das Faculdades de: Ciências Exatas e Tecnológicas
Santo Agostinho, Ciências Sociais Aplicadas Santo
Agostinho, Ciências Sociais Aplicadas Santo Agostinho de
Pirapora, Saúde e Desenvolvimento Humano Santo
Agostinho e do Instituto Superior
de Educação Santo Agostinho
Prof. Msc. Antônio Eugênio Silva

Coordenadora do Curso de Administração com Linhas de
Formação Específicas em: Agronegócios, Comércio
Exterior, Gestão de Negócios e Marketing
Prof. Msc. Tarso Guilherme Macedo Pires

Coordenador do Curso de Administração de Pirapora
Prof. Msc. André Luiz Pereira Mori

Coordenador do Curso de Arquitetura e Urbanismo
Prof. Msc. Antônio Augusto Pereira Moura

Coordenador do Curso de Direito
Prof. Msc. Famblo Santos Costa

Coordenadora do Curso de Engenharia Ambiental
Prof. Msc. Hermano Baggio Filho

Coordenador do Curso de Engenharia Elétrica
Prof. Msc. Nilton Alves Maia

Coordenador do Curso de Engenharia de Produção
Prof. Alessandro Gonçalves

Coordenador do Curso de Farmácia
Prof. Msc. Waldemar de Paula Júnior

Coordenadora do Curso de Serviço Social
Profª. Msc. Rosecléa Borges

Coordenador do Curso de Sistemas de Informação
Prof. Msc. João Batista Vieira

INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor: Prof. Msc. Antônio Eugênio Silva

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenador de Publicações/ Editor
Prof. Dr. Anelito de Oliveira

Conselho Editorial
Prof. Dr. Elton Dias Xavier, Prof. Msc Famblo Santos
Costa, Prof. Msc. Richardson Xavier Brant, Prof. Msc.
Waldir de Pinho Veloso, Prof. Msc. Marcos Fábio
Martins de Oliveira

Conselho Consultivo
Prof. Adilson José Moreira (Harvard Law School),
Prof. Dr. Sérgio Rezende de Barros (Universidade de
São Paulo-USP),
Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto (Universidade
Federal de Minas Gerais- UFMG),
Profª. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade
Federal de Pernambuco- UFPE),
Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
(Universidade Federal de Minas Gerais- UFMG),
Profª. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade
Federal de Santa Catarina- UFSC),
Prof. Dr. Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de
São Paulo - USP)

Divisão de Comunicação e Marketing
Coordenadora: Naiara Vieira Silva

Diagramação: Maria Rodrigues Mendes
Revisão Ortográfica: Profª. Nely Rachel Veloso Lauton

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS – Faculdades Santo
Agostinho: v.2, n. 1. Montes Claros (MG): Editora da Fundação Santo
Agostinho, abr. 2006 / mar. 2007 –. Anual.

v.: 20 x 25,5 cm

ISSN: 1809-7278

1 - Direito

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
ABERTURA	7
Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do Direito DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA.....	9
ARTIGOS	27
Apontamentos para compreensão da proposta habermasiana de uma sociedade civil pós-nacional: estudo comparativo entre os sistemas políticos nacional e internacional RICHARDSON XAVIER BRANT.....	29
Paternidade socioafetiva IONETE DE MAGALHÃES SOUZA.....	57
A meta do magistrado brasileiro na atividade única complexa da exegese jurídica: faculdade de criação interpretativa ou poder arbitrário de criação do direito LEONARA LEÃO DEMOLIN LEITE.....	65
ARGUMENTO JURÍDICO	
Direito e Democracia.....	83
Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM.....	85
A crítica como resistência contra-hegemônica no redimensionamento da teoria jurídica atual ANTONIO CARLOS WOLKMER.....	117
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	129

EDITORIAL

Elton Dias Xavier
Famblo Santos Costa
Anelito de Oliveira

É de conhecimento público a importância atribuída à produção acadêmica e à pesquisa científica em nível de graduação. Notoriamente nos cursos de Direito, onde as atividades de leitura, interpretação e, principalmente, de produção de textos vêm ganhando cada vez mais espaço junto às demais atribuições exigidas dos profissionais da área jurídica. Assim, é unicamente com o intento de fomentar o debate acadêmico e enriquecer ainda mais o rol de instituições de ensino superior dedicadas à divulgação e ao confronto de idéias que a Faculdade de Direito Santo Agostinho inaugura sua Revista de Estudos Jurídicos, apresentando à comunidade acadêmica e aos leitores em geral a presente seleção de artigos científicos.

O leitor mais atento irá perceber duas preocupações que estiveram fortemente presentes durante o período de confecção e organização desta obra coletiva. A primeira delas concerne às temáticas escolhidas para direcionar o conteúdo dos artigos. Sem prejuízo do necessário pluralismo de idéias, fato que é corroborado ao notarmos a considerável variedade de assuntos tratados neste volume, todas as concepções desenvolvidas pelos autores simbolizam, em maior ou menor grau, as preocupações e anseios daqueles que apresentam uma reflexão verdadeiramente profícua acerca do Direito contemporâneo. Conseqüentemente, os textos aspiram à inovação e à crítica, duas atitudes por vezes incomuns em artigos jurídicos, mas que se mostram cada vez mais necessárias em um setor do conhecimento humano que, em pleno século XXI, resente-se bastante de enfoques analíticos que forneçam aos juristas contemporâneos novos aportes metodológicos para um melhor entendimento da sociedade moderna. Nesse sentido, temas complexos e de nítida importância, que colocam em pauta a própria atividade do jurista nos tempos atuais, são debatidos e esmiuçados sempre sob uma rigorosa perspectiva teórica, ao mesmo tempo erudita e didática, a partir da qual os autores perpassam institutos e conceitos sem os quais seria impossível pensar a própria Ciência do Direito.

O segundo ponto a ser destacado, quanto aos critérios para publicação dos artigos, remete à amplitude de autores que, dentro de suas áreas de atuação, têm contribuído intensa-

mente para o debate acerca dos diversos problemas enfrentados pela Ciência do Direito na atualidade, seja no plano da Filosofia Jurídica, vinculado mais intimamente à atividade estritamente acadêmica, seja no plano da Dogmática Jurídica, através da qual os juristas conduzem suas interpretações dos textos normativos e acarretam conseqüências que são sentidas quase que imediatamente pela sociedade e pelas instituições como um todo. Portanto, dentre os autores que honram esta publicação, encontram-se desde juspublicistas consagrados no cenário nacional a grandes nomes da Filosofia do Direito contemporânea, passando por escritores que detêm o mérito de aliar a suas atividades, no âmbito da Magistratura e do Ministério Público, uma considerável produção acadêmica. Por essas razões, o leitor encontrará nas páginas a seguir um verdadeiro universo de construções teóricas, visões ideológicas, pensamentos filosóficos e interpretações jurídicas que merecerão toda a sua atenção.

Iniciando a coletânea, o professor Régis Fernandes de Oliveira trata de um tema bastante atual. Em seu artigo intitulado “A corrupção como desvio de recursos públicos”, o ilustre doutrinador discorre sobre as origens e as conseqüências da corrupção e da malversação de recursos públicos no Brasil, apresentando propostas e indicando rumos para que o Brasil se torne um país verdadeiramente democrático. A seguir, em um texto conciso e extremamente didático, o Doutor Marcelo Cattoni aborda o pensamento de um dos principais filósofos contemporâneos: Jürgen Habermas. Com uma escrita que dispensa solenidades e formalismo, o autor enfoca a problemática envolvendo Estado de Direito e Democracia, trabalhada por Habermas em sua obra “A inclusão do outro”, de 1996. Mudando sensivelmente de temática, o Promotor de Justiça e Doutorando em Direito Constitucional Marcelo Cunha de Araújo trata, por intermédio de um denso e minucioso artigo, das modernas concepções teóricas desenvolvidas por John Hart Ely, Ronald Dworkin e Robert Alexy, três autores de suma importância, tanto para o constitucionalismo moderno, quanto para a Teoria do Direito contemporânea.

Contando com o embasamento doutrinário e jurisprudencial moldado a partir das novas concepções em torno dos contratos, principalmente as que dizem respeito às relações de consumo, o magistrado e professor Rogério Medeiros Garcia de Lima traz a lume, em seu artigo, uma temática verdadeiramente atual e de conseqüências práticas indiscutíveis. Direcionando sua análise para a responsabilidade civil das concessionárias de serviços de telefonia, o autor perpassa inúmeras questões que pululam diariamente nos tribunais do país.

Inevitável ressaltar, à guisa de conclusão, que este volume não seria viável sem a contribuição de tão ilustres autores que, em atitude de humildade acadêmica e compromisso com o conhecimento, cederam seus escritos para publicação e, dessa forma, proporcionaram à comunidade acadêmica e aos leitores apreciadores de um bom texto o acesso a alguns dos mais intensos debates jurídicos atuais. Desse modo, a posição da Faculdade de Direito Santo Agostinho e de todos os seus membros não poderia ser outra senão a de alinhamento ao compromisso com os três grandes pilares que devem sustentar o estudo universitário contemporâneo: a qualidade do ensino ministrado, a excelência na atividade de pesquisa e o rigor nos projetos de extensão.



A B E R T U R A

Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do Direito¹

Delamar José Volpato Dutra

We live in and by the law [...] We are subjects of law's empire, liegemen to its methods and ideals, bound in spirit while we debate what we must therefore do [...] That legal reasoning is an exercise in constructive interpretation, that our law consists in the best justification of our legal practices as a whole, that it consists in the narrative story that makes of these practices the best they can be².

O texto apresenta a teoria da aplicação do direito de Dworkin. Tal teoria tem base no conceito de integridade, cuja finalidade é dar conta da racionalidade da aplicação do direito. O conceito de integridade opõe-se ao utilitarismo que maltrata a igualdade e se opõe ao positivismo que defende a discricionariedade do juiz para os casos difíceis e a repetição mecânica para os demais casos em nome do princípio da segurança. Seu conceito de integridade recorre à dimensão histórica de um sistema principiológico que porta regras de justiça para atenuar a discricionariedade, e à justiça para atenuar o caráter mecânico das demais decisões. O texto trata ainda do conceito de coerência, central para o entendimento do caráter da integridade.

¹ O presente trabalho foi realizado com o apoio do CNPq, uma entidade do Governo Brasileiro voltada ao desenvolvimento científico e tecnológico, através de uma bolsa de pós-doutorado na Columbia University, para o projeto A racionalidade da jurisdição na teoria do direito de Dworkin e sua recepção crítica na filosofia do direito de Habermas, no período de 09/2003-08/2004.

² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. VII.

1 Contra o positivismo e o utilitarismo

Contrariamente a posições que concebem um papel muito limitado para a coerência no sistema jurídico, Dworkin defende-a como um conceito central. Exemplo do primeiro tipo de posição pode ser encontrado na defesa que Raz faz da coerência. Raz distingue a coerência do ponto de vista do conteúdo - como o utilitarismo - daquela sob o ponto de vista da origem - como a norma fundamental de Kelsen. Segundo ele, um sistema coerente sob o ponto de vista da origem não precisa ser coerente sob o ponto de vista do conteúdo ou vice-versa. Considerando que o conteúdo do direito é, em parte, determinado pela política e, dados os caprichos da política, não há razão para se esperar que a lei seja coerente em sentido amplo. Ele oferta só um papel limitado para a coerência³. Tal pode ser visto no caso brasileiro do tratamento do aborto ou no cap. I, Título VII, da constituição quando trata dos princípios gerais da atividade econômica, ao defender, ao mesmo tempo, a valorização do trabalho e a livre iniciativa, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Em geral, os textos de Dworkin combatem o positivismo e o utilitarismo. O positivismo responde a um aspecto conceitual⁴ da teoria do direito, segundo o qual “a verdade de uma proposição legal consiste em fatos acerca das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e nada mais que isto”⁵. Portanto, dentre outras conseqüências, não existem direitos anteriores ao direito positivo. De fato, Alexy, nas primeiras duas páginas de seu livro *Begriff und Geltung des Rechts* distingue as teorias positivistas das não positivistas a partir da defesa do que ele nomeia a *tese da separação* e a *tese da conexão*, respectivamente. Segundo ele, todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação* entre direito e moral, de tal forma que o direito tenha que ser definido sem que elementos morais estejam incluídos. Todas as teorias não positivistas defendem a *tese da conexão* que inclui na definição do direito elementos morais. Além da tese da separação entre moral e direito, o positivismo defende que o direito se constitui de regras bem definidas, não comportando princípios. Tal deve ocorrer em nome da segurança ou certeza jurídica. Os casos difíceis devem ser resolvidos pela discricionariedade do juiz. Segundo a tese positivista, onde há arbítrio do juiz não há lei⁶.

Por seu turno, o utilitarismo responde ao aspecto normativo, ou seja, ao que a regra deva ser. Dito de outro modo, ela deve gerar utilidade, bem-estar. Bentham teria sido um dos pensadores a formular uma teoria geral do direito, imbricando os dois aspectos acima

³ Cfr. RAZ, J. The relevance of Coherence. In RAZ, J. *Ethics in de Public Domain*. Oxford: Claredon, 1994. p. 277-326.].

⁴ Exemplo de um problema conceitual é aquele de saber se as normas de competência e de procedimento fazem ou não fazem parte do direito, como qualquer outra norma.

⁵ TRS p. VII.

⁶ “So far as the judge’s arbitrium extends, there is no law at all” AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. [V. I]. Glashütten im Taunus: Auvermann, 1972.[1. Estado de direito., 1863]. p. 664.

elencados, quais sejam, o normativo e o conceitual, numa perspectiva positivista e utilitarista, caudatárias, no fundo, de uma teoria filosófica mais ampla, o empirismo.

Em *Taking Rights Seriously*, 1977, o argumento contra o positivismo foi fenomenológico, ou seja, o texto fez valer a força gravitacional das decisões passadas contra a doutrina positivista da discricionariedade, a qual implica na tese de que não haveria uma resposta correta ou a melhor resposta, mas só respostas diferentes para os casos difíceis⁷. *Law's Empire*, 1986, enfatiza o caráter interpretativo do direito⁸. De fato, o problema nos casos difíceis não é a falta de norma, mas a voz incerta das normas. Um exemplo de caso difícil no Brasil, julgado em 1984, consistiu em saber se a cegueira como impedimento para exercer o cargo de juiz era discriminatória ou não⁹.

Na busca de uma solução para este problema das respostas corretas, principalmente para os casos difíceis, Dworkin desqualifica a técnica semântica que perscruta o significado das palavras ou a psicológica que visa à intenção do legislador¹⁰ e propõe a interpretação construtiva. Para ele, o direito é uma questão de interpretação; não é uma invenção. Formulado por Dworkin, o problema consiste na dificuldade de diferenciar interpretação de invenção, porque o texto exerceria só um controle ilusório sobre o resultado¹¹.

Contra o utilitarismo, ele defende uma teoria liberal do direito. O liberalismo, na formulação que lhe dá Dworkin, defende um conjunto de direitos individuais independentes do sistema legal. A sua teoria, portanto, une a defesa moral de um conjunto de direitos individuais com a noção de integridade do sistema jurídico.

Segundo Kymlicka¹², as teorias políticas modernas não têm valores fundamentais diferentes, pois todas fazem referência à igualdade e à liberdade. Assim, as teorias políticas modernas diferem no modo como melhor se as interpreta. O que ele predica ao utilitarismo é uma espécie de incoerência, ou falta de integridade em realizar a igualdade e a liberdade. Poder-se-ia dizer que os elementos que compõem o utilitarismo, a felicidade, a liberdade e a igualdade não se reconciliam facilmente, pois, considerando que o utilitarismo tem uma teoria substantiva da justiça definida em termos de utilidade, nem sempre esta salvaguarda a igualdade. A igualdade não é prioritária. Já, seu sistema defende a integridade que equilibra uma determinada concepção de justiça substantiva, baseada em direitos individuais à liberdade e à igualdade em conjunção com questões de equidade¹³.

⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 3.

⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. VIII.

⁹ O STF decidiu que a cegueira não é discriminatória, ou seja, ela impossibilita o desempenho pleno das atribuições insitas ao cargo de juiz de direito [RE 100001 / DF, publicação: DJ, 29-08-86, p. 15187].

¹⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 14.

¹¹ Cfr. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 169.

¹² Cfr. KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*. Oxford: Clarendon, 1999. p. 4-5.

¹³ Tanto Dworkin quanto Rawls são anti-utilitaristas, mas Rawls tem uma teoria baseada na equidade do procedimento, sem preocupações com o resultado.

Resumidamente, Dworkin combate a discricionariedade do juiz, defendida pelo positivismo para a aplicação do direito nos casos difíceis, sob o argumento que isto significa uma aplicação retroativa do direito, atentando contra o uso legítimo da coerção por parte do Estado que deve presumir o prévio conhecimento da lei, além de implicar numa forma de legislação não democrática. Tal discricionariedade é evitada pela introdução de princípios no direito, os quais já estariam positivados, de tal forma que quando usados para resolver um caso difícil, evitariam o problema da aplicação retroativa da lei. Ademais, no caso de dois ou mais conjuntos de princípios a disputarem a resposta correta para o caso, a dimensão da moralidade evitaria o arbítrio do juiz na escolha entre uma ou outra formulação dos princípios.

2 Da integridade

Para tratar do problema se há ou não resposta correta, principalmente aos casos difíceis, ele toma o seguinte exemplo de norma a ser aplicada: “contratos sacrílegos são inválidos”. O caso a se decidir consiste em saber se um contrato assinado no domingo é ou não sacrílego¹⁴.

Uma posição com relação a esse exemplo é aquela que afirma só haver discricionariedade do juiz nos casos difíceis, pois o direito é intrinsecamente falho. Ele apresenta duas versões dessa tese que nega a possibilidade de uma resposta correta. A primeira afirma que entre as duas posições - o contrato é válido e o contrato não é válido - há a possibilidade de ambas serem falsas. Ele poderia nem ser um contrato, poderia ser um contrato inconcluso, amorfo [“ ‘*inchoate*’ contract”]¹⁵, da mesma forma que para a disjunção *Tom é jovem ou velho*, poderia haver uma terceira possibilidade, aquela de Tom ser de meia-idade¹⁶. Um exemplo dessa versão no sistema brasileiro poderia ser a assinatura de um contrato por pessoa relativamente incapaz sem assistência, ou mesmo a assinatura por uma pessoa absolutamente incapaz.

A segunda versão nega não só que haja uma terceira possibilidade, como qualquer outra possibilidade, pois, no exemplo, não há nem como saber se Tom é de meia-idade. Por exemplo, se ele tiver 39 anos, é de meia-idade? Segundo que critérios: da média de vida oriunda do censo nacional do IBGE, segundo a região? Um dos argumentos para essa versão é a imprecisão, a “vagueza”, dos conceitos¹⁷.

A diferença entre a primeira e a segunda versão é que na primeira o direito estabelece critérios para saber da terceira possibilidade, ao passo que na segunda versão não existe tal critério e a discricionariedade do juiz é completa. No exemplo brasileiro, o primeiro contrato

¹⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 120 s.

¹⁵ Exemplo: um contrato feito por uma pessoa entre 16 e 18 anos e que não foi assistida.

¹⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 120-1.

¹⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 122.

seria anulável, já o segundo seria nulo, com efeitos *ex nunc* e *ex tunc*, respectivamente. A primeira posição pode ter existência em um sistema legal, ou melhor, caracteriza o próprio sistema, pois, por exemplo, o juiz pode escolher uma pena para homicídio simples, entre 6 e 12 anos, ou pode decidir pela anulabilidade ou nulidade¹⁸.

A sua solução contra a tese da “vagueza” dos conceitos, como o conceito de *sacrilégio*, da indeterminação, da controvérsia – que no fundo são formulações da tese positivista da discricionariedade da decisão e da conseqüente defesa de que elas devam ser mecânicas, visto que com isto pelo menos se salvaguarda a segurança jurídica – consiste numa teoria da aplicação do direito que opera em dois níveis, combinando análise legal e filosófica¹⁹. O primeiro é aquele da pertença [fit] ou da história do direito, o qual gravita à vontade do julgador numa direção ou noutra, atenuando a discricionariedade. Este é o argumento de *Taking Rights Seriously*. O outro nível é aquele da moralidade política ou da moral individual. Dentre duas ou mais soluções igualmente coerentes que a dimensão de pertença ofertar, uma delas deverá ser melhor sob o ponto de vista moral²⁰. Assim, em *Brown*, se apresentaram duas possibilidades, uma cujo cavalo de batalha era o precedente *Plessy v. Ferguson*, 1896, a outra, a tese defendida pelos autores de *Brown*, 1954, sobre o que exigia a cláusula da igual proteção da lei. Claro, pode-se argumentar que haja controvérsia dentro da própria moralidade e que não haja uma teoria moral ou posição superior à outra. No entanto, a título de exemplo, um utilitarista dificilmente diria que duas normas contraditórias produziram, a longo prazo, a mesma média de prazer/dor. Defensores da igualdade ou liberdade podem discordar sobre a dedução de um direito individual decorrente, por exemplo, se há direitos sociais ou se pode abortar ou não. Claro, se for predicado um ceticismo ou indeterminação radical da própria teoria moral, então, o positivista parece ter razão. Mas, essa é uma questão própria da filosofia, a luta contra o ceticismo.

Contra a posição da discricionariedade, Dworkin apresenta a teoria da integridade. A noção de integridade pode ser mais bem compreendida se apresentarmos um quadro classificatório de várias concepções sobre o papel do judiciário, bem como sobre concepções do direito.

- Sob o ponto de vista do conteúdo, pode-se apresentar duas posições: a dos conservadores e a dos liberais. Ambas posições ignoram o caráter interpretativo do direito.
- Quanto à dimensão de ajustamento [fit] à história, ela pode ser *stricto sensu* ou *lato sensu*. Com relação a esse ponto há, ainda, o historicismo interpretativista e não interpretativista²¹. Em *Law's Empire*, Dworkin combate o que ele nomeia de modelo do convencionalismo, o qual é apegado à história do direito, bem como o modelo pragmatista

¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 122.

¹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 143-5.

²⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 143, 161.

²¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 357 s.

que concebe o direito tendo em vista os resultados futuros. Em oposição a esses dois modelos, ele apresenta o seu modelo da integridade²². O convencionalismo rejeita a integridade como uma fonte de direitos legais que vá além da extensão explícita das práticas políticas convencionadas²³; o pragmatista não aceita a coerência e a integridade por si mesmas, mas em razão da possibilidade de alguma vantagem²⁴.

● Passivistas são aqueles que defendem que o judiciário deva permanecer numa posição de aplicação da lei; os ativistas defendem um papel ativo do judiciário em concorrência com o legislativo²⁵. O ativismo é um tipo de pragmatismo, pois ele ignora a história para impor sua própria visão de justiça sobre o governo.

O modelo da **integridade** pode ser empregado como sinônimo de **interpretação construtiva** e de **coerência** ou **consistência**, num sentido que ainda se explicitará a seguir. Percebe-se, portanto, uma clara aproximação entre integridade e coerência²⁶. Essa formulação interpreta o direito a partir de sua história. Nesse sentido, o pensamento de Dworkin é um exemplar do método narrativo: “na concepção de Dworkin, um argumento ou pretensão legal é uma interpretação da lei vigente da comunidade, vista em sua completude e no cenário histórico”²⁷, de tal forma que a “integridade no direito significa ajustar as decisões legais atuais a toda história anterior da comunidade tratada como um sujeito normativo singular da ação ética”²⁸. No entanto, é uma interpretação construtiva que busca o equilíbrio entre a prática legal como ela é e sua justificação²⁹. Busca reconciliar história com justiça, ou seja, “pretende harmonizar a positividade da ordem jurídica com a legitimidade de pretensões reclamáveis judicialmente”³⁰. A integridade “sustenta que direitos e responsabilidades fluem das decisões passadas e assim contam como sendo legais, não somente quando são explícitos nessas decisões, mas também quando se seguem dos princípios de moralidade pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem como forma de justificação”³¹.

Paradigmático para entender a noção de interpretação construtiva é o caso *Elmer*, julgado em Nova Iorque em 1882. Elmer, sabendo ser herdeiro testamentário de seu avô,

²² Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. cap. 4, 5, 6.

²³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 134.

²⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 162.

²⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 369. No entanto, um passivista como Ely precisa de um argumento para decidir o que é questão de equidade do procedimento democrático e o que é justiça substancial. Se ele considerar a liberdade de expressão como base da democracia, então a Suprema Corte poderá controlar os atos contrários, senão não [fr. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 370, nota 10].

²⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 176-7.

²⁷ MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*. v. 100, n. 4, 1986. p. 66. Cf. LE p. 225.

²⁸ MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*. v. 100, n. 4, 1986. p. 66. Cf. LE p. 225.

²⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 90.

³⁰ TrFG1 p. 264 [FG p. 261].

³¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 96.

matou-o por envenenamento, pois ele havia se casado de novo e poderia mudar o dispensável testamento. Ele foi julgado e condenado pelo crime de homicídio, segundo o estatuto penal de Nova Iorque. No âmbito civil, as duas filhas do *de cuius* impetraram ação de anulação do testamento sob o fundamento da conduta criminosa do legatário. O problema residia em que o estatuto penal não cominava a perda da herança como efeito genérico ou específico da condenação, e o estatuto civil do direito das sucessões não excluía da sucessão os casos de indignidade. Portanto, se lhe fosse retirada a herança pelo judiciário tal ato seria criativo do direito, visto não estar previsto no ordenamento jurídico tal hipótese. Elmer acabou perdendo o caso por cinco votos contra dois, sob o argumento de que o direito deveria ser construído para torná-lo um sistema coerente e o direito em geral implicava no princípio de que ninguém poderia tirar proveito de sua própria torpeza. Ou seja, o direito portava conexão com um princípio de justiça.

A integridade é, portanto, interpretativa e construtiva. Ele opõe a interpretação criativa que visa ao fim, ao significado à interpretação conversacional, cujo viés característico reside na busca dos motivos, das intenções. Ambas diferem, ademais, de uma interpretação científica, cujo cavalo de batalha é a causalidade³². Ele afirma que a “interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva”³³. Dito de outra forma, a “interpretação construtiva é uma questão de impor um fim sobre um objeto ou prática para fazer desses o melhor exemplar possível da forma ou gênero ao qual eles pertencem”³⁴, ou seja, “fazer de um objeto o melhor que ele possa ser”³⁵.

Ademais, a integridade une justiça e equidade.³⁶ A equidade é caracterizada como um procedimento para uma distribuição do poder de maneira correta. Visa a possibilitar igual influência sobre as decisões políticas. Um exemplo de equidade é a decisão por maioria. Nesse sentido – não seria incorreto afirmar – a segregação racial era equitativa, dado o momento histórico pelo qual a sociedade americana passava, sendo aceita amplamente na sociedade. A equidade tem aplicação no processo legislativo e no judicial. A justiça, por sua vez, é caracterizada pelas decisões que a política deveria tomar, sendo ou não escolhidas de maneira equitativa. O mesmo exemplo anterior serve para mostrar uma decisão equitativa sob a regra da maioria, mas injusta para com uma minoria.

Nesse diapasão, há os que afirmam que a justiça não tem sentido à parte da equidade. Tais teorias definem a justiça como sendo equidade. Para esses, o que acontece segundo o procedimento equitativo é justo. Rawls seria um exemplar desse tipo de teoria. Há outros que defendem que o procedimento seja equitativo somente quando produzir certos resultados substantivos, considerados justos. Esta posição defende a equidade como justiça. Dworkin cita Mill como sendo um posicionamento teórico desse tipo. Tais incongru-

³² Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 50.

³³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 52.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 52.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 52-3.

³⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 378.

ências levam a uma terceira posição, visto que procedimentos equitativos – como o majoritário – podem produzir resultados injustos e procedimentos não equitativos podem produzir resultados justos³⁷.

Os conflitos entre justiça e equidade sugerem um terceiro ideal político, assim como Netuno fora postulado antes de ser descoberto, para explicar o comportamento dos planetas mais próximos³⁸. O terceiro ideal político é a integridade, cuja tônica reside no equilíbrio entre justiça e equidade. Integridade é uma terceira virtude política que remete às convicções que formam e enformam a vida das pessoas como um todo, como um conjunto coerente de princípios, mesmo quando não há concordância entre os princípios de justiça e a equidade. É uma virtude diferente da justiça e da equidade. Exemplo disso reside no processo criminal, em que a integridade exige um correto balanceamento entre a exatidão, a “verdade real” exigida pela justiça para uma condenação e a eficiência no processo criminal como questão de equidade. A integridade exige consistência³⁹ e não é para um mundo ideal, mas para um mundo imperfeito, onde se reconhecem e se negam direitos que não seriam reconhecidos ou negados num mundo ideal⁴⁰.

Dworkin começa por apresentar seu modelo voltado à legislação. Ele distingue três modelos de legislação. O primeiro é o modelo salomônico. Tal modelo aparece com mais clareza no conceito de justiça distributiva que toma como alegoria um bolo a ser dividido. A divisão mais simples é fazê-lo igualmente, “sem distinção de qualquer natureza”⁴¹. O segundo modelo é o do tabuleiro de xadrez [checkerboard]. É um modelo incoerente que se baseia em discriminação, por exemplo, determinando que alguns sejam livres e outros escravos. O terceiro modelo legislativo é o da integridade ou coerência. Esse modelo não nega que possa haver conflitos entre princípios, como admitido no modelo anterior, mas ele intenta conciliar de alguma forma tais princípios.

Quanto à objeção cética de que nos casos difíceis diferentes conjuntos de princípios se aplicam igualmente⁴², Dworkin distingue competição de contradição⁴³. Em caso de conflito, a coerência requer um esquema não arbitrário de prioridade, ou um balanceamento, ou acomodação entre ambos⁴⁴.

Veja-se alguns exemplos:

- a norma do CPC, art. 591, segundo a qual “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições

³⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 177-8.

³⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 184.

³⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 166-7.

⁴⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 176-7.

⁴¹ A formulação é o do art. 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴² Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 266.

⁴³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 272 s.

⁴⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 268-9.

estabelecidas em lei” parece conflitar com a impenhorabilidade do bem de família estabelecida pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990. Mas, tal legislação pode ser entendida como um progresso na proteção de direitos básicos do devedor, como o direito de habitação esculpido inclusive na carta constitucional da República;

- o Código Civil brasileiro no art. 1.228 estabelece os direitos da propriedade: usar, gozar, dispor e reavê-la. Esse dispositivo conflita com uma regra de justiça segundo a qual as pessoas devem começar a vida em iguais termos, como defendido por Platão na *República* ou na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse princípio, se for admitido, inviabilizaria o direito de herança, estabelecido na constituição. Uma solução para tornar tais normas coerentes é estabelecer o imposto *causa mortis*⁴⁵;

- suponha que se possa salvar só alguns prisioneiros de um regime tirânico. É injusto aplicar o modelo solomônico e não salvar nenhum já que não se pode salvar a todos. Por outro lado, rejeitar o modelo do tabuleiro de xadrez seria também perverso, pois se acabaria por não salvar ninguém, vistos os critérios de escolha serem arbitrários. A solução parece ser salvar alguns, escolhidos arbitrariamente, o que seria recomendado pela integridade⁴⁶. A integridade exige consistência, mas não aquela de não salvar um prisioneiro porque não pode salvar todos⁴⁷;

- aborto. O modelo salomônico, ou permitiria ou proibiria o aborto. Para o modelo do tabuleiro de xadrez, quem fosse contra, por ser contra, quererá o menor número possível de abortos e poderia aceitar uma lei incoerente⁴⁸, como a que proibisse o aborto para as mulheres nascidas em anos pares; já os que fossem a favor também aceitariam esta regra, pois, pelo menos, permitiria o aborto para as nascidas em anos ímpares. Essa seria uma solução equitativa, mas não justa. Por fim, há o modelo da integridade, como o americano, segundo pensa Dworkin. Nesse sentido, o autor de *Life's Dominion* busca, inclusive, uma justificativa para tornar coerente o esquema de trimestres estabelecido em *Roe*, balanceando o direito à autonomia procriativa da mulher e o interesse legítimo do Estado em proteger a vida do feto - o qual foi estabelecido pela Suprema Corte nos seguintes termos: até o terceiro mês, o Estado não pode proibir o aborto; do 3º ao 6º, o Estado pode exigir que a mulher grávida que queira abortar participe de programas de aconselhamento antes do aborto; a partir do 7º mês pode proibir. Tal esquema pareceria arbitrário, pois se pode perguntar: se o Estado pode proibir o aborto a partir do 3º trimestre, por que não antes? Por que a viabilidade do feto marca o fim do direito de a mãe abortar? Por que o Estado pode proibir o aborto depois da viabilidade? O argumento de Dworkin, nesse ponto, repete a sua idéia de que, com a viabilidade, o feto começa a sentir dor e, portanto, a ter interesses. Nesse ponto, o Estado pode ter um interesse derivado

⁴⁵ O exemplo é sugerido por Dworkin [cfr. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 178-9, nota 7].

⁴⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 180-1.

⁴⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 183-4.

⁴⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 182-3.

em protegê-lo a partir do interesse do feto. Isso com relação à proibição. Com relação à regulamentação do aborto, o insulto ao valor da vida é maior conforme o feto for mais desenvolvido. A sociedade pode se proteger de um tal insulto exigindo mais reflexão de quem decidir pelo aborto, conforme o feto for se desenvolvendo⁴⁹;

- visto que se estabeleceu o direito do aborto, o princípio que permitiu isso deve, em razão da consistência⁵⁰, desempenhar algum papel no estabelecimento de outros direitos, como a eutanásia ou o homossexualismo;

- se o sistema permite o aborto, então uma mulher menor de idade não precisa informar os pais ou responsáveis para fazer o aborto;

- o caso brasileiro é tão complexo quanto o americano. A legislação brasileira estabelece um conjunto de proposições difíceis de serem harmonizadas, principalmente se tivermos em conta as relações entre três diplomas normativos. No nível constitucional – e vale lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil é de 1988 – é estabelecida, no art. 5o, a inviolabilidade do direito à vida, porém, sem a determinação do momento em que tal direito tem começo. O Código Civil de 2002, seguindo a tradição do código de 1916, estabelece no art. 2º. que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, embora o art. 20. ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção e o art. 1.596, IV, ao determinar que os embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, presumem-se concebidos na constância do casamento, estabelece direitos patrimoniais aos embriões. Já, o Código Penal que data de 1940 estabelece o crime de *infanticídio* com pena de dois a seis anos [art. 123]. O crime de *aborto provocado por terceiro* com pena de três a dez anos, quando não houver consentimento da mãe [art. 125] e entre um a quatro anos quando houver [art. 126]. O crime de *aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento* tem pena de um a três anos [art. 124]. Considerando que o crime de *homicídio simples* tem pena entre 6 e 20 anos [art. 121] dá para perceber uma clara distinção entre a valorização da vida do feto e de alguém após o nascimento. Isso sem levarmos em conta o art. 128 que estabelece dois casos em que não se pune o aborto praticado por médico: quando resultar de estupro e em caso de necessidade⁵¹;

⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 113-4.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 455.

⁵¹ A discussão da possibilidade de aborto em casos de anencefalia tem sido feita. Em recente acórdão, o STJ defendeu que não, conforme decidido no HC 32.159-RJ: “o *habeas corpus* foi impetrado em favor do nascituro, ora no oitavo mês de gestação, contra decisão do Tribunal a *quo* que autorizara intervenção cirúrgica na mãe para interromper a gravidez. Essa cirurgia foi permitida ao fundamento de que o feto padece de anencefalia, doença que levaria à inviabilidade de sua vida pós-natal. A Turma, porém, concedeu a ordem, pois a hipótese em questão não se enquadra em nenhuma daquelas descritas de forma restrita no art. 128 do CP. Assim, não há como se dar interpretação extensiva ou analogia in malam partem; há que se prestigiar o princípio da reserva legal. HC 32.159-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/2/2004” [Informativo de Jurisprudência do STJ n. 0199, 16 a 20 de fev. de 2004].

- suponha que se faça uma lei de responsabilidade civil só para carros defeituosos, mas não para outros produtos, o que seria exigido pela integridade. Se o parlamento, por falta de tempo ou outra razão, fizer uma lei assim, sob o ponto de vista da justiça é melhor que seja assim do que não haver nenhuma responsabilidade⁵²;
- se o princípio do governo for o majoritário, essa regra não pode ser diferente na eleição do departamento de filosofia;
- se quatro sobre sete jurados têm que votar *sim* para condenar alguém, então, a confissão não pode ser aceita como meio de prova;

Portanto, a integridade não exige uma coerência simples ou mecânica. A integridade “demanda fidelidade não só às regras, mas às teorias da justiça e equidade que estas regras pressupõem como justificação”⁵³. Há direitos e deveres que decorrem do esquema de princípios “mesmo que estes ainda não tenham sido formalmente identificados ou declarados”⁵⁴. Nesse sentido, o argumento principal de *Law’s Empire* é mostrar a conexão entre a integridade e a autoridade moral do direito⁵⁵.

No judiciário, a integridade impõe que o passado deva ter um peso nas decisões, ao contrário do que defende o pragmatismo, bem como a tese positivista da discricionariedade. O corpo das leis deve ser visto como um todo e não como um conjunto de decisões sobre as quais os juízes são livres para mudar ou emendar, a partir de um interesse estratégico.

Pode acontecer de numa demanda judicial a integridade exigir uma decisão, mas a lei ordenar outra⁵⁶. O caso da legislação brasileira sobre o aborto pode ser exemplar. Tendo em vista a inviolabilidade da vida estabelecida na constituição, se pode pensar que boa parte da legislação infraconstitucional seja inconstitucional, como visto na análise da legislação.

A integridade não é nem um olhar para trás do convencionalismo; nem um olhar instrumental para o futuro, do pragmatismo, mas combina ambos os elementos. É o desdobramento de uma narrativa política. O convencionalismo não permite ao juiz interpretar a lei como um todo; ele tem que repetir os casos passados. O pragmatismo trata a lei instrumentalmente, em direção ao futuro. A consistência principiológica não ignora o passado, a história, embora exija uma consistência nos princípios mais horizontal do que vertical. A integridade se encontra no entrecruzamento do vetor história que realiza uma coerência situada no tempo, e do vetor da justiça que demanda uma validade horizontal do ordenamento jurídico⁵⁷. Assim, os que propuseram a 14ª emenda à constituição americana: “todos têm a igual proteção da lei” achavam que a segregação racial não estava em

⁵² Cf. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 217-8.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 185.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 211.

⁵⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 190.

⁵⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 219.

⁵⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 227.

desacordo com esta lei⁵⁸. Mesmo que a segregação fosse consistente quando a emenda foi feita, ela não o é mais agora.

Portanto, ele insiste que o direito contém não só um conteúdo explícito, mas um esquema de princípios para justificar esse conteúdo. Insiste em que o direito deva ser entendido não a partir das intenções ou ideais dos que criaram a lei, mas a partir de sua história interpretativa, a qual pode ser organizada e justificada por um conjunto de princípios⁵⁹.

A integridade não é uma consistência mecânica, ou seja, decidir casos da mesma maneira. Os padrões devem expressar um esquema coerente de justiça e equidade numa relação correta. É a integridade que permite ultrapassar a estrita doutrina dos precedentes, fazendo-a mudar e evoluir⁶⁰. A integridade é sobre princípios e não requer uma simples forma de consistência política⁶¹. Brown é um bom exemplo disso nos EUA. Outro exemplo é a lei de anistia dos militares no Brasil que pode ter sido injusta, mas outras razões políticas a justificaram. Nem sempre a integridade ou a justiça se reconciliam. Portanto, não se trata de uma consistência cega⁶². Por exemplo, o princípio do igual tratamento exige igualdade de recursos materiais? Ela é incoerente com uma sociedade que distribui recursos desigualmente?

Por fim, Dworkin relaciona literatura e direito, embora com reservas. Ele afirma que o direito é como uma novela em capítulos [chain novel], escrita coletivamente. Cada um deve escrever um capítulo continuando a novela, fazendo o melhor que ela possa ser⁶³. Embora aproxime literatura e interpretação construtiva, ele desqualifica relações demasiadamente estreitas entre a consistência narrativa [literária] e a consistência normativa do direito, pois aquela é menos complexa do que esta⁶⁴.

3 Do conceito de coerência

A coerência ou consistência, como apontado acima, parece ser no mínimo a noção central da integridade, senão idêntica a ela⁶⁵. Nesse sentido, trata-se de uma teoria radical da coerência, segundo a qual ela é um critério suficiente para a única resposta correta. Assim, a coerência faz jus a uma exigência que só pode ser cumprida pelo juiz

⁵⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 360. Dworkin alerta para um problema correlacionado à democracia constitucional, qual seja, ser governado por pessoas eleitas há muito tempo. Segundo ele nada justifica que o povo tenha que ser governado pelas convicções políticas de pessoas eleitas há tanto tempo [cfr. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 364].

⁵⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 225-7.

⁶⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 219.

⁶¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 221.

⁶² Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 222.

⁶³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 229.

⁶⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 142.

⁶⁵ Cf. ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*. v. 3, n. 1, 1990. p. 131. Cf. SCHIAVELLO, Aldo. On "Coherence" and "Law": An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*. v.14, n. 2, June 2001. p. 233.

Hércules com capacidades super-humanas⁶⁶. O juiz Hércules é um juiz imaginário com superpoderes intelectuais e paciência⁶⁷ que, embora imaginário, pode ser um modelo para imitação⁶⁸.

As teorias da coerência em geral se referem à relação entre princípios e juízos particulares⁶⁹, o que lembra a teoria do equilíbrio reflexivo de Rawls⁷⁰. Nesse sentido, a coerência é mais ampla do que o princípio de não-contradição⁷¹, portanto, mais do que consistência lógica. A “coerência é uma medida para a validade de uma declaração, a qual é mais fraca que a verdade analítica obtida através de dedução lógica, porém mais forte do que o critério de não-contradição”⁷². Não é uma inferência lógica, mas é mais do que a não-contradição entre proposições.

A definição de coerência é problemática. Ela remete ao conceito de sistema ou, segundo Alexy e Peczenik, ao conceito de estrutura de apoio para afirmações. A coerência de tal estrutura pode ser medida pelas seguintes propriedades⁷³:

- balanceamento: quanto maior o número de relações de prioridade entre os princípios, maior a coerência. Por exemplo, na relação entre o princípio da livre iniciativa e da proteção ao meio ambiente, deve haver uma prioridade mais freqüente de um sobre o outro;
- equilíbrio reflexivo: quanto maior o número de apoios normativos recíprocos, entre particular e geral, maior a coerência.

Os conceitos usados numa tal estrutura têm que ter as seguintes propriedades⁷⁴:

- universalidade. A estrutura deve usar conceitos que abranjam classes e não nomes que refiram a indivíduos: quanto menor o número de nomes individuais, mais coerente a teoria é;

⁶⁶ Cf. GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa.” *Cuadernos de filosofía del derecho*. N. 17-8, 1995. p. 301.

⁶⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 239.

⁶⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 245.

⁶⁹ Cf. GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa.” *Cuadernos de filosofía del derecho*. N. 17-8, 1995. p. 274.

⁷⁰ Cf. ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*. v. 3, n. 1, 1990. p. 138. Cfr. GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa. *Cuadernos de filosofía del derecho*. N. 17-8, 1995. p. 274. Cf. SCHIAVELLO, Aldo. On “Coherence” and “Law”: An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*. v.14, n. 2, June 2001. p. 234.

⁷¹ Cf. GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa. *Cuadernos de filosofía del derecho*. N. 17-8, 1995. p. 274.

⁷² TrFG1 p. 262 [FG p. 258]. Trata-se de “argumentos que revelam a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado”. Ou seja, a “coerência entre proposições é mais estrita que consistência lógica, contudo menos estrita do que um vínculo lógico” [KRESS, K. J. Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions. *California Law Review*. N. 72, 1984. p. 370].

⁷³ Cf. ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*. v. 3, n. 1, 1990. p. 137-9.

⁷⁴ Cf. ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*. v. 3, n. 1, 1990. p. 140-1.

- generalidade: quanto mais gerais os conceitos, maior o número de objetos que ela abrangerá. Quanto maior o número de conceitos gerais e quanto maior o grau de generalidade destes, maior a coerência;
- quanto mais semelhanças de família entre os conceitos usados por uma teoria mais coerente ela é;
- entrecruzamento conceitual com outras teorias é um sinal de coerência. Assim, o direito tem que respeitar as leis da física e não exigir o impossível. Por exemplo, o uso do método da ponderação que visa a realizar maximamente dois princípios conflitantes, levando em consideração as limitações da realidade e as limitações jurídicas, assemelha-se ao princípio de otimização de Pareto na Economia, cuja finalidade é com o menor esforço produzir o máximo resultado.

Assim, um sistema será mais coerente quanto melhor atender a esses requisitos. Pode acontecer, às vezes, de não atender a todos ou não atender a todos igualmente. Em todo caso, no âmbito prático, um raciocínio que não referir a um sistema, a uma estrutura, será *ad hoc*. Portanto, a justiça requer coerência⁷⁵, em nome da igualdade. “Integridade é o nome que Dworkin dá para uma versão particular de igualdade”⁷⁶, aquela baseada em princípios.

Esse caráter aberto da coerência, dependente de seu grau de realização, do balanceamento de princípios conflitantes, visto depender de uma dimensão substantiva não dada pelo princípio de não-contradição, traz algumas desvantagens. Tal caráter pode levar à concepção de dois sistemas, cuja decisão por um deles não pode ser tomada pelo próprio critério da coerência. Além disso, a coerência pode ser entendida num sentido formal e num sentido incompleto. Desvantagens como essas fizeram autores como Alexy e Habermas adentrarem num segundo nível, propondo um procedimento para dar conta dessas desvantagens, ou seja, uma teoria discursiva⁷⁷.

Em Dworkin parece haver uma progressiva identificação do conceito de integridade com o de coerência. Nesse sentido, Schiavello chamou a atenção para o fato que em *A Matter of Principle*, 1985, o modelo de aplicação torna a coerência um critério insuficiente. Nessa obra⁷⁸, a coerência não é um critério neutro, ela depende de princípios de justiça para operar como critério de raciocínio jurídico. A coerência não é um critério conclusivo. Quando duas interpretações forem coerentes, será necessário apelar a uma teoria política substantiva⁷⁹. Em *Law’s Empire*⁸⁰, 1986, a coerência entendida

⁷⁵ Cf. ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*. v. 3, n. 1, 1990. p. 143.

⁷⁶ ALEXANDER, Larry, KRESS, Ken. Against Legal Principles. *Iowa Law Review*. v. 739, 1996-1997. p. 755.

⁷⁷ Cf. ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*. v. 3, n. 1, 1990. p. 145-6.

⁷⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 161.

⁷⁹ Cf. SCHIAVELLO, Aldo. On “Coherence” and “Law”: An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*. v.14, n. 2, June 2001. p. 239.

⁸⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 219.

como integridade é a justificação última da tarefa interpretativa. Em *A Matter of Principle* dependia de uma teoria política substantiva. Ou seja, não era possível ajustar regras e princípios sem uma teoria política substantiva que explanasse ou justificasse tais princípios. Portanto, a teoria política substantiva se punha quando a tarefa da coerência havia terminado. Em *Law's Empire*, a teoria política já atuou para que a integridade se efetivasse. Agora, a coerência passa, de fato, a ser o critério último⁸¹. O comentador conclui que não fica claro se a coerência reduz as possíveis opções ou se ela ajuda a encontrar a resposta correta, por isso, a teoria de Dworkin sobre a coerência seria incoerente⁸².

Progressivamente Dworkin vai dando uma importância maior à coerência, de tal forma que, em *Law's Empire*, a consistência passa a ter um valor em si mesma⁸³. Segundo ele, um sistema, como o americano, que estabeleceu o direito ao aborto, o princípio que permitiu isto – qual seja, a privacidade – deve, em razão da consistência⁸⁴, desempenhar algum papel no estabelecimento de outros direitos, como a eutanásia ou o homossexualismo. Nesse texto, ele usa o conceito de integridade como sinônimo de consistência e coerência. Na sua formulação, há dois limites para a tarefa interpretativa. Primeiro, ela tem que começar pelo que os legisladores disseram. Recorrer à história para saber o que os legisladores quiseram dizer, o que é diferente das intenções que tiveram. Ele defende que se é governado pelo que os legisladores disseram, não pelo modo como eles próprios interpretariam ou aplicariam os princípios. É como se a história fornecesse uma consistência situada e houvesse ademais uma consistência ideal. O segundo é a integridade que ele entende no sentido da consistência da constituição como um todo e a consistência com a história interpretativa do judiciário. De tal forma que todos são participantes na elaboração de uma moralidade constitucional coerente, autores em conjunto de uma novela. Por exemplo, alguém que pretendesse uma igualdade econômica mais efetiva, não poderia ler a 14^a. Emenda à constituição americana como implicando igualdade de bem-estar, ou propriedade coletiva, pois tal leitura não se ajustaria à prática histórica da constituição e nem ao todo da constituição⁸⁵.

4 O juiz Hermes

Conceda-se voz a Hermes. O contramodelo de Hércules é o juiz Hermes. Ele aceita a lei como integridade, mas aceita também a teoria do significado do falante. Ele pensa que a legislação é comunicação e quer descobrir a vontade comunicativa dos legisladores, o

⁸¹ Cf. SCHIAVELLO, Aldo. On “Coherence” and “Law”: An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*. v.14, n. 2, June 2001. p. 241.

⁸² Cf. SCHIAVELLO, Aldo. On “Coherence” and “Law”: An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*. v.14, n. 2, June 2001. p. 242.

⁸³ Cf. LE p. 176.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 455.

⁸⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 10-11.

que eles quiseram dizer quando votaram a lei. O problema consiste em como descobrir a intenção de alguém no passado⁸⁶. Para tal, Hermes terá que estudar a intenção do legislador. Porém, como nem todos têm a mesma intenção, ele terá que construir uma intenção geral, com isto abandonando o caminho da intenção particular. Portanto, Hermes pode construir a intenção legislativa de dois modos. O primeiro caminho é pela descoberta das convicções individuais dos legisladores e pela combinatória dessas convicções, encontrar aquela que seria a institucional. O segundo caminho descobre a intenção da legislatura como um todo. De qualquer modo, ele terá que construir essa visão sistemática, e com isto, para Dworkin, ofertar razões de integridade. Ele terá que olhar as convicções gerais porque a legislação, numa comunidade de princípios, deve ser entendida como expressando, tanto quanto possível, um conjunto coerente de princípios. Ou seja, desde o início ele interpretou os dados da legislação no seu todo e não individualmente e, com isso, Hermes se transforma no irmão gêmeo de Hércules⁸⁷ que percorre um caminho mais longo para chegar ao mesmo ponto.

5 Bibliografia

ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*. V. 3, n. 1, 1990. p. 130-47.

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. [V. I]. Glashütten im Taunus: Auvermann, 1972. [1. Estado de direito. 1863].

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and the Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*. v. 28, n. 2, 1990. p. 324-346.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. *Yale Law Journal*. v. 82, 1973. p. 933.

⁸⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 317.

⁸⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 335-7.

- FINNIS, J. M. Legal Enforcement of “Duties to Oneself”: Kant v. Neo-Kantians. *Columbia Law Review*. v. 87, 1987. p. 433-456.
- GÜNTHER, Klaus. Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation. *Rechtstheorie*. N. 20, 1989. p. 163-190.
- GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: application discourses in morality and law*. [John Farrel: Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht]. New York: SUNY, 1993.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. N. 17-8, 1995.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. N. 17-8, 1995.
- HAGE, Jaap. Law and Coherence. *Ratio Juris*. v. 17, n. 1, 2004. p. 87-105.
- KRESS, K. J. Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin’s Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions. *California Law Review*. N. 72, 1984. p. 369-402.
- KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*. Oxford: Clarendon, 1999.
- MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*. V. 100, n. 4, 1986. p. 62-77.
- RAZ, J. The relevance of Coherence. In RAZ, J. *Ethics in de Public Domain*. Oxford: Clarendon, 1994. p. 277-326.
- SCHIAVELLO, Aldo. On “Coherence” and “Law”: An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*. V.14, n. 2, June 2001. p. 233-43.
- SORIANO, Leonor Moral. A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice. *Ratio Juris*. v. 16, n. 3, 2003. p. 296-323.



A R T I G O S

Apontamentos para compreensão da proposta habermasiana de uma sociedade civil pós-nacional: estudo comparativo entre os sistemas políticos nacional e internacional

Richardson Xavier Brant

Este artigo analisa o contexto mundial que serve de pano de fundo à proposta de Habermas de uma sociedade civil pós-nacional a partir de um estudo comparativo das esferas construídas nos planos nacional e internacional, com foco na sociedade civil, no Estado e organizações internacionais, assim como na ambivalência do contraste entre as múltiplas identidades que compõem a rica diversidade desse cenário.

O direito racional, ao propor a questão filosófica “como se pode formar uma associação de cidadãos livres e iguais com base no direito positivo”, projeta o horizonte de expectativas emancipador daquele que dirige seu olhar para as resistências de uma realidade aparentemente irracional (JÜRGEN HABERMAS).

1 Introdução

O fenômeno da globalização, marcado fortemente pela prevalência de um viés econômico, revela-se pela expansão do Mercado para cada vez mais lugares e tempos do espaço mundial. Com a intensificação desse processo, são colocadas em questão expectativas políticas projetadas normativamente nos âmbitos dos Estados nacionais.

Os Estados nacionais, sobretudo dos países em desenvolvimento situados na periferia e semi-periferia¹ do capitalismo, mostram-se impotentes ante uma concentração sem precedentes de recursos financeiros em mãos de empresas transnacionais, as quais operam nos lugares onde encontram maiores vantagens, abandonando os espaços nacionais, com grande mobilidade, facilidade e rapidez.

Nos Estados em que tais empresas deixam de operar, o nível de desemprego, miséria e desigualdade cresce de modo acentuado e, para agravar tal situação, as arrecadações fiscais também diminuem e tornam os Estados incapazes de intervenções sociais que minorem tais efeitos.

Aos Estados onde essas empresas se instalam – sempre sob a ameaça de emigração – não resta outra alternativa senão recebê-las com privilegiados estímulos fiscais e sob condições de contratação de trabalhadores cada vez mais flexíveis. Essas condições favoráveis às empresas transnacionais apontam uma concorrência predatória entre Estados que perdem parcela significativa de sua soberania ao não terem efetivo controle de suas políticas fiscais.

Outro fator que afeta a soberania dos Estados nacionais é a atuação, muito agressiva e unilateral, dos organismos internacionais que exigem dos países em desenvolvimento ajustes em sua política monetária, o que afeta as prioridades de investimentos e, fortemente, sua capacidade de intervenção social.

O avanço tecnológico surpreendente dá origem a novas formas de organização do processo produtivo, com a introdução gradativa e intensiva de máquinas e equipamentos, o que diminui sensivelmente a quantidade dos empregos formais. A criação de empregos informais provoca a deterioração das condições de trabalho, já bastante precarizadas, com a

¹ A referência é à formulação de Immanuel Wallerstein da existência de um sistema-mundo no qual os Estados participam de um sistema econômico internacional que preside a distribuição da riqueza. Identifica o autor três tipos de países, a partir da divisão de trabalho mundial, em países centrais, periféricos e semi-periféricos. Tal elaboração pode ser encontrada na obra *The Modern World-system*, de 1974.

introdução de terceirizações e utilização de empresas menores nos processos produtivos das empresas transnacionais, mas com uma reduzida participação nos resultados do processo produtivo. Novos focos de sub-emprego, de concentração de renda e de recursos traduzem condições de desigualdades crescentes, provocando desequilíbrios e assimetrias entre os Estados, no plano internacional, e entre comunidades de interesses antagônicos, em nível nacional.

Este breve estudo pretende fazer alguns apontamentos nesse quadro – aparentemente irracional e desolador – mas que oculta espaços de construção de propostas alternativas à prevalência dos imperativos do Mercado. Essas alternativas podem ser encontradas em uma determinada projeção normativa, a partir de articulações políticas que busquem a criação de “trincheiras de resistência” ao projeto neoliberal. Projeto normativo que deve ser construído, de modo complementar, nos espaços nacionais e para além dessas fronteiras, em primeira linha, pelos movimentos sociais que já atuam internacionalmente. Esse projeto exige uma identidade coletiva comum que, parafraseando Bauman (2005, p. 21), seja postulada como “[...] o horizonte em direção ao qual eu me empenho e pelo qual eu avalio, censuro e corrijo os meus movimentos...”².

Primeiro aborda-se como se deu historicamente a construção artificial e eminentemente convencional de uma identidade nacional e paralelamente, como aspectos de um mesmo processo, a formação e aperfeiçoamento de instituições políticas democráticas. Contextualiza-se esse surgimento na Europa do século XVII e, mais afirmativamente, no cenário europeu dos oitocentos, com a Revolução Francesa e com a Independência Americana. Sob o pano de fundo da identidade nacional, uma ordem jurídica nacional constituiu-se mediada pelo Estado de direito, positivado por uma Constituição. Nessa parte, em breves notas, passam-se em revisão os elementos constitutivos da soberania nacional.

Na segunda parte do trabalho, procura-se focar o cenário surgido no plano internacional após a Segunda Grande Guerra. A criação de organizações internacionais, com a conferência de *Bretton Woods*, buscou evitar situações de conflitos entre as nações que pudessem evoluir para novos enfrentamentos bélicos. O objetivo mais destacado fora a criação de uma ordem econômica mundial, em dois níveis: no plano nacional e no plano internacional, em caráter complementar. Nessa segunda parte, cuida-se também do processo de regionalização, na Europa e no Mercosul.

A crise do capitalismo mundial que desencadeou o fim do modelo de Estado keynesiano, interventor e mediador das relações entre capital e trabalho, é o tema tratado na terceira parte do trabalho. A sujeição dos Estados nacionais aos imperativos do Mercado e aos interesses das empresas transnacionais marca uma modificação na soberania e acena

² Substituindo o eu por nós e o meu por nossos, já que Bauman refere-se a sua identidade pessoal, em constante processo de construção.

para o predomínio de uma racionalidade técnica e instrumental. A razão mostra-se em sua face mais perversa: como meio de dominação e opressão.

A quarta parte do estudo encaminha-se para o objetivo de situar a compreensão das múltiplas faces da globalização e de suas ambivalências, no intuito de encontrar as diversas possibilidades que esse processo traz no sentido de novas articulações de cidadãos e movimentos sociais para além das fronteiras nacionais. No aspecto da construção de um processo democrático no âmbito nacional é colocado o desafio de se pensar a legitimidade de decisões em nível internacional com uma participação mais efetiva da sociedade civil, articulado em torno de um projeto ético-político comum que extrapole as fronteiras e limitações da identidade nacional.

A quinta e derradeira parte do estudo volta-se à exploração das possibilidades de criação de redes de articulações em um espaço público político no plano internacional, aproveitando as experiências razoavelmente bem-sucedidas dos movimentos de defesa ambiental e de defesa dos direitos das mulheres. Essa parte do estudo – imperioso que se reconheça de partida – mostrou-se extremamente difícil e demanda um maior fôlego de pesquisa e maior espaço de construção. A análise é feita em breves linhas e de modo um tanto desarticulado pela complexidade que o tema apresenta.

Evitando – tanto quanto possível – a arbitrariedade, na esteira do pensamento de Habermas, todo o esforço pautou-se em explicitar um projeto normativo de contra-posição aos interesses hegemônicos de empresas transnacionais e dos Estados imperialistas, em torno da criação de uma sociedade civil pós-nacional. Contra-posição essa que refuta o projeto de um Estado mundial, seguindo a estrutura das Nações Unidas, que poderia legitimar a hegemonia norte-americana e dos países mais ricos.

A concepção de democracia enquanto um procedimento deliberativo, de acesso universal, com base na teoria do discurso, serve de fundamento à proposta de construção de processos de legitimação das decisões em nível global. Isso porque tal concepção desloca a centralidade do processo democrático das pessoas, eleições, corporações e votos para os procedimentos comunicativos e decisórios, aos quais os cidadãos têm acesso universal e que, observadas determinadas condições³, permitem a aceitação racional dos resultados obtidos.

Finalmente, convém deixar claro que este estudo é uma breve análise da proposta de Jürgen Habermas, formulada de modo mais consistente na obra *A constelação pós-nacional – Ensaio políticos*, no sentido de aproveitar o processo da globalização para

³ Não se pode deixar de consignar que as condições de um processo deliberativo comunicativo e discursivo são exigentes, mas são forjadas exatamente como um horizonte de expectativas que estimulam os cidadãos a ingressarem em uma relação dialógica intersubjetiva cujo *telos* é o entendimento mútuo e um possível consenso, o qual, não sendo possível, admita apenas a coerção do melhor argumento, exatamente pela observância daquelas condições postas como ideais.

construir um projeto de uma sociedade civil pós-nacional. Proposta apenas esboçada, mas extremamente ambiciosa e contextualizada no ambiente da Europa contemporânea que se encaminha, a passos lentos, mas decisivos, para a formação de uma União Europeia como estratégia política e econômica. É um esforço intelectual de primeira grandeza aqui identificado como uma reação aos imperativos do Mercado e do projeto neoliberal.

2 Surgimento do Estado nacional e democrático

A acepção moderna de Estado surge na doutrina política de Hegel, e alimenta-se, em particular, da experiência histórica fornecida pela Revolução Francesa e pelo Império Napoleônico. A imposição da idéia de nação, já presente nos pensadores do século XVIII e em Hegel, passa a desempenhar um papel decisivo, a ponto de caracterizar toda a política moderna e contemporânea. E, a idéia de nação, mais precisamente do “Estado-Nação”, constitui o “quadro obrigatório da existência social: ele é a *realidade* política por excelência, em torno da qual se organizam os atos históricos” (CHÂTELET, 2000, p. 85).

Embora existam divergências quanto ao preciso surgimento do Estado nação, certamente com a Restauração Inglesa de 1690 e, mais afirmativamente, com a Revolução Americana de 1776 e com a Revolução Francesa, passa-se a compreender o “Estado-Nação” enquanto *representação política* que implica o fato de que as populações que constituem uma sociedade no mesmo território reconhecem-se como pertencentes *essencialmente* a um poder soberano que emana delas e que as expressa” (CHÂTELET, 2000, p. 85-86).

O conhecimento do passado nacional aparece como um meio de confirmar a unidade da comunidade reunida sob a autoridade de um Estado, conforme esclarece Châtelet (2000, p.100).

O “tipo de Estado que se originou das revoluções francesas e americana impôs-se em todo o ocidente”, o que significa que o surgimento do Estado nacional fez-se acompanhar de um sistema político democrático, ainda que de modo incipiente quanto à inclusão da população nas decisões políticas mais importantes. Certo é que “nem todos os Estados nacionais eram ou são democráticos”, ou seja, “constituídos com base nos fundamentos de uma associação de cidadãos livres e iguais, que governam a si mesmos”. No entanto, “em todos os lugares que surgiram democracias de tipo ocidental, elas assumiram a figura de Estados nacionais” (HABERMAS, 2001, p. 80).

A nação, enquanto conjunto de pessoas com história, língua e descendência comuns, surge como uma construção simbólica, artificial, como nova forma de identidade coletiva. Permitiram-na novas relações de comunicação de massa. Com efeito, “Do ponto de vista histórico, a primeira forma moderna de integração social, isto é, a que vai além do círculo de pessoas conhecidas, surgiu através de novas relações de comunicação, possibilitadas pela mídia” (HABERMAS, 2003, p. 138).

Mesmo que uma linguagem comum e uma forma de vida tenham facilitado esse processo de formação da consciência, o fato de a democracia e o Estado nacional terem se desenvolvido

pari passu não permite concluir que o povo tenha prioridade sobre a república, pois a consciência nacional e a cidadania democrática se estabilizaram, reciprocamente, no interior de um processo circular (HABERMAS, 2003, p. 138).

Destaca-se o fato de que a construção simbólica, imaginária de uma nova identidade coletiva, cuja característica é ser mais abstrata, molda e distingue o Estado nação. Nota Habermas (2001, p. 82) que:

O simbolismo cultural de um “povo” que se certifica justamente do seu caráter próprio – ou seja, do seu “espírito de povo” nas presuntivas descendência, língua e histórias comuns – gera uma unidade, ainda que imaginária, e faz desse modo como que os habitantes do mesmo território estatal tomem consciência de uma pertença, até esse momento abstrata e que havia sido mediada apenas juridicamente. Somente a construção simbólica de um “povo” faz do Estado moderno o *Estado nacional*.

Inquestionável, contudo, que produziram “um novo fenômeno, o da solidariedade cidadã, o qual forma, desde então, o cimento das sociedades nacionais”. A consciência nacional resulta, “não somente da mobilização maciça dos leitores de jornais, mas também da vontade dos eleitores e dos reservistas”. Essa solidariedade cidadã foi cunhada, além disso, através de orgulhosas histórias nacionais e através do discurso público dos partidos políticos que lutam para conseguir a influência e o poder do governo (HABERMAS, 2003, p. 138).

Na Europa, com mais nitidez e clareza, surge a configuração do Estado nação, sob determinadas condições históricas. “Esta história do surgimento do Estado nacional europeu ensina que as novas formas da identidade nacional têm um caráter artificial, que se formou sob determinados pressupostos históricos, durante um longo processo que abrange todo o século XIX” (HABERMAS, 2003, p. 138).

O mesmo modelo de Estado surgido na Europa expandiu-se enormemente. Marés (2003, p. 234) contextualiza esse fenômeno, com a assertiva de que “O nascimento deste Estado, ou sua constituição, tem, portanto, data e lugar certos: é europeu dos séculos XVIII/XIX”. Assevera também que ele é “[...] fruto de uma tradição judaico-cristã que se auto-intitulou civilização e que tem no expansionismo sua força e na verdade única sua marca”.

Preconiza Marés (2003, p. 234) que “Força e marca se confundem nessa tradição, porque a cultura que a encerra, exatamente por acreditar ser a verdade revelada, única, tem propósitos expansionistas”. Essa sua principal característica, o expansionismo, afirma-se de tal modo “que dois séculos bastaram para que todo o mundo fosse dividido em estados nacionais submetidos cada um a sua própria Constituição, revelando a força dominante da idéia”⁴.

⁴ O Estado nacional nasce sob o signo da revolução burguesa e afirma como direitos fundamentais a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. A primeira Constituição brasileira, de 1824, outorgada pelo Imperador após a Independência, já previa em seu artigo 179 e no inciso XXII, na esteira da Constituição Portuguesa de 1822 (MARÉS, 2003, p. 237).

Em compasso com o Estado nacional surgem instituições que disciplinam a ordem política, econômica, social, pela mediação do direito positivo, através de uma Constituição. A separação das funções do Estado – em variados arranjos de conformidade com o contexto e a tradição histórico-política de cada país – estrutura o exercício do poder político e o limita, pela desconcentração e pelo sistema de freios e contrapesos que, a um só tempo, partilha o poder por sua divisão em funções e as harmoniza. Organiza-se o Estado por meio de uma Constituição, a qual também serve de limitação do exercício do poder político e também de garantia dos direitos fundamentais, com destaque para os clássicos direitos liberais.

Esquematiza Habermas (2001, p. 80) que a instituição do processo democrático dentro do Estado nacional pode ser analisada sob quatro pontos de vista: a) como Estado administrador/fiscal; b) como um Estado territorial provido de soberania que se pôde desenvolver; c) desenvolvimento no âmbito de um Estado nacional; d) desenvolvimento que levou a um Estado democrático de direito e social.

Na análise da instituição do Estado nacional, entende-se que, “antes que uma sociedade possa atuar sobre si mesma é necessário que um subsistema se diferencie e que seja especializado em decisões que agreguem a coletividade”. Essa especificação funcional é realizada na forma do *Estado administrativo* constituído na forma do direito positivo. A separação do *Estado e da sociedade* significa, ao mesmo tempo, a diferenciação de uma economia de mercado que é institucionalizada via direito privado subjetivo.

No quadro do Estado nacional consolida-se o Estado de direito que possibilita a manutenção da propriedade individual e o cumprimento dos contratos, pressupostos do livre comércio e do sistema econômico capitalista. Desse modo, “No corte individualista do sistema jurídico reflete-se um imperativo funcional dos mercados auto-regulados que dependem das decisões descentralizadas dos participantes”. Nessa perspectiva, “O direito não “[...] é apenas um meio de organização da administração. Ele protege a sociedade privatizada do Estado na medida em que conduz as interações entre ambos para os trilhos da lei” (HABERMAS, 2001, p. 81).

A proteção oferecida pelo Estado de direito à sociedade refere-se à compreensão liberal de uma esfera mínima de proteção da intervenção estatal, na qual os indivíduos têm liberdade para gerir os próprios negócios.

Habermas (2001, p. 81) aponta duas conseqüências importantes da separação entre os âmbitos funcionais da política e da economia. Permanecem reservadas ao Estado – com base no *monopólio* do uso legítimo da *violência* [*Gewalt*] – as competências reguladoras públicas e administrativas mais importantes. Em complemento, um poder [*Gewalt*] público especificado funcionalmente é dependente, como *Estado fiscal*, dos recursos do trânsito econômico liberados na esfera privada.

Recordem-se os elementos que se integram para formação do Estado. Primeiro, a idéia de um direito imposto pelos cidadãos como associados de uma comunidade política, “que

se reúnem com o propósito de conceder de modo recíproco exatamente aqueles direitos que são necessários para que elas possam regular legitimamente a sua vida em comum por meio do direito positivo”. Segundo, uma demarcação espacial da comunidade política, em uma área controlada pelo Estado. Terceiro, dentro dessas fronteiras constitui-se o povo do Estado, como “sujeito potencial de uma legislação de cidadãos reunidos democraticamente” (HABERMAS, 2001, p. 81-82).

A partir de um território, da definição de fronteiras, resulta a separação das relações internacionais da soberania nacional. É o reconhecimento recíproco das fronteiras estatais, a partir do direito internacional, que define a soberania no plano externo. “Ela é avaliada [a soberania] pela capacidade do poder do Estado de proteger as fronteiras contra os inimigos externos e de manter ‘a lei e ordem’ internas, argumenta Habermas (2001, p. 82).

Destacam-se os princípios da proibição de intervenção, consequência do reconhecimento da autodeterminação dos povos, e do respeito à soberania política. A soberania, em outras palavras, deve ser compreendida pelo poder sem contraste na ordem interna, como expressão da *summa potestas*⁵, bem como pelo estabelecimento de uma relação de paridade na ordem externa com outros Estados soberanos. Na realidade das relações internacionais, no entanto, verifica-se que a formulação teórica está em franco descompasso com as relações assimétricas mantidas entre os Estados.

Em outro aspecto, a concretização de uma autodeterminação democrática exige que o povo do Estado se transforme em cidadãos, cujo destino esteja em suas próprias mãos. Essa identidade construída pela idéia de nação forja o caráter da cidadania política. Essa consciência nacional, na interpretação de Habermas (2001, p. 82), “abastece o Estado territorial [...] constituído nas formas do direito moderno, com o substrato cultural para a *solidariedade cívica*”.

O que configura essa solidariedade cívica, como base cultural, é a existência de uma identificação coletiva que faz com que os “membros de uma mesma nação” sintam-se responsáveis uns pelos outros, “apesar de serem estranhos uns aos outros e assim permanecerem”. É isso o que permite, por exemplo, que aceitem os nacionais “o fardo de impostos eficazmente redistributivos” (HABERMAS, 2001, p. 83). Pondere-se, no entanto, que esse sentimento de nacionalidade, de uma identidade coletiva comum, encontrou, nos vários Estados do mundo moderno e contemporâneo, diferentes graus de assimilação e consolidação.

⁵ A expressão latina *summa potestas* expressa uma característica do poder político de sobreposição a outras formas de poder, como largamente teorizado acerca do conceito de soberania. Deriva, em grande parte, da idéia de que ao Estado incumbe o uso da violência física legítima. Em comentário ao tema, assim considera Bobbio: “Desde que a força é o meio mais resolutivo para exercer o domínio do homem sobre o homem, quem detém o uso deste meio com a exclusão de todos os demais dentro de certas fronteiras é quem detém, dentro destas fronteiras, a soberania entendida como *summa potestas*, como poder supremo: *summa* no sentido de *superiorem non recongnocens*, suprema no sentido de que não tem nenhum outro poder acima de si” (BOBBIO, 2004, p. 81).

O último elemento esquematizado por Habermas, na formação de uma democracia no Estado nacional, consiste no sentido de que uma associação de pessoas livres e iguais consuma-se apenas quando é instituído um modo democrático de legitimação da soberania. A soberania popular, para que se concretize, precisa garantir, do ponto de vista ideal, por um lado, direitos do homem enquanto indivíduos. Tais direitos são de índole liberal. Precisa garantir também, em contrapartida, direitos políticos que constituam a população como membros de uma associação política. Em outras palavras, ao lado da autonomia privada assegura-se a autonomia política.

O significado da auto-compreensão dos cidadãos da característica de um Estado constitucional democrático expressa-se como: “[...] uma ordem desejada pelo povo e legitimada pela sua livre formação de opinião e de vontade, que permite aos que são endereçados pela justiça sentirem-se como os seus autores”.

Mas, a funcionalidade do sistema econômico, condiciona outra realidade, como reconhece Habermas (2001, p. 83):

[...] porque uma economia capitalista segue a sua própria lógica, ela não pode corresponder sem mais a essas premissas exigentes. Antes, a política deve preocupar-se em garantir que as condições para o surgimento da autonomia privada e pública sejam suficientemente preenchidas. De outro modo, uma condição de legitimação essencial da democracia encontra-se ameaçada.

A constatação de que as “perseguições e discriminação sistemáticas” privam as chances de os membros de grupos menos privilegiados efetivamente exercerem os direitos formais divididos igualmente encontra sua contrapartida na crise de sustentação de um período de crescimento do capitalismo. A esse aspecto voltaremos adiante.

Compreende Habermas (2001, p. 83) que “[...] na dialética da igualdade jurídica e desigualdade fática que se fundamenta a tarefa do Estado social de atuar no sentido de garantir as condições de vida – em termos sociais, tecnológicos e ecológicos”. Somente essas garantias “tornam possível o uso igualitário dos direitos civis divididos de modo igual”. Desse modo, “o intervencionismo do Estado social, fundamentado na própria Constituição, expande a autolegislação democrática dos cidadãos de um Estado nacional no sentido de uma autocondução democrática de uma sociedade definida como Estado nacional”.

O desenvolvimento de corpos intermediários, na sociedade civil, provocou o surgimento de uma esfera pública política, no interior dos Estados nacionais, a qual possibilitou articulações e organizações de caráter coletivo. Essas organizações coletivas rompem como a atomização do individualismo de cunho liberal e criam espaços públicos políticos de oposição ao autoritarismo, ensejando controles democráticos na publicidade dos negócios públicos e na crítica possibilitada nesses espaços.

A tematização de questões políticas, econômicas, jurídicas e sociais e sua colocação na agenda pública fazem com sejam pressionadas as instituições e agentes incumbidos de

implementar decisões coletivas e políticas públicas. Algum avanço na consolidação e retomada da democracia encontrou uma alavanca de promoção e desenvolvimento dessa participação política no âmbito nacional. Registrem-se, no entanto, os inúmeros desafios e rupturas encontradas no tecido social, que demandam novas articulações e reinvenção de práticas sociais para o combate à exploração, à opressão que, nesse contexto, mostram-se drasticamente excludentes.

Em torno do pensamento de Hannah Arendt e Jürgen Habermas, Chaloult (2003, p. 136) estuda a categoria sociológica espaço público. Para Arendt “O espaço público é [...] o lugar da palavra e da ação. Repousa-se essencialmente sobre dois fundamentos: a igualdade política e a pluralidade existencial”. Para ela “[...] é o espaço destinado a *estar-com-outros*, à diversidade de opiniões, ao *agir-em-comum*”.

Em sentido complementar, Habermas constrói, em seu estudo sobre as transformações da esfera pública burguesa e suas implicações, “um conceito normativo de espaço público, [...] partindo do ponto de vista de uma concepção radical de democracia”. Nessa compreensão, o espaço público é reconhecido como “o lugar de mediação entre Estado e a sociedade. É o lugar de formação da opinião pública”. Preconiza Chaloult (2003, p. 136) acerca do pensamento de Habermas que: “Uma sociedade democrática só pode existir quando houver espaços públicos constituídos com função pública”.

Essa institucionalização do processo democrático nos Estados nacionais, nos anos que se seguiram ao Pós-guerra, nos países da Europa, deu-se de um modo razoavelmente convincente. Mas, adverte Habermas (2001, p. 84), “encontra-se cada vez mais sob pressão da globalização”, sobretudo desde o final dos anos 1970.

Veremos adiante o porquê do diagnóstico habermasiano quanto à dificuldade de intervenção estatal e sobre a necessidade de articulações em nível global, a exemplo do trabalho desenvolvido pelas organizações ecológicas globais e pelo movimento feminino. Certo que esses movimentos, ainda não realizados com a efetividade desejada, não podem, de modo algum, ser reconhecidos como ineficazes (HABERMAS, 2001, p. 88).

3 O cenário de relações internacionais surgido no Pós-guerra

Em breves linhas, na parte anterior, procurou-se construir o cenário surgido no âmbito dos Estados nacionais. Primeiro, a formação de uma identidade coletiva forjada no conceito de comunidade nacional. Um modelo de Estado organizado em torno de uma Constituição, no qual a soberania popular expressa a autorização para a formação de decisões políticas coletivas e os procedimentos a serem observados, mediados pelo direito.

Delineado – também de modo esquemático – o longo caminho de construção de uma sociedade civil forjada na esfera pública e na articulação de atores coletivos, na qual tornou-se possível uma transição para a democracia e a consolidação de práticas políticas que afirmam uma tendência inequívoca – ainda que lenta, gradual e marcada por

avanços e retrocessos - à ampliação dos postulados de liberdade, igualdade e mais participação para todos. Embora se reconheçam os inúmeros desafios que se opõem a tais programas.

Destacou-se também que se encontra desfeito, em larga medida, o papel do Estado como intervencionista, mediador das relações entre capital e trabalho. A pressão provocada pelas empresas transnacionais fez com que houvesse notável redução da oferta de benefícios sociais compensadores da dinâmica excludente do capitalismo.

Passamos a verificar o cenário que surgiu, no campo internacional, da relação entre Estados ditos soberanos, *pari passu* com a formação do Estado nacional, de direito e democrático, e da sociedade civil como espaço público. Espaço público político que, na atualidade, também já extrapola as fronteiras nacionais.

Em obra intitulada *Poder e déficit democrático no Mercosul*, Barbiero e Chaloult (2003, p. 32) analisam o surgimento da nova ordem mundial dispensável no período Pós-guerra (Segunda Grande Guerra), além da construção do Estado nacional, segundo parâmetros definidos pelo keynesianismo, estruturado sob o compromisso entre o Estado, as organizações patronais e os sindicatos dos trabalhadores. A essa estrutura denominou-se tripartismo. A construção do providencialismo possibilitou um novo modo de regulação social e econômica.

Valemo-nos, a seguir, dessa análise para situar o cenário institucional, no plano internacional e na América Latina, sob o ponto de vista da formação de um mercado mundial, fruto de uma expansão anunciada do capitalismo.

Ancorados nos estudos de Shotwell⁶, consideram os citados autores que a “proposta de criação das Nações Unidas tentava cobrir três grandes problemas e cada qual demandaria diferente técnica: a) o problema da segurança, a ‘ação da polícia e o uso da força’; b) para o bem-estar, a criação ‘de um mecanismo de cooperação’; c) para a questão da justiça, as soluções deveriam vir expressas em ‘uma lei e procedimentos internacionais’ (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 32-33).

Destacam também que os Aliados (países vencedores) pretenderam formular uma nova ordem econômica internacional, orientados pelo objetivo geral de colocar o mundo fora de perigo da necessidade e da insegurança. Para o alcance desse desiderato, a atuação em dois níveis seria necessária: no primeiro, o Estado aparecia como o principal ator para garantir o progresso econômico e social; no segundo, ensejava-se a criação de um “sistema organizado de instituições econômicas internacionais, oriundas do sistema geral das Nações Unidas”, conforme análise de Barbiero e Chaloult (2003, p. 33).

⁶ A referência é a James Shotwell, na obra *La grande décision*, New York: Bretano's, 1945. Esse autor das propostas visando estabelecer instrumentos capazes de evitar conflitos mundiais e organizar uma comunidade internacional, destacou-se pela clareza na posição de criação da ONU.

Essa nova ordem a ser criada “inspirava-se em uma matriz liberal” e ao lado de um sistema implantado em nível econômico deveria ser organizado outro sistema para assegurar a paz. Buscava-se a “construção de uma ordem na qual esperava-se garantir a segurança e a prosperidade mutuamente”. As instituições internacionais, então criadas, deveriam ter como tripé de sustentação o universalismo, a diferenciação e o tripartismo. O universalismo preconizava a igualdade dos países participantes; a diferenciação postulava que os países teriam diferentes responsabilidades; o tripartismo sugeria a participação de vários atores na construção do bem-estar, sendo proposto o modelo da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O tripartismo “será aplicado mais em nível nacional, pelo Estado providência, do que em nível internacional” (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 34).

Realçam que existe uma relação de complementariedade entre os âmbitos de organização nacional e internacional nessa nova ordem mundial então criada. Em 1944, nos EUA, com a realização da Conferência de Bretton Woods, foi criado o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), conhecido como Banco Mundial, e o Fundo Monetário Internacional (FMI), além de outras instituições internacionais. Foram criadas também a Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO).

Venceu a proposta de liberalização da economia no plano internacional, com redução das barreiras tarifárias em favor da expansão do comércio mundial. Não foi possível, na ocasião, a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), por oposição da política interna norte-americana, a qual levava ao Congresso uma maioria republicana, o que impediu sua aprovação. O peso dos EUA no comércio mundial, já em 1947, tornaria inviável essa organização sem a participação daquele país. Foi possível o acertamento, então, de um Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras (GATT), o qual se resumiu a um conjunto de normas direcionadas inicialmente para a redução das tarifas alfandegárias no comércio internacional, sem que houvesse se constituído uma organização internacional (BARRAL, 2000, p. 22).

Explicita Barral (2000, p. 24) que a evolução do GATT, no sentido de uma redução gradativa das barreiras comerciais no mercado mundial, baseava-se em que uma concessão feita a um dos Estados contratantes se estendia automaticamente aos demais.

Na programação da rodada de negociações no Uruguai, em 1986, prevista para durar três anos, não se vislumbravam objetivos tão ambiciosos como os que se foram incorporando à pauta, à medida que se estendia o prazo para sua conclusão. Terminou apenas em 1994, com a proposta de criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), a par de inúmeras outras deliberações, destacando o estabelecimento de um sistema de solução de controvérsias, no qual um Estado vencido, após uma reclamação, é “obrigado a oferecer uma compensação ou ajustar a sua política comercial ao relatório aprovado” (BARRAL, 2000, p. 27).

O sistema de *Bretton Woods* possibilitou à maioria dos países industrializados a realização de uma política de bem-estar social relativamente bem-sucedida. Esse arranjo, fruto de um fechamento político bem-sucedido, encontrou o seu fim com a imposição da política de desregulamentação dos mercados mundiais, com uma abertura que – graças aos mercados financeiros – mudou novamente a divisão internacional do trabalho (HABERMAS, 2001, p. 108).

A não efetivação dessa nova ordem mundial concebida no Pós-guerra não se deu devido à tensão permanente marcada pela bipolaridade entre os EUA (líder dos países capitalistas) e a União Soviética, à frente do bloco socialista. O fim da “Guerra Fria”, com a derrocada do socialismo real, marcada simbolicamente pela queda do muro de Berlim em 1989, precipitou outro processo de abertura mundial. A partir de então, “as empresas multi e transnacionais encontram-se livres para liderarem o processo de globalização econômica”. Os modelos de regionalização econômica seriam influenciados por esse processo (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 35).

3.1 O processo de regionalizações

A regionalização econômica tivera início também no Pós-guerra, com o mencionado acordo do GATT. O plano Marshall de 1947 exigia, em contrapartida à ajuda financeira, que os países destruídos pela Guerra formassem grupos e passassem a dotar-se de instituições comuns. A Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE) foi criada em 1948, podendo ser considerada uma das grandes organizações mundiais do Pós-guerra, substituída, em 1961, pela OCDE, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, um fórum mais amplo (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 36).

A evolução do regionalismo europeu deu-se em clima de preocupação com a posição por eles ocupada na polarização entre EUA e União Soviética. Esse processo fora marcado pela criação da Comunidade Econômica Européia (CEE), em 1957, com franca natureza política, e a Associação de Livre Comércio (AELC), em 1959, esta organização de caráter mais modesto, como um projeto econômico de inspiração mais liberal, destacam Barbiero e Chaloult (2003, p. 36).

O regionalismo na América Latina, baseado no modelo da CEE, surge em um primeiro acordo com a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), em 1960. As propostas de integração na América Latina guardam originalidade em relação ao modelo europeu, em razão de que explicitavam um projeto econômico e político de desenvolvimento. Tenha-se em conta que, depois da depressão na década de 1930 e de uma Guerra na década de 1940, os Estados e instituições econômicas procuravam introduzir uma certa racionalidade no mundo, marcada pelo intervencionismo no plano interno e pela produção coletiva dos Estados na criação de um “bem público internacional”: o livre comércio entre nações (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 37).

No contexto da América Latina, a CEPAL, criada no âmbito das Nações Unidas, em

1948, vai possibilitar a articulação de um projeto de desenvolvimento, porque os países do Sul não encontraram espaço dentro da ordem estabelecida no mundo do Pós-guerra. A idéia central prevalente na CEPAL defendia a tese do nacionalismo econômico e a estratégia de desenvolvimento por substituição de importações. O protecionismo era uma forma de assegurar o desenvolvimento do mercado interno. Encontra essa estratégia de substituição das importações seu auge na década de 1950, até ser abandonada na década de 1990, entendida como um modelo de desenvolvimento fechado. O regionalismo econômico era parte integrante dessa estratégia, como condição imprescindível ao processo de industrialização. Pretendia-se a formação de um mercado comum latino-americano. O regionalismo econômico tinha duas direções: a) desenvolvimento por meio da integração “voltada para o interior”; b) a transformação da relação centro-periferia (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 42).

A “eclosão da crise do endividamento externo, a paralisação das principais instituições que suportavam o desenvolvimento e a forte queda do ritmo de crescimento” formam um conjunto de fatores que põe em evidência o fato de que o modelo de desenvolvimento “para dentro”, ou de desenvolvimento por substituição de importações, chegara a seu esgotamento. A forma de um “regionalismo aberto”, como foi chamado pela CEPAL, é iniciada pelo acordo em Montevideu com a criação da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), a qual toma a forma de um acordo de princípios, mais flexível e que serviu como um “guarda-chuva” para outros acordos bilaterais e sub-regionais, desde que abertos à participação dos demais membros.

Medidas de ajustamento estrutural, no entanto, impostas pelo FMI e pelo Banco Mundial, em troca de apoios financeiros para os países da América Latina, impõem uma orientação à liberalização, com o fim das regulamentações estatais, voltando suas economias para o exterior. No interior desses países, busca-se “limitar o papel do Estado, desencadear um programa de privatização, diminuir os gastos públicos, eliminar a inflação, estabilizar a moeda, aumentar as exportação e abrir suas economias ao mercado mundial”. As propostas de integração regional, a partir de década de 1990, não poderiam ser de outro modo que não “para fora”. Os acordos estabelecidos nos moldes de um “regionalismo aberto vão se inscrever dentro de um processo de liberalização paralelo e complementar ao que é seguido em nível multilateral” (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 44).

A criação do Mercosul surge nesse contexto internacional e se inspira na União Européia, embora não tenha instituições supranacionais. Caracteriza-se pela existência de forte motivação político-estratégica, especialmente por parte do Brasil, destacando-se uma tendência federalista e construtivista de integração, o recurso ao tripartismo e a presença marcante do Estado. Tudo isso são características que identificam o Mercosul com o regionalismo de primeira geração. A idéia de uma regionalismo aberto, sua sintonia com a economia mundial, a busca de maior competitividade sob a base de eixo exportador e de uma liberalização frente às trocas internacionais, afiguram-se características do segundo modelo de regionalismo (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 44-45).

4 Transformação do Estado nacional e crise do capitalismo mundial

Depois da Segunda Grande Guerra, reprise-se, houve expansão também de um modelo de Estado que se tornou mediador entre as relações capital/trabalho. Um Estado que garantiu constitucionalmente direitos fundamentais que incluíam direitos sociais básicos, o que amenizou – sensivelmente – durante algum tempo e nos países centrais, a perversidade do sistema econômico capitalista com sua dinâmica concentradora e, por tal razão, geradora de riqueza para poucos e pobreza e desemprego para a imensa maioria. O Estado social marcado pelo intervencionismo compensava, de algum modo, com a oferta de benefícios sociais, as desigualdades provocadas pelo capitalismo.

A crise do sistema capitalista enfrentada na atualidade passa pela deterioração das bases que permitiram, durante o período que se seguiu à Segunda Grande Guerra até o final da década de 1970, uma solução de compromisso entre classes, [capitalistas e trabalhadores], mediada pelo Estado intervencionista de inspiração keynesiana.

Dupas (2001, p. 110), em análise dessa transformação, assim se expressa:

De fato, o keynesianismo manteve, desde o pós-guerra, a expectativa de que o Estado poderia harmonizar a propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia. Acabou fornecendo as bases para um compromisso de classe, ao oferecer aos partidos políticos representantes dos trabalhadores uma justificativa para exercer o governo em sociedades capitalistas, abraçando as metas de pleno emprego e de redistribuição de renda a favor do consumo popular. O Estado provedor de serviços sociais e regulador do mercado tornava-se o mediador das relações – e dos conflitos – sociais.

A crise teria sido desencadeada, no início da década de 1970, quando surgiu um quadro de inflação com baixas taxas de crescimento econômico. A redistribuição da renda em favor dos lucros estabeleceu-se como um custo a ser suportado socialmente para obtenção de taxas de investimento mais altas. Inspirado em Wallerstein e Pzeworski, pondera Dupas (2001, p. 110-111) que a manutenção do pleno emprego seria uma barreira a esse objetivo e, nessa corrente, “o mercado tendeu a ser reabilitado como instância reguladora por excelência das relações econômicas e sociais no capitalismo contemporâneo”. Somente ao mercado, “caberia determinar, inclusive, o tipo e a quantidade de investimento da economia, decisão privada com profundos impactos públicos”.

Nesse contexto, três diferentes fenômenos estão conectados. Em estudo intitulado *Crises e ciclos e evolução do capitalismo*, Oliveira (1999, p. 43), considera: “A esta crise, o capitalismo tem respondido de três maneiras: a III Revolução Industrial e Tecnológica, a Globalização e o Neoliberalismo; fenômenos embora característicos, interligados entre si”⁷.

⁷ Refere-se Oliveira, na análise da III Revolução Industrial e Tecnológica, à descoberta e utilização de novos produtos, de novas fontes de energia, à reestruturação dos setores produtivos, a novas formas de organização da produção, a novas formas de mobilização da mão-de-obra (terceirização, sub-empregada, trabalho em tempo parcial, emprego temporário), com propostas de flexibilização das normas disciplinadoras do trabalho formal, pela desregulamentação e precarização ou pelo desemprego estrutural crescente que atinge grande parcela da população (OLIVEIRA, 1999, p. 43).

Drucker (apud DUPAS, 2001, p. 111-112) assinala que “o ano de 1973, com o choque do petróleo e o estabelecimento de taxas de câmbio flutuante, teria marcado o fim da longa era Roosevelt e o início da inevitável conscientização acerca dos limites do Estado”. Não demorou a divulgação de que ao “governo caberia tão-somente monopólio da defesa e das armas nacionais, a garantia da manutenção das leis, da ordem, da justiça e da segurança”. Também incumbiria a um Estado mínimo o estabelecimento de “um conjunto de regras básicas que permitissem aos agentes econômicos movimentarem-se livremente”.

Também nesse diapasão a interpretação habermasiana da transformação estatal em um contexto de modificações do sistema econômico internacional:

A palavra de ordem “Estado enxuto” não deriva tanto da crítica correta a uma administração letárgica que deve adquirir novas competências administrativas, mas, antes, da pressão fiscal que a globalização econômica exerceu sobre os recursos do Estado passíveis de taxaço (HABERMAS, 2001, p. 88).

Em outra passagem, também apoiado em análise de Drucker, anota Dupas (2001, p. 113) que “o fim de Bretton Woods teria dado a esses Estados [nacionais] maior soberania no controle da moeda, da política fiscal e de crédito e, em decorrência, maior espaço para dar vazão à sua irresponsabilidade fiscal”.

O surgimento das chamadas empresas transnacionais, cujo capital volátil e de extrema mobilidade facilita constantes migrações, provocou uma mudança do controle da política econômica dos Estados nacionais. Chamados de “novos agentes econômicos globais”, essas empresas movimentam uma “enorme massa de ‘dinheiro internacional’ oriunda da especulação cambial que, apesar de ‘virtual’, passou a ser detentora de um poder muito concreto”.

O volume de recursos – pela enorme volatilidade e mobilidade – ensejariam a seus detentores um poder de gerar desastres econômicos reais. Os novos agentes econômicos da economia global são os árbitros finais das políticas monetárias e fiscais no interior de Estados, em tese, soberanos.

Diagnostica Habermas (2001, p. 88) que “A mobilidade de capital acelerada dificulta a intervenção estatal nos lucros e nas fortunas, e o acirramento da concorrência por posições conduz à redução dos ganhos fiscais”. Um realismo desconcertante marca sua análise: “A simples ameaça de emigração de capital desencadeia uma espiral de redução dos custos (e intimida os cobradores de impostos a impor a legislação vigente)”.

O aparato jurídico, sobretudo a Constituição como imperativo do governo das leis que deveria submeter inclusive os governantes, deixa de ser a referência de regulação e cede aos categóricos imperativos impostos pelo Mercado, ícone da política neoliberal.

Preconiza Dupas (2001, p. 111) que

Nesse contexto, a única forma de reduzir a vulnerabilidade das economias seria a adoção de políticas fiscais e monetárias que evitassem a dependência dos países do volátil dinheiro internacional para empréstimos de curto prazo destinados a cobrir seus déficits.

Complementa com a assertiva de que “Orçamentos públicos equilibrados seriam condição primordial para a manutenção da ordem econômica neste mundo globalizado”⁸.

O controle pelo mercado de decisões que afetam as coletividades no âmbito do Estado nacional, cujos atores são as empresas globais, faz desaparecer o Estado social, resquício derradeiro de ética e de solidariedade sociais em um mundo quase que inteiramente sujeito aos imperativos do Mercado.

Santos (2000, p. 67), em *Por uma outra globalização*, chama a atenção para o fato de que “[...] se o Estado não pode ser solidário e a empresa não pode ser altruísta, a sociedade como um todo não tem quem a valha”. Em uma visão realista sustenta que as empresas globais, em sua dinâmica competitiva e individualista (busca egoística do próprio interesse), provocam a “morte da política”, a qual apenas se realiza “quando existe a consideração de todos e de tudo”, pois “tem de cuidar do conjunto das realidades e do conjunto das relações”.

Sob dois aspectos, chegamos até agora a uma conclusão provisória: a pressão da globalização sobre o Estado nacional provoca uma impotência de intervir na sociedade, favorecendo que o mercado seja o único regulador das relações econômicas. De outro lado, procurando identificar a razão dessa pressão, chega-se ao apontamento de que a acumulação sem precedentes de recursos em mãos de empresas transnacionais afetaram a capacidade de controle dos Estados nacionais sobre suas políticas monetárias e fiscais.

Por conseqüência, os recursos arrecadados pelo Estado, que permitiam uma intervenção razoavelmente bem sucedida nos países centrais, diminuíram sensivelmente, uma vez que as empresas, no afã de aumentar seus lucros, negociam com os Estados, de forma cada vez mais unilateral, a redução dos tributos. Os Estados, na urgência de atender à demanda por empregos e recursos públicos que custeiem minimamente seus serviços e políticas, cedem a essa pressão e favorecem, em detrimento de outros valores, os interesses das empresas que operam de modo flexível, com ampla mobilidade.

Considera Dupas (2000, p. 14-15) que “o capitalismo global apossou-se por completo dos destinos da tecnologia, libertando-a de amarras metafísicas e orientando-a única e exclusivamente para a criação de valor econômico”. E complementa esse diagnóstico, afirmando que as “conseqüências dessa autonomização da técnica com relação a valores éticos e normas morais foram, dentre outras, o aumento da concentração de renda e da exclusão social”.

⁸ Na esteira do pensamento da existência de incapacidade de gestão dos Estados nacionais, fenômeno que se seguiu à crise pós-keynesiana, surgiu a defesa do Estado mínimo. Em outro foco, a idéia de ineficiência do Estado voltou à tona, sobretudo nos discursos mais conservadores (DUPAS, 2001, p. 111). A edição da Lei de Responsabilidade Fiscal e a Reforma do Estado, no Brasil, marcam a imposição ideológica que resultou dos discursos neoliberais.

Sobre o período de ouro do Estado do bem-estar, reflete Dupas (2000, p.14):

Durante algumas décadas, em meados do século, chegou a parecer que se haviam descoberto maneiras de distribuir pelo menos parte dessa riqueza com um certo grau de justiça entre os trabalhadores dos países mais ricos, embora no fim do século a desigualdade tivesse voltado a aumentar.

O predomínio de uma racionalidade técnica sanciona a dominação e os trabalhadores sentem-se impotentes e vêem-se impotentes, pois razoavelmente reduzida sua capacidade de articulação e organização, ante a flexibilização do processo produtivo, a mobilidade do capital e, com isso, o aumento significativo do desemprego estrutural.

Denuncia Dupas (2000, p. 25) que “a flexibilização provocada pelas novas tecnologias tem permitido que o processo de geração de excedente no capitalismo atual não mais se restrinja à jornada de trabalho”. A remuneração por resultado provoca o rompimento das “limitações impostas pelas dimensões espaço/tempo”, o que permite uma invasão dos “demais momentos do cotidiano do trabalhador, o que cria a ilusão de que o capital aproxima-se do trabalho ao não mais exigir cartão de ponto e ao remunerá-lo por resultado”.

Também lança um questionamento essencial acerca da capacidade de os países centrais, em especial a nação hegemônica norte-americana, “terão condições de impor e controlar as formas e conteúdos do processo de reprodução social e manter o poder econômico derivado das altas taxas de acumulação obtidas pelo processo de concentração e pelo domínio de novas tecnologias”. Mesmo que as consequências sejam “impasses na oferta de empregos e na distribuição de renda, causadores de crescentes desequilíbrios sociais” (DUPAS, 2000, p. 18).

Lança Dupas (2000, p. 19), em sua obra *Ética e Poder na Sociedade da Informação*, um desafio que parece ser uma questão das mais importantes nos dias atuais: “como o Estado poderia recuperar sua condição de efetivo representante da vontade da sociedade civil, radicalizada e ampliada, de modo a constituir-se em nova hegemonia a serviço do efetivo desenvolvimento da humanidade e de sua preservação futura”.

5 As globalizações, novo espaço mundial e novas articulações

Ao pontuarmos o tema tão polêmico da globalização (ou globalizações), a começar pelo título que encima esta parte, temos em mira, ainda, comparar dois cenários em que a atuação dos cidadãos – em duas dimensões complementares: nacional e internacional – mostra-se imprescindível para “impor limites e colocar nos trilhos” o sistema de produção capitalista.

A percepção de Stiglitz (2003, p. 10) é significativa, sobretudo pelo ponto de vista privilegiado, como economista-chefe, por quase três anos, no Banco Mundial, de 1997 a 2000. Deste teor: “[...] pude ver com meus próprios olhos o efeito devastador que a

globalização pode ter sobre países em desenvolvimento, em especial sobre as populações pobres desses países”.

A leitura da obra de Stiglitz, sob o sugestivo título de *A GLOBALIZAÇÃO e seus malefícios*, faz lembrar a instigante proposição de Braudel, lembrada por Dupas (2000, p. 28), que nos desafia a deixar por um momento a transparente economia de mercado e acompanhar o dono do capital até o andar de cima, onde se encontra com o dono do poder político. Acredita Braudel⁹ que lá “descobriríamos o segredo da obtenção dos grandes e sistemáticos lucros que permitiram ao capitalismo prosperar e expandir-se continuamente durante mais de quinhentos anos”.

O termo *globalização* não pode ser considerado ainda um conceito preciso, mas corresponde a uma realidade empírica inequivocamente descrita na literatura. A existência de relativo consenso entre os estudiosos das ciências sociais e econômicas relacionam a globalização às “mudanças significativas que vêm ocorrendo nas relações políticas, econômicas, sociais e culturais do mundo contemporâneo” (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 24).

Uma profunda alteração no distanciamento da relação “espaço-tempo” é o aspecto destacado por Giddens (1991) e Santos (1997), ambos citados por Barbiero e Chaloult, para explicitar as relações entre formas sociais e eventos locais e distantes que se tornam correspondentemente alongadas. Isso significa, em outras palavras, que as modalidades de conexão entre diferentes regiões ou contextos sociais se enredam através da superfície da Terra como um todo. Apoiados em Giddens, os autores definem a globalização “como a intensificação das relações sociais em escala mundial, ligando localidades distintas de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a grandes distâncias e vice-versa”.

A respeito das análises de Santos, ponderam Barbiero e Chaloult (2003, p. 25) que, sobre as quatro constelações de relações sociais que aquele designa de “espaços-tempo estruturais”, conjugam-se as ações globais. Especifica que são eles: o espaço-tempo doméstico, o espaço-tempo de produção, o espaço-tempo da cidadania e o espaço-tempo mundial. A problematicidade do tempo presente adviria da conjunção dessas constelações. No entanto, entendem que o espaço-tempo mundial “tem uma maior influência sobre os demais”, a qual é crescente em relevância pela “intensificação da globalização da economia e das interações transnacionais em geral nas últimas duas décadas”.

Um foco de análise volta-se para a compreensão indicada pelo comportamento das diferentes matrizes culturais. Indagam Barbiero e Chaloult (2003, p.25): como as diversas culturas reagem à globalização? Certo é que a circulação de signos e símbolos, em todo o mundo, por meio de canais de comunicação, faz criar uma situação de ambigüidade:

⁹ Refere-se Dupas à obra de Fernand Braudel *The Perspective of the World*. New York: Harper & Row, 1984.

“ao mesmo tempo em que alguns valores se tornam universais, as diversidades de valores emergem de maneira substancial”. O resultado desse processo é “não somente o aparecimento de uma cultura global unificada, mas, sobretudo, tende a promover um campo de fragmentação, sincretismo e hibridização de culturas”. Isso porque a identidade cultural ou étnica é contrastativa, tende a realçar-se quando em contato com outra. Destacam, em suma, que os conflitos mais importantes não são entre os ricos e os pobres, mas “entre identidades culturais diferentes, ou seja, entre civilizações”¹⁰.

No aspecto da cidadania, tendo em conta a velocidade e a expansão dos meios de comunicação, “embora não assegurem condições igualitárias de participação, permitem que novos atores entrem no jogo e reivindiquem o direito de serem ouvidos”. O processo de globalização “muda radicalmente o contexto da política contemporânea, transformando suas condições, conseqüências e atores”. Esse conjunto de alterações, por sua vez, induz a uma expansão no “horizonte de ação – sentido, valores, constituição de sujeitos e de identidades, alianças e antagonismos- e interpelam as categorias com que habitualmente são pensados seus principais problemas”. Nessa ordem de considerações, destacando as características da compactação, da aceleração temporal e da produção de novas heterogeneidades, o que dá origem a contextos sociais de alta incerteza, em aspectos contraditórios e, às vezes, conflitantes entre si, a globalização se mostra como um processo complexo e multidimensional que guarda não poucas ambigüidades. Isso leva à importância de se considerar “a ambivalência como uma importante categoria sociológica” (BARBIERO e CHALOULT, 2003, p. 26-27).

Habermas (2001, p. 84) também utiliza o conceito “globalização” para a descrição de um processo, não de um estado final. “Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”. Compara como, no século XIX, o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e de pessoas, bem como a troca de informações, com a tecnologia dos satélites, hoje em dia, a navegação aérea e a comunicação digital criam redes mais amplas e densas. “Rede” (*Network*, em inglês ou *Netzwerk*, em alemão) apresenta-se como um conceito-chave e “tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadoria, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulação de pessoas, técnica e natureza”.

O termo “rede” encontra-se igualmente aplicado na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas e nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado. Para esse trabalho, destacam-se que várias arti-

¹⁰ Cita o autor, também em nota ao pé da página, que Huntington identifica seis principais civilizações contemporâneas: sínica [relativo à China], japonesa, hindu, islâmica, ocidental e africana.

culações de interesses, valores e identidades também se integram em rede “no trabalho conjunto internacionais de organizações governamentais e não-governamentais” (HABERMAS, 2001, p. 84). No entanto, esse autor acentua enfático que:

A dimensão mais importante constitui uma globalização econômica cuja novidade em termos qualitativos não pode ser de modo algum posta em questão: as transações econômicas globais, comparadas às atividades voltadas para o nacional, movimentam-se em um nível nunca antes atingido e influenciam – de modo imediato e mediato – as economias nacionais em um escala até então desconhecida.

Na ascensão vertiginosa – tanto em termos numéricos como também em influência – das empresas transnacionais com suas cadeias de produção mundial, como também quanto ao aumento dos investimentos diretos no exterior e na aceleração sem igual da movimentação de capital nos mercados financeiros conectados por redes eletrônicas e que produzem uma tendência de autonomização dos circuitos financeiros que desdobram uma dinâmica própria desconectada de economia real; vislumbra Habermas (2001, p. 85) um considerável acirramento da competição internacional.

Todas “essas tendências ainda não dizem nada quanto aos danos das condições de funcionamento e de legitimação do processo democrático enquanto tal. Mas representam um perigo para a forma nacional de sua institucionalização”. Mas várias questões são postas por Habermas (2001, p. 86-87): a) esse processo de globalização enfraquece a capacidade do Estado nacional de manter as fronteiras do seu sistema e de regular de modo autônomo o processo de troca com o mundo? b) em que sentido esse processo poderia afetar a capacidade de uma sociedade nacional no que toca à autocondução democrática? c) existe para o déficit que surge em âmbito nacional eventualmente equivalentes funcionais no supranacional?

As respostas a essas questões são postas por Habermas no percurso que faz das condições de funcionamento e de legitimação de uma democracia de massa de Estado social, o que procura fazer sem tirar os olhos do processo de globalização em toda sua amplitude, isto é, sem se ater apenas ao aspecto econômico.

É o que se desenvolve na parte última do trabalho sob o seguinte pano de fundo: a) o fortalecimento do processo democrático no âmbito nacional é imprescindível para que sejam construídas resistências à dominação e imposição hegemônica de interesses puramente econômicos; b) a criação de uma esfera pública política no plano internacional mostra-se como uma alternativa viável, pois já há tendências de articulações de organizações e grupos, sobretudo no campo ambiental e nos movimentos feministas, com a criação de novas identidades; c) o Estado nacional ainda é um modo de articulação de uma identidade ético-política que permite reunir, sob seu abrigo, reivindicações importantes de modo a amenizar os efeitos perversos de uma economia capitalista, o que é desejável de se manter durante algum tempo.

6 A possibilidade de criação de redes articuladoras de espaços públicos políticos no plano internacional

Tenha-se em conta, de partida, que a criação de uma identidade nacional durante largo período de tempo forjou um Estado nacional com instituições políticas que se aperfeiçoaram razoavelmente. Sobretudo, pelo surgimento de uma sociedade civil organizada em uma esfera pública política, na qual a crítica institucional e política – ainda que deficiente em vários aspectos – fora o agulhão mais importante nesse processo.

A par e passo, organizações não-governamentais e inter-governamentais surgiram no plano internacional, mas não lograram obter a efetividade na imposição de suas decisões como se deu no Estado nacional, por meio do direito positivo. Embora os tratados internacionais firmados entre Estados soberanos prevejam sanções, a possibilidade de sua imposição encontrou, na autodeterminação, no respeito à soberania e na inexistência de instituições de um Estado mundial, obstáculos ainda não transpostos.

A criação, no âmbito da ONU (Organização das Nações Unidas), de um Conselho de Segurança, formado pelos países com mais poder efetivo (poder bélico), ainda que tenham promovido intervenções com uso de violência, não encontrou base alguma de legitimidade. Agem por conta do poder da força, sem autoridade racional, não raro de forma mais ou menos a disfarçar meros interesses econômicos. As diferenças entre os países membros da ONU dizem respeito à densidade populacional, ao *status* de legitimação e ao nível de desenvolvimento (HABERMAS, 2001, p. 134).

Conquanto isso, na Assembléia Geral, cada Estado dispõe de um voto e o regulamento obriga os governos nacionais a respeitar os direitos humanos, a soberania recíproca de cada um, bem como a abdicar do uso da violência militar. Não dispõem as Nações Unidas de uma Corte Internacional de Justiça nem de tropas próprias. As chamadas “intervenções humanitárias” são executadas por mandatos conferidos no âmbito da ONU e dependem dos Estados mais ricos que tenham poder bélico e recursos financeiros para iniciativas dessa envergadura.

Não seria desejável, ainda, a formação de um Estado cosmopolita, pela assimetria considerável existente na relação entre Estados na atualidade, o que poderia ensejar uma hegemonia política sem precedentes dos países mais ricos, sob a capa de legitimidade de um Estado cosmopolita. Faltam também à ONU as características que permitem a formação de uma comunidade política nos moldes do Estado nacional. A condição de membro, por exemplo, demandaria uma exclusão, uma relação de oposição, impossível pela abrangência sem limites de um Estado cosmopolita.

Sugere Habermas (2001, p. 137) que “a solidariedade dos *cosmopolitas* guarda [...] um caráter reativo, como se mantivesse a coesão cosmopolita em primeiro lugar graças a afetos de revolta quanto às violações dos direitos – ou seja, com base em repressão estatal e em infrações contra os direitos humanos”. No entanto pondera, na seqüência da argumentação, que “ela [uma comunidade cosmopolita] não pode conseguir o grau de

integração relativamente sólido de uma comunidade organizada com base no Estado com identidade coletiva própria”.

De outra parte, entende Habermas (2001, p. 137), contra as posições favoráveis à criação de um Estado cosmopolita, que “falta à cultura política da sociedade mundial a dimensão ético-política comum que seria necessária para uma tal construção de uma comunidade e da identidade globais”. Desse modo “uma comunidade cosmopolita de cidadãos do mundo [*Weltburgern*] não oferece, portanto, nenhuma base suficiente para uma política interna mundial”.

Uma formação de compromissos, no interior de uma comunidade composta politicamente e organizada em um Estado, está engrenada de modo mais forte nos procedimentos de uma política deliberativa. Esses parceiros podem recorrer a orientações de valores e a concepções de justiça comuns que possibilitam uma compreensão que vai além de um acordo segundo a razão dos fins [*zweckrational*]. Em nível internacional, porém, uma formação de compromissos ‘nua’, que reflita traços essenciais da política imperialista [*Machtpolitik*] carece de um nível comunicativo denso (HABERMAS, 2001, p. 139). Mostra-se, também nesse aspecto, feição bem diversa daquela encontrada no âmbito do Estado nacional.

Outro fator apontado por Habermas (2001, p. 139) como obstáculo à formação de um Estado cosmopolita situa-se no fato de que “potências capazes de negociações globais não operam mais no estado natural do direito internacional clássico, mas sim no nível mediano de uma política mundial em processo de construção”. Essa política mundial se caracterizaria por oferecer:

[...] uma imagem difusa – não a imagem estática de uma política de múltiplas camadas *dentro* de uma organização mundial, mas sim a imagem dinâmica das interferências e das interações *entre* os processos políticos se desenvolvendo de modo peculiar nos âmbitos nacionais, internacionais e global. Os sistemas de negociações internacionais, que possibilitam acordos entre os atores estatais, comunicam-se, por um lado, com processos internos aos Estados (dos quais cada governo depende) mas, por outro, se inserem também no âmbito e na política da organização mundial.

Duas questões são levantadas por Habermas (2001, p. 139), nessa ordem de considerações, a saber: a) como se pode pensar em uma legitimação democrática de decisões para além do esquema da organização estatal? e b) sob quais condições pode-se modificar a autocompreensão dos atores capazes de negociações globais de tal modo que os Estados e as administrações supranacionais se compreendam cada vez mais como membros de uma comunidade que são obrigados, sem outra alternativa, a levar em conta *reciprocamente* os interesses uns dos outros *e a defender os interesses universais?*

O sentido especialmente voluntarioso da participação do cidadão faz parte das tradições liberal e republicana, nas quais todos devem ter a mesma oportunidade de fazer valer as suas preferências ou de expressar com comprometimento a sua vontade polí-

tica. Na tradição liberal, a manifestação de preferências tem o intuito prioritário de seguir os interesses privados dos cidadãos; na tradição republicana, essa participação é constitutiva da comunidade política e é exercitada no intuito de atingir o usufruto da autonomia política. Habermas (2001, p. 140) atribui, ainda, uma função epistemológica à formação democrática da vontade, ganhando a seguir os interesses próprios e a efetivação da liberdade política a dimensão do uso público da razão no sentido kantiano¹¹.

A partir dessa perspectiva, o procedimento democrático retira a sua força legitimadora não mais apenas – nem sequer em primeira linha – da participação e da expressão da vontade, mas antes do acesso universal a um processo deliberativo cuja natureza fundamenta a expectativa de resultados racionalmente aceitáveis (HABERMAS, 2001, p. 140). Essa compreensão da democracia enquanto um processo deliberativo, com base na teoria do discurso, desloca as condições de legitimação da teoria democrática. Não se apregoa que possa haver uma substituição completa dos procedimentos de representação e de decisão convencionais. Mas da personificação concreta da vontade soberana nas pessoas e nas eleições, corporações e votos passa-se a ter como centrais as exigências de procedimentos nos processos comunicativos e decisórios. Essa centralidade permite um afrouxamento da legitimação democrática com as conhecidas formas de organização estatal e, em consequência, faz com que as formas de participação na sociedade civil, até então supostamente fracas, possam surgir sob uma outra luz.

A institucionalização de Organizações Não-Governamentais nos conselhos do sistema de negociação internacional elevaria a legitimação do procedimento. Outra importante sugestão para a legitimação das decisões no plano internacional é a transparência maior dos processos decisórios transnacionais para a esfera pública nacional, permitindo assim que o debate público possa formar-se em torno de alternativas a essas decisões e das críticas daí oriundas.

Cita Habermas (2001, p. 140) a proposta de equipar a organização mundial com o direito de exigir a qualquer hora, nas questões importantes, referendos dos seus Estados-membros, nos casos das conferências da ONU sobre a quebra do equilíbrio ecológico, sobre os direitos iguais da mulheres, sobre as interpretações polêmicas dos direitos humanos, sobre a pobreza no mundo etc. Essa medida ensinaria “a colocação em pauta de temas que exigem regulamentação e que sem tais encenações públicas não seriam percebidos nem postos nas agendas políticas”.

As organizações dos movimentos sociais já compreenderam a importância de articulações entre as várias comunidades que se constituem em torno de lutas comuns para além do plano nacional. As instâncias da esfera pública política internacional, facilitadas pela

¹¹ Em Kant o uso público da razão, no exercício da liberdade política, ao mesmo tempo que limita a liberdade com o estabelecimento de normas, também a possibilita pela compatibilização do exercício das liberdades de todos. As normas impostas pelos próprios cidadãos seriam o resultado do exercício de sua autonomia pública, restringidas apenas pelos limites por eles postos.

sofisticada tecnologia dos meios de comunicação, já compartilham experiências, ajuda mútua e estratégias comuns. Desejável que haja um aperfeiçoamento gradativo dessas experiências, com o objetivo de colocar na agenda política dos Estados, por meio de uma dramatização adequada, os temas que extrapolam as fronteiras nacionais e postulam soluções multilaterais no plano internacional.

Assevera Habermas (2001, p. 141) que um novo fechamento da sociedade mundial economicamente sem barreiras só será possível se as forças que podem, de um modo geral, negociar globalmente também dispuserem-se “a participar de procedimentos institucionalizados de formação da vontade, no sentido da manutenção do nível social e da eliminação das disparidades sociais extremas”. A mudança de consciência deve partir, no entanto, das próprias populações e não ser esperada por parte dos governos.

Isso acontecerá se houver uma compreensão de que os governantes não podem operar mais dentro da margem de independência da nação e que, por assim desenvolverem sua agenda política, não devem ser castigados quando concorrerem em sua respectiva arena nacional. A falta de compreensão dos eleitores, no âmbito nacional, pode inibir uma abertura para os interesses supra-nacionais e prejudicar uma participação mais efetiva nessas articulações de resistências a um projeto político neoliberal que pretende deixar ao Mercado o equilíbrio “natural” entre concorrentes projetos – os quais, não raro, são mutuamente excludentes.

A exigência de uma solidariedade cívica cosmopolita deve acontecer no clima modificado da política interna, sob a pressão das organizações sociais que já atuam em nível internacional e reúnem condições de – adequada e consistentemente – colocar, na esfera pública política nacional, tais discussões de modo a forjar uma compreensão clara desse contexto.

Decerto que os primeiros endereçados são os cidadãos e os movimentos sociais e não os governos, mas os partidos políticos devem participar dessa discussão na tarefa inadiável de articulação de novas perspectivas. Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e que permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

Os interesses de cooperação entre os povos e de construção de uma paz mundial - centrada em relações equilibradas e com um mínimo de equivalência - devem ser devidamente harmonizados com os princípios da autodeterminação, da soberania das nações e do respeito aos direitos humanos.

Tais princípios e valores, embora configurem-se como universais, devem ser submetidos ao crivo racional e crítico de procedimentos discursivos, na esfera pública política internacional. Em torno desses interesses e princípios, poderia surgir um projeto ético-político articulado de modo a fazer prevalecer valores que possam colocar limites à expansão do projeto político neoliberal. O espaço mundial, contexto da globalização, surge como uma

arena na qual o viés econômico, sem dúvida, permanece hegemônico, pois constituído sem uma participação significativa da população global.

Desejável, então, que a participação dos cidadãos na esfera pública nacional, articulados coletivamente em suas respectivas comunidades, possa forjar uma participação em um nível supra-nacional. Uma nova compreensão de identidade coletiva, de soberania e de solidariedade cívica precisa ser construída, no exercício de uma cidadania política atenta às transformações e possibilidades que surgem em um mundo cujas fronteiras nacionais começam a tornar-se muito mais porosas e a passar por múltiplas redefinições.

7 Considerações finais

As reflexões sobre a construção artificial da identidade nacional possibilitada pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, de transporte de pessoas e coisas, no limiar do século XVIII, ensejam uma perspectiva mais promissora acerca da proposição de uma comunidade política pós-nacional, capaz de projetar uma “associação política entre cidadãos livres e iguais”, com base em uma solidariedade cívica cosmopolita, construída por projetos e lutas comuns que extrapolem as fronteiras do Estado nacional.

A vontade política de cidadãos que se auto-compreendem como destinatários comuns de decisões que eles próprios implementam pode ser o elemento que incrementa uma cidadania política cosmopolita, sem que isso implique – necessariamente – um Estado mundial.

No interior do Estado nacional, essa identidade coletiva possibilitou a implantação de uma ordem jurídica imposta por uma constituição cujo centro é o Estado de direito. No nível internacional, os tratados internacionais celebrados após a devida discussão na esfera pública internacional e nas esferas públicas nacionais podem encontrar mais legitimidade. Podem também preencher o vácuo de institucionalização ainda existente, desde que estejam atentos às reivindicações e desafios propostos pelas Organizações Não-Governamentais e inter-governamentais, no interior de uma sociedade civil que também não se contém mais nas fronteiras nacionais.

A imposição econômica das empresas transnacionais pode ser limitada se Estados que são mais afetados por essas políticas organizarem-se em torno de interesses comuns e princípios básicos que impeçam a concorrência predatória entre eles para atrair “investimentos”. A solução política deve ser engendrada pelos movimentos sociais e cidadãos mobilizados em torno dos desafios constituídos pelos conflitos “não auto-solucionáveis”, como se apregoa na visão política neoliberal, pode consistir em buscar e articular formas adequadas para o processo democrático para além do Estado nacional.

O fortalecimento das organizações dos movimentos sociais, no interior da esfera pública política nacional, ampliado pela participação mais efetiva dos cidadãos, de forma coletiva, em suas múltiplas filiações comunitárias, é uma exigência desse processo.

Os partidos políticos devem mobilizar os cidadãos, ainda no âmbito nacional, a participar ativamente, na busca de alternativas adequadas para enfrentamento dos desafios que surgem dos conflitos sociais, pela compreensão de que a desigualdade social e a opressão política não são dados naturais, mas produzidos socialmente, e que – exatamente por isso – são modificáveis a partir de uma projeção normativa que desenvolva a percepção dos conflitos e dos problemas sociais como desafios solucionáveis no âmbito de um programa de atuação política.

Os governos nos Estados nacionais devem ser pressionados, a partir dessas articulações, a atuarem de maneira a resguardar a posição do Estado nacional, na preservação de interesses, princípios e valores constituintes de uma clara identidade ético-política. Identidade essa forjada historicamente na esfera nacional, mas que se consubstancia de modo efetivo no projeto político de cada Nação.

Somente a partir dessa base é possível uma atuação no plano internacional de modo a conectar perspectivas e projetos que guardem traços de identificação com um projeto nacional definido. Essas conexões, viabilizadas nas ambigüidades e espaços criados por uma comunicação cada vez mais intensa, poderão permitir a construção de novas identidades, em uma constelação histórica que exige uma aproximação para articulação de resistências consistentes.

Nesses horizontes projetados normativamente, a partir de articulações políticas específicas, vislumbram-se alternativas viáveis, que possam concretizar modos de vida constituintes de uma integração cosmopolita, que se configuram opostas e em contra-posição a um projeto hegemônico de globalização econômica, cuja característica precípua é atender – tão-somente – aos imperativos do Mercado.

8 Referências

- BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC – Os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. 516 p.
- BARBIERO, Alan e CHALOULT, Yves. *Poder e Déficit Democrático no Mercosul – Estados, Centrais Sindicais e Sociedade Civil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. 244 p.
- BAUMAN, Zigmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi/Zigmunt Bauman*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. 105 p.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade – Para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. 165 p.
- CHATELET, François *et al.* *História das Idéias Políticas*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

DAGNINO, Evelina. *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 361 p.

DUPAS, Gilberto. *Ética e Poder na Sociedade da Informação*. São Paulo: Editora UNESP, 2001. 134 p.

_____. *Economia Global e Exclusão Social – Pobreza, Estado e o Futuro do Capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. 257 p.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro (RJ): Editora Tempo Brasileiro, 2003. 220 p.

_____. *A constelação pós-nacional – Ensaio políticos*. Tradução: Márcio Sligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001. 220 p.

MARÉS, Carlos Frederico. Soberania do povo, poder do Estado. In *A crise do Estado Nação*. Org. Adauto Novaes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 544 p.

OLIVEIRA, Marcos Fábio e RODRIGUES, Luciene. *Capitalismo – da gênese à crise atual*. Montes Claros (MG): Editora Unimontes, 1999. 176 p.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2003. 236 p.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. Tradução Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002. 317 p.

Paternidade socioafetiva

Ionete de Magalhães Souza

1 PATERNIDADE

1.1 Noções gerais

A paternidade, sob o aspecto sociológico, direciona-se para a efetiva convivência, com características de afeto, respeito e demais direitos/deveres na ordem familiar.

Pode-se afirmar que as maiores conquistas quanto à área do direito de família se deram com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF/88), quando consagrou a igualdade de “filiação”. Os adjetivos que, até então, eram acrescidos ao substantivo “filho”, quais sejam: adulterino, bastardo, incestuoso, legítimo, ilegítimo, adotivo, dentre outros, tornaram-se inconstitucionais, em conformidade com o art. 227, § 6º. Todos os filhos são “filhos”.

A terminologia “genitor”, anteriormente tratada como sinônimo de “pai”, não mais se integra na melhor doutrina familista, haja vista a larga diferença imposta pelos avanços sociais, técnicos e genéticos. Portanto, genitor é o que gera, concebe geneticamente o início de uma vida humana, seja pelos métodos naturais ou pela fecundação artificial homóloga, inseminação heteróloga e fertilização *in vitro*. Ser genitor não quer dizer, necessariamente, que é (ou será) um pai.

Em breves palavras, a fecundação artificial homóloga é proveniente de sêmen do marido ou companheiro e, na inseminação artificial heteróloga o sêmen é de um estranho. Já na fertilização *in vitro* ocorre a fecundação de embrião excedentário (por fecundação artificial homóloga), fora do corpo, não sendo imediatamente introduzido na mulher e sujeito a técnicas especiais. (Art. 1.597, incisos III, IV e V do Código Civil brasileiro - CC/2002).

Assim, o significado de ser “pai” é indicado através de estudos sociais e psicológicos como aquele homem que cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além do material.

1.2 Tipos de paternidade

As relações familiares são ricas em personalidade e divergências de conduta. A mencionada “personalidade” refere-se à individualidade, ao caráter, à sociabilidade e tudo mais o que indica quão diferentes são os seres humanos em sua composição integral. Daí, por conseguinte, as divergências de conduta ética, moral, religiosa, educacional e de convivência social.

Levando-se em consideração essas diferenças e focando a paternidade, identificam-se, pelo menos, três tipos: a biológica, a jurídica e a afetiva (ou socioafetiva). Essas podem estar embutidas numa só. E é o que sempre se espera; estando tal expectativa no campo do “ideal”. Entretanto, não raras vezes, as “paternidades” são dissociadas.

A paternidade biológica está relacionada com a consangüinidade, sendo, em caso de dúvida, provada cientificamente pela engenharia genética através, mais precisamente, do exame desoxirribonucléico (DNA), obtendo a verdade técnica. É o início da vida pela união de gametas sexuais (um masculino e um feminino), que ensejará um novo e único código genético.

A paternidade jurídica ou registral é provada por documento público hábil, qual seja, a certidão oficial de registro de nascimento, obtendo a verdade legal: presunção de veracidade e publicidade. Assim, essa paternidade é a principal geradora de direitos e deveres imediatos.

A paternidade afetiva ou socioafetiva vive o amor e o respeito entre entes queridos e ligados por uma verdade da relação paterno-filial. Podem ser identificados, pelo menos, quatro tipos de paternidade socioafetiva: por adoção regular e legal; por adoção “à brasileira”, qual seja, quando não obedece aos trâmites legais; por criação “de filho” sem registro civil (chamado de “filho de criação”); e, por reprodução humana assistida.¹

Como já fora dito, é possível e desejável uma única paternidade, a denominada “paternidade responsável”, desde que envolva todos os requisitos indicados anteriormente, o que, por si só, alcança o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 POSSE DE ESTADO DE FILHO

2.1 Aspectos doutrinários e legais

A parentalidade socioafetiva possui elementos que caracterizam a posse do estado de filho. Embora não haja legislação específica, grande parte dos doutrinadores² os identifica: a *tractatio*, a *nominatio* e a *reputatio*.

A *tractatio* (ou *tractatus*) consiste no filho ser tratado pelo pai como “filho”, zelando pela sua criação, educação e proteção.

A *nominatio* (ou *nomen*) resulta do registro do nome (ou sobrenome) do perfilhador na certidão civil do filho.

A *reputatio* é a fama do perfilhado diante da sociedade, sendo apresentado como filho pelo perfilhador. É a exteriorização pública do conhecimento da consideração do indivíduo como filho de determinada pessoa.

¹ Na comarca de Montes Claros-M-G. tramita uma ação anulatória de registro civil, na 2ª Vara de Família e Sucessões, tendo sido publicada no dia 11/05/2006 (Órgão Oficial Minas Gerais) uma sentença considerada polêmica e rara no Brasil, na qual o pedido do Demandante é julgado improcedente, não obstante a prova negatória de paternidade genética, via exame em DNA. O MM. Juiz acatou a tese da defesa de paternidade socioafetiva. O prazo recursal expirou, com livre trânsito em julgado.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, p. 291.

Numa análise social, constata-se a grandeza da posse do estado de filho nas relações familiares; além de ser fundamento fático-psicológico entre pai e filho, num rol de características que levam à presunção do reconhecimento da filiação pela família integrante. É o tratamento mútuo de respeito e amor, estruturando pessoas como seres sociais, resultando no pai, esposo e filho do futuro, sujeitos de relações jurídicas .

Há que se valorizar, ainda, os aspectos sociais e psicológicos, cabendo o profissional do direito, salutarmente o advogado, melhor orientar quem busca seus direitos. O Direito de Família abrange a área mais especial e sensível do ser humano, merecendo especialistas no trato de suas demandas e (até) devaneios, sejam juízes, advogados, promotores, psicólogos, assistentes sociais, dentre outros profissionais que se fizerem necessários, numa multi-disciplinaridade de tarefas especiais.

A proteção especial ao filho pode ser ilustrada não só pela já citada diretriz constitucional, como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 (ECA), especialmente em seus arts. 19 a 52, que tratam do direito à convivência familiar; pela Lei 8.560/92, que apresenta um procedimento mais simplificado para a investigação de paternidade; e, pelos arts. 1.596 a 1.617 do Código Civil brasileiro (CC/2002), que tratam da filiação e do reconhecimento de filhos.

Não é sem razão que os filhos tenham alcançado o cume da diferenciação do direito a seu favor. Quem antes era “sem fala”, hoje é retirado da margem do direito, obtendo proteção preferencial do Estado.

2.2 Afetividade paterno-filial

O pai é figura essencial na vida de toda e qualquer pessoa. Não é bom que se crie sem a referência paterna (quem possa conhecer o seu pai). Daí a CF/88 garantir em seu art. 5º, LXXIV, como um princípio da dignidade humana, a busca do conhecimento da própria paternidade, com todo o direito aos avançados métodos tecnológicos, inclusive aos *hipossuficientes*³, de forma gratuita.

Mas, se já se tem “um pai”, declarado legalmente e presente no afeto e no constante aprendizado das relações humanas e familiares, não há que se falar em “ausência de pai”, “cancelamento de registro civil”, “negatória de paternidade”. Não tem mais jeito... o trabalhoso, o complexo e o satisfatório relacionamento já se efetivou, consolidou e é para sempre (mesmo “que sempre não exista” ou que as exceções se apresentem).

Que bom ser pai genético, jurídico e afetivo! Essa deveria ser a vivência e o orgulho de todo pai.

³ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta que cerca de um terço das crianças não têm pai declarado em seu registro civil. Site: <<http://www.ibge.org.br>>. Acesso em 24/05/2006.

Mas, a realidade pode mostrar que existe pai genético que abandona e humilha seu filho de várias maneiras, deixando, nesse momento, de ser “pai”. E que existe pai não-genético que cuida e orienta filho de outrem, tornando-se, nesse momento, “o pai”. Razão há, portanto, que os laços afetivos prevaleçam em detrimento de todo e qualquer outro interesse, seja genético ou patrimonial.

Em certos casos, a idade da criança é fator de grande relevo a ser analisado, mostrando o lapso de convívio e a formação da família, como seu imprescindível integrante.

Ainda que se conclua pela impossibilidade de um homem ser o pai biológico, deve-se estar atento à situação fática e o princípio do bem-estar da criança e do adolescente, consagrado no ECA. Se os laços afetivos são fortes e sólidos, não podem ser destruídos pela avançada ciência ou legalidade exacerbada.

A oferta mútua de amor, afeto e carinho numa relação paterno-filial não se desfaz com a simples negatória verbal ou jurídica.

Como explicar a uma criança que aquela pessoa que sempre a tratou como se filha fosse, transmitindo-lhe amor, confiança e atenção, hoje pretende “renunciar” à sua paternidade, excluindo-a daqueles que ela tem como parte de sua vida?

Os sentimentos e relações maiores não podem ficar condicionados a frios resultados da perícia genética. A prova técnica é parte integrante do processo e não parte essencial e sacralizada nos possíveis autos *sub judice*.

3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

3.1 Presunção de paternidade x paternidade socioafetiva

A temática é polêmica e não se pretende convencer de que existe uma solução ideal para todos os casos que envolvam a “melhor paternidade”. A máxima de que “cada caso é um caso” é o que parece valer...

A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirma em seu enunciado: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”⁴.

O teor da Súmula veio suprir, muito especialmente, a lacuna aberta pela negatória injustificada do suposto pai de se submeter ao exame em DNA. Daí a conclusão mais próxima de que “o investigado está fugindo da realidade ou da responsabilidade paterna”. Portanto, é pai (?!). Parece adequado diante da irresponsabilidade de alguns. Mas, será essa a melhor solução?

⁴ Órgão julgador: S2 – Segunda Seção – STJ. Data do julgamento: 18/10/2004. Data da publicação: DJ 22/11/2004, p. 425.

O embate de princípios constitucionais faz com que não se obrigue uma pessoa a se submeter a expediente que não queira, no caso, à coleta de material (sanguíneo, salivar ou outro) para análise laboratorial.

Dessa forma, afirmar-se-á que “A” é pai “genético” de “B”, mesmo não o sendo, sem qualquer outro fator preponderante? Será um avanço ou um retrocesso legislativo?

Por outro lado, o que se pode vislumbrar na paternidade socioafetiva, se convencido o Judiciário de sua efetividade, não será uma dúvida ou uma mentira, mas a “verdade”, provada por todos os meios de instrução processual. O juiz atua com discricionariedade, como o deve ser. Não se está a contestar o exame em DNA, nem uma possível má conduta da genitora (melhor: genitora e mãe), mas o que é mostrado e vivido no meio familiar e social pela relação entre pai e filho! Comprovou-se? Mesmo confuso em sentimentos de tristeza, revolta e até vingança contra o ex-cônjuge ou ex-companheiro, se o demandante de uma ação negatória de paternidade não consegue se mostrar um pai incapaz e ineficiente diante do filho, da sociedade e da Justiça, há que se julgar improcedente o seu pedido. É isso...o lugar e o papel de pai foram eficientemente cumpridos. Portanto, não se deixa de ser pai e ser filho. É elo eterno, se um dia foi sentido e vivido.

As angústias e as dores humanas são integrantes dos desafios de crescimento e amadurecimento das relações inter-pessoais. Talvez o que, em princípio, se apresente como o mais doloroso dos sentimentos, pode servir de direção e melhor conduta para um ou mais envolvidos na difícil tarefa de bem-viver.

A satisfação e a troca recíproca de sentimentos (e atos) maiores engrandecem o ser humano dotado de crença e esperança de que o amor pode vencer.

3.2 Tendência jurisdicional

As decisões favoráveis são, naturalmente, pela paternidade biológica. É a segurança jurídica, é a certeza genética, é a cobrança familiar, social e moral de um povo. São fatores importantes.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM CANCELAMENTO DO REGISTRO CIVIL E DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – Ajuizamento pelo próprio pai. Decadência pronunciada (art. 178, §§ 3º e 4º, Código Civil). Descabimento. Ação sobre estado das pessoas, objetivando, em essência, eliminar falsidade constante do registro civil. Imprescritibilidade. DNA excludente da paternidade. Procedência da ação decretada no Tribunal (art. 515, § 3º, CPC). Apelação provida. (TJSP – AC 350.979-4/0 – 2ª CDPriv. – Rel. José Roberto Bedram – J. 01.02.2005 – v.u.).

Mas, o convívio e o afeto têm que valer a pena! Se a pessoa é formada de sentimentos tão valorosos e imprescindíveis, há que se dar uma chance à discussão das “relações do coração”. É a vislumbração de uma tendência de desbiologização do direito de família.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Não obstante ter o exame de DNA afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai e filha ao longo de anos. (TJRS – AC 70007706799 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert – DOERS 17.04.200404.17.2004).

O estado do Rio Grande do Sul se apresenta como o mais avançado no Brasil em matéria de se valorizar a paternidade socioafetiva. Tal situação é colocada quase que em posição contrária no restante do país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tentativa de direito e a formalização de uma negatória de paternidade merecem profundas reflexões, se se tratar, especialmente, de uma relação calcada pelas características e valores afetivos indicados.

Não há defesa do “ato irregular”, mas da vida do filho. É o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Não se acoberta “erros ou traições”, mas a sublime relação que efetivamente se realizou e perdurará por todos os tempos, mesmo que, momentaneamente, não esteja tão claro para o interessado em negar um “direito/dever já adquirido” e que parece não ser possível de se desfazer entre pai e filho: a afetividade e suas complexas nuances.

As colocações neste artigo não têm a pretensão de melhor direcionar o tema, muito pelo contrário, são apenas análises passíveis de discussão acadêmica e jurídica.

Podem-se cogitar, ainda e inclusive, as possíveis conseqüências punitivas à indução de erro e possibilidade compensatória de ressarcimento, dentre tantas outras vertentes. Mas, isso é matéria para outras pesquisas.

Os embates jurídicos continuarão a ocorrer para o bem da sociedade e da liberdade de argumentação e convencimento das teses levantadas, ensejando em futuros julgados. Os conflitos e as dúvidas de posicionamento requerem estudo, responsabilidade e respeito com a vida alheia. E quem disse que é simples?

5 REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. In: *Revista brasileira de direito de família*, n. 14, jul-ago-set/2002, p. 5-10.

BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. (Mini/obra). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? In: *Revista brasileira de direito de família*, n. 15, out-nov-dez/2002, p. 5-14.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro. Forense: 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito de família*. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Filiação: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: *Revista brasileira de direito de família*. n. 19, ago-set/2003, p. 133-156,

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEREJO, Lourival. *Princípios constitucionais de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. v. VI. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Sites:

<<http://www.Ibdfam.com.br>>. Acesso em 24/05/2006, às 21h.

<<http://www.Ibge.org.br>>. Acesso em 24/05/2006, às 22h.

<<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 24/05/2006, às 21h30min.

A meta do magistrado brasileiro na atividade única complexa da exegese jurídica: faculdade de criação interpretativa ou poder arbitrário de criação do direito

Leonara Leão Demolin Leite

1 INTRODUÇÃO

Ter-se-á bem provada, ao longo deste trabalho, que a interpretação das normas jurídicas, além de exigir conhecimento técnico apurado, requer sensibilidade jurídica, política e social, para que se possa penetrar no verdadeiro sentido das disposições jurídicas e compreendê-las em atenção a seus fins sociais e aos valores que pretende garantir. Atualmente, os valores presentes na sociedade brasileira vêm sendo continuamente questionados, superados e inovados, tornando o trabalho de criação da norma jurídica ainda mais difícil, ressalta PONTES DE MIRANDA (*A margem do direito*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912, p. 107-125), face à necessidade de adaptação do Direito à realidade vivida, já que a ordem jurídica deve acompanhar a evolução social.

LÉON DUGUIT (*Las transformaciones del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1911, p. 171), por sua vez, filia-se àqueles que pensam que o Direito é muito menos obra do legislador que o produto constante e espontâneo dos fatos. O texto, segundo o autor, está sempre alí: pronto, escrito e acabado. Porém, apresenta-se, por si só, sem vida e sem força. Cabe ao intérprete o papel de encontrar, por meio de uma atividade única e complexa de interpretação, ao mesmo tempo sábia e sutil, um sentido e um alcance do texto, com os quais, por vezes, o legislador originário sequer havia um dia sonhado.

Resumindo suas considerações em torno da matéria, conclui: “Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos em sus textos rígidos: poco importa; par la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas” (*Las transformaciones del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1911, p. 171).

Neste diapasão, o jurista parte dos fatos, descobre as regras como normal critério mediador da solução e faz no fim a aplicação destas: o método jurídico compreenderá o conjunto de operações necessário para conduzir a esse resultado final. O momento da solução do caso está necessariamente compreendido na reflexão metodológica.

O método, assim, na feliz síntese de A. CASTANHEIRA NEVES (*Metodologia jurídica*, Coimbra, Editora Coimbra, 1993, p. 8-23), é o pensamento de um proceder que visa a um fim específico ou se propõe um certo objetivo.

No caso específico do exercício da atividade interpretativa na área jurídica, o método se apresenta como o recurso, ou, por outras palavras, o *modus* de que deve fazer uso o intérprete para pesquisar o sentido e o alcance da lei.

Nesta ótica, não custa sublinhar que a primeira tarefa do jurista, bem como de todos que se propõem a exercer a atividade, constitui interpretar as normas e, deste modo, se compreende, sem precisar de grandes reflexões, a necessidade de regras, técnicas, métodos, princípios ou critérios gerais, isto é, de uma ciência que o oriente nesta atividade. Como visto, observa-se constância entre os tratadistas em um ponto, por assim dizer, decisivo: incumbe à Hermenêutica Jurídica fornecer os subsídios julgados necessários para que o intérprete /

aplicador realize da melhor maneira o seu trabalho de investigação do conteúdo, sentido e extensão da norma jurídica .

Parecem acertados, neste passo, aqueles, tal como THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (prefaciador da obra *in*: Silveira, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1968, p. XV), que se deram conta de que o central problema da Hermenêutica e, ao mesmo tempo, a sua mais destacada finalidade é o da exata significação dos textos legais; por conseguinte, interpretar é traduzir a lei “em termos que possam permitir a sua aplicação com exatidão, exprimindo o sentido da norma em função, não só dos objetivos do seu autor, mas também em função das condições sociais, econômicas, políticas e do tempo em que ela é aplicada”.

Desponta, daí, o consenso que resta estabelecido: a visão hermenêutica atual é aquela que privilegia todo o processo de interpretação e aplicação da lei que implica, por sua vez , na compreensão global do fenômeno que reclama solução .

De igual sorte, poder-se-ia trazer à colação, sem destoar, HANS GEORGE GADAMER¹ (*Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1991, p. 365-366), que, seguindo orientação semelhante ao afirmar que a interpretação consubstancia a forma explícita da compreensão, põe em realce que a interpretação “não é um ato complementar e posterior ao da compreensão, senão que compreender é sempre interpretar, e em consequência a interpretação é a forma explícita da compreensão”.

Outro ponto que desejamos assinalar é a inquestionável importância de se apreender que o complexo e unitário processo interpretativo não se resume, portanto, em simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir das normas, uma vez que o intérprete deve levar em conta o coeficiente social e axiológica nela encerrado, baseado no momento histórico em que está vivendo.

A esse propósito, imperativo reexaminar a própria tarefa de interpretação e aplicação do direito pelo magistrado, sob o prisma de alcançar a indispensável interação do intérprete, de forma prudente e comedida, com o sistema jurídico e com as reivindicações do caso sub iudice.

2 A META DO MAGISTRADO BRASILEIRO NA ATIVIDADE ÚNICA E COMPLEXA DE INTERPRETAÇÃO

É de um extraordinário auxílio para o jurista compreender que todo o processo de interpretação jurídica emerge como um único e complexo processo, que torna imperioso o reconhecimento da impossibilidade de aplicação de um só método, de forma isolada, e a procura por soluções respeitadoras do sistema no Direito .

¹ Como estudioso da Hermenêutica Jurídica, HANS GEORGE GADAMER sempre enfatizou que, graças à linguística, toda interpretação contém uma possível referência ao outro. Não existe fala que não envolva simultaneamente o que fala e o seu interlocutor. E isso também vale para o processo hermenêutico.

De certo que todos os métodos devem ser empregados conjunta e harmonicamente pelo juiz – através de uma faculdade de criação respeitadora do sistema no Direito – uma vez que todos os métodos são válidos, condicionados, contudo, a um fim, qual seja, o de alcançar a individualização da norma geral e abstrata.

Neste diapasão, convém destacar que ao julgador não basta conhecer os métodos de interpretação aplicáveis para estabelecer o sentido e o alcance das expressões de direito. Faz-se necessário analisá-los em separado, um por um, para, em seguida, reuni-los em um complexo harmônico.

Uma justa ponderação dos métodos gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico e tópico-retórico parece ser o modo mais seguro de se chegar a uma interpretação que possua um valor, na sábia expressão de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA (*Filosofia del derecho*, Barcelona, Bosch, 1972, p. 559-617) de “verdad y rectitud”, ou, por outras palavras, que seja adequada e justa.

Tais diretrizes, manifestadamente relacionadas entre si, exsurtem da intelecção quanto à índole destacadamente unitária da atividade interpretativa: a interpretação das normas jurídicas sempre revela um caráter unitário, devendo os seus diversos métodos de interpretação ser considerados como momentos necessários de uma unidade de compreensão.

Outrossim, a prática judiciária está continuamente a demonstrar que a atividade interpretativa exige aptidão e preparo de que nem todos os juristas são dotados. Já que não basta conhecer, ainda que a fundo, o Direito para conseguir interpretá-lo.

Sem negar a real dificuldade que existe em bem interpretar e aplicar o Direito; mas antes, o reconhecendo, há que se esclarecer que o grande dilema tanto é de acatamento da lei vigente, quanto de respeito às funções precípuas de cada um dos Poderes do Estado.

Com ênfase, é aconselhável observar que a divisão dos Poderes do Estado – já preconizada por MONTESQUIEU (*De l'esprit des lois*, Paris, Editions du Seuil, 1859, v. 1, p. 32), com a tese da tripartição do Poder, – independentes e harmônicos, deve ser resguardada, certo de que atende a um interesse maior do próprio Poder Judiciário, que deve, por sua vez, aspirar tão somente para si a função jurisdicional.

Não raro, se tal poder viesse a reclamar o direito de também elaborar as leis, mesmo eventualmente, ou ainda que (o que se revela pior) de forma velada, ficaria sem força moral para tanto.

Conta, principalmente, o respeito às funções de cada Poder, que atua harmônica e soberanamente, não devendo, sob pena de colocar em risco esse equilíbrio, imiscuir um na esfera de ação do outro, ou dos outros.

Mais do que uma severa crítica à Escola do Direito Livre e à sua (pretensa e inovadora) proposta de um poder arbitrário de criação do Direito atribuído ao magistrado, é assim, na realidade, que deve ser.

Tendo em vista que o legislador e o juiz, como bem elucida CORNIL, (*Le droit privé*. Paris: Boccard, 1924, p. 52.), são dois órgãos de expressão do Direito, cada qual executando uma função salutar: a do legislador, cumprir a necessidade de estabilidade das relações sociais; a do juiz, satisfazer à necessidade não menos imperiosa, de mobilidade das relações sociais.

Note-se que a primazia da separação dos poderes faz com que venha a ser erigido como preponderante a não delegação de poderes ao magistrado para criar direito, ao seu total arbítrio e sempre ao arrepio da lei.

Importa, na verdade, uma imposição do bom senso, sequer admitir propostas que venham a vislumbrar o juiz como que acima da lei, ou, por outras palavras, se sobrepondo à vontade de uma maioria parlamentar, fruto de um extenso processo legislativo do Congresso brasileiro.

Tal fato, representaria, em última instância, uma prática anti-democrática, com evidente transgressão da vontade do povo, cujos representantes eleitos, por voto popular, para elaborar as leis, constituem os parlamentares.

Ter-se-á bem presente que a legislação atual já atribui liberdade o suficiente ao magistrado, quando o autoriza a proceder na interpretação da norma legal sem restrições que impliquem em prejuízo do escopo de fazer justiça, outrossim, sempre no intuito de acolher os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil), respeitado o âmbito do seu texto.

Atribuir ou aceitar que o magistrado atue, no processo interpretativo, com um poder arbitrário é, no mínimo, uma contradição, uma vez que o Direito foi criado justamente contra o arbítrio individual e subjetivo.

Cumprido ressaltar que o intérprete nunca deve perder de vista que a interpretação do Direito tem que ser objetiva e consciente.

3 A IDÉIA DE UM MODELO ALTERNATIVO DE INTERPRETAÇÃO

Assim, com esses argumentos, parece-nos incorreta a proposta de realizar-se a “justiça” nas decisões judiciais acima de tudo, ainda que para isso tenha o julgador de se distanciar dos ditames da lei, o que, infelizmente, tem angariado cada vez mais adeptos, se não declarados, ocultos desta proposta.

Igualmente não nos parece correta a idéia de um modelo alternativo de interpretação defendido por uma parcela de operadores do direito, tais como JUAREZ FREITAS, AMILTON BUENO DE CARVALHO, REIS FRIEDE, ALEXANDRE DE CARVALHO, entre outros, que instrui como proceder para romper os limites da legalidade, quando esta se apresenta como um incômodo entrave ao ideal justiça comprometido com a maioria da população e quando deve ser efetivado um direito democrático não oficial que conflita com o estatal.

O que não se admite é que se possa sacrificar a necessária fundamentação jurídica das decisões do julgador e de toda uma concepção do processo da interpretação como atividade única complexa, em benefício da adoção de um modelo que concede ao magistrado o monopólio do pensamento “justo”, podendo ele conduzir com irrestrita liberdade a aplicação de sua “justiça” pessoal no caso concreto, ao romper – o que eles denominam – de “amarras” da lei e de “camisa de força” do sistema no Direito.

Opinião semelhante da defendida por nós foi, recentemente, adotado pelo TST, quando a SDI-1, em 31-05-2002, provendo embargos interpostos em face de decisão de recurso de revista, assim decidiu:

EMENTA:FUNDAMENTAÇÃO-ACÓRDÃO-DEFICIÊNCIA-EMBARGOS CONHECIDOS POR VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. Os artigos 93, IX, da Constituição e 832 da CLT impõem ao Poder Judiciário o dever de fundamentar suas decisões. Cabe ao magistrado expor os fundamentos fáticos e jurídicos que geraram sua convicção exteriorizada no decisor, mediante análise circunstanciada das alegações formuladas pelas partes. No âmbito da instância extraordinária, revela-se ainda mais imperioso o fato de a fundamentação ser explícita e detalhada, ante a imprescindível necessidade do prequestionamento da matéria e igualmente, porque não pode o Juízo ad quem conhecer do recurso fora da realidade retratada pelo Juízo a quo (Enunciados nº 297 e 126 do TST). A persistência da omissão, pelo julgador, mesmo após a oposição de oportunos embargos declamatórios, interpostos com objetivo de ver definida a moldura fático-jurídica de aspectos relevantes da lide, constitui vício de procedimento que implica a nulidade da decisão proferida, ante a caracterização de inequívoca negativa de prestação jurisdicional. A E. Turma, ao não conhecer da revista da reclamada quanto à preliminar de nulidade do acórdão do Regional, por negativa de prestação jurisdicional, após reconhecer, expressamente, que referida decisão não enfrentou especificamente a questão em debate (f. 124, 1º §), incidiu em afronta ao art. 896 da CLT, ante a inequívoca violação do art. 832 da CLT, ensejando o conhecimento dos embargos. Recurso de embargos provido. (E-RR 493271/98 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Relator Ministro Milton de Moura França. DJ 31.05.2002).

A base do modelo alternativo de interpretação centra-se na constatação da diversidade de relações sociais ou de relações jurídicas não assimiladas pelo Direito Objetivo Estatal. O que justificaria a pretensão de converter o magistrado em um “escultor” de uma ordem jurídica não reconhecida oficialmente, que, contrastando com o Direito estabelecido, se construa a partir do juízo pessoal e isolado do juiz.

Na ausência de parâmetros objetivos, incumbiria ao magistrado a reconstrução do direito, conduzido pela subjetividade de seus próprios padrões morais, políticos, econômicos, culturais e éticos, a partir das relações sociais e do pensamento comum da sociedade.

O risco deste modelo alternativo de interpretação é grande, uma vez que, ignoradas as balizas da própria lei e o respeito pelo sistema no Direito, seríamos testemunha de uma justiça de cada um, com o raciocínio do julgador livre para articular as mais diversas razões, através das quais o pensamento externado na decisão de um se apresenta “menos justo” ou “mais justo” que o do outro.

4 O LIMITE DA ATIVIDADE CRIATIVA DO MAGISTRADO

Cumprir ressaltar que em nosso sistema no Direito incumbe ao julgador, em primeiro lugar, aplicar as normas legais, cumprindo da melhor maneira a sua missão, qual seja, a de, por meio do seu trabalho e engenho, reviver e atualizar a norma jurídica, não restringindo o seu conhecimento somente ao nível da regra legal, mas abarcando também as mudanças do contexto social renovado, com vistas a assegurar-lhe o cumprimento no caso concreto; e, em segundo lugar, quando não houver norma expressa regulando o caso particular, é que se encontrará autorizado a encontrar a solução para a demanda na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Inclusive, há juristas que defendem uma postura mais firme diante da arbitrariedade e do autoritarismo judicial, chegando mesmo ao ponto de considerar ato ilícito capaz de ensejar a responsabilidade pessoal do sentenciante por perdas e danos, enquadrável no artigo 133, inciso I, do CPC, a situação em que o magistrado, movido pela vontade de beneficiar um dos sujeitos (ativo ou passivo) do processo ou por simples desejo de vingança contra um deles, intencionalmente “julga contra o direito”, ou, por outras palavras, pratica ato manifestamente ilegal”. Tese que é defendida, por exemplo, pelo jurista ORESTES NESTOR DE SOUZA LESPRO (A responsabilidade civil do juiz, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2000, n. 10.2.1, p. 237).

O eminente magistrado ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, ao descrever a missão integradora do julgador não como uma criação autônoma do juiz, mas conforme ao sistema no Direito, adverte que este, quando aplica, a um caso não previsto, a analogia, o costume ou os princípios gerais de direito, não fecha ou elimina a lacuna, já que o ato decisório simplesmente realiza a escolha entre as várias soluções possíveis, colocando um fim ao litígio, sem, entretanto, fazer desaparecer a lacuna, que permanece. Isso porque o caso concreto particular por ele solucionado não tem o condão de generalizar a resposta (a solução) para outros casos, ainda que se mostrem idênticos, uma vez que o estabelecimento de um modelo jurídico geral incumbe ao legislador.

O desembargador CÉLIO CÉSAR PADUANI também critica aqueles que querem converter o magistrado em um fiel justiceiro do caso concreto e afirma que a colmatação de uma lacuna legal não corresponde à uma delegação legislativa ao juiz, sendo que durante o processo de integração, ele não cria norma jurídica geral e abstrata, mas sim, individual, ou, então, na locução de EMÍLIO BETTI (*Teoria generale della interpretazione*, v. 2, p. 801-866), máxima de decisão, que apenas terá condição de erigir-se ao nível de norma jurídica geral e abstrata, em decorrência de um ulterior processo de recepção e absorção dessa norma por uma lei.

É justamente com o intuito de afastar o sério risco da arbitrariedade, do autoritarismo e da insegurança, evitando, para isso, que a atividade do juiz esteja centrada em sua própria concepção de vida, ideologia e crenças pessoais, é que o nosso sistema no Direito revela-se inclinado para uma técnica de interpretação/integração/aplicação do direito que se

vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, quer estejam, de acordo com a indicação do Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES (Professor e juiz aposentado do TRT/MG), perante um julgador dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados.

A verdade é que o momento está a exigir um enfrentamento mais corajoso do problema que já assume os contornos de um autêntico dilema no mundo jurídico, não apenas vivenciado, na prática diária de suas funções, pelos operadores do direito, como também discutido no seio da sociedade, de forma a ser capaz de combater a concepção de que a evolução do Direito estaria a autorizar e, até mesmo, passaria necessariamente pela criação fora dos casos previstos legalmente.

Tal concepção deve, com firmeza, ser repelida, com vistas a dar prevalência à lei e ao respeito pelo sistema no Direito, em detrimento do arbítrio, uma vez que falta com a verdade o seu argumento de que a mobilidade do Direito, a sua permanente transformação deva, indispensavelmente, verificar-se à força de uma interpretação, integração e aplicação *contra legem*, ainda que bem intencionada pela busca da concretização de uma justiça pessoal.

Pelo visto, resulta que o desafio com o qual o nosso tempo afronta o autêntico jurista – mas que, é evidente, não chega a perturbar os verdadeiros estudiosos e pesquisadores do Direito e da Hermenêutica Jurídica – é, precisamente, o da composição de equilíbrio entre a realização da justiça no caso concreto e a preservação das garantias da segurança jurídica e da certeza do Direito.

A respeito do “raciocínio” jurídico praticado nos tribunais, o provocante PAUL RICOEUR em duas de suas obras, *Le juste entre le légal et le bon e Du texte à l’action*, ressaltando dupla exigência que se impõe ao magistrado de corrigir a lei – geral e abstrata – ao aplicá-la a um caso concreto e, ao mesmo tempo, manter-se coerente, como uma exigência da segurança jurídica, assevera que a finalidade última do ato de julgar mais que a segurança, é a paz social.

A paz social se efetiva, segundo RICOEUR, por meio do reconhecimento mútuo, a saber: quando a parte vencedora for capaz de afirmar que seu *ex adverso* permanece, como ele, um sujeito de direito e que sua demanda, com todos os seus argumentos plausíveis, foi digna de ser apreciada, e, quando a parte vencida, por sua vez, puder constatar que a decisão judicial que o condenou não foi um “ato de violência”; mas antes, de reconhecimento. Deste modo, o ato de julgar atinge o seu desiderato, na concepção de RICOEUR.

Infere-se, daí, como é indispensável a consciência de que o Direito porta em si instrumentos ou elementos que tornam possível a construção de uma situação de equilíbrio à luz de princípios harmonizadores.

A interpretação do Direito, por conseguinte, há de ser realizada de acordo com as regras, princípios, técnicas e métodos que a Hermenêutica Jurídica pesquisa e sistematiza.

A Hermenêutica Jurídica – que corresponde à ciência que tem por objeto o estudo de todo o processo de interpretação, integração e aplicação do Direito – de cunho mais teórico e especulativo, possui para o intérprete tanta importância quanto o farol para as embarcações no mar: ilumina e guia o caminho.

Desta maneira, cabe à Hermenêutica Jurídica fornecer os subsídios julgados necessários para que o intérprete realize da melhor maneira o seu trabalho de investigação do conteúdo, sentido e extensão da norma jurídica.

O notável jurista francês, FRANÇOIS GÉNY (*Science et technique en droit privé positif*, v. 1, Paris, Sirey, 1930, p. 26-27) opondo-se à lógica formal do século XIX e, por conseguinte, ao seu sistema da onipotência legal, acentuou a renovação dos métodos na Hermenêutica Contemporânea (com irrefutável valorização político-social, marcante, ainda, na exegese praticada atualmente): os métodos jurídicos de formais e passivos que tendiam a ser ou, de fato, o eram, transformaram-se em críticos e ativos.

Resultam prejudicadas, via de consequência, para os desideratos da abordagem eleita, aquelas perspectivas consoante as quais se deveria pensar a atuação do magistrado, na interpretação/aplicação do Direito, reduzida a uma simples e esquemática operação lógica.

Em verdade, cada decisão judicial revela a marca da personalidade do juiz, fator relevante para o julgamento, através do correto exercício da faculdade da criação interpretativa do direito e não de um poder arbitrário de criação.

A verdadeira acuidade do magistrado reside na escolha das premissas e não no silogismo lógico do raciocínio que conduz à sentença. Outrossim, não se verifica, em muitos casos, unicidade em tal escolha, o que pressupõe, no entendimento abalizado do jurista-filósofo LUIS RECASÉNS SICHES, um juízo de valor.

De fato, as disposições legais hão de ser apreendidas em face do contexto jurídico em que estão inseridas e ponderando os valores considerados válidos em determinado momento histórico.

Apesar do empalidecimento do brilho do sistema no Direito, de que nos afirmam LOEWENSTEIN e, entre nós, os movimentos do “Direito Alternativo”, do “Direito Achado na Rua” (não representam, na realidade, movimentos novos, mas reflexos do caráter revolucionário da Escola do Direito Livre), este apresenta-se ainda como a única estrutura organizacional mais apropriada de que dispomos para manifestar as aspirações de uma sociedade e difundir na vivência, quiçá na convivência do ser humano, a observância a primados fundamentais, tais como: a ordem, a segurança, a certeza, a justiça, bem comum e a paz.

Destarte, não padece dúvida de que a problemática interpretativa, seja analisada em si mesma, seja em correlação com o sistema no Direito, constitui tema (de vital relevância) que se insere na concretude da existência, isto é, não só na realidade de uma sociedade acometida de contínuas crises, incertezas e plena em desajustes; mas antes, como processo unitário e renovador da própria realidade.

A meta da interpretação do sistema no Direito revela-se, desta feita, como instrumento hábil a realizar uma mediação entre as exigências de estabilidade das instituições e as crescentes reivindicações de índole social.

Bem por isso, claro está que a Hermenêutica Jurídica apresenta princípios, regras, técnicas e métodos próprios de que não se deve afastar o intérprete no afã de desvendar o significado efetivo das disposições legais.

Tudo está a evidenciar que a primeira tarefa do intérprete consiste, indubitavelmente, em firmar um catálogo de princípios, regras, técnicas, valores e métodos, aperfeiçoando-o e atualizando-o incessantemente com vistas a bem realizar a função sistematizadora inerente ao processo interpretativo.

Para uma tarefa dessa natureza é de suma importância ter sempre presente o conceito e a estrutura do sistema jurídico, cuja pesquisa consideramos essencial a todo estudioso da Ciência Jurídica e da Filosofia do Direito, bem como de qualquer ramo jurídico, seja qual for a matéria do Direito.

Avulta, pois, a noção de que cada intérprete deve, primeiro e antes de tudo, dedicar-se à compreensão do sistema jurídico, seja no campo privado, seja no campo das multifárias relações públicas, uma vez que constitui uma fonte inesgotável de inspiração no concernente à teoria da interpretação.

5 O GRANDE DILEMA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO : PODER ARBITRÁRIO DE CRIAÇÃO DO DIREITO OU FACULDADE DE CRIAÇÃO INTERPRETATIVA

A partir do momento que o julgador, amparado pela idéia de ser o detentor do monopólio do “pensamento justo”, acha-se desobrigado da observância da lei que acredita injusta e do respeito pelo sistema no Direito, e, na verdade, cria, ao atribuir vigência à norma jurídica que antes não existia, está, isto sim, transpondo os limites da sua função jurisdicional, imiscuindo-se em seara legislativa.

Esta, aí, configurado o poder arbitrário de criação do direito.

Juristas como MIGUEL REALE (*Lições preliminares do direito*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 113; *Fundamentos do direito*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1998, p.213-239) e IVES GANDRA MARTINS (O poder de decidir, *O Estado de São Paulo*, edição de 10-10-2000, p. A-02) advertem que não se sabe qual o maior dano, se o das

leis más, suscetíveis de revogação, ou o poder conferido ao juiz para julgar contra legem, a pretexto de não se harmonizarem com o que lhe parece ser suma exigência moral social. Outrossim, se os magistrados pudessem mudar a lei, de acordo com seus próprios critérios de “justiça”, nitidamente teríamos mais de 13 mil sistemas legislativos.

A manter esta linha de conduta no julgamento dos processos e a escapar da necessária fundamentação jurídica de suas decisões, o julgador está a estropiar o próprio Poder Judiciário, suprimindo o direito constitucional de ampla defesa presente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que é direito assegurado às partes no processo.

Em acórdão (STF, RE 93701-3/MG, 1º T) do qual foi relator o eminente Ministro OSCAR CORRÊA, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu sobre a questão:

Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular de próprio a regra de direito aplicável.

Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério. (STF, RE 93701-3/MG, 1 T, Rel. Min. Oscar Corrêa, ac. 24.09.85, in *Revista de Direito Processual*, Editora Forense, vol. 50, p.159).

Convém reiterar que o cidadão – que, diga-se de passagem, está pagando para ter acesso à justiça – tem o direito de obter uma resposta juridicamente fundamentada de todas as questões apresentadas por ele, por meio da ação judicial, ao Poder Judiciário.

Uma conduta diversa por parte dos juízes acarreta uma conseqüência prática desvantajosa que interfere negativamente com o direito de defesa constitucional (CF, artigo 5º, LV), qual seja, o fato de que o julgador ao se negar a decidir todos os pedidos, abre caminho para que a parte apresente embargos de declaração e, uma vez estes indeferidos, pode ocorrer uma condenação em litigância de má fé (de acordo com o CPC, artigos 14 e 17, com a nova redação dada pela Lei 10358 de 27-12-2001), com pagamento de pena pecuniária, inclusive extensiva ao advogado da parte. E, na Justiça do Trabalho, se a parte quiser recorrer, deverá suportar o ônus do recurso de revista.

Há julgados trabalhistas do TST acerca da questão, inclusive um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que abordam, com clareza, o tema:

Obrigação de responder um a um os argumentos das partes – Verdade relativa – Embargos declaratórios – Assertiva no sentido de que o julgador não está obrigado a responder um a um os argumentos das partes é de verdade relativa. Se o argumento da parte é substancial e capaz de ensejar-lhe decisão favorável é obrigado o julgador a apreciá-lo. Não é porque apreciou um, que pode deixar de apreciar outros substanciais. Nulidade acolhida. Recurso de embargos conhecido e provido.

(TST – E. RR 17681/95.6 – Ac. 11567/97/3ª Reg. – Rel.: Min. Vantuil Abdala – DJU 04.04.97 – p. 10.805).

Nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Não tendo analisadas pelo regional questões relevantes ao deslinde da controvérsia, há que se anular o julgado, por ausência da prestação jurisdicional de forma completa e fundamentada.

(RR. 299.96-0 – Ac. 2º T. – 239/97 – Rel. Vantuil Abdala – TST)

“Prestação jurisdicional – Nulidade – Negativa da prestação jurisdicional. A prestação jurisdicional deve ser feita de forma completa. Caso contrário, será nula”.

(RR 156. 880/95-8 – Ac. 4º T. – 1911/97 – Rel. Cnéa Moreira – TST)

Embargos de declaração – Prestação jurisdicional incompleta. Opostos embargos declaratórios objetivando sanar omissão e permanecendo silente o julgado acerca da matéria articulada, merece acolhimento a preliminar de nulidade suscitada, por ofensa ao art. 832 da CLT.

(E-RR 148.009/94-6 – Ac. SBDI – 13.109/97 – Rel. Leonaldo Silva – TST)

Negativa de prestação jurisdicional. É nula a decisão que se omite entregar a prestação jurisdicional completa, nos termos em que é requisitada. A existência de contradição, sem que seja suprida no julgamento dos embargos declaratórios, equivale à negativa de prestação jurisdicional, que invalida a decisão.

(RR – 235.547/95.3 – Ac. 1º T. – 5266/95 – Rel. Ursulino Santos – TST)

O julgador está obrigado a fundamentar devidamente a decisão nos termos do art. 832 da CLT, mormente quando provocado a fazê-lo via embargos de declaração. A ausência de pronunciamento do regional sobre aspectos fáticos relevantes para a solução da controvérsia da ensejo à decretação da nulidade do acórdão declaratório, na qual ocorreu o vício, em estrita observância ao princípio da entrega jurisdicional plena.

(RR 462/98-8 – Ac. 2ª T. – Rel. José Bráulio Bassini – TST)

Acrescentamos à nossa tese o argumento de que o próprio sistema no Direito brasileiro proporciona ao magistrado o campo para a realização da justiça, como fator codeterminante da interpretação da lei, já que na “aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A participação do julgador na formação do direito, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, deve verificar-se na atividade única complexa da interpretação, procurando sempre fazer a exegese dos textos legais de forma equilibrada, objetiva, desapassionada, guiado pela razão e respeitando o sistema no Direito, com o fito de harmonizar a segurança jurídica, a certeza no direito, o bem comum, a justiça, cujo ápice é a paz.

Está, aí, caracterizado, por sua vez, o exercício da faculdade de criação interpretativa por parte dos julgadores. Ensejando, inclusive, base para o julgador atuar com considerável liberdade na aplicação da norma vigente ao caso *sub iudice*, estando autorizado, inclusive, a emprestar-lhe nova interpretação, diversa de outra anteriormente adotada, que mais satisfatoriamente atenda aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Destarte, não é reconhecido o poder de negar-lhe vigência, sob pretexto de “fazer justiça”,

mesmo que subjetivamente a considere injusta, sob pena de se negar à sociedade o processo democrático de criação das normas jurídicas e a estabilidade das relações jurídicas.

Isto posto, resulta que o mais prudente, para nós, é questionar se a interpretação da norma se apresenta justa, ao invés de inquirir se uma lei é injusta ou não.

Afinal, acreditamos que a sociedade brasileira clama pela inclusão de uma mentalidade mais ética – valendo lembrar que o Direito representa o *minimum* ético, afirmação esta que traz algo de verdadeiro, como bem elucida GEORG JELLINEK (*Teoría general del estado*, Buenos Aires, Editorial Maipu, 1970, p. 253-283) – e conscienciosa na condução do processo e na solução do caso *sub iudice* por parte dos julgadores, de forma a evitar decisões arbitrárias e sem sentido que, além de desprestigiar o Judiciário, afetando a sua credibilidade perante o cidadão, vão contra a natureza da lei.

Razão assiste ao Ministro JOSÉ DE AGUIAR DIAS que em sua última conferência, convertida mais tarde em um convidativo artigo, intitulado A ética e o direito (A ética e o direito, 1992, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, jan/jun. 2002, Belo Horizonte, p. 70), expõe que o Direito “nada pode sem a ética e não pode haver juiz sem justiça. Toda regra de justiça envolve amor, que resume, em seu mais amplo conceito, o verdadeiro sentido de convivência entre os homens”.

É exatamente por isso que o magistrado, mesmo diante de um caso de lacuna legal, tem uma faculdade de colmatá-la e não um poder, já que se verifica a existência de limites objetivos, impostos pelo sistema no Direito, com o fito de evitar a arbitrariedade judicial.

Uma parcela dos juízes entrevistados – tais como: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, ADRIANA GOULART DE SENA, MÔNICA SETTE LOPES, MAURÍCIO GODINHO DELGADO, ARTHUR ALEXANDRE MAFRA, CÉLIO CÉSAR PADUANI, entre outros – elucidam que o reconhecimento da existência de lacunas na lei justifica a atuação legislativa e estabelece limites para a função jurisdicional. O que se verifica, na prática, é que os julgados, em face da ausência de normas específicas, concederão aos fatos que lhe foram narrados o tratamento que direcionado está pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, isto é, as lacunas só podem ser colmatadas, segundo afirmam, com observância das condições postas pelo próprio sistema no Direito.

Contudo, não deixam de destacar que a presença de um modelo alternativo de interpretação, seguido por alguns colegas, explica-se, em parte, pelo fato de o juiz moderno, impregnado como está pela consciência do social, perceber-se frequentemente seduzido pela escola crítica e pela possibilidade de alargar os horizontes da interpretação/integração/aplicação da lei. O que faz com que seja tentado a perquirir a solução mais fácil do direito para além da lei e dos seus limites, do sistema no Direito, amparado apenas no seu próprio senso de justiça, nas suas convicções e crenças pessoais.

Tal risco, porém, não deve o julgador assumir, pondera o jurista CARLOS ALBERTO

MENEZES DIREITO (Direito: a decisão judicial, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul-set. 2000, vol. 351, p. 23), porque ele “ameaçar com tal comportamento todo o sistema democrático, que tem no Poder Judiciário o instrumento para assegurar o primado da Lei e do Direito. Se o juiz abandona esse cenário, pondo-se a emitir juízos desvinculados da ordem jurídica que lhe incumbe preservar, a sociedade não terá mais nem justiça nem liberdade, porque justiça e liberdade estarão limitados ao juízo de valor de um juiz ou tribunal”.

Como bem nos alertam os Professores e Juízes MÔNICA SETTE LOPES e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR não se trata de negar a existência de sistema jurídico no qual o magistrado faz a lei, a partir do caso concreto que lhe é submetido à apreciação. Entretanto, este modelo não é o idealizado pelo nosso vigente sistema jurídico-constitucional de Estado Democrático de Direito. De acordo com a ideologia de nosso ordenamento magno, o julgador, esclarece o Professor HUMBERTO THEODORO, deve aplicar a lei inspirado em interpretação consentânea com o ideal de justiça, mas não pode passar do papel de aplicador e intérprete da lei ao do *judge made law*.

É válida e oportuna a transcrição de uma parte do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, Ap. 61.395-1, 4 C., Relator Desembargador Alves Braga, ac. 03.10.85, *in: Revista dos Tribunais*, 604/43) que versa sobre o assunto:

No sistema brasileiro não pode o juiz lançar mão da **liberal construction**, do Direito norte-americano. A construção do nosso Direito há de ter como ponto de partida o texto legal e estar em harmonia com a ordem jurídica vigente. É usando desse mecanismo que não pronunciará o *non liquet* do Direito Romano. A figura do *judge made law* é incompatível com a tripartição do Poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro poder. Não importa que outras grandes nações hajam escolhido esse sistema. Adverte Frederico Marques que “mesmo quando a lei autoriza o juiz proceder como se fosse legislador, o órgão jurisdicional não faz a lei, não atua constitutivamente (cf. Instituições de Direito Processual, vol. 1/275). Onde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador?”

6 CONCLUSÃO

Ainda sobre o trabalho hermenêutico, convém acrescentar, por extremamente oportuno, que não devem sequer estar ausentes processos oriundos da imaginação criadora – como já demonstravam os romanos – através das “ficções” que legitimam soluções analógicas, com o propósito de deferir a mais primorosa adequação do *Corpus Iuris* à experiência social concreta, principalmente nos períodos de veemente mutabilidade social.

Semelhante enfoque sistemático e criador atribuído à função do magistrado – apontado como o intérprete por excelência dos textos legais – não afasta, deste modo; mas antes, recepciona, com entusiasmo, o advento de teses, tais como as de LUIS RECASÉNS SICHES (*Experiência jurídica, natureza de la cosa y lógica* “razonable”, México, Porrúa, 1972, p. 517-523 e p. 529-540) e CHAIM PERELMANN

(*Traité de l'argumentation*, Bruxelas, Ed. Perelman, 1971, p. 112-121) que substituem, em diversos casos, a “interpretação segundo a razão” pela “interpretação segundo o razoável”, transformando em mais plástica e viva a interpretação/aplicação das regras de direito.

CHAIM PERELMANN recomenda que o “razoável” deve ser sempre reportado a uma situação concreta, de tal forma que o direito, quando da sua aplicação, tenha condições de compatibilizar os princípios de equidade com os princípios da segurança jurídica.

Todavia, PERELMANN (*La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique*, Paris, Sirey, tomo XIX, p. 168-169) com vistas a evitar leituras desgarradas, cuida de acrescentar: “Sans être l'expression d'une raison abstraite, on supposera que, pour être accepté et appliqué, le droit positif doit être raisonnable, notion vague exprimant une synthèse qui combine le souci de la sécurité juridique avec celui de l'équité, la recherche du bien commun avec l'efficacité dans la réalisation des fins admises. Ceci n'est nullement une tentative de revenir à un droit naturel universellement valable. Au contraire, le raisonnable est toujours relatif à une société donnée, où l'on suppose un consensus suffisant sur un ensemble de valeurs communément admises”.

Pelos mesmos motivos, TULLIO ASCARELLI (*Norma giuridica e realtà sociale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 71-75) logra êxito em reavivar o problema hermenêutico fundamental, qual seja, o da aplicação do texto à circunstância atual do intérprete.

É com este espírito que o notável jurista italiano enaltece as novas contribuições decorrentes das Teorias da Argumentação e da Comunicação, que vêm corroborar, ao que lhe parece, as técnicas interpretativas, desobrigando os operadores do Direito de uma inerte submissão aos textos jurídicos, o que se tornou essencial ao pensamento de TULLIO ASCARELLI e um objetivo incessante de sua atividade de jurisconsulto.

Como resta incontroverso, tanto a Hermenêutica Jurídica quanto o seu aspecto mais pragmático, ou seja, o processo interpretativo, ocupam o centro do pensamento jurídico de TULLIO ASCARELLI (*Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1959, v. III, p. 800-804; ASCARELLI apud MERONI, MASSIMO, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1989, p. 50-63), a quem coube o mérito de apreender como são múltiplas, quiçá obscuras, as estradas que encaminham o magistrado à justiça, de maneira que, tal como HEGEL (Georg Friedrich Wilhelm, *Princípios de filosofia do direito*, Lisboa, Guimarães Editores LDA, 1990, p. 194-211; *Introdução à história da filosofia*, Coimbra, Armenio Amado, 1980, p. 1-27 e p. 105-111; SALGADO, Joaquim Carlos, *A idéia de justiça em Hegel*, São Paulo, Loyola, 1996) aduz a “astúcia da razão” administrando determinados acontecimentos históricos, o citado autor se reporta, igualmente, à “astúcia da interpretação”, imprescindível para que o justo efetivamente se verifique, em dadas circunstâncias, quando se revelaria hedionda a aplicação estrita da lei.

Entretanto, cumpre destacar que, cada vez, com mais frequência, tem-se assistido ma-

gistrados que intencionam desconhecer o Direito Positivo para, em seu lugar, criarem o seu próprio “direito”, sob o pretexto da defesa do que intitulam “direito justo” ou “direito alternativo”. Isto é, em outras palavras, erguem a seguinte bandeira: a justiça em primeiro lugar e acima de tudo, inclusive (quando se fizer “necessário”) da própria lei.

Na maioria das vezes, destarte, demonstram desconhecer, por completo, as teses desenvolvidas pelos próprios defensores das Escolas da Livre Investigação Científica (FRANÇOIS GÉNY) e do Direito Livre (HERMANN KANTOROWICZ e EUGEN EHRLICH).

Pelo prisma do movimento do Direito Livre (KANTOROWICZ, Hermann, *La lucha por la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949; EHRLICH, Eugen, *Grundlegung der soziologie des rechts*, Munique, Verlag Von Duncker & Humblot, 1929; *O estudo do direito vivo*, Rio de Janeiro, Pioneira, 1992; GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 v., Paris, *Librairie Générale de droitrun & de jurisprudence*, 1954, p. 369-403; BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, 2. v., Milão, Milão, 1990, p. 801-866), a produção de uma justiça a qualquer custo, absolutamente amoral, por vezes, resulta – acredito – socialmente insatisfatória.

A prevalecer o entendimento da Escola do Direito Livre, estar-se-ia destruindo o mais firme pilar do Direito: a segurança jurídica.

Neste diapasão, CARLOS MAXIMILIANO (Hermenêutica e aplicação do direito, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 66-86) alerta, com propriedade, que substituir a lei – vontade geral – pelo juiz – critério individual – representaria retrogradar toda uma evolução por que passou a Hermenêutica Jurídica nos últimos séculos, bem como fomentar uma jurisprudência excessivamente sentimental (com todos os exageros em que incide).

Além disso, como se não fosse suficiente o risco representado por esta busca desesperada e ilimitada pela “justiça” à manutenção da certeza do direito e da segurança jurídica, cumpre advertir que a própria legitimidade do exercício da função jurisdicional passaria a ser objeto de questionamento.

Mister asseverar que a sociedade clama por um certo grau de ética, seriedade e responsabilidade no processo de interpretação/adequação/aplicação do Direito, isto é, no exercício da atividade hermenêutica por parte do magistrado.

O julgador não pode ser um escravo desprovido de percepção, adstrito a um estatuto rígido, ao contrário, deve ser uma pessoa consciente que, entende o quanto o cumprimento do seu dever o realiza como transformador da realidade, coopera decisivamente para a atualização dos códigos e das legislações.

Acreditamos que o juiz, no seu processo interpretativo, não deve ficar atado exclusivamente ao direito legislado – o que acarretaria uma atitude interpretativa mecânica e de menor expressão – mas, a partir de uma compreensão dinâmica e aberta do sistema no Direito, deve buscar realizar a justiça no caso concreto, sem descambar para a arbitrarie-

dade, já que as suas decisões precisam ser fundamentadas.

O magistrado possui, portanto, uma faculdade criadora que não deve deixar de exercer, mas sempre dentro do espaço concedido pelo sistema no Direito.

O sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à evolução do processo interpretativo, estabeleceu a perquirição do fim colimado pela lei no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, consoante o qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Como corolário do citado artigo 5º, constata-se o rompimento do sistema no Direito de forma definitiva com a Escola da Exegese, ao consagrar a idéia do fim como meta principal de estudo do magistrado.

Por conseguinte, o magistrado pode e deve, embasado na sua faculdade de criação, realizar a exegese da norma de modo sistematizado, levando em consideração o sistema no Direito como um todo (uma pluralidade de normas, fontes, valores e princípios), com vistas a aplicar a norma jurídica em consonância com a sua finalidade social e com o bem comum.

Desta feita, o juiz não tem de fato, na sua atividade interpretativa única e complexa, o status da ilimitada, irrestrita e infinita criação, mas da contínua evolução, em face das mudanças sociais.

O poder arbitrário de criação do direito pode representar uma ameaça para a segurança jurídica, a certeza no direito e, em última análise, até mesmo para a justiça, à medida que tudo fica a depender da subjetividade do intérprete.

A subjetividade, o voluntarismo e, principalmente, o arbítrio do julgador configuram desvios interpretativos que devem ser evitados. Notadamente o arbítrio do juiz, que não é menos indesejado do que qualquer outra forma de arbítrio. Não o podemos tolerar de forma alguma.

Não se pode, de modo algum, pretender substituir a firmeza dos comandos legais pelo subjetivismo e voluntarismo dos magistrados. O que – não é difícil perceber – geraria uma situação de insegurança jurídica e, até mesmo, de anarquia.

Em face disto, há que se asseverar que a lei deve ser interpretada de forma objetiva. Não só como forma de evitar o arbítrio, mas principalmente, porque interpretada objetivamente, o conteúdo da lei se revela mais rico, largo, fecundo, e, por esta razão, mais plástico, mais capaz assim de, preservando embora a sua identidade substancial, satisfazer as multifárias exigências da prática e reger apropriadamente as realidades sócio-econômicas (tão imprevisíveis quanto mutáveis), que a vida humana suscita permanentemente e se erigem a pleitear do Direito uma regulação adequada.

O magistrado que, por um suposto desejo de realizar a justiça a qualquer custo, exerce,

na sua complexa atividade interpretativa, um poder arbitrário de criação do direito e intenta mudar a lei, comete, na verdade, uma grave violação jurídica.

Ao jurista não cabe estabelecer uma espécie de competição com o legislador para se saber quem é que cria melhor a lei. Incumbe ao magistrado adequar a lei vigente ao caso concreto, e não revogá-la ou negar-lhe eficácia, substituindo-a por direito que repute mais justo, não importando a boa intenção.

Existe um sistema no Direito em plena vigência, que pode não ser perfeito, mas que, certamente, não coaduna com a anarquia. E, de acordo com esse sistema, a lei deve ser elaborada pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário.

A conclusão, assim, há de ser a seguinte: o arbítrio não deriva da necessidade da interpretação das leis; mas, antes, da prepotência e arrogância de quem tem a pretensão de se fazer substituir ao legislador, elaborando (com base, por vezes, em critérios pessoais e subjetivos) o direito, quase sempre conduzido a isso por convicções pessoais e ideológicas.

.....
A R G U M E N T O J U R Í D I C O

Direito e Democracia

Considerações Acerca das Máximas da Razoabilidade e da Proporcionalidade

José Sérgio da Silva Cristóvam

1 Introdução

A metodologia constitucional, como de resto toda a cultura jurídica contemporânea, vem sofrendo uma profunda reestruturação em suas bases teóricas, bem como na interação com os diversos fatores que compõem a sociedade atual. A paulatina consolidação do novo constitucionalismo² – sinal indelével de uma sensível superação das teses centrais do positivismo jurídico – tem refletido viva e fecundamente na consolidação de uma moderna teoria da Constituição, pautada pela força normativa dos princípios constitucionais, a eficácia dos direitos fundamentais e a supremacia da ordem constitucional.

A superação do positivismo jurídico torna inequívoca a importância central dos princípios constitucionais na consolidação de um efetivo Estado constitucional de direito. A partir de algumas das principais idéias que informam o pós-positivismo³, sobretudo a fusão entre Direito e moral e a força normativa dos princípios constitucionais, resta a possibilidade de superação do modelo juspositivista dominante até as últimas décadas do século XX. O combate à posição coadjuvante que o positivismo jurídico reserva aos princípios jurídicos – reduzidos a fontes normativas subsidiárias – desponta como condição sine qua non à consolidação de uma efetiva teoria material da Constituição.

No novo constitucionalismo os princípios jurídicos são alçados à condição de verdadeiras espécies normativas. Servem como base de sustentação lógica e axiológica a todo o ordenamento, na medida que reforçam as idéias de ordem e unidade sistemática, funcionando como vias de inter-relação entre o Direito e a moral. Os princípios devem ser considerados como as janelas por onde a moralidade é irradiada para dentro do ordenamento jurídico, um canal aberto ao diálogo constante entre os discursos prático e jurídico.

² A expressão “novo constitucionalismo” é aqui empregada para caracterizar um modelo teórico surgido a partir da segunda metade do século XX, baseado na superação das idéias que marcam o positivismo jurídico, principalmente no que concerne à relação de tensão entre Direito e moral. No decorrer deste trabalho o novo constitucionalismo será preferido à equivalente expressão “pós-positivismo”. Em sentido semelhante, o pensamento de Manuel Atienza. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 24, Alicante: Doxa, 2001, p. 672-73.

³ Não se pode desvincular as mudanças teóricas que respaldaram a passagem do positivismo jurídico para o pós-positivismo ou constitucionalismo, das profundas mudanças sociais e econômicas do final do século XIX e do século XX. O positivismo jurídico, aqui entendido como aquela teoria jurídica que encara o direito positivo como o único objeto da ciência jurídica e que não admite conexão entre o Direito, a moral e a política, servia a um modelo de sociedade, o modelo liberal-individualista. Em uma sociedade marcada pela homogeneidade política e igualdade formal jurídica, o sistema normativo que melhor garante a propriedade e a liberdade de mercado é o sistema de regras. Com a mudança no cenário social, a consolidação dos movimentos de classe, o fortalecimento de novos atores sociais, o pluralismo político e jurídico, a heterogeneidade política da sociedade, evidencia-se a necessidade de repensar as bases teóricas do Direito. Neste sentido, fala-se em pós-positivismo, aqui entendido como a teoria contemporânea que procura enfrentar os problemas da indeterminação do Direito e sustenta a situação de estreita relação entre Direito, moral e política. Para um estudo mais aprofundado acerca do pós-positivismo, pode-se consultar, entre outros: CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998, *passim*. No Brasil, o termo “pós-positivismo” é usado com forte semelhança de sentido, entre outros, por Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 228-66.

Este contexto de consolidação do novo constitucionalismo é de extrema fecundidade ao estudo da razoabilidade e da proporcionalidade, aqui definidas como verdadeiras máximas, cânones de interpretação, parâmetros de aferição da ordenação racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público.

Cabe, desde já, ressaltar que o presente trabalho afasta a relação de sinonímia entre as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto expressam construções técnico-jurídicas diversas, com pontos de especificidades tanto nas questões de origem, como nos aspectos de estrutura e aplicação.

A razoabilidade será analisada desde as origens históricas até sua consolidação enquanto parâmetro de conformidade substancial e teleológica dos atos do Poder Público. Pela máxima da razoabilidade é ultrapassada a análise da legalidade puramente formal da atividade do Poder Público, alcançando a legalidade substancial – ou melhor – as questões ligadas à juridicidade das leis e dos atos administrativos.

A proporcionalidade ganha relevo a partir do estudo de seus elementos constitutivos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Pela máxima da adequação, é avaliado se a medida adotada está conforme aos fins previstos na lei, se é apropriada ao alcance dos objetivos dispostos no mandamento normativo. A máxima da necessidade exige que a providência eleita, dentre aquelas aptas à consecução dos objetivos pretendidos, desponte como a menos onerosa aos cidadãos, que traga a menor carga de restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos. Sendo adequada e necessária, a intervenção adotada pelo Poder Público ainda deve vencer a máxima da ponderação. Muito embora adequadas e necessárias, algumas medidas podem trazer uma carga excessiva de restrições e limitações a direitos fundamentais. A máxima da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito exige uma relação de justa medida entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora. Quanto maior a limitação ao direito dos cidadãos, maior deverá ser a efetivação do direito resguardado.

O estudo adequado da razoabilidade e da proporcionalidade exige a rediscussão e a redefinição da hermenêutica constitucional clássica, pautada pela lógica formal-positivista, avançando-se para uma nova hermenêutica constitucional, vivificada pelo raciocínio tópic-retórico e pela aplicação da máxima da proporcionalidade⁴.

⁴ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 446-80.

2 A razoabilidade e a proporcionalidade enquanto máximas

A consolidação de um efetivo Estado constitucional exige, inexoravelmente, um modelo de Estado de direito marcado por uma Constituição efetivamente garantista⁵. Uma Constituição definidora dos fundamentos e objetivos norteadores das ações estatais, com força vinculante acerca das políticas públicas necessárias a sua consecução. Uma carta política asseguradora de direitos e garantias fundamentais – e o mais importante – capaz de impor aos poderes constituídos a inarredável obrigação de implementá-los.

Diante desse quadro jurídico-constitucional, o estudo da razoabilidade e da proporcionalidade ganha considerável relevo, porquanto possibilita um exame da atividade dos produtores das leis e de seus aplicadores que supera em larga medida os aspectos da estrita legalidade.

Pelas máximas da razoabilidade e proporcionalidade pode-se aquilatar a conformação das atividades legislativa, administrativa e judicial do Estado com os valores e interesses inscritos, expressa ou implicitamente, na Constituição. Constituem-se, portanto, em verdadeiros limites à atuação do Poder Público, exigindo-lhe a fiel observância não apenas da lei em sentido estrito – princípio da legalidade estrita, mas de todo o ordenamento jurídico – princípio da juridicidade.

Neste trabalho, a razoabilidade e a proporcionalidade serão tratadas como verdadeiras máximas, cânones de interpretação. Entretanto, não se pode olvidar que são comumente designadas como princípios jurídicos. Por certo, sua designação terminológica como princípios constitucionais não se coaduna com aquele conceito alicerçado na teoria de Robert Alexy – enquanto espécies normativas contrapostas às regras jurídicas. Nos termos da doutrina do jurista alemão, as regras expressam deveres definitivos, contendo determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, somente podendo ser cumpridas ou não. Em contrapartida, os princípios expressam deveres *prima facie*, ordenando a máxima realização de determinado direito, conforme as possibilidades reais e jurídicas exis-

⁵ Analisando o fenômeno do Estado de direito a partir de uma perspectiva diacrônica, Sérgio Cademartori divide a progressiva consolidação deste modelo de Estado em “governo *per leges*”, “governo *sub lege*” e “Estado constitucional de direito”. O aparato de dominação *per leges* se constitui num poder que se expressa por meio de leis gerais e abstratas, decorrentes da vontade geral. Os atributos de generalidade e abstração da norma jurídica garantem a igualdade formal e afastam o arbítrio da ação governamental, vez que vinculam os poderes às formalidades e procedimentos dispostos em lei. No “governo *sub lege*” ocorre a vinculação e submissão dos poderes ao Direito, condicionando, além das formalidades e procedimentos da ação governamental, o conteúdo de tal ação, vinculando o governo a determinadas matérias. O Estado constitucional marca o caráter plenamente normativo e vinculante das Constituições, implicando na superação da redução positivista do Direito à lei e do jurídico ao legislativo. Deste modo, os direitos fundamentais passam a se constituir em matérias sobre as quais os poderes do Estado não podem dispor, uma vez que se constituem no fundamento de legitimidade do próprio Estado e expressão inarredável das democracias modernas. A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e a implementação dos direitos fundamentais positivos é o dever primeiro do Estado, condição de legitimidade dos poderes constituídos. CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19-32. Para um estudo mais detido acerca das bases da teoria do garantismo jurídico, pode-se consultar: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. 4. ed. Madrid: Editorial Trotá, 1995, p. 851-957.

tentes. Seu conteúdo definitivo somente pode ser fixado após o sopesamento com outros princípios também aplicáveis à determinada situação, constituindo-se em verdadeiros mandamentos de otimização⁶.

Resta, portanto, evidente a impropriedade terminológica consubstanciada na designação da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios, porquanto ambas não entram em disputa com outros princípios constitucionais, em uma relação de precedência condicionada às peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto. Configuram-se em parâmetros, critérios e padrões de interpretação que possibilitam o sopesamento entre princípios constitucionais contrapostos e a verificação da legitimidade e juridicidade dos atos legislativos, administrativos e judiciais.

Parece mais correto defini-las como máximas, verdadeiros cânones de interpretação, parâmetros de aferição da ordenação lógica e racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público. Segundo a teoria de Alexy, que divide as normas jurídicas em regras e princípios, as três máximas que compõem a proporcionalidade se afastam do conceito de princípios jurídicos enquanto mandamentos de otimização, podendo ser catalogadas como regras⁷.

A questão da definição da razoabilidade e da proporcionalidade é enfrentada por Humberto Ávila de forma bastante coerente e inovadora. Segundo o autor, ambas não podem ser enquadradas nem na categoria de princípios e nem na categoria de regras. Não se pode considerá-las princípios, porque estes são definidos como normas imediatamente finalísticas, “normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”. Da mesma forma, não podem ser catalogadas como regras, porquanto estas “são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder”⁸.

Neste sentido, Ávila defende que razoabilidade e proporcionalidade devem ser entendidas como postulados normativos, superando-se o âmbito das normas para adentrar no terreno das metanormas. Há que se considerá-las como normas de segundo grau que informam a estrutura de aplicação das outras normas – as regras e os princípios. Não se pode falar, portanto, em violação dos postulados da razoabilidade ou proporcionalidade, mas sim em violação de regras e princípios que não foram aplicados conforme os referidos postulados, cuja interpretação foi empreendida em desacordo

⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 e ss.

⁷ *Idem*, p. 112.

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89.

com sua estruturação. Em última análise, há que se entender os postulados normativos aplicativos como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”⁹.

Os postulados, diversamente dos princípios, não impõem a promoção de um fim, mas sim estruturam a aplicação do dever de promover um fim; não prescrevem indiretamente comportamentos, mas sim raciocínios e argumentações relativos às normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Da mesma forma, diferentemente das regras, os postulados não descrevem comportamentos, mas sim estruturam as normas que o fazem; não estão limitados à mera atividade de subsunção como ocorre com as regras, exigindo a ordenação e a relação entre vários elementos e não a simples análise da correspondência entre a hipótese da norma e a situação fática¹⁰.

A defesa da razoabilidade e da proporcionalidade enquanto postulados normativos aplicativos, ressalvadas algumas peculiaridades, mostra-se bastante aproximada da idéia de máxima aqui defendida, ou seja, parâmetros de aferição da ordenação teleológica e racional das normas que compõem o sistema jurídico. Por outro lado, não é o nome que determina a natureza jurídica do instituto e querer remodelar a terminologia aplicada à razoabilidade e à proporcionalidade, seria fazer olhos cegos à já consolidada cultura jurídica nacional. Entretanto, não obstante o tratamento consolidado na doutrina nacional, ambas serão designadas como máximas constitucionais.

2 A não sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade

Antes de se empreender o exame mais aprofundado e individualizado da razoabilidade e da proporcionalidade, que devem ser entendidas como verdadeiras máximas, parâmetros de interpretação acerca da validade e legitimidade da atuação legislativa e administrativa do Estado, faz-se mister abordar algumas peculiaridades que afastam a sua sinonímia, porquanto expressam construções técnico-jurídicas diversas.

Não se pode negar, por certo, que ambas apresentam forte semelhança, sobretudo no que toca à finalidade da sua aplicação, controlar e limitar a atuação do Poder Público. A aparente sinonímia é reforçada pela similaridade com que estes termos são usados na linguagem não-jurídica. Dizer que determinada situação ou atitude é desarrazoada ou desproporcional sugere a mesma idéia de reprovação. Até mesmo no meio jurídico,

⁹ Segundo Ávila, os postulados normativos podem ser de duas espécies: os postulados inespecíficos ou incondicionais, aqueles postulados normativos eminentemente formais, que se constituem em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação, como são exemplos a ponderação de bens, a concordância prática e a proibição do excesso; os postulados específicos ou condicionais, aqueles postulados normativos que, muito embora formais, têm a aplicação condicionada à existência de determinados elementos e são pautados por certos critérios, com o relacionamento entre os elementos específicos a partir de critérios orientadores. São exemplos de postulados específicos, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. *Idem*, p. 88-125.

¹⁰ *Idem*, p. 89-90.

desde que empregados em um sentido laico, os dois termos podem encerrar o mesmo significado¹¹.

Na doutrina nacional, a relação de sinonímia é defendida por inúmeros autores, que entendem não haver qualquer diferença no tratamento entre as duas máximas, por elas entendidas como princípios¹². Ambas teriam o mesmo significado, havendo apenas diferença de nomenclatura, mas identidade de conteúdo e finalidade. A proporcionalidade do Direito alemão seria o equivalente terminológico da razoabilidade estadunidense. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, a proporcionalidade nada mais é que uma faceta da razoabilidade¹³.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF também não faz diferença entre as duas máximas, referindo-se, por vezes, à razoabilidade e à proporcionalidade notoriamente como sinônimas¹⁴. Essa postura jurisprudencial tem contribuído negativamente para o efetivo estabelecimento dos contornos e especificidades técnico-estruturais dos dois institutos, reforçando a idéia da identidade plena.

Uma primeira diferença está na origem dos institutos. Enquanto a origem da razoabilidade remonta a Magna Carta inglesa de 1215¹⁵, a proporcionalidade é fruto da tentativa de limitação do poderes estatais, contemporâneos à passagem do Estado absolutista para o Estado de direito, tendo aplicação primeiramente no Direito Administrativo alemão.

Outro ponto que afasta a sinonímia entre a razoabilidade e a proporcionalidade relaciona-se a sua estrutura e aplicação. Enquanto a primeira constitui-se em pauta que exige que os atos estatais sejam razoáveis, devendo apresentar adequação entre meios e fins, a segunda foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em três níveis independentes e que devem ser ordenadamente aplicados na análise da legitimidade das leis ou atos

¹¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Ano 91, n.º 798, abril, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

¹² Neste sentido, dentre outros: BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996; BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 6, n.º 23, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 68.

¹⁴ Neste sentido: Medida Cautelar em ADI n.º 855-2/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 1º/07/1993, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 1º/10/1993. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

¹⁵ Para uma visão divergente acerca da origem do princípio da razoabilidade, pode-se consultar: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283; SILVA, 2002, p. 29.

do Poder Público: a adequação, a necessidade e a ponderação¹⁶.

Levando em conta a estrutura técnico-jurídica, pode-se dizer que a razoabilidade corresponde ao primeiro dos três níveis que compõem a proporcionalidade, a exigência de adequação, de relação lógica e ordenada entre os meios empregados e os fins perseguidos. Desta forma, resta imperioso admitir a maior amplitude da proporcionalidade, que não se esgota na análise da compatibilidade entre meio e fins¹⁷.

Certamente, não há intenção de negar a existência de semelhanças entre os dois institutos. Pretende-se sim, uma mais apurada análise dos mesmos, com suas especificidades estruturais, de origem e de conteúdo, até como mecanismo de otimização de sua aplicação pelos tribunais, possibilitando, ainda, uma melhor compreensão doutrinária. Na seqüência serão abordadas, com maior afinco, as alegadas especificidades e disparidades entre essas duas máximas constitucionais.

3 A máxima da razoabilidade

A máxima constitucional da razoabilidade está fortemente enraizada no ordenamento jurídico contemporâneo, fazendo parte de inúmeros sistemas normativos. Em diversos países consta expressamente na Constituição, sendo que em outros tantos é implicitamente reconhecido, ressaindo da própria ordem constitucional vigente.

No ordenamento constitucional brasileiro, há que se considerá-la como máxima constitucional expressa, que encontra sua “sedes materiae” na disposição normativa que disciplina o devido processo legal, o artigo 5º, LIV da CRFB, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Não se pode olvidar que a cláusula do devido processo legal, conforme disposta na CRFB, encerra não somente o devido processo legal em seu caráter processual, mas principalmente o devido processo substantivo, onde descansa hialina a máxima da razoabilidade. Portanto, a razoabilidade está expressamente prevista na Constituição brasileira, a salvo de qualquer investida do poder constituinte derivado, porquanto amparada pela blindagem do artigo 60, § 4º, IV da CRFB, que veda expressamente a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.

A matriz jurídico-filosófica da razoabilidade é a cláusula do “due process of law”, que se desenvolveu a partir do direito anglo-saxônico. Sua garantia que, em um primeiro momento, restringiu-se a aspectos marcadamente processuais (“procedural due process”), evoluiu lenta

¹⁶ Para uma visão diferente da aqui defendida, com base na análise da aplicação da razoabilidade pela Suprema Corte estadunidense como máxima de ponderação e parâmetro eficaz à resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, pode-se consultar: MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Florianópolis: UFSC, 2001, p. 251-68.

¹⁷ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 33.

e progressivamente para um âmbito substantivo (“substantive due process”), uma espécie de degrau evolutivo daquele¹⁸.

A análise do conteúdo e dos contornos da razoabilidade exige o apanhado histórico de sua origem e evolução. Impende, portanto, traçar a trajetória da cláusula do “due process of law”, desde o seu nascimento no direito anglo-saxônico até a substantivação pelo Direito estadunidense.

3.1 Origem e evolução da cláusula do “due process of law”

A formulação dos princípios que regem, modernamente, o ordenamento constitucional inglês, teve seu marco inicial na evolução da estrutura feudal britânica, em meados do século XI. As tensões sobre o arbítrio real culminaram no reinado de João Sem Terra que, incapaz de resistir às pressões dos senhores feudais – verdadeira revolução política e social que se vinha avolumando desde a “Pequena Carta” – viu-se forçado a outorgar a “Magna Carta” em 1215. Este documento se consolidou enquanto estatuto fundamental do Direito inglês, estabelecendo os princípios básicos de sua estruturação política e jurídica. Cumpre esclarecer, todavia, que aquela carta política não “visava proteger os direitos individuais do cidadão”, muito embora tenha sido um de seus reflexos. Foi concebida sim, essencialmente, “como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do Parlamento”¹⁹.

A Magna Carta inglesa, em seu capítulo 39, assegurava aos senhores feudais a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria por meio da “lei da terra” (“*per legem terrae*” ou “*law of the land*”). Passados alguns séculos, a expressão “*per legem terrae*” acabou, por motivos ignorados, sendo substituída pela expressão “*due process of law*”, como encontrada na famosa “*Petition of Rights*” de 1628. A matriz do devido processo legal, portanto, remonta à “lei da terra” inscrita na Magna Carta²⁰.

Há que se considerar, por outro lado, com certa ressalva esse lugar de destaque emprestado à Magna Carta, como expressão primeira da cláusula do devido processo legal e estatuto fundamental do Direito inglês. Existem consideráveis controvérsias acerca do seu status de fonte informadora basilar do conjunto de direitos fundamentais que compõe o sistema jurídico anglo-saxônico. Esse verdadeiro mito consolidado em torno da Magna

¹⁸ Para uma análise aprofundada acerca da evolução da cláusula do devido processo legal no Direito estadunidense, pode-se consultar: MARTEL, Devido processo legal..., passim.

¹⁹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 09-10.

²⁰ A redação do dispositivo citado era a seguinte: “nenhum homem será detido ou preso, nem despojado de seu livre domínio, de sua liberdade ou livres costumes, nem posto fora da lei, nem exilado, nem molestado de maneira alguma, e nós não poremos nem mandaremos por a mão nele, a não ser em virtude de um julgamento legal por seus pares e na forma da lei da terra”. Idem, p. 11-12.

Carta acaba exacerbando sua real importância. Segundo uma versão histórica, o documento assinado no século XIII foi imediatamente descumprido pelo Rei João Sem Terra e rapidamente alcançou o esquecimento, somente sendo resgatado tempos mais tarde, em meados do século XVII²¹.

No início, a cláusula do devido processo legal exigia simplesmente um processo judicial compatível à natureza do caso. Um processo ordenado, onde restasse assegurado aos litigantes ou acusados a previsão de atos processuais formalizados. Realmente, em um primeiro momento evolutivo, ressaltava o nítido caráter processual da norma. Somente por volta do século XVII é que o Direito inglês passou a reconhecer na cláusula do “*due process of law*” a garantia ao contraditório, com a prévia citação à demanda, e a oportunidade à defesa.

A garantia do devido processo legal, no Direito estadunidense, teve sua separação do Direito inglês com as inúmeras declarações de direitos das colônias americanas durante as lutas pela independência. “De fato, é nesse ensejo que o princípio se desliga de sua matriz inglesa e passa a integrar o sistema jurídico americano, numa trajetória que o transmudaria no mais fecundo de quantos instrumentos se criaram para a defesa de direitos individuais”²².

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, ainda que sentida, “no plano federal, a necessidade de se circunscrever a esfera privativa dos direitos individuais, imunes à interferência da União recém-organizada”, não trouxe qualquer referência expressa à cláusula do “*due process of law*”. Somente em 1791 é que tais garantias foram perfeitamente cristalizadas pelo texto da V Emenda Constitucional, segundo a qual “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”. O conjunto de emendas à Constituição estadunidense, em número de dez, ficou conhecido como “Bill of Rights”²³.

O preceito estabelecido no texto da V Emenda, no entanto, vinculava apenas o Governo Federal. Sua abrangência era limitada, já que não obrigava o Governo dos Estados federados. Com a Guerra de Secessão, abalada a União em sua unidade, sentiu-se a necessidade de fortalecê-la mediante a centralização de poderes, fazendo-se imprescindível garantir a igualdade jurídica aos escravos dos Estados do Sul. Neste contexto histórico, em 1868, incorporou-se à Constituição estadunidense a XIV Emenda, vinculando os Estados federados às limitações previstas na cláusula do devido processo legal. Restou prescrito que “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal”²⁴.

²¹ Para considerações a respeito, pode-se consultar: GUERRA FILHO, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 283; SILVA, *O proporcional e o...*, p. 29.

²² DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 15.

²³ *Idem*, p. 16.

²⁴ *Idem*, p. 17.

Neste período, o princípio do devido processo legal ainda era visto apenas como uma norma de caráter processual, situação que se configurou em uma primeira fase do princípio no Direito estadunidense. Mas foi na fase do “substantive due process” que essa garantia se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional²⁵.

3.2 A razoabilidade e o sentido substantivo do devido processo legal

Vencida a primeira fase, onde o princípio do devido processo legal buscava assegurar a regularidade processual, uma garantia à observância de certas formalidades procedimentais, a evolução jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense conferiu nova roupagem à cláusula do “due process of law”, que passou de instituto processual à garantia substantiva de direitos individuais.

O “substantive due process”, juntamente com outros princípios constitucionais como a igualdade e a idéia de justiça, tornou-se instrumento importantíssimo na defesa dos direitos individuais, ferramenta limitadora do exercício arbitrário do Poder Legislativo e da discricionariedade administrativa. O controle da razoabilidade das leis e dos atos administrativos discricionários permitiu ao Poder Judiciário examinar os atos legislativos e administrativos sob o prisma da justiça, não só formal, mas sobretudo material.

Parece forçoso admitir que a máxima da razoabilidade encontra seu fundamento de aplicação, em última análise, no Direito natural, em decorrência de sua origem marcadamente influenciada pelas concepções jusnaturalistas do Direito estadunidense, em uma clara interação às idéias do liberalismo clássico. A razoabilidade – evolução material dos princípios da igualdade e da justiça processual – não se constitui em expressão de uma norma abstrata e superior. Pelo contrário, decorre da enunciação de valores históricos e relativos. Daí o caráter jusnaturalista defendido, que prescinde até da sua normatividade²⁶.

A doutrina estadunidense do “substantive due process” começou a ser delineada no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. Pode-se dizer que, em um primeiro momento, a máxima da razoabilidade teve cunho eminentemente liberal, um meio de diminuir a interferência do Poder Público nos negócios privados²⁷. Posteriormente, no Governo do Presidente Franklin Roosevelt, em meados de 1930, sua aplicação sofreu sensível declínio, em face do aumento do intervencionismo estatal na economia e abdicação pela Suprema Corte, cedendo a pressões do Governo, do exame de mérito das normas de cunho econômico. Finalmente, em um terceiro momento, ascendeu

²⁵ BARROSO, *Os princípios da...*, p. 65.

²⁶ Neste sentido: DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 26-31; BARROSO, *Os princípios da...*, p. 70.

²⁷ Não há uma harmonia entre os autores nacionais no sentido de estabelecer um marco inicial à aplicação do princípio da razoabilidade. Por exemplo, Antônio Roberto Sampaio Dória, admitindo que o conceito substantivo de “due process of law” não se impôs repentinamente, cita como leading case uma decisão da Suprema Corte do Estado da Carolina do Norte, datada de 1804, que invalidou lei estadual por contrária à “law of the land”. DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 30.

como garantia constitucional aos direitos individuais, instrumento de controle dos atos arbitrários e injustos praticados pelo Legislativo e pela Administração Pública²⁸.

Certamente, até em razão da vagueza e indeterminação do termo jurídico, não é tarefa fácil estabelecer um conceito com pretensões de universalidade à máxima da razoabilidade. Seu conteúdo é bastante mutável e consideravelmente influenciado pelos padrões culturais da sociedade, variando nos aspectos temporais e espaciais²⁹. Entretanto, ainda que reconhecido seu alto grau de abstração, deve-se perseguir a instituição de elementos objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos legislativos e administrativos.

Deve-se, por certo, fixar certas circunstâncias, determinados fins que, para serem atingidos, demandam o emprego de determinados meios. Conforme Luiz Roberto Barroso, o princípio (máxima) da razoabilidade constitui-se em parâmetro de conformidade entre os atos do Poder Público e o valor superior da justiça que informa todo o ordenamento jurídico³⁰.

Segundo Juan Francisco Linares, ao termo razoabilidade podem ser emprestados diferentes significados jurídicos: desde significados técnico-jurídicos, quando se fala em meios razoáveis para alcançar determinado fim; axiológicos, quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico; e ligados à ciência do Direito, quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada³¹.

A pluralidade de sentidos do termo razoabilidade é também reconhecida por Ávila, para quem se pode falar “em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa”. De todas as possíveis acepções, o autor destaca as seguintes: “razoabilidade como equidade” – diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, tanto mostrando como a norma deve ser aplicada como indicando as hipóteses em que o caso individual não se enquadra na norma geral; “razoabilidade como congruência” – diretriz que exige uma ligação das normas jurídicas com a realidade, “seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico,

²⁸ BARROSO, *Os princípios da...*, p. 67-69.

²⁹ Sobre os motivos desaconselhadores à tentativa de conceituar o conteúdo substantivo do devido processo legal, Sampaio Dória traz as idéias oferecidas pelo Justice FRANKFURTER, aqui fielmente reproduzidas: “Due Process não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula... due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo”. DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 33.

³⁰ Nas palavras do autor: “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um dado momento ou lugar”. BARROSO, *Os princípios da...*, p. 69.

seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir”; e, “razoabilidade como equivalência” – diretriz que “exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”³².

A máxima constitucional da razoabilidade é uma orientação, uma diretiva interpretativa que permite a aferição acerca da legalidade substancial dos atos administrativos e legislativos, não o mero controle formalístico. Permite alcançar o sentido finalístico da norma, a conformidade teleológica entre o ato praticado e o mandamento normativo. Não a simples legalidade formal, em sentido estrito, mas a legalidade material, ou melhor, a juridicidade das leis e dos atos administrativos.

A busca de um conceito mais preciso e menos elástico não parece ostentar maior conveniência. Não se pode olvidar que o alto grau de indeterminação e a imprecisão conceitual são traços comuns e essenciais aos princípios e também às máximas jurídicas. O aprisionamento da razoabilidade em um conceito fechado e preciso acabaria por engessar sua aplicação no controle da juridicidade dos atos do Poder Público.

Os princípios jurídicos, enquanto canais de diálogo e interação entre o ordenamento jurídico positivo e a sociedade marcada pela extrema dinamicidade e complexidade, não devem ser confinados em uma disposição conceitual fechada e restritiva. A abertura e a indeterminação conceitual otimizam o desempenho de uma de suas principais funções, recepcionar as transformações processadas no seio da comunidade e, por vezes, estancá-las se afastadas do cerne substancial do ordenamento constitucional.

Uma discussão jurídico-filosófica bastante interessante acerca da definição de razoabilidade é empreendida por Atienza, quando procura estabelecer elementos para uma razoável definição de “razoável”. Segundo o autor, a noção de razoabilidade é um componente comum dos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos que resultam da aplicação, a campos distintos, de um mesmo conceito básico, o de razoabilidade. A afirmação de que este conceito no Direito é uma “noção de conteúdo variável” ou um “valor função”, deve ser entendida tanto em um sentido histórico ou social – o que se entende como razoável está sujeito a circunstâncias temporais e especiais, como em um sentido lógico – o que se considera razoável em cada caso depende do seu campo de aplicação³³.

³¹ Nas palavras do autor: “a) Na técnica fala-se de meios razoáveis para obter certo fim. Isto é, vislumbra-se uma certa adequação racional de meios a fins. Trata-se, pois, de uma racionalidade técnica; b) Na axiologia jurídica fala-se de razoabilidade quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico: solidariedade, cooperação, poder, paz, segurança, ordem e se encontra no valor de totalidade chamado justiça. A justiça é, assim, racionalizadora dos outros valores. Estes são razoáveis enquanto fundados na justiça; c) Na ciência do Direito a razoabilidade se apresenta quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada. Essa razão pode ser de essência, quando a conduta se funda em uma norma jurídica; de existência quando o fundamento é o mero fato de que o comportamento jurídico se dá; e, de verdade quando tem fundamento de justiça”. LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 108.

³² ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 103-09.

³³ ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 04, Alicante: Doxa, 1987, p. 189-90.

Defendendo sua importância prática central na argumentação jurídica e na interpretação do Direito, Atienza situa a noção de razoável enquanto diversa da “estritamente racional”, separando a razoabilidade da lógica do racional, a lógica formal. A lógica do razoável é uma lógica material, uma lógica dos conteúdos. Não que autor contraponha o razoável ao racional, o que obrigaria a aceitar que o razoável não é racional. Em um sentido amplo, o razoável também é racional, ainda que o racional possa não ser razoável. Assim, pode-se dizer que todo o razoável é racional, mas a recíproca não é verdadeira³⁴.

Atienza concorda que a razoabilidade, enquanto conceito variável histórica e socialmente, admite uma pluralidade de possíveis soluções jurídicas, ou seja, que duas ou mais decisões judiciais podem ser todas razoáveis. O que o autor pretende é uma reconstrução do conceito de razoabilidade a partir da prática da argumentação jurídica, no sentido de estabelecer critérios que auxiliem na justificação da decisão judicial, um esquema de critérios que ajude a justificar uma determinada interpretação ou decisão como preferível às demais também razoáveis.

A tentativa de estabelecer critérios capazes de nortear a decisão mais razoável, a decisão jurídica preferível entre duas ou mais decisões razoáveis, sobretudo nos chamados casos difíceis, apresenta-se de extrema relevância e dificuldade. A razoabilidade é uma máxima naturalmente vaga e imprecisa, um termo jurídico aberto e oscilante histórica e socialmente. Desta forma, não se pode negar que, partindo de um hábil exercício argumentativo, quase todas as decisões jurídicas poderiam ser justificadas a partir da razoabilidade.

Em uma situação onde existe uma contraposição entre valores ou princípios, a decisão razoável deve ser alcançada a partir do sopesamento dos princípios contrapostos, visando uma situação de equilíbrio. Este equilíbrio raramente, ou nunca, será o meio termo, porquanto os princípios podem ostentar pesos distintos, o que exige o deslocamento do ponto de equilíbrio para um dos extremos da ponderação bipolar³⁵.

Conforme Atienza, a escolha da decisão mais razoável, a que melhor alcança o equilíbrio entre os princípios contrapostos, deve ser pautada segundo o parâmetro da aceitação pela comunidade ou, sendo ambas aceitáveis, a que suscite um maior consenso. Esse critério, embora apto a nortear a escolha da decisão razoável, suscita uma série de objeções, admitidas pelo próprio autor.

O consenso pode ser fático ou ideal. O primeiro – a aceitação da decisão pela comunidade – não pode ser considerado como o único ou último critério de aferição da decisão judicial mais razoável. Primeiro, porque não serve como critério hábil à resolução dos casos difíceis, quando há divisão da comunidade acerca de qual princípio deve ser respaldado pela decisão judicial. Neste caso, o argumento majoritário (regra da maioria), embo-

³⁴ Idem, p. 190-93.

³⁵ Idem, p. 195.

ra passível de aplicação, acarreta um outro problema, o que se deve entender por comunidade, visto que no Direito operam várias comunidades: o tribunal que deve decidir o caso, os tribunais de um país, a doutrina, a população diretamente afetada pela decisão, o conjunto da sociedade. Assim, podem surgir diversos acordos majoritários contrapostos entre si. Segundo, porque não se pode identificar de plano “opinião razoável” com “opinião majoritária”, sendo temerária e até desarrazoada a exclusão a priori da decisão judicial alinhada com o consenso fático minoritário³⁶.

O recurso ao consenso ideal ou racional consegue solver, em larga medida, os problemas decorrentes do consenso fático, mas, por outro lado, traz consigo o problema da prova da razoabilidade de uma decisão, que acaba se reduzindo a um juízo meramente hipotético. Ademais, outra dificuldade seria estabelecer as condições ideais da decisão razoável, que não se resolve simplesmente pela aplicação dos princípios abstratos de justiça, passíveis de formulação mediante um consenso ideal³⁷.

Um caminho para alcançar a decisão mais razoável dentre outras também razoáveis, isto partindo do pressuposto de que a razoabilidade é uma máxima que admite o cumprimento em diferentes graus, pode ser a busca de pontos de acordo entre as diversas argumentações que fundamentam as decisões judiciais razoáveis, mesmo sabendo-se que tais acordos somente são alcançados no caso de princípios de caráter muito abstrato³⁸.

Partindo agora para a discussão acerca dos níveis de razoabilidade de um ato normativo ou outra medida estatal, Barroso sustenta que deve ser aferida enquanto razoabilidade interna – compatibilidade entre meios e fins, e razoabilidade externa – legitimidade dos fins. A primeira exige uma relação racional entre seus motivos, meio e fins. A razoabilidade deve ser cotejada dentro da lei. Constatada a regularidade interna da norma, há que se verificar sua adequação aos meios e fins preconizados pelo texto constitucional, a razoabilidade externa. Ainda que internamente razoável, se contrária aos valores e princípios albergados pela Constituição, a medida eleita deverá ser considerada desarrazoada³⁹.

No âmbito do Direito Administrativo, a razoabilidade é aplicada enquanto parâmetro de aferição da relação de ordem lógica entre os pressupostos fáticos – motivos – e o ato administrativo praticado, visando ao cumprimento do pressuposto teleológico da atividade administrativa, à satisfação do interesse público. Pela máxima da razoabilidade é possível anular atos administrativos aparentemente legais, motivados e pretensamente cumpridores de uma finalidade pública, mas que, em verdade, não guardam uma congruência lógica entre os motivos elencados e o ato praticado, em relação ao alcance da finalidade prevista. Pela falta de ordem lógica entre a trinca motivo/conteúdo/finalidade pode-se invalidar a atividade administrativa, por afronta à máxima constitucional da razoabilidade.

³⁶ Idem, p. 197.

³⁷ Idem, p. 198.

³⁸ Idem, p. 199.

³⁹ BARROSO, *Os princípios da...*, p. 70-71.

O Poder Público deve agir de modo razoável e equilibrado, usando os meios que melhor satisfaçam o interesse público, a finalidade pública inscrita na norma. Destoando deste mandamento, todos os poderes instituídos se colocam à margem da razoabilidade, situação que reclama a invalidação jurisdicional da atividade viciada. Vê-se, pois, que a máxima da razoabilidade funciona, em larga medida, como “um parâmetro negativo da atuação do Poder Público”⁴⁰.

Por conta de todas as dificuldades no estabelecimento de critérios hábeis à aferição gradual da razoabilidade, critérios que possibilitem a eleição da decisão mais razoável, pode-se dizer que ao Poder Judiciário não compete exercer um juízo positivo acerca da razoabilidade das leis e dos atos da Administração Pública. Incumbe-lhe, sim, a invalidação da atividade pública contrária à máxima da razoabilidade. Não se pode, por outro lado, afirmar que a razoabilidade constitui-se em fundamento suficiente à aferição da validade de determinado ato, porquanto, afora o vício de razoabilidade, outros podem contaminar a atividade legislativa e administrativa.

4 A máxima da proporcionalidade

Na tentativa de fixar garantias às liberdades individuais, em face da atuação legislativa e administrativa do Poder Público, controlando assim os desmandos do Governo caracterizados pelo conhecido ‘excesso de poder’, germinou com enorme repercussão a máxima da proporcionalidade, notadamente no Direito Administrativo alemão.

Não obstante a proporcionalidade do Direito europeu estar intimamente ligada à razoabilidade do Direito estadunidense, em uma relação de identidade e reciprocidade, ambos apresentam pontos de distanciamento. Afora a diferença de origem, há que se notar, ainda, uma considerável diferença de conteúdo. Enquanto aquela se consolidou em verdadeira máxima de ponderação, esta representa a evolução substancial do princípio do “due process of law”.

Semelhante ao que ocorre com a razoabilidade, a máxima da proporcionalidade se encontra expressamente positivada pelo ordenamento jurídico de alguns países, sendo que, em outros, decorre do próprio Estado de direito. No Brasil, não há consenso por parte da doutrina acerca de sua sede materiae, sendo que parte da doutrina, acompanhada pela jurisprudência do STF, tende a reconhecer que o status constitucional da proporcionalidade deve ser buscado na cláusula do devido processo legal, disposta no artigo 5º, LIV da CRFB, o mesmo dispositivo que encerra a razoabilidade⁴¹.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 4, n.º 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 174.

⁴¹ Neste sentido, dentre outros: BARROS, O princípio da proporcionalidade..., p. 89-90; MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.º 23, quinzenal, dezembro, São Paulo: IOB, 1994, p. 469.

O entendimento de que a proporcionalidade está constitucionalmente sediada no princípio do devido processo legal substancial, portanto, com sedes materiae comum à razoabilidade, decorre, em grande medida, da propalada sinonímia defendida por parte da doutrina nacional. Sinonímia que, conforme defendido, não se sustenta ante uma análise criteriosa dos dois institutos, quer por questões de origem, quer por diferença de estrutura e aplicação. A inexistência de completa identidade entre as duas máximas justifica o estudo de outros possíveis espaços de justificação da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira.

Discutindo acerca do status constitucional da proporcionalidade, Bonavides sustenta que tal princípio (máxima) “pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”. Segundo o constitucionalista pátrio, a proporcionalidade se infere de outros princípios afins, como a igualdade, “sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito”⁴².

Trata-se, portanto, de instituto implícito e positivado em nosso ordenamento constitucional que, muito embora ainda não formulado como norma jurídica global, decorre “do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição”. Aninha-se, portanto, juntamente com “aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”⁴³.

Esse, realmente, parece ser o verdadeiro status da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira, uma máxima implicitamente reconhecida pela Constituição, que decorre diretamente do Estado constitucional de direito, do regime e dos princípios que informam o nosso modelo constitucional, gozando da proteção prescrita no artigo 60, § 4º, IV da CRFB, em virtude do disposto em seu artigo 5º, § 2º, quando assegura que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Se na esfera constitucional há certa celeuma doutrinária a respeito da sua sedes materiae, no âmbito infraconstitucional a proporcionalidade já se encontra devidamente positivada no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o procedimento administrativo no âmbito da União.

Parece interessante atentar que, enquanto nos Estados nacionais europeus a máxima da proporcionalidade se consolidou como uma reação dos cidadãos ao arbítrio do rei, a razoabilidade estadunidense evoluiu de tensões sociais e não da tentativa de limitar um

⁴² BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 395.

⁴³ *Idem*, p. 396.

poder soberano, sendo esta uma considerável diferença entre os dois institutos constitucionais.

Por certo, tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico ao controle judicial da atividade administrativa e legislativa. Cabe, primeiramente, um breve apanhado acerca da origem e evolução da proporcionalidade no Direito europeu, a fim de que, posteriormente, seja estabelecida a sua trajetória na doutrina e jurisprudência nacionais.

4.1 A proporcionalidade no Direito europeu

As raízes da proporcionalidade podem ser buscadas na passagem do Estado absolutista⁴⁴ para o Estado liberal-individualista, quando se percebeu a necessidade de controle do poder ilimitado do monarca. O advento do Estado de direito exigiu a atenuação do “poder de polícia real” antes ilimitado e legitimado pela lei, passando a ser por ela limitado e controlado. A proporcionalidade despontou como um obstáculo aos desmandos do monarca, demarcando os meios empregáveis e os fins que poderia perseguir⁴⁵.

O germe do instituto em comento, conforme o entendimento de Suzana de Toledo Barros, deve ser buscado na idéia de garantia da liberdade individual em face dos interesses da Administração. “Essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII”⁴⁶.

Pode-se notar, segundo visto com a razoabilidade, que o fundamento de aplicação destas balizas limitadoras da ação do Estado e garantidoras dos direitos fundamentais dos cidadãos é o jusnaturalismo, essa ordem de valores imanentes à personalidade humana, tomada pelo homem a fim de viver com retidão e segundo os preceitos da justiça. Um Direito natural, fruto da história e da cultura das civilizações, com ela evoluindo e se adaptando às variações de tempo e espaço.

⁴⁴ No Estado absolutista a Administração se encontra legalmente incondicionada, sem limites na sua atuação. A fonte de todo o Direito é a pessoa subjetiva do rei, representante divino na terra, sendo que a sua vontade é a lei suprema. O rei é o criador, executor e julgador da e segundo a lei, podendo, entretanto, decidir contrariamente à norma que ele mesmo instituiu. Segundo a filosofia política de Thomas Hobbes, o poder soberano não encontra limites ou obstáculos na lei ou em outra fonte de poder, sendo um poder ilimitado e incondicionado. O monarca, expressão do poder soberano do Estado, não se subordina a nenhuma lei, está acima da lei e confunde-se com a própria lei, na medida em que a vontade do monarca é a expressão da lei. Para Hobbes o poder soberano é um poder sem controle, o poder máximo dentro de um Estado. Os súditos não podem desobedecer ao monarca, desafiar sua autoridade, salvo para resguardar-se de ameaça à vida, o bem em defesa do qual pactuaram o estado civil. O poder soberano não encontra fundamento divino ou natural, trata-se de um poder laicizado, fundado no contrato e na razão humana. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, passim.

⁴⁵ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 33.

⁴⁶ Idem, p. 33.

O Direito Administrativo consagrou a máxima da proporcionalidade como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que, inicialmente, a idéia de proporção ligava-se somente às penas. Em um segundo momento, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem adequados ao cumprimento das finalidades da lei, e que os meios usados não ferissem em demasia os direitos dos cidadãos⁴⁷.

O Direito francês desenvolveu o controle da proporcionalidade dos atos da Administração Pública como decorrência da evolução da teoria do desvio de poder. Trata-se de um meio de controle judicial da atividade administrativa, consistente na invalidação daqueles atos do Poder Público destoantes da finalidade inscrita na norma – finalidade esta sempre vinculada à satisfação do interesse público, ou que, embora praticados mirando o interesse público, não cumprem o fim específico prescrito na norma.

Em determinados países, essa máxima se encontra expressamente positivada pelo ordenamento jurídico, sendo que, em outros, decorre diretamente do Estado de direito. A Lei Fundamental alemã de 1949, em seu artigo 19, previu expressamente o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, estatuidando que quaisquer restrições devem ser necessárias e mantenedoras de seu conteúdo essencial, passíveis de tutela jurisdicional em caso de violações⁴⁸.

O Direito Administrativo espanhol, desde a Lei de Procedimento Administrativo de 1958, também prevê expressamente a necessidade de os atos administrativos serem adequados aos fins que os justifiquem. Na Constituição espanhola de 1978, pós-queda do regime franquista, restou fixado no artigo 53.1 o caráter vinculante dos direitos fundamentais e o necessário respeito de seu conteúdo essencial pela legislação regulamentadora⁴⁹. No mesmo sentido, segundo Canotilho, a ordem constitucional portuguesa, com a qual o Direito Constitucional brasileiro guarda estreita relação, também logrou positivar o princípio (máxima) da proporcionalidade⁵⁰.

Pode-se dizer que o Tribunal Constitucional alemão é quem melhor vem aplicando essa máxima no Direito europeu, quando do controle das leis restritivas de direitos⁵¹. Seus parâmetros vêm sendo usados para invalidar leis que são aparentemente arbitrárias, con-

⁴⁷ Idem, p. 35.

⁴⁸ Idem, p. 42-43.

⁴⁹ Idem, p. 49.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 265.

⁵¹ O entendimento do Tribunal Constitucional alemão acerca do conteúdo do princípio da proporcionalidade pode ser notado em decisões como a do controle da constitucionalidade de uma lei sobre armazenagem de petróleo, dada em 16 de março de 1971. Assim restou consignado o aresto: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 68.

tudo, de difícil comprovação quando do seu confronto com a Constituição. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, segundo critérios de proporcionalidade, desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, repercutiu em grande parte da Europa e, mais recentemente, em países da América Latina como o Brasil⁵².

4.2 Significado da proporcionalidade

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

A moderna doutrina constitucional, em se tratando de restrições a direitos fundamentais, tem inquirido não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição – reserva legal, mas também acerca de sua compatibilidade com a máxima da proporcionalidade. “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador...”⁵³.

Pela máxima da proporcionalidade é possível averiguar se o exercício da função legislativa ou administrativa não acaba por restringir – demasiada e desnecessariamente – direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, impedindo o vilipêndio dos ditames constitucionais por leis e atos administrativos desproporcionais. Pode-se, ainda, limitar a discricionariedade administrativa⁵⁴, de modo a invalidar aqueles atos administrativos praticados por meios que não os mais idôneos ou com desmedida restrição a direitos fundamentais.

A discricionariedade administrativa se encontra inarredável e inegavelmente vinculada aos princípios constitucionais e à satisfação dos direitos fundamentais. Pode-se dizer que o Estado constitucional de direito exige um modelo de discricionariedade vinculada diretamente à Constituição, ao conteúdo dos direitos fundamentais, à garantia dos direitos fundamentais de liberdade e à implementação dos direitos fundamentais sociais⁵⁵.

⁵² Para uma análise mais detida acerca do uso do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão e sua importância no controle das leis restritivas de direitos, pode-se consultar: BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 42-43; BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 370-73; MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 207-25.

⁵³ MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 68.

⁵⁴ Para um estudo mais detido acerca da discricionariedade administrativa, pode-se consultar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2003; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Ano 3, n.º 25, agosto, Curitiba: Zênite, 2003, p. 14-30.

⁵⁵ No mesmo sentido, ver: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa vinculada a princípios fundamentais*. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004, 1223-34.

Como menciona José Joaquim Gomes Canotilho, discutindo acerca dos limites da atuação do Poder Público, por meio de “standards jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição do excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão”⁵⁶.

Essa máxima ganha relevância quando do exame judicial daqueles atos discricionários sabidamente arbitrários, mas aparentemente legais, quando há extrema dificuldade para detectar a ilegalidade que vicia a atividade administrativa. Munido dos parâmetros da proporcionalidade, o juiz parte em busca das ilegalidades materiais dos atos administrativos que, no mais das vezes, ficam encobertas pelo manto da discricionariedade e até mesmo do mérito administrativo⁵⁷.

As arbitrariedades e os desmandos do Poder Público, acoitados pelo dogma da insindicabilidade do mérito administrativo, são perfeitamente invalidados pela aplicação da máxima da proporcionalidade. A vedação à justiciabilidade do mérito administrativo representa um resquício do poder de polícia administrativo e de uma doutrina liberal de absoluta separação dos poderes, que já não se sustenta ante uma teoria constitucional de vanguarda.

O mérito administrativo não pode servir de zona limite à impunidade e à arbitrariedade do Poder Público, devendo ser controlado pelo Judiciário, não para demonstrar ingerência sobre o Executivo, mas para guardar a Constituição, zelar pelo Estado democrático de direito e garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Outro âmbito do discurso jurídico onde a aplicação da máxima da proporcionalidade se reveste de extrema relevância está relacionado ao controle jurisdicional de políticas públicas. A problemática da justiciabilidade de políticas públicas, que guarda estreita relação com a temática central deste trabalho, encontra na proporcionalidade um importante parâmetro de conformação. A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e, principalmente, a implementação dos direitos fundamentais sociais, exigem um ativismo judicial responsável e comprometido, que, embora reconhecendo os ineludíveis limites da reserva do possível⁵⁸, torne viável e efetiva a paulatina realização dos compromissos sociais consti-

⁵⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 263.

⁵⁷ Para um estudo mais detido acerca do mérito administrativo, pode-se consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004, 1235-46.

⁵⁸ Em se tratando de limitações à concretização dos direitos fundamentais, sobretudo a partir de um ativismo judicial comprometido com a defesa da Constituição, os parâmetros da reserva do possível se apresentam como argumentos realmente sólidos, sobrepondo-se no mais das vezes aos argumentos do princípio democrático e da separação de poderes. Ultrapassa os contornos desse estudo uma discussão mais aprofundada acerca dos limites da reserva do possível em matéria de implementação dos direitos fundamentais. Entretanto, algumas considerações devem ser alinhadas. Primeiramente, não se pode negar a existência, em tese, de limites à eficácia dos direitos fundamentais. Diz-se em tese, porque somente no caso concreto é que se poderá avaliar a real existência da limitação imposta. Por certo, são limitações que não podem ser desconsideradas, até porque estão na base do

tucionalmente assegurados. Dentre os inúmeros espaços de aplicação dessa máxima, sem dúvida na defesa da justiciabilidade plena da Administração Pública e na concretização dos direitos fundamentais sociais, podem ser colhidos os frutos mais significativos à teoria constitucional e à efetiva justiça social⁵⁹.

Defendido por Bonavides como o que há de mais novo, abrangente e relevante no constitucionalismo contemporâneo, o princípio (máxima) da proporcionalidade tem a vocação de “compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotada da mais larga esfera possível de incidência”, não se deixando capturar pelas “regiões teóricas, puramente formais e abstratas”⁶⁰.

4.3 As máximas constitutivas da proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemã, em uma visão estrutural e funcional, estabeleceram três elementos parciais que compõem a máxima da proporcionalidade, sendo de enorme relevância enquanto níveis de averiguação de vícios substanciais das leis ou dos atos administrativos, parâmetros impositivos de limites à atuação do Poder Público. Neste sentido, a proporcionalidade é constituída pelas máximas da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

próprio projeto de implementação do catálogo de direitos fundamentais, expressa e implicitamente dispostos na Constituição. A dimensão da reserva do possível, para melhor análise, deve ser dividida em três outras dimensões constitutivas: primeiramente, a dimensão das limitações fáticas ou limitações orçamentárias, quando a implementação de um determinado direito fundamental esbarra na comprovada insuficiência orçamentária; em segundo lugar, a dimensão das limitações jurídicas, quando a vinculação jurídico-orçamentária das receitas disponíveis pelo poder público inviabiliza a consecução de uma política pública constitucionalmente assegurada; por fim, a dimensão da máxima da ponderação, que limita as prestações pleiteadas pelos cidadãos àquilo que se possa razoavelmente exigir do Estado. Muito embora seja comprovada a disponibilidade orçamentária, o limite do razoável veda que o cidadão pleiteie do poder público que possa prover com seus próprios recursos. Certamente, os limites da reserva do possível devem ser aplicados de modo responsável e constitucionalmente comprometido, como parâmetros a uma paulatina consolidação do Estado social democrático, mas nunca como meros argumentos que isentem o Estado da implementação dos deveres inscritos na Constituição. Finalmente, cabe reconhecer aos cidadãos o direito de exigir do Estado não apenas os meios e recursos garantidores do chamado mínimo vital, mas sim o mínimo essencial. Por mínimo essencial deve-se entender não apenas a garantia da sobrevivência, mas a garantia de uma sobrevivência com o mínimo de dignidade e humanidade. Neste sentido, se a discussão acerca dos limites à eficácia dos direitos fundamentais gravita no âmbito da garantia do mínimo essencial, os argumentos dos limites da reserva do possível não podem ser levados a sério. Para aprofundar o estudo acerca das limitações aos direitos fundamentais, os limites da reserva do possível e a problemática dos limites dos limites aos direitos fundamentais, pode-se consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, passim; Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 118-41.

⁵⁹ Para um estudo mais aprofundado acerca da problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, pode-se consultar: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, Ano 4, n.º 41, dezembro, Curitiba: Zênite, 2004, p. 451-62.

⁶⁰ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 395.

Cabe salientar, desde já, que existe uma relação de precedência na aplicação dessas máximas constitutivas, uma ordem pré-definida que exige seja analisada primeiramente a adequação da medida legislativa ou administrativa; posteriormente, se adequada a medida, deve-se aferir sua necessidade; e, caso adequada e necessária, há que se aplicar a máxima da ponderação.

Desta forma, resta imperioso reconhecer que nem sempre será aplicada a proporcionalidade em seus três níveis. Na verdade, além da precedência, há uma inegável relação de subsidiariedade entre os três elementos parciais constitutivos da máxima constitucional da proporcionalidade⁶¹. Em seguida, passar-se-á ao breve apanhado conceitual acerca de um deles.

4.3.1 Máxima da conformidade ou da adequação dos meios (Geeignetheit)

O Poder Público, na prática de seus atos, deve adotar medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins previstos na lei. Em outras palavras, a satisfação do interesse público deve ser buscada segundo meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a existência de conformidade entre os meios empregados e os fins inscritos na norma.

Na esteira da doutrina alemã, Bonavides se refere ao elemento da conformidade como sinônimo de pertinência ou aptidão, pelo qual se pretende aferir “se determinada medida representa ‘o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público’, conforme a linguagem constitucional dos tribunais”. Assim, o autor defende que a adequação se aproxima ou até mesmo se confunde com o princípio da vedação de arbítrio (Übermassverbot), que também é utilizado com significado idêntico à máxima geral da proporcionalidade⁶².

No que toca à identidade entre a proporcionalidade e a proibição do excesso, cabe asseverar que a doutrina nacional, na sua ampla maioria, reconhece esta questão como ponto pacífico.⁶³ Neste sentido, sustenta Raquel Denize Stumm, amparada nos escritos de Canotilho, que o “princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meios e fins”⁶⁴.

A defesa dessa relação de sinonímia não é acompanhada por Luiz Virgílio Afonso da Silva que, partindo do entendimento esposado em recentes decisões do Tribunal Constitu-

⁶¹ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 34.

⁶² BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 360.

⁶³ Neste sentido, dentre outros: BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 69-70; BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 360; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78-79.

⁶⁴ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 78.

cional alemão, sustenta a separação dos dois institutos, já que ostentam contornos conceituais e âmbitos de aplicação diversos⁶⁵. Também reconhecendo a distinção entre proporcionalidade e proibição do excesso, Ávila defende que a “proibição do excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido”, devendo, portanto, ser investigado em separado da proporcionalidade, porquanto sua “aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, mas sim “depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”⁶⁶.

Continuando a justificar a referida diferenciação, Ávila sustenta que a “realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”. Assim, a proibição do excesso guarda relação com a restrição ao núcleo essencial de determinado direito fundamental, ao passo que na proporcionalidade resta preservado o núcleo essencial do direito fundamental restringido⁶⁷.

Voltando à análise da máxima da conformidade, segundo Canotilho, a exigência de adequação pressupõe a investigação e a prova de que a atividade administrativa está conforme aos fins justificativos de sua adoção, um controle da relação de adequação medida-fim. “Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador”⁶⁸.

Conforme ensina Afonso da Silva, a jurisprudência alemã não exige que com o meio empregado seja alcançado o objetivo, mas sim que seja fomentada, promovida a finalidade visada. Deve-se aferir acerca da conformação entre os meios utilizados e o possível fomento do objetivo almejado⁶⁹. Desta forma, o “controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender à ‘relação de adequação medida-fim’, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção”⁷⁰.

Cabe ressaltar que, pela máxima da adequação, não se deve considerar o grau de eficácia das providências escolhidas, tidas como capazes de alcançar o objetivo almejado. A perspectiva da eficácia e o debate acerca do melhor meio para a realização da finalidade desejada – a intervenção menos gravosa ao cidadão – já transbordam o prisma da adequação e entram na órbita da máxima da necessidade⁷¹.

⁶⁵ Para um estudo mais detido acerca da não sinonímia entre a proporcionalidade e a proibição do excesso, pode-se consultar: SILVA, *O proporcional e o...*, p. 29 e ss.

⁶⁶ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 97.

⁶⁷ Idem, p. 100.

⁶⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 264.

⁶⁹ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 36.

⁷⁰ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 79.

⁷¹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 74.

O juiz, quando do controle da proporcionalidade dos atos do Poder Público, deve examinar se o meio escolhido é idôneo à obtenção do resultado pretendido pela lei, à satisfação do interesse público. Não deve, entretanto, exigir uma total e absoluta adequação entre meios e fins, deve sim examinar a conformidade da medida sob o enfoque negativo, invalidando os atos praticados em descompasso com os fins pretendidos pela norma que visavam cumprir.

4.3.2 Máxima da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*)

No exame acerca da proporcionalidade de determinada atuação discricionária do Poder Público, compete ao juiz averiguar se a medida tomada pela Administração ou pelo Poder Legislativo, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos. Dentre as intervenções disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos. A máxima da necessidade exige que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”⁷².

Como se pode notar, há inegável clareza na diferença entre a necessidade e a conformidade. A análise daquela é imprescindivelmente comparativa, ao passo que o exame da adequação é imperioso e necessariamente absoluto⁷³. Conforme sustenta Heinrich Scholler, a “adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha a maior relevância jurídica”. As medidas adequadas nem sempre serão necessárias. Por outro lado, “meios necessários serão sempre adequados”⁷⁴.

O controle jurisdicional da necessidade da providência restritiva deve apurar a possibilidade do Poder Público ter adotado outra medida, igualmente eficaz e menos desvantajosa à coletividade. “O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”⁷⁵.

O controle de constitucionalidade de uma limitação normativa ou administrativa deve aferir se a atuação legislativa ou executiva – além de imprescindível à garantia do exercício do direito fundamental protegido – se apresenta como o instrumento mais eficaz e menos gravoso aos cidadãos. A simples maximização de um direito fundamental não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da providência restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado.

⁷² Idem, p. 76.

⁷³ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 38.

⁷⁴ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, n.º 2, 1999, p. 99.

⁷⁵ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 76.

Não constitucionalmente permitida a adoção de intervenções excessivamente restritivas a direitos dos cidadãos, simplesmente a pretexto de garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza na satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetam sensivelmente os direitos fundamentais. O Estado não está autorizado a valer-se de quaisquer meios para garantir o resultado pretendido, devendo agir com senso de oportunidade e razoabilidade, elegendo aquela providência que em menor escala limite direitos fundamentais dos cidadãos.

4.3.3 Máxima da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit)

Por vezes, tanto as medidas administrativas como as legislativas podem, muito embora adequadas e necessárias, trazer uma carga excessiva de restrições e limitações aos direitos fundamentais dos cidadãos. A providência adotada pelo Poder Público, ainda que no intuito de conferir efetividade a determinado direito constitucionalmente assegurado, acaba por ferir um outro direito também garantido pelo ordenamento constitucional, situação que acarreta demasiado prejuízo à coletividade. Nestes casos, “deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. [...] Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”⁷⁶.

No entendimento traçado por Barros, mesmo quando o juiz considera adequada e necessária a medida adotada pelo Poder Público, nem por isso está a cancelar um instrumento (meio) que imponha ônus demasiado ao cidadão. Por vezes, “é plenamente possível identificar um desequilíbrio da relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro”⁷⁷.

Conforme sustenta Afonso da Silva, para que uma intervenção seja taxada de desproporcional “não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental”. Para que seja reconhecida a afronta ao nível da proporcionalidade em sentido estrito, “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”. Portanto, se “a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional”⁷⁸.

Em termos bastante semelhantes, José Carlos Vieira de Andrade sustenta que a idéia de proporcionalidade em sentido estrito impõe “que a escolha entre as diversas maneiras de

⁷⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 265.

⁷⁷ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 80.

⁷⁸ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 40.

resolver a questão concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação”⁷⁹.

Nos termos da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a atuação levada a cabo deve estar afinada com a idéia de “justa medida”. Os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.

A máxima da ponderação entende os princípios como mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que, nas máximas da adequação e da necessidade, recorre-se às possibilidades fáticas. Segundo Alexy, o fundamento ao princípio (máxima) da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça⁸⁰.

O Judiciário, quando da análise de uma medida restritiva de direitos dos cidadãos, sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela providência e aquele por ela restringido, a fim de averiguar acerca da sua justiça. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a medida obteve um resultado satisfatório e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Como se pode inferir, a valoração das circunstâncias demanda considerável juízo subjetivo⁸¹.

Nesta esteira, assevera Stumm que o princípio (máxima) da proporcionalidade em sentido estrito está relacionado com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. “Decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico. Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins”. Desta forma, o “juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins”⁸².

Conforme a doutrina de Alexy, no que toca à colisão entre princípios constitucionais, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em conflito tem maior peso; segundo as circunstâncias e condições da situação, qual direito deve ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada.

⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 223.

⁸⁰ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 112-15.

⁸¹ No mesmo sentido é o entendimento de Barros, para quem a proporcionalidade em sentido estrito “é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito”. BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 82-83.

⁸² STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 80-81.

A chamada lei da ponderação deve ser aplicada a partir de três fases distintas, muito embora essencialmente relacionadas e complementares. “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação em sentido estrito e próprio”. As três fases de aplicação da lei da ponderação, em uma espécie de graduação da proporcionalidade, demonstram com razoável propriedade que o ceticismo acerca da ponderação e as dúvidas quanto à racionalidade do procedimento são injustificados e incapazes de sustentação, se contrastados com o instrumental teórico oferecido⁸³.

Não se pode olvidar que os “princípios *prima facie* possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro”. Assim, pode-se dizer que a lei de ponderação “não é um procedimento abstrato ou geral, ao contrário, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática”⁸⁴.

Discutindo acerca da importância do princípio da concordância prática à solução de colisões de direitos e sua relação com a máxima da ponderação, como mecanismos essenciais à manutenção da idéia de unidade da Constituição, Andrade defende que aquele não deve ser entendido como um regulador automático, que prescreve propriamente a realização ótima de cada um dos valores em jogo, em termos matemáticos. Trata-se “apenas de um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível”. O “princípio da concordância prática executa-se, portanto, através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito”⁸⁵.

Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se a medida eleita não afrontou um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso, precedendo àquele outro direito efetivado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

⁸³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 78.

⁸⁴ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 81.

⁸⁵ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 222-23.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consolidação de um modelo de sistema normativo formado por regras e princípios jurídicos representa, inegavelmente, um traço evolutivo do novo constitucionalismo em relação ao positivismo jurídico contemporâneo. O reconhecimento da normatividade dos princípios contribui para a estruturação de um conceito de sistema jurídico marcado pela inter-relação axiológica e teleológica de princípios constitucionais e valores fundamentais. Um modelo de ordenamento jurídico que se apresenta aberto, dinâmico e coerente, informado pelo constante processo dialógico entre o Direito e a realidade social, bem como pela imposição aos poderes constituídos, enquanto função precípua, da satisfação e defesa dos princípios e objetivos fundamentais do Estado constitucional de direito.

Os princípios constitucionais desempenham uma função fundamental no ordenamento, conferindo-lhe adequação valorativa, ordenação axiológica e unidade interior. São suas pautas basilares e norteadoras, de onde decorrem os atributos de abertura e dinamicidade do sistema, vias pelas quais a moralidade se espalha a todos os confins do Direito. Os princípios explícitos e implícitos devem ser entendidos como os canais de inter-relação entre o Direito e a moral, as janelas por meio das quais ocorre o efetivo diálogo entre o ordenamento jurídico e a realidade social.

A partir da consolidação de uma moderna teoria dos princípios, o estudo da razoabilidade e da proporcionalidade demonstra que estas máximas ostentam lugar de relevo ímpar no novo constitucionalismo. A máxima da proporcionalidade possibilita o estabelecimento das relações de precedência entre os princípios constitucionais. A análise das três máximas da adequação, necessidade e ponderação permite aferir a idoneidade das medidas legislativas e administrativas, ou se acabam por restringir, demasiada e desnecessariamente, direitos fundamentais dos cidadãos.

A proporcionalidade e a razoabilidade desempenham um papel extremamente importante na limitação da atuação do Poder Público e na manutenção e consolidação dos ditames constitucionais. Enquanto máximas ou cânones de interpretação, ambas despontam como ferramentas efetivamente idôneas à salvaguarda dos direitos fundamentais e à manutenção da ordem constitucional.

A partir da máxima da proporcionalidade, inegavelmente os direitos fundamentais e os princípios constitucionais gozam, de forma otimizada, dos atributos da eficácia e aplicabilidade. Atributos que devem ser temperados e ponderados, em cada caso concreto, com os limites da reserva do possível, problema que demanda um ativismo judicial responsável, consequente e comprometido com a implementação da Constituição enquanto unidade tópicosistemática.

A defesa de um ativismo judicial informado por estes contornos, nem de longe, inspira uma lógica de supremacia do Poder Judiciário ou da discricionariedade judicial ilimitada. O discurso jurídico – e principalmente o discurso judicial – deve ser respaldado por uma adequa-

da teoria da justificação judicial, capaz de conferir parâmetros de racionalidade e razoabilidade ao processo de decisão, na consecução de decisões racionalmente adequadas, implementadoras dos princípios constitucionais e da vontade da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 24, Alicante: Doxa, 2001.

_____. Para una razonable definición de “razonable”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 04, Alicante: Doxa, 1987.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 6, n.º 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 855-2/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 1º/07/1993, publicado no DJU em 1º/10/1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 4, n.º 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito. Curitiba: Juruá, 2003.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Ano 3, n.º 25, agosto, Curitiba: Zênite, 2003.

_____. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Ano 4, n.º 41, dezembro, Curitiba: Zênite, 2004.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. 4. ed. Madrid: Editorial Trota, 2000.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa vinculada a princípios fundamentais. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Florianópolis: UFSC, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.º 23, quinzenal, dezembro, São Paulo: IOB, 1994.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, n.º 2, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Ano 91, n.º 798, abril, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

**A crítica como resistência contra-hegemônica no
redimensionamento da teoria jurídica atual**

Antonio Carlos Wolkmer

1 Introdução

Um dos maiores desafios das últimas décadas é como participar do contexto social da globalização mundial em desenvolvimento, mas sem deixar de estar integrado e atuar ativamente no plano cultural da legitimidade local. Trata-se de construir um projeto social e político emancipatório capaz de reordenar as relações tradicionais entre Estado e Sociedade Civil, entre o universalismo ético e o relativismo cultural, entre a razão prática e a filosofia do sujeito, entre as formas convencionais de legalidade e as experiências não-formais de jurisdição.

Reinscrever novo modo de vida estimula a inserção cultural por outras modalidades de convivência, de relações sociais e regulamentações das práticas emergentes e instituintes. Em tal cenário, a ênfase não estará no Estado e no Mercado, mas agora na Sociedade Civil enquanto novo espaço público de efetivação da pluralidade democrática. Em sua capacidade geradora, a nova esfera pública proporciona, para os horizontes institucionais, novos valores culturais, novos procedimentos de prática política e de acesso à justiça, projetando novos atores sociais como fonte de legitimação do espaço sociopolítico e da constituição emergente de direitos.

Assim, diante do surgimento de novas formas de dominação e exclusão produzidas pela globalização e pelo neoliberalismo que vem afetando substancialmente práticas sociais, formas de representação e de legitimação, impõe-se repensar politicamente o poder da sociedade civil, o retorno dos sujeitos históricos e a produção alternativa de juridicidade a partir do viés da pluralidade de fontes. Certamente que a constituição de uma cultura jurídica anti-formalista e pluralista, fundada nos valores do poder comunitário, está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimidade. O nível dessa eficácia passa pela legitimidade dos atores sociais envolvidos e de suas necessidades e reivindicações. Por conseguinte, é fundamental destacar, na presente contemporaneidade, as novas formas plurais e alternativas de legitimação do Direito.

Antes de mais nada, para se constituir uma cultura político-jurídica mais democrática marcada pelo pluralismo e pela alteridade faz-se necessário, primeiramente, refletir e forjar um pensamento crítico, construído a partir da práxis das sociedades emergentes, capaz de viabilizar novos conceitos, categorias, representações e instituições sociais. É o que se verá a seguir: 1) O Conhecimento Crítico como Estratégia Contra-Hegemônica para a Emancipação Social. 2) Pressupostos para se Pensar uma Filosofia Crítica do Direito e da Política. 3) Formas Emergentes e Alternativas de Contra-Hegemonia na Legitimação do Direito.

2 A construção de um conhecimento crítico como estratégia contra-hegemônica para a pluralidade e a emancipação humanas

Importa, agora, avançar na demarcação de um instrumental teórico apto a expressar e sustentar todo discurso acerca de uma prática político-jurídica enquanto expressão da

alteridade e do pluralismo na perspectiva de sociedades emergentes ou de regiões subordinadas ao globalismo neoliberal.

Inicialmente, faz-se necessário assinalar os diversos sentidos despreendidos da expressão “crítica”, termo que não deixa de ser ambíguo e abrangente, pois representa inúmeros significados, sendo interpretado e utilizado de formas diversas no espaço e no tempo. De qualquer modo, a “crítica” emerge como elaboração instrumental dinâmica que transpõe os limites naturais das teorias tradicionais, não se atendo apenas a descrever o que está estabelecido ou a contemplar, equidistantemente, os fenômenos sociais e reais.¹ Reconhece-se, ainda, que a “crítica” pode revelar, no esclarecimento de Paulo Freire,

[...] aquele conhecimento que não é dogmático, nem permanente, *mas* que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria ‘crítica’ pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano.²

Como processo histórico identificado ao utópico, ao radical e ao desmitificador, a “crítica” assume a “função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas”.³ Uma posição “crítica” há que ser vista, por conseguinte, não só como uma avaliação crítica “de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção a uma nova existência [...]”.⁴

Entendida a crítica como instrumental pedagógico de ruptura e de libertação, a questão que se coloca a seguir é como viabilizá-la na inserção da trajetória da sociedade e da cultura latino-americanas. Ainda que engendrado historicamente por discontinuidades e fluxos deterministas alienígenas, pode-se acreditar na existência de formas de conhecimento que parta do periférico, da experiência das regiões excluídas e subordinadas ao globalismo neoliberal.

Na verdade, um pensamento contra-hegemônico de resistência que surja das nações sonegadas torna-se manifestação apta a instrumentalizar a força de uma crítica inconformista e transgressora no sentido de contribuir na desconstrução das velhas práticas de saber e de poder dominantes.

Com efeito, a edificação de um pensamento crítico que parta do periférico (Terceiro Mundo, América Latina) não implica a total negação ou a ruptura radical com outras

¹ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. “Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito”. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru: ITE, n. 25, abr./jul. 1999. p. 102.

² FREIRE, Paulo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3-4.

³ HABERMAS, Jürgen. In: SANTIAGO, Gabriel L. *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*. Campinas: Alínea, 1988. p. 44.

⁴ QUINNEY, Richard. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 5.

formas racionais e universalistas de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade europeia ou norte-americana, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção. Trata-se de ir efetivando, como diz o filósofo peruano Augusto Salazar Bondy, uma prática cultural crítica em que a realidade histórica irá se refazendo; é o trabalho de recriação na direção emergente para o novo projeto de emancipação, sintoma genuíno e autêntico de um pensamento crítico orientado politicamente para a desalienação e para a libertação.⁵

Como já se alertou em outro momento,⁶ uma teoria ou pensamento de perspectiva crítica opera na busca de libertar o homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado. A “crítica”, como saber e prática da libertação, tem que demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisi-ficados e moldados pelos determinismos históricos, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas, das dissimulações opressoras e das falácias ilusórias do mundo objetivo/real. O pensamento crítico tem a função de provocar a autoconsciência dos sujeitos sociais oprimidos que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes dos grupos privilegiados e das formas institucionalizadas de violência e de poder (local ou global). Certamente, a “crítica” como dimensão epistemológica e ideológica tem um papel pedagógico altamente positivo, à medida que se torna instrumental operante adequado ao esclarecimento, resistência e emancipação, indo ao encontro e respondendo aos anseios, interesses e necessidades de todos aqueles que sofrem qualquer forma de discriminação, exploração e exclusão.

De igual modo, para se constituir uma nova cultura da emancipação e da pluralidade, através de certas categorias críticas emergentes, seja como forma de destruição da dominação, seja como instrumento pedagógico da libertação, envolve duas condições essenciais:

- 1) inspira-se na “práxis concreta” e na situação histórica das estruturas socioeconômicas secularmente espoliadas, dependentes, marginalizadas e colonizadas;
- 2) as categorias teóricas e os processos de conhecimento são encontrados nas próprias culturas teológica, filosófica e socio-política de especificidades como as da América Latina.⁷ Nesse aspecto, cabe apreender os substratos fomentadores de um pensamento com identidade própria e de vanguarda, advindos tanto da **Teologia** (Gustavo Gutiérrez, Hugo Assmann, Clodovis e Leonardo Boff) e da **Filosofia** (Enrique D. Dussel, Augusto Salazar Bondy, Leopoldo Zea, Alejandro Serrano Cadeira, Raul Fonet-Betancourt) quanto

⁵ SALAZAR BONDY, Augusto. *Existe una filosofía de nuestra América?* 8. ed. México: Siglo Veintiuno, 1982. Igualmente: ZEA, Leopoldo. *La filosofía americana como filosofía sin más*. 3 ed. México: Siglo Veintiuno, 1975; _____. *El pensamiento latinoamericano*. 3 ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 526.

⁶ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. “Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito”. p. 102-103. *Igualmente constatar*: Introdução ao pensamento jurídico crítico. p. 9-11.

⁷ Extratos de idéias escolhidos de: Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no direito. p. 268-269.

da **Economia** (Rui Marini, Theotônio dos Santos, Celso Furtado, Franz J. Hinkelammert), da **Geografia** (Milton Santos), da **Pedagogia** (Paulo Freire), da **Sociologia** (Fals Borda), da **Antropologia** (Darcy Ribeiro), da **Política** (Jose Martí, José Carlos Mariátegui) e do **Direito** (Jesus A. de la Torre Rangel, David Sanchez Rubio).

2 Pressupostos para se pensar uma filosofia crítica na política e no direito

Tendo-se em conta os conceitos de “crítica”, como expressão do conhecimento radical desmitificador e como transposição do instituído opressor, passa-se, agora, à clara conexão com o que seja política e seja direito como instrumentais da prática alternativa emancipadora. De concreto, o “critério” fundante de toda e qualquer filosofia crítica da política e do direito será expressar a defesa dos princípios básicos da vida humana digna, e da liberdade e da justiça.⁸

É nessa perspectiva que uma filosofia crítica da política assume a responsabilidade por instrumentalizar a razão de ser e a justificativa de se lutar contra o que Enrique Dussel designa de “a não-verdade, a não-validez (deslegitimação), a não-eficácia da decisão, da norma, da lei, da ação, da instituição ou da ordem política vigente e injusta desde a perspectiva específica da vítima, do excluído”.⁹ Assim, a filosofia crítica da política revela-se um diagnóstico correto e uma práxis transformadora das patologias do instituído e das diversas formas da “negatividade material” (miséria, marginalização, exclusão, negação da cidadania). O ponto de partida da filosofia crítica da política é a “negatividade do mundo da vida”, fator determinante para que a ordem política vigente inviabilize a “reprodução da vida” e a “participação” legítima e democrática dos “oprimidos do processo de globalização, das classes exploradas, das populações autóctones excluídas, dos marginalizados, dos imigrantes pobres e tantos outros grupos sociais vitimados [...]”.¹⁰ A política crítica deve, além de comprometer-se com os “atores sociais diferenciados e excluídos”, buscar “organizar os movimentos sociais necessários” e contribuir para edificar “positivamente alternativas aos sistemas político, jurídico, econômico, ecológico e educativo vigentes [...]”.¹¹ A verdadeira filosofia política crítica, que ultrapassa o niilismo e individualismo crítico pós-modernista, pauta no dizer de Dussel, por estratégias crítico-emancipadoras, desencadeando lutas em diferentes “frentes de libertação” (dos excluídos, pobres, raças discriminadas, sexos oprimidos, velhos descartados, crianças exploradas, povos ignorados, culturas aniquiladas, etnias depreciadas)” e afirmando o desenvolvimento da vida e da liberdade humanas em sua dimensão universal. Em suma, filosofia crítica da política deve atuar assumindo a responsabilidade pela dignidade do outro e

⁸ Cf. SANCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 180-183.

⁹ DUSSEL, Enrique. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001. p. 54.

¹⁰ DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 58-59.

¹¹ DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 60.

contribuindo para implementar estruturas políticas justas e legítimas, mediante “novas normas, leis, ações e instituições políticas”.¹²

De igual modo, como se pode projetar uma nova filosofia política, não menos relevante é estender a problematização a uma juridicidade crítica de perspectiva pluralista.

É, também, imprescindível ter como ponto de partida para qualquer reflexão sobre direito e justiça a inclusão do paradigma da “vida humana” com dignidade. Na óptica das premissas norteadoras da ética da alteridade, Enrique Dussel adverte a imperatividade da vida humana para a construção de uma realidade social justa, que venha a restaurar “[...] a dignidade negada da vida da vítima, do oprimido ou excluído”.¹³ Esta perspectiva da alteridade que prioriza o ser humano concreto, manifesta-se na fundamentação crítica de uma outra juridicidade e na condição real de emergência de novos direitos essenciais. Desse modo, diante dos grandes paradigmas da tradição ocidental (ser, conhecer e comunicação)¹⁴ Dussel apresenta, na transposição da totalidade excludente e na dimensão, agora, da exterioridade libertadora, elementos críticos de uma ética centrada no “Outro”, base para repensar a questão da justiça e dos direitos humanos.

Passa-se, agora, à proposição de uma Filosofia Crítica no Direito.

Assim, o conceito de libertação, extraído da ética da alteridade de Dussel, tem favorecido o surgimento de uma análise crítica da juridicidade formalista e opressora por parte de jusfilósofos como Jesus Antonio de la Torre Rangel (México) e David Sanchez Rubio (Espanha).

Há que se considerar, como assevera Jesus A. de la Torre Rangel que o direito tem sua raiz no ser humano. Sem dúvida, “é o Outro, desde a exterioridade, o que dará sempre a pauta de uma busca histórica da vigência real dos direitos humanos, da Justiça e do bem-comum”.¹⁵ Mais particularmente, no dizer de La Torre Rangel, a juridicidade moderna, por ser alienante, será transposta por um pensamento crítico-filosófico que leve em conta a

[...] luta do povo por justiça, quando o outro seja reconhecido como outro. O primeiro momento será reconhecer a desigualdade dos desiguais, e a partir daí virá o reconhecimento pleno não já do desigual, mas do distinto portador da justiça enquanto outro. O Direito perderá sua generalidade, sua abstração e sua impersonalidade. É o rastro do outro como classe alienada que provoca a Justiça [...]. Por essa razão, [...] a busca da Justiça concreta rompe com todo um aparato jurídico que só existe para manter o lucro e o poder.¹⁶

¹² DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 64.

¹³ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 93.

¹⁴ Ver: AZEVEDO, Mônica Louise de. “Direito humanos e filosofia da libertação”. *Revista Argumenta*. Jacarezinho: Fundinopi, 2001. p. 184-185.

¹⁵ RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. Mexico: Porrúa/UAA, 2001. p. 100.

¹⁶ RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *El derecho que nace del pueblo*. Aguascalientes: CIRA, 1986. p. 56.

Em outra juridicidade crítica que parte dos aportes de Dussel e Hinkelammert, David Sanchez Rubio mostra, igualmente, que a libertação legitima-se como expressão da luta dos excluídos por seus direitos. Ao relacionar libertação com justiça e direitos humanos, o professor da Universidade de Sevilha, deixa claro que, “[...] falar de libertação é apostar por uma determinada concepção de Justiça cuja opção são os pobres e que, no contexto atual, se manifesta [...] com as vítimas do sistema social capitalista”.¹⁷ Isso explica a razão de o conceito de Justiça tornar-se tão importante na América Latina. Precisando ainda mais, pontualiza Sanchez Rubio que a Justiça reclamada pelos coletivos marginalizados e pelos pobres excluídos de seus direitos revela-se a fonte mais autêntica “[...] de toda luta contra situações de exploração. O Direito à vida e o Direito à liberdade, entendidos em um sentido tanto individual como coletivo, moldam o espaço mínimo a partir do qual a dignidade humana é desenvolvida nos contextos de adversidade, miséria e dominação”.¹⁸

Portanto, o pensamento crítico, forjado na denúncia e na luta dos próprios oprimidos contra as falsas legitimidades e as falácias opressoras do formalismo legalista da modernidade, serve de substrato para uma autêntica e genuína filosofia jurídica da alteridade. Reconhece Dean F. B. de Almeida que, ao contribuir para superar o formalismo juspositivista, a proposta da alteridade jurídica a partir da periferia “[...] representa uma nova postura prático-reflexiva [...] rompendo com a hegemonia do pilar regulação e com o mito da modernidade norte-americana”.¹⁹

Nessas condições norteadas por uma filosofia jurídica crítico-emancipadora, as práticas plurais de juridicidade evadem-se do individualismo sistêmico de dominação para transformarem-se em instrumento responsável pela mudança social. Essa filosofia jurídica da alteridade, incorporando as necessidades fundamentais (liberdade, justiça, vida digna e direitos humanos) de novos atores históricos, possibilita a verdadeira descoberta de um sujeito social emergente, um direito que revela e legitima acima de tudo a dignidade do Outro, que o respeita e o protege. O direito voltado para a libertação deixa de legitimar e assegurar o interesse dos setores sociais dominantes “[...] para transformar-se no instrumento vivo de humanização da sociedade latino-americana [...]”.²⁰

Em suma, a crítica permite uma tomada histórica para reconhecer uma nova cultura jurídica marcada pelo pluralismo comunitário-participativo e pela legitimidade construída através das práticas internalizadas por uma extensa gama de novos atores sociais.

¹⁷ SANCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación em América Latina*. p. 178. ¹⁸ *Ibidem*, p. 157 e 180.

¹⁹ ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *América Latina: filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba, 2002. p. 24. Mimeo.

²⁰ ALMEIDA, Dean Fabio B. de. *Op. cit.*, p. 25.

3 Formas emergentes e alternativas de contra-hegemonia na legitimação do direito

Na crise do projeto cultural da modernidade ocidental, constata-se a transposição de modelos de fundamentação e o desenvolvimento para novos parâmetros científicos de conhecimento. Os modelos de referência político e jurídico de corte racionalista, individualista e universal vêm sendo radicalmente debatidos no que tange aos seus conceitos, suas fontes e seus institutos frente à pluralidade de transformações técnico-científicas, das experiências de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas). Ora, as necessidades, os conflitos e os novos problemas postos pela sociedade no início do milênio geram também formas alternativas de legitimação de direitos que desafiam e põem em dificuldade a teoria clássica do Direito²¹.

Assim, os pressupostos substantivos que constituem e sustentam novas formas de legitimação, quer da Justiça, quer do Direito, devem ser buscados na ação participativa e contra-hegemônica de sujeitos sociais emergentes e na justa satisfação de suas necessidades fundamentais.

Primeiramente, importa considerar que no espaço da “pluralidade de interações das formas de vida, empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação vinculadas à participação consciente e criativa de novos sujeitos sociais. É ver em cada essência humana (individual e coletiva) um ser capaz de agir de forma solidária e emancipadora, abrindo mão do imobilismo passivo e do beneficiamento individualista comprometido”²².

É desse modo que a retomada e a redimensionalidade do conceito histórico de “sujeito” estão mais uma vez associados a uma tradição de utopias revolucionárias de lutas e resistências. Na presente contemporaneidade, num cenário de exclusões, opressões e carências, as práticas emancipadoras e insurgentes das novas identidades sociais (múltiplos grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, ONGs) revelam-se portadoras potenciais de novas e legítimas formas de fazer política, bem como fonte alternativa e plural de produção jurídica²³.

A ineficácia das instâncias legislativas e jurisdicionais do clássico Direito Moderno favorecem “a expansão de procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais”, exercidas dialogicamente e consensualizadas por sujeitos sociais que, apesar de, por vezes,

²¹ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos”. 2001, p. 2-3. [mimeo].

²² Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. “Direitos, poder local e novos sujeitos sociais”. In: RODRIGUES, H. W. [Org.]. *O direito no terceiro milênio*. Canoas: Ulbra, 2000. p. 97.

²³ WOLKMER, *Direitos, poder...*, Op. cit., p. 104.

oprimidos e “inseridos na condição de ‘ilegalidade’ para as diversas esferas do sistema oficial, definem uma forma plural e emancipadora de legitimação. [...]” Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão-somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa.

As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, tornam, presentemente, significativo reconhecer, na figura dos novos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar práticas de justiça alternativa e direitos emergentes, bem como viabilizar práticas legitimadoras de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida²⁴.

Posta a questão dos novos agentes de construção da ação coletiva, cabe considerar ainda a constituição das necessidades humanas e sua justa satisfação como critério para serem pensadas novas formas de legitimação no âmbito da juridicidade. A estrutura das necessidades humanas (existenciais, materiais e culturais) que permeia a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante “ausência” ou “vazio” de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação²⁵. O conjunto das necessidades humanas varia de uma sociedade ou cultura para outra, envolvendo amplo e complexo processo de socialização. Há que distinguir, portanto, na problematização das necessidades, suas implicações contingentes com exigências de legitimação.

Dessa forma, uma necessidade “pode ser reconhecida como legítima se sua satisfação não inclui a utilização de outra pessoa como mero meio.”²⁶ Torna-se, deveras, condenável qualquer determinação arbitrária sobre a qualidade e a quantidade das necessidades, cabendo ao cidadão – comprometido com o procedimento justo – não só rechaçar a idéia de objetivações cotidianas interiorizadas por dominação, como, sobretudo, “praticar o reconhecimento de todas as necessidades, cuja satisfação não supõe o uso” e a exploração dos demais membros da comunidade²⁷. É nessa perspectiva compartilhada que combina criativamente realismo e utopismo que importa resgatar a presença plural dos novos sujeitos sociais que se tornam fontes de legitimação de um novo senso comum capaz de efetivar a justiça concreta e uma nova maneira de constituir direitos.²⁸

Assim, a razão de ser de uma juridicidade alternativa e contra-hegemônica está na transgressão ao convencional instituído e injusto, na possibilidade de se revelar como instru-

²⁴ Cf. WOLKMER, *Direitos, poder...*, Ibidem, p. 104-105.

²⁵ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Sobre a teoria das necessidades: a condição dos novos direitos*. In: Alter Ágora. Florianópolis: CCJ/UFSC, n. 01, maio/1994. p. 43.

²⁶ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *Políticas de la postmodernidad*. Barcelona: Península, 1989. p. 171-172. Ver também: HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1978.

²⁷ HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990. p. 238-239.

²⁸ Cf. WOLKMER, *Pluralismo jurídico – Fundamentos...*, Ibidem, p. 245 e 247.

mental de construção de uma sociedade mais comprometida com valores nascidos de práticas sociais emancipadoras.

Em síntese, os pressupostos de fundamentação da produção de novos direitos e de múltiplas experiências de jurisdição descentralizadas estão diretamente associados à força de resistência contra-hegemônica das novas formas de alianças entre movimentos, redes e organizações locais e nacionais que aspiram a um mundo mais justo, solidário e a uma vida humana com mais dignidade.

5 Referências

ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *América Latina: filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba, 2002. [Mimeo]

AZEVEDO, Mônica Louise de. “Direito humanos e filosofia da libertação”. *Revista Argumenta*. Jacarezinho: Fundinopi, 2001.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

FREIRE, Paulo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HABERMAS, Jürgen. In: SANTIAGO, Gabriel L. *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*. Campinas: Alínea, 1988.

HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1978.

_____; FEHÉR, Ferenc. *Políticas de la postmodernidad*. Barcelona: Península, 1989.

_____. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990.

QUINNEY, Richard. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *El derecho que nace del pueblo*. Aguascalientes: CIRA, 1986.

_____. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. Mexico: Porrúa/UAA, 2001.

SALAZAR BONDY, Augusto. *Existe una filosofía de nuestra América?* 8. ed. México: Siglo Veintiuno, 1982.

SANCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. “Sobre a teoria das necessidades: a condição dos novos direitos”. In: *Alter Ágora*. Florianópolis: CCJ/UFSC, n. 01, maio/ 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. “Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito”. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru: ITE, n. 25, abr./jul. 1999.

_____. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. “Direitos, poder local e novos sujeitos sociais”. In: RODRIGUES, H. W. [Org.]. *O direito no terceiro milênio*. Canoas: Ulbra, 2000.

_____. *Pluralismo jurídico - Fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos”. 2001. [mimeo]

ZEA, Leopoldo. *La filosofía americana como filosofía sin más*. 3. ed. México: Siglo Veintiuno, 1975.

_____. *El pensamiento latinoamericano*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia, 2000.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS – V1, N.1

1 – A *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* está aberta a colaborações de professores, pesquisadores, juristas e outros profissionais que atuam na área de Direito, tanto brasileiros quanto estrangeiros;

2 – Originais devem ser enviados para o seguinte endereço: Av. Universitária, s/nº – JK – CEP 39404-006 – Montes Claros – MG. Cópia dos originais deve ser enviada para o seguinte endereço eletrônico: estudosjuridicos@santoagostinho.edu.com.br.

3 – Originais devem ser redigidos em português, comportando forma e conteúdo eminentemente científicos, formatados de acordo com as normas estabelecidas pelo manual da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas);

4 – Originais devem ser acompanhados de resumo em inglês, francês e espanhol, de súmula curricular do (s) autor (es).



CAMPUS I
\$Y8QLYHUVLWiULDVQô-.
0RQWHV &ODURV 0*
& (3

CAMPUS II
\$Y2VPDQH%DUERVD -.
0RQWHV &ODURV 0*
& (3

CAMPUS III
\$YRQDWR4XLQWLQR&LGDGH1RYD
0RQWHV &ODURV 0*
& (3

CAMPUS 3,5 \$325\$
\$Y-HIIHUVRQ*LWLUDQD &tFHUR3DVVRV
3LUDSRUD 0*
& (3

