

ADVOCACIA E O PARADIGMA DA LIBERDADE

Aurélio Wander Bastos

Coordenação

Autores:

Antônio Carlos Cintra do Amaral
Benedito Fonseca e Souza Adeodato
Benizete Ramos de Medeiros
Gabriel Dolabela de L. R. Rangel
Jorge Rubem Folena de Oliveira
Jose Barroso Filho (Ministro do STM)
Katia Rubinstein Tavares
Marcos Carnevale Ignácio da Silva
Maria Fernanda Dias Mergulhão
Nilson Vieira Ferreira de Mello Junior
Paulo Renato Fernandes da Silva, e
Aurélio Wander Bastos

BIBLIOTECA DANIEL AARÃO REIS - IAB

2018

Advocacia e o paradigma da liberdade

Biblioteca Daniel Aarão Reis

Rio de Janeiro, 2018.

Diretoria Estatutária

Técio Lins e Silva
Rita de Cássia Sant'Anna Cortez
Duval Vianna
Sergio Francisco de Aguiar Tostes
Jacksohn Grossman
Carlos Eduardo de Campos Machado
Fernando Máximo de A. Pizarro
Drummond
Adriana Brasil Guimarães
Antônio Laért Vieira Junior
Sydney Limeira Sanches
João Carlos Castellar Pinto
Aurélio Wander Chaves Bastos
José Roberto Batocchio
Ester Kosovski
Eurico de Jesus Teles Neto
Carlos Roberto Schlesinger
Luiz Felipe Conde

Diretoria Executiva

Aristóteles Dutra de Araújo Atheniense
Paulo Lins e Silva
Armando de Souza
João Luis Duboc Pinaud
Vanusa Murta Agreli
Thales Rezende Rodrigues de Miranda
Ana Tereza Basílio
Renato Ribeiro de Moraes
Rogério Álvaro Serra de Castro
Arnon Velmovisky
Paulo Penalva Santos
Pedro Paulo Guerra de Medeiros
Katia Rubinstein Tavares

Organização

Angela Moreira Ribeiro

Amanda Terto

Advocacia e o paradigma da liberdade/coordenado por
Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: IAB NACIONAL,
2018. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/>

1. Direito. I. Instituto dos Advogados Brasileiros.

CDD 340.05

CDU 34(05)

SUMÁRIO

Prefácio.....	4
Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito.....	9
O Positivismo Jurídico Caricaturado pela Doutrina Brasileira.....	28
Carl Schmitt e o Conceito Político de Direito – Uma Leitura de o Guardião da Constituição.....	40
Desafios do Desenvolvimento: A complexa Integração entre o Político, o Social e o Econômico.....	53
O Paradoxo da Condição Feminina.....	70
Fatos Sociais Novos e o Ativismo Judicial.....	75
Democracia Racial: Uma Abordagem Crítica.....	83
Tobias Barreto: Contribuição para a Formação do Pensamento Jurídico Brasileiro.....	90
Uma Crítica ao Conceito de Desenvolvimento Sustentável: Um Atentado aos Valores Culturais e Ambientais Regionais.....	101
As Repercussões do Código Civil de 2002 Sobre o Contrato de Trabalho e o Neoconstitucionalismo.....	111
Velhos Hábitos, Nova Roupagem – Uma Reforma sob Encomenda e a Luta das Associações e Instituições Judiciárias.....	124
Crise Econômica e as Instituições Judiciárias.....	147
A Concessão de Serviço Público como Contrato de Resultado....	155

PREFÁCIO

Aurélio Wander Bastos^{1*}

Esse *e-book*, que intitulamos a **Advocacia e o paradigma da liberdade**^{**}, organizado pela Biblioteca Daniel Aarão Reis, é uma homenagem de reconhecimento ao Presidente **Técio Lins e Silva** que conduziu brilhantemente, com determinação e firmeza, o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, durante a gestão de 2016/2018, que deu continuidade a gestão 2014/2016. No Plenário do Instituto presidiu não apenas com eficiência os debates e as discussões de pareceres, sobre anteprojeto, projetos de leis e leis, mas também incentivando as atividades das Comissões Temáticas e, muito especialmente, as iniciativas da Biblioteca, na organização bibliográfica, nos lançamentos de livros, na edição da Revista Digital, acompanhando o projeto de implantação da Escola Superior do IAB e a recuperação do espaço da Teixeira de Freitas nº 5, 3º andar e a publicação de pesquisas relevantes que marcaram datas especiais da vida jurídica brasileira.

Este *e-book* tem como objetivo, também, homenagear todos os diretores do IAB que estiveram em exercício no período citado e que contribuíram direta ou indiretamente para o sucesso das atividades desenvolvidas, lembrando, principalmente, as atividades das Comissões e as Indicações apresentadas em Plenário para avaliação e debate de temas referentes à vida jurídica brasileira. Não podemos esquecer que este trabalho também é um reconhecimento do esforço daqueles funcionários que na Biblioteca viabilizaram as suas atividades e a todos os funcionários da Casa que tornaram possível a realização dos projetos da própria Biblioteca.

Neste contexto o *e-book* procurou consolidar 13 (treze) artigos, de um total de 70 (setenta) publicados na Revista Digital, que entre os números 24 e 38, a que se somam importantes pareceres também debatidos em Plenário. Os artigos consolidados, basicamente, foram selecionados em função do propósito de se incentivar uma leitura, não apenas jurídica, mas também teórica e política da situação brasileira atual, sem desprezar temas de relevâncias histórica que contribuíram e influenciaram na construção do Brasil moderno. Os outros artigos foram também relevantes mas o caráter técnico diversificado não viabiliza(ou) uma leitura concentrada no espaço bastante modesto.

¹Diretor da Biblioteca Aarão Reis – Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB -Professor Titular Emérito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio - Autor de OAB e a Democracia no Brasil (3 vol)

^{**} Inicialmente tínhamos programado esse livro, com o título paradigma da liberdade, mas depois de ouvir o pronunciamento do dr. Michel Saliba Oliveira na sessão de 25 de abril ouvimos ele pronunciou com muita ênfase a palavras “paradigma da coragem, mas conversando com os colegas confrades pensamos, e alterar o título, mas verificamos que havia uma certa inclinação para o título já encaminhado na digitação. De qualquer forma, queremos incorporar a nossa opção a palavra coragem que na opinião do Confrade André Barros é também representativa do que se exige dos advogados no momento histórico em que estamos passando.

Neste sentido, marcou a nossa preocupação os artigos que estudam o pensamento de juristas que marcaram a Teoria do Direito no mundo moderno, assim como artigos voltados para a interpretação da legislação positiva à luz das teorias do direito, procuramos selecionar os artigos deste *e-book* predominantemente em função do desenvolvimento conceitual dos institutos jurídicos aproximando para efeitos de leitura especificamente os artigos cujo objeto e o método do trabalho permitisse alguma comparação ou identificação de semelhança.

Preside a introdução desta leitura o texto comparativo entre o pensamento do jurista austríaco Hans Kelsen e o jurista alemão Carl Schmitt, contemporâneos de posições radicalmente divergentes. Hans Kelsen, contribuiu decisivamente com o seu livro *Teoria Pura do Direito* para o processo de Constitucionalização da ordem jurídica, priorizando o Direito Constitucional como referência hermenêutica para o reconhecimento do Direito Positivo evoluindo no seu livro *a Democracia* para uma proposta de construção de uma estrutura exclusivamente formal, onde as normas se explicaram em função de sua coerência axiológica interconexa, como observa **Aurélio Wander Bastos**. Embora, contemporâneo, a obra de Carl Schmitt evolui de em linha bastante diversa da orientação de Kelsen, especialmente porque mais do que privilegiar a regra geral, privilegiando a excepcionalidade ele prioriza a exceção que em processo cumulativo e sequencial viabiliza a construção de uma ordem autoritária.

Artigo que não está exatamente fora no contexto dessa discussão elaborado por **Gabriel Dolabella Raemy Rangel**, retoma em prisma diferenciado a discussão sobre o **positivismo jurídico, caricaturado pela doutrina brasileira**. Esse estudo faz uma comparação com o positivismo jurídico atribuído a Hans Kelsen que não exatamente é a posição descrita no texto antecedente deste *e-book* sobre Kelsen, mas aborda a questão do positivismo jurídico (no Brasil), no *banco dos réus das teorias jurídicas*. Essa nova corrente de pensamento jurídico e *filosófico no Brasil, tende a disparar críticas genéricas ao positivismo jurídico*, desconsiderando as *diversas escolas* que disseminam o positivismo jurídico.

Neste e-book, **Nilson Vieira Ferreira de Mello** faz um estudo onde destaca que *ao examinarmos o totalitarismo, percebemos que ele nem sempre - na verdade, raramente - se concretiza mediante um golpe de Estado clássico, mas, sim, por meio da própria norma formalmente instituída*. Aliás, na verdade, na Itália e na Alemanha estes movimentos cresceram no contexto eleitoral partidário. O artigo não se preocupa com as comparações genéricas mais faz um diagnóstico de suas ameaças nas sociedades modernas, neste sentido colaborando a hipótese de que as exceções contrariam a regra geral e no conjunto delas a ordem democrática.

Não exatamente, com estas preocupações, mas vendo nas diferenças ideológicas as dificuldades para acomodar o próprio progresso e a democracia. **José Barroso Filho**, na dimensão da sua experiência na magistratura e na leitura cotidiana do Brasil, observa que conforme registrou Amartya Sen deve-se ver *o desenvolvimento (não naquele quadro de amarguras mas) como expansão de liberdades substantivas (que) conduz (em) ao entendimento de que, com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino, sendo agentes e não somente beneficiários passivos de programas de desenvolvimento*". Nesse sentido, precisamos promover uma Inclusão Social, consequente e produtiva, que supere as dificuldades da crise partidária institucional e absorva os novos patamares de demandas sociais, Barroso citando Celso Furtado observa que *O Desenvolvimento não é apenas um processo de acumulação e de aumento da produtividade macroeconômica, mas principalmente o caminho de acesso a formas sociais mais aptas à criatividade humana e que respondam às aspirações da sociedade*.

João Carlos Castellar, no interessantíssimo (ilustrado) artigo cuja as imagens falam tanto ou mais que a linguagem evolui numa linha histórica bastante especial e marcante profundamente marcante das demandas da sociedade moderna quando discute no seu artigo – O Paradoxo da Condição Feminina, A chamada Lei Maria da Penha, estatuto que regula os direitos das mulheres, *direitos e garantias contra homens violentos*. Todavia o próprio autor observa que a autonomia da vontade feminina fica limitada diante do opressor tendo em vista a ação do Ministério Público, defendendo uma postura não ativa contra a pressão feminina. **Benedito Fonseca e Souza Adeodato**, que também escreve um texto marcado pelo engajamento trata da questão Fatos Sociais Novos e o Ativismo Judicial, mais preocupado, no entanto com a capacidade ativa de nossas instituições na defesa do cidadão. Em tratando da questão de "Fatos sócias novos" tais como Homofobia (aliás tão antiga quanto seu tempo), o Aborto anencefálico, a união homoafetiva, racismo e diversos tipos de transplantes observa que *graves problemas existenciais, como os anteriormente indicados, deveriam ter sido solucionados em nosso país, no plano legislativo ou em âmbito propriamente administrativo, onde alcançariam resolução social satisfatória, evitando a intervenção do Supremo Tribunal Federal, - STF, que em termos históricos, tem desempenhado o papel político desde os primórdios*, dessas novas demandas, no que viabilizou um efetivo ativismo judiciário. Este quadro demonstra que os modelos clássicos da luta classista inclusive de natureza partidária, estão por perecer viabilizando novas formas de movimentos que através da inclusão política dos grupos minoritário defendam a institucionalização de suas demandas.

Maria Fernanda Mergulhão no seu artigo Democracia Racial desenvolve um especial retrato da obra de Gilberto Freyre, sociólogo e antropólogo que identificou a convivência entre as diversas etnias que afluíram para o Brasil e contribuíram para a sua construção dentro dos limites da harmonia e do equilíbrio étnico. Observa a autora que são *relevantes os dados empíricos de diversas ordens apresentados na obra de Gilberto Freyre, para maior reflexão e entendimento da sociedade brasileira existente naquela época, a exemplo das questões religiosas, em meio a tanta diversidade de raças, e conseqüentemente, de credos, não ter gerado maiores conflitos*. Fernanda Mergulhão assim escreve este autor na leitura clássica do *homem brasileiro como o homem cordial*, de Sergio Buarque de Holanda. Não propriamente no mesmo tema, mas também um esforço compreensivo do Brasil está no estudo de **Kátia Rubinstein Tavares**, intitulado Tobias Barreto: contribuições para a formação para o pensamento jurídico brasileiro. Observa a autora sobre o tempo de Tobias Barreto. *Por essa razão, pode-se dizer que o arcabouço jurídico construído durante o Império, tanto no aspecto legislativo quanto no aspecto institucional, decorreu de uma composição entre as referidas ordens políticas predominantes. Nesse sentido, podemos afirmar que Estado e Direito, à época de Tobias Barreto, eram verso e averso de uma mesma moeda, qual seja: uma ordem econômica conservadora, que excluía o povo brasileiro de qualquer participação na construção da vida política e jurídica nacional*. Artigo dedicado ao seu próprio pai George Tavares, que, com tantos outros destemidos advogados dentre eles, Modesto da Silveira, Osvaldo Mendonça, Evaristo de Moraes e Heleno Fragoso contribuíram nos tribunais junto com Tício Lins e Silva para salvar a democracia brasileira vitoriosa nos seus 30 (trinta) anos (2018), da promulgação da Constituição Brasileira de 1988.

Jorge Ruben Folena de Oliveira, no seu artigo DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: uma crítica aos valores culturais e ambientais regionais, teve como objetivo fazer uma análise entre o conceito de desenvolvimento sustentável e os interesses dos povos locais. Não é possível acreditar que um projeto para o bem-estar de um povo tenha como ponto de partida uma realidade universal desconhecida e distante da (própria) realidade (circundante). O autor, observa conclusivamente, no trabalho, tem como base teórica o cruzamento das propostas de Kant, sobre a universalização da história, defendida pelos neoliberais, e os estudos críticos de Gramsci sobre a conciliação do capital com as forças de trabalho para manter a ordem política e social, que a construção de uma sociedade democrática não pode desvencilhar-se da realidade que circunda o homem no seu ambiente experimental.

O texto de **Paulo Renato Fernandes da Silva** que intitulamos O contrato de trabalho: as repercussões do Código Civil de 2002 e os efeitos do Neo

constitucionalismo desenvolve uma análise sobre as inovações constantes do Código Civil Brasileiro de 2002 e suas possíveis incidências sobre os institutos contratuais trabalhistas. Por outro lado, o próprio Código Civil sofreu profundas influências da nova constituição brasileira que permeou toda a ordem jurídica, muito embora não tenha introduzido e nem modificado os institutos históricos do contrato de trabalho. Na mesma linha de estudos trabalhistas, está o artigo de **Benizete Ramos de Medeiros** que intitula A reforma trabalhista e a luta das Associações e Instituições contra o retrocesso (nas conquistas trabalhistas). Este texto preestabelece a natureza conservadora e o retrocesso que adviria com a efetiva realização da reforma, autora, todavia, confia que as associações e sindicatos poderão reverter este seu quadro com a superação da grande crise orçamentária e contábil resguardado o poder aquisitivo dos trabalhadores

O presente artigo que compõe esse *e-book*, de **Marcos Carnevale**, denominado Crise Econômica e as Instituições Judiciárias, discorre sobre o impacto dos gastos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, e do Ministério Público nas finanças do Estado do Rio de Janeiro. (Para alcançar os resultados previstos o autor faz) um paralelo entre os dados do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, e do orçamento do Estado do Rio de Janeiro (SIG/Siafem) para manter as Instituições funcionando, para, finalmente, indicar quão grave poderá ser a paralisação das Instituições Judiciárias pela supressão do orçamento que lhes cabe, reconhecendo principalmente que o congestionamento judiciário precisa evoluir em linhas de agilização decisória. Não exatamente nesta mesma linha, **Antônio Carlos Cintra do Amaral**, também atento às crises que podem afetar a administração pública também desenvolve um estudo onde observa que grande parte das divergências jurídicas referentes à concessão de serviço público poderia ser evitada se partíssemos de distinções conceituais claras. É com essa convicção, baseada sobretudo na reflexão sobre a experiência, que abordo este tema. Daí estabelecer alguns conceitos básicos, que me parecem essenciais à compreensão do assunto. Finalmente, consolidando neste Prefácio alguns autores da Revista Digital, pretendemos mostrar a pluralidade de ideias, dentre tantas que poderão ser identificadas nos seus 15 (quinze) últimos números e os tantos caminhos intelectuais que o IAB pode incentivar no desenvolvimento da sua vida institucional, mantendo o seu compromisso de envolvimento cotidiano com as questões jurídicas e as perspectivas do direito no Brasil de 1843.

Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito

Aurélio Wander Bastos²

1. Preliminar Introdutória

Este artigo está principalmente preocupado com as origens do pensamento de Hans Kelsen (*the leading jurist of your time*, na opinião do sociólogo Roscoe Pound - 1870-1964) e com a formulação demonstrativa das principais linhas de reflexão do clássico *Teoria pura do direito*. Para alcançar estes resultados, entendemos, todavia, que é indispensável um reconhecimento de sua biografia combinada com sua formação intelectual – bibliográfica. Neste artigo não temos qualquer pretensão analítica que ultrapasse a discussão teórica sobre a *Teoria pura do direito* e os seus principais indicativos teóricos, mas temos como preocupação central demonstrar que o normativismo de Hans Kelsen não é um positivismo, mas, uma hermenêutica do direito escrito, com a visível pretensão de elaborar uma Ciência do Direito.

2. Bio - Bibliografia de Hans Kelsen

Na elaboração da reflexão bio-bibliográfica, apoiamo-nos, principalmente, em nosso livro *Hans Kelsen – 1881 a 1973*³, publicado em homenagem ao seu papel na moderna formulação do pensamento jurídico entre os anos de 1911 e 1973, ano de seu falecimento, e, em nosso livro *Teoria e Sociologia do Direito*⁴. Jurista de origem austríaca, mais viveu grande parte de sua vida na Universidade de Berkley, nos Estados Unidos, para onde migrou em meados dos anos de 1930, depois de ter colaborado decisivamente para a elaboração da Constituição Republicana Austríaca de 1920 e, anteriormente ter oferecido significativas contribuições à Constituição Republicana Alemã de Weimar, em 1919.

A formação cultural e jurídica de Hans Kelsen, todavia, está apoiada no pensamento clássico alemão, desenvolvido no excepcional ambiente intelectual da Viena, dos anos que antecederam a 1920 e se prolongaram até 1930. Em 1940, no curso das perseguições européias e de sua resistência aos excessos nacionalistas, exilou-se,

² Professor Titular Emérito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UniRio

³ BASTOS, Aurélio Wander. *Hans Kelsen – 1881 a 1973*. Rio de Janeiro: PqJuris, 2003, (nova edição no prelo). Livro rememorativo dos 30 anos de seu falecimento, Kelsen faleceu em Berkeley, nos Estados Unidos, onde encerrou sua brilhante carreira jurídica como professor e jurista. Hans Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881, quando seus pais temporariamente viviam em Praga na Eslováquia (Europa Central), país europeu onde se concentravam várias minorias étnicas, tanto alemãs quanto judaicas ou eslavas.

⁴ BASTOS, Aurélio Wander. *Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 6ªed., 2017.

depois de deixar a Europa, nos Estados Unidos, onde viveu até os 92 anos. Nos Estados Unidos, a sua obra inclinou-se para os estudos de Direito e Relações Internacionais, mas Kelsen sofreu significativas dificuldades para compatibilizar a sua teoria jurídica com o sociologismo jurídico americano, o que não o impediu, todavia, de aproveitar essa convivência para ampliar os seus estudos sobre a eficácia das normas, complementando a teoria da validade normativa.⁵

No período austríaco e alemão, Hans Kelsen desenvolveu, não apenas a formatação doutrinária dos estudos sobre Direito como ciência, como também escreveu as duas mais importantes obras referenciais da disciplina: *Teoria Pura do Direito*, no início de sua carreira, e *Teoria Geral das Normas*, na linha conclusiva de sua biografia. Na verdade, nestes dois livros, Kelsen formulou uma teoria geral do Direito, tomada pela proposta de construir uma Ciência do Direito alternativa aos cânones do romanismo tradicional, que permitiu o fortalecimento do Direito Constitucional e de uma nova hermenêutica jurídica como pressuposto do conhecimento jurídico aplicado, formatada principalmente em função da hierarquia das normas, priorizando a constituição e a natureza deôntica da relação hipotética entre ilícito e sanção e a autoridade judiciária. Kelsen as enfrentou com determinação as dificuldades políticas, que marcaram a sua biografia como a biografia de um intelectual resistindo às correntes jurídicas tradicionais, por um lado marcadas pelo dogmatismo romanista, de forte influência positivista pelo pensamento autoritário, e, por outro lado, pelo sociologismo nas suas diferentes dimensões.

Nos anos de 1920/1930, todavia, no início dos seus estudos, aproximou-se da social-democracia austríaca e alemã, quando conviveu, politicamente com Karl Renner, jus-sociólogo que fora Presidente da Áustria, influenciando-o na criação e instalação do Tribunal Constitucional da Áustria, em 1921, do qual foi Conselheiro. No contexto histórico de sua obra, todavia, sempre foi reconhecido como liberal, muito embora durante o período que contribuiu para a construção da Constituição da Áustria, em muitas ocasiões, foi avaliado como um liberal-social ou como um social democrata. Todavia, o que se pode afirmar é que ele sempre esteve comprometido com o

⁵ No período inicial da sua vida nos Estados Unidos ele veio ao Brasil, a convite de Bilac Pinto, e pronunciou em 1949, na Fundação Getúlio Vargas, conferência sobre As Nações Unidas e o Pacto Atlântico (1949). Esta conferência por presidida por Themistocles Cavalcanti e dela participaram importantes juristas brasileiros dentre eles Osvaldo Aranha, Santiago Dantas, Victor Nunes Leal, Hermes Lima, Afonso Arinos de Melo Franco, Oswaldo Aranha e Levi Carneiro, ex presidente da OAB. A versão original *Pacto do Atlântico e a Carta das Nações Unidas*, foi localizada e traduzida por Aurélio Wander Bastos, quando preparava o projeto de criação do curso de direito da FGV, assim como as notas explicativas que se encontram no livro do Autor citado, intitulado Hans Kelsen. Tradução e Adaptação de Rudolf Aládar Metall e traduzida no México por Javier de Esquivel, em 1976.

constitucionalismo e a com a formatação do Estado de Direito e Democrático, muito embora qualquer avaliação ideológica de sua teoria nos pareça precipitada⁶.

3. Origem do Pensamento de Kelsen.

Hans Kelsen originariamente desenvolveu o seu pensamento a partir da filosofia idealista alemã, onde não se pode desconhecer a influência de Emmanuel Kant (1724-1804). A sua bio-bibliografia, todavia, não oferece indicativos que permitam, na formulação originária da Teoria Pura do Direito, identificar influências mais sensíveis e profundas do pensamento sociológico e empirista. Na verdade após conhecer as obras filosóficas e jurídicas que o influenciaram, Kelsen inclinou-se pela leitura dos livros de Emmanuel Kant, donde subtraiu a idéia do sujeito que cria o objeto no processo do conhecimento, assim como a teoria da Norma Fundamental, apoiando-se no pressuposto filosófico do Imperativo Categórico, como pressuposto ético, que não se confunde, todavia, com a ordem jurídica, mas permeia a ordem jurídica. A sua posição, neste sentido um reconhecimento hermenêutico fundamentado nos vínculos de conexão hierárquica entre as normas (leis, decretos, portarias, sentenças) constitutivas da ordem posta, presidida por uma Constituição.

Como constitucionalista ou mais especificamente como pensador que inspirou a disciplina Teoria do Direito Constitucional, Hans Kelsen foi acentuadamente inovador, tendo contribuído decisivamente para o desenvolvimento de uma teoria sistemática da interpretação jurídica e, ao mesmo tempo, para o reconhecimento da teoria que a ordem jurídica poderia se modificar na forma das disposições das próprias constituições, reconhecendo, na dinâmica formal da ordem jurídica, a prevalência constitucional no processo interpretativo dos tribunais, resguardando-se com prioridade as Cortes Supremas. Na linha da contribuição democrática, Kelsen introduziu as normas de Direito Eleitoral, como normas constitucionais, assim como, muito influenciou na luta pela extensão do sufrágio às mulheres, tendo em ação ainda pioneira, o introduzido na Constituição da Confederação Helvética (Suíça), de 1957.

Hans Kelsen conviveu com muitos dos mais importantes intelectuais de sua época, sendo que todos, conseqüentemente, de formação jurídica tinham formação filosófica, política, histórica ou sociológica, onde especialmente se destacam: Karl Renner (1870-1950), Adolf Merk (1934-2009), Max Adler (1873-1937), Otto Bayer (1881-1938), Alf Ross (1899-1979), Luiz Legaz e Lacambra (1906-1980). Teve

⁶ Dentre os seus livros que tiveram a divulgação mais restrita deve-se destacar *The Communist Theory Of Law – The Political of Buchevism*. Este livro foi traduzido em espanhol pela editora ecme-s.a. Buenos Aires em 1957. A tradução intitulou o livro como *Teoria Comunista del Derecho e del Estado*.

muitos discípulos em todo o mundo, especialmente nas universidades de Viena, Colônia, Genebra, Praga e Berkeley. No Brasil teve como introdutor do seu pensamento Francisco Campos, que, todavia, ao contribuir para a formulação de 1937 não propriamente usou a teoria kelseneana fazendo uma opção da inclinação autoritária.

Finalmente, no Brasil, a sua obra, apesar das resistências passadas, tem alcançado significativos espaços de influência na elaboração doutrinária e na moderna hermenêutica dos tribunais como força construtiva do Direito, interessadamente, combinando a teoria da validade hierárquica das normas e a teoria da eficácia fáctica e aplicativa como verificaremos.

4. Direito e Ciência – Novos Rumos do Estudo Jurídico

O pensamento jurídico de Hans Kelsen fundamentalmente se notabilizou pela formulação da obra *Teoria pura do direito*, que fundamentalmente está presidida por ter três linhas de orientação: **a formulação da teoria da ciência do direito, como ciência autônoma; a teoria da organização hierárquica da ordem jurídica, como teoria compreensiva do direito e sua ciência e a teoria da relação jurídica**, como estudo dos vínculos entre os seus elementos constitutivos.

No que se refere à **teoria da ciência do direito** Kelsen distingue direito e Ciência do Direito Escrito, normatizado; aquele (o direito) é objeto da verificação metodológica desta (ciência do direito), instrumento cognoscitivo do direito escrito. Nessa leitura, os legisladores são meros formuladores de leis, assim como não fazem os advogados ou juízes Ciência do Direito, mas contribuem para aplicar o direito. Essas indicações permitem afirmar que, diversamente da terminologia tradicional, a função normativa da autoridade judicial não se confunde com a função cognoscitiva do cientista do direito ou como denominado jurista. As autoridades produzem e aplicam as normas jurídicas, que são o objeto de conhecimento da Ciência do Direito; o legislador cria normas; em função das flutuações de interesses sociais; os juízes aplicam as normas e os juristas ou cientistas do direito conhecem-nas interpretativamente, o que não impede que esse conhecimento, independente da função hermenêutica, tenha também funções argumentativa e aplicativa.

Gráfico 1

Objetos do conhecimento científico	Lógica		
	ôntica (ser)	Deôntica (dever-ser)	Dialética (devir)
Ideais	Matemática	_____	_____
Naturais	Física/ Química/biologia	_____	_____
Sociais	_____	_____	História/ sociologia/ Ciência Política
Normativos	_____	Ciência do Direito	_____

O gráfico, pela sua natureza mesma é questionável, mas de grande efeito didático. Ele procura apenas circunscrever os âmbitos do conhecimento ao seu devido espaço e, ao mesmo tempo, seccioná-los metodologicamente, mostrando que “poderiam” existir ciências ônticas e deônticas, apesar de seus diferentes objetos, muito embora, para melhor compreensão metodológica, ao gráfico acrescentamos a indicação da lógica

dialética, para se verificar o alcance dinâmico do objeto das ciências que lidam com a exclusiva relação humana.

O autor da *Teoria pura do direito*, assim se firmou na definição das ciências causais e das ciências imputativas em explícita referência à percepção lógica “ôntica” e à percepção lógica “deôntica”, respectivamente. Entre as ciências causais, aquelas que se explicam pela relação de determinância entre causa e efeito (dado A será B), de elementos conectados pelo suposto verbal *ser*, que se dividiriam entre ciências ideais, como a matemática, e ciências naturais, como a física, a química e a biologia; e entre as ciências imputativas (deônticas), de elementos conectados pelo suposto verbal (composto) *dever-ser*, estariam incluídas a Ciência do Direito e todos os demais ramos do conhecimento que, pela ausência dos vínculos de certeza, guardam entre os seus os elementos constitutivos de seu objeto (estruturais), a conexão lógica deôntica. Nesse sentido, Kelsen, recuperando as origens da formulação lógica do pensamento, a própria reflexão animista, incorporou à formulação jurídica moderna o juízo deôntico como juízo científico.

Para viabilizar a construção da **teoria da hierarquia das leis**, Kelsen assumiu que o direito se identifica com a própria norma posta (instituída, prescrita, escrita), que, por sua vez, é o objeto de estudo hermenêutico compreensivo da Ciência do Direito. Essa especial abordagem hermenêutica do direito posto, assim, não discute, propriamente, o conteúdo valorativo das normas,⁷ ou seus catálogos tópicos,⁸ mas, por um lado, os vínculos hierárquicos das normas entre si e, por outro, as conexões entre os elementos constitutivos da relação jurídica.

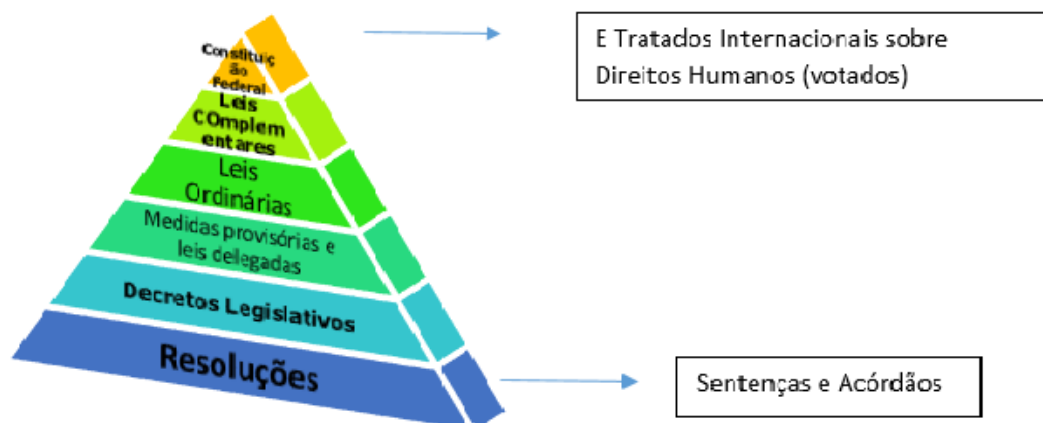
A leitura da ordem jurídica, enquanto um sistema de vínculos hierárquicos de subordinação – derivação entre as normas (constituição, leis, decretos, portarias e/ou sentenças) e das normas enquanto uma conexão deôntica (hipotética, atributiva) e não ôntica ou causal, de elementos constitutivos (ilícito/sanção/juiz) – é o que permite a especial construção da teoria da ordem enquanto hermenêutica jurídica.

⁷ Para melhor entendimento, ver Bobbio, 1997.

⁸ Cf. Viehweg, 1979.

Gráfico 2

Norma Hipotética Fundamental



Nesse sentido, a *Teoria pura do direito* é uma teoria compreensiva da ordem jurídica, que se desenvolve principalmente a partir da:

- a identificação de correlação hierárquica entre as normas – *teoria da validade normativa*, que se completa, como veremos, a seguir com a teoria da relação jurídica que define a conexão deôntica entre os elementos constitutivos da norma, como já alertamos, e estudaremos a seguir.

A teoria hierárquica da validade normativa explica a ordem como um sistema hierárquico coeso, em que a norma inferior não pode divergir da norma superior, nem material, nem formal ou processualmente). Hans Kelsen entendeu que os vínculos de validade entre as normas têm uma natureza material e uma natureza formal ou processual.

A teoria da validade material ou formal é extensiva a todo o espaço da ordem jurídica. Ela se aplica no campo das atividades civis, penais, trabalhistas, comerciais etc., assim como a ação das autoridades judiciárias, legislativas, executivas ou administrativas deve estar prevista na legislação adjetiva. O ato de qualquer autoridade somente é válido se obedecer aos parâmetros, inclusive às exceções, de lei. A teoria da validade é o fundamento da legalidade da ordem jurídica. O ato que não é válido é ilegal e, por isso, passível, como observamos, de anulação ou recurso. Por conseguinte, se a referência da legalidade é a validade, a teoria da validade é a teoria da própria ordem jurídica, o que significa que não apenas as normas devem ser válidas, mas todos os atos e consequências de sua aplicação pela autoridade legal.

Hans Kelsen entende que a ordem jurídica é uma organização hierárquica de normas materialmente válidas e de normas formalmente válidas entre si dependentes. As normas formalmente válidas (também denominadas dinâmicas) é que viabilizam a elaboração e aplicação das normas materialmente válidas (também denominadas de estática). As normas materiais ou substantivas são normas de conteúdo, dedutíveis das mais gerais para o particular, e as normas formais, também denominadas processuais, fixam procedimentos e competências para a elaboração e aplicação das normas substantivas ou materiais. Portanto, o conjunto das prescrições de conduta e as consequentes sanções, bem como as normas processuais ou formais que definem os procedimentos na elaboração e aplicação das normas materiais (normas substantivas) constituem o ordenamento jurídico.

O sistema de normas estáticas, normas substantivas (normas materiais) e o sistema de normas dinâmicas, normas adjetivas (normas formais), estão entre si organizados por vínculos de validade que geram e produzem o sistema jurídico.⁹ Necessariamente, todavia, em qualquer das circunstâncias, a prefixação do conteúdo superior de uma norma não deve ser contrariada por norma inferior sobre o mesmo assunto. Assim, por exemplo, uma lei sobre união civil não deve ferir o pressuposto constitucional. Da mesma forma, uma norma processual sobre agravo de instrumento não deve se prestar para interromper o fluxo dos princípios constitucionais do “devido processo legal” ou do “contraditório”.

Esse especial sistema de vínculos entre as normas jurídicas é que permite não apenas a fundamentação hierárquica, mas a imprescindível sintonização de coerência entre as normas materiais e entre as normas formais.¹⁰ Para Hans Kelsen *uma norma somente é válida na medida em que foi produzida de uma determinada maneira, isto é, pela forma determinada por uma outra norma que representa o fundamento imediato de validade daquela [...] A norma que regula a produção de outra norma é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas materialmente válidas e/ou formalmente válidas.*

Para Hans Kelsen, a ordem jurídica é plena (completa) e não tem lacunas. *Por completude*, nas palavras de Norberto Bobbio, *entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para qualquer caso. Em outras palavras, (para ele) um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma*

⁹ Cf. Kelsen, 1979, p. 163-267 et seq.

¹⁰ Ibid., p. 112.

para qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema (Bobbio). Não há como desconhecer, assim, que se a conduta não estiver tipificada, é necessariamente uma conduta facultada (que não está juridicamente prescrita), mas, por outro lado, estando a conduta prescrita como ilícita, não há como fugir da punição. Ambas as situações resguardam a plenitude da ordem jurídica e permitem que seja reconhecido o caráter hermético. Isto significa, finalmente que para Kelsen, não existem lacunas jurídicas, toda e qualquer situação concreta pode e deve ser respondida juridicamente. Logo, tudo que não é juridicamente proibido é (juridicamente) facultado, sendo que na versão original de Kelsen o termo *juridicamente* não é utilizado.

A teoria da relação jurídica, completando a Teoria Pura do Direito entende que entre os diferentes elementos constitutivos da norma existe uma conexão deôntica e não ôntica (ou de certeza). Nesta observação está a dimensão diferenciativa do fenômeno jurídico, subtraindo-o do âmbito causal das ciências para se reconhecê-lo como um fenômeno cujas consequências não estão implícitas na ocorrência fática, mas dependem da ação atributiva de uma autoridade legal: o elemento efeito jurídico (sanção) é sempre um ato externo que resulta, não exclusivamente, da causa, ou seja do ato ilícito, mas do ato intelectual do juiz ou autoridade equivalente. Essas situações reforçam a natureza normativa do direito como objeto da Ciência do Direito e redimensionam a Teoria Normativista, não como um neopositivismo, mas como uma teoria jurídica compreensiva das normas e do conjunto normativo (a ordem jurídica), apoiada em mecanismos hermenêuticos metodologicamente delimitados.

Hans Kelsen, dessa forma, introduziu na discussão cotidiana sobre o conceito de direito dois ângulos essenciais de abordagem: em primeiro lugar, o estudo da norma jurídica (direito escrito) como objeto compreensível pela Ciência do Direito e, em segundo, a relativização da concepção do direito como realização da idéia de justiça. As duas variáveis estão correlacionadas entre si e, ao mesmo tempo, se excluem. No primeiro caso, porque o estudo da norma jurídica, como objeto de compreensão científica, dispensa a discussão dos valores e dos catálogos tópicos e, no segundo, porque o estudo do direito, como expressão do conceito de justiça, exclui a sua avaliação como ciência.

Na opinião do ilustre jurista, o estudo do fenômeno jurídico, como fenômeno científico, deve se fazer, como em qualquer ramo do conhecimento científico, a partir de duas questões: em primeiro lugar, definindo-se o objeto do conhecimento jurídico e, em segundo, identificando-se o método lógico de abordagem e percepção científica (do objeto do conhecimento jurídico). O objeto do conhecimento jurídico é a norma jurídica, assim como para o físico é a natureza ou para o astrônomo os astros. A

lógica de percepção dos objetos naturais é ôntica ou causal (*ser*). No entanto, a percepção lógica dos seus vínculos de conexão entre os elementos da estrutura da norma é deôntica (*dever-ser*), ou seja, somente se reconhece a causa (do ilícito), se o juiz, por ato intelectual próprio, se lhe atribuir efeito (sanção, pena).

Kelsen, originariamente assim formatou, na leitura de A.L. Machado Neto os elementos constitutivos da norma jurídica

Dado ñp deve ser S pelo Fo ante Cp

ñp – Não Prestação (conduta juridicamente ilícita)

S - Ato punitivo aplicado a conduta ilícita (sanção)

Fo – Funcionário obrigado (Juiz competente para aplicação da Sanção)

Cp – Comunidade pretensora (sociedade, elemento ausente na formulação Kelseniana)

Dado ñp deve ser S (mediante Aj) pelo Fo ante Cp

Como se pode verificar, a formatação de elementos constitutivos da norma supra acrescenta ao primeiro formato as palavras *mediante Aj*, ou seja, mediante a ação judicial, que tem se desenvolvido como elemento característico da contribuição do autor à medida que o estado democrático impõe a imprescindível movimentação processual como pré-requisito da discussão judicial no problema juridicamente relevante, servindo de amparo à indispensável ampla defesa e ao necessário contraditório.

Para Kelsen, o termo “norma”, de forma deôntica, quer dizer algo que “deve ser” ou acontecer, especialmente que um homem deve se conduzir de determinada maneira, devido a prescrições normativamente estabelecidas por outros homens competentes (autoridade) para fazê-lo. Assim, a norma é um comando, um mandado, uma hipótese de conduta que o homem pode fazer ou deixar de fazer: um *dever-ser* que poderá ser (se alguém se comporta conforme a prescrição) ou continuar como exclusivo *dever-ser*. Por exemplo: se está claro, conforme explicita o próprio Kelsen, que “a porta deve ser fechada”, se alguém a fecha, a prescrição se realiza; se não a fecha, a prescrição permanece como mera hipótese, ou, como normalmente ocorre entre nós: é proibido pisar na grama, a prescrição permanece como mera hipótese se todos cumprem o propósito, mas, se realiza concretamente se alguém vem a pisar na grama. É exatamente neste momento que pode haver a interferência da

autoridade, mas a sua ação somente será cumprida se houver a ameaça de uma sanção.

Da mesma forma, de acordo com o mandamento jurídico: *Matar alguém: pena de 6 a 20 anos*; se alguém mata, a prescrição normativa se realiza (pena de 6 a 20 anos); caso contrário, permanece como mera prescrição hipotética (de conduta). Para Kelsen, esse *dever-ser* hipoteticamente prescrito é a norma ou o direito, ou seja, o objeto de estudo da Ciência do Direito. Isto é, o disposto normativo ou a prescrição hipotético-normativa é o objeto de verificação da Ciência do Direito, que, fundamentalmente, através do jurista, reconhecerá os vínculos de coerência entre os diferentes níveis hierárquicos e entre as diferentes estruturas normativas, base teórica da *Teoria pura do direito* enquanto teoria do direito. É neste vasto espaço deôntico que se desenvolve a argumentação jurídica e no Tribunal sua consequência – a sanção.

A norma jurídica é uma estrutura constituída de vários elementos entre si deontologicamente vinculados, assim como essas estruturas normativas, entre si têm vínculos de subordinação – fundamentação hierárquica. Essas duas dimensões lógicas – vínculos deônticos ou de imputação entre os elementos constituídos da norma e os vínculos de validez ou de subordinação e fundamentação hierárquica – são as bases metodológicas referenciais do normativismo. O normativismo, na verdade, é uma teoria lógica e não ideológica, o que foge dos tradicionais modelos conceptivos do direito.

Essa postura leva o ilustre jurista, por conseguinte, a afastar da discussão sobre a cientificidade do direito a questão ideológica ou, mesmo, a questão teleológica, tão a gosto de seus antinômicos precursores originários do historicismo ou mesmo dos seus precursores remotos, os jusnaturalistas para os quais o direito posto e sempre a realização de uma axiologia, que muitas vezes, ou pelo menos em situações especiais pode ser imutável. Desprezando as abordagens axiológicas como referência científica, relegando-as ao mero plano do conhecimento ideológico a simples conteúdo circunstancial da norma (lei), Hans Kelsen desenvolveu um conceito de Ciência do Direito como ciência essencialmente formal e hipotético-dedutiva, em que pretende que as normas se expliquem, não pela representação de seu conteúdo axiológico, mas pelos seus vínculos de validez e conexão interna coerente.

Estas observações kelsenianas reconhecem a positivação do Direito como uma institucionalização de ideias e valores, caracterizando-se como o direito suscetível, posto, quase sempre, resistente a verificações externas (exógenas). Para o nosso autor, estas normas são o Direito escrito (positivo) e como tal objeto de leitura da

ciência do Direito à luz da Teoria Pura, definindo-se, assim, como uma hermenêutica cujo pressuposto argumentativo é a Constituição. Fica, assim, suficientemente ilustrado que Kelsen não é um positivista, mas, dentre outros pensadores de valor relevante, ele construiu uma Teoria Hermenêutica da ordem positiva, afastando-se, por conseguinte, do positivismo, mas propondo uma leitura do Direito Positivo que evolui da Constituição, e, por conseguinte, da jurisprudência constitucional.

De qualquer forma, é compreensivo este constitucionalismo de Hans Kelsen porque ele desenvolveu o seu pensamento no pleno contexto do fortalecimento do Constitucionalismo na Europa dos anos de 1919 (com Constituição de Weimar) e de 1920 (com a Constituição de Áustria), que procuravam ver a segurança das nações, o indicador central de sua soberania na Constituição, marcados pela força constituinte. Este constitucionalismo, todavia, na sua própria época, não significou para a Europa, como não significara para grande parte do mundo, a soberania das nações e as garantias invioláveis do indivíduo, ou mesmo, a estrutura democrática e de Direito do Estado. Há que reconhecer, todavia, que na sociedade moderna, estas dimensões da leitura Kelseniana tem alcançado especial patamar.

A *Teoria pura do direito*, todavia, e por isto mesmo, é uma teoria do direito positivo, das normas postas, mas não é um direito positivo: é uma teoria geral do direito preocupada em conhecer e interpretar o seu próprio objeto,¹¹ o direito como ele é ou está prescrito. Essa concepção dos estudos jurídicos pretende libertar a Ciência do Direito de todos os elementos que são estranhos à sua própria formulação contextual. A teoria pura é um modelo para conhecer e interpretar o direito posto; define-se como ciência jurídica e não como política do direito, o que de certa forma, passa a imagem de uma teoria conservadora do direito, mas não, a Teoria Pura é uma teoria de reconhecimento do direito, trabalhando sempre com as suas grandes variáveis epistemológicas: a correlação de validade entre as normas, a dimensão da eficácia normativa e os imprescindíveis vínculos entre os elementos constitutivos da norma ilícita, sanção e autoridade coatora. Quando a si próprio designa como “pura” teoria do direito, isso significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente determinar como direito.

Por outro lado, determinado pelo “cientificismo”, que não deve ser confundido com o positivismo (física social) de Augusto Comte, de época, não vendo no Direito as exatas certezas inerentes à ciência, procurou pensar uma Ciência (do Direito) em

¹¹ Tanto é fato que a obra póstuma de Hans Kelsen, que bem pouco altera sua *Teoria pura do direito*, se denomina, como que reapreciando criticamente seus conceitos, *Teoria geral das normas*. No Brasil essa obra foi traduzida para o português por José Florentino Duarte e editada por Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986

que a relação entre suas causas (ilícito) e seus efeitos (sanção), não propriamente realizassem uma relação de causalidade (ôntica), mas realizassem uma relação (consequência) presumível (deôntica), cujo efeito (aplicação da lei) somente ocorre por ato atributivo do Juiz. Daí a diferença entre as ciências ônticas (lógica do ser) e deônticas (lógica do dever ser). Mantinha, assim, desta forma, o *status* de ciência para os estudos do Direito positivo.

Nesse contexto, quando a *Teoria pura do direito* procura se distinguir da política, da sociologia, da psicologia, da filosofia, ela o faz não por negar as conexões com estes planos de conhecimento, mas porque busca evitar confusões metodológicas que inviabilizem sua autonomia científica e obscureçam os contornos específicos de seu objeto: a norma positiva (escrita). Por conseguinte, não se trata de uma teoria do direito puro (não é o direito que é puro), mas de uma teoria pura do direito; o que significa que puro é o método, a forma de conhecer e abordar o direito: a lógica da validade dedutiva, como pressuposto dos vínculos hierárquicos da ordem jurídica e a lógica (deôntica), como pressuposto do conhecimento estrutural da norma. A *teoria pura do direito* é uma forma de raciocinar e refletir sobre a ordem jurídica, diferentemente da dogmática originária do Direito romano, cujo modelo interpretativo visa essencialmente recuperar as origens (quase sempre de construção residual imemorial – brocardos ou assentos – ou de recuperação filológica) do instituto jurídico, ou, senão assim, reconhecer o direito a partir de brocardos tópicos, ou axiomas que sobreviveram ao tempo como instrumento de leitura.

Neste contexto, o normativismo kelseniano representa um grande avanço em relação aos estudos jurídicos dos séculos XVIII, XIX e século XX, especialmente porque procurou ultrapassar os reduzidíssimos limites do romanismo tópico e das teorias e doutrinas jusnaturalistas, e até mesmo as extensas aberturas hermenêuticas sociológicas. É nesse sentido que a obra de Kelsen nos permite fazer uma nítida distinção entre suas formulações e o positivismo legal que evolui dos documentos da Revolução Francesa, especialmente do *Code Civil*, de 1804, de influência determinante no direito continental latino. O normativismo não é um positivismo, mas uma teoria do direito positivo, uma proposta de compreensão sistemática da norma positiva, o seu objeto do conhecimento. Diversamente do positivismo jurídico, que faz da compreensão dos valores endógenos da norma escrita o próprio conhecimento jurídico e da dogmática doutrinária acumulada a sua regra de

compreensão, o normativismo de Kelsen é uma leitura exógena do direito escrito a partir dos paradigmas teorizados como paradigmas da Ciência do Direito.¹²

5. As aberturas teóricas do Normativismo

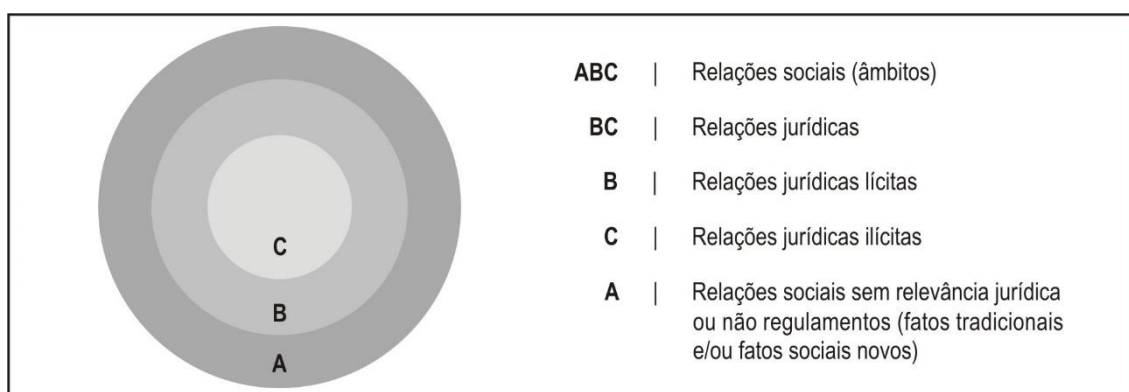
O normativismo jurídico não é uma reação atualizadora do positivismo legalista, nem muito menos uma retomada idealista do fenômeno jurídico, circunscrito na virada do século XIX pelo sociologismo e pelo cientificismo, que retiraram do direito o seu *status* de conhecimento transcendental, colocando-o no âmago dos problemas humanos. O cientificismo, todavia, principalmente o cientificismo sociológico de Auguste Comte, Émile Durkheim, Gabriel Tarde e do próprio Karl Marx, deu a Hans Kelsen a oportunidade de pensar a Ciência do Direito como conhecimento próprio e autônomo, determinado pelas suas próprias variantes metodológicas, titular do seu próprio objeto, do seu próprio campo investigativo e do seu próprio método compreensivo da estrutura normativa e dos vínculos das normas entre si.

Parece-nos de fundamental importância, que, apesar da longa permanência de Kelsen nos Estados Unidos, a sua obra, mesmo nos estudos posteriores às primeiras edições da Teoria Pura, não sofreu qualquer influência do direito ou do sociologismo anglo-saxônico. Mesmo na recuperação de muitos de seus conceitos, especialmente na Teoria Geral das Normas, não faz grandes aberturas para a teoria da eficácia, de grande influência no sociologismo americano, e na moderna sociologia jurídica ocidental, pois, nem ao menos procura trabalhar, mesmo em parâmetros gerais, com os postulados do *Commun Law*, ficando, quase que absolutamente circunscrito às teorias jurídicas continentais, por isto, suscetível à grande influência da obra clássica do filósofo alemão Emmanuel Kant (1724-1804): *Crítica da Razão Pura*.¹³

¹² Sobre o positivismo cientificista de August Comte, ver Clóvis Beviláqua (1976, p. 15, et. Seq.), em que comenta a obra de John S. Mill, *Auguste Comte and Positivism* (Londres, s.ed., 2ª ed., 1866). Sobre a influência do positivismo filosófico no Brasil, ver Costa, 1967:123-276.

¹³ Na verdade, Kelsen nos EEUU evoluiu para estudos de Direito Internacional e Política, remanescendo a sua obra como referência do Direito Europeu Continental, apesar da sua proposição impositiva do Direito Constitucional sobre os diferentes códigos e leis que consagram a origem do direito continental, e, até muito recentemente mais serviam de referência do processo hermenêutico de decisão do que o Direito Constitucional.

Gráfico 3



Enquanto para o positivismo legalista a lei é o direito, a expressão escrita da idéia de justiça; para Kelsen, a lei é o objeto do conhecimento jurídico. As normas devem ser estudadas nas suas correlações de coerência: a teoria pura é a teoria do conhecimento jurídico sistemático e não o conhecimento jurídico posto. A redução científica da proposta kelseniana nos permite concluir, pois, que Kelsen, apresentando uma teoria do direito, não propõe uma teoria da justiça, mas define os contornos estruturais para que possam ser alcançadas as decisões formalmente corretas, que não se confundem com o legalismo, mas com rigorosos métodos de sistematização e interpretação jurídica.

Na verdade, Kelsen contribui decisivamente para definir um quadro científico para os estudos jurídicos, mas, desprezando as interconexões disciplinares do direito, desenvolveu não propriamente uma ciência jurídica, porém, um modelo de organização, conhecimento e interpretação normativa. José Alcebíades de Oliveira Jr., na sua leitura sobre Kant, através de Norberto Bobbio, consegue recuperar, com especial clareza, os antecedentes remotos da formação filosófica de Hans Kelsen e a imediata influência da *Crítica da razão pura* sobre a natureza da Ciência do Direito, exposta na *Teoria pura do direito*. De acordo com José Alcebíades de Oliveira Jr. (1997:58-59), para Kant, independentemente de outros fatores: o conceito de direito é marcado [pela] *desconsideração total do conteúdo possível em relações jurídicas estabelecidas com base no arbítrio [...]. Nesse conceito de direito de Kant encontra-se o fundamento literal da moderna teoria do formalismo jurídico, cujos iniciadores foram exatamente os filósofos neokantianos do direito, como Stammler e Kelsen na Alemanha, e Del Vecchio na Itália.*

A origem, a formação e a vinculação de Hans Kelsen com o pensamento idealista kantiano permitiu-lhe definir os arcabouços dos modelos jurídicos formais, mas estando distante, por outro lado, do idealismo hegeliano, não acompanhou as reversões da lógica que o levaram a desprezar a importância da sociologia emergente

na elaboração e estruturação, não do modelo normativo, em que sua contribuição foi decisiva, mas dos fundamentos de eficácia da ordem jurídica, essenciais à sua aplicação e à sua viabilidade. De qualquer forma, não podemos desconhecer, que, mais tarde, já no exílio, nos EUA, nos comentários críticos ao trabalho publicado pelo jurista Alf Ross (sobre o conceito de validez e o conflito entre o positivismo jurídico e o direito natural)¹⁴ e ao estudo de Julius Stone (1964:102) (sobre *O Conceito de direito em Hans Kelsen*), publicados juntamente com um estudo sobre o “conceito de ordem jurídica” e sobre “a doutrina do direito natural” e o “positivismo jurídico” em livro intitulado *Contribuições à teoria pura do direito*¹⁵ reconheceu a teoria da eficácia das normas e o seu contributo para a teoria do direito.

Essa abertura teórica, própria do exílio, que não saiu fortalecida na sua obra póstuma *Teoria geral das normas*, consolida, de qualquer forma, a distinção, cada vez mais didática, mas também redentora de sua ilustração política e ideológica, entre Ciência do Direito e política jurídica. Na primeira edição de sua *Teoria pura* (prólogo), manifesta-se, francamente, favorável ao desenvolvimento de uma teoria do direito purificada de toda ideologia política e de todo elemento científico natural, mas na segunda edição (prólogo), 26 anos depois, bem mais extensa, Hans Kelsen afirma que não buscava apenas os pressupostos definidos em sua edição original, mas estava, principalmente, preocupado em desenvolver uma teoria jurídica que permitisse dar solução aos problemas mais importantes de uma teoria geral do direito.

Osvaldo Ferreira de Melo (1991) (Prefácio), ex-professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), no seu pioneiro estudo sobre a recuperação dos preceitos axiológicos de Hans Kelsen, afirma: *maior atenção deve ser dada pelos exegetas da sua Teoria pura, especialmente a um detalhe contido na 2ª edição do capítulo primeiro (Direito e natureza) [...]. Deste capítulo pode extrair-se preciosa síntese do objeto da Ciência do Direito, que trata do "direito que é", mas pode-se também com "a mesma clareza e concisão" identificar-se "o objeto de outra disciplina" que trataria do "direito que deva ser e de como deva ser feito" – a política jurídica.*

A posição de Kelsen quanto à política jurídica é mais que simples constatação científica. O autor foi além, fez uma feliz incursão didática e conceituou, através da caracterização de seu objeto, o que seria a “política jurídica” colocada em paralelo e sem hierarquia com a ciência jurídica, cada uma delas tratando de um fundamental aspecto do direito, mas que, vista da perspectiva da Teoria Pura, ela mais evolui da

¹⁴ Ver Alf Ross. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961, p. 46 et. Seq. A titulação originária em inglês era *On Law and Justice*. New York: Stevens e Sons. 1955-58.

¹⁵ Ver Kelsen, 1969:63-64 e 85-89.

jurisprudência dos tribunais, muito especialmente das Cortes ou decisões constitucionais superiores.

Essa leitura do jurista catarinense esclarece muito bem não apenas as dificuldades para se admitir a formulação de uma teoria jurídica que despreza o fenômeno político como fundamento da própria ordem jurídica, como também a preocupação kelseniana de resguardar a sua *Teoria pura* das pressões e manifestações axiológicas. Para Hans Kelsen (1985:17), essa separação seria essencial, pois é importante *evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e turva os limites que lhe desenha a natureza de seu objeto*. E Kelsen (1985:17) continua: *Nesse sentido, em vez de alijar a política jurídica como elemento poluidor do ambiente epistemológico da ciência do Direito [...], definindo-a através da caracterização do objeto próprio e legítimo, também a justificou, localizando-a no espaço próprio, ou seja, deixando-a livre das preocupações formais rígidas, anaxiológicas, positivistas, inerentes à morfologia e à sintaxe da norma posta num sistema fechado*.

Conclusivamente, reconhecendo na “política jurídica” especial departamento dos estudos jurídicos, identifica-se o conteúdo do direito (não a Ciência do Direito), como a ideologia política da norma (não propriamente o que deva ser, que também é uma política jurídica), mas o que está instituído, porque fora um juízo de *dever-ser*. Assim, é muito importante observar que, apesar de suas profundas e significativas críticas ao marxismo (Kelsen, 1985:17), semelhantemente a Marx (que não está preocupado com a cientificidade do direito), e por razões metodológicas nitidamente diversas, identifica-se o direito escrito (não a Ciência do Direito) como uma ideologia, distinguindo-se, apenas, que, para Marx, no contexto de sua teoria de dominação, é uma ideologia que serve aos que controlam o Estado. Para Kelsen, todavia, independentemente de quem a produza ou institua, ela (a ideologia) é um simples conteúdo da norma ou do direito que interessa à política jurídica, mas não propriamente à Ciência do Direito.

Essa postura, a nosso ver, deu a Kelsen o grande mérito dos estudos jurídicos modernos: a relativização dos conteúdos normativos e, conseqüentemente, do direito escrito, demonstrando que suas ideologias são de cada tempo, de cada época, haja visto que ele também não coloca como preocupação jurídica a questão do Direito pressuposto, ou que seja o “devir” de situações antagônicas (tese/antítese) como o faz Karl Marx. Historicamente e, especialmente, as ideologias que informam o conteúdo do Direito escrito são determináveis, permitindo-nos afirmar que o direito é um fenômeno histórico, que tem o seu tempo e o seu espaço territorial e cultural. A hermenêutica kelseniana não pretendeu ir tão longe, mas, de qualquer forma,

permitiu que os estudiosos do seu pensamento fossem mais longe do que os seus próprios limites.

De qualquer forma, independente dessas avaliações do pensamento kelseniano, foi Norberto Bobbio, um dos mais conceituados intérpretes de Hans Kelsen, quem chamou a atenção, se não propriamente para essa desconexão entre a Ciência do Direito e as ideologias como conteúdo da norma, para a importância do fenômeno jurídico positivo como fenômeno político e as suas estreitas conexões com o poder político instituído. A partir de uma compreensão crítica de José Alcebíades de Oliveira Jr., em seu abalizado estudo sobre as correlações entre o pensamento de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio, podemos observar, com singular clareza, que, para Norberto Bobbio, a autoridade nasce do direito, mas a *Teoria pura* se insere dentro da idéia de que o direito promana, na forma juridicamente prescrita, da autoridade constituída.¹⁶ Esse, todavia, é o dilema da *Teoria pura*: o ordenamento jurídico é uma estrutura de validade que se define pelos vínculos de subordinação dedutiva, permeada por um princípio (ético) fundamental, ou as normas são construções eficazes permeadas pelos interesses e princípios que presidem os acordos entre os legisladores, os constituintes ou a revolução vitoriosa.¹⁷

Neste item de capítulo pareceu-nos importante mostrar a história biográfica de Hans Kelsen, as origens e o desenvolvimento de seu pensamento jurídico como pressuposto perceptivo da formatação da *Teoria pura do direito*, assim como fizemos uma leitura analítica da *Teoria pura*, ressaltando, não apenas, seus aspectos essenciais, mas apresentando, também, algumas de suas vertentes críticas. Este texto, todavia, independentemente da apresentação geral da *Teoria Pura*, procurou demonstrar sua importância para a moderna hermenêutica jurídica que prioriza a Constituição como pressuposto compreensivo da ordem jurídica. Por outro lado, na forma de indicações aparentes, o texto procurou demonstrar os limites do pensamento de Kelsen, principalmente na sua construção, as suas resistências à teoria da eficácia, mas a importância desta mesma teoria da eficácia na construção do direito nas sociedades modernas e democráticas. Essa posição, todavia, foi conscientemente assumida, para que se criassem as condições necessárias para o estudo das vertentes especiais de sociologia jurídica, principalmente quando pensamos o direito, não apenas na sua dinâmica hermenêutica, mas no seu papel no processo de mudança social.

¹⁶ Ver Oliveira Jr., 1994:56.

¹⁷ Ver Bastos, 1975a.

Conclusão

Finalmente, os estudiosos do Direito e os juristas da nova sociedade não podem desconhecer a importância de Hans Kelsen, mesmo considerando o risco da desarticulação lógica do pensamento jurídicos, pela pressão lógica dos avançados recursos da *internet* muito, especialmente a sua efetiva colaboração para o desenvolvimento, não apenas, de uma teoria da ordem jurídica, mas, inclusive, para uma teoria da própria Constituição¹⁸. Nesse sentido, a construção de uma teoria da ordem constitucional permite-nos observar, que, Hans Kelsen, contribuiu, decisivamente, para viabilizar os mecanismos jurídicos que reconhecem na ordem jurídica os fundamentos hermenêuticos imprescindíveis à sua própria mudança. Esta natureza democrática endógena é o princípio essencial para se alcançar mudanças da ordem jurídica dentro da própria ordem, enquanto dinâmica de reconhecimento circunstancial da validade normativa e da eficácia dos próprios fatos sociais novos. Estas observações finais, não representam uma posição definitiva sobre a velada e inteligente crítica de Kelsen ao positivismo jurídico, mas nos remetem à conclusão de que não basta que de direito seja o Estado, mas que o Estado de Direito deve ter uma natureza democrática endógena, para se evitar conversão autoritária do próprio Estado de Direito.

¹⁸ A Constituição brasileira de 1988 (05 de outubro), que neste ano completa 30 (trinta) anos, cujo Relator Geral foi o Constituinte Bernardo Cabral, tomou como referência da sua construção lógica o pensamento de Hans Kelsen, razão pela qual ela tem uma natureza estrutural acentuadamente estável, mesmo no contexto do turbilhão das emendas constitucionais, que mesmo confrontando a sua natureza permite que o texto sobreviva e remanesça devido a sua resistência, não apenas em função dos princípios fundamentais mas em função das garantias lógicas e formais que permeiam todo o texto, fazendo dos direitos e garantias fundamentais pressuposto da construção de toda a ordem jurídica, com altíssima influência sobre os códigos e leis gerais que sucederam a sua edição.

O Positivismo Jurídico Caricaturado pela Doutrina Brasileira

Gabriel Dolabela Raemy Rangel*

INTRODUÇÃO

Fala-se hodiernamente que o positivismo jurídico teria sido superado, dando lugar a um novo paradigma intitulado “pós-positivismo”. De uma maneira geral, a doutrina brasileira nas últimas décadas apresenta o positivismo como uma visão teórica ultrapassada, que faria do juiz a boca do legislador, sendo retrograda e perigosa, pregando a legalidade levada ao extremo, tendo, assim, o condão de legitimar atrocidades¹⁹. Partindo dessas severas críticas, passou-se a reivindicar uma teoria do direito capaz de superar as “falhas” positivistas, de maneira flexível e atenta aos valores morais e a evolução e complexidade social. Nesse contexto, o enorme mosaico de teorias do direito que criticaram o positivismo passaram a ser rotulados com a preposição “pós”, a fim de atestar, de modo apressado, o fim do positivismo.

Contudo, parece existir um certo reducionismo nas análises tanto do positivismo jurídico quanto do pós-positivismo. É que, dentro das acepções positivistas, há uma série de teóricos com inúmeras obras, por vezes muito distintas.²⁰ De tal modo, considerando que a maior parte das críticas são feitas a um “positivismo”, sem levar em conta as diversas vertentes e acepções dentro dessa escola, cria-se um inimigo facilmente criticável, um positivismo caricaturado.²¹ De igual modo, a concepção do que seria o pós-positivismo, também, parece não ser clara, sendo empregada de maneira simplista e rala. O próprio termo “pós-positivismo” não é bem exato do ponto de vista cronológico, eis que muitas das teorias apontadas como pós-positivistas são anteriores a teorias positivistas mais recentes.²² Não se tem, em verdade, uma compreensão unânime do que seria o pós-positivismo. Pode-se, como fez Albert Calsamiglia, espremer as teorias críticas do positivismo jurídico em dois pontos centrais, a saber: os limites do direito; e a relação entre direito e moral.²³

* Advogado, pós-graduado em litigation pela Fundação Getúlio Vargas FGV, mestre em Direito pela Universidade Gama Filho UGF e doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF.

¹⁹ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro. Saraiva, 2009, p. 242.

²⁰ Pode-se citar como autores adeptos do positivismo: Hans Kelsen, Herbert Hart, John Austin, Norberto Bobbio, Joseph Raz, Ross, Leslie Green, David Lyons, dentre inúmeros outros.

²¹ RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. São Paulo. Laços, 2014, p. 64.

²² DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Op. Cit. p. 51.

²³ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Barcelona. Doxa.nº 21. VI, 1998, p. 210.

Mas ainda assim não se chegará a uma compreensão exata e bem definida do que seria efetivamente o pós-positivismo.

De toda sorte, o presente trabalho tentará estabelecer, de um lado, o que seria efetivamente o positivismo jurídico e o que procuraram estruturar alguns de seus principais teóricos e, de outra ponta, será analisado se as críticas feitas ao positivismo por uma corrente pós-positivista brasileira não criaria, de certo modo, uma caricatura.

1 . O POSITIVISMO JURÍDICO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO

A acepção de direito positivo surge em um primeiro momento como contraponto ao direito natural, sendo este tido como o direito existente em todo tempo e todo lugar²⁴, isto é, um direito universal que não decorre da atividade humana. Esse direito natural no final do século XVII passou a estar atrelado aos valores iluministas, o que acabou sendo combustível para a eclosão das revoluções liberais.²⁵ Os autores idealizadores da acepção de contrato social, como Hobbes, Lock e Rousseau, valeram-se da existência de um estado de natureza, de direitos existentes antes da atividade humana, para justificar a necessidade de um contrato social. A afirmação da existência de direitos anteriores à formação do Estado, pois, mostrou-se argumento essencial para exigir a limitação da atuação de arbitrariedades dos Estados.²⁶

Assim é que ocorre a superação histórica do direito natural, com o início do processo de codificação do direito, na busca de estabelecer clareza, unidade e segurança. Pode-se dizer que positivismo jurídico, já nesse contexto, torna-se marco do pensamento do direito na modernidade, já que a própria concepção de Estado de Direito moderno nasce na forma de Estado Legislativo, com uma preocupação pela afirmação do direito válido, posto por autoridade competente. Essa construção deu-se por um lento processo de secularização, instigada sobretudo pelas doutrinas de Thomas Hobbes, Pufendorf e Thomasius, ganhando contornos mais claros com o Betham e John Austin. Nesse sentido, merecem ser transcritas as palavras de Luigi Feggaroli:

O Estado de Direito moderno nasce na forma de Estado Legislativo de Direito (ou se preferir Estado Legal), no momento em que esta instância se realiza historicamente com a exata afirmação do princípio da legalidade como fonte

²⁴ TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho*. México D.F., Editora Porrúa, 1974, p.225.

²⁵ RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. Op. Cit. p. 31.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora Brasiliense, 2004, p. 15.

exclusiva do direito válido e existente anteriormente. Graças a esse princípio e às codificações que constituem a sua atuação, todas as normas jurídicas existem e simultaneamente são válidas desde que sejam postas por autoridades dotadas de competência normativa.²⁷

Bem mais adiante, em 1929, alguns pesquisadores austríacos reuniram-se em um grupo de discussões filosóficas que passou a ser conhecido como “Ciclo de Viena”, onde foi proposto o ideal da ciência, que se chamou “positivismo lógico”²⁸ A ideia central seria de que a teoria da ciência seria o único sentido da filosofia, sendo que a diferença entre ciências sociais e naturais seria meramente de objeto e prática. Assim, como bem destaca Boaventura de Sousa Santos, essa escola representou o apogeu da dogmatização da ciência:

Para o Círculo de Viena a teoria da ciência é o único sentido legítimo da filosofia; esta só se justifica enquanto justificação das ciências positivas. O positivismo lógico representa, assim, o apogeu da dogmatização da ciência, isto é, de uma concepção de ciência que vê nesta o aparelho privilegiado da representação do mundo, sem outros fundamentos que não as proposições básicas sobre a coincidência entre a linguagem unívoca da ciência e a experiência ou observação imediatas, sem outros limites que não os que resultam do estágio do desenvolvimento dos instrumentos experimentais ou lógico-dedutivos.²⁹

Mais ou menos no mesmo período, alguns estudiosos passam a tentar estudar o direito com rigor, em uma tentativa de estabelecer uma “ciência do direito”. Ou seja, apresentou-se o positivismo nesse contexto, vale dizer, como uma tentativa ontológica e epistemológica de estabelecer o direito como uma verdadeira ciência, com rigor na formação de suas conclusões.³⁰ Costuma ser apontado como o autor pioneiro nessa busca John Austin, autor inglês, que, bem antes do Ciclo de Viena, centrado nas ideias de “comando”, “soberano” e “hábitos de obediência”, procurou apresentar a chave da teoria do direito.³¹ Entendia o inglês que o estudo do direito teria por objeto o direito positivo, que, por sua vez, refere-se às leis imposta por superiores políticos a seus súditos, sendo que essas leis seriam espécies de ordens.³² Isto é, seria o direito positivo constituído pelos comandos emanados pelo soberano, numa sociedade política independente, sendo certo que, para que uma

²⁷ FEGARROLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O ESTADO DE DIREITO: história, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo. Martins Fontes. 2006, p. 422-423.

²⁸ PÁDUA, João Pedro. *Direito como sistema de normas e direito como sistema de práticas: aportes teóricos e empíricos para a refundação da “ciência” do Direito (em diálogo com a linguística aplicada)*. In: PINTO, Rosalice et al. (Orgs.). *Linguagem e direito: Perspectivas teóricas e práticas*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 29-30.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4ª Ed. São Paulo: Graal, [1989] 2003, p.24.

³⁰ PÁDUA, João Pedro. *Direito como sistema de normas e direito como sistema de práticas: aportes teóricos e empíricos para a refundação da “ciência” do Direito (em diálogo com a linguística aplicada)*. Op. Cit, p. 29-30.

³¹ SGARBI, Adrián. *Clássicos da Teoria do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Lumenjuris. 2009, p. 2.

³² Ibidem. p. 4.

sociedade política possa ser considerada independente não basta existir uma estrutura hierárquica. Faz-se necessário que essa estrutura se esgote no interior da própria sociedade:³³

Contudo, Hans Kelsen, decerto, é o autor mais lembrado na tentativa de constituir uma ciência do Direito. O modelo que esse autor austríaco tem em mente, ao tratar do direito como ciência, é o da ciência da natureza, hipótese em que um cientista descreve fatos naturais regidos pela causalidade e, com isso, formula leis gerais que permitam a previsão de que certos eventos novamente ocorram. Para entender melhor a ciência da natureza, tome-se como exemplo a gravidade. Ela não é criada pelo homem, este apenas, através de observação, percebe que um lápis, sempre que solto no ar, tem uma trajetória de queda.³⁴ Kelsen quer dar segurança epistemológica semelhante ao direito e à norma jurídica. Não à toa, a sua principal obra foi intitulada "Teoria Pura do Direito".

A "pureza" da teoria do direito estaria na não interferência de outros campos de conhecimento na acepção jurídica. Elementos políticos, religiosos, sociais e éticos, por exemplo, deveriam ser afastados do campo jurídico. Nessa esteira, o pensamento jurídico deveria ser algo objetivo. O direito deveria ser norma emanada do Estado com caráter imperativo e força coativa³⁵. Kelsen acreditava que, ao aplicar o direito, não deveria haver nenhum juízo de valor de seu conteúdo, mas somente uma análise da validade da norma.

"Validade" expressaria o fato de a norma existir e, por isso, ser juridicamente obrigatória. Essa norma seria o único parâmetro para se dizer se determinado ato é jurídico ou ilícito. O que vai dizer, assim, se algo é ilícito ou não é a interpretação da norma jurídica, e não a facticidade que envolve o ato. Daí a compreensão kelseniana de distinguir "ser" e "dever ser", sendo este a norma jurídica e aquele o ato de vontade que ela constitui, regido pela causalidade e leis físicas³⁶.

Há uma despreocupação de Kelsen com o conteúdo da norma, estando todos os holofotes em sua validade. Isso fica claro no exemplo trazido pelo autor da diferença entre a ordem proferida por um órgão estatal cobrando um tributo e a ordem proferida por um "bando de salteadores de estrada".³⁷ Quando o Estado, por meio de algum órgão, profere alguma ordem, aquilo será válido, se tiver como base uma norma jurídica hierarquicamente superior, que, por sua vez, será válida se tiver alicerce em uma constituição, que buscará validade em uma norma hipotética

³³ AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*, vol 1, John Murray, London, 1972, p. 220.

³⁴ SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Lumenjuris. 2009. Op. Cit. p. 34.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª Edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

³⁶ Ibidem, p. 48.

³⁷ Ibidem p. 67.

fundamental. De outra ponta, uma ordem proferida por um salteador de estrada, mandando que alguém lhe dê determinada quantia em dinheiro, não seria válida, eis que não teria alicerce em qualquer norma jurídica, embora o seu conteúdo (me dê dinheiro) seja o mesmo no caso de um órgão estatal.

A validade de qualquer norma ou ato e a conclusão de que aquilo seria jurídico importa sempre nessa análise piramidal, de sorte que Kelsen acaba concluindo que o direito regula sua própria criação, sendo que, ao mesmo tempo, toda criação do direito é uma aplicação do direito.

Certo é que diversos enfoques e abordagens podem ser dados, ao se estudar o positivismo jurídico. Pode-se concebê-lo pelo estudo da cientificidade do direito, da oposição entre direito positivo e direito natural, da separação entre direito e moral, da análise de validade e coercividade da norma etc. Bobbio resumiu a possibilidade de compreensão do positivismo em três aspectos distintos, a saber: (1) como método do estudo do direito; (2) como teoria do direito; e (3) como ideologia do direito. O autor italiano apontou ser relevante essa distinção pois “a primeira acepção do positivismo jurídico não implica na segunda, a primeira e a segunda não implicam na terceira”³⁸ Assim, na compreensão de Bobbio, “não se pode conduzir uma crítica genericamente antipositivista, mas é necessário distinguir os vários autores, de acordo com o aspecto ou aspectos do juspositivismo por eles adotados”³⁹ Todavia, não parece ser essa a compreensão da doutrina brasileira.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO LEGITIMOU A BARBÁRIE ?

A despeito da compreensão de diversas acepções e abordagens do positivismo jurídico, a doutrina pós-positivista brasileira contemporânea simplesmente, de uma maneira geral, afirma peremptoriamente que o positivismo teria sucumbido. Sem diferenciar as diversas acepções positivistas, disparam críticas simplesmente a um “positivismo jurídico”, partindo de pontos falhos nas diversas obras, para criar um verdadeiro saco de pancadas. Nesse sentido, é de se aplaudir o entendimento de Otfried Höffe segundo o qual o positivismo radical seria um mito inventado por filósofos da justiça que procuram um inimigo facilmente refutável⁴⁰

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006, p. 234.

³⁹ Ibidem, p. 235.

⁴⁰ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. 3ª Edição. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 92.

Fala-se que o positivismo teria sucumbido na história, já que, ao elevar a legalidade ao extremo, teria legitimado atrocidades. Nesse sentido, por exemplo, afirma Luís Roberto Barroso:

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo da Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido⁴¹.

No mesmo sentido o positivismo também é criticado por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, que afirmam que:

A ascensão do partido nazista ao poder, por exemplo, ocorreu pelos meios previstos na Constituição de Weimar. Chegando ao poder, os nazistas utilizaram o Direito como instrumento para a imposição de políticas repressivas e discriminatórias. A Ciência do Direito que simplesmente descrevesse esse ordenamento jurídico, deixando de se pronunciar sobre a extrema injustiça de seu conteúdo, podia ser condenada como omissa, quando a afirmação política do Estado de Direito era demandada em todos os níveis, mesmo no da teoria do Direito. Perante a dramática irracionalidade do Direito e do Estado, se tornava completamente inadequada a concepção segundo a qual apenas a análise objetiva do fenômeno jurídico poderia ser validada como racional.⁴²

Paulo Nader não destoa:

O Direito não se compõe exclusivamente de normas, como pretende essa corrente. As regras jurídicas têm sempre um significado, um sentido, um valor a realizar. Os positivistas não se sensibilizaram. Os limites concedidos ao Direito foram muito estreitos, acanhados, para conterem toda a grandeza e importância que encerra. A lei não pode abarcar o todo *Jus*. A lei, sem condicionantes, é uma arma para o bem ou para o mal.⁴³

Esse modelo de crítica é retórica, rala, singela e equivocada. Primeiramente porque, como dito, partem da premissa de que só existiria um positivismo jurídico, olvidando suas diversas acepções e as singularidades das abordagens de diversos autores. Em

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. Cit. p. 242.

⁴² NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2014, p. 200.

⁴³ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2012, p.386

segundo, afirmam que o positivismo teria sido superado, seria decadente, quando, em verdade, o positivismo encontra-se ainda no epicentro dos debates jurídicos, filosóficos e políticos, com uma série de autores positivistas contemporâneos trazendo acepções complexas e modernas.⁴⁴ Falar em uma “decadência” é fechar os olhos aos modelos contemporâneos de positivismo jurídico, que, hoje, ainda são defendidos na academia.

A afirmação de que o positivismo jurídico teria legitimado barbaridades como o nazismo na Alemanha também carece de base histórica e teórica. Ora, a doutrina nazista invocava “valores” e “necessidades” do povo alemão, buscando um “Estado de Justiça”, pautado em valores morais do grupo político no poder.⁴⁵ Isto é, pregou um modelo completamente contrário ao positivismo jurídico, que nega a penetração de conceitos como moral e justiça no direito. Por sinal, o próprio Hans Kelsen, principal nome do positivismo jurídico, era judeu e foi perseguido pelo movimento nazista.

Vale chamar a atenção que os principais juristas partidários do nazismo dedicaram parte de sua obra a criticar o positivismo. Cite-se como exemplo Carl Schmitt, autor alemão, que, no período de ascensão do nazismo na Alemanha, almejava ser o grande pensador do nazismo, de maneira que teve grande enfoque em legitimar os poderes do *Reich*.⁴⁶ Além disso, travou intenso debate com Helsen sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição”⁴⁷ e desenvolveu extensa obra apontando falhas ao sistema positivista, criando o que passa a ser chamado de corrente “decisionista” como fundamento de validade do sistema jurídico.

Ainda nesse aspecto, vale transcrever as palavras de Dimitri Dilmoulis, que resumem bem a fraqueza do argumento de que o positivismo jurídico teria legitimado o nazismo:

Como uma teoria sobre a validade do direito pode permitir a imposição de um regime político? Todos sabem que as mudanças políticas ocorrem em virtude das lutas políticas e da imposição de interesses de certos grupos sociais; não se baseiam em crenças teóricas e, muito menos, em análises sobre a validade das normas jurídicas.⁴⁸

⁴⁴ Cite-se como exemplo de autores bem recentes: Barzotto, Coleman, Kramer, Alday, Joseph Raz, Troper, dentre outros.
⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Op. Cit. p. 261.

⁴⁶ CASTELO BRANCO, Pedro Hermínio V.B., *Secularização Inacabada: política e direito em Carl Schmitt*. Curitiba, Appris, 2011, p. 5.

⁴⁷ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007

⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Op. Cit. p. 260.

4. JUÍZES SEM CRIATIVIDADE?

Outro argumento utilizado contra o positivismo jurídico é de que, para essa escola, o juiz seria a boca da lei. Isto é, sustentam que, para os positivistas, a atividade jurisdicional seria completamente engessada, com espaço apenas para a realização de uma subsunção da norma ao fato, com rigor e silogismo jurídico, sem espaço para atividade construtiva. A ideia de um juiz como boca do legislador, em verdade, decorre de Montesquieu, que, no *Espírito das Leis*, publicado em 1748, tendo em vista o modelo constitucional inglês, sustentou que as decisões judiciais deveriam ser uma reprodução fiel da lei.⁴⁹ Nenhuma ligação se tem com o modelo do positivismo jurídico.

Os autores brasileiros contemporâneos costumam apontar, de maneira geral, que o formalismo positivista é marcado pela subsunção e inexistência de qualquer papel criativo por parte do juiz. Barroso, por exemplo, assim afirma:

A aplicação do Direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo.⁵⁰

Esse julgamento, entretanto, só poderia ser feito às escolas mais primitivas do positivismo jurídico, tais como a escola da exegese, que teve seu apogeu em meados de 1830 e declínio de 1880 em diante, tendo como seus principais expoentes autores franceses como Alexandre Duranton, Charles Aubry e Frédéric Charles Rau⁵¹. Essa vertente positivista realmente sustentou a necessidade de a interpretação da lei ser alicerçada na intenção do legislador. Partia da compreensão de que o único direito seria aquele contido na lei, compreendido como manifestação escrita da vontade do Estado.

Sucedem que o positivismo jurídico evoluiu, sendo certo que a maior parte das escolas positivistas posteriores à da exegese não defenderam essa compreensão. Por exemplo, Kelsen sustentou que a norma jurídica funcionaria como uma moldura, sendo que, dentro dela, haveria várias possibilidades de decisões judiciais, que, na acepção do autor, seriam normas individuais (normas criadas no caso concreto). Ou

⁴⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. Cit. p. 240.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Op. Cit. p. 84.

seja, o autor expressamente reconhece uma margem de discricionariedade do magistrado dentro das opções que aquela moldura legal fornece:

[...] O Direito a aplicar forma, é uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...]

[...] uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ele se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. [...] ⁵²

Em “Jurisdição Constitucional”, inclusive, ao tratar da natureza da função jurisdicional, Kelsen fala expressamente que a jurisdição é criadora do direito:

A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a verdadeira jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes do mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito ⁵³

Também Hart, grande nome do positivismo jurídico, trabalha a ideia de “textura aberta”, ao estabelecer o debate entre formalismo e antiformalismo, isto é, ao discutir se o intérprete revela o sentido do texto ou se ele cria o sentido do texto. Nesse contexto, traça crítica direta aos formalistas que, para negar o caráter criador das normas, usam da retórica de que o interprete deve buscar a vontade do legislador, olvidando a existência de casos difíceis e ignorando que “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer” ⁵⁴

Portanto, somente escolas primitivas do positivismo jurídico abraçaram a ideia de uma atividade jurisdicional completamente mecânica e asséptica, não sendo razoável que o positivismo jurídico como um todo sofra essa crítica.

⁵² Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. Cit. p. 390/391.

⁵³ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª Edição. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 250

⁵⁴ Hart, Hebert. *O conceito de direito*. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 125.

CONCLUSÃO

O positivismo jurídico hoje encontra-se no banco dos réus das teorias jurídicas, sendo alvejado por diversos autores, aos quais se deu o rótulo genérico e apressado de pós-positivistas. Essa nova corrente de pensamento jurídico e filosófico no Brasil, no entanto, tende a disparar críticas genéricas e ralas ao positivismo jurídico, desconsiderando as diversas compreensões e escolas distintas que existem dentro do positivismo jurídico. Buscam os pós-positivistas brasileiros pontos “falhos” específicos das diversas escolas e apresentam argumentos retóricos, formando, de tal modo, uma caricatura de positivismo indefensável.

No presente trabalho tentou-se desconstruir alguns dos dogmas estabelecidos pela doutrina brasileira quanto ao positivismo jurídico. Não se tentou – vale destacar – defendê-lo, tampouco sustentar que essa seria a melhor opção teórica para o direito. Somente, analisando algumas das compreensões do positivismo jurídico, buscou-se estabelecer um olhar crítico às obras que o criticam, descortinando a necessidade de aportes mais robustos e menos simplistas. Não é razoável a condução de críticas antipositivista repetitivas e genéricas, sem alicerce histórico e teórico, tendo como alvo uma compreensão caricaturada e irreal do que é o positivismo jurídico.

No pêndulo das teorias do direito, hoje o positivismo jurídico é tido como um grande vilão e, para um juiz, ser visto como formalista ou positivista é motivo de vergonha. Isso se tornou um dogma do direito brasileiro contemporâneo e, como toda ideia categórica, merece ser revisitada e oxigenada.

REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*, vol 1, John Murray, London, 1972
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro. Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora Brasiliense, 2004.
- _____. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006
- CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Barcelona. Doxa. nº 21. VI, 1998
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermínio V.B., *Secularização Inacabada: política e direito em Carl Schmitt*. Curitiba, Appris, 2011
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo. Método, 2006
- FEGARROLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O ESTADO DE DIREITO: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo. Martins Fontes. 2006
- HART, Hebert. *O conceito de direito*. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. 3 ed. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo, Martins Fontes, 2006
- KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo, Martins Fontes, 2007
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo. Martins Fontes, 2000.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2014
- PÁDUA, João Pedro. *Direito como sistema de normas e direito como sistema de práticas: aportes teóricos e empíricos para a refundação da "ciência" do Direito (em diálogo com a linguística aplicada)*. In: PINTO, Rosalice et al. (Orgs.). *Linguagem e direito: Perspectivas teóricas e práticas*. São Paulo: Contexto, 2016
- RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. São Paulo. Laços, 2014
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4ed. São Paulo: Graal, 1989.
- SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007
- SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumenjuris. 2009.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. México D.F., Editora Porrúa, 1974.

CARL SCHMITT E O CONCEITO POLÍTICO DE DIREITO - UMA LEITURA DE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Nilson Vieira Ferreira de Mello

Nota Preliminar

A análise da gênese do totalitarismo é uma das formas - creio que a mais importante delas - de evitá-lo. Porque, ao examinarmos o totalitarismo, percebemos que ele nem sempre - na verdade, raramente - se concretiza mediante um golpe de Estado clássico, mas, sim, por meio da própria norma formalmente instituída. E isso por si só já justificaria dedicarmos parte de nosso tempo, como advogados, pensadores do Direito ou da Filosofia Política, à obra e aos conceitos desenvolvidos pelo jurista alemão Carl Schmitt.

Contudo, isso é apenas parte da motivação para estudá-lo. Pois a principal razão reside no fato de que ele foi um dos mais proeminentes juristas europeus da primeira metade do século XX, tendo estabelecido diálogo ou empreendido embates intelectuais de singular grandeza com pensadores tais como Friedrich Hayek, Hans Kelsen e Hannah Arendt.

Feitas essas ressalvas preliminares - e salientado logo de início que o objetivo desta palestra não é justificar o Estado de Exceção (mas justamente o contrário, se possível, e ainda que de forma indireta) -, parece ficar claro também que, num breve trabalho como ao que ora nos dedicamos, não se pretende fazer uma defesa de Schmitt, ou das ideias por ele preconizadas - até porque um jurista de sua dimensão justifica-se por si só e, se fosse o caso de representá-lo na defesa, a tarefa caberia a alguém de equivalente intelecto.

Em suma, o que se pretende aqui é proceder ao exame das ideias do eminente jurista de forma crítica e distanciada, como convém a um Ciclo de Conferências de Filosofia do Direito.

Desenvolvimento da temática

Contexto histórico

A obra de Schmitt a qual tentaremos lançar foco mais privilegiado é *O Guardião da Constituição*⁵⁵ (em alemão, *Der Hüter der Verfassung*), cuja primeira versão foi publicada em 1929, merecendo, pouco depois, em 1931 (dois anos antes, portanto, da ascensão de Hitler à Chancelaria do Reich, o que contribuiu para a sua alcunha de Filósofo do Nazifascismo), a versão final ampliada.

No título da presente palestra, fazemos um trocadilho com *O Conceito do Político /Teoria do Partisan*⁵⁶ (*Der Begriff der Politischen*) outra obra do autor, lançada em 1932, e na qual Schmitt estabelece, em veemente oposição ao positivismo jurídico de Kelsen, que tudo no Direito decorre da política. Assim, por extensão, o Estado nada mais seria do que uma manifestação política de uma determinada sociedade (ou povo) em contraposição a outras sociedades ou povos. O político pressupõe um adversário. Em sua célebre apresentação de *O Conceito do Político* de 1987, Jürgen Habermas⁵⁷ ressalta que a obra de Schmitt discute incidentalmente a teoria pluralista de Estado e que o jurista, como filósofo tradicional, questiona-se sobre a essência do "Político".

Assinala ainda Habermas a marcante influência *hobbesiana* no pensamento de Carl Schmitt, assinalando que o jurista alemão reconhece Thomas Hobbes⁵⁸ como o único teórico político que foi capaz de conceituar, no domínio soberano, "a substância decisionista da política estatal". Habermas critica o positivismo lógico e, tal como Schmitt, é um pensador que sofre forte influência do pragmatismo. Mas, enquanto Schmitt até alude à democracia, mas pensa em unidade e decisão, Habermas busca os vínculos entre Democracia e Socialismo valorizando justamente os processos deliberativos dos quais o jurista do Reich tanto desconfiava.

Parafraseando Carl von Clausewitz, para quem a guerra era a continuidade da política (ou, podemos arriscar, da diplomacia) por outros meios, destaca que, na visão de

⁵⁵ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

⁵⁶ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político/Teoria do Partizan*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009

⁵⁷ Obra cit, pág. 5.

⁵⁸ HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo, Editora Victor Civita, 1983.

Schmitt, "o Estado é a guerra civil continuamente evitada", o que significa que o Estado se afirma como poder soberano ao oprimir qualquer resquício de resistência revolucionária. Importante é destacar que, na Alemanha do início do século XX, os conflitos não são apenas de ordem social e ideológica entre indivíduos e entre esses e o Poder Público, mas entre os estados federados, e entre os Estados e o Reich.

Nascido em 1888, em Plettenberg, na Vestfália, Schmitt faleceu em 1985. Cresceu e formou-se, portanto, em meio ao imperialismo da Alemanha unificada (ou seja, o que seria o II Reich, iniciado em 1871). Lembremos que, na visão ufanista germânica, que se consolidaria anos mais tarde com o predomínio do Nacional-Socialismo, o I Reich (palavra de origem celta que, etimologicamente significa rico/riqueza, mas que, a rigor, designa Reino ou, mais precisamente, Império) teria sido aquele iniciado com a vitória de Carlos Magno, rei dos francos (soberano do *Frankreich*), sobre os mulçumanos, garantindo a emergência, no ano de 968, com o imperador Oto I, do Sacro Império Romano-Germânico. Herdeiro direto de Roma na concepção de Estado, o Sacro Império perduraria por muitos séculos até 1808, como resultado da debacle nas guerras napoleônicas.

Testemunhou o fim da Monarquia, com a abdicação do César (ou Kaiser) Guilherme II, em novembro de 1918, após a Grande Guerra, numa derrota ultrajante, porque mais política e diplomática do que militar (as divisões alemãs retornaram do front marchando ainda coesas e em formação), e o advento de uma República que, na formatação, tinha um caráter eminentemente democrático e liberal, consubstanciado pela Constituição de Weimar, promulgada em 11 de agosto de 1919. Mas esta nova Alemanha republicana tinha dificuldades em se desvincular do Império que fora com seus 27 reinos e ducados, transformados, repentinamente, em um punhado de estados federados. Na prática, a Alemanha imperial relutava em se reconhecer como República, o que constituía uma fonte permanente de conflitos constitucionais e infraconstitucionais entre os seus entes.

O multipluralismo partidário, os interesses regionais, corporativistas e ideológicos difusos e multifacetados, somados à crise econômica, colocavam em cheque a estabilidade política e a governabilidade. Foi neste ambiente de grande complexidade que Schmitt foi desenvolvendo sua teoria do Estado e sua Filosofia do Direito, assombrado pela percepção de que um Leviatã era indispensável à Alemanha.

De família católica, Carl Schmitt foi visto primeiramente com desconfiança pelo Nazismo, predominantemente protestante devido à própria identidade cultural

germânica. Por oportunismo profissional, é preciso dizer, e também por sobrevivência, acabou aderindo a ele, a exemplo da esmagadora maioria dos alemães de então. Tornou-se professor da Universidade de Berlim em 1933, mesmo ano em que ingressara no partido Nazista - já o partido único da Alemanha. Acabou perseguido pelo regime - que considerou o seu conservadorismo contrário aos métodos populistas inerentes à manutenção e progressão do regime. Deixou o partido ainda em 1936, portanto, antes da Guerra e da Solução Final. Após o Conflito, chegou a ser preso por dois anos pelos aliados, por colaboração com o nazismo. Neste período escreveu *Ex Captivitate Salus (O cativo liberta)*. Cabe dizer que foi libertado porque contra ele não pesavam provas de participação direta ou mesmo indireta em crimes de guerra ou no genocídio.

Exame conceitual

Ronaldo Porto Macedo Jr, um dos maiores especialistas brasileiros no jurista alemão, salienta que Schmitt conseguiu compatibilizar o seu eminente "monismo decisionista", expresso nos primeiros trabalhos dos anos 1920, com um crescente "pluralismo institucionalista", plenamente consolidado no final da década de 1930. Como já referido, os fundamentos para a sua concepção de totalitarismo podem ser encontrados em Hobbes, mas também em Nicolau Maquiavel, Jean-Jacques Rousseau e George Sorel.

O jurista alemão era, na realidade, cético em relação às democracias liberais, e desenvolveu suas teses com a crença de que um "condutor" forte encarna a vontade popular muito mais genuinamente do que um Corpo Legislativo, que tende a ser fluido, heterogêneo e movido por interesses nem sempre elevados. Essa percepção da necessidade de um *condottieri* dissolvendo potenciais conflitos é desenvolvida de forma expressa em *Der Diktator (Da Ditadura)*, ensaio de 1922, ou seja, três anos posterior à Constituição de Weimar. Na verdade, nutria desalento em relação à própria natureza do homem, no sentido maquiavélico, ou seja, considerava os indivíduos seres gregários, porém, e contraditoriamente, incapazes de viver coletivamente em harmonia. Daí porque o seu esforço para teorizar um pacto social rousseauiano não se desvincula em momento algum de *Hobbes*. Neste sentido, percebemos que, ao longo de toda a sua obra - e marcadamente em *O Guardião da Constituição* e em *O Conceito do Político* - os conceitos de soberania e autonomia estatal estão irremediavelmente atrelados à distinção entre amigo-inimigo (ou, se preferirem, aliado-adversário).

Um dos equívocos frequentes - e certamente o maior deles - na crítica à Carl Schmitt é o de colocá-lo no rol dos pensadores liberais. Ora, ao prescrever a necessidade de um "Estado total", ou justificá-lo indiretamente, o jurista alemão é a própria personificação da antítese do liberalismo, tanto no seu viés político como, e sobretudo, na sua aceção econômica. Günter Frankenberg, jurista que foi seu contemporâneo, mais atento, não incorreu neste erro, o apelidando de "o Coveiro do Liberalismo".

Em *O Guardião da Constituição*, por sinal, Schmitt faz uma contundente crítica ao Estado que se abstém de intervir no âmbito das relações comerciais, na esfera econômica. Aliás, é justamente por conta de sua crítica à democracia liberal ocidental, na qual o Estado reduz o seu papel de planejador e de interventor, que o jurista alemão viria a ser resgatado, na segunda metade do Século XX, por pensadores alinhados no campo da esquerda, como é o caso do próprio Habermas e de Claus Offe, bem como, conforme assinala Macedo Jr., dos participantes do Instituto Gramsci, na Itália. A propósito, dissemos de início que ao regime totalitário, seja de direita ou de esquerda, chega-se mais frequentemente por meio de mecanismos institucionalizados do que por um golpe clássico, uma quartelada.

Schmitt foi um dos principais interlocutores dos pensamentos liberal, positivista e também jusnaturalista durante a República de Weimar justamente porque divergiu de forma original dessas correntes, desenvolvendo importantes polêmicas com Hayek, Kelsen e Laski, entre outros. Fez severas críticas ao positivismo alemão, que estaria fortemente contaminado por uma estrutura estatal burguesa e desigual e injusta. Em sua visão, a neutralidade e a pureza pretendidas pelo positivismo para o Direito eram impossíveis, seriam *mero fetiche intelectual* [expressão e grifo meus, não de Schmitt]. Uma assertiva a partir da qual podemos levantar a questão quanto à possibilidade real de o Direito ser uma Ciência ou mera manifestação do cotidiano - ou um conjunto de práticas da vida, como recentemente classificou o professor Francisco Amaral, em palestra neste Ciclo de Conferências - manifestação esta que, aí sim, pode ser objeto de uma Ciência ou da própria Filosofia.

Se for preciso atribuir um novo rótulo a Carl Schmitt (além, é claro, o de jurista do Nazifacismo), portanto, o mais correto seria o de conservador, mas jamais o de liberal. Porém, mesmo como conservador, ele ergueu críticas ao pensamento católico, negando, por exemplo, a visão da Igreja do livre-arbítrio. Sobre o título de "jurista do Nazifacismo", é preciso ressaltar que a Constituição de Weimar, embora liberal e democrática, já previa regras de exceção, e não apenas em seu artigo 48,

parágrafo 2o, que permitia ao presidente do Reich usar as Forças Armadas e suspender os direitos fundamentais para o restabelecimento da ordem, como, por exemplo, no artigo 25, que previa a dissolução do Parlamento.

O ministro Gilmar Mendes salienta, em sua Apresentação da tradução de *O Guardião da Constituição* de 2007 (Ed. Del Rey), que Hitler "chegou ao Poder sem romper com nenhum aspecto da legalidade existente na época"⁵⁹, o que não deixa de ser paradoxal: o sistema político de Weimar permitiu que o seu maior inimigo assumisse o Poder e destruísse todo o regime Constitucional.

A obra em espécie - aspectos destacados

Não restam dúvidas de que, para Schmitt, a guarda da Constituição é uma função de natureza política, não jurídica. Contudo, em *O Guardião da Constituição*, o jurista nada mais faz do que um Raio-X minucioso daquilo que já está constitucionalmente previsto. Interpreta, portanto, a Constituição de Weimar. A regra constitucional prescreveu que caberia ao Presidente do Reich (o chefe de Estado) o papel de guardião constitucional. Ao desenvolver a interpretação da Carta constitucional, Schmitt faz também, indiretamente, a sua defesa, levando o seu maior oponente, Hans Kelsen, a publicar, pouco depois, *Wer Soll der Hüter Verfassung sein (Quem deve ser o Guardião da Constituição)*, no qual valoriza o papel de um Tribunal Constitucional, tomando como paradigma a Corte Constitucional austríaca.

A função de guardião constitucional na perspectiva de Schmitt deve ser entendida à luz do conceito de soberania. Soberania entendida aqui como o poder de decidir, com base na legalidade, o momento e a conveniência do estado de exceção, também compreendido como estado de emergência. Refere-se também a decisões livres de deliberações colegiadas, em sua visão, muitas vezes contraproducentes. Porém, como salientou Agamben, este estado de emergência não tem qualquer relação ou semelhança com a clássica violência revolucionária delineada por Walter Benjamin. Trata-se, em oposição àquela, de um período de emergência, constitucionalmente previsto, e decidido por aquele que tem poder legítimo para tanto. E, uma vez que se trata de soberania, refere-se à política, algo que estaria, portanto, acima da concepção jurídica, longe do alcance de um órgão do Judiciário.

Válido é lembrar que foi o presidente Paul von Hindenburg, figura política respeitada pela imparcialidade e moderação, que, com amparo constitucional, dissolveu por

⁵⁹ Obra cit., pág. xiii.

duas vezes o Parlamento em 1932 e, no ano seguinte, assinou a Lei de Concessão de Plenos Poderes. Por esta Lei, o Parlamento transferia ao *chanceler* (chefe do Executivo) poderes legislativos. (O chanceler chamava-se Adolf Hitler).

Quando nos referimos à soberania e política é preciso dizer que o jurista alemão construiu um diálogo com um de seus maiores oponentes (no caso, uma) em torno do conceito de político. Carl Schmitt e Hannah Arendt têm em comum, conforme assinala Felipe Amorim Machado⁶⁰, o fato de ambos terem situado o político num espaço de predominância dentro do Direito, chegando, contudo, a reflexões bastante distintas, podemos dizer, diametralmente opostas. Ambos partem da crítica ao liberalismo em sua busca para o espaço privilegiado para o político. Como referido de início, o Estado Liberal nega espaço ao político, posto que garante proeminência ao econômico. Mas Schmitt vê a política como a homogeneidade capaz de gerar unidade, a qual capacitaria uma determinada unidade política a proceder à diferenciação entre amigo e inimigo, sendo este o real caráter do político. Há um fim na unidade, que é a coesão, que se retroalimenta. Arendt, por seu turno, funda a sua compreensão no conceito de ação livre, isto é, uma ação que constitui um fim em si mesma, que não se vincula a uma motivação, e que tem por base um princípio que a permeia, sendo este princípio a liberdade.

Enquanto Schmitt, atordoado com o pluralismo fragmentário que leva o Estado à inação, esforça-se por definir o político por meio de uma homogeneidade (indissociável da dicotomia de amigo/inimigo, posto que a homogeneidade só se concretiza em oposição à heterogeneidade), Arendt o vê (o conceito de político) e o valoriza justamente na pluralidade, na multiplicidade em que os diferentes se igualam no espaço público - este, sim, o domínio da política.

Pela perspectiva pessimista de Schmitt, se a pluralidade e a heterogeneidade erguem-se como entrave, porque a ação concreta em prol do progresso e para a vida harmônica em sociedade requer coesão, a exceção sobrevém como solução, desde que proclamada por um soberano - aquele de direito. O jurista alemão faz assim uma clara distinção entre o que seria uma "Ditadura Soberana" e uma "Ditadura Comissária": a primeira apresenta-se como uma "Ditadura Constitucional", que se propõe a salvaguardar a ordem constitucional e a estabilidade institucional, enquanto que a segunda, a "Ditadura Inconstitucional", visa exatamente à derrubada da ordem constitucional.

⁶⁰ MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Schmitt e Arendt, um diálogo sobre a constituição do político. Bel Horizonte, Dissertação de Mestrado, 2012.

Schmitt não está sozinho em sua angústia intelectual face à possibilidade de chegar à exceção por via da legalidade - e, reciprocamente, de chegar à legalidade ou à pseudo-normalidade pela exceção. Em diagnóstico preciso e até certo ponto desconcertante feito após a Segunda Guerra, Giorgio Agamben afirma que os tempos atuais não são de normalidade, mas de consolidação do Estado de exceção. Ou seja, com as estruturas políticas ameaçadas pela fragmentação ou em dissolução, a suspensão da ordem jurídica passa a ser encarada com naturalidade e a se tornar regra. A principal característica do Estado de exceção, de acordo com Agamben, é a abolição da linha divisória entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

À luz dessa conceituação podemos entender por que Schmitt, décadas antes, recorre à Teoria da Neutralidade para justificar a decisão do soberano sobre o Estado de Exceção. Ciente do risco de uma "Ditadura Soberana" ser entendida como uma "Ditadura Comissária", ou se degenerar nesta, o jurista alemão discorre, em *O Guardião da Constituição* sobre o papel equidistante a ser exercido pelo presidente do Reich, o chefe do Estado - e não o chanceler, chefe de governo - como Poder Neutro a pairar sobre o Legislativo, o Judiciário e o próprio Executivo, nesta situação particular, restrito à chefia de governo. Pela Constituição de Weimar, quem decide a exceção não é, portanto, o Executivo propriamente dito, mas o presidente encarnando um Quarto Poder neutro.

O Legislativo não pode ser este guardião que resolverá os conflitos de ordem constitucional entre cidadãos e Estado e entre os Estados e a Federação por que o seu caráter plutocrático e por isso dúbio - dado o espírito hameletiano, errático, do Parlamento de Weimar - não poderia ter capacidade de decisão. A Justiça, por sua vez, tampouco poderia exercer a função de guardiã, uma vez que permanece vinculada à Lei, e pelo fato de antepor sua vinculação a uma norma constitucional à vinculação a uma lei ordinária, ela não se tornaria guardiã da Constituição. E completa, negando a função ao Poder Judiciário:

"Em um Estado que não é puro Estado de Justiça [*haja vista que todo Estado e todo Direito são políticos*], o Judiciário não pode exercer tais funções. De resto, deve-se considerar que a observância do princípio geral da legalidade e, com ele, também da constitucionalidade não constitui nenhuma instância especial, senão ter-se-ia que avistar em cada departamento público e, por fim, em cada cidadão um eventual guardião da Constituição, o que algumas constituições acabam por expressar, confiando a proteção da Constituição à vigilância de todos os cidadãos. Mas disso resulta somente um direito geral à insubordinação e, por fim, à resistência passiva ou ativa, o qual se denominou também de direito de emergência revolucionário. (...) Assim, os guardiões da Constituições não são todas as instâncias e pessoas que ocasionalmente, pela não-aplicação de leis anticonstitucionais ou pela não-obediência a disposições

anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente. Essa é a ponderação sistemática que justifica não considerar os tribunais, mesmo quando exercem o direito de exame judicial acessório e difuso, como guardiões da Constituição".⁶¹

Como vemos, Schmitt delega ao Judiciário papel técnico, e, como lhe falta o atributo político, soberano, que por natureza não pode e nem deve ter, não pode ser o guardião supremo da Constituição. E, ao desenvolver esta interpretação, o jurista alemão justifica o mecanismo já previsto na Constituição de Weimar. Na defesa do papel do soberano, como guardião da Constituição, Schmitt menciona o Poder Moderador, previsto no artigo 98 da Constituição brasileira de 1824, do Império, como exemplo prático da viabilidade do mecanismo. Diz o referido artigo, *in verbis*:

"O Poder moderador é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção de independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes".⁶²

Ironicamente, a Teoria do *Pouvoir Neutre, Intermedière et Regulateur* a que Schmitt recorre para justificar o papel de guardião do presidente do Reich tem fundamentos na Antiguidade, mas foi desenvolvida no Século XIX por Benjamin Constant, um representante da corrente positivista a que o jurista alemão tanto se opôs. A função peculiar do terceiro neutro, preconizada pelo jurista alemão, não consiste em atividade contínua de comando, mas, primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, que só é ativada em caso de emergência, como ressalta em *O Guardião da Constituição*:

"(...) Ademais, ela [a função do terceiro neutro] não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder. (...) É indispensável no sistema do Estado de Direito com diferenciação dos poderes. (...) que haja um poder preservador"⁶³.

Para negar a função de guardião ao Judiciário, o jurista alemão ressalta que a situação constitucional da atualidade é caracterizada pelo fato de que numerosas instituições e normatizações do século XIX permanecem inalteradas, quando, não obstante, a realidade já se modificou completamente. Na atualidade, segundo ele, não há mais um Estado dualístico, caracterizado por um confronto, ainda que latente

⁶¹ Obra cit., páginas 31 e 32.

⁶² Obra cit., pág. 195.

⁶³ Obra cit., página 200.

e potencial, entre o povo e o "Príncipe". O que se tem hoje é a sociedade se integrando ao Estado, ainda que este exista em função dela, ou exatamente por esta razão. Esta nova realidade - em que, segundo ele, não há oposição entre o povo e o monarca, em que a Constituição não é mais um contrato entre Príncipe e Povo, mas sim um "decreto jurídico dirigido" a todos e do interesse de todos - não há razão para impedir que o chefe de Estado tenha um papel de predominância, sobretudo se ele conta, assim como o Parlamento, com a legitimidade do voto.

Deixando a dialética marxista à margem de sua teoria, Schmitt vislumbra o soberano como representante direto do povo, do qual é seu legítimo intérprete. A contradição está no fato de que, embora genuinamente representado, este povo não prescinde de condução e decisão de um terceiro, porque os conflitos são iminentes. É, portanto, mais do que razoável que a regra constitucional atribua ao condutor a competência para estabelecer medidas excepcionais, pacificando a sociedade e reorientando o curso da Nação.

Vejamos então, em substrato, o que Schmitt diz do chefe de Estado como guardião da Constituição, aquele capaz de interpretá-la e decretar a emergência nos momentos excepcionais:

"O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidária, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante [Schmitt faz a distinção entre Estado Legiferante e Estado Funcionário/Administrativo]. Antes que se institua então um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a Justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o presidente do Reich".⁶⁴

Schmitt completa a sua defesa do chefe do Estado como guardião da Constituição salientando que tanto o seu mandato estável, de difícil revocabilidade e independente de maiorias parlamentares, e relativamente longo (7 anos), quanto os tipos de competência que lhe são atribuídos, tais como dissolução do Parlamento, instituição de plebiscitos, assinatura e promulgação de leis e proteção da Constituição (artigos 25, 42, 45, 46, 48, 70 e 73) teriam, segundo ele, o objetivo de criar um "órgão político-partidariamente neutro" (sendo este o próprio presidente do Reich) devido à sua relação direta com a totalidade estatal. Como tal, este órgão passa a ser "o

⁶⁴ Obra cit., pág. 233.

guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção da Constituição".⁶⁵

Na teoria de Schmitt, o soberano que decide a exceção, acaba influenciado por ela. O que significa dizer que cabe-lhe a responsabilidade pelas medidas tomadas, uma vez que ele é eleito pela totalidade do povo e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do Parlamento e instituição de plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um "apelo" (no sentido de chamamento) ao povo. Reafirmando a sua certeza no modelo adotado pela Constituição de Weimar, refutando as iniciativas e projetos de Lei de então voltados à criação de um Tribunal Constitucional, o jurista termina a última página de *O Guardião da Constituição* reafirmando a sua crença no presidente do Reich como o fiel depositário da Lei máxima:

"A Constituição de Weimar empreende sua tentativa de maneira muito consciente, mais precisamente, com meios especificamente democráticos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta (...), que pode expressar a sua vontade e, no momento da decisão, despreza as divisões pluralistas e possa se expressar e se fazer respeitar. A Constituição busca dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir como guardião e defensor da Alemanha. Esta é a base na qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão".⁶⁶

Algumas Conclusões, com espaço para reflexões adicionais:

> Grosso modo (e desculpem-me desde já este arroubo, porque em Filosofia o que deve imperar é a sutileza), podemos elencar três tipos de pensamento jurídico: o normativista, o decisionista e o institucionalista. Para Schmitt, Direito é norma e ao mesmo tempo decisão.

> Numa abordagem jurídico-filosófico estrita, Carl Schmitt seria, à primeira vista um decisionista clássico. Contudo, à medida que vai desenvolvendo suas teses sobre Estado, adere voluntaria ou involuntariamente ao institucionalismo, tal é o grau de sistematização que impõe à temática objeto de seu exame. E este diagnóstico sobrevém de forma clara da leitura de *O Guardião da Constituição*, que nada mais é

⁶⁵ Obra cit., pág. 233

⁶⁶ Obra cit. pág. 234

do que um esforço de justificar o que está expresso na própria Constituição de Weimar, dando-lhe caráter de norma inquestionável.

> Carl Schmitt foi de fato um arauto do totalitarismo, mas não por ter defendido o chefe de Estado (Presidente da República ou do Reich) como o guardião da Constituição, como prescrevia a Constituição de Weimar, num papel equivalente ao de exercido no Império pelo Imperador, na função de Poder Moderador, fruto da concepção de Pouvoir Neutre et Regulateur elaborada por Benjamin Constant. Schmitt foi um totalitário porque, na sua visão de Estado e Nação não havia espaço para a dialética, para o contraditório, e a Democracia pressupõe, justamente, a contradição - ou seja, a convivência pacífica entre opostos, valendo a decisão da maioria, com respeito aos direitos da minoria. E eis porque a Democracia requer tanto esforço e trabalho mútuo, com suporte às instituições.

> O jurista do Reich simplesmente não acredita no pensamento plural. Podemos arriscar que seria um cartesiano no modo de pensar (o que é atípico para quem se debruça sobre as ciências do homem, e não as da natureza), quer um mundo monolítico. Desta forma, não consegue conceber que uma Nação possa progredir em meio às diferenças. E aí salta aos olhos outra contradição, porque o cartesianismo não deixa de ser um fundamento para o positivismo que ele deplora.

> No que toca o papel do Presidente do Reich como guardião da Constituição, numa função equivalente ao de Poder Moderador, podemos dizer que o projeto talvez pudesse ter longevidade - gerando harmonia e prosperidade à coletividade - com uma figura mais moderada e democrática como Hindenburgo no cargo. O problema é que jamais estamos a salvo do populismo rasteiro de um Hitler. Se a Alemanha, com toda a sua bagagem cultural sucumbiu a ele, nenhuma nação estará livre do desastre.

> Por fim, apenas como lembrete, vale dizer que a nossa Constituição de 1988 prescreve, em seu artigo 102, que a Guarda (e não tenham dúvidas de quem este termo foi tomado emprestado!) cabe ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, mais precisamente, o Supremo Tribunal Federal.

Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção/Coleção Estado de Sítio. São Paulo, Boitempo, 2004.
- ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Rio de Janeiro, Ediouro, 1985.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Político*. Brasília, UnB, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Brasília, UnB, 1997.
- HAYEK, Friedrich A. *O Caminho da Servidão*. Porto Alegre, Globo, 1977.
- HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo, Editora Victor Civita, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt, o político entre a especulação e a positividade. São Paulo, Manole, 2006.
- MACEDO JR. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Schmitt e Arendt, um diálogo sobre a constituição do político. Bel Horizonte, Dissertação de Mestrado, 2012.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Rio de Janeiro, Bibliex, 1998.
- MARACIN, Paul R. A Noite das Facas Longas. Rio de Janeiro, Bibliex, 2013.
- SCHMITT, Carl. *La Dictature*. Paris, Seuil, 2000.
- SHMITT, Carl. *O Conceito do Político/Teoria do Partizan*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.
- SHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

Desafios do Desenvolvimento: A complexa integração entre o político, o social e o econômico.

Ministro José Barroso Filho*
Superior Tribunal Militar / Brasil

O desenvolvimento tem que estar relacionado com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. A utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer, ou seja, as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter.

Conforme registrou **Amartya Sen** *“Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas conduz ao entendimento de que, com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino, sendo agentes e não somente beneficiários passivos de programas de desenvolvimento”*⁶⁷.

Necessitamos promover uma Inclusão Social, consequente e produtiva.

Precisamos promover um equilíbrio estruturante, aproximando o “Ter” e o “Ser”, reduzindo, assim, no caso do Brasil, o enorme “gap” existente entre o 7º lugar na *Economia Mundial* e a ocupação da 79ª posição, relativa ao IDH⁶⁸ e a mesma incômoda posição, em matéria de justa distribuição de riqueza, medida pelo coeficiente de GINI.

Pontifica o Professor **Celso Furtado** *“O Desenvolvimento não é apenas um processo de acumulação e de aumento da produtividade macroeconômica, mas principalmente o caminho de acesso a formas sociais mais aptas à criatividade humana e responder às aspirações da sociedade”*⁶⁹.

A realizar tal intento, precisamos deixar de ser “cordiais” e nos tornarmos cidadãos...

Compreender a relação entre indivíduos e instituições é desvendar os mistérios no desenvolvimento das sociedades.

* Palestra pronunciada no Evento: Jurisdição Constitucional e Interesses Econômicos, realizado pelo Centro de Estudos em Direito da União Européia (CEDU) da Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, Portugal, no período de 12 a 13 de setembro de 2017.

⁶⁷Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade* (São Paulo, Companhia das Letras, 2000).

⁶⁸Human Development Report 2016 (Human Development for Everyone), UNDP, 2016, 211, <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>.

⁶⁹Celso Furtado, *Formação econômica do Brasil* (São Paulo, Companhia das Letras, 2007).

Fundamental para a consolidação do desenvolvimento são as instituições, ou seja, as regras formais e informais do jogo de funcionamento da sociedade, uma vez que a evolução das regras predetermina e condiciona o desenvolvimento socioeconômico e político de uma sociedade.

Desafio mesmo é perceber que as extras institucionalidades, também e frequentemente, definem o nosso Futuro.

Exemplo: as estruturas que promovem a corrupção ou a financeirização no sistema, estas marcadas pela agregação e é, justamente a extra institucionalidade marcada pela desagregação (a nossa), que permite a existência da primeira...

São aqueles pactos involuntários marcados pela preguiça do querer ou a miopia do ser....social.

E muito pela dissociação entre a Política (decisão do que fazer) e o Poder (capacidade de fazer), tem-se a potencialidade de crescente déficit democrático, exurgindo a Lógica do Pensamento Encarneirado marcado pela: acriticidade, fluidez das relações, fragmentação do conhecimento e imaturidade político-social.

Que abrem caminho para o totalitarismo e o sectarismo...

É como diz **Antero de Quental** "*Sonho de olhos abertos, caminhando*"⁷⁰.

Assola-nos a "Tragédia da Ineficiência e da Desigualdade".

Os problemas estruturais econômicos do Brasil - crescimento baixo, recrudescimento da inflação, descontrole de gastos governamentais, infraestrutura defasada e baixa taxa de investimento - estão a sacrificar a oportunidade da economia brasileira de dar o salto de qualidade para um processo sustentável de crescimento e desenvolvimento econômico de longo curso.

Fatores como o câmbio, os tributos, os custos de energia, a infraestrutura de estradas, portos, aeroportos, as comunicações, a burocracia e o baixo nível da educação pública estão fora do controle das empresas e impactam no dinamismo das atividades econômicas.

⁷⁰ Antero de Quental, "Contemplação", acessado em outubro, 2017, https://www.avozdapoesia.com.br/obras_ler.php?obra_id=7324.

Sobretudo, precisamos escapar da armadilha que aprisiona os países com desenvolvimento autolimitado, qual seja, a adoção de padrões de produção de bens primários com baixo valor agregado.

Sendo objetivo, sofreremos duplo impacto: de um lado, perdemos mercados compradores e, de outro, tornamo-nos alvo cobiçado de países exportadores, dado o nosso grande potencial interno de consumo.

Os aumentos das importações de produtos finais e a reprimarização de nossa pauta de exportações também se revelam como riscos para as atividades produtivas.

Igualmente vale considerar que a expansão sustentável da economia é limitada pela falta de poupança.

Considerem que o dinheiro que não é consumido pelas pessoas, pelas empresas ou pelo governo, pode se tornar fonte de recursos para investimentos em estradas, fábricas e em tecnologias e, assim, aumentar a capacidade de produzir, de forma mais eficiente, sem gerar inflação.

Desta forma, a escolha entre estimular a poupança ou o consumo tem impacto no ciclo de crescimento dos países.

Além do baixo percentual de poupança (hoje em torno de 14% a 17% do PIB), o nível de investimento depende muito da taxa de juros, ou seja, o custo de obtenção do capital ou o custo do financiamento; assim, quanto maior o juro, menor será o nível de investimento.

A visão de crescimento à custa de poupança externa atraída a juros altos traz capital alienígena e parasita que, por não se enraizar, só deixa dívida e dependência.

Sobretudo, precisamos escapar da armadilha que aprisiona os países com desenvolvimento autolimitado, qual seja, a adoção de padrões de produção de bens primários com baixo valor agregado.

Não podemos balizar nossa estratégia de Nação com uma predeterminação de cada país, dentro da concertação internacional, variando entre ser a "fábrica do mundo" ou a "fazenda do mundo".

Atentemos para o processo de reprimarização e desindustrialização. A característica fundamental do processo de desindustrialização é a perda relativa de dinamismo da indústria na geração de renda e emprego na economia.

Segundo afirmação de **Marina Wentzel**, a desindustrialização é considerada precoce pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) *"quando uma economia não chega a atingir toda sua potencialidade produtiva manufatureira e, em vez de evoluir em direção à indústria de serviços com alto valor agregado - setor terciário -, regride para a agricultura ou cai na informalidade"*⁷¹.

Com efeito, a desindustrialização ocasiona o deslocamento do emprego em direção a atividades de baixa produtividade do setor de serviços e do setor primário, bem como o aumento da informalização e da precarização das condições de trabalho e de vida das populações.

O Brasil na década 2002-2012 surfou em uma "onda de commodities agrícolas" e registrou um expressivo aumento nos gastos públicos.

Faz lembrar a chamada "Doença Holandesa" conhecida por ser um fenômeno decorrente da existência de recursos naturais abundantes que geram vantagens comparativas ao país que os possui e, segundo os mecanismos de mercado, podem levá-lo a se especializar na produção destes bens e não se industrializar ou terminar se desindustrializando, o que inibe o processo de desenvolvimento econômico.

Afinal, uma das métricas do desenvolvimento de um país é a sua complexidade econômica, em suma, a capacidade de agregar valor a bens primários.

Desafortunadamente, o que eu denomino de "Febre Terça Brasileira" vai mais além. As receitas advindas da onda favorável de commodities deveriam ser utilizadas para melhorias em capital humano, pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, fontes de energia alternativas, enfim, atividades geradoras de riquezas. Ao contrário, estas receitas financiaram despesas correntes do País e manutenção dos gastos crescentes da máquina pública.

O adernamento sistêmico é agravado pelo chamado Custo Brasil que são custos vigentes na economia brasileira decorrentes de deficiências em diversos fatores

⁷¹ Marina Wentzel, "Brasil passa por desindustrialização precoce, aponta pesquisa da ONU", BBC, última modificação 21 de setembro, 2016, <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37432485>.

relevantes para a competitividade, por exemplo: tributação (carga e burocracia), custo de capital de giro, custos de energia e matérias primas e custo da infraestrutura logística. Condições desvantajosas quando se analisa o ambiente de negócios em outras economias.

O Custo Brasil independe de estratégias das empresas, pois decorre de deficiências em fatores sistêmicos, as quais somente podem ser dirimidas com políticas de Estado. Não bastasse: pode-se imaginar que uma alíquota de tributo maior sempre gere uma arrecadação maior.

Observemos a relação entre receita e carga tributária manifesta na “*Curva de Laffer*”⁷². A curva de Laffer é uma representação teórica da relação entre o valor arrecadado com um tributo a diferentes alíquotas.

O economista **Arthur Laffer** mostrou que existe um ponto crítico, de forma que aumentos sucessivos na alíquota de qualquer tributo fazem com que a arrecadação cresça até certo ponto.

A partir daí a alíquota aumenta e a arrecadação decresce, pois, os agentes econômicos passam a não honrar seus compromissos tributários (via evasão) ou caminham para informalidade ou ainda pela paralização da produção.

Em síntese: a) com uma alíquota tributária nula, a receita é obviamente nula; e b) com uma alíquota de 100%, a receita também é nula, pois ninguém iria trabalhar para que o governo se apropriasse de toda a renda.

Elevando a alíquota, a receita se eleva, porém, há um ponto a partir do qual a receita começará a ser reduzida, mesmo com o aumento da alíquota, devido à redução da base (produção), aumento da informalidade etc.

Outro ponto a considerar: não bastasse a diferença de afetação entre tributos diretos e indiretos, o princípio da progressividade tributária (ou seja, que o nível de tributação cresça com a renda) é violado no topo da distribuição.

Um dos principais motivos desta distorção é porque a renda dos mais ricos provém predominantemente de dividendos distribuídos às pessoas físicas, que são isentos de

⁷²“Curva de Laffer”, Wikipedia, última modificação 19 de julho, 2017, https://pt.wikipedia.org/wiki/Curva_de_Laffer.

imposto pela legislação brasileira. Estima-se que, se houvesse tributação sobre dividendos, a arrecadação anual seria acrescida de 50 bilhões de reais.

E para não dizer que não falei de sistema: aqueles que pagam – proporcionalmente – mais tributos, são os mais discriminados, recebem os piores serviços e são vítimas das maiores violências.

Percebe-se que, o que injustamente se arrecada, ineficientemente se distribui. A recíproca é igualmente verdadeira.

E que não se trata de ser otimista ou ser pessimista, pois ambos são fatalistas. Reservo-me o direito de ser realista.

Se faltam recursos, compromete-se o êxito dos projetos voltados ao Estado de Bem-Estar Social, o que, em ambiente de baixa densidade ideológica, se desatendidas as necessidades e expectativas imediatas, abre-se caminhos a promessas de milagreiros populistas, comprometendo-se o êxito da própria democracia. Sem dúvida, um Estado distópico...

Pragmaticamente, precisamos de resultados.

A tanto, vale lembrar **Einstein**:

“Se a Teoria da Relatividade se mostrar correta, os alemães me chamarão de alemão, os suíços dirão que sou suíço e a França me rotulará de grande cientista; se estiver errada, os franceses dirão que sou suíço, os suíços me chamarão de alemão e os alemães me acusarão de judeu”⁷³. Sigamos...

O Estado, idealmente instituído, como representação política que, em sua atuação, dispõe de arcabouço próprio – “máquina pública” – visa implementar ações que o particular não deve, não pode ou não quer realizar, sempre orientado pelo interesse público.

Esta estrutura pública necessita de recursos financeiros que obtém, via de regra, da sociedade a qual representa.

⁷³“Albert Einstein”, “Pensador, acessado em outubro, 2017, https://www.pensador.com/autor/albert_einstein/.

O Estado exerce, incondicionalmente, o papel de competidor privilegiado (“...de certo nesta vida, apenas a morte e os tributos...”)⁷⁴.

Assim, sempre compete com as empresas pelo dinheiro do mercado. Quanto mais tributos a população paga, menos dinheiro se tem para comprar bens e serviços.

Desta forma, as chamadas “Falhas de Mercado” (Escola de Chicago) e as “Falhas de Governo” (Public Choice) têm em comum um desvio ético, qual seja, desconsiderar o fim e a razão de ser da sociedade, que é o desenvolvimento humano.

A comprovada ineficiência das teorias e ideologias que preconizam a “soma zero” – para que um ganhe o outro tem que perder – conduz ao importante cotejamento dos interesses complementadores, que podem ser determinantes para o sucesso ou o fracasso de uma estratégia de desenvolvimento. Em muito se deve a tentativas de captura do público pelo privado, do privado pelo público.

O que ocorre é que disputas ideológicas e/ou fisiológicas advindas do próprio Estado, em suas diversas formas e modelos de atuação são tão acirradas e extremadas que terminam por causar danosas “deseconomias de escala”, prejudicando o verdadeiro desenvolvimento.

Se “o povo é quem mais ordena dentro de ti ó cidade”⁷⁵.

Sistemicamente mais do que “autonomia e independência”, melhor seria tratar como “sinergia e interdependência”.

Tratemos, pois, de “Coopetição”⁷⁶ – misto de cooperação e competição – assunto abordado pelos professores de economia **Bradenburger** (Harvard Business School) e **Nalebuff** (Yale School of Management).

Quando o Estado cumpre o papel de complementador, cliente ou fornecedor, ele agrega valor e contribui para o desenvolvimento das empresas e do país. Já no papel de competidor, pode ser que ele, até mesmo, agregue valor, dependendo de como é a sua atuação.

⁷⁴Benjamin Franklin, “Pensador, acessado em outubro, 2017, <https://www.pensador.com/frase/NzQyMw/>.

⁷⁵José Manuel Cerqueira Afonso dos Santos (Zeca Afonso), “Grandôla Vila Morena”, gravado em outubro e novembro, 1971, Heronville (França), álbum Cantigas do Maio, Wikipedia, acessado em outubro, 2017, https://pt.wikipedia.org/wiki/Jos%C3%A9_Afonso.E_Letras, acessado em outubro, 2017, <https://www.lettras.mus.br/jose-afonso/67142/>.

⁷⁶Adam M. Brandenburger; Barry J. Nalebuff, *Co-opetição* (Rio de Janeiro, Rocco, 1996).

Embora seja um competidor que sempre ganha a sua parte, uma vez que os tributos são obrigatórios, a ação do Estado, em determinados contextos, pode ser entendida como “coopetição”.

Isto é, compete pelo dinheiro, quando cobra tributos, mas coopera com as empresas e a sociedade, quando o dinheiro dos tributos é investido em redes de transporte, fornecimento de energia, telecomunicações, estabilidade da moeda e assim por diante.

Faz-se, pois, de variáveis endógenas, aquelas anteriormente exógenas.

Interpolando sistemas cooperativos e competitivos, em sinérgica interdependência, ativando uma espécie de Teoria dos Jogos Constitucionais.

Nega-se, pois, a constatação desesperançada de **Malthus** a respeito de um sistema natural e de retornos decrescentes por uma visão **schumpeterniana** na disruptiva inovação, construção e desconstrução criativa que proporciona retornos crescentes.

É exatamente isso que se espera do Estado, e devemos aperfeiçoar esta valiosa e necessária forma de integração público/privada.

Bem assim, é fundamental que o Estado institua marcos regulatórios claros e o respeito aos contratos.

Velhos e insulares conceitos de Estado, já não mais funcionais (embora insepultos), envolvidos em opacidade e inoperância das esferas de um poder que já mudou a sua centralidade. Há conceitos que, embora integrem a História, já nascem póstumos...

Cabe ao Estado a instituição de um ambiente de desenvolvimento, sendo pois necessário equilibrar cinco condicionantes macroeconômicos que o mercado não é capaz de equilibrar, quais sejam: câmbio (a mais estratégica); lucros, pois sem lucro não há investimentos e portanto não há desenvolvimento; juros, que deve ser os mais baixos possíveis; salários, que devem ser os mais altos possíveis e compatíveis com o investimento; e inflação, que deve ser baixa.

A tanto, deve ativar princípios da governança multinível e governança multiagente. Condição útil e necessária é a sinergia público/privada de modo a constituir ciclos econômicos, estimulados pela coopetição.

Se faltar criatividade para estimular a criatividade, “capital” será um conceito meramente financeiro.

Cabe ao Estado aperfeiçoar procedimentos, aprimorar rotinas, criando uma ambiência de desenvolvimento; deve incentivar a inovação temperada, com a assunção supervisionada de riscos (recordo quão dolorosas são as “bolhas” econômicas para o tecido social).

Há de se cuidar do creditismo, sem lastro econômico e ético...autêntico “*Bebê de Rosemary*”⁷⁷ do Capitalismo.

Ficamos reféns do risco, potencializado pelo grande mercado do tráfico de drogas financeiras ou as tendências artísticas daqueles que gostam de “pintar dinheiro”.

Se os governos apenas empregam recursos previamente apropriados do setor privado (via impostos e/ou endividamentos), os investimentos públicos significarão, tão somente, um desinvestimento privado.

O mesmo se observe em relação aos incentivos fiscais para que não sejam, simplesmente, um desinvestimento público com danosas consequências orçamentárias.

A consequência trágica da ineficiência é o futuro que não se constrói, em face das precariedades dos serviços públicos que são prestados e a deterioração do ambiente econômico que “arrasta ladeira abaixo” o ambiente social.

Fundamental aperfeiçoar os procedimentos de controle e eficiência das contas públicas. Não percamos a noção do quanto de futuro há em cada centavo público.

Precisamos orçar o futuro: a tanto, os orçamentos públicos devem ser reais instrumentos de planejamento e não apenas de gestão fiscal.

Uma melhor qualidade do gasto público – focada na eficiência e transparência- exige uma visão sistêmica das peças orçamentárias: PPA, LDO e LOA.

⁷⁷Roman Polanski, “*Rosemary’s baby*” (O Bebê de Rosemary- BR), filmado em 1968 nos Estados Unidos, vídeo, 136min, baseado no romance homônimo de Ira Levin, Wikipedia, última modificação 27 de setembro, 2017, https://pt.wikipedia.org/wiki/Rosemary%27s_Baby#Refer.C3.AAncias.

A bem da eficiência, deve haver uma inter-relação entre os componentes deste projeto de futuro chamando Orçamento, de modo que se perceba a inter-relações entre os domínios, por exemplo, quanto impacta cada real investido em saneamento ou educação ambiental na área da saúde, ou quanto mais se gasta ao não “dragar” o canal de acesso a um porto, levando-se em conta todo o custo da ineficiência. Em suma, investimentos em eficiência, com demonstração do impacto e interações Inter dominiais, deveriam ser linha doutrinária obrigatória no Planejamento e Gestão Orçamentários.

Tomando o equilíbrio fiscal como condição útil e necessária.

A sustentabilidade do almejado desenvolvimento centra-se em três grandes dimensões: da governança, da viabilidade econômica das propostas e da erradicação da pobreza.

Para tanto, continuemos a raciocinar em tríades, precisamos desenvolver políticas que garantam: segurança alimentar, segurança hídrica e segurança energética.

Encerrando a pragmática trindade na observância dos seguintes marcos de ação: competitivo, acumulativo e distributivo.

Insisto, pois, no encerramento deste ciclo de ineficiência e desesperança.

Inspira-me a escrever um Fado “Nos cravos da minha luta, nas pedras no meu caminho, na certeza da liberdade, sigo na revoada, sou Futuro em florada, não passarão, eu passarinho, não voo sozinho”.

Então, como decorrência de um planejamento e gestão estratégicos bem definidos e ajustados aos interesses da sociedade, precisamos buscar uma “administração de resultados”, que objetive impactos positivos na coletividade.

Isto implica responsabilidade da Administração Pública pelas escolhas que ela faz e pelos resultados que ela alcança. De modo a resultar na responsabilização dos gestores pelos resultados que a agência ou o serviço administrativo se comprometeu a alcançar

Um modelo de administração focada nos resultados produzidos, cujos órgãos atuam segundo critérios de eficácia e de eficiência, recorrendo à fixação de metas e objetivos e aos indicadores de performance.

Assim, a Administração Pública deve prestar contas à comunidade pelos recursos econômicos gastos, pelas expectativas que cria (responsiveness) e pelas ações que executa (accountability).

A boa governança (good governance) exige, pois, que os agentes administrativos e os responsáveis pela direção política da administração pública tenham um dever de prestação de contas pelo que fazem, pelas decisões que tomam, mas também pelo que deixam de fazer (omissão).

Estas mensurações valem para todo o processo, desde a fase da aprovação de projetos até à fase da execução. Necessário que sejam avaliados indicadores de performance da atividade administrativa, tais como: qualidade e da eficiência dos serviços prestados nas várias áreas; dos tempos de resposta dos serviços administrativos; dos resultados alcançados; dos riscos assumidos e das vantagens consideradas e dos investimentos realizados, evidenciando-se custos e benefícios.

Tudo a exigir constante atividade e eterna vigilância.

Afinal, uma cidadania desobrigada faz da Democracia um lamentável mal-entendido.

Nas palavras de **Gilberto Dimenstein** *“Baixo capital humano (pouca educação) gera baixo capital social (frágeis redes de solidariedade entre os indivíduos), que explica, em boa parte, porque ainda somos tão desiguais e tão violentos”*⁷⁸.

Deste modo, com olhos de ver e reparar, atentemos para o “descompromisso com resultados”, percebendo o quanto mais se gasta por sermos ineficientes e o quanto de futuro se perde.

Falemos de Pátria, de um projeto político de pertencimento, de futuro.

Trilhemos o caminho do desenvolvimento de uma efetiva cooperação federativa.

Essa articulação sinérgica e complementar, essa “convivência federativa”, está a exigir...

⁷⁸Gilberto Dimenstein, “Por que Jornalismo Comunitário?”, Folhaonline, acessado em janeiro, 2015, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/quemsomos/>.

A bem da verdade, os entes federativos são técnicos, financeira e administrativamente, interdependentes.

Nesta visão funcional, necessária a transferência de competências políticas, administrativas e fiscais entre entes federativos consubstanciando uma política pública denominada descentralização. Sendo que, toda a descentralização administrativa, deve ser acompanhada pela respectiva e proporcional descentralização fiscal.

Em termos sistêmicos, se a descentralização possibilita uma maior participação do cidadão na elaboração e na implementação de políticas públicas melhor adaptadas à realidade local de Estados e Municípios, as efetivações das políticas públicas nacionais dependem de apoio político local.

Assim, é necessário se pensar em um Planejamento Estratégico específico, a fim de promover a agregação das ações dos Governos Federal, Estaduais e Municipais e iniciativa privada, objetivando a realização de ações conjuntas que, se fossem implementadas isoladamente, não atingiriam os mesmos resultados, ou despenderiam um volume maior de recursos.

Objetivamente, cada atividade seria regada por um Contrato de Gestão específico, com indicadores e metas próprios.

Vale destacar: serviço de interesse público não é necessariamente prestado pelo Poder Público, de forma exclusiva, pois o que importa é a prestação de serviços de qualidade à população, otimizando recursos e resultados.

Precisamos investir em um modelo de desenvolvimento no qual o lugar comum passe a ser o envolvimento de todas as partes interessadas (stakeholders – Governo, empresas e sociedade civil) no desenvolvimento de projetos conjuntos efetivando o interesse público.

Tais colaborações podem assumir muitas formas, incluindo parcerias público-privadas, compromissos de negócios da cadeia de valor, contratos urbanísticos etc. Caminhemos...

Este novo ciclo deve ser marcado pela eficiência sistêmica. Assim, devemos aproveitar os lucros associados à economia de escala, a fim de promover rápidas

expansões em nosso parque produtivo, sem esquecer de fortalecer os núcleos sociais de base, fortalecendo a economia solidária e a agricultura familiar. Privilegiando, nas cadeias produtivas, a criação de empregos, mas, sobretudo, de trabalho...

No sentir de **Bernardino Machado**, é chegada a hora dos "*infinitamente pequenos*"⁷⁹. Todos nós...

Ora, percebe-se a necessária interação e integração Inter dominial, de forma a promover uma valiosa fecundidade cruzada que, ao fornecer-nos entendimento e compreensão, apresenta-se como interdisciplinaridade, ao nos sinalizar os caminhos de superação a temos como transdisciplinaridade.

Desta forma, repiso, devemos estimular os Arranjos Produtivos Locais – APL's" marcados pelo adensamento das cadeias produtivas e, em dada medida, aproximando-as dos centros consumidores.

Esses "clusters" associam a ação cooperada ao aperfeiçoamento técnico e comercial das atividades.

Pode ocorrer com polos de empresas ou com a implementação de assentamentos próximos a centros consumidores. O importante é privilegiar os ciclos econômicos.

Vale lembrar a "*Tragédia dos comuns (ou "Tragédia dos bens comuns")*"⁸⁰ um conceito popularizado pelo ecologista **Garret Hardin**no ensaio "*The Tragedy of the Commons*", publicado em 1968 na revista Science.

Consiste em uma situação onde indivíduos, agindo de forma independente e racionalmente de acordo com seus próprios interesses, se comportam em contrariedade aos melhores interesses de uma comunidade, esgotando algum recurso comum.

A hipótese levantada pela "tragédia dos comuns" declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito termina por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração.

⁷⁹BernardinoLuís Machado Guimarães, "Presidentes que os portugueses amaram, odiaram e assassinaram", DN, acessado em outubro, 2017, <https://www.dn.pt/portugal/interior/presidentes-que-os-portugueses-amaram-odiaram-e-assassinaram-4995865.html>.

⁸⁰Garrett Hardin, "Tragédia dos comuns", Wikipedia, última modificação 28 de agosto, 2017, https://pt.wikipedia.org/wiki/Trag%C3%A9dia_dos_comuns.

Entretanto, a economista vencedora do Prêmio Nobel, **Elinor Ostrom** revisitou a obra de Hardin em 1999, descobrindo que a tragédia dos comuns não é tão prevalente ou tão difícil de resolver como Hardin sustentou, uma vez que os moradores frequentemente criaram soluções para o problema dos comuns.

Porém ocorre que, quando os comuns eram tomados de assalto por indivíduos não-locais, essas soluções deixavam de ter aplicação efetiva.

A prática parece indicar que a “tragédia dos comuns” é um problema de proporções mundiais, mas com coordenadas e sistêmicas soluções locais com o “governar os comuns”.

Nas palavras do Professor **John Nash** “*O melhor resultado acontece quando todos em um grupo fazem o melhor por si próprios e pelo grupo*”⁸¹.

Mais ainda, precisamos superar a “Tragédia dos Invisíveis”.

Afinal, o Brasil, marcado por profundas desigualdades sociais e regionais, necessita de uma clara e efetiva Política Nacional de Desenvolvimento que associe a mobilização cívica, à cooperação, à valorização das identidades locais e regionais e à inclusão participativa de amplos setores da sociedade.

É preciso que sejam desenvolvidas ações que ofereçam segurança jurídica, em especial, no que se refere aos direitos sobre a terra, com a consequente e progressiva pacificação dos conflitos, inibição dos crimes no campo, das grilagens, do trabalho escravo, da exploração ilegal de madeira, dos recursos minerais e das riquezas da flora e da fauna.

Não se engane nem se faça de desentendido, pois, segundo o poeta **Antônio Sérgio**... “*já virá a realidade a bater-lhe na cara*”⁸².

Há silêncios eloquentes. Há silêncios culpados. Há silêncios inocentes.

Necessário olhar-se no espelho e superar os conflitos étnicos, desenvolvendo políticas afirmativas e conceitos como posse e propriedade comunal nas questões indígenas e quilombolas, atraindo “quem é da causa” e afugentado os “aproveitadores do sonho alheio”,

Um caminho para o estabelecimento de políticas públicas consequentes e “portadoras de futuro”. Mormente na regularização fundiária e acesso a meios de produção e

⁸¹Sylvia Nasar, *Uma mente brilhante (John Nash)* (Rio de Janeiro, Record, 2002).

⁸²Arquivo pessoal.

financiamento e circulação da produção, os círculos virtuosos (econômicos, jurídicos e políticos) de desenvolvimento.

E lhes digo, com segurança: quem é da causa, se reconhece...*"As nossas causas 'valem' mais que a nossa vida, porque são elas as que à vida dão sentido"*⁸³.

Incentiva-nos o poema *Invictus* de **William Ernest Henley**:

<i>"Out of the night that covers me, Black as the Pit from pole to pole, I thank whatever gods may be For my unconquerable soul. In the fell clutch of circumstance I have not winced nor cried aloud. Under the bludgeonings of chance My head is bloody, but unbowed. Beyond this place of wrath and tears Looms but the Horror of the shade, And yet the menace of the years Finds and shall find me unafraid. It matters not how strait the gate, How charged with punishments the scroll I am the master of my fate: I am the captain of my soul"</i> ⁸⁴ .	<i>Dentro da noite que me rodeia Negra como um poço de lado a lado Agradeço aos Deuses que existem Por minha alma indomável Sob as garras cruéis das circunstâncias Eu não tremo nem me desespero Sob os duros golpes do acaso Minha cabeça sangra, mas continua erguida Mais além deste lugar de lágrimas e ira Jazem os horrores das sombras Mas a ameaça dos anos Me encontra e me encontrará sem medo. Não importa quão estreito o portão Quão repleta de castigo a sentença Eu sou o senhor do meu destino Eu sou o capitão da minha alma</i>
--	--

Nossas causas nos dão resiliência...

Por fim, com as razões do eterno recomeço: devemos ficar atentos para a afoiteza dos tempos ultramodernos que, por vezes, inverte a cadeia causal no processo de conhecimento colocando o efeito antes da causa, apontando soluções ou remédios, mesmo antes da análise.

Eis o grande risco, o risco de o efeito ser dominante sobre a causa.

Partindo da premissa que a técnica só tem existência histórica a partir da política.

Destaco, é a política que decide: a) as técnicas que escolho; b) a forma como as combino; e c) onde as combino.

⁸³Dom Pedro Casaldaliga. apud Frei Marcos Sassatelli, "Bem viver - bem conviver", blog do Frei Marcos, 28 de setembro, 2011, http://freimarcos.blogspot.com.br/2011_09_01_archive.html.

⁸⁴William Ernest Henley, "Invictus (poema)", Wikipedia, última modificação 26 de julho, 2017, [https://pt.wikipedia.org/wiki/Invictus_\(poema\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Invictus_(poema)).

Ressalto que necessitamos dar saltos de qualidade, atentando para: a Filosofia enquanto qualidade das perguntas; a Ciência enquanto qualidade das respostas e a Ética enquanto qualidade das escolhas.

Em termos de sociedade, só haverá futuro, se houver uma repactuação ética do que entendemos como desenvolvimento, caminho de liberdade...

Lógica e eticamente sequenciando a "*liberdade igualitária*" à "*liberdade libertária*"⁸⁵ (relembrando **Bobbio**).

E como ninguém é livre sozinho, lutar pela liberdade é dever de todos. Sim, lutar por direitos é dever, dever de resgatar o futuro ainda hipotecado ao passado.

Valho-me de **José Afonso**: "*Enquanto há força no braço que vinga. (...)Seremos muitos seremos alguém*"⁸⁶.

Eis uma boa Troika: Cidadania esperçada, Democracia que se conquista, Futuro que se constrói.

Assim, o Estado-Nação não morreu. Revolucionariamente, evolui em uma complexa trama política lastreada na jusfundamentalidade e na juseconomicidade, a qual o Direito deve tecer caminho e lançar luzes.

Sob a inspiração de **Jean Monnet**...*integrar pessoas por intermédio dos Estados...*⁸⁷
Por fim, pela segunda vez, justamente por que não querer terminar, mas sim recomeçar...

Falo-vos que técnica é necessária, mas por si não basta.

Falo-vos de uma fundamental relação de encantamento que nos toca em **Antoine Saint-Exupéry**... "*Se você quer construir um navio, não chame as pessoas para juntar madeira ou atribua-lhes tarefas e trabalho, mas sim ensine-os a desejar a infinita imensidão do oceano*"⁸⁸.

Tanto mar...tanto mar... que tanto nos une, ao invés de separar...

Por fim e, agora, sim, nos propomos a uma travessia transgeracional.

⁸⁵ Norberto Bobbio, *A era dos direitos* (Rio de Janeiro, Campus, 1992).

⁸⁶ José Manuel Cerqueira Afonso dos Santos (Zeca Afonso), "Enquanto há força", editado em 1978, álbum Enquanto há Força, Letras, acessado em outubro, 2017, <https://www.letras.mus.br/zeca-afonso/917483/>.

⁸⁷ "Jean Monnet: a força unificadora por trás do nascimento da União Europeia", Comissão Europeia, acessado em outubro, 2017, https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/jean_monnet_pt.pdf.

⁸⁸ Antoine Saint-Exupéry, "Pensador, acessado em outubro, 2017, <https://www.pensador.com/frase/ODMyMTI5/>.

Estamos, pois, a escrever o Auto da Barca da Esperança.

A tanto, digo-vos que há duas senhas. Ao encontrares o barqueiro digas: "Somos sonhos encarnados". Terás como resposta: "A vida é para quem tem causas". E fará um sinal convidando para embarcares...

Hajam bem!!!!

O PARADOXO DA CONDIÇÃO FEMININA

Por João Carlos Castellar*

A imagem obtida em Paris no início dos anos 1940 mostra uma jovem integrante da Resistência Francesa empunhando uma submetralhadora *Schmeisser Machine Pistol* – *MP-40* – tomada do invasor alemão.



Na fotografia seguinte, sacada no mesmo período, são as supostas colaboracionistas do exército de ocupação que têm seus cabelos cortados e sua dignidade aviltada, em ato praticado talvez até pela destemida moça de meias soquete e boina que atirava contra soldados alemães na foto anterior.

* O autor é Doutor em Direito (PUC-Rio) e Diretor Cultural do Instituto dos Advogados Brasileiros



No Morro do *Alemão*, e a coincidência de nomes vem bem a propósito, a coisa também é *complexa*.

Lá, ou talvez noutra comunidade igualmente abandonada pelo Poder Público, uma adolescente foi estuprada por vários rapazes pelo simples fato de ter se exibido sensualmente num baile funk e por ter, nessa ocasião, se embriagado a ponto de perder a consciência, tornando-se vulnerável. Para quem assistiu ao vídeo do estupro coletivo – irreproduzível nesse texto – foi um ritual quase satânico, macabro, em que homens, todos igualmente jovens, às gargalhadas, se revezavam na prática de atos libidinosos contra a adolescente inerte, deitada num colchonete imundo. Os criminosos foram afinal condenados, em data recente, a 15 anos de prisão, como noticiado nos jornais de grande circulação.

Em resumo, a jovem foi “punida” com um estupro por uma quadrilha, tão somente porque se divertira e nesse embalo se excedeu no álcool. Aliás, nada contra os bailes funk nem contra a embriaguez voluntária.

A foto tomada durante a ocupação da França pelas forças armadas alemãs e aquela outra sacada logo após a retomada desse País pelo Aliados, visa lembrar que o dia 8 de março comemora a luta das mulheres contra a exploração do seu trabalho, do seu corpo e da sua dignidade, contra a opressão do capital e da sociedade machista, que ainda nos dias de hoje as relega a uma posição subalterna no mercado de trabalho, nas relações familiares e sociais.

O IAB, ressalve-se, é uma gloriosa exceção de respeito às mulheres, não obstante só tenhamos no rol de ex-presidentes uma única advogada, em mais de 170 anos de existência. Isso sinaliza que também aqui devemos rever algumas de nossas práticas.

Nessa linha de pensamento, deve-se ter em consideração que a efetiva emancipação feminina surge na virada do século XX, no contexto da Segunda Revolução Industrial e da Primeira Guerra Mundial, quando ocorre a incorporação da mão-de-obra feminina, em massa, na pujante indústria nascente.

Lembre-se que o primeiro Dia Internacional da Mulher foi celebrado em 28 de fevereiro de 1909, nos Estados Unidos, por iniciativa do Partido Socialista da América, em memória das operárias da indústria do vestuário de Nova York contra as más condições de trabalho. Tal manifestação se deu em virtude de um incêndio na fábrica da *Triangle Shirtwaist*, no qual morreram queimados 146 trabalhadores – a grande maioria costureiras. O número elevado de mortes foi atribuído às más condições de segurança do edifício.

A fotografia da jovem mulher portando uma metralhadora tomada ao inimigo enaltece a luta de todas e de cada uma das mulheres contra seus opressores. Nessa primeira imagem, vê-se a mulher resistindo aos invasores alemães numa França ocupada. Exibe seu caráter intemorato, sua valentia e coragem, mesmo na adversidade, mesmo na guerra, mesmo contra um poderoso adversário.

Na outra fotografia vê-se uma mulher, também francesa, que vivia o mesmo ambiente de guerra e de ocupação por um exército estrangeiro, sofrendo as agruras de ter se envolvido emocionalmente com os invasores e eventualmente “colaborado” com eles.

Estas duas imagens mostram um mundo que se apresenta perigoso para as mulheres. Amando a pátria ou amando os homens, ainda que os últimos possam se identificar como inimigos da primeira, a mulher finda por sofrer consequências físicas e psicológicas muito sérias e danosas. Ora arrisca-se a um balaço ora à execração pública.

A foto com a jovem portando uma arma subtraída ao inimigo é simbólica, é uma metáfora, quer mostrar a potência das mulheres na sua constante luta pela emancipação e libertação. A da mulher com os cabelos sendo raspados, também metafórica e emblemática, significa seu infortúnio, seu rebaixamento à condição mais vil.

Este o paradoxo da vida feminina.

Repare-se, a propósito, que a representação maior da Revolução Francesa é uma vigorosa e bela mulher com seios desnudos portando a bandeira *bleu-blanc-rouge* numa das mãos e na outra, curiosamente a esquerda, um fuzil com baioneta. Ela lidera homens igualmente armados. Também essa imagem é uma metáfora.

Identifica a mulher com um País que revolucionariamente toma as rédeas do seu destino.



A chamada Lei Maria da Penha, estatuto que pretensamente assegura às mulheres direitos e garantias contra homens violentos, em verdade as tutelas e lhes tolhe a autonomia da vontade. Retira-lhes o poder de resistir por ela mesma ao opressor conferindo-o integralmente ao Ministério Público, que passa a ser o senhor do discernimento feminino, notadamente quando não lhe permite decidir se deseja ou não prosseguir com o processo penal, mesmo em situações insignificantes, mesmo quando reconhece que o conflito familiar está apaziguado e que a difícil vida conjugal, de resto privada, segue seu tortuoso rumo, ainda que entremeada de dolorosos percalços.

As imagens não devem ser recebidas como ofensa. Também não são provocadoras nem fazem graça com assunto tão caro a todas nós, homens e mulheres, qual seja: a emancipação feminina, requisito inseparável da emancipação de todos os seres humanos.

As imagens apenas retratam uma dura realidade e realçam o paradoxo da condição feminina.

Daí porque proponho que a temática do Dia Internacional da Mulher em evento a ser desenvolvido pelo IAB nesta tão solene data deve se centrar nesse paradoxo: a mulher como lutadora, como vítima e como símbolo de força, tudo ao mesmo tempo.

É o que tinha a dizer: que agora falem as intrépidas mulheres do nosso IAB, cujo dia de glória, luta e vitória se acerca!

Fatos Sociais Novos e o Ativismo Judicial

Benedito Fonseca de Souza Adeodato*

Membro Efetivo do IAB e Decano do
Centro de Ciência Jurídicas e Sociais

Introdução

Neste artigo vamos abordar como o constituinte de 1988 empenhou-se por conduzir nosso Supremo Tribunal Federal (STF) à condição primeira de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário, destacando e como responsável pela interpretação e guarda da Carta Magna brasileira. Exerce a jurisdição que lhe é inerente de maneira compatível com os limites traçados pela própria Constituição (bem definidos em seu art.102 e em Emendas Constitucionais que incidiram).⁸⁹

O papel do Supremo Tribunal Federal na atualidade brasileira.

A atuação do nosso egrégio tribunal na turbulenta conjuntura nacional contemporânea deve ser avaliada como um marco histórico em que é possível constatar uma democratização do acesso à justiça efetuado, como vem ocorrendo em outros tribunais semelhantes investigados por Epp,⁹⁰ menos de cima do que de baixo⁹¹.

Não teria sido, segundo esse jurista norte-americano, o ativismo judicial o principal motor de tal mudança, mas sim a emergência de movimentos da sociedade civil, somada às organizações especializadas nos direitos, além das práticas públicas que levam ao financiamento de agências ou organismos que permitam contar com recursos destinados a litigar os cidadãos que deles carecem.

No entanto, não é prudente subestimarmos o papel do ativismo judicial no caso brasileiro. E se faz então necessário considerarmos as diferenças entre esse fenômeno tal como se faz presente em nosso país e afeição por ele assumida nos Estados Unidos. Graves problemas a exemplo do racismo que deveriam ter sido solucionados nessa nação, no plano legislativo ou em âmbito propriamente administrativo, alcançaram resolução social satisfatória tão somente graças à intervenção do supremo tribunal, que em termos históricos tem desempenhado papel político desde os primórdios.

* Membro efetivo do IAB e Decano do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

⁸⁹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Campus/FGV, 2011. Ver em especial, p. 101-120.

⁹⁰ EPP, Charles R. *La revolución de los derechos: abogados activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Trad. Alcira Bixio. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. (Derecho y política)

⁹¹ ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *O estado e o poder judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 481.

O recém aposentado Ministro Cezar Peluso, em depoimento datado de 2011, assim se pronunciou sobre o ativismo judicial peculiar aos integrantes de nosso tribunal supremo:

*"No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que podiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: a Constituição de 1988 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de "ativismo judicial a convite constitucional", o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusação de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras Cortes. Eu diria mais: quando decisões de Corte chamam a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos."*⁹²

Aquele ministro insiste em argumentar que o STF, diante da omissão dos demais poderes relativamente à elaboração e execução de políticas públicas, tem procurado, quando provocado, tornar efetivos direitos sociais constitucionalmente previstos. Portal caminho acaba por adentrar na seara dos outros poderes, fazendo uso do ativismo judicial.

O STF, à semelhança dos outros órgãos do Poder Judiciário, não pode ser entendido na atualidade brasileira como um órgão estatal incumbido de uma função meramente jurisdicional incompatível com a atividade política atribuída ao Legislativo e ao Executivo. Não há como refutar ou mas carará discricionariedade da jurisdição – especialmente da jurisdição constitucional: os posicionamentos de cunho doutrinário e a jurisprudência de um tribunal superior se assentam em pontos de vista ideologicamente definidos: "Mesmo um posicionamento doutrinário que negasse viés político da jurisdição não faz mantendo posicionamento de ordem político-ideológico."⁹³

O papel que nosso tribunal constitucional vem desempenhando nesta conjuntura histórico-social pode ser mais bem apreciado nas situações em que exerce o controle da constitucionalidade e principalmente na tutela dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos humanos constitucionalizados.

⁹²Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico_?pagina=5. Acesso em: 23/5/2014.

⁹³ Cf. ESTEVES, João Luiz M. *Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007. p. 74. (coleção Professor Gilmar Mendes, vol. 5)

A Constituição de 1988 atribuiu ao STF a guarda da Constituição, incumbindo-o do controle da constitucionalidade das leis ou de atos normativos federais ou estaduais, por meio da competência explícita para julgar a ação direta de inconstitucionalidade e, em seguida à aprovação da Emenda Constitucional nº 3/93, a ação declaratória de constitucionalidade.

O STF e a tutela dos direitos: existenciais emergentes

A atuação contemporânea do nosso Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais supremos se situa em um horizonte histórico-social em que se efetuou, também graças a distintas lutas sociais—conforme salienta Epp, em um esforço de ultrapassarem, mesmo que parcialmente, o “dilema constitucional”⁹⁴ a conciliação de concepções políticas de democracia de Estado de Direito (este último bem apoiado no poder judicial). Tal conceito não se opera (nem se operou de fato em época recente) sem ambiguidades: democracia, em seu significado meramente procedimental, pode ser definida como governo da maioria, ao passo que se pode entender Estado de Direito, em seu sentido substantivo, como governo das leis (com destaque para as normas constitucionais), não apenas em sua compreensão de leis positivas, mas na de leis justas.

O Estado Democrático de Direito continua a suscitar questões no domínio da reflexão sobre a referida harmonização que se produziu historicamente. Convém, a esse respeito, recordar que no século XIX a dificuldade em fundamentar a existência de direitos transcendentais originou uma crise dentro da concepção jusnaturalista de Estado de Direito. Por sua vez, no século passado, os totalitarismos emergentes demonstraram a incapacidade do Direito qualificável como heterônimo (lembre-se aqui o fracasso da Constituição de Weimar) em preservar ou resguardar os direitos essenciais da pessoa humana.

A justificação dos direitos do homem tende a torná-los absolutos, o que constitui um problema, inclusive sob o prisma da compreensão materialista-histórica que não se furta a promover o diálogo com autores liberais, especialmente com aqueles que aprofundaram a investigação dos direitos fundamentais ditos sociais. Atestar a relatividade de tal justificação equivale a reconhecer que existem direitos fundamentais que, de forma não constante, não estão em concorrência com outros direitos também fundamentais. Daí se infere que a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida

⁹⁴ EPP, Charles R. *La revolución de los derechos: abogados activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Trad. Alcira Bixio. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. p. 293. (Derecho y política)

de uma vez por todas. Eis a razão pela qual a tutela dos direitos fundamentais tem sido considerada com o mais importante do que sua fundamentação⁹⁵.

Importa acrescentar uma precisão a esse parecer tão correto: muito mais relevante do que fundamentar (ou fundamentalizar) os direitos humanos é fazer com que os destinatários possam gozá-los e, caso sejam esses mesmos direitos violados, possam estes ser devidamente tutelados. Em suma: a relevância não reside na qualificação e quantificação de tais direitos, mas sim na identificação do modo mais seguro e efetivo de garanti-los.

De acordo com a lição notável de José Afonso da Silva, direitos fundamentais não apenas se referem a princípios que resumem a concepção de mundo e informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Também designam, no nível do direito positivo, “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.⁹⁶

Eles vão representar uma das decisões básicas do legislador constituinte por meio da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Demarcam esses direitos, no dizer conciso de Pérez Luño, “[...] o horizonte de metas sócio políticas a atingir, ao mesmo tempo em que estabelecem a posição jurídica dos cidadão sem suas relações como Estado, ou entre si”.⁹⁷

Posicionamento doutrinário recente admite que, para que um direito possa receber o qualificativo de “fundamental”, deverá constituir não somente um elemento fundamental de ordem objetiva da coletividade, mas também um direito subjetivo inerente a todo e qualquer indivíduo e tutela do pelo Estado. Assim, reconhece-se a “eficácia vertical” dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o poder do Estado – conforme se irá comprovar no presente estudo, bem como a “eficácia horizontal” visando reportar-se à incidência desses direitos nas relações diretas entre particulares.⁹⁸

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*– teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Ver, em especial, p. 180 e segs.

HOGEMANN, Edna Raquel; SOUZA, Thiago Serrano. O direito fundamental ao afeto. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Bauru, dez. 2013, v.1, n. 1, p. 67-88. Vera exposição desse argumento defendido por Bobbio, p. 71.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 182.

⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 316.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007. Ver, sobretudo, p. 148-149.

O STF e o reconhecimento dos direitos existentes.

Os integrantes do nosso denominado pretório excelso procuram efetivar, por meio do controle da constitucionalidade das leis e de outros atos normativos, bem como da tutela dos direitos fundamentais, o desiderato constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico.

Eles compõem uma verdadeira elite judicial que dá sustentação, por seu conhecimento jurídico amplo, qualificado e sempre disponibilizado para assegurar soluções que chegam a esse tribunal, à existência do Estado Democrático. Noção essa que está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, “aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito”.⁹⁹

A qualificação dos membros do STF com os representantes jurídicos e aqui entendidos como capazes de produzir conhecimento emancipatório, inclusivo e integrador, tomou por base a noção de procedência marxiana refundida por Löwy. Em seus textos, o autor procura abordar a questão complexa da dialética entre a ideologia - como visão social de mundo peculiar a uma classe (dominante) e a produção do conhecimento novo e reformador¹⁰⁰ e aqui reelaborado para o mundo jurídico.

Löwy tem em vista a análise brilhante da visão de mundo da pequena burguesia, de dada superestrutura ideológica, empreendida por Marx no 18 Brumário de Luis Bonaparte (data do de 1851), onde está elucidado o processo histórico-político que levou, graças à cooptação ideológica dos integrantes da pequena burguesia francesa, ao golpe de Estado, ao acontecimento capaz de alavancar o referido sobrinho Napoleão ao *status* de imperador (Napoleão III).¹⁰¹

Aquilo que o pensador alemão investigou se reporta à pequena burguesia, mas teria, no modo de entender do referido sociólogo do conhecimento, um significado metodológico mais geral. Marx entende que quem cria as ideologias são as classes sociais, ou seja, o processo de produção da ideologia não se efetua no nível dos indivíduos, mas sim no das classes sociais. Contudo, quem sistematiza tais visões sociais de mundo, as desenvolve, dá-lhes forma de pensamento elaborados que

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 148.

¹⁰⁰ LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e sociologia de conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

¹⁰¹ MARX, Karl. *O 18 Brumário e cartas a Kugelmann*. 7ª ed. Trad. Leandro Konder e Renato Guimarães. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

através de seus representantes. Viabilizam o seu reconhecimento legal onde o papel fundamental aplicativo depende das leituras dos Ministros do STF.

Os membros do STF, em sua qualidade de operadores jurídicos de máxima estatura encarregados de salvaguardar e defender a Constituição, não são apenas representantes jurídicos da classe hegemônica. De uma classe cujos interesses o Estado brasileiros e empenha em representar e manter. São eles os representantes em um campo onde o conhecimento jurídico, o método científico e o protagonismo trabalham no sentido da inversão da socialização, de modo que as normas socialmente dominantes cedem a condutas existentes ou emergentes através da sociedade civil organizada. Essas normas vão se distanciando dos paradigmas positivista e normativista, exercendo o domínio de novos processos de interpretação (a abrangerem as regras propriamente positivadas e os princípios), assegurando a necessária sustentação ao processo em curso de afirmação dos direitos sociais e mesmo de novos direitos individuais e, em especial, os direitos existenciais emergentes.

Sobre esta eventual ruptura epistemológica, vale apenas destacar o argumento sustentado por Boa Ventura de Sousa Santos: [...] o conhecimento-emancipação tem que romper com o senso comum conservador, mistificado e mistificador, não para criar uma forma autônoma e isolada de conhecimento superior, mas para se transformar a si mesmo num senso comum novo e emancipatório.¹⁰²

Os membros dos tribunais constitucionais contemporâneos¹⁰³ não devem subestimar a força de seu protagonismo político na busca de justiça e na salvaguarda e aprimoramento dos direitos humanos. Esses magistrados podem cumprir um papel decisivo no processo de libertação dos cidadãos da servidão dos tempos futuros, sujeitos aos extremismos ideológicos diante da necessidade liberar os indivíduos do restrito circuito do egoísta, ainda resguardada pela ordem capitalista.

¹⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2000 (para um senso comum: a ciência do direito e a política na transição paradigmática, v. 1. p. 107).

¹⁰³ BASTOS, Aurélio Wander. Ver *Sociologia do Judiciário* in *Teoria e Sociologia do Direito*. Freitas Bastos Editora. Rio de Janeiro. p. 62/68 e p. 269. Ver ainda *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. Lumen Juris. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Prefácio 1. p. 173.

Conclusão

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e agente político garante a seus membros legitimidade para produzir conhecimento e decisões que interfiram diretamente nas políticas públicas, seja superando lacunas legislativas, seja adotando princípios constitucionais que não se limitem ao direito escrito.

Admitir que os ministros do Supremo Tribunal Federal (assim como juízes pertencentes a outros setores do Judiciário) exercem também atividade política não equivale a asseverar que ela deva ser exercidas em limitações. O que importa frisar é que inexistente separação estanque entre os órgãos estatais capaz de justificar a invocação de uma doutrina liberal superada – ou seja, a da separação dos poderes – que não revela mais congruência com as necessidades enfrentadas na conjuntura contemporânea do Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. E este tem sido chamado a exercer funções relevantes que assegurem e dêem a desejável efetividade à Constituição de 1988 em questões tão arduas quanto complexas, a exemplo do direito de minorias e da concretização da justiça distributiva.

DEMOCRACIA RACIAL: uma abordagem crítica

Maria Fernanda Mergulha

Um dos maiores marcos na história da antropologia e sociologia brasileiras, acerca do tema democracia racial, se deu com a publicação da obra intitulada “Casa-Grande e Senzala”, de Gilberto Freyre.

Publicada em 1933, quando no Brasil havia sido instaurado o Estado Novo de Getúlio Vargas, em momento histórico fértil para sensíveis mudanças no comportamento da sociedade, a exemplo do reconhecimento do “samba”, como dança e música da nação brasileira, e do advento da CLT- Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁰⁴, pioneiro diploma jurídico-legal que disciplina relações estabelecidas entre empregadores e empregados, reconhecendo a esses direitos até então francamente desreitados pela burguesia monopolista, remansosa do período escravocrata, em fins dessa mesma década, a obra de Freyre não deixou de causar grande impacto no seio de uma sociedade considerada conservadora e arraigada a dogmas da religião católica.

Importante, também, apresentar o contexto cultural pelo qual o autor Gilberto Freyre sedimentou suas origens, como forma de obter maior entendimento acerca de sua análise sobre as raças encontradas em território brasileiro (brancos, negros e índios), e sua miscigenação, além do sistema agrário, monopolista e patriarcal existentes, principalmente, no início do século XIX.

Nascimento em 15 de março de 1900, em Recife, quase perspassou o fim daquele século, porque falecido em 1987. Sua família era considerada de padrão aristocrática e tradicional para os padrões da época principalmente porque, para ter acesso à educação de boa qualidade, fora do país, em período de tecnologia e transportes de grande escassez, e pouco acesso à população, era considerado pessoa de “posse”. Realizou mestrado em Columbia, nos Estados Unidos, além de ter obtido significativa experiência cultural na Europa, em especial, em Portugal, além da África, que redundou numa nova análise do que correpondeu a Bahia, no Brasil, em período colonial.

¹⁰⁴ Considerada por Freyre uma legislação social que favoreceu grande número de operários brasileiros das cidades: “O Brasil é famoso por suas revoluções “brancas” ou pacíficas. A independência foi uma delas. E também por uma revolução pacífica é que ele se transforma de Império- porque o Brasil, ao contrário de outros países republicanos da América Latina, conservou-se até 189 Império no meio de numerosas Repúblicas- em República. E a revolução que o transformou de uma nação escravagista em outra onde todo mundo devia nascer livre também foi pacífica. Tão específica como a que separou, depois, a Igreja do Estado ressoando assim suavemente um problema que tem sido fonte de muita discórdia em outros países latinos, Ainda quase pacífica foi a Revolução de 1930, que favoreceu grande número de operários brasileiros das cidades com uma legislação social que, em teoria, se não sempre em prática, é uma das mais avançadas dos nossos dias.(...)”FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil*. São Paulo: Ed. Global. 2015. pgs. 146-147.

A concepção da sociedade brasileira da década de 30, no século XIX, sobre a mistura de raças era extremamente preconceituosa e excludente. Comparava-se a história de colonização brasileira com países considerados desenvolvidos, na Europa, e chegava-se à conclusão que a miscigenação racial aqui verificada seria empecilho ao desenvolvimento nacional.

No contexto mundial, deve-se destacar que referida obra foi publicada quando a segunda guerra mundial estava sendo deflagrada na Alemanha, Adolph Hitler conseguira convencer, a quase unanimidade dos cidadãos alemães, que a mistura de raças denominadas “puras e impuras”, aqui sob o viés religioso, seria, da mesma forma, sinal de retrocesso para o país. Inaugurara, assim, um dos maiores horrores humanos, até então jamais visto, que foi o “holocausto”, com o extermínio de milhares de crianças, mulheres, homens, idosos e enfermos em diversos campos de extermínio.

O ponto mais forte na temática apresentada pelo autor foi a conclusão, após exposição minuciosa de uma série de situações históricas observadas, e mesmo vivenciadas, de que a questão racial não deveria ser excludente e motivo de conclusão, precipitada e equívoca, do não desenvolvimento do Brasil. Os dados empíricos colacionados a obra são de grande importância histórica para a análise daquela sociedade.

Nessa linha, apontara que a questão nevrálgica **não era a raça, mas a cultura**, que por razões outras atingira aquelas raças dominadas pelo poderio imperial dos barões-donos das Casas-Grandes-, resquício da colonização no Brasil.

Negros e índios, e conseqüentemente, na mistura de raças, mulatos e mamelucos, foram escravizados pela submissão a eles impostos. Gilberto Freyre apresenta análise do quanto todas essas raças contribuíram para a formação do “espírito nacional”, já que hábitos, folclores, danças, arquitetura, dentre vários outros aspectos, formaram a identidade brasileira.

Na contramão de toda a mentalidade sedimentada pela sociedade brasileira, Gilberto Freyre aponta que **essa mistura racial não foi ruim**. Apesar da crítica da Academia à essa conclusão, **o autor afirmara que essa miscigenação racial foi boa para a formação do Brasil**.

Destaque especial para a análise antropológica, e também psicanalítica, bem acentuada, em diversas passagens da obra em apreço, extrai-se a partir da observação sobre as mucambas- babás, negras e mulatas-, responsáveis na criação das crianças oriundas das famílias aristocráticas, ao darem tom poético à educação rígida verificada à época. Assim, as mucambas utilizavam sílabas duplicadas, como babá, neném, e tantas outras, como expressões lingüísticas denotativas de maior carinho ao pequeno ser em formação, que muitas vezes tinha pouquíssimo contato com seus pais biológicos aquinhoados de riquezas materiais.

Questões sexuais foram retratadas no contexto da democracia racial por Gilberto Freyre, o que provocou um choque à sociedade tradicional e conservadora daquele momento histórico. A forma clara com que se posiciona, em linguagem de fácil acesso, a fim de que seu raciocínio e conclusões fossem pelo maior número de pessoas acessíveis, também era sua meta, porque tecia severas críticas ao predomínio das ciências jurídicas, como única forma de resolver todos os problemas da sociedade brasileira, além da forma demasiadamente rebuscada do vocabulário utilizado pelos juristas, distanciando-os, cada vez mais, da grande massa populacional. ¹⁰⁵

Posicionou-se de forma radicalmente contrária à escravidão, e as mazelas da submissão sexual a ela inerente, como também analisou o “ser português”, como ser plástico, adaptável às circunstâncias bicontinentalidade. Desmistificou a figura do índio como ser nocivo e vilento, apresentando, no entanto, maior valor sócio-cultural para a sociedade brasileira atribuindo maior importância às índias.

Retratou com dados empíricos o Brasil rural ou semi-rural no período colonial com a formação do “patriarcalismo” aos detentores de maior poderio econômico, em geral, os donos de engenhos, os Senhores das Casas-Grandes. A dominação estava intimamente ligada à figura patriarcal destes. Averba:

Vivo e absorvente órgão da formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive, como já insinuamos, a do mando político: o oligarquismo ou nepotismo, que ainda madrugou, chocando-se ainda em meados do século XVI com o clericalismo dos padres da Companhia. Em oposição aos interesses da sociedade colonial queriam os padres fundar no Brasil uma santa república de “índios domesticados para

¹⁰⁵ Acentua : “Formou-se na América tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio- e mais tarde de negro- na composição. Sociedade que se desenvolveria defendida menos pela consciência de raça, quase nenhuma no português cosmopolita plástico, do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política. Menos pela ação oficial do que pelo braço e pela espada do particular. Mas tudo isso subordinado ao espírito político e de realismo econômico e jurídico que aqui, como em Portugal, foi desde o primeiro século elemento decisivo de formação nacional;(...)” FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. Pgs. 65-66.

Jesus” como os do Paraguai; seráficos caboclos que só obedecessem aos ministros do Senhor e só trabalhassem nas suas hortas e roçados. Nenhuma individualidade, nem autonomia pessoal ou de família. Fora o cacique, todos vestidos de camisola de menino dormir como em um orfanato ou em um internato. O traje dos homens igualzinho ao das mulheres e das crianças.¹⁰⁶

Quanto as índias, entendeu que participaram com maior relevância na formação social do Brasil, comparativamente ao índio-homem¹⁰⁷, que fora exterminado e escravizado, não só pelas relações sexuais ocorridas com os portugueses, mas pelos hábitos de asseio pessoal, hábitos alimentares, uso da rede, e tantos outros que se agregaram à cultura brasileira.

Foi um grande defensor da democracia racial, já que acreditava, como fora já mencionado, que as mazelas não se encontravam na heterogeneidade racial, mas no abismo cultural que distanciava referidas raças. **Deslocava, assim, a distinção racial, para o desnível cultural predominante entre as raças.**

Prepulsor do tema, outros autores de peso significativo para a análise intelectual da sociedade brasileira se sucederam a Gilberto Freyre, apesar das especificidades apresentadas por cada um, mas não muito distanciando da abordagem lançada nos primórdios da sociedade do início do século XIX, pode-se citar as obras intituladas “Formação do Brasil Contemporâneo”, de Caio Prado Júnior e “Raízes do Brasil”, de Sérgio Buarque de Holanda.

Relevantes os dados empíricos de diversas ordens apresentados na obra de Gilberto Freyre, para maior reflexão e entendimento da sociedade brasileira existente naquela época, a exemplo das questões religiosas, em meio a tanta diversidade de raças, e consequentemente, de credos, não ter gerado maiores conflitos. Ressalta:

O perigo não estava no estrangeiro, nem no indivíduo disgênico ou cacogênico, mas no herege. Soubesse rezar o padre-nosso e a ave-maria, dizer creio-em-Deus-Padre, fazer o pelo-sinal-da-Santa-Cruz- e o estranho era bem vindo no Brasil colonial. O frade ia a bordo indagar da ortodoxia do

¹⁰⁶ ;(...).” FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. Pg.85.

¹⁰⁷ Apesar do reconhecimento predominante na estrutura social brasileira não ser atribuído aos índios, assinala FREYRE: “ Os índios no Brasil, segundo a observação dos cientistas modernos, eram notáveis pelo seu minucioso conhecimento da flora e da fauna do país; e até hoje muitos rios, plantas, animais, montanhas, cidades e medicamentos têm no Brasil nomes não europeus ou portugueses, mas ameríndios. Conforme o já mencionado europeu, Konrad Guenther, no Brasil, como na América espanhola, não só são muitas as famílias que aludem com orgulho à existência de caciques indígenas entre os seus antepassados- fato a que já me referi-, mas muitos são os descendentes dessas famílias que, em algumas áreas ou regiões fazem lembrar, pelo tipo físico, uma volta aos caracteres do ameríndio.” FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil*. São Paulo: Ed. Global. 2015. Pg.143.

indivíduo como hoje se indaga da sua saúde e da sua raça. “Ao passo que o anglo-saxão”, nota Pedro de Azevedo, “só considera de sua raça o indivíduo que tem o mesmo tipo físico, o português esquece raça e considera seu igual aquele que tem religião igual à que professa.”¹⁰⁸

Registra que os engenhos em sua arquitetura especial, as capelas, por serem imanação do sagrado, serem dispostas acima dos engenhos ou ao lado da Casa-Grande e, por fim, as senzalas, que poderiam ser dispostas ao lado ou embaixo da Casa-Grande. A hierarquia arquitetônica facilitava o senhor da Casa-Grande ter domínio completo com seus binóculos, e exercer vigilância máxima, mantendo ampla autoridade em seu território.

Gilberto Freyre relembra que o português, o grande colonizador das terras brasileiras, tinha formação advinda, também, das culturas árabes e romana, o que propiciou maior arcabouço de análise cultural na miscigenação entre as raças encontradas em território brasileiro.

Mudanças nos hábitos alimentares dos portugueses colonizadores, e mesmo dos senhores das Casas-Grandes, através da miscigenação racial, foram constatados. Substituiu-se o trigo pela mandioca, o milho pelas verduras, além da inserção de diversas frutas tropicais na alimentação. Nesse sentido, apresenta explicação: O português no Brasil teve de mudar quase radicalmente o seu sistema de alimentação, cuja base se deslocou, com sensível déficit, do trigo para a mandioca; e o seu sistema de lavoura, que as condições físicas e químicas do solo, tanto quanto as de temperaou sobre o português do Brasil decidida vantagem, ali encontrando condições de vida física e fontes de nutrição semelhantes às da mãe-pátria. No Brasil verificaram-se necessariamente no povoador europeu desequilíbrios de morfologia tanto quanto de eficiência pela falta em que se encontrou de súbito dos mesmos recursos químicos de alimentação do seu país de origem. A falta desses recursos como a diferença nas condições meteorológicas e geológicas em que teve de processar-se o trabalho agrícola realizado pelo negro, mas dirigido pelo europeu dá à obra de colonização dos portugueses um caráter de obra criadora, original, a que não pode aspirar nem a dos ingleses na América do Norte, nem a dos espanhóis na Argentina.¹⁰⁹

¹⁰⁸ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. Pgs. 91.

¹⁰⁹ ;(…).” FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. Pgs. 76-77.

Analisa a formação da família brasileira nascida na sociedade patriarcal e escravocrata de engenhos, das Casas-Grandes, com a mistura de três raças; brancos, negros e índios, com a direta influência sobre o caráter do brasileiro.

Aborda o domínio absoluto exercido pelo senhor de engenho, detentor de poder absoluto em detrimento de todas as coisas e pessoas que viviam sob seu império. Crueldades, abusos sexuais¹¹⁰ e intempestividades por este praticadas, na grande maioria dos casos, não ultrapassavam o território das Casas-Grandes. O patriarcalismo, fruto da dependência econômica, e a submissão de uma grande massa humana de mestiços e negros, já eram analisados por Gilberto Freyre como tentativa de redescobrir o Brasil pelas suas origens.

Apesar do grande marco literário, antropológico e sociológico da obra *Casa-Grande e Senzala*, não é dispiciendo citar a posição de alguns historiadores, principalmente, acerca de reflexões e afirmação do autor sobre alguns aspectos, dentre os quais pode-se citar a crítica referente à análise de, ao invés de terem sido analisadas as Casas-Grandes, serem analisadas as Senzalas; críticas quanto à origem do autor já que provindo de classe social superior, aristocrático; questionamento do modelo de família patriarcal, posto que há linhas fundamentadas no sentido de que as famílias, nesse período, eram matriarcais compostas por mulheres viúvas e viúvas para a subsistências de suas famílias; questionamento da pseudo harmonia na miscigenação racial face a grande violência existente à época, dentre outros aspectos.

Inquestionável contribuição se extrai da obra para compreender a identidade nacional, a democracia racial, ou a ausência dela, hábitos alimentares,¹¹¹ a violência

¹¹⁰ Aborda as violências praticadas na miscigenação racial, e conflitos sociais advindos com ela-verbis: “Em oposição à lenda moura-encantada, mas sem alcançar nunca o mesmo pretígio, desenvolveu-se a da moura-torta. Nesta vazou-se, porventura, o ciúme ou a inveja sexual da mulher loura contra a de cor. Ou repercutiu, talvez, o ódio religioso: o dos cristãos louros descidos do Norte contra os infiéis de pele escura. Ódio que resultaria mais tarde em toda a Europa na idealização do tipo louro, identificado com personagens angelicais e divinas em detrimento do moreno, identificado com os anjos maus, com os decaídos, os malvados, os traidores. O certo é que, no século XVI, os embaixadores mandados pela República de Veneza às Espanhas a fim de cumprimentarem o rei Felipe II, notaram que em Portugal algumas mulheres das classes altas tingiam os cabelos de “cor loura” e lá na Espanha várias “arrebicavam o rosto de branco e encarnado” para “tornarem a pele, que é algum tanto ou antes muito trigueira, mais alva e rosada, persuadidas de que todas as trigueiras são feias.” FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. Pgs. 71.

¹¹¹ Quanto aos hábitos alimentares da população brasileira adquiridos com a miscigenação racial, explica: “Cremos poder afirmar que na formação do brasileiro- considerada sob o ponto de vista da nutrição- a influência mais salutar em sido a do africano: quer através de valiosos alimentos, principalmente vegetais, que por seu intermédio vieram-nos da África, quer através do seu regime alimentar, mais equilibrado do que o do branco- pelo menos aqui, durante a escravidão. Dizemos aqui, como escravo, porque bem ou mal os senhores de engenho tiveram no Brasil o seu arremedo de taylorismo, procurando obter do escravo negro, comprado caro, o máximo esforço útil e não simplesmente o máximo de rendimento.” FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. pgs. 106-107.

de gênero, sexual¹¹², homofóbica e racial, além das relações de subordinação que ainda se perpetuam no pensamento da elite contemporânea no Brasil.

Analisando as origens brasileiras é possível entender os antagonismos, intrinsecamente, relacionados à miscigenação racial. Arremata Freyre:

Considerada de modo geral , a formação brasileira tem sido, na verdade, como já salientamos às primeiras páginas desse ensaio, um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura. A cultura europeia e indígena. A europeia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor do engenho, O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o pária. O bacharel e o analfabeto. Mas predominando sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo. ¹¹³

¹¹² Com clareza, assevera: “resultado da ação persistente desse sadismo, de conquistados sobre conquistado, de senhor sobre escravo, parece-nos o fato, ligado naturalmente à circunstância econômica danosa formação patriarcal, da mulher ser tantas vezes no Brasil vítima inerme do domínio ou do abuso do homem; criatura reprimida sexual e socialmente dentro da sombra do pai ou do marido. Não convém , entretanto, esquecer-se o sadismo da mulher, quando grande senhora, sobre os escravos, principalmente sobre as mulatas; com relação a estas, por ciúme ou inveja sexual.” FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. pgs.114.

¹¹³ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Ed. Global. 2015. pgs. 116.

REFERÊNCIAS:

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. 51 ed. São Paulo: editora Global, 2015.

FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil*. 3 ed. São Paulo: editora Global, 2015.

TOBIAS BARRETO: contribuição para a formação do pensamento jurídico Brasileiro

Kátia Rubinstein Tavares¹¹⁴
George Tavares - *In memoriam*

INTRODUÇÃO

A história da formação do pensamento jurídico brasileiro é um domínio temático pouco estudado em muitas faculdades de direito no país. Na verdade, autores clássicos como Platão, Aristóteles ou Kelsen são estudados ao longo dos cinco anos que formam o curso jurídico, mas seria imprescindível uma investigação histórica fundada na recomposição da identidade de uma cultura jurídica nacional.

Com base nas pesquisas históricas de autores, livros e artigos publicados, podemos afirmar que temos uma notável biografia das ideias jurídicas no Brasil, que remonta à segunda metade do século XIX, especificamente com a formação da Escola do Recife, onde se destacaram entre os notáveis bacharéis formados, e que se tornaram os maiores pensadores nacionais com destaque para: Tobias Barreto (1839-1889), Vitoriano Palhares (1840-1890), Sylvio Romero (1851-1914), Artur Orlando (1858-1916), Clovis Beviláqua (1859-1944), Martins Junior (1860-1904), Pontes de Miranda (1892-1979), Miguel Reale (1910-2006), Nelson Saldanha (1933-2015).

Esta vertente acadêmica contribuiu intensamente para discussões críticas sobre a sociedade, dando origem ao movimento intelectual do país, que fundaria a principal identidade cultural brasileira, na qual expressou uma tendência para a erudição, ilustração e o acolhimento de influências estrangeiras vinculadas ao ideário liberal, ao introduzir no país os mais avançados pensamentos da época, especialmente, a contribuição do germanismo trazida por Tobias Barreto, limitando a excessiva influência portuguesa e francesa, na busca da construção de novos horizontes do pensamento jurídico brasileiro. Assim, formou-se o grupo que se dedicaria à transformação do pensamento jurídico brasileiro na época, o culturalismo da Escola de Recife.

¹¹⁴ Advogada Criminal. Especializada em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal/IBCCRIM. Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros. Diretora Executiva do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ex-Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro. Site: www.tavaresassociados.adv.br/Contato:katia@tavaresassociados.adv.br/

A Faculdade de Direito de Recife foi o principal espaço acadêmico, para onde se dirigiam os jovens do Nordeste brasileiro em busca da formação superior, que conferiria o almejado prestígio social, político e profissional de suas famílias latifundiárias, numa região de economia predominantemente agrária, mas, sobretudo, por ser foco de intenso comércio nacional e internacional.

Portanto, o marco teórico inicial, para a compreensão do culturalismo jurídico brasileiro, que foi desenvolvido pela Escola do Recife, decorre do pensamento jurídico de Tobias Barreto. Numerosas são as obras e artigos escritos sobre Tobias. Contudo, o seu culturalismo jurídico assumiu proporções de uma verdadeira teoria do Direito, com fundamentos epistemológicos e axiológicos próprios, até hoje pouco estudados em nosso meio jurídico e acadêmico.

Com a Independência em nosso país, na segunda década do século XIX, duas correntes políticas passaram a disputar o poder no seio do Estado brasileiro: o liberalismo, concepção vigente na Europa desde o século XVIII – e que, entre nós se constituía na proposta de progresso e superação da ordem colonial, espécie de plataforma do Partido Liberal. E, por outro lado, uma força política retrógrada, representando um conservadorismo concebido pelo Partido Conservador, que retratava uma reunião política composta por parlamentares os quais se mantinham ao lado do Imperador, e que sucediam de setores oligárquicos de diversas regiões do Brasil. Registre-se que o liberalismo existente no Brasil do século XIX trazia em seu seio uma contradição insuperável: convivia confortavelmente com o instituto da escravidão e com o poder imperial, de natureza monárquica e patrimonialista.

Por essa razão, pode-se dizer que o arcabouço jurídico construído durante o Império, tanto no aspecto legislativo quanto no aspecto institucional, decorreu de uma composição entre as referidas ordens políticas predominantes. Nesse sentido, podemos afirmar que Estado e Direito, à época de Tobias Barreto, eram verso e anverso de uma mesma moeda, qual seja: uma ordem econômica conservadora, que excluía o povo brasileiro de qualquer participação na construção da vida política e jurídica nacional.

Dessa forma, o Estado Imperial, fundado nessa ordem econômica contraditória, de perfil conservador/liberal, consolidou-se ao instituir uma cultura jurídica nacional que propiciou a criação de cursos jurídicos, formando uma nova categoria de agentes: os bacharéis, desenvolvidos para cumprir funções burocráticas e políticas junto aos aparelhos de um Estado oligárquico, patrimonialista e conservador, os quais se

tornaram personagens essenciais para a manutenção do Estado monarquista brasileiro. Daí dizer-se que, durante o Império brasileiro, sobreveio a construção de um arcabouço jurídico conjugado por uma Constituição, vários códigos e inúmeras leis, que até então inexistiam no país. Mas, ao mesmo tempo, no aspecto cultural, o bacharelismo representou verdadeiro sustentáculo à ordem imperial brasileira oligárquica.

Assim, a construção de um Estado nacional, fundado no bacharelismo, foi um projeto destinado a atender às prioridades econômicas, ideológicas e políticas de uma ordem oligárquica. E, por outro lado, fez refletir um modelo econômico baseado num pensamento ideológico e em conceitos jurídico-políticos de um liberalismo contraditório. Este pensamento conflitante foi seguido pelos representantes do Partido Liberal que, paralelamente, professavam um discurso ligado ao liberalismo clássico, mas também conviviam pacificamente com o instituto vergonhoso da escravidão, e, além disso, compunham-se com os interesses de uma ordem oligárquica e monárquica que se mantinha no poder.

Relevante ressaltar, ainda, que a cultura do bacharelismo desempenhou de forma exemplar o papel que se lhe havia sido projetado pelo Estado Imperial. Como já ressaltado, foi em virtude desse novo personagem, o bacharel em Direito, que se iniciou todo o processo de construção de uma estrutura jurídica e legislativa, começando pela elaboração de uma Constituição Imperial, de forte conotação liberal, e uma série de Códigos e Leis que erigiram a ordem jurídica e política monárquica parlamentar.

Por fim, é nesse contexto inaugural legislativo que foi promulgada, por exemplo, a Lei de Terras de 1850, a qual impedia de várias formas o acesso e ocupação das terras por parte da maioria da população e mantinha, assim, intocável a estrutura agrária oligárquica e latifundiária no Brasil. Lamentável, era também a convivência do pensamento jurídico nacional com o instituto da escravidão e a grave questão social que dela decorria, pois de forma geral, e com raras exceções, poucos juristas como Tobias Barreto produziram trabalhos para denunciar as graves deformações sociais que provinham dessa realidade.

Portanto, esse era o cenário jurídico-político e cultural da época quando, pelos idos da metade do século XIX, a Escola de Recife inaugurou o culturalismo jurídico brasileiro, tema que a seguir nos debruçaremos.

1.O Culturalismo Jurídico de Tobias Barreto

O registro biográfico revela que Tobias Barreto era mulato de origem muito humilde do interior de Sergipe e nasceu em 7 de junho de 1839, na vila de Campos. Chegara a Recife em 1862 e passara por inúmeras dificuldades financeiras e enfermidades, que retardaram o seu ingresso como estudante na Academia, que só ocorreu aos 25 anos de idade. Concluiu o curso de Direito em 1869, aos trinta anos, dedicando-se à advocacia e à política. Ingressou no magistério da Faculdade de Direito do Recife em 1882, quando já era um intelectual de reconhecimento no país, falecendo aos 50 anos em 26 de junho de 1889.

Tobias Barreto foi o precursor do movimento crítico chamado *surto de ideias novas*, também chamado culturalismo jurídico nacional, formado pela Escola de Recife dos anos 70 do século XIX. Nesta época, aproximou-se do positivismo de Littré para combater a filosofia do espiritualismo e, depois, do haeckalismo para dissociar-se do positivismo. O contato com Haeckel levou-o a uma aproximação mais ampla com a cultura filosófica alemã, tendo acompanhado de perto os primórdios do neokantismo.

O culturalismo jurídico de Tobias Barreto, trazido em seu pensamento, representou uma superação do jusnaturalismo de sua época e também do positivismo jurídico, pois rompeu com a compreensão meramente normativista do direito, ao mesmo tempo em que se opôs também ao liberalismo jurídico-político que era, em seu tempo, a bandeira vigente na Europa. Nesse sentido, o culturalismo jurídico de Tobias Barreto pode ser considerado a primeira teoria jus-filosófica original produzida pelo pensamento jurídico brasileiro.

Diante do cenário jurídico-político e cultural da época, o movimento dos intelectuais de Recife vislumbrava combater as concepções jurídicas em voga no país, naquele momento histórico, não somente para refutar as suas antigas percepções, mas com o propósito de reformar costumes políticos diligentes no Brasil. Com essa acepção de refratar as concepções científico-jurídicas do país, é que o pensamento de Tobias Barreto passou a se dedicar ao aspecto sociológico, no qual a cultura passaria a ser considerado um elemento imprescindível para afastar o determinismo social de Auguste Comte, que tinha forte tendência no meio intelectualizado do país.

Desse modo, Tobias Barreto compreendia que o homem era produto de um processo cultural e não de um produto natural como sustentavam as ideias positivistas¹¹⁵. Por outro lado, adotou as concepções evolucionistas, que também tiveram larga aceitação, com assimilação de ideias de Ernst Haeckel (1834-1919), Henry Thomas Buckle (1821-1862), Hebert Spencer (1820-1930), Charles Darwin (1809-1882), Emile Littré (1801-1881), Frederic Le Play (1806-1883), Gustave Le Bon (1841-1931) e Arthur Gobineau (1816-1882). Ainda, como um apreciador dos escritores germânicos, o professor sergipano ainda se inspirou nas obras do alemão Immanuel Kant (1724-1804), para introduzir a nova corrente filosófica e jurídica, a quem se reportou para compreensão de relevância e alcance da cultura brasileira. Finalmente, por volta dos anos de 1886 e 1887, quando buscava encontrar ideias que pudessem contrapor o positivismo, em larga ascensão no Brasil, incorporou mais uma vez as ideias de Kant, para que a filosofia tivesse um espaço garantido e pudesse fundamentar as discussões dos problemas do país¹¹⁶.

Por estas razões, umas das principais contribuições de Tobias Barreto foi chamar a atenção para as teses elaboradas por Kant ao trazer a possibilidade de conferir o contexto histórico-político do país com as concepções jurídicas sustentadas, que privilegiava a supremacia do positivismo, para a compreensão da sociedade brasileira. Além disso, acreditava que o positivismo não atendia as demandas da intelectualidade brasileira e, por isso, tratou de fundamentar os seus estudos assentados nos aspectos metodológicos da epistemologia de Kant e de sua filosofia transcendental, assinalada por uma reflexão sobre as ciências e pela possibilidade de fixação dos alicerces e limites da razão.

Por outro lado, a percepção do Direito por Tobias Barreto foi revelada desde 1882 na ocasião da publicação dos seus *Estudos de Filosofia*. O pensador da Escola do Recife compreendia o direito como *um produto histórico, um produto cultural da humanidade*¹¹⁷. Porém, com o amadurecimento e os saberes adquiridos, o jurista sergipano complementou o seu entendimento do direito, como um "*conjunto das condições existenciais e evolucionais da sociedade, coativamente asseguradas*"¹¹⁸ pelo poder público.

¹¹⁵ PAIM, Antonio. *O liberalismo contemporâneo*, Tempo Brasileiro, 1995, p. 29-30.

¹¹⁶ MERCADANTE Paulo, PAIM Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira*, Editora da Universidade de São Paulo, 1972 p. 85-86.

¹¹⁷ ob. cit., p. 106-107

¹¹⁸ Cf. MERCADANTE Paulo; PAIM Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira*, Editora da Universidade de São Paulo 1972: p. 70.

Posteriormente, com a aproximação de Eurico Ferri (1856-1929) possibilitou algumas reinterpretções em relação à Antropologia Criminal, com a inserção de observações sociológicas às análises antropológicas, que foram gradativamente e discretamente se adequando aos olhares críticos de Tobias Barreto, que abandonou a ideia central da concepção lombrosiana referente ao atavismo, como uma perspectiva de entendimento da delinquência. Esta ideia central se figuraria no darwinismo, cuja apreensão estaria emergente no meio jurídico brasileiro nos anos finais do século XIX¹¹⁹.

Destaque-se, ainda, em Tobias Barreto a preocupação de perceber o direito como ciência e de integrá-lo ao paradigma científico então vigorante, sobretudo de feição darwiniana. A propósito, observemos:

O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo, debaixo desta rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwiniana. E isto não é somente uma exigência lógica, é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto nada há mais pernicioso às ciências sociais do que mantê-las inteiramente isoladas.¹²⁰

Dessa forma, Tobias Barreto entendia que a ideia de evolução se impunha como verdade inafastável no campo das ciências e como lei universal apta a explicar não só os fenômenos físicos, como também os sociais. Por essa razão, construiu uma autêntica filosofia libertária como reação ao regime escravocrata e opressor de sua época.¹²¹ Para o jurista sergipano o país deveria se imbuir de pensamentos científicos para emancipar a mentalidade dos intelectuais do país¹²². Além disso, concluiu, o mestre da Escola do Recife, que a liberdade é a condição precípua de desenvolvimento e progresso de toda sociedade humana¹²³.

Como já ressaltado, quando Tobias Barreto se voltou para a produção científico-literária, vigorava o paradigma positivista e evolucionista, moldado a partir das ciências naturais, o qual, dada a sua aceitação, passou a fundamentar as reflexões teórico-filosóficas em relação aos mais diversos âmbitos do conhecimento, bem como às mais diversas instituições sociais.

¹¹⁹ BRUNO Anibal, *Tobias Barreto criminalista*. In: Edições comemorativas das obras completas de Tobias Barreto. Aracaju: Record, 1991, p. 275

¹²⁰ Idem, p. 11.

¹²¹ *Estudos de Filosofia*, 1882: p. 106-107.

¹²² MERCADANTE Paulo; PAIM Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira*, Editora da Universidade de São Paulo 1972: p. 65-67.

¹²³ BARRETO Tobias, *Estudos de Filosofia*, 1882: p. 106-107.

Nesse quadro, Tobias Barreto filia-se a um método de investigação que, em seu entendimento, se aplicaria tanto à explicação dos fenômenos físicos como sociais, que é o que ele denomina de método *histórico-naturalístico*, o qual teria como princípio regulador a ideia de desenvolvimento marcada pela percepção de que tudo estaria submetido a um processo perpétuo de transformação.

Em suma, defende o jurista a tese de conceber o direito como ciência, elevando-o ao paradigma dominante, em atenção a uma visão monista, no qual deveria ser aplicado às ciências naturais e sociais. E, por conseguinte, sustenta a necessidade de um relacionamento entre as várias ciências como forma de evitar isolamentos, coexistindo-as mediante a adoção de um paradigma comum.

Portanto, em relação ao direito, observamos a adoção da sua cientificidade, bem como de sua adequação ao modelo das ciências naturais, o qual figurava então como paradigma unificador porque expressivo de uma verdade irrefutável: a lei da evolução das espécies. Ainda, Tobias Barreto, em combate à ideia do direito natural, então envolvida numa aura de imutabilidade, de estabilidade apresenta a tese, seguida por outros juristas da Escola de Recife, de que o direito é produto da cultura, o que o leva a analisar as relações entre esta e a natureza:

Dizer que o direito é um produto da cultura humana importa negar que ele seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus póstumos sectários, uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem.

A proposição do programa é menos uma tese do que uma antítese: ela opõe à velha teoria, fantástica e palavrosa, do chamado direito natural, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte comum de todas as conquistas e progressos da humanidade, em seu desenvolvimento histórico¹²⁴.

Percebemos, assim, que, ao ser afastado de uma origem divina e identificado como experiência que se realiza no plano da cultura, o direito adquire uma maior mobilidade, caráter de mutabilidade, de historicidade, na medida em que passa a ser concebido dentro de uma atmosfera evolucionar.

Foi nesse contexto que, Tobias Barreto publicou, em 1884, seu livro *Menores e loucos em direito criminal*¹²⁵, que foi considerado um divisor de águas, na sua trajetória profissional, propiciando a consagração do mestre sergipano como jurista de escol, tanto por revelar suas qualidades de pensador, quanto também de escritor.

¹²⁴ Ibidem, p. 31

¹²⁵ BARRETO, Tobias *Menores e loucos em direito criminal*. Aracaju: Edição do Governo de Sergipe, 1926.

Contudo, na ocasião da publicação, o referido livro não retratou de forma sistemática e fidedigna, ainda, todas suas ideias em Direito Penal, pois, em verdade, Tobias Barreto lecionava Direito Natural na Faculdade de Direito de Recife, e o livro era uma oportunidade para que as suas concepções jurídicas fossem amplamente divulgadas.

Conforme já mencionado, as teorias científicas deterministas estavam em franca ebulição no pensamento jurídico em Recife. Entretanto, apesar de refutar as concepções de Cesare Lombroso (1835-1909) e até mesmo publicamente condená-las, Tobias Barreto em seu livro *Menores e loucos em direito criminal*, argumentava que a gênese de um crime tinha como fatores impulsionadores os aspectos naturais e sociais, que atuavam em consonância com a própria vontade do criminoso. Assim, incorporou simultaneamente os modelos evolucionistas e social-darwinistas, o que derivou numa tentativa bastante imediata de adaptar o direito a essas teorias, aplicando-as à realidade nacional. Afirmava, por fim, que o "*crime era uma das mais claras manifestações da hereditariedade*" e que por mais que um ato delinquente tenha sido propulsado por uma vontade individual, a motivação poderia ser atribuída, entre outros aspectos, às disposições da herança genética¹²⁶.

Registre-se que, Tobias Barreto, nas suas reflexões jurídicas, sempre se debateu contra as ideias de Cesare Lombroso. Compreendia que as causas naturais poderiam intervir na gênese de um crime e para sua análise dever-se-ia recorrer à psicologia do crime e a tese das características físicas. Logo, Tobias Barreto antevia a contribuição da ciência do comportamento na interpretação de crimes e da delinquência. Desta forma, evidenciava que o caráter como um "*capital herdado*" [...] "*pode modificar-se pelo próprio trabalho do indivíduo, pela ação das circunstâncias, pela influência do meio*" ¹²⁷.

Por outro lado, o mestre da Escola de Recife anotava que nada poderia ser totalmente determinado por mais apropriado que se pudesse implicar. E, assim, reproduziu analogicamente a comparação de uma pessoa com o curso de um rio, em que por mais lógico que se possa antever o seu caminho, sempre existirá a possibilidade de desvios. E caberia ao direito, sobretudo ao direito penal, a "*arte de mudar o rumo das índoles e o curso dos caracteres que a educação não pode amoldar*" [...] "*no sentido de adaptar o homem a sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo*"

¹²⁸.

¹²⁶ *Menores e loucos*, Ed. do Estado de Sergipe, 1926: p. 11.

¹²⁷ *Idem*, p. 75.

¹²⁸ *Idem*, p. 75

Nessa ordem, é que Tobias Barreto acrescentou um olhar especial à Antropologia Criminal, mesmo não aceitando completamente todas suas percepções, passou a atribuir um valor importante que ultrapassaria as lucubrações lógicas e verídicas para uma análise mais pormenorizada que restabelecesse o direito violado pelo delito. Por estas razões, sem qualquer dúvida, Tobias Barreto foi considerado um dos maiores pensadores brasileiros e suas contribuições para a formação da cultura jurídica nacional convergem às mais distantes correntes de pensamento e conduz a diferentes rumos do saber.

Apesar de se caracterizar como um pensador inquieto, e que muito contribuiu para a formação da cultura jurídica no Brasil, extrapolando as proporções do seu tempo, contudo, a afeição mais importante na contribuição de Tobias Barreto, o estudioso das questões jurídicas, é a de mestre do Direito Penal. Foi aí que ele consolidou seu renome de jurista brasileiro, e criou uma das mais fortes expressões de sua obra na ciência do direito, deixando um legado de preciosas contribuições para os estudos dos penalistas e criminólogos, que até os dias de hoje são reverenciadas.

CONCLUSÃO

Como já ressaltado, a história da formação do pensamento jurídico brasileiro, período denominado de o culturalismo jurídico, é um tema muito pouco debatido nas faculdades de direito no país. O marco teórico inicial para a compreensão do culturalismo jurídico brasileiro, que tem seu ápice com a Escola do Recife, decorre exatamente da contribuição do pensamento jurídico de Tobias Barreto.

Houve, em 1827, a inauguração de duas Faculdades de Direito no Brasil, uma em São Paulo e outra em Olinda (depois transferida para o Recife), que influenciou toda uma geração de bacharéis, os quais tinham por incumbência e encargo gerenciar a vida político-jurídica e burocrática do Estado brasileiro.¹²⁹ As sucessivas gerações de juristas representaram o conteúdo e a essência da vida política e cultural do Império.

Contudo, se a faculdade de Direito do Recife representava, sobretudo, a ilustração e ideais de um liberalismo, ainda que contraditório, conforme se abordou neste trabalho, a Faculdade de Direito de São Paulo, com algumas exceções, representava

¹²⁹ CABRAL, Bernardo. A Criação dos Cursos Jurídicos: 40 anos após do sesquicentenário. In: Os Cursos Jurídicos no Brasil. Organizado e Coordenado Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Iabnacional, 2017. Infra: Bastos, Aurélio Wander. Criação dos Cursos jurídicos no Brasil: Documentos Parlamentares n. 122. Brasília/Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados: Casa de Rui Barbosa, 1997.

os ideais de uma oligarquia política conservadora onde as elites faziam estudar seus filhos.

O culturalismo jurídico surgiu na década de 60 do século XIX e estendeu-se até os anos 20 do século XX, como o prelúdio de ideias originalmente construídas no Brasil sobre o pensamento jurídico. Por outro lado, vislumbrava combater as concepções jurídicas em voga no país naquele momento histórico, com o propósito de reformar os costumes políticos aplicados no Brasil.

Portanto, o culturalismo jurídico, consagrado por Tobias Barreto e enriquecido pela contribuição de toda uma geração de juristas, representou um avanço significativo para a história da formação do pensamento jurídico brasileiro, por se tratar do primeiro movimento genuinamente nacional, de criação de novas reflexões jurídico-filosóficas e, além disso, por condenar ideias e instituições retrógradas e conservadoras, como a escravidão e a monarquia, desencadeando lutas em defesa de direitos individuais, das liberdades públicas e causas abolicionista e republicana.

Tobias Barreto destacou-se como um pensador brasileiro que, inegavelmente, ofereceu contribuição pessoal ao processo de construção da cidadania brasileira como organização da sociedade, buscando apoio da imprensa na formação do pensamento nacional. Em sua luta, Tobias clamava mais do que o mero juízo de valores. Almejava que a opinião pública pudesse adquirir seu próprio juízo de fato, fruto do conhecimento do direito que ele se prestava a colocar ao alcance de todos. Ele não acreditava apenas que a administração da justiça fosse dirigida exclusivamente pelo juiz e promotor. Almejava o povo participando e ciente do andamento e das decisões do processo. Tobias Barreto idealizou para o Brasil uma sociedade fundada na ordem jurídica, tendo o direito como uma conquista cultural, formando o cidadão e a opinião pública na universalização dos conceitos emancipadores.

Finalmente, pode-se afirmar que a luta de Tobias Barreto não foi em vão e continua presente em nossa sociedade brasileira até os dias atuais, inclusive com força de fundamento constitucional, já que a Constituição Federal de 1988 contempla os princípios da cidadania e dignidade da pessoa humana, que estão inseridos no artigo 1º, como também considera os direitos sociais, previstos no artigo 6º, da Magna Carta.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. *O fundamento do direito de punir*. In: Estudos de Direito. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Menores e loucos em direito criminal*. Aracaju: Edição do Governo de Sergipe, 1926.

_____. *Estudos de Direito*, Edição do Estado de Sergipe, vol. I., 1926

_____. *Questões vigente*, Edição do Estado de Sergipe, 1926.

_____. *Variações antisociológicas*. In: Estudos de Filosofia. 2. ed., São Paulo: Grijalbo; Brasília: INL, 1977.

_____. *Prolegômenos do Estudo Do Direito Criminal*. In: Obras Completas de Tobias: Estudos de Direito II. Rio de Janeiro: Record. Aracaju: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente. 1991

_____. *Introdução ao estudo do direito: política brasileira*. São Paulo: Landy, 2001.

BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista*. In: Edições comemorativas das obras completas de Tobias Barreto. Aracaju: Record, 1991.

LIMA, Hermes. *O Pensamento Vivo de Tobias Barreto*. São Paulo: Martins, 1943.

MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antônio; *Tobias Barreto na Cultura Brasileira*, Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

NASPOLINI, Rodrigo. *As Primeiras Faculdades De Direito*: São Paulo E Recife. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/5

PAIM, Antônio. *A filosofia da Escola do Recife*, 2ª Ed. São Paulo: Editora Convívio, 1981.

_____. *O liberalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 199.

ROMERO, Silvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. São Paulo: Landy, 2001.

SALDANHA, Alcides. *Parlamentarismo na constituinte*. Imprensa: Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável: um atentado aos valores culturais e ambientais regionais

Jorge Rubem Folena de Oliveira¹³⁰

Resumo:

O trabalho tem por objetivo fazer uma análise entre o conceito de desenvolvimento sustentável e os interesses dos povos locais. Não é possível acreditar que um projeto para o bem estar de um povo tenha como ponto de partida uma realidade universal desconhecida e distante da sua realidade.

Muitos projetos em curso, na atualidade, são impostos pelo capital internacional hegemônico, que, sob um falso discurso de desenvolvimento sustentável, promove a destruição dos valores culturais e ambientais dos povos tradicionais.

Neste trabalho, temos como base teórica o cruzamento das propostas de Kant sobre a universalização da história, defendida pelos neoliberais, e os estudos críticos de Gramsci sobre a conciliação do capital com as forças de trabalho para manter a ordem política e social.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável – Hegemonia – Luta de classes

Resumen:

El trabajo tiene por objetivo hacer un enlace entre el concepto de desarrollo sustentable y los intereses de los pueblos locales. No es posible creer que un proyecto para el bienestar de un pueblo parta de una realidad universal desconocida y distante de su realidad.

Muchos proyectos en curso, en la actualidad, son impuestos por capitales internacionales hegemónicos, que, bajo un falso discurso de desarrollo sustentable llevan a la destrucción de los valores culturales y ambientales de los pueblos tradicionales.

En nuestro trabajo, tenemos como base teórica el cruce de las propuestas de Kant a respecto de la universalización de la historia, defendida por los neoliberales, y los estudios críticos de Gramsci sobre la conciliación del capital con las fuerzas del trabajo para mantener el orden político y social.

Palabras-claves: Desarrollo sustentable – Hegemonia – Lucha de clases

¹³⁰ Doutor em ciência política pelo Instituto de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ/UCAN), Diretor de Direitos Humanos da Casa da América Latina, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, autor dos livros: Empresas Públicas e desenvolvimento sustentável: um Brasil dos Brasileiros (2007), Poder Judiciário e as ditaduras brasileiras (2015), Do conflito ao equilíbrio (2016).

1. Introdução

A literatura é um forte indicativo do retrato da realidade cultural dos povos locais. Assim se percebe nas obras de autores como Juan Rulfo, Gabriel Garcia Marques, Jorge Amado, Miguel Angel Calderón Fernandes, entre muitos outros, que tratam a vida cotidiana das populações, exploradas política e economicamente pelo poder do mando local, que se associa a interesses estrangeiros.

Os fenômenos culturais regionais e locais estão sofrendo uma forte distorção diante da imposição de valores universais, igualmente contrapostos a todos os povos, em consequência do desenfreado processo de globalização, na atual fase da revolução tecnológica capitalista.

Dentre estas imposições percebe-se a universalização do conceito de sustentabilidade, que se emprega, na maior parte das vezes, para favorecer os interesses empresariais, causadores dos males decorrentes da exploração econômica, social e cultural dos povos locais.

Neste trabalho não se tem a pretensão de estabelecer uma análise teórica finalista. Nossa proposta é fazer um ensaio circunstancial sobre os acontecimentos que possam estar influenciando o pensar e o agir político, em decorrência da imposição de conceitos e comportamento universais, que prevalecem sobre os valores culturais e ambientais regionais.

Objetivo desta análise será verificar o que se pretende com a imposição sutil do conceito de sustentabilidade e sua influência na tomada de decisões governamentais, que permitem, com naturalidade e pelo consentimento, a privatizações de recursos naturais e culturais, que migram da esfera pública para o controle particular, como se vê nos processos de exploração dos recursos hídricos, florestais, literários, cinematográficos etc.

Como hipótese, é possível afirmar que conteúdos supostamente universais estão sendo atribuídos a povos locais, sem levar em consideração suas origens e valores, como se todos os acontecimentos humanos se dessem de uma única forma.

A partir desta hipótese pode-se afirmar que o pensar e o agir político podem ser impostos, dentro de um falso modelo único de fazer política.

O marco teórico do trabalho está centrado em Kant e sua proposição de universalismo da história, como elemento cultural de transformação dos povos, e também no questionamento de Gramsci sobre o papel da influência dos intelectuais, que procuram acomodar, pelo dirigismo e o consenso, o comportamento social e político. O ponto de inquietação encontra-se no fato de que valores e procedimentos, pintados em cores alegres, procuram apagar do comportamento das comunidades locais a cor cinza dos diversos problemas humanos, que se agravam no dia-a-dia

em decorrência da concentração acentuada de capital, que faz os povos (tomados pelo medo) entregarem - sem reação - suas riquezas materiais e imateriais, deixando de lado os valores e as tradições regionais.

2. Kant e o universalismo

Os períodos moderno e pós-moderno sofrem a influência de pensadores como René Descartes (meditações metafísicas), que rompe com o tomismo e introduz o racionalismo no centro do debate ("penso, logo existo"); Immanuel Kant, com a decomposição do pensamento racional "a priori" (que já é conhecido universalmente) e "a posteriori" (decorrente da experiência empírica); e Jean Paul Sartre, com sua "teoria das emoções", que demonstra que o pensamento racional e decomposto, por si só não é suficiente, se a ele não forem agregadas a emoção e o sentimento humano.

Neste trabalho, o interesse central gira em torno de conceitos racionais universais que são empregados ou, até mesmo, impostos (de forma acentuada e forte) aos povos do mundo.

A partir da decomposição do pensamento em juízos analíticos e sintéticos (Kant, 2012) estabeleceu-se (antes do tempo e do espaço) o que vem a ser o conhecimento puro (de existência anterior, "a priori") e o empírico ("a posteriori", fruto da experimentação empírica).

Porém, Kant (2012, p. 47) deixa registrado que existem conhecimentos puros universais; ou seja, que são iguais em todos os lugares e independem da experimentação.

Assim, Kant divide os juízos em analítico ("a priori", já conhecido universalmente) e sintético ("a posteriori", conhecido pela investigação empírica experimental).

Para Kant (1986, p. 9), em uma proposição finalista e racional, é possível afirmar que "as ações humanas -, como todo outro acontecimento natural, são determinadas por leis naturais universais".

Deste modo se estabelece um racionalismo no qual "a natureza quis que o homem tirasse internamente de si tudo o que ultrapassa a ordenação mecânica de sua existência animal e que não participasse de nenhuma felicidade ou perfeição senão aquela que ele proporciona a si mesmo, livre do instinto, por meio da própria razão." (Kant, 1986, p. 12)

Ou seja, a razão é a força que conduz o homem no "fio condutor da história" para, na concepção kantiana, "alcançar uma sociedade civil que administra universalmente o direito" (Kant, 1986, p. 14)

Portanto, é possível ao homem viver "num estado de tranquilidade e segurança" (Kant, 1986, p. 17).

Com efeito, a construção kantiana, formulada a partir de uma história universal, pretende “introduzir um estado cosmopolita de segurança pública entre os estados (Kant, 1986, p. 19). Então, a partir do racionalismo kantiano, é possível “um estado cosmopolita universal, com o seio no qual podem se desenvolver todas as disposições originais da espécie humana” (Kant, 1986, p. 22).

É a partir destas proposições que se pode construir uma sociedade política globalizada, com valores uniformes impostos a todos os povos, que são induzidos a abdicar de seus valores regionais e locais genuínos por plataformas de comportamentos importados, seja na ideologia, na política, no direito, na prática econômica e nos valores culturais.

Para o sucesso desta imposição global, é fundamental o papel exercido pelos intelectuais, quando se expressam nos meios de comunicação social, nas universidades, nas escolas, nos governos, nas empresas etc.

3. Gramsci e o papel dos intelectuais

Os intelectuais são os formadores de opinião, que, segundo Gramsci, “acreditam ser independentes, autônomos, dotados de características próprias etc.” (Gramsci, 2014, p. 17).

Os intelectuais, na definição de Gramsci (2014, p. 21):

“são os ‘prepostos’ do grupo dominante para o exercício das funções subalternas da hegemonia social e do governo político, isto é: 1) do consenso ‘espontâneo’ dado pelas grandes massas da população à orientação impressa pelo grupo fundamental dominante à vida social, consenso que nasce ‘historicamente’ do prestígio (e portanto, da confiança) obtido pelo grupo dominante por causa de sua posição e de sua função no mundo da produção; 2) do aparelho de coerção estatal que assegura ‘legalmente’ a disciplina dos grupos que não ‘consentem’, nem ativa nem passivamente, mas que é constituído para toda a sociedade na previsão dos momentos de crise de comando e na direção, nos quais desaparece o consenso espontâneo.”

Ou seja, os intelectuais são fundamentais para a constituição do poder hegemônico da classe social que controla o Estado, não pela dominação e força, **mas pelo consenso e pelo dirigismo**, que conduz à acomodação dos integrantes da sociedade.

Nesse passo é possível dizer que a hegemonia impõe um efeito psicológico de fracionamento aos dominados (maioria), que acabam consentindo com a minoria dominadora e controladora do Estado:

“o exercício ‘normal’ da hegemonia, no terreno tornado clássico do regime parlamentar, caracteriza-se pela combinação da força e do consenso, que se equilibram de modo variado, sem que a força suplante em muito o consenso, mas, ao contrário, tentando fazer com

que a força pareça apoiada no consenso da maioria.” (Gramsci, 2000, p. 95)

Esta “combinação da força e do consenso” é que possibilita que conceitos vagos e abertos (como “sustentabilidade” ou “desenvolvimento sustentável”, objeto da crítica deste trabalho), possam ser aceitos pela sociedade, num processo de imposição e induzimento sutil; no qual as pessoas não questionam os seus verdadeiros propósitos e significados.

Para isto, os intelectuais são uma ferramenta importante para o convencimento da sociedade de que estes conceitos (no atual contexto histórico, inseridos universalmente como idênticos em todos os locais, como um conhecimento puro, a partir do pensamento Kantiano) sejam aceitos consensualmente.

Portanto, entendemos que, antes de se fazer a crítica ao vago conceito de sustentabilidade (o que é sustentabilidade?), é fundamental trazer ao debate o questionamento de Gramsci a respeito do papel dos intelectuais, que se colocam (de forma intencional ou não) a serviço da classe social dominante, a qual, por meio do consenso e do dirigismo, faz prevalecer seus interesses políticos e econômicos contra a sociedade, que é induzida a acreditar que vive em um mundo global e igual para todos.

4. O conceito de sustentabilidade

Por intermédio dos diversos meios de comunicação, o mundo proclama que é preciso viver uma vida sustentável. Porém, o que é sustentabilidade?

O termo desenvolvimento sustentável foi utilizado, pela primeira vez, em 1980, pela organização Aliança Mundial para a Natureza (UICN). Em 1987 o conceito apareceu em manifestação proferida na ONU pela ex-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland, que afirmou que o desenvolvimento sustentável é duradouro quando responde às necessidades do presente, sem colocar em perigo as capacidades das gerações futuras para fazer o mesmo (Folena de Oliveira e Tavares, 2007, p. 30).

Como se vê, o termo é empregado de forma aberta e transmite uma ideia de proteção da sociedade contra os males causados por ela mesma.

Este termo tem sido utilizado por organismos internacionais que representam, em grande medida, o poder hegemônico internacional. (Gramsci)

Assim, dirigentes de Estados soberanos e de empresas passaram a adotar a sustentabilidade em suas metas de trabalho. Porém, a sustentabilidade que se universalizou não conseguiu atingir o que poderia representar, de fato e de direito, a transformação necessária para a humanidade, na medida em que, a cada dia mais se amplia a concentração de renda (Piketty, 2014), que os organismos internacionais

não conseguem evitar, por fazerem parte do sistema político e econômico que representa os interesses dos ricos.

O conceito de desenvolvimento sustentável, em sua essência, deveria representar uma melhora na qualidade de vida das gerações presente e futura, a partir da eliminação das mazelas sociais causadas pela pobreza, gerada pela revolução industrial capitalista, que fragilizou o homem e degradou o entorno da terra (Folena de Oliveira e Verlene Tavares, 2007, p. 32).

Para se garantir a sustentabilidade é necessário:

- a) possibilitar o acesso, por todos os indivíduos, aos itens necessários à vida: alimentação, abrigo e educação/cultura;
- b) estancar a degradação ambiental;
- c) ampliar a participação popular nas decisões políticas.

Estes pontos, relacionados com a sustentabilidade, no período histórico atual, estão diretamente ligados ao conceito de liberdade, como registra Montesquieu (a partir da frugalidade) e Marx e Engels (ao tratarem da luta de classes).

Como diz Montesquieu (1973, p. 69), “o amor pela democracia é o amor pela igualdade”. E prossegue, esclarecendo que “o amor pela democracia é também o amor pela frugalidade. Nesse regime, devem todos gozar das mesmas felicidades e regalias, devem fruir dos mesmos prazeres e acalentar as mesmas esperanças, coisas que só se podem esperar da frugalidade geral.”

Isto é, a vida frugal conduz à felicidade dos povos e à sustentabilidade (como já teria constatado Montesquieu em suas observações empíricas e sociológicas) e lhes permite alcançar o ponto de equilíbrio político e social.

Nesse mesmo passo, Marx e Engels (2002) registram que “todos os homens devem ter condições de viver para ‘fazer história’. Mas, para viver, é preciso antes de tudo beber, comer, morar, vestir-se e algumas outras coisas mais”.

Na verdade, não é isto que temos visto nos dias atuais. Os povos não têm conseguido conquistar o mínimo de frugalidade e liberdade, necessário para que se possa imaginar a sustentabilidade como um conceito real e factível.

5. A ausência de sustentabilidade e os impasses dos povos

No mundo todo, por toda parte, existem milhões de pessoas pobres, com fome e humilhadas, que resistem dia após dia, tirando, não se sabe de onde, forças para tentar sobreviver.

Estamos num mundo dividido. De um lado, o amplo desenvolvimento tecnológico, com todas as suas possibilidades (alimentos transgênicos, vacinas, energias alternativas, utilização de células embrionárias, mapeamento do genoma humano etc.).

Do outro, milhões de pessoas excluídas de tudo, sem habitação, comida, saúde, educação ou esperança. Encontramos populações inteiras em fuga, gerações nascidas em campos de refugiados, pessoas transitando entre fanatismo e intolerância religiosa, num permanente estado policial de guerra em que impera a banalidade e a maldade.

Vivemos em uma sociedade na qual não existe liberdade e, no dizer de Žižek (2013, p. 12), “pensar livremente não me legitima a fazer nada – o máximo que posso fazer, quando o meu ‘uso público da razão’ me leva a ver as fraquezas e as injustiças da ordem existente, é um apelo ao governante para que sejam feitas reformas.”

Como se pode observar por todos os lados, os organismos internacionais e empresariais não têm assegurado uma vida digna e frugal para que as pessoas possam ter uma vida melhor, como sugerido pelo conceito de sustentabilidade.

Ademais, como ressaltado, cresce a desigualdade social e os recursos dos trabalhadores (acumulados por suas horas de trabalho e poupança) têm sido utilizados para subsidiar projetos empresariais, ambientais e culturais, por meio de Organizações Não Governamentais (ONG’s), e até mesmo cooperativas (que deveriam congrega os trabalhadores, mas são manipuladas para fins empresariais), que se valem das desonerações tributárias e do repasse de fundos e recursos públicos.

Com isto, estas entidades, que deveriam promover ou certificar o “desenvolvimento sustentável”, são manipuladas para promover a concentração de renda e a exploração e, assim, não se conseguiu, nos últimos anos, diminuir o grau de pobreza pelo mundo. Como consequência, camponeses têm vendido suas terras por baixos preços para empresas agrícolas; o acesso à água doce tem sido privatizado e controlado em favor de poucos empreendedores privados; as terras indígenas têm sido ocupadas para a construção de hidrelétricas, mediante o pagamento de baixas indenizações; a educação e a cultura estão em idêntica situação, com grupos estrangeiros comprando (com recursos dos trabalhadores) universidades, escolas, editoras e livrarias, em detrimento dos interesses locais e regionais, que passam a ser tratados como universais.

Com efeito, muitas destas entidades privadas, que atuam sob a certificação de sustentabilidade, também têm sido utilizadas por organismos internacionais e outros agentes do poder hegemônico, denominados por Žižek como “comunistas liberais”, que querem fazer crer aos povos, por meio dos seus atos de benevolência e

“sustentabilidade”, que “hoje não há mais uma classe trabalhadora unida e explorada. Há simplesmente problemas concretos que é necessário resolver: a fome em África, a sujeição das mulheres muçulmanas, a violência do fundamentalismo religioso.” (Zizek, 2008, p. 25).

Mas é exatamente o contrário o que está ocorrendo no mundo, com muitos impasses em curso, pois persiste a grave disputa entre o capital e o trabalho, onde os temas relativos à fome e à exploração de mulheres e crianças (que os “comunistas liberais” se dizem empenhados em eliminar) têm relação direta com a referida luta de classes, pois os trabalhadores constituem a maioria da população, mas estão em posição inferiorizada, em relação ao acesso aos bens necessários à sobrevivência física e cultural, e são obrigados a fazer concessões ao capital financeiro hegemônico, sob o medo de perderem o pouco ou nada que possuem, como aponta Gramsci (2000).

A conduta dos “comunistas liberais” está em linha com o pensamento de sociedade civil-burguesa, idealizada por Hegel, e tem por meta suprir carências individuais, na medida em que “no direito, o objeto é a pessoa, no ponto de vista moral é o sujeito, na família é o membro da família, na sociedade civil-burguesa em geral é o cidadão (enquanto *bourgeois*) – aqui do ponto de vista dos carecimentos, é o concreto da representação, que se chama homem” (Hegel, 2010, p. 194).

Assim, ao proporem ações humanitárias, a priori, que se imagina serem de caráter coletivo, estão buscando suprir carências individuais de pessoas pobres e marginalizadas pelo próprio sistema econômico que comandam, por parte de suas empresas ou instituições que representam, fazendo valer pelo consenso espontâneo o seu poder político hegemônico, sem imposição de força.

Com isto, não se atacam as causas da pobreza, pois os “comunistas liberais” limitam suas ações aos problemas individuais que assolam as pessoas, como doenças e fome, com o intuito de minorar o problema do indivíduo e não o da coletividade, sem despertar a consciência para o todo.

Este quadro de dominação está associado às ações de boa vontade, nas quais “a sustentabilidade” está inserida, e colabora para perpetuar os flagelos que recaem sobre uma grande massa da população mundial, impondo a hegemonia do capital frente as forças do trabalho.

Com efeito, a sustentabilidade, que é apresentada ao mundo pelos organismos internacionais e pelas empresas, não conseguiu solucionar os impasses da humanidade, que se encontra diante de uma brutal concentração de renda, que explora a todos e deteriora os valores locais/regionais, que são abolidos por conceitos supostamente uniformes e universais, como se todos fossem iguais em seus problemas.

6. Conclusão

Objetivo deste trabalho foi apresentar um questionamento sobre o conceito de sustentabilidade, que tem sido imposto de forma universal aos povos do mundo, e que, assim, tem permitido que os valores culturais locais sejam postos de lado, conforme os interesses do poder hegemônico.

O que constatamos é que a sustentabilidade apregoada pelos organismos internacionais e empresas não tem solucionado os impasses com que se defronta a humanidade, que pioram a cada dia em consequência da brutal concentração de renda.

A sustentabilidade é um termo retórico, pois não tem assegurado a liberdade nem a frugalidade necessárias ao bem estar do povos, que, de forma pacífica, têm aceitado a imposição de tal conceito, em detrimento até mesmo de suas riquezas e valores culturais regionais e locais.

Desta forma, é possível afirmar que o conceito de sustentabilidade não tem garantido as necessárias transformações políticas, sociais e econômicas para assegurar uma vida melhor para todos, seja para a gerações presente ou a futura, como foi inicialmente apresentado pelos organismos internacionais; estando tal proposta a serviço da manutenção e fortalecimento da classe hegemônica internacional, que domina o poder político mediante o consenso e a acomodação da classe trabalhadora.

Referências bibliográficas

FOLENA DE OLIVEIRA, J.R. e TAVARES, V. As empresas públicas e o desenvolvimento sustentável: um Brasil dos brasileiros. Rio de Janeiro: ARC Editor, 2007.

GRAMSCI. A. Cardenos do cárcere, v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

GRAMSCI. A. Cardenos do cárcere, v. 3. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2000.

HEGEL, G..W.F. Filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

KANT, I. Ideia de uma história universal sob um ponto de vista cosmopolita. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KANT, I. Crítica da razão pura. Petrópolis: Vozes, 2012.

MARX, K. E ENGELS, F. Ideologia Alemã. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo, Abril. Os pensadores, 1973.

PICKETTY, T. O capital do século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ZIZEK, S. Violência. Seis notas à margem. Lisboa: Relógio D'Água, 2008.

ZIZEK, S. O ano em que sonhamos perigosamente. Lisboa: Rológio D'Água, 2013.

As repercussões do Código Civil de 2002 sobre o contrato de trabalho e o neoconstitucionalismo

Paulo Renato Fernandes da Silva¹³¹

Resumo: O trabalho em tela desenvolve uma análise sobre as inovações constantes do Código Civil Brasileiro de 2002 e suas possíveis incidências sobre os institutos contratuais trabalhistas, no contexto do neoconstitucionalismo.

Abstract: The screen work develops an analysis of the Brazilian Civil Code of the constant innovations of 2002 and their possible impact on the labor contract institutes in the context of neoconstitutionalism.

Palavras-chave: Novo Código Civil. Neoconstitucionalismo. Contrato de trabalho.

Introdução

O presente trabalho pretende discorrer sobre as inovações constantes do Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Trata suas possíveis incidências sobre os institutos contratuais trabalhistas, sob a égide do neoconstitucionalismo, especialmente em relação aos aspectos de sociabilidade e eticidade que informam as relações contratuais, à vista do Capítulo I, Título V (Dos Contratos em Geral) do novo Digesto Civil.

1. O novo Direito Civil – o Neoconstitucionalismo e o Direito do Trabalho

De início, cumpre dizer que o Código Civil de 2002 aproximou-se perigosamente do Direito do Trabalho. Isso porquanto o novo códex regulamentou em nível infraconstitucional uma série de institutos contidos, e há muito represados, no texto constitucional de 1988.

A grande novidade foi a verdadeira releitura que os tradicionais (e alguns ultrapassados) institutos de Direito Civil sofreram, com a finalidade de sintonizá-los com a Constituição, explicitando seus termos e observando o princípio da simetria constitucional.

¹³¹ * Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes. Formado em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Advogado e Professor de Direito do Trabalho do Departamento de Ciência Jurídicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro do IAB. (E-mail: p.renato@paulorenato.adv.br).

Surgiu então um Direito Civil humanista, tendo por base axiológica os mesmos valores, fundamentos e objetivos constitucionais. Superou-se a noção de Direito privado individualista, patrimonialista e formal. Temos hoje um sistema comprometido com a pessoa humana, com os valores da justiça¹³², igualdade, distributividade e eticidade. Em uma palavra, podemos afirmar que vivemos sob o pálio do solidarismo social, econômico e contratual.

Nesse contexto, a expressão “perigosamente” poderia ser substituída pela expressão “salutarmente”. Isto porque a mencionada releitura do Direito Civil pela lente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) o aproximou mais dos valores que caracterizam historicamente o Direito do Trabalho. Ensejou muitas possibilidades de conexão dos dois sistemas jurídicos, uma vez que o legislador ainda não fez o necessário revigoramento das normas trabalhistas à luz da Carta Magna.

Hoje vivemos um tempo de dualidades, pois temos um Direito do Trabalho cuja fonte é a CLT e leis correlatas, e outro, contemporâneo, forjado em parte pela doutrina e em parte pela jurisprudência. Este promove *a latere* da lei a necessária releitura dos institutos trabalhistas à luz das normas (regra e princípios) constitucionais. Diversos institutos carecem de colmatação ao atual sistema constitucional brasileiro, como são os casos da justa causa, da proteção ao meio ambiente de trabalho, dos assédios, do despedimento (individual, plúrimo e coletivo), do direito coletivo etc.

2. O contrato de trabalho e o princípio da função social do contrato

Dentre as inovações do novo Código, merece especial relevo a transparente preocupação do legislador com o aspecto social que passa a permear os institutos civilistas. O novo sistema de Direito Civil é baseado em tríplice fundamento: a sociabilidade, a eticidade e a operacionalidade¹³³. Além de parte da jurisprudência civilista já acolher esses primados e a doutrina brigar por essas modificações, a Carta Civil se municiou de institutos adequados ao atual estágio evolutivo da sociedade brasileira. Uma dessas novidades da legislação infraconstitucional é o artigo 421 que prevê: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹³²Como exemplo ilustrativo dessa situação podemos mencionar o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil que prevê: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

¹³³O princípio da sociabilidade consiste na mudança do enfoque individualista para o social, conferindo preeminência aos valores coletivos em relação aos individuais. O princípio da eticidade revela nova perspectiva ao Direito Civil na medida em que impõe a observância dos valores éticos na interpretação das leis e dos contratos. Foi revogado o excessivo rigor formal, técnico-jurídico, típico do individualismo liberal, no sentido de que tudo se resolveria através dos dispositivos expressamente positivados, em detrimento da boa-fé, da ética e da equidade. A nova ordem rompe com essa concepção para reconhecer a eticidade do ordenamento. O princípio da operabilidade significa que a norma deve ser de fácil interpretação e aplicação, a fim de torná-la o mais efetiva possível.

O novel Código Civil explicitou o comando constitucional contido nos artigos 5º, XXIII e 170, III¹³⁴segundo o qual a propriedade atenderá a sua função social. Ora, se a propriedade deve desempenhar uma função social, o contrato, que é o instrumento utilizado para sua circulação e acumulação, não pode refugir a esse enquadramento. O mesmo pode ser dito em relação à empresa (enquanto atividade econômica organizada), forma de propriedade do empreendedor. Sobre o assunto, a doutrina civilista não discrepa:

A partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5º, XXIII), tendo a palavra propriedade uma conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de crédito, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos. (WALD, 2012)

O princípio da autonomia da vontade está atrelado ao da sociabilidade, pois, pelo art. 421 do Código Civil, declarada está a limitação da liberdade de contratar pela função social do contrato. Esse dispositivo é mero corolário do princípio constitucional da função social da propriedade e da justiça, norteador da ordem econômica. O art. 421 institui a função social do contrato, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das prestações até mesmo sua resolução. (DINIZ, 2013)

Mas o artigo 421, ao mesmo tempo em que assegura uma liberdade pública fundamental do indivíduo, no caso, a autonomia da vontade de contratar (art. 5º, II, CF/88), impõe limites, em prol do interesse geral, à vontade individual, ao dispor que o acordo de vontades obrigatoriamente há de se conformar com a denominada função social do contrato. Ora, o contrato é o instrumento de direito que visa possibilitar o comércio jurídico dentro do tecido social e econômico, de tal sorte a permitir o atendimento dos interesses individuais e coletivos no intercâmbio de bens e direitos voltados para o desenvolvimento e progresso social. Logo, ele só pode ser manejado dentro desse enfoque instrumental, a render oportunidade de satisfação de interesses individuais dos contratantes, de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Há, por conseguinte, um redimensionamento da ideia de que “quem diz contratual diz justo”, porquanto agora a justiça não reside mais nos aspectos formais do pacto, mas sim, e sobretudo, no concernente ao conteúdo do acordo, cuja validade está condicionada à observância da sua função social. Por outro lado, constata-se que ocorreu uma certa publicização do Direito privado, na medida em que as duas ramificações clássicas do Direito passam a conviver de forma homogênea num mesmo plasma jurídico, onde o individual é concebido a partir do social. Ambas as disciplinas convivem e se articulam em perfeita harmonia, uma vez que concretizam ideais holísticos do Estado Social, não mais restrito às relações de trabalho, abrangendo também as relações civis. Se é certo que a sociedade

¹³⁴Eros Roberto Grau (2012) ressalta que a função social prevista no art. 5º, XXIII, da CF/88, revela na verdade uma função social individual da propriedade, que encontra justificação na garantia de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família – a dignidade da pessoa humana, portanto. Já o artigo 170, III, cuida da função social no sentido de sua utilização no desenvolvimento e exploração de atividade econômica.

brasileira optou pelo regime capitalista onde a livre iniciativa e a liberdade de mercado são as regras, também elegeu a igualdade de todos e uma sociedade livre, justa e solidária.

O contrato, portanto, não pode servir para lesar interesses superiores da sociedade, como aqueles arruados em valores¹³⁵, princípios e garantias sociais. Também não pode ser meio de opressão de uma parte sobre a outra ou de iniquidade, hipótese em que se desviaria de sua finalidade social para atender a interesses escusos e antissociais.

No âmbito das relações de trabalho, a função social pode ser colhida do sistema constitucional pátrio, que se baseia na noção de equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV, da CF/88), cuja regulação parte de um rol minimalista de direitos a serem respeitados que se baseia em valores éticos e humanitários universais (artigos 1º, III; 6º a 9º; 170; 200 e 225, da Carta Magna). A Constituição ainda fixou em seu texto um marco explícito para guiar a busca da noção (ou requisito de validade) da função social do contrato de trabalho. Encontra-se no artigo 186, que assim preceitua:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A norma em tela tem plena aplicação às relações de trabalho em geral, não só em razão da regra isonômica entre trabalhadores urbanos e rurais (*caput* do artigo 7º, da CF/88), mas, sobretudo, ante o seu caráter principiológico, que imanta o sistema constitucional trabalhista.

Pelo preceito acima, a função social do contrato reside no efetivo cumprimento das normas de proteção do trabalho por parte dos contratantes, com especial destaque para o empregador, detentor que é do poder empregatício. Com efeito, a contratação de trabalhadores para fins de intermediação de mão de obra não se coaduna com aquele dispositivo.

A função social do contrato, outrossim, se volta para assegurar que o empregador proporcione um meio ambiente de trabalho adequado (seguro, sadio, ético e urbano)¹³⁶ e que permita que os trabalhadores desenvolvam todas as suas potencialidades pessoais e profissionais, inclusive no tocante aos aspectos da diversidade de raça, origem, religião, convicção de pensamento, de gênero, orientação sexual etc. Logo, a contratação de gestores para fins de implementação de procedimentos

¹³⁵Valor difere de princípio. Aquele constitui um conceito axiológico, correspondente à ideia de qualidade das coisas, e antropológico no sentido do querer, o desejar e o deliberar. Os princípios são conceitos deontológicos referentes a um proibir, permitir, facultar. Afirma Robert Alexy, que o que na dimensão dos princípios é *prima facie* devido, na senda dos valores é *prima facie* melhor. Com base em Habermas, acrescenta: “princípios de direito são normas jurídicas, enquanto os valores são mandados de otimização da norma, ou buscam a máxima revelação do ser das normas. Logo, infere-se que o bem jurídico caracteriza-se como valor pela máxima possibilidade de sua revelação. [...] Valor é o substrato que indica a qualidade inerente ao ser e ao obrar humanos”.

¹³⁶ SILVA, 2012.

de assédio moral e a adoção de políticas autoritárias e não democráticas na empresa são exemplos de inadequação do pacto laboral ao mencionado princípio.

Restringe-se, dessa maneira, o postulado liberal da plena autonomia da vontade individual em favor da sociedade, fixando limites ao seu exercício, de tal arte que a eventual desigualdade material entre os contratantes encontre como lenitivo o equilíbrio jurídico forjado pela contenção dos interesses do mais forte.

Como foi estudado anteriormente, o Direito do Trabalho, e consequentemente o contrato de trabalho, corresponde ao mais alto padrão de eficiência na regulação das relações trabalhistas no Brasil. Por seu intermédio, outorga-se dignificação à atividade laborativa dos obreiros num patamar correspondente à importância que mereceu a pessoa humana na CF/88. O contrato de trabalho já foi gestado no estuário da sociabilidade; trata-se de um contrato tipicamente de origem social. Por isso, se encaixa perfeitamente no contexto do novo códex, porquanto o artigo 421 se afina plenamente com a teoria contratual trabalhista.

O que particulariza esse tipo de contrato é que ele viabiliza as referidas relações econômicas de produção ao estabelecer padrões coincidentes com o primado constitucional de dignificação da pessoa humana do trabalhador, maximizando a função social do contrato. A noção de dignificação do trabalho, produtora da chamada cidadania social, significa que a ordem jurídica pátria reconheceu que existe um conjunto de regras mínimas de proteção do trabalho que são direitos inatos à personalidade humana.

Esses direitos muitas vezes são positivados como cláusulas abertas e flexíveis — técnica também utilizada pelo novo Código Civil — capazes de acompanhar a evolução da sociedade sem a necessidade de alteração da lei. Vejam-se os casos do direito a salário justo e à igualdade de tratamento. São direitos inatos ao ser humano, previstos inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, mas que não se amoldam a uma tipicidade casuística. Pelo contrário, são o que Judith Martins-Costa (citada por MELLO) chamou de janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos, que os conduzem aos princípios e regras constitucionais, dando acesso aos princípios e valores sociais, políticos, econômicos e integrando-os ao ordenamento positivo.

Nem sempre a observância das normas tutelares do trabalho, positivadas na lei, garante a dignificação do trabalho. Quando isso acontece, a função social do contrato laboral fica comprometida. Assim, pode ocorrer de uma empresa pagar a todos os seus empregados o piso salarial normativo (previsto em instrumento coletivo negociado). No entanto, um empregado desempenha atividades de grande complexidade, como, por exemplo, o engenheiro de segurança do trabalho. E então a

empresa, que integra um grupo econômico, percebe a conveniência de aproveitar os serviços daquele engenheiro nas outras demais empresas do grupo.

Nesse caso, pelo piso salarial da categoria, o empregador estaria cumprindo a lei, mas, pelo aspecto da função social do contrato estará desvirtuando a sua finalidade econômica e social. Porquanto, ao invés de contratar este tipo de empregado para cada uma das empresas que dele necessitem, superutiliza o empregado, mediante o pagamento do piso mínimo, para trabalho que deveria ser feito por vários trabalhadores e com acentuado grau de responsabilidade. A situação exposta colide com o princípio de comutatividade do contrato de trabalho e viola o já mencionado inciso V, do artigo 7º, da Carta Política.

Com efeito, o cumprimento formal da legislação trabalhista, pode não significar, por si só, o atendimento à função social do contrato. Este atendimento só é aferível pelo exame do caso concreto. No exemplo dado acima, o contrato de trabalho estaria sendo utilizado ao arrepio de sua finalidade social e em oposição à norma constitucional de valorização social do trabalho (artigos 1º, inciso IV; 3º, inciso I; 7º e 170, *caput*, da CF/88).

Por fim, ressalte-se que o contrato de trabalho também é um importante mecanismo de política econômica e social, tanto assim que a CLT, no seu artigo 623 (e a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001), estabelece que será nula de pleno direito qualquer cláusula contratual, individual ou coletiva, que contrarie a política econômica vigente no país. O art. 8º da CLT também prevê que nenhum interesse de classe pode se sobrepor ao interesse geral. Portanto, o contrato de emprego pode ser utilizado como alvissareiro meio de combate ao desemprego, no exato sentido do preceito informador da ordem econômica contido no inciso VIII do art. 170 da CF/88. Segundo este dispositivo, constitui princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego. De acordo com a política social vigente no país, o contrato de trabalho pode ser um poderoso instrumento de inclusão social das camadas mais desfavorecidas da sociedade, promovendo assim o desenvolvimento humano e a criação de pilares sólidos de estabilidade social e econômica¹³⁷.

Assim, o contrato de trabalho cumprirá sua função social quando:

- a) permitir o intercâmbio de operações econômicas de produção em nível compatível com a democracia, com o solidarismo e com a justiça contratual;
- b) observar a efetivação dos direitos legais e constitucionais dos trabalhadores;

¹³⁷ Convém sublinhar que o Direito do Trabalho não se coaduna com a ideia de trabalho a qualquer preço, ou de que a prioridade é dar trabalho independente das condições mediante as quais ele será exercido. Não. Isso representaria um verdadeiro retrocesso social, além de infringir toda a construção normativa da Constituição da República, que, desde o seu preâmbulo, aponta para a dignificação e valorização da cidadania social.

c) propiciar a efetivação dos princípios inerentes à dignificação, proteção, promoção, diversidade humana e valorização social e contratual do trabalhador;

d) garantir um meio ambiente de trabalho adequado (seguro, sadio, ético e urbano), que proporcione condições para o pleno desenvolvimento das potencialidades pessoais e profissionais dos trabalhadores;

e) for instrumento de política pública (social e econômica) de inclusão social, gerador de empregos.

3. O princípio da boa-fé e o contrato de trabalho

A boa-fé é uma exigência do proceder do homem; é algo que passou da origem religiosa para o âmbito social da eticidade nas relações individuais. Pode-se afirmar que constitui obrigação implícita às relações sociais, cuja observância não deveria suscitar auspícios de mérito. Embora não se possa ignorar a constatação de Shakespeare (1564–1616), ao se referir à sociedade de sua época, que ainda hoje é de grande atualidade: “Na velhacaria destes tempos flácidos, a virtude tem que pedir perdão ao vício”¹³⁸.

Consiste a boa-fé na regra de conduta que se funda no dever de se comportar como um bom pai de família, probo, leal, e que respeita os interesses alheios. O princípio tem assento constitucional no artigo 3º, I, da CF/88, quando adota o parâmetro do solidarismo como princípio fundamental da República. Na seara contratual, o princípio da boa-fé (ou solidarismo contratual) sustenta o dever de as partes agirem em conformidade com a economia e a finalidade do contrato, de modo a conservar o “equilíbrio” entre as obrigações que configuram o sinalagma. É, por exemplo, o que impede o exercício arbitrário da livre estipulação de cláusulas ou legitima a teoria da aparência.

É o dever ético de comportamento reto, leal para com os interesses do outro contratante, tendo por fundamento a confiança recíproca que um deposita no outro no senso de que devem agir sempre de acordo com as intenções manifestadas e vertebralizadas nas cláusulas do ajuste. O elemento confiança, assim, atua de maneira a diminuir a complexidade das relações contratuais, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro. Com ela, a parte tem condições de projetar sua ação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo em que confia – mais do que espera – que não acontecerá (SILVA, 2009).

O Código Civil de 2002 inovou mais uma vez ao adotar a teoria da boa-fé objetiva. Dispõe, no seu artigo 422, que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” A probidade é o dever de honestidade, também inata

¹³⁸Hamlet, ato III, cena IV.

a qualquer conduta humana. Um aspecto interessante a ser ressaltado é que o artigo 422 fixa a boa-fé como regra de conduta, e, portanto, limita a autonomia da vontade dos contratantes, mas apenas para a conclusão e execução do ajuste. Deixa de mencionar a fase pós-contratual, para onde o aludido dever obviamente se projeta. Essa deve ser a conclusão mais razoável a que se chega diante do compromisso do novo diploma civil no resgate do valor ético.

O princípio pode ser desdobrado em alguns deveres (chamados de deveres secundários ou laterais de conduta), os quais, embora não se refiram diretamente ao objeto da prestação, a ele dizem respeito indiretamente, a saber: a) dever de proteção; b) dever de lealdade e colaboração; c) dever de informação. O primeiro induz à proteção do patrimônio e da pessoa do outro contratante. Ele pode ser ilustrado no caso de responsabilidade pré-contratual, hipótese em que não é confundido com o dever principal da prestação. Assim, se todas as tratativas forem entabuladas para a concretização do contrato de trabalho, e ocorrer de o trabalhador inclusive deixar de lado outra oferta de emprego, e a empresa desistir, sem justificativa, da celebração do negócio jurídico, pode-se considerar que houve quebra do princípio da boa-fé na fase pré-contratual, com prejuízo material ao obreiro.

O dever de lealdade é aquele que impõe às partes que se abstenham de praticar atos, omissivos ou comissivos, que tenham por objetivo frustrar as expectativas materializadas no contrato, seja na conclusão, execução ou depois de sua extinção. Exemplo disso é o de o empregado (ou ex-empregado) guardar sigilo sobre os segredos da empresa. A cooperação exige das partes a obrigação recíproca de auxílio no desenvolvimento das atividades necessárias ao cumprimento da finalidade laboral de colaboração com o empregador.

Por fim, o dever de informação e esclarecimento significa que os contratantes devem fornecer mutuamente todas as informações e detalhamentos sobre o negócio, como diz Jorge Cesar Ferreira da Silva: "São, portanto, deveres que visam a permitir que as partes tenham, na medida do possível, a exata dimensão das condicionalidades específicas da relação, podendo com isso melhor projetar seus próprios futuros" (2009). Assim, o empregado ao ser admitido deve imediatamente ser informado de que vai trabalhar em local ou atividade perigosa, se for o caso.

Situação polêmica é a da empregada grávida que, contratada para atender necessidade transitória derivada de substituição de pessoal permanente da empresa, por sessenta dias, apresenta no trabalho, após a admissão e antes de iniciar o labor, laudo médico (com data anterior à admissão) reportando risco à gravidez e recomendando repouso absoluto à obreira por noventa dias.

Nesse caso, o princípio da boa-fé entra em tensão com o direito à estabilidade no emprego da empregada (Súmula nº 244, III, do TST, com a redação dada pela Resolução nº 185/2012 do TST). Se, por um lado, a trabalhadora não tem a obrigação de avisar que está grávida, e o empregador não pode investigar tal condição, por outro, no caso específico, a conduta da obreira compromete

inteiramente as legítimas expectativas da empresa ao contratá-la. Impede, ainda, que o contrato cumpra uma de suas funções sociais, que é o intercâmbio de operações econômicas de produção dentro de um padrão ético de comportamento.

O contrato trabalhista tem como uma de suas características o fato de que a lei outorga a uma das partes, *in casu*, ao empregador, um feixe de poderes que o coloca, dentro do vínculo contratual, numa posição de preeminência fática em relação ao empregado. Esses poderes nascem com a celebração do contrato de trabalho, no qual encontram limites, uma vez que o empregado se acha em estado de subordinação jurídica em face do empregador. Por isso, o ordenamento justarabista lhe confere as tarefas de organização, direção, fiscalização, além do poder hierárquico e disciplinar sobre o obreiro. A este, por seu turno, cabe a obediência, colaboração, diligência e fidelidade para com aquele.

Ora, no manejo desses poderes, o empregador deve, além de observar as leis trabalhistas e as cláusulas do contrato, sempre pautar sua atuação pela boa-fé, uma vez que o respeito ao cumprimento da legislação laboral depende da empresa. Do mesmo modo que o seu uso ou o abuso pode comprometer a própria existência do vínculo trabalhista. É o caso do empregador que não paga as horas extras realizadas por seus empregados. Além de estar descumprindo a Constituição da República e o contrato, revela um proceder que rompe a confiança que o empregado nele depositava de que deve adimplir suas obrigações salariais fixadas na celebração do ajuste.

Embora o empregado não detenha poder disciplinar sobre o empregador, em casos como o acima, a ordem jurídica lhe faculta esgrimir o *jus resistendae*, mediante o qual pode se negar, juridicamente amparado, a cumprir ordens ilegais ou que extrapolem os limites do que foi contratado. O artigo 483 da CLT apresenta o rol de procedimentos patronais que possibilitam ao empregado denunciar o contrato de trabalho imputando a culpa ao empregador, hipótese em que vai receber todos os direitos resilitórios como se o seu contrato tivesse sido rompido pela empresa.

Pelo lado do empregador, o artigo 482 elenca os diversos tipos de condutas que podem levar à aplicação de punição ao empregado faltoso, dentre elas, como a mais grave, a justa causa. Esse instituto parte da premissa de rompimento grave da fidúcia depositada pela empresa no empregado, como se constata da sua própria definição: todo ato doloso ou culposamente grave capaz de abalar a confiança e a boa-fé depositada no empregado, tornando impossível a manutenção do contrato de trabalho (Evaristo de Moraes, citado por SÜSSEKIND, 2011).

Assim, o artigo 422 tem perfeita adaptação na seara laboral, consolidando em definitivo a noção de que o contrato de trabalho rende ensejo a uma duplicidade de espécies de deveres: os de prestação e os genéricos de conduta. A boa-fé, portanto, configura um elemento intrínseco ao contrato de emprego, na medida em que, limitando a autonomia da vontade das partes, resgata o conteúdo ético da relação capital-trabalho.

4. A boa-fé na interpretação do contrato de trabalho

A mesma ideia de boa-fé preside a interpretação dos contratos, como se constata do artigo 113 do novo códex, que dispõe: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costume do local da celebração.” Este dispositivo já está albergado no artigo 422 quando se refere à execução do contrato. O Código não deixa dúvida de seu compromisso com a ética negocial. Assim, com esteio no princípio da boa-fé, na interpretação das cláusulas do ajuste é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na consecução dos fins do contrato.

Na realidade, quando se fala em interpretação do contrato na senda laboral, poucas normas próprias se apresentam, como são os casos do princípio do *in dubio pro misero* e a de que nenhum interesse de classe pode se sobrepor aos interesses da sociedade. Mas agora, o artigo 422 traz mais um paradigma legal para a interpretação trabalhista. Vale lembrar que dois outros dispositivos¹³⁹ foram criados pelo novo Código e que têm relação direta com o tema em análise. São os artigos 423 e 424, que preconizam:

Art. 423 Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424 Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O artigo 423 positiva na lei civil algo muito próximo à definição do princípio trabalhista do *in dubio pro misero*, segundo o qual, na interpretação da lei, havendo dúvida fundada sobre seus termos, deve-se optar pela interpretação mais favorável ao destinatário da norma laboral, o empregado. Este, que até então constituía um princípio de Direito do Trabalho, cunhado pela doutrina, agora ganha *status* de norma legal para abarcar também a interpretação das cláusulas contratuais. Percebe-se, pois, nitidamente, o movimento bastante expressivo de um Direito privado formal e individualista, para um Direito social de cunho material. O velho Direito Civil patrimonialista, que fazia escárnio das questões sociais que se escondiam por detrás das formas oitocentistas do Código Civil, sucumbe para dar passagem às exigências de uma ordem jurídica onde a justiça não significa apenas um parâmetro inalcançável, mas uma exigência social de concretização imediata.

Com relação ao artigo 424, ocorre verdadeira inovação da ordem jurídica, pois o dirigismo contratual que contempla impede que o exercício da autonomia da vontade atinja a esfera dos efeitos inatos e

¹³⁹Os artigos 187 e 309 do novo Código Civil são outros exemplos da preocupação ética que informou o legislador do novo Código Civil. Art. 187 – “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; art. 309 – “O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor”.

naturais do ajuste, para neutralizá-los. Note-se que a norma é afeta aos contratos de adesão e visa evitar que o poder econômico retire do contrato disposições que são de sua natureza intrínseca. É o caso, por exemplo, do contrato de trabalho de um empregado que preveja que a empresa não manterá o plano de saúde caso este venha a sofrer um infortúnio relacionado ao trabalho. Tal disposição impõe ao trabalhador uma renúncia a direito (cobertura do plano de saúde) resultante da própria essência do negócio, cuja finalidade é justamente ampará-lo em caso de doença.

O dispositivo em tela comina de nulidade, como sanção civil, a inobservância de seu preceito, como aliás faz a CLT quando deseja proteger algum direito laboral. É o caso do artigo 9º da CLT, que preceitua que: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

O próprio princípio da boa-fé, no seu aspecto de cumprimento do ajuste avençado, determina que o acordo deve ser cumprido em respeito aos interesses recíprocos e contrapostos das partes. A exigência social de segurança jurídica nas relações sociais constitui um imperativo ético e jurídico (para ambas as partes do contrato), sem o qual o contrato seria uma pantomima, sem nenhum prestígio ou eficácia. Pelo princípio da força obrigatória dos contratos, estes devem ser fielmente cumpridos, sob pena de execução em face da parte inadimplente.

Não se quer com isso dizer que o princípio da força obrigatória é absoluto, muito ao contrário, se nos contratos de execução continuada, como o contrato de trabalho, a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevistos, poderá o devedor pedir a sua resolução do mesmo (478, NCC). No caso, o contrato de trabalho, que é feito para durar, não é resolvido, mas sim adequado às novas circunstâncias.

A interpretação contratual trabalhista não pode olvidar o princípio da boa-fé como regra hermenêutica, a fim de permitir que o contrato de trabalho atinja sua finalidade socioeconômica. Deve-se levar em conta a vontade individual temperada pela necessidade de forjar justiça contratual. Tudo isso articulado com o dever de respeito recíproco aos interesses dos contratantes. Daí se consegue compreender a necessidade de tutela legal dos contratos de adesão e de se imantar certas cláusulas contratuais como irrenunciáveis.

Conclusão

A experiência do ordenamento jurídico laboral demonstra que o papel do Estado é o de assegurar que o contrato de trabalho, como instrumento de intercâmbio de operações econômicas de produção, constitua um meio de alcançar a democracia, o solidarismo e a justiça nas relações entre o capital e o trabalho, parâmetros importantes para se identificar a sua função social.

A regra de conduta adequada ditada pela boa-fé objetiva tem perfeita adaptação na seara laboral, pois consolida em definitivo o contrato de trabalho como uma pluralidade de deveres: os de prestação e os genéricos de conduta. Com isso, podemos asseverar que a boa-fé configura, a um só tempo, um direito fundamental dos contratantes e um elemento intrínseco ao contrato de trabalho, pois, ao limitar a autonomia da vontade das partes, resgata o conteúdo ético da relação empregatícia.

Bibliografia

MELLO, Adriana Mandim Theodoro. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro*, in Revista Jurídica n. 294, abril/2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Gen, v. 1, 2013.

ROSENVALD, Nelson *et ali*. *Curso de Direito Civil, Bahia: Juspodium*, v. 4, 2014.

SILVA, Jorge César Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Velhos hábitos, nova roupagem – uma reforma sob encomenda e a luta das Associações e Instituições para evitar os retrocessos

Benizete Ramos de Medeiros¹⁴⁰

"O trabalho não é necessário apenas para a economia, mas para a pessoa humana, para a sua dignidade, para a sua cidadania e também para a inclusão social" (Papa Francisco)

Resumo: O momento atual pelo qual passa o país é, minimamente preocupante, desafiando à todos que lidam e lutam pelos Direitos Sociais. O presente texto traça um panorama geral da pretensa reforma da CLT, buscando confrontar com o antigo projeto de alteração denominado "Projeto Vaccarezza" e o encaminhado pelo atual Governo Federal, ou seja, o PL nº 6.787/87 denominado "reforma da CLT", em especial o substitutivo apresentado pelo relator, deputado Rogério Marinho (PSDB/RN), que realçou propostas de precarização das relações trabalhistas. A gravidade está em diversos fatores extrínsecos, como a total ausência de diálogo social; o caráter de urgência para aprovação, com manobras sucessivas, além dos intrínsecos, em especial a supremacia do negociado x legislado; do trabalho intermitente e a tentativa de calar a jurisprudência e minimizar a Justiça do Trabalho. A aprovação é iminente e prevista a votação para final de abril de 2017, cujo conteúdo impacta de maneira grave nas conquistas de mais de 70 anos. O grande e principal objetivo do projeto é atender aos ditames do capital em detrimento do trabalho humano, da proteção a saúde e bem estar do trabalhador. Aqui busca-se, nesse contexto, analisar o empenho (ou não) das Associações e Instituições que lidam com os Direitos Sociais.

1.Introdução

O momento em que se escreve esse texto não terá o mesmo cenário em que ocorrerá a leitura, ante as estratégias adotadas pelo presidente da Câmara e Governo para implementar o regime de urgência na votação do projeto de reforma trabalhista, o que alterará alguns resultados. Mas, a assimetria de preocupação, complexidade continuará alarmante em razão das diversas polaridades que permeiam as tentativas e as iminentes lutas com consequências.

¹⁴⁰ Advogada Trabalhista; professora de Direito Processual e material do Trabalho; Doutora em Direito e Sociologia (UFF); mestre em Direito Público (FDC); presidente da direção geral da Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho: JUTRA (biênio 2016/2018); membro da Comissão de Direito do Trabalho do IAB (secretária biênio 2016/218)

Assume no ano de 2016 por meio de um processo de impeachment o vice presidente Michel Temer do PMDB e nessa ordem, uma avalanche de projetos de Lei, alguns retidos ou arquivados em algumas das Casas tomam nova roupagem de forma açodada. O antigo PL 4.330/04 (atual 4.302/1998) que trata da terceirização ampla e irrestrita foi um deles aprovado, embora os diversos manifestos populares; de instituições e Associações e como ANAMATRA; ABRAT; JUTRA; ANPT; IAB e Centrais sindicais outras, além de inúmeras notas de repúdio;

Mas, não é só. A operação Lava jato parece se encontrar no auge com aprofundamento das investigações voltadas aos empregados públicos da Petrobras; executivos e sócios das maiores empreiteiras do país, chegando a classe política, alguns encontrando-se presos coo o próprio presidente Marcelo Odebrecht, o ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha; o ex-governador do Rio de Janeiro, Sergio Cabral; o Senador Delcídio do Amaral, além das últimas investigações de dezenas de outros tantos políticos dos mais diversos partidos – dentre eles o PT e o PMDB - estão sendo alvos de detalhadas, continuas e graves delações.

É um cenário caótico que nesses ultimas dias os jornais do Brasil, têm noventa por cento de seu tempo destinado ao tema, fracionando cada dia nos principais nomes do cenário político e as declarações do presidente e do alto escalão da Odebrecht; além das investigações com fraudes nos maiores frigoríficos do país, chamada operação Carne Fraca e as ameaças internacionais de terrorismo e bombas biológicas.

Nesse ambiente, os projetos de reformas da Previdência e da Legislação Trabalhista tratados a toque de caixa e sem qualquer diálogo sociaisão votados. Não se trata de novidade histórica, uma vez que no conjunto das medidas neoliberais das décadas de 90 e 2000, veio a lume o Projeto n. 1.987/2007 denominado de Projeto Vaccarezza ou reforma da CLT, arduamente combatido pelas Instituições e Associações defensora dos Direitos Sociais. Necessário, pois voltar a ele, em especial, para destacar a importância dos grupos organizados, na luta contra retrocessos.

2. PLn. 1.987/2007 – Denominado Projeto Vaccarezza

O chamado período neoliberal (década de 90 do sec. XX e primeira década do século XI) é marcado por várias tentativas de retrocessos sociais, inclusive de extinção da própria Justiça do Trabalho e não escapando a própria reforma da CLT, sob o falacioso argumento de atualização.

Veio à tona no final do período o projeto de número 1.987/2007 popularizado como “Projeto Vaccarezza” em razão da autoria do deputado Cândido Vaccarezza, que tinha a máscara da atualização da CLT, defendida pelo próprio sob o argumento da defasagem e descompasso com o momento social e político do país à época. Vários seguimentos se agitaram, tendo ABRAT promovido cauteloso estudo que revelou o contrário, ou seja, era uma reforma quase total do texto Celetista. Esta autora tratou desse tema em seu livro que pesquisa a autonomia dos advogados trabalhistas e a luta pela manutenção dos direitos sociais contra retrocessos, pela lente da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas.¹⁴¹ Dele se extraem vários trechos, alguns com a referência original.

Acessando o *site* do referido deputado, pôde-se observar que o projeto gerou, à época, acirradas polêmicas, chegando mesmo a afirmar que havia engano e ansiedade dos profissionais da área trabalhista nas equivocadas manifestações contra o projeto. O motivo seria, conforme ele, “a falta de conhecimento quanto à finalidade e método de elaboração de projetos de consolidação”, insistindo ser uma grande conquista para a população.

Dos 922 artigos da CLT, o projeto tinha por escopo revogar 2/3 deles, ou seja, do art. 1º ao art. 642 e mais de 240 leis referentes ao Direito Material Trabalhista. A explicação dada, no sentido de dissuadir a aprovação do projeto, foi encontrada no *site* da Câmara, cujos trechos foram transcritos na obra referida. Assim:

A consolidação das leis consiste em evitar a confusão de textos contraditórios, eliminar os preceitos ultrapassados, revisar e organizar as normas existentes sobre um mesmo assunto, e condensá-las em uma só lei, evitando que se sustente a morosidade da justiça, a aplicação inadequada de penas e de impunidades. A consolidação das leis federais será feita mediante a reunião em códigos e consolidações integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal. Consistirá na integração de todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação de seu alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados. Ao Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis compete a apreciação dos projetos de consolidação apresentados à Mesa, restringindo-se aos aspectos formais, não adentrando no mérito da matéria.¹⁴²

¹⁴¹ MEDEIROS. Benizete Ramos. Os Trabalhistas: Da discriminação à ascensão e a contribuição da ABRAT.SP: Ltr. 2016.p. 184 e ss

¹⁴² Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/grupos/gtcl>>. Acesso em: 20 de outubro de 2014., apud MEDEIROS.

O regime de urgência dado era outra preocupação, o mesmo ocorrendo com o projeto atual, cujo regime de urgência não teve quórum no primeiro dia, mas, numa manobra, o presidente da Câmara deputado Rodrigo Maia pôs em votação no segundo dia, 19/04/2017 e o regime de urgência é aprovado com previsão para votação do projeto nos dias 25 e 26 /04/2017. O projeto foi votado sem muito aperto, encontrando-se atualmente no Senado Federal para análise.

A preocupação das entidades nacionais ligadas à defesa dos Direitos Sociais, sobretudo ABRAT, OAB, ANAMATRA, ANPT, Centrais Sindicais era a total ausência de discussão com a sociedade.

Nos arquivos da CONLUTAS¹⁴³, pôde-se extrair a movimentação das Centrais Sindicais no sentido de vencer o projeto. Era consenso, na maioria das instituições, o entendimento de prejudicialidade às conquistas dos trabalhadores. Para tanto, houve intensa atuação junto ao Congresso Nacional e no governo federal, por meio do Ministério do Trabalho. Segundo a matéria, o deputado recebeu uma comissão da CONLUTAS, para explicação do referido projeto, que, de acordo com ele, o objetivo era meramente fazer uma atualização, sem mudança de mérito na CLT. A comissão da CONLUTAS, porém, entendeu o projeto como perigoso, com base em que “o projeto revoga e substitui os artigos 1.º ao 642.º da CLT.

Na visão de Luiz Salvador, ex-presidente da ABRAT, era importante um trabalho de unidade e de solidariedade com os diversos atores sociais e com as entidades progressistas, para vencer o referido projeto. Sendo assim, “nesse sentido, nós fomos vitoriosos porque nesse projeto do Vaccarezza, por exemplo, aconteceu exatamente isso”. Isto é: os diálogos com o Conselho Federal da OAB; o Ministro da Justiça, que era Tarso Genro; a ANAMATRA, cujo presidente, na época, era o Claudio Montesso e o ANPT, conforme ele, foi o que contribuiu para o arquivamento desse projeto.¹⁴⁴ Essas informações foram confirmadas no *site* do Conselho Federal da OAB e das Associações Estaduais, cujo título da matéria era o seguinte: “OAB diz a Tarso: PL que muda CLT é grave agressão a trabalhador”, complementando-se “que, mais uma vez a ABRAT se uniu a OAB e [às] outras entidades”, cujos trechos importa transcrever:

Brasília, 02/04/2008 - “É a maior agressão já vista à estrutura sindical e ao trabalhador brasileiro. O projeto do deputado Vaccarezza

¹⁴³ PSTU. Congresso prepara Nova CLT e Ministério resgata reforma trabalhista. Disponível em: <<http://www.pstu.org.br/node/12966>>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

¹⁴⁴ SALVADOR, Luiz. Quem paga mal, paga duas vezes. Disponível em: <<http://avancosocial.blogspot.com.br/2009/04/quem-paga-mal-paga-duas-vezes.html>>. Acesso em: 20 de outubro 2013.

está demolindo a CLT". A afirmação foi feita hoje (02) pelo presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto, ao manifestar ao ministro da Justiça, Tarso Genro, a preocupação da advocacia com o teor do Projeto de Lei nº 1.987/07, que propõe graves alterações à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O tema foi tratado em reunião no gabinete do ministro, da qual também participaram diretores do Conselho Federal da OAB, da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (Abrat) e o secretário da Reforma do Judiciário, Rogério Favreto. Na oportunidade, Britto rebateu as afirmações que têm sido divulgadas pelo autor do projeto, o deputado federal Cândido Vaccarezza (PT-SP), de que o projeto de lei apenas propicia uma mera atualização da CLT, afastando os dispositivos que não estão mais em uso, sem fazer qualquer tipo de juízo de valor. "Há sim juízo de valor em vários trechos e esse projeto praticamente extingue a valoração que se dá hoje às negociações coletivas", relatou Britto ao ministro da Justiça. Ainda segundo o presidente da OAB, o projeto de lei, se aprovado, traria mudanças para muito pior às interpretações constitucionais e até o nome CLT, já bastante conhecido do trabalhador como sinônimo de proteção de direitos, seria alterado conforme o PL.¹⁴⁵

É possível observar, na mesma matéria, a posição do Ministro da Justiça à época, Tarso Genro, que sempre militou como advogado na seara trabalhista. "Tarso diz à OAB que CLT não está caduca e precisa ser mantida – quarta-feira, 2 de abril de 2008 às 13h30".¹⁴⁶

Segundo ainda a mesma matéria, o Ministro, que recebeu em audiência o presidente da OAB Cezar Britto, defendeu também nessa perspectiva de que a CLT precisava ser mantida, porque era a garantia de uma relação justa para a maioria dos trabalhadores brasileiros: "O trabalhador pode e deve confiar na CLT". Apontou, contudo, novas regulações para o novo mundo do trabalho, lembrando, quanto a essa questão: "é de se verificar quais as novas regulações que devem emergir para que esse novo mundo do trabalho que surge, não fique na informalidade e não seja desculpa, inclusive, para que a CLT seja revogada ou seja desconstituída nos seus elementos fundamentais"¹⁴⁷.

Nesse tom, a ABRAT adotou a posição de que se tratava de um verdadeiro retrocesso social, com roupagem de atualização da CLT: "nós chegamos a caracterizar essa proposta do Vaccarezza como de golpe e conseguimos trabalhar essa questão, fizemos muitos artigos a respeito, muitos debates e conseguimos uma vez".¹⁴⁸

¹⁴⁵ ACAT. Disponível em: <http://acat.mikonos.uni5.net/index.php?option=com_content&task=view&id=23&Itemid=2>. Acesso em: 26 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=13093>>. Acesso em: 26 de setembro de 2014.

¹⁴⁶ OAB. *Tarso diz à OAB que CLT não está caduca e precisa ser mantida*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/13094/tarso-diz-a-oab-que-clt-nao-esta-caduca-e-precisa-ser-mantida>>. Acesso em: 26 de setembro de 2014.

¹⁴⁷ OAB. *Tarso diz à OAB que CLT não está caduca e precisa ser mantida*. Site citado.

¹⁴⁸ SALVADOR. Luiz Salvador. Entrevista à esta autora . Curitiba. Em 24.08.2013.

Foi possível encontrar, em diversas postagem de mídia, indicativos de tenaz atuação da ABRAT, e outras entidades. Veja-se a seguinte publicação:

ABRAT – Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (www.abrat.adv.br), por seu Presidente Luiz Salvador, assim que tomou conhecimento do Projeto Vaccarezza. PL 1987/2007, nomeou uma comissão de juristas para exame prévio, ainda que superficial do projeto; e diante dos esclarecimentos manifestados por membros integrantes da comissão nomeada, o plenário do XXIX CONAT – Congresso Nacional dos Advogados Trabalhistas realizado em Recife-PE, de 31.10 a 03.11.2007, aprovou a proposta de retirada do projeto de tramitação e respectivo arquivamento, por sua inoportunidade, ao entendimento de que a pretensão é “golpista” e que não se trata de mera consolidação da atualização da CLT, conforme os entendimentos constantes dos artigos abaixo indicados, publicados: A Nova CLT: Acorda Brasil! Mudança golpista – Proposta da CLT torna direitos conquistados precários¹⁴⁹

Já se buscava chamar a atenção da maquiagem dada e do perigo que estava nas linhas do projeto.

1.1. Comissão para estudo da proposta

Com fincas à solidez e sustentação jurídica, a direção da ABRAT constituiu uma comissão a qual denominou “comissão legislativa”, para elaboração de um projeto substitutivo ao Vacarezza, apresentando sugestões. A comissão foi formada importantes nomes do cenário nacional, assim, por Luiz Salvador (então presidente da ABRAT) e os juristas Aldacy Rachid Coutinho, Ivan Alemão, Julio Bebber, Jorge Luiz Souto Maior, Jorge Pinheiro Castelo, Luís Carlos Moro, Magda Biavschi, Manoel Antonio Teixeira Filho, Nilton Correia, Sidnei Machado e Silvia Nogueira, conforme relatório enviado pelo próprio Luiz Salvador a esta pesquisadora.¹⁵⁰

Importa realçar que essa comissão não era formada somente por membros da diretoria da ABRAT, mas também por professores e magistrados da Justiça do Trabalho, de vários estados, exatamente para se trabalhar com variadas visões do mesmo objeto de estudo. A intenção era, pois, afastar a postura excessivamente corporativa.

¹⁴⁹ Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/60663,1>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

¹⁵⁰ Exemplar do estudo formulado pela comissão, foi enviado em 2013, para esta pesquisadora por Luiz Salvador (presidente da ABRAT nos biênios 2006/2008 e 2008/2010). Apud. MEDEIROS. Ob citada

Arouca, embora não fizesse parte da comissão, escorou a ABRAT e tinha a posição de que o projeto era um perigo para a sociedade ao abrir possibilidades para a terceirização e flexibilização:

Encontro em uma primeira leitura, falhas gritantes da Comissão, mantendo dispositivos que indubitavelmente ou foram derogados pela Constituição Federal diante da consagração da autonomia sindical (p.ex. intervenção do Ministério do Trabalho na administração dos sindicatos, (quorum para eleições sindicais, associações pré-sindicais, registro de livros, etc.), rechaçados pela Justiça do Trabalho (p.ex: quorum para assembleias, etc.) ou alterados (como a disciplinação do direito de greve para os servidores públicos por lei específica e não mais por lei complementar, etc.). Naturalmente não foi dado à Comissão competência para legislar, mas apenas para excluir os dispositivos que já não mantém. Mesmo assim, a “reconsolidação” adota ora contribuição ora imposto sindical. Olvida as alterações decorrentes do novo Código Civil relativas ao conteúdo mínimo do estatuto social (arts. 46, 54 e ss), da Lei n. 10.192 de 2001 pertinentes à mediação, acordos e convenções coletivas, das Convenções da OIT, n. aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 49, de 1951 e promulgada pelo Decreto n. 33.196 de 1953, n. 135, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 86, de 1089 e promulgada pelo Decreto n. 1321 de 1991”.¹⁵¹

Esse estudo à época apresentou várias sugestões quanto à modificação dos artigos, cuja conclusão foi a seguinte: “Referendada por decisão assemblear, a proposta da ABRAT é no sentido da retirada de tramitação do PL 1987/2007 e, conseqüente arquivamento do projeto Vaccarezza por contrário aos interesses dos trabalhadores, da sociedade de modo geral, por inoportuno na atual conjuntura, implicando grande parte das alterações legislativas em verdadeiro retrocesso social”¹⁵².

Também verifica-se que a OAB entendeu pela necessidade de ampla discussão e retrocesso do projeto, unindo-se à ABRAT, nesse sentido. Diante das denúncias já havidas e por se tratar de verdadeiro “golpe contra a classe trabalhadora”, Cezar Britto, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil à época, de imediato, enviou Ofício ao Deputado Cândido Vaccarezza. Nele, solicitava dilação do prazo exíguo de apenas 30 dias que foi concedido à sociedade para manifestação sobre o malsinado projeto. Foi indeferido, entretanto, sob argumento de que o regimento interno da casa não permitia tal dilação.

¹⁵¹ SALVADOR, apud AROUCA. Documento citado.

¹⁵² SALVADOR, apud AROUCA. Documento citado.

O pedido de dilação de prazo foi fundamentado com base em parecer elaborado pela Comissão Nacional de Direitos Sociais – CNDS, que entendeu impossível se manifestar em tão exíguo tempo:

Seria temeridade querer, em prazo tão exíguo (trinta dias), tomar posição com relação às questões de fundo de um projeto que – repita-se – propõe uma Nova CLT com quase mil e setecentos artigos e revoga, no todo ou em parte, mais de duzentas normas jurídicas (...). A título ilustrativo, se tomássemos o tempo (absolutamente reduzido) de cinco minutos para a análise de cada artigo da Nova CLT, bem como o período de noventa minutos (também temerário, pela sua exiguidade) para a verificação de cada uma das mais de duzentas normas jurídicas atingidas pela alteração, teríamos, ao final, um total de mais de quatrocentas e quarenta e seis horas, ou seja, quase dois meses de trabalho (considerando-se os limites previstos no art. 7.º, inciso XIII, da Constituição Federal) (...). Afigura-se inaceitável que um projeto de um Código do Trabalho seja encaminhado sem a realização de um amplo debate com a sociedade civil, com as entidades sindicais representativas das categorias econômicas e profissionais, com a OAB, a Anamatra, a ANPT, a ABRAT e demais entidades ligadas ao Direito do Trabalho, requisito este irrealizável no prazo de trinta dias” (Ass. ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS – Presidente da Comissão Nacional de Direitos Sociais e RENATO PAESE, relator).¹⁵³

Nesse episódio do projeto de reforma da CLT, é bem possível que a força das Associações, do próprio Conselho Federal da OAB, do Ministro da Justiça, além da preocupação que o político teve com sua imagem – fator que não pode ser desconsiderado – tenham contribuído para o arquivamento do projeto referido.

Os Congressos Nacionais da Advocacia Trabalhista eram importantes ambientes para se criar resistência, como ocorreu no CONAT do ano de 2009, que gerou importante documento denominado Carta de Belo Horizonte, destacando-se o seguinte trecho:

E, tendo em conta o contexto da crise global e a ameaça do poder econômico e financeiro de transferir aos trabalhadores os seus efeitos, estabeleceu-se o compromisso de promover a defesa dos seus direitos, como princípio democrático fundamental, expressão da cidadania numa perspectiva inclusiva. A crise do sistema capitalista é fruto e proporciona oportunidade histórica de ampliar a dimensão tuitiva do Direito do Trabalho. Ao contrário de fragilizá-lo, a crise fortalece esse ramo do direito, por ser a ocasião em que o trabalhador mais necessita de proteção.¹⁵⁴

¹⁵³ Parecer da CNDS em abril de 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/doutrinas-e-pecas/ver/29502>>, extraído do blog de Luiz Salvador <<http://avacosocial.blogspot.com.br/2009/04/quem-paga-mal-paga-duas-vezes.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2013.

¹⁵⁴ Carta de Belo Horizonte. BH, 1998. XX CONAT. Belo Horizonte, 29 de setembro de 1998.

O mesmo ocorreu anteriormente no do XXIX CONAT – Congresso Nacional dos Advogados Trabalhistas realizado em Recife-PE, de 31.10 a 03.11.2007, onde se aprovou a proposta de retirada do projeto de tramitação e respectivo arquivamento, por sua inoportunidade, ao entendimento de que a pretensão é “golpista” e que não se trata de mera atualização da consolidação da CLT, conforme os entendimentos constantes dos artigos abaixo indicados, publicados [...]:¹⁵⁵

Como se vê, o projeto atual é um velho hábito com nova roupagem, como se o presente estivesse a repetir o passado. O que não se conseguiu naquele período, insiste-se atualmente. Por esse motivo, a análise do projeto atual é tomado a partir de estudos feitos anteriormente. Há um caminho e uma sequência histórica e política de tentativa de desmonte da legislação social, repercutindo em graves retrocessos.

2. Projeto de reforma do Governo Temer

Na perspectiva da história para os neoliberais a degradação dos resultados do mercado de trabalho na década de 90 já era indicativo da inadequação das normas vigentes e da urgência cada vez maior da Reforma Trabalhista. Tal situação garantiria, portanto um ambiente favorável ao investimento privado, encurtando a transição do país para uma economia aberta e competitiva.¹⁵⁶

O presente ensaio não pretende se imiscuir em todos os pontos do projeto da reforma, mas avaliar a gravidade de alguns deles, destacando-se a mesma ausência de diálogo social de outrora para o implemento da desconstrução de conquistas históricas e realçar a união de diversas entidades como ABRAT, ANAMATRA, ANPT, JUTRA.

2.1. Uma visão geral das propostas

O projeto do governo federal encaminhado à Câmara dos deputados, o PL nº 6.787/87 denominado reforma da CLT, em especial o substitutivo apresentado pelo Relator, deputado Rogério Marinho (PSDB/RN), apresentam graves retrocessos aos Direitos Sociais, à classe trabalhadora, à toda a sociedade com precarização do trabalho humano, premiando o capital e os grupos econômicos. Por questões

¹⁵⁵ Disponível em: <www.abrat.adv.br> Acesso em: 2008 e arquivado com esta pesquisadora.

¹⁵⁶ Medeiros. Ob. cit

didáticas opta-se por transcrever alguns dispositivos, cujo tema deu destaque, em detrimento de outros não menos grave, facilitando assim a leitura.

Segundo o parecer do relator, o projeto tem por objetivo:

aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

157

As razões do projeto apresentam-se falaciosamente, como o de 20 anos atrás, como modernizadoras da legislação trabalhista na ótica de que o Brasil de 1943 que era essencialmente rural não é mais o Brasil de 2017 da era tecnológica propondo, com isso mais segurança jurídica às relações de trabalho. No entanto, de uma leitura mesmo que se faça superficialmente, se constata o contrário, significando uma profunda alteração dos Direitos Trabalhistas, com retrocessos violadores de princípios constitucionais e normas internacionais, tendo como espinha dorsal a primazia da negociação coletiva e individual. Passa-se à análise, de alguns pontos:

(i). O projeto tenta calar a Jurisprudência e minimizar o Judiciário Trabalhista

É visível a intenção reducionista da Justiça do Trabalho. O artigo 8º, parágrafo 2º, assim disp “§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”, ou seja, o que se fixar nessa reforma, mesmo que precarizante, a jurisprudência não poderá apresentar entendimento diverso, o que vale para as negociações coletivas.

Trata-se da tentativa de intervenção mínima do estado, tema que converge com todo o arcabouço do projeto, como se verá adiante, violando, ainda a separação dos poderes.

¹⁵⁷ Brasil. Câmara dos Deputados. <http://www2.camara.leg.br/>. Acesso em 20.04.2017

(ii). A alteração da ampliação da jornada e jornada intermitente, aliada a autorização de forma individual para o banco de horas. (arts. 58 e 443).

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, inclusive as disciplinadas por legislação específica. (NR)

O prejuízo é múltiplos, já que não permite uma organização do dia do trabalhador, retirando-lhe a oportunidade de um segundo emprego e, sobretudo, rompe com o princípio do tempo à disposição remunerado, estabelecendo a redutibilidade salarial, sem falar que a moderna construção do bem-estar x dano existencial fica abalada, sugerindo o empobrecimento e adoecimento.

O banco de horas ajustado de maneira individual – velha discussão – é outro ponto que rompe com conquistas.

(iii) A ausência de necessidade de fiscalização no momento da finalização do contrato.

A desnecessidade de homologação das rescisões dos contratos, com a revogação do parágrafo primeiro do art. 477 acarreta ausência de amparo ao trabalhador, considerando o fato de que tanto o Ministério do Trabalho quanto o próprio sindicato da categoria exercem papel fundamental na fiscalização tanto dos valores pagos, como da própria forma de cessação do contrato, impedindo velhas e conhecidas práticas fraudulentas.

Art . 477. Na rescisão do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

O ato da rescisão passa a ser meramente bilateral, com informação ao MTW.
Indaga-se qual interesse do projeto em retirar esse ato administrativo de homologar?

(iv) Quitações periódicas

Nessa esteira de ausência de fiscalização no ato de finalização do contrato, quanto a quitação de direitos, está a possibilidade de quitações periódicas, extinguindo-se direitos.

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Há aqui, visível intenção de gerar ao capital segurança quanto a futuras ações trabalhistas, podendo ainda, ser interpretado como possibilidade de frustração de direitos futuros, vez que o empregado sem estabilidade de emprego não ingressa com ação quando trabalhando. Aqui se verifica uma alteração nas regras de prescrição.

(v) acordos individuais

Nessa perspectiva ainda, o art. 484 do projeto, prevê a possibilidade de acordo entre as partes, sem garantia do recebimento do seguro desemprego e redução por metade do aviso prévio e da multa compensatória sobre o FGTS.

Esse ponto da reforma pode parecer num primeiro momento vantajoso às partes, por permitir a cessação do contrato sem o cumprimento do aviso prévio e com levantamento do FGTS. No entanto, no conjunto das reformas que propõe revogação de direitos, não se arrisca à compreensão de favorável ao trabalhador, visualizando uma grande oportunidade de fraudes.

(vi) Alteração do conceito de grupo econômico e despersonalização jurídica

A noção de grupo econômico do parágrafo 2º do art. 2º, sofre alteração, quanto a compressão do que seja o instituto, com a visível intenção de dificultar a caracterização do instituto, protegendo as empresas, fomentando artifícios que dificultam o recebimento dos créditos trabalhistas.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, ainda que administradores ou detentores da maioria do capital social,

se não comprovado o efetivo controle de uma empresa sobre as demais.

Essa é a mesma lógica proposta quanto ao sentido de despersonalização jurídica das empresas, instituto adotada no Direito Processual do Trabalho, antes mesmo do advento do Código de defesa do Consumidor (art. 28) e do código Civil de 2002, cujo art. 50, passou a contemplar a possibilidade na esfera comum. Ou seja, a Justiça do Trabalho há décadas incorporou essa possibilidade às execuções, o que contribuiu grandemente possibilitar o recebimento do crédito.

Todo o projeto é voltado para proteção ao capital, inclusive com diversas normas de ordem processual e essa alteração vai resvalar no processo de execução, como se fosse pouco o índice de 68,9% dos processos trabalhistas no gargalo da execução.

(vii) Limitação na quantificação do dano moral

Com efeito, o ordenamento Obreiro está a necessitar de parâmetros que amparem a quantificação do dano moral, mas de forma a respeitar a liberdade do julgador e a análise do caso específico de acordo com o tamanho da lesão. A proposta de limitação, sobretudo em 50 salários do autor é interferência indevida na liberdade do Judiciário. Do ponto de vista dos valores não se leva em conta a ausência de recuperação da sequela em hipóteses de acidentes de trabalho ou os adoecimentos a ele equiparados com graves e irremediáveis lesões que retiram o empregado do mercado de trabalho, mormente quando a empresa incorre em culpa direta por diversos fatores.

(viii) A confirmação da terceirização de forma ampla e irrestrita

Sobre a terceirização há muito que se escrever, no entanto, atem-se ao fato que se trata da maior quebra estrutural da relação contratual violando a bilateralidade, precarizando as relações, atraindo acidentes de trabalho e desmontando o sistema sindical brasileiro que em última hipótese não é bom para o empregador, para organização das empresas, pois sugere empregados descompromissados com o destinatário final da força de trabalho.

(ix) A prevalência do negociado sobre o legislado

O texto assim dispõe: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:”

Esse ponto do projeto é extremamente ameaçador a segurança jurídica e ao arcabouço protetivo que é ínsito nos princípios do Direito do Trabalho, tendo como álibi a realidade de outros países, notadamente os da Europa, comparando-os com o Brasil das desigualdades, do baixo nível de escolaridade, do desemprego, das lutas contra trabalho análogo a escravo, contra o trabalho infantil, contra a exploração.

Essa proposta também é antiga, já teve seu início, como a terceirização, na era FHC, no ápice do período neoliberal com o PL nº 5483/2001, de alteração do art.618 da CLT. Mas após incessantes lutas, o projeto foi arquivado, sem o esmorecimento e ações da ANAMATRA, ABRAT, OAB e outras entidades, principalmente porque havia o mesmo caráter de urgência. Nessa linha de resistência foi lançada pela ABRAT uma campanha nacional para que se colocasse em todas as atas de audiências do país, o repúdio ao projeto que se denominou do “negociado x Legislado”, para que juntadas fossem encaminhadas ao Congressos.

Esta autora trata desse tema no livro referido, capítulo cinco, do qual extrai-se o seguinte trecho:

“Dessa aliança com as entidades, resultou medida mais ousada, qual seja ação popular, figurando, como autores, Luís Carlos Moro e Hugo Cavalcanti Melo Filho, então presidentes da ABRAT e ANAMATRA, contra o Ministro do Trabalho, à época, Francisco Oswaldo Neves Dornelles. Sua finalidade era que prestasse contas e restituísse, ao erário, os valores gastos com a promoção do projeto. Esse movimento constituiu a ação popular de reparação de danos ao Erário Público, distribuída à 16ª Vara Federal de Brasília, DF em 26/02/2002, sob o nº 2002.34.00.004534, com alguns trechos transcritos no capítulo seguinte.”¹⁵⁸

Com efeito, foi um enfrentamento corajoso e necessário, levando por este e outros motivos ao arquivamento do projeto, do que resulta uma prévia conclusão de que sem a união e ousadia os interesses políticos e capitalistas se sobrepujam sobre o estado social de Direito e de bem-estar.

Logo, se as garantias mínimas pactuadas na Consolidação, como salários, jornadas, ausência de alterações *in pejus*, repousos semanal remunerado, férias e outros fizerem parte do rol das possibilidades de “negociação”, é evidente que haverá graves violações a tais direitos, sem que haja qualquer compensação, notadamente em períodos de recessão e avanço do desemprego, como o atual.

¹⁵⁸ MEDEIROS. Ob cit. P. 152-162

A supremacia das negociações coletivas guarda ainda uma outra preocupação que é o sistema sindical brasileiro, com cerca de 19.000 sindicatos, alguns com bastante representatividade e outros não, sem contar o fato que nessa mesma reforma, há uma busca pela retirada da contribuição obrigatória, o que vai alterar o panorama do sindicalismo, além de acarretar redução do número. Tais fatos alterarão o poder negocial desses entes representativos dos trabalhadores.

Souto Maior, entende que

“nítida intenção de autorizar a redução de direitos, fingindo que são necessárias contrapartidas aos trabalhadores para tanto, mas isso não se dá concretamente, pois o projeto diz que se não houver contrapartida isso não invalida a negociação, ao mesmo tempo em que praticamente impede o trabalhador, individualmente, de defender na Justiça os seus interesses que entenda tenham sido atingidos pela negociação”¹⁵⁹

Nessa esteira, propõe para agravar, a vedação do judiciário trabalhista de anular cláusulas ajustadas em acordos e convenções, mesmo contrárias à lei, bem como a prevalência das cláusulas de acordo sobre as convenções, ainda que mais desfavoráveis. Há quebra do princípio da norma mais favorável, como também do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso LXXIV da CF/88.

(x) Arbitragem

Dentro da perspectiva do negociado, o projeto ressuscita a arbitragem em sede trabalhista:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

No entanto, a história mostrou não ser eficiente essa forma alternativa de solução de conflitos, motivo pelo qual há TAC firmado pelo MPT para que os Tribunais arbitrais não atuem em conflitos de natureza trabalhista, com base na interpretação dada ao

¹⁵⁹ MAIOR. Jorge Luiz Souto. Jornal do Brasil. <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/04/23/reforma-trabalhista-deputados-e-juristas-combatem-projeto-de-mudanca-da-clt/>. Acesso 24.04.2017

art. 1º da Lei 9.307/97, ou seja natureza da verba alimentar e direitos indisponíveis. O projeto em análise, revive essa possibilidade.

Num panorama geral, observa-se que há além de tudo no conjunto das propostas, uma intenção velada de esvaziar Justiça do Trabalho. Nesse sentido Souto Maior, admoesta com a lucidez que lhe é peculiar que:

“Necessário perceber, portanto, que os ataques feitos à Justiça do Trabalho estão ligados a um objetivo de fundo que é o de impedir a efetivação dos preceitos constitucionais ligados ao projeto de Estado Social Democrático, que sequer chegamos a experimentar, concretamente.

[...]O que está havendo, portanto, é o ponto de chegada de um processo histórico de sucessivas tentativas, vindas de determinados segmentos político-empresariais brasileiros, de apagar os direitos trabalhistas da Constituição, o que se tornou incontornável e incontrolável de abril de 2016 em diante.”¹⁶⁰

Não se esgota aqui, até porque não é o objetivo deste ensaio a análise de todo o projeto, mas, da análise feita não se viu nenhuma linha com mudança à favor do trabalho. Todas, sem exceção objetivam o Judiciário Mínimo; o acordo e a negociação máxima; a precarização das condições de trabalho com desprezo aos princípios constitucionais e a minimização das normas protetivas; e dificuldade para condenação e recebimento de crédito trabalhista, se eventualmente chegar ao executado.

Veja-se que em breves linhas, pode-se perceber que o Projeto de Lei afasta os direitos conquistados pelo trabalhador e protege de forma explícita as empresas, como é o caso da norma de prescrição, conceito de grupo econômica, revelia, regra de arbitragem, limitação ao dano moral, acordo individuais, terceirização sem responsabilidade subsidiária.

A lógica neoliberal é de flexibilização, de redução e precarização de direitos. No dizer de Kpstein¹⁶¹: “justamente no momento em que os trabalhadores mais necessitam do Estado-Nação como amortecedor, para absorver os choques da economia mundial, ele os está abandonando”

¹⁶⁰ MAIOR. Jorge Luiz Souto. Armas psicológicas ameaçam a Justiça do Trabalho. Carta Maior. <http://www.cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FPolitica%2FArmas-psicologicas-ameacam-a-Justica-do-Trabalho%2F4%2F37968#.WPLZq0VLT0I.whatsapp>. Acesso 18.04.2017

¹⁶¹ KAPSTEIN, Ethan B. Os trabalhadores e a economia mundial. In: *Fareig Affairs*, edição Brasileira, n. 1. Publicado no jornal da Gazeta Mercantil em 11 de outubro de 1996.

Süssekind, fez importante e afinada reflexão entre globalização e neoliberalismo, apontando diferenças e ponderando acerca do que provocou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os do Estado liberal.

“Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições do emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis de mercado. Já os defensores do Estado social, esteados na doutrina social da igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios informadores da justiça social e à preservação da dignidade humana¹⁶²

De fato a lógica é a mesma da era FHC e as previsões não são otimistas, salvo se efetivamente houver uma grande mobilização nacional.

2. E o que é preciso fazer e o que se tem feito?

Pergunta difícil, já que a rapidez da pauta, a ausência de diálogo social e a camuflada intenção de supremacia do capital, parece não abrir maiores espaços para o êxito quanto a retirada do projeto. Mas, uma coisa é certa: Não se pode cruzar os braços e assistir que os eleitos golpeiem o trabalhador e toda a sociedade com aprovação minimamente irresponsável, com o intuito de atender aos ditames do capital, sob o engodo de modernização ou atualização da Consolidação. As conquistas de direitos no Brasil são históricas e marcadas por suor e até perda da vida e da liberdade.

Diversas Instituições, Associações, juristas, trabalhadores, Centrais Sindicais estão se unindo. A Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas: ABRAT, vem resistindo e movimentando-se em diversas frentes, com notas de repúdio, reuniões colegiadas e encontros regionais com debates. Esse é o caminho seguido pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas: ANAMATRA; Associação dos Juiz do Trabalho da América Latina: AJTAL; Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário: IBDP; A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho: ANPT, que inclusive vem veiculando imagens representativas do retrocesso e da precarização dos direitos que o projeto representa. Também as entidades da Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (FRENTAS), da qual faz parte a ANAMATRA, em um total de mais de 40 mil juízes e membros do Ministério Público, engajados na luta de resistência.

¹⁶² SÜSSEKIND, Arnaldo. O futuro do Direito do Trabalho no Brasil. *In* Revista Ltr, v. 64-10, 2000, p. 1033.

Nessa luta, ingressa a Associação Luso-brasileira de Juristas do Trabalho: JUTRA, que em recentíssimo encontro – o XIII JUTRA – ocorrido em Cabo Frio, RJ, dias 06 e 07 de abril – cujo tema central foi : Trabalho, Castigo e Escravidão: Passado ou Futuro? Com vários debates em painéis, grupos de trabalhos e conferências, resultou num documento, denominado Carta de Cabo Frio, da qual se destaca os seguintes trechos:

2. MANIFESTAM extrema preocupação com os sistemáticos, reiterados e destrutivos ataques às parcas, mas históricas, conquistas alcançadas pelos trabalhadores no avançar da humanidade;
 3. REGISTRAM o seu inconformismo e indignação com as deliberadas e agressivas atitudes de autoridades, executivas, legislativas e judiciárias, destinadas a desmontar todo o arcabouço protetivo do Direito ao Trabalho, como fator de promoção da igualdade e estimulador da dignidade da pessoa humana, substituindo-o por um perverso sistema jurídico que fortalece o capital, concentra a riqueza e fulmina o sonho de ascensão social da classe trabalhadora;
 4. DENUNCIAM o estelionato social em andamento, sob a embalagem de REFORMA DA PREVIDÊNCIA, onde se busca, NA VERDADE, entregar Trabalhadores e Servidores Públicos para as afiadas garras das empresas de previdência privada;
 5. ALERTAM para o verdadeiro torniquete que querem aplicar às entidades sindicais, traduzido na possibilidade de extinção da contribuição sindical, assim como, no fim da contribuição assistencial, na revogação liminar da ultratividade das normas coletivas, na relativização do direito de greve dos servidores públicos, na possibilidade do negociado prevalecer sobre os direitos e benefícios legislados, na criação da categoria profissional única dos empregados terceirizados, dentre outras maldades;
 6. REJEITAM qualquer tentativa de extinguir a Justiça do Trabalho, derradeira esperança dos trabalhadores que repelem a exploração e a precarização, partam essas iniciativas de membros do Poder Legislativo ou via tresloucadas agressões antropológicas de integrantes do próprio Judiciário;
 7. CONCLAMAM os Juristas do Trabalho, bem como suas entidades representativas, a se unirem nas lutas dos trabalhadores contra as “TEMEROSAS” reformas trabalhista e previdenciária, que “coisificam a pessoa humana, tornando-a simples e descartável mercadoria, a ser apropriada pelo melhor preço ou leiloada no Mercado do Lucro”.
- ¹⁶³;

No referido encontro, faziam-se presentes diversos estados brasileiros; representantes da Magistratura, do Ministério Público, da academia, da OAB/RJ, da

¹⁶³ Carta de Cabo Frio. Documento lido no encerramento do XIII JUTRA, Cabo Frio, RJ em 07.04.2016 e acessível no site da JUTRA: www.jutra.org.pt

ABRAT, do IBDT; advogados professores, juristas e estudantes nacionais além de dos juristas portugueses, como também representantes de outras entidades e associações nacionais e o coro de todos os presentes era de total abominação dos projetos de reforma Trabalhista e da Previdência, os quais são promovidos em alto custo ao erário pelo governo. Não é outra coisa que tem feito os seguimentos organizados em defesa do Estado Social de Direito, que não a movimentação em prol de retardar, para discutir e impedir a aprovação nos moldes em que proposto.

Essas entidades, compõem, a partir da iniciativa do Ministério Público do Trabalho o Forum Interinstitucional de Defesa do Trabalho e da Previdência Social, de cujo regimento interno se extrai o seguinte objetivo: "Art. 1º – O Fórum Interinstitucional de Defesa do Direito do Trabalho e da Previdência Social (FIDS), constituído em 24 de janeiro de 2017, por intermédio da CARTA EM DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS, tem como objetivo garantir os direitos sociais, com ênfase na defesa do direito do trabalho e da previdência social, por meio das seguintes ações" e vem se movimentando através de debates e notas públicas para enfretamento das reformas.

Souto Maior concita,

Este é um momento crucial de resistência à tentativa de imposição de retrocessos sociais, jurídicos e políticos, cumprindo aos profissionais ligados à aplicação dos Direitos Trabalhistas, dos Direitos Previdenciários e dos Direitos Humanos um relevante papel. Não é tempo de recuar, de se adaptar, de se recolher e, muito menos, de acatar e disseminar a lógica do medo. É tempo de produção e de preservação da consciência, que traz consigo o imperativo de se assumirem posicionamentos. Vários anos de história serão percorridos em poucos meses e todos, de alguma forma, estão participando dessa construção (ou desconstrução).¹⁶⁴

E de fato, pela análise de situações anteriores, a reação popular tem força, pode impedir o malfadado projeto. As centrais sindicais convocaram uma greve geral para o dia 28 de abril com esse objetivo.

Em entrevista a Carta Capital, o constitucionalista Konder Comparato¹⁶⁵, afirma que as reformas são inconstitucionais e que os políticos empreenderão todo o esforço não só para aprová-las como para barrar a operação Lava jato, já que uma grande maioria tem seus nomes das delações da Odebrecht. Entende que somente se conseguirá barrar se houve alguma resistência da OAB ou do MP.

¹⁶⁴ MAIOR. Artigo citado.

¹⁶⁵ COMPARATO. Fabio Konder. Entrevista. <https://www.cartacapital.com.br/politica/konder-comparato-nao-esta-fora-de-cogitacao-um-novo-golpe>. Acesso 19.04.2017

Em boa hora o Conselho Federal da OAB, ouviu a advocacia trabalhista e se posicionou contra as reformas cuja fala do presidente, afirma, que nem aos meios de produção a proposta de reforma pode ser boa, além de agredir a Constituição Federal e representar retrocesso civilizatório. Assim, um trecho:

aprovar uma reforma trabalhista controversa, de modo açodado, significa assumir o risco de esfacelar completamente a solidez das instituições e os direitos conquistados pela cidadania, a duras penas, nas últimas décadas. O Brasil carece de reformas que o tornem um país mais justo e apto para progredir, nada ganhando com leis que atraiam o retrocesso, tal como a proposta de aniquilamento da legislação trabalhista protetiva, destinada a criar subclasses de trabalhadores com poucos direitos, contratos precários e remunerações indignas¹⁶⁶

Para ANAMATRA,

O substitutivo apresentado pelo deputado Rogério Marinho desnaturou totalmente o projeto original, que já era prejudicial para o Direito do Trabalho. A urgência é um verdadeiro açodamento, que compromete o processo democrático [...] O relatório é muito ruim. Uma completa inversão dos princípios e das finalidades do Direito do Trabalho. Se o Direito do Trabalho foi concebido pelo reconhecimento de que o trabalhador, pela sua condição econômica e social, merece ter a proteção legislativa, o que se pretende agora, sem autorização constitucional, é inverter essa proteção, blindando o economicamente mais forte em detrimento do trabalhador¹⁶⁷.

Nessa matéria, há a informação de que várias entidades da Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (FRENTAS), da qual faz parte a ANAMATRA, em um total de mais de 40 mil juízes e membros do Ministério Público, divulgaram nota pública alertando para os prejuízos do substitutivo apresentado pelo deputado Rogério Marinho (PSDB-RN). Para as associações, trata-se do maior projeto de retirada de direitos trabalhistas já discutido no Congresso Nacional desde o advento da CLT.¹⁶⁸

As centrais sindicais, algumas integrantes do FIDS, movimentam-se na convocação de paralisação de um dia no dia 28 de abril, concitando toda a sociedade. Segundo o

¹⁶⁶ <http://www.oab.org.br/noticia/54995/regime-de-urgencia-da-reforma-trabalhista-coloca-em-risco-conquistas-historicas-da-cidadania>. Acesso em 25.04.2017

¹⁶⁷ <http://www.anamatra.org.br/>. Acesso em 19.04.2017

¹⁶⁸ *ibid*

caderno de economia do Estadão, a proposta é que seja a maior mobilização de trabalhadores e setores da sociedade dos últimos 30 anos¹⁶⁹

Para fortalecer o movimento, segundo a mesma matéria, são preparados dois milhões de exemplares de boletins, assinados pela CUT, UGT, CTB, CSB, NCST, CONLUTAS, CGTB e FS para ampla divulgação. Essa movimentação está sendo esperada com muita expectativa na ótica de que os deputados ouçam a voz da população. No entanto se faz necessário deixar claro que haverá forte campanha com os nomes daqueles que votarem a favor da reforma conforme o substitutivo do relator, já que 2018 é ano eleitoral.

3. Conclusão

Se no projeto anterior – o Vaccarezza PL 1987/2007 – o estudo feito pela comissão criada pela ABRAT foi no sentido de graves prejuízos com conclusão de retirada de tramitação e conseqüente arquivamento do projeto por contrário aos interesses dos trabalhadores e de toda a sociedade. O mesmo ocorre com a proposta de reforma atual, a mesma divulgação de mera modernização, de fomentação do crescimento do país, de pleno emprego, como engodo à sociedade para obter apoio popular, significando na realidade uma profunda alteração em todo o arcabouço protetivo da Legislação Obreira, com retirada de direitos, precarização do trabalho humano em proteção ao capital, inclusive na órbita do Direito Processual criando dificuldade para o recebimento do crédito, além da minimização da Justiça do Trabalho.

Ao contrário das profundas transformações negativas e precarizantes advindas com as propostas, o momento deveria ser de maior proteção e garantias ao trabalhador que é a parte mais atingida em tempos de crise. Se a intenção é crescimento e geração de empregos, a iniciativa do governo deve ser cortar gastos públicos, atacar a corrupção que assola o país e uma profunda reforma fiscal voltada às pequenas e médias empresas.

O que agrava essa reforma, é, além do momento político e econômico em que ela é feita, a total violação à Constituição cidadã e a normas internacionais, pois o Direito do Trabalho a partir dos postulados básicos fixados na Constituição Federal, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; da prevalência dos Direitos Humanos; dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais, voltados à melhoria da condição social dos trabalhadores e do desenvolvimento da economia a partir do

¹⁶⁹ O Estadão. Caderno de Economia. 22.04.2017. acesso em 25.04.2017

parâmetro da busca da justiça social, sofrerá uma indelével rachadura, sem que aumente os postos de trabalho ou fomente a economia.

A participação ativa das Associações, Centrais sindicais e de toda sociedade é fundamental para se tentar barrar o avanço do Projeto no Senado Federal. Como se viu, não só a OAB, como a ABRAT, ANAMATRA, JUTRA, ANPT, AJTAL, as Associações de advogados trabalhistas estaduais além de juristas e alguns segmentos sociais têm se movimentado em debates, notas públicas, e encontros e textos e espera-se que seja definitivamente barrado esse nefasto projeto.

Referencias:

COMPARATO. Fabio Konder. Entrevista. <https://www.cartacapital.com.br/politica/konder-comparato-nao-esta-fora-de-cogitacao-um-novo-golpe>. Acesso 19.04.2017

MAIOR. Jorge Luiz Souto. Jornal do Brasil. <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/04/23/reforma-trabalhista-deputados-e-juristas-combatem-projeto-de-mudanca-da-clt/>. Acesso 24.04.2017

Armas psicológicas ameaçam a Justiça do Trabalho. Carta Maior. <http://www.cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FPolitica%2FArmas-psicologicas-ameacam-a-Justica-do-Trabalho%2F4%2F37968#.WPLZq0VLTOL.whatsapp>.

KAPSTEIN, Ethan B. Os trabalhadores e a economia mundial. In: *Fareig Affairs*, edição Brasileira, n. 1. Publicado no jornal da Gazeta Mercantil em 11 de outubro de 1996.

MEDEIROS. Benizete Ramos. Os Trabalhistas: Da discriminação à ascensão e a contribuição da ABRAT.SP:Ltr. 2016. ss

SALVADOR, Luiz. Quem paga mal, paga duas vezes. Disponível em: <<http://avancosocial.blogspot.com.br/2009/04/quem-paga-mal-paga-duas-vezes.html>>. Acesso em: 20 de outubro 2013.

SALVADOR. Luiz Salvador. Entrevista à esta autora. Curitiba. Em 24.08.2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. O futuro do Direito do Trabalho no Brasil. In Revista Ltr, v. 64-10, 2000.

Sites

Brasil. Câmara dos Deputados. <http://www2.camara.leg.br/>. Acesso em 20.04.2017

<http://www.oab.org.br/noticia/54995/regime-de-urgencia-da-reforma-trabalhista-coloca-em-risco-conquistas-historicas-da-cidadania>. Acesso em 25 .04.2017

<http://www.anamatra.org.br/>. Acesso em 19.04.2017

O Estadão. Caderno de Economia. 22.04.2017. acesso em 25.04.2017

PSTU. Congresso prepara Nova CLT e Ministério resgata reforma trabalhista. Disponível em: <<http://www.pstu.org.br/node/12966>>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/60663,1>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

Parecer da CNDS em abril de 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/doutrinas-epecas/ver/29502>>, extraído do blog de Luiz Salvador <[http://avacosocial.blogspot.com.br/2009/04 quem-paga-mal-paga-duas-vezes.html](http://avacosocial.blogspot.com.br/2009/04/quem-paga-mal-paga-duas-vezes.html)>. Acesso em: 20 de outubro de 2013.

Documentos

Carta de Belo Horizonte. BH, 1998. XX CONAT. Belo Horizonte, 29 de setembro de 1998. Disponível em: <www.abrat.adv.br> Acesso em: 2008 e arquivado com esta pesquisadora.

Carta de Cabo Frio – arquivo. 07.04.2017

CRISE ECONÔMICA E AS INSTITUIÇÕES JUDICIÁRIAS

Carnevale, Marcos¹⁷⁰

RESUMO

O trabalho em tela desenvolve uma análise sobre a Crise Econômica e as Instituições Judiciárias, e os possíveis reflexos sobre o Estado de Direito, se a questão financeira provocar a “falência” das Instâncias Judiciárias e de controle da ordem social, principalmente o Poder Judiciário e o Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVES: Crise Econômica. Instituições Judiciárias. Justiça em Números. SIG/Siafem

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discorrer sobre o impacto dos gastos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, e do Ministério Público nas finanças do Estado do Rio de Janeiro. Faz um paralelo entre os dados do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, e do orçamento do Estado do Rio de Janeiro (SIG/Siafem) para manter as Instituições funcionando, para, finalmente, indicar quão grave poderá ser a paralização das Instituições Judiciárias pela supressão do orçamento que lhes cabe.

1- O impacto da crise

“Aumenta a crise lá fora, aumenta o trabalho aqui dentro”, com esta frase terminava uma audiência de conciliação presidida pela meritíssima juíza da 65ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, em mais um dia de labor de dezembro de 2015. De fato, queria justificar a magistrada que lamentava, mas a Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ) para aquele processo trabalhista em questão, só ocorreria/ocorrerá em 20 de setembro de 2016, quando, então, serão colhidas as provas e depoimentos pessoais do trabalhador e do empregador.

O drama envolvido, como sabido, está no fato que se um trabalhador vai ao Judiciário, geralmente já está desempregado, teve seus direitos, em tese, sonegados,

¹⁷⁰ Advogado; Doutorando - UNESA - LP: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo; Mestre em Sociologia - IUPERJ/UCAM; Membro da Comissão de Relações Universitárias - IAB

e necessita receber suas verbas rescisórias para seguir sustentando suas necessidades (e da família), até a sua recolocação (ou não). Nesta esteira, é inaceitável que a Instância Judiciária Laboral, último refúgio do cidadão, para que o Estado de Direito seja respeitado, se encontre nesta situação. Mas o cenário pode ser pior, pois o quadro da 65ª Vara do Trabalho se reflete em todos os Tribunais, sejam federais, ou na esfera cível. Onde há uma carga de trabalho desproporcional nas mãos, tanto dos servidores, como dos magistrados.

2- A anomia provocada

O relatório *Justiça em Números*, disponibilizado para a sociedade desde 2012, revela importantes informações sobre dados da estrutura endógena do Judiciário brasileiro, que reflete a situação da Vara Trabalhista. Segundo o Relatório, realizando um recorte epistemológico nos números, que nos permita verificar a realidade destes fatos, se analisarmos os maiores Tribunais Estaduais (Justiça Estadual (JE) de: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), a Justiça Federal (JF), e a Justiça Trabalhista (JT), veremos a confirmação deste sufocamento das Instituições, senão, vejamos:

As discrepâncias são imensas na carga de trabalho média para cada servidor do Poder Judiciário: O Tribunal Laboral é o que apresenta a menor carga de trabalho, são 72 processos em média, por servidor; na Justiça Estadual de Minas Gerais é 110% maior a carga de trabalho, em comparação com a trabalhista, com 152 processos por funcionário; 135% superior na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com 170 processos per capita; um servidor na Justiça Estadual do Rio de Janeiro tem 337% de trabalho a mais que um funcionário da JT, impulsionando 317 conflitos; e 319% maior é o número de processos que transitam na Justiça do Estado de São Paulo nas mãos de um servidor, com 303 procedimentos em média; e, por fim, toda a Justiça Federal tem 177 processos por funcionário, o que representa 144% a mais de trabalho que a Justiça Laboral.

Neste mesmo diapasão, a carga de trabalho nas mãos dos magistrados guarda, igualmente, uma anomia inexplicável. A tabela 1, abaixo, ilustra esta carga de trabalho, e a percentagem desta carga a maior para os magistrados, nos tribunais estudados, tomando como base a média de processos de um magistrado da Justiça do Trabalho.

Tabela 1: Estoque de processos versus o número de magistrados versus a carga de trabalho

CNJ - JUSTIÇA EM NÚMEROS - 2014 (DADOS DE 2013)	ESTOQUE DE PROCESSOS	NÚMERO DE MAGISTRADOS EM 2013	MÉDIA DE PROCESSOS POR MAGISTRADO	CARGA DE TRABALHO, A MAIOR, EM RELAÇÃO A JT
JUSTIÇA ESTADUAL SÃO PAULO	19.995.251	2.501	7.995	589%
JUSTIÇA ESTADUAL RIO DE JANEIRO	8.315.528	805	10.330	790%
JUSTIÇA ESTADUAL MINAS GERAIS	3.798.754	1.068	3.557	207%
JUSTIÇA ESTADUAL R. GRANDE DO SUL	2.556.169	773	3.307	185%
JUSTIÇA DO TRABALHO BRASIL	3.911.286	3.371	1.160	-
JUSTIÇA FEDERAL BRASIL	8.083.236	1.549	5.218	350%

Fonte: Adaptado de Justiça em Números 2014

Se cotejarmos os números, sob a ótica percentual, igualmente sem considerar os casos novos, analisando apenas o estoque de processos, é gritante a desproporcionalidade de trabalho entregue a cada julgador, em cada Tribunal, senão, vejamos: a quantidade média de trabalho em relação à Justiça Trabalhista, que tem 1.160 processos por magistrado, comparada a todos os demais Tribunais aqui analisados, aponta diferenças colossais, onde, na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul a carga de trabalho é 185% maior; é 207% superior na Justiça do Estado de Minas Gerais; para a Justiça Federal há 350% a mais de trabalho nas mãos de um magistrado; já na Justiça Estadual de São Paulo existem 589% mais conflitos na mão do responsável pela decisão, o juiz; e, por fim, na Justiça Estadual Carioca a carga de trabalho é 790% superior a toda a Justiça do Trabalho brasileira.

Expostos estes dados, podemos inferir que, se a Justiça do Trabalho, como no exemplo da 65ª Vara do Trabalho, está marcando AIJ para, aproximadamente, dez meses depois, e são os tribunais laborais os que tem a menor carga de trabalho do país, em que situação (caótica) estarão os demais Tribunais?

3- A relação financeira das instituições com a crise

E o que isso tem a ver com a “crise econômica”? Estão diretamente relacionadas! Pois, quando as instituições, públicas ou privadas, perdem seu equilíbrio, seja financeiro, ou de gestão, quem sofre é a sociedade, como um todo. Estamos vendo, especialmente a administração pública dos Estados e Municípios declararem, praticamente, “falência”, indicando que não poderão pagar salários, parcelando remunerações e atrasando pagamentos. O governo do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, teve até os telefones cortados por falta de pagamento, segundo notícia da imprensa.

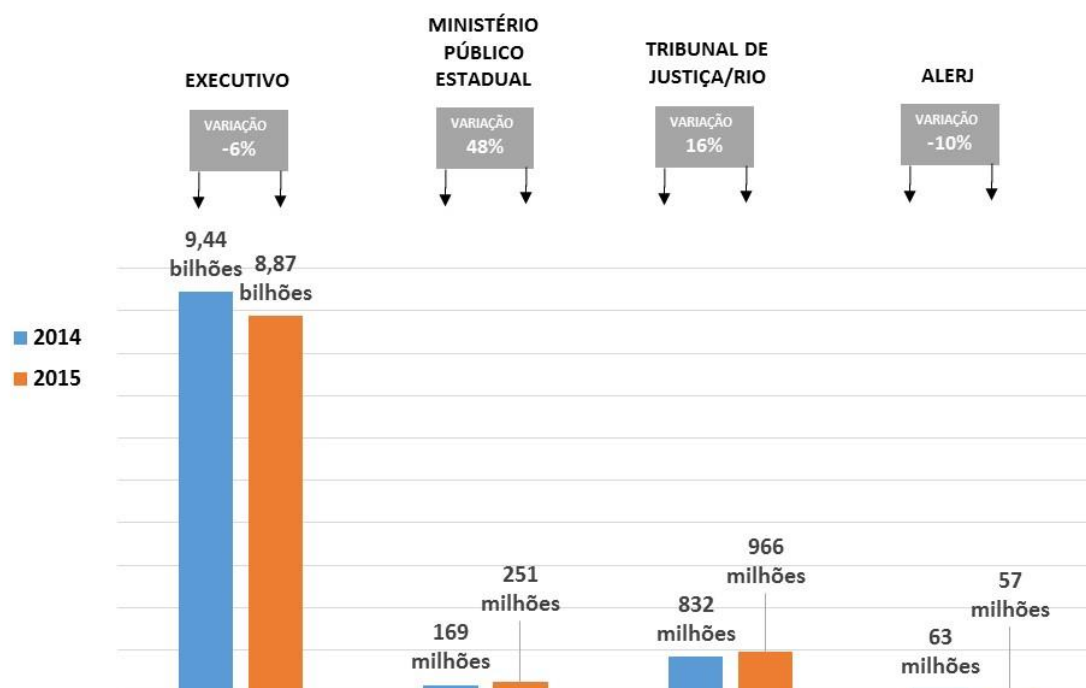
Nesta linha, para minimizar os impactos de todo este desequilíbrio nas finanças públicas, especialistas tem recomendado esforço geral, de todos os setores do Estado. O Ministério Público (MP) do Rio de Janeiro tem sido o mais criticado,

indicando o Sistema de Informações Gerenciais e o Sistema Integrado de Administração Financeira para estados e municípios (SIG/Siafem), que seus gastos, comparado o período de 2014/2015, aumentaram em 48%. Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também tem recebido a mesma censura, pois os dados indicam que suas despesas cresceram 16%, no mesmo período.

O Poder Executivo no Rio de Janeiro, em face do grave momento financeiro pelo qual passa o país, tem cumprido seu papel (parece), pois reduziu suas despesas, de 2014 para 2015, em 6%. E a Assembleia Legislativa do Estado (ALERJ), indica ser a mais eficiente, tendo reduzido gastos em 10%. No entanto, esta análise precisa ser realizada com visão quantiquantitativa. Devem ser observados os números absolutos destes gastos, e o seu real choque nas despesas como um todo e, também, devemos sopesar o impacto de impor/pressionar as Instituições Judiciárias a economizar ainda mais, dos seus já diminutos orçamentos.

Assim, observados os dados do SIG/Siafem, veremos no gráfico 1, abaixo, a realidade dos orçamentos e sua respectiva interferência nas finanças públicas do Rio de Janeiro.

Gráfico 1: Despesas de custeio no Estado do Rio de Janeiro até outubro comparadas com igual período do ano passado (em R\$):



Fonte: SIG/Siafem

Desta forma, quantiquantitativamente, podemos observar que o Poder Executivo é quem mais gastou/utilizou (87%) do orçamento total em 2015, de R\$ 10 bilhões (até outubro), para pagar suas despesas, com seus servidores, concursados e comissionados, incluindo salários, automóveis, telefones, viagens, dentre outras despesas. Significa, também, dizer que as despesas do Ministério Público representaram, tão-somente, 2% das despesas totais. E que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consome apenas 9% dos gastos totais do Estado.

Portanto, óbvio que a sociedade brasileira precisa ver um esforço de todos os setores da administração pública, pois não pode a sociedade ser convidada a fazer seu esforço, tendo seus salários parcelados, benefícios reduzidos, e direitos mitigados (ainda que temporariamente), e não receber por parte das esferas do Poder Público, a contrapartida necessária. A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) tem sido umas das vozes a pressionar o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), o Ministério Público (MP), e até mesmo o Tribunal de Contas do Estado (TCE) a reduzirem seus gastos, mas isso precisa ser feito com consciência e todos precisam reconhecer seus *mea culpa*, antes de pretender “mexer no bolso” das Instituições Judiciárias, especialmente o MP e o Poder Judiciário.

De fato, a sociedade somente demanda estas instituições quando o Executivo e o Legislativo não conseguem cumprir o seu papel, e desde os movimentos de julho de 2013, o que já era latente, está evidente. Quando as instituições administrativas, responsáveis pela ordem social, via aplicação dos recursos arrecadados com os impostos, e quando a manutenção do Estado de Direito, regido pela produção legislativa, falham em seu mister, a sociedade é obrigada a recorrer, especialmente ao Judiciário para manter seus direitos.

Se traduzirmos, novamente, os números de maneira inteligível, a redução dos gastos do Poder Executivo, em 6%, representou apenas uma diminuição de R\$ 570 milhões, dos R\$ 9,5 bilhões gastos por esta instância. Assim, quem mais gasta, obviamente, mais tem que economizar. Indubitavelmente, o tamanho do estado administrativo poderia/deveria ser reduzido agressivamente. Gastos com salários de cargos, muitas vezes desnecessários ao servir público, deveriam ser desviados para o Ministério Público ou para o Poder Judiciário, pois são estes os responsáveis por manter o Estado de direito, quando o Estado administrativo e o Estado legislativo falham.

4- A última instância quando as demais falham

Não há dúvida, que um Judiciário ágil, que julga a quebra do “pacto social”, por esta própria sociedade, em tempo, velozmente, e com firmeza na aplicação das Leis, garante que a própria sociedade permaneça dentro da ordem social. Enquanto não

cumprir as regras for a tônica da sociedade, que sabe que a punição pode demorar, ou mesmo, arrastar-se por anos, o Estado de Direito estará sempre aplacado pelo “estado anárquico”.

Como mencionado ao início deste artigo, quando um empregador descumpre a Lei trabalhista, e sabe que somente terá que iniciar a prestar contas ao Estado de Direito daqui a 10 meses e, que para o trabalhador, uma sentença definitiva sobre o assunto só virá depois de 7,9 anos, em média, (CARNEVALE, 2015, p. 104), O que vemos é que a punição da Lei não é uma ameaça, mas um incentivo ao descumprimento.

CONCLUSÃO

Dito isso, em meio à crise financeira que, seguramente, não foi provocada pelo Ministério Público, ou pelo Poder Judiciário, e diante do que descortinamos acima, quanto a mínima participação destes entes nas despesas em geral e, por outro lado, do excesso de carga de trabalho nas mãos da Justiça, é que podemos concluir que é uma “heresia”, requerer que a última instância a quem a sociedade pode recorrer, o Judiciário (porque recorrer ao Executivo e ao Legislativo, não parece que adiantará muita coisa nestes tempos) seja ainda mais sufocado pela pressão em economizar recursos. As Instituições judiciárias não podem parar! Para alterar este cenário é importante romper com sistemas viciados e estar aberto a novas soluções para o reforço de suas estruturas, e a modernização do Ministério Público e do Judiciário, e não para sua mitigação, além do que já vem sofrendo estes órgãos.

BIBLIOGRAFIA

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Justiça em Números*, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 04 de abril de 2016.

CARNEVALE, Marcos. *Crise Social e Poder Judiciário*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2015.

SIG/Siafem – 2014/2015. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/siaferio/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/oquee.jspx?_afrLoop=501686492471000&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=18f1tm2vjk_1>. Acesso em 20 de abril de 2016.

A Concessão de Serviço Público como “Contrato de Resultado”

Antônio Carlos Cintra do Amaral

1. Nota Preliminar

Grande parte das divergências jurídicas referentes à concessão de serviço público poderia ser evitada se partíssemos de distinções conceituais claras. É com essa convicção, baseada sobretudo na reflexão sobre a experiência, que abordo este tema. Daí estabelecer alguns conceitos básicos, que me parecem essenciais à compreensão do assunto.

Com alguma frequência, defrontamo-nos com teses engenhosas, às vezes pretensamente inovadoras, mas em desacordo com os conceitos jurídico-positivos que baseiam o instituto da concessão de serviço público em nosso país. Por outro lado, o que escrevo neste artigo provavelmente será, por muitos, considerado óbvio, mas de vez em quando é proveitoso lembrar o óbvio. Como ressalta **Celso Antônio Bandeira de Mello** (*“Curso de Direito Administrativo”*, 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 122), **“entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias”**. (grifei)

Continuando a citar Celso **Antônio**, lembro uma frase contida no seu *“Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 37):

*“Para o concessionário, a prestação do serviço é um **meio** através do qual obtém o **fim** que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro, que propicia ao concessionário, é **meio** por cuja via busca sua **finalidade**, que é a boa prestação do serviço.”* (grifos no original)

Mudou a Constituição, passamos a ter um novo marco legal a partir da Lei 8.987/95, e a lição continua atual. E óbvia!

2. Conceito de serviço público passível de concessão

Tanto o cientista, quanto o operador do Direito, trabalham com o direito posto na comunidade em que vivem. É desarrazoado tomar como objeto de nossas atividades um conceito lógico-jurídico de serviço público. Muito menos buscarmos descrever ou operar os direitos vigentes em outros países. Esses direitos podem ser objeto de conhecimento sob a ótica da *“política jurídica”*, da *“sociologia jurídica”*, da *“história do direito”* ou do *“direito comparado”*.¹⁷¹ Mas isso não tem

¹⁷¹ Escreve **Alf Ross** (*“Sobre el derecho y la justicia”*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, trad. para o espanhol, 1963, p. 21): *“Os dois ramos principais do estudo do direito – a ciência do direito e a sociologia jurídica – podem por sua vez ser subdivididos: o primeiro em dogmática jurídica ou ciência*

sentido sob a ótica da ciência ou da técnica do Direito. No Brasil, serviço público é o que o Direito brasileiro, pleonasticamente dito positivo,¹⁷² diz que é.

Como escrevi em meu "*Concessão de Serviço Público*" (2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 17):

*"Páginas e páginas têm sido escritas na tentativa de identificar a 'essência' ou a 'natureza' do serviço público. Mera perda de tempo. O conceito de 'serviço público' é um conceito jurídico-positivo. **Serviço público** é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é. No Brasil serviço público é o que o Direito Brasileiro define como tal."*

Nem todo serviço público, porém, é passível de concessão. Somente pode ser concedido o serviço público específico e divisível, remunerável pelo usuário, quer exclusivamente (**concessão comum**), quer parcialmente (Parceria Público-Privada – PPP, na modalidade de **concessão patrocinada**). Como escreve **Cármem Lúcia Antunes Rocha** ("*Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*". São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 139/140):

*"A remunerabilidade da atividade considerada serviço público, quer-se dizer, **a possibilidade de ser cobrada a sua prestação diretamente do cidadão segundo o uso que dele faça, é característica de que se deve dotar a atividade para ser incluída no rol de serviços públicos suscetíveis de serem prestados por delegação a particular.**"* (grifei)

Esclareço que exatamente por isso não considero a PPP, na modalidade de **concessão administrativa**, verdadeira concessão, e sim **contrato de prestação de serviço**, como aliás a própria lei das PPPs (Lei 11.079/2004) reconhece, paradoxal mas explicitamente, no § 2º do seu art. 2º.

Costuma-se discutir se a concessão do serviço público importa ou não em sua "*privatização*". Discussão juridicamente estéril, porque o serviço concedido não é "*privatizado*". Permanece **público**, ou seja, de **titularidade** do poder concedente. "*Privatizado*" é seu **exercício** pela concessionária. O conceito de "*privatização*" não tem relevância jurídica. Ao ser-lhe transferido, o serviço passa a ser **exercido** pela concessionária "*por sua conta e risco*" (Lei 8.987/95, art. 2º, incisos II e III). Mas isso não exclui a responsabilidade solidária do poder concedente, que continua

do direito em sentido estrito, história do direito e direito comparado; o último em sociologia jurídica fundamental e sociologia jurídica aplicada." Quanto à "*política jurídica*", refere-se **Ross** à atuação "*de lege ferenda*" e esclarece (p. 24): "*Seria supérfluo assinalar que a política jurídica nada tem a ver com a política no sentido corrente desta palavra*". (trad. minha)

¹⁷² A expressão, de rara felicidade, consta da coletânea de ensaios "*En defensa del positivismo jurídico*", de **Norbert Hoerster** (Barcelona: Editorial Gedisa, trad. para o espanhol, 1992, p. 21): "*El concepto 'derecho positivo' es un mero pleonismo.*"

com sua **titularidade**. Daí discordar de grande parte da doutrina, que afirma agir a concessionária **em nome próprio**, e não **em nome do poder concedente**, o que somente seria sustentável se o serviço concedido passasse a ser da titularidade dela, concessionária, o que não ocorre. Esse equívoco conceitual pode ter sérias consequências jurídicas, a respeito das quais não me cabe tecer considerações no momento, ao enfrentar o tema proposto.

3. **Objetivo da concessão**

O objetivo da concessão é a prestação, pela concessionária, de "serviço adequado", tal como disposto no art. 6º da Lei 8.987/95. "Serviço adequado" é definido no § 1º desse artigo:

"§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

A concessão decorre, ou pelo menos deve decorrer, do reconhecimento, pelo poder concedente, de que o serviço poderá ser melhor prestado pela iniciativa privada, se bem que às vezes pareça, na prática, que ela está sendo utilizada para reforçar o caixa do Tesouro.

A concessão é outorgada por prazo determinado (art. 2º, incisos II e III, da Lei 8.987/95). Ela é normalmente extinta no fim do prazo contratual, salvo prorrogação, se prevista no contrato ou excepcionalmente para seu reequilíbrio econômico-financeiro, e observadas as normas contratuais, legais e constitucionais pertinentes. Mas o objetivo de prestar **serviço adequado** ao usuário do serviço permanece durante todo o prazo de duração do contrato. Caso o objetivo da concessão não esteja sendo alcançado, a concessão pode ser extinta a qualquer tempo, com base no art. 38 da Lei 8.987/95 (**caducidade**).

Verifica-se, portanto, que a obrigação de prestar "serviço adequado" não é uma **obrigação de meios**, e sim uma **obrigação de resultado**. E a ciência do Direito, mais especificamente a doutrina civilista, distingue, com clareza, esses dois tipos de obrigação.

Orlando Gomes assim se refere a essa distinção. ("Obrigações". 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 21):

*"(...) impõe-se a distinção entre as **obrigações de meios** e as **obrigações de resultado**. Correspondem as primeiras a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido."* (grifos no original)

Por sua vez, **Alberto Trabucchi** (*"Istituzioni di Diritto Civile"*. 32ª ed., Padova: Cedam, 1991, p. 476) diz que:

"Se a obrigação é de resultado, o adimplemento se entende verificado somente quando o resultado é alcançado; se é de meios, a obrigação é cumprida quando é empregada a atividade que se podia exigir da diligência do bom pai de família." (trad. minha)

4. Controle de meios e resultado nas concessões de serviços públicos: tarifa pelo preço ou tarifa pelo custo?

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, dispunha, em seu art. 167, inciso II, que a lei deveria assegurar às concessionárias de serviço público *"tarifas que permitam a justa remuneração do capital"*. O poder concedente não poderia calcular a justa remuneração senão controlando custos e investimentos da concessionária.

A Constituição de 1988 deixou de contemplar a *"justa remuneração do capital"*. Seu art. 175 limitou-se a dizer, no parágrafo único, inciso III, que *"A lei disporá sobre: ... III – política tarifária"*.

Embora a nova Constituição não tenha assegurado a justa remuneração do capital, ao aprovar a política tarifária a lei podia ter adotado o regime da **tarifa pelo custo**, que vigorava anteriormente. O legislador, porém, optou pela **tarifa pelo preço**, quando, ao aprovar a Lei 8.987/95, explicitou que a concessionária deveria prestar o serviço concedido *"por sua conta e risco"* (art. 2º, incisos II e III). Consequência prática desse novo modelo foi o abandono, pelo poder concedente, do controle das despesas incorridas pela concessionária, limitando-se ele a controlar **resultado**, exigindo, sobretudo, a prestação de *"serviço adequado"*, tal como definido no § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95.

A substituição da **tarifa pelo custo** pela **tarifa pelo preço** é analisada por **Eurico de Andrade Azevedo** e **Maria Lúcia Mazzei de Alencar** (*"Concessão de Serviços Públicos"*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 38), ao interpretar o art. 9º da Lei 8.987/95:

*"... o diploma modificou o critério tradicional de remuneração do concessionário: da **tarifa pelo custo do serviço** (que era uma fonte constante de divergência entre concedente e concessionário) para o novo critério do **preço definido na licitação**. O valor da tarifa a ser cobrada será aquele resultante da proposta vencedora da concorrência. Ainda quando o poder concedente fixe o valor da tarifa no edital, estabelecendo critérios técnicos para o julgamento, ainda*

assim o preço da tarifa será aquele definido na licitação e será corrigido pelos critérios de reajuste e revisão previstos no edital e no contrato.”

E mais adiante (p. 41) confirmam os autores:

*“O certo é que – conforme afirmamos no início deste tópico – a lei abandonou o conceito tradicional da **tarifa pelo custo do serviço**. A tarifa, agora, é fixada pelo **preço definido na licitação**. Esta definição pode sair da proposta vencedora (quando este for o critério estabelecido no edital) ou, então, ser definida previamente pelo Poder Público no edital – preço, este, que servirá de base para que o licitante venha a efetuar o seu **project finance** e oferecer a sua proposta. De qualquer forma, o valor inicial da tarifa a ser cobrada será aquele resultante da concorrência.”*

Com a edição da Lei 8.987/95, o ordenamento jurídico brasileiro passou a incorporar uma política tarifária diferente da até então adotada. Como se afirmou em documento de apresentação da nova lei, editado pela Presidência da República em abril de 1995 (p. 21):

*“... no que se refere à política tarifária para as novas concessões, será abandonada a regra de tarifação que garante uma remuneração fixa calculada com base nos custos totais incorridos – o que **incentivava a ineficiência das empresas**.”* (grifei)

Essa nova política significou modificação substancial na política tarifária da concessão. Na **tarifa pelo custo**, a concessionária **não corria risco**. Os custos e investimentos por ela incorridos eram cobertos integralmente pela tarifa, acrescidos da **justa remuneração do capital**. Somente era admitido o lucro considerado **justo**, o que importava sua **limitação** pelo poder concedente. Já na política de **tarifa pelo preço**, não existe essa limitação. Em compensação, **não é garantido lucro à concessionária**. Formada a equação econômico-financeira inicial do contrato, com base no edital, e na proposta apresentada pela concessionária, ela pode ganhar ou perder. A concessão é outorgada por sua **conta e risco**. Saliente-se: não há **limitação** do lucro da concessionária, mas também não há **garantia** de que ela venha a obter lucro. Vale dizer: se não for **eficiente**, a concessionária poderá ter **prejuízo**.

Não tem mais sentido que o poder concedente controle custos da concessionária. Isso porque já não há mais **“justa remuneração do capital”** a ser garantida. E o controle dos custos pelo poder concedente **é incompatível com a política da tarifa pelo preço**. Constitui interferência indevida na gestão da concessionária, empresa privada que é. Essa interferência, além do mais, é perigosa para o poder concedente e os usuários, na medida em que conflita com a **autonomia da vontade**, minimizando, repartindo ou até mesmo excluindo o **risco do negócio** (álea ordinária) da concessionária.

A situação atual pode ser assim simplificada: se os custos forem superiores aos projetados, a concessionária perde. Se os custos se mantiverem estáveis ou forem reduzidos, a concessionária ganha. **É o risco do negócio.** Não pode a concessionária, porém, deixar de cumprir o contrato, inclusive efetuar os investimentos previstos, bem como não pode deixar de prestar **serviço adequado**, sob a alegação de que está tendo prejuízo.

Não me cabe - como de resto a nenhum outro operador do Direito, enquanto tal - manifestar preferência por uma das políticas tarifárias, a de **tarifa pelo custo** ou a de **tarifa pelo preço**, já que a Lei 8.987/95 adotou a política de **tarifa pelo preço**, ao atribuir, em seu art. 2º, incisos II e III, o risco ordinário do negócio à concessionária. O controle, pelo poder concedente, dos custos incorridos pela concessionária poderia ser necessário para o efeito de calcular a **"justa remuneração do capital"**, mas **não é compatível** com a política tarifária que atribui o risco do negócio à concessionária (**tarifa pelo preço**). É contrário, portanto, à legislação vigente no País.

5. Síntese

Em síntese:

- a. Serviço público é o que o ordenamento jurídico de um país define como tal. No Brasil, serviço público é o que o Direito brasileiro define como tal.
- b. Nem todo serviço público é passível de concessão. Somente pode ser concedido o serviço público específico e divisível, remunerável pelo usuário mediante pagamento de tarifa, quer exclusivamente por ele (**concessão comum**), quer parcialmente (Parceria Público-Privada – PPP, na modalidade de **concessão patrocinada**).
- c. O objetivo da concessão é a prestação de "*serviço adequado*", pela concessionária ao usuário. "*Serviço adequado*" é definido pelo § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95.
- d. Na prestação do serviço concedido, não basta à concessionária empregar na atividade "*a diligência do bom pai de família*", na expressão do civilista italiano **Alberto Trabucchi**. Deve ser atingido o **objetivo** da concessão, o que somente ocorre quando a concessionária presta ao usuário "*serviço adequado*", **durante todo o prazo de duração do contrato**. É o que caracteriza a concessão como um **contrato de resultado**, e não **de meios**.
- e. A política tarifária adotada pela lei, com base no parágrafo único, inciso III, do art. 175 da Constituição, é a da **tarifa pelo preço**, em substituição à prevista na Constituição anterior, que era a da **tarifa pelo custo**.
- f. Atingir o **resultado** da concessão, ou seja, prestar "*serviço adequado*" ao usuário, é risco da concessionária. Essa situação é incompatível com o controle, pelo poder concedente, dos **meios** por ela empregados, que somente seria juridicamente sustentável se a política tarifária adotada pela legislação tivesse sido a de **tarifa pelo custo**, e não a de **tarifa pelo preço**, como foi.