

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

Ano I - Número 5

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Coordenadora Executiva

Ana Amelia Menna Barreto de Castro Ferreira

Conselho Editorial

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Claudete Silva de Araújo Barata

Humberto Jansen Machado

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Digital.

Instituto dos Advogados Brasileiros

Ano I – Número 5

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

Índice

DOCTRINA

- 4 Propaganda Eleitoral na Internet conforme a Lei nº. 12.034,
de 29 de setembro de 2009**
Eury Pereira Luna Filho
- 19 Superando a Concepção Juiz-Centrada do Direito No Brasil**
Felipe Dutra Asensi
- 35 A Separação de Poderes**
João Theotônio Mendes de Almeida Junior
- 58 A Importância de um Código de Ética. A Ética no Franchising**
Luiz Felizardo Barroso

Doutrina

Propaganda Eleitoral na Internet conforme a Lei nº. 12.034, de 29 de setembro de 2009

Eury Pereira Luna Filho

SUMÁRIO

1. Rede mundial de computadores (internet) sob a égide da Constituição Federal **2.** Propaganda política, propaganda eleitoral e liberdade de informação e de manifestação do pensamento **3.** Precedentes da atual regulamentação da propaganda eleitoral na internet **4.** A nova lei de acesso à internet por candidatos a cargos eletivos **5.** Inovações aportadas pelo novel diploma **6.** Conclusão

1. Rede mundial de computadores (internet) sob a égide da Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura a liberdade de expressão e de comunicação, nos termos do artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, embora não faça menção expressa à internet dentre os meios de informação e comunicação a que refere.

Não se poderá atribuir ao legislador esquecimento ou ignorância a respeito, uma vez o texto constitucional faz menção expressa às comunicações de dados (artigo 5º., já citado, inciso XII), naturalmente um fato jurígeno distinto do das telecomunicações e dos serviços relativos (artigo 20, inciso XI, constitucional), informática (artigo 22, inciso IV), que foram pontualmente observados pelo legislador constituinte. Nesse particular importa reconhecer a competência privativa de a União legislar sobre informática, telecomunicação, tanto quanto sobre a radiodifusão sonora e a de sons e imagens; e a identificação e a diferenciação desses temas significa que devam merecer tratamento legal e interpretações enquanto objetos distintos e atividades de per si.

A Constituição prescreve, ainda, ser livre de qualquer restrição a "*manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo*", condicionando apenas àquilo que a própria Constituição dispuser a respeito (artigo 220). Trata-se, assim, de uma **franquia absoluta** conferida pelo texto constitucional e apenas por este delimitada. Este comando do artigo 220 é uma reassunção das garantias especificadas no título I – dos direitos e garantias fundamentais, da Constituição, no tocante à liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade da atividade de comunicação, à inviolabilidade da comunicação de dados, à garantia do acesso à informação.

A inserção constitucional da internet decorre exatamente do fato de ser esta uma nova matriz tecnológica, um novo elemento da técnica e da aplicação de conhecimentos tecnológicos a resultar em novos comportamentos humanos e sociais.

A internet não se resume a ser aplicação da informática ou desenvolvimento tecnológico das telecomunicações ou de mídias de comunicação social. Gloria Tinello afirma(1): *“Certamente la World Wide Web è differente dagli altri mezzi di comunicazione esistenti ed ha suoi caratteri peculiari: la televisione, la radio, i giornali sono mezzi di pressione tra chi fornisce il contenuto della comunicazione e chi ne fa uso, a differenza del Web dove il consumatore è libero se accettare o meno l’offerta d’informazione. Sotto il profilo dei contenuti, Internet assume una dúplice natura nell’ordinamento, perché è al tempo stesso um mezzo di telecomunicação ed un mezzo di diffusione eel pensiero, al contempo mezzo di comunicazione individuale e di massa.”* A autora citada traz em apoio da sua interpretação, a afirmativa encontrada em **Corte Federal US**, de 11 de junho de 1996, *in Dir. Inf. e Inf.*, 1996, 638, como seja a internet, *“o mais participativo mercado das comunicações de massa que o mundo haja conhecido”*.

Portanto, nosso legislador constitucional, sem fazer expressa referência ao que pudesse estar compreendido pelo objeto e usos da tecnologia eletrônica digital designados comumente como internet, Web, *World Wide Web*, rede mundial de computadores, reconheceu-lhe a condição de forma de manifestação do pensamento, da expressão individual, de modo de fazer circular a informação, inteiramente livre de censura e limites que não estivessem expressamente enunciados no texto constitucional e que não contradissem essa **franquia absoluta** da manifestação e da liberdade de expressão do pensamento, de comunicação e da informação.

2. Propaganda política, propaganda eleitoral e liberdade de informação e de manifestação do pensamento

A propaganda política distingue-se da propaganda eleitoral, pois esta última é a difusão de mensagens direcionadas ao cidadão o qual esteja na plenitude de seus direitos políticos, tais mensagens com que se busca induzi-lo a um determinado convencimento e a fazer escolha dos representantes que exercerão em nome de seus constituintes a soberania política outorgada pelo voto, em um determinado momento eleitoral. Dessa forma a propaganda eleitoral distingue-se da propaganda política, pelo lapso temporal delimitado previamente em que a primeira ocorre e se esgota.

A propaganda política, ao contrário da propaganda eleitoral, ocorre sempre quando indivíduos, ou organizações político-partidários ou entes estatais, estes últimos sempre por intermédio de agentes individuais ou de meios institucionais por eles mantidos ou utilizados, com que fazem divulgação pública de seus propósitos, para lograr assim o convencimento ou a adesão dos destinatários das mensagens, apelos ou informações direcionadas ou emitidas, àqueles propósitos políticos. Ou seja, adesão às concepções que indivíduos, ou grupos organizados de

indivíduos, sem recurso à coerção física ou à violência, desejam apliquem-se à totalidade do grupo social, que então se submete ou adere voluntariamente, convencido, àqueles propósitos. Eduardo Barbosa de Miranda (2) referiu que *"O conceito de propaganda política, então, engloba todas as modalidades de propaganda permitidas e regulamentadas por lei que sejam tendentes à captação de votos ou simplesmente divulgação dos ideários do partido. A propaganda eleitoral, contudo, é a propaganda com prazo certo determinado pela legislação eleitoral e visa expressamente à busca por votos dos eleitores nas eleições da vez."*

Exatamente por se tratar de mensagens utilitárias, isto é, emitidas conscientemente para lograr um fim específico – o de convencer a outrem ou a numerosos contingentes da população quanto à conveniência ou com respeito ao significado positivo ou negativo de determinadas condutas –, aplicam-se à propaganda política e à propaganda eleitoral regras aptas a limitar potenciais abusos sobre a liberdade de opinião e de informação, ou infrações a princípios legítimos e fundamentais do convívio social; essencialmente para evitar que mensagens unidirecionais sobreponham-se ou predominem sobre os processos de livre formação da opinião, do convencimento, ou do debate aberto e livre de idéias na sociedade.

Em essência, não se pode dizer haja grande diferença entre os controles que a propaganda eleitoral ou a propaganda política possam atrair, em relação aos controles que as demais mídias sociais se submetem. Tudo isso por se reconhecer, em princípio, que mídias sociais são poderosas exatamente por serem canais da manifestação do pensamento e para a circulação de informação, concentrados e controlados pelos próprios emitentes das mensagens ou informações veiculadas, dirigidas a um universo disperso, indiferenciado e que por isso mesmo não detém diretamente poder de controle sobre a mídia ou mesmo canais próprios de comunicação ou para a contra-informação. Há, portanto, entre o pólo emissor e o pólo receptor, sempre, quando se tratar da mídia social, um desequilíbrio de forças. No entanto, como antes mencionado, conforme a franquia que a Constituição empresta à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, apenas abusos constatados podem sofrer repressão que sempre será limitada a conter excessos.(3)

Também no campo da propaganda eleitoral e da propaganda política (4) podem ser justificados mecanismos de controle e de imposição de limites, quer dizer regramentos mais explícitos, nos mesmos moldes dos que operam para a publicidade comercial comum que, sem sombra de dúvida, deve-se pautar por critérios de veracidade das informações veiculadas, ainda que revestidas por técnicas de apelo emocional e de indução psicológicas a reações instintivas, mas que não comprometem a capacidade de reação racional dos destinatários dessas mensagens. Há, no regramento jurídico pátrio, institutos capazes de coibir eficazmente o que se denomina por propaganda enganosa, ao lado de o próprio segmento empresarial publicitário ter voluntariamente adotado a prática da auto-regulação, instituindo instância privada autônoma para emitir enunciados de censura aos excessos que os agentes privados possam dar causa e que estes acatam. Aqui se está fazendo referência ao CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

3. Precedentes da atual regulamentação da propaganda eleitoral na internet

As eleições municipais de 1998 trouxeram, pela primeira vez, exemplo da preocupação em dispor sobre o uso da internet em campanhas partidárias e dos candidatos a cargos eletivos, como recorda Eduardo Barbosa de Miranda(5).

André Augusto Lins da Costa Almeida (6) relaciona, ainda, diversas iniciativas, por parte do Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições municipais de 2000 (Resolução nº 20.684, de 7 de julho de 2000), nas eleições de 2002 (Resolução nº 20.988, de 21 de fevereiro de 2002), novamente para as eleições municipais de 2004 (Resolução nº 21.610, de 5 de fevereiro de 2004), de regulamentar a propaganda eleitoral na internet, sempre dispondo de forma restritiva, quer quanto ao uso da mídia como instrumento para a propaganda partidária e dos candidatos, quer quanto aos prazos para veiculação da solicitação de votos. O uso permitido limitava-se à manutenção de página pessoal do candidato, em endereço eletrônico próprio terminado por “.can.br”, válido apenas no período em que o pleito e o turno em que o candidato estivesse concorrente acontecessem. Ficava explicitado, ainda: *“Esta restrição temporal não se aplica à manutenção pessoal ou partidária de página na Internet, desde que nela não haja pedido de votos, menção ao número do candidato ou ao de seu partido ou qualquer outra referência à eleição. (Art. 3º § 1º da Res. 21.610/2004)”*.

Como se verá, a atual legislação garantiu, ao regulamentar o uso da internet pelos candidatos a cargos eletivos, o princípio da franquia absoluta para utilização dessa mídia digital como instrumento para ampla circulação de idéias e expressão individual, superando assim a tese que buscava, implicitamente, equiparar a internet aos demais meios e veículos de comunicação social, tradicionais para a veiculação da propaganda eleitoral e partidária, durante os pleitos.

4. A nova lei de acesso à internet por candidatos a cargos eletivos

Pode-se considerar o conjunto dos dezesseis artigos analisados, que foram instituídos pela Lei no. 12.034, de 29 de setembro de 2009, e regulamentam o acesso e uso das funcionalidades da internet por candidatos a cargos eletivos para fazer propaganda da candidatura, no período eleitoral, como uma **lei de acesso à internet para o candidato**, na medida em que praticamente esgotam os parâmetros regulatórios para essa utilização da mídia digital eletrônica, cancelando, de direito, a franquia da mídia ao candidato.

Mas não apenas ao candidato, e sim, e ainda, ao cidadão que, autonomamente, se mobilizar, individual ou coletivamente, na defesa e promoção de candidatos, partidos e opiniões políticos de sua escolha prévia e consciente. Quinze dos novéis dispositivos legais acresceram ou modificaram regras contidas na Lei no. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições.

Espera-se, assim, tenha o legislador brasileiro afastado a autonomia com que, até então, o TSE vinha exercendo seu poder regulamentar quanto ao uso da internet pelo candidato eletivo,

e o fez fixando normas gerais, não casuísticas, e que, espera-se, dotadas de maior perenidade, com isso dando maior estabilidade e previsibilidade ao direito.

5. Inovações aportadas pelo novel diploma

Auspiciosa a possibilidade de **doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro**, mediante formulário eletrônico via internet, como autorizado pelo artigo 23, parágrafo segundo, que se combina com o inciso III, do Parágrafo quarto deste mesmo artigo, para ser possível doação em numerário mediante o uso de cartão de crédito, com a identificação do doador e a emissão obrigatória do recibo eleitoral a cada doação realizada. Naturalmente, este procedimento envolverá algum acordo prévio do órgão partidário (comitê financeiro) e do candidato (por si ou por intermédio do responsável designado expressamente para administração financeira de sua campanha) com as instituições credenciadas, ou operadoras desse instrumento de pagamento, para dar maior celeridade ao processamento da doação e o crédito das quantias doadas ao candidato, coligação partidária ou órgão partidário.

Subsiste a competência da Justiça Eleitoral para exercer a fiscalização sobre a escrituração contábil e a prestação de contas do partido e despesas da campanha eleitoral, nos termos da Lei no. 9.096, de 19 de setembro de 1995, e que poderá eventualmente vir a regulamentar os valores a serem deduzidos das doações individuais para fins de remuneração da instituição credenciada ou operadora do cartão de crédito, ou este mecanismo ficará inviabilizado. Sabe-se que a remuneração das operadoras de cartão de crédito, debitada a cada operação ao estabelecimento credenciado, pode variar entre 2,95% e 5%, além de haver um prazo entre a data de lançamento da operação com cartão de crédito e a disponibilidade econômica do crédito, em geral de até 30 (trinta) dias.

Pode-se desejar que a Justiça Eleitoral exija tão somente encaminhamento pelo órgão partidário ou candidato de cópia autêntica do contrato firmado com a operação dos cartões de crédito, para conhecimento das taxas remuneratórias incidentes e prazos para a entrega do numerário ao beneficiário (partido ou candidato).

Outra possibilidade em aberto é a da doação em dinheiro realizar-se mediante operações de *internet banking*, como se denomina o mecanismo de transações eletrônicas via internet em que estabelecimentos bancários põem à disposição de correntistas sites (páginas da internet) seguros, mediante cadastro prévio, identificação de senhas, códigos numéricos exclusivos e criptografia. Esta modalidade envolverá o acesso à página do partido ou do candidato e a impressão ali do formulário eletrônico, que servirá assim à transação seguinte do doador utilizando-se do acesso ao seu *internet banking* pessoal, como faria para o pagamento de qualquer outro débito ou obrigação em moeda seus. Nesta modalidade de operação eletrônica não haverá a participação de terceiros além do doador e das instituições bancárias de que este for correntista e daquela em que o partido ou o candidato mantiverem a conta bancária específica determinada pela lei em vigor.

O Anexo referido no caput do artigo 23, já citado, em sua nova redação, é o que constava na lei modificada, bastante singelo enquanto recibo eleitoral, cabendo assim esperar que a Justiça Eleitoral expeça Resolução adequando o modelo às peculiaridades de um título de crédito para pagamento à vista do valor a ser doado, por exemplo, com previsão para o campo próprio contendo o código de barras com que toda a transação eletrônica será identificada.

A introdução do artigo 36-A consiste em estabelecer, como regra geral, **exceções ao que se considera propaganda no período eleitoral**, que o artigo 36, vigente, entende iniciar-se após cinco de julho de cada ano em que haja eleições.

A participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates, no rádio, na televisão e na internet, não será considerada propaganda eleitoral, desde que não haja pedidos de votos. A ressalva aí feita a que emissoras de rádio e de televisão devem conferir tratamento isonômico aos filiados de partidos e aos pré-candidatos, sem mencionar a internet, pode ser entendida como reconhecimento da peculiaridade deste veículo de manifestação do pensamento e de comunicação, tanto quanto para a circulação da informação, mas sem que represente concessão do poder público, livre para acesso e uso por qualquer um.

Melhor dizer, reconhecimento da peculiaridade da internet enquanto mídia ou canal de comunicação. Este mesmo dispositivo não veda que se faça uso da internet para entrevistas, programas, encontros ou debates, uma funcionalidade bastante possível com os recursos de banda larga hoje existentes, transmitindo *on line* ou *on demand* colóquios, debates, entrevistas, vídeos, ou mesmo salas de chat abertas com a participação de pré-candidatos ou de filiados a partidos políticos. Observa-se não haver a obrigatoriedade, na internet, do tratamento isonômico aos filiados e pré-candidatos, desde que não se tratar de veiculação em portais que tenham vínculo com órgãos de comunicação social.

Outras três hipóteses mais que, ocorrendo a qualquer tempo, antes da data de cinco de julho do ano das eleições, também não consistirão de propaganda eleitoral são:

- a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;
- a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; e
- a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

Na primeira das hipóteses acima, pode-se certamente admitir que a transmissão dos encontros, seminários ou congressos ali mencionados, feita por sites da internet, também não será considerada propaganda eleitoral. Na segunda hipótese, também, uma vez que dentre os instrumentos de comunicação intrapartidária estará compreendido o uso da internet, quer pelo partido quer pelo pré-candidato ou filiados ao partido. Releva observar que o dispositivo em

comento não restringe a veiculação pela internet em sites ou páginas do candidato ou do partido.

A nova redação dada ao artigo 41, da Lei no. 9.504, de 1997, no tocante à propaganda eleitoral com uso da internet, **afasta qualquer forma de censura prévia** sobre o teor dos programas exibidos, mesmo que alegadamente sob a faceta de exercício do poder de polícia, que então é expressamente limitado à repressão de práticas ilegais, naturalmente *a posteriori* nos casos concretos, e condicionada à iniciativa de ofendido ou prejudicado. Inteiramente em consonância ao comando constitucional já citado aqui, o do artigo 220, e ao seu parágrafo segundo.

Cabe observar que, em razão do princípio da tipicidade penal, o agravamento de pena, pela prática do delito descrito no artigo 323 da Lei no. 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, como sendo *"Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado"*, quando caracterizado pelo uso da internet, não terá lugar, uma vez que se menciona expressamente o cometimento do crime *"pela imprensa, rádio ou televisão"*, mídia para comunicação social dissociada da internet.

A nova redação dada ao artigo 43 contém duas inovações; a primeira autoriza **reproduzir anúncios pagos de propaganda eleitoral em jornal impresso nos sites na internet** dos partidos ou candidatos; a segunda inovação é a obrigatoriedade de fazer constar nos anúncios o preço da veiculação. A reprodução do anúncio também envolverá a divulgação do preço da veiculação reproduzida na internet.

O artigo 57-A traz a expressa **autorização da propaganda eleitoral na internet**, da forma que a nova lei dispõe e a contar do dia seguinte a cinco de julho do ano da eleição, sendo complementado pelo disposto no artigo 57-A, que elenca as formas pelas quais essa propaganda eleitoral se fará. Em virtude da aplicação do artigo 39, parágrafo quinto, III, esta propaganda eleitoral na internet suspende-se no dia da eleição.

A lei considera, no artigo 57-B, propaganda eleitoral na internet a que seja realizada por meio de sítio (página) do candidato, que deverá ser em endereço eletrônico previamente comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado em provedor de serviço no País; ou por meio de sítio do partido ou da coligação, com a mesma obrigatoriedade de comunicação do endereço à Justiça Eleitoral e de hospedagem no País; por meio de mensagens eletrônicas para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação, querendo com isso dizer que não poderá haver compra de cadastros (listas) de endereços de internet, aos quais as mensagens sejam direcionadas.

Chancela-se, para o candidato, o uso ou geração ou edição de conteúdo em blogs, redes sociais, salas de chats, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados. Esse dispositivo é de suma importância, pois cobre praticamente todas as hipóteses de uso das funcionalidades da internet, aparentemente ficando de fora apenas a utilização de vídeos que estejam hospedados em portais como YouTube e outros do gênero, mas isso sem representar

impedimento a que o blog do candidato, do partido ou coligação contenha *link* (ou *hiperlink*) para tais portais de vídeos, uma vez sendo o *link* é funcionalidade da internet e exatamente o que possibilita a chamada navegação por páginas, característica notável desse instrumento de comunicação e expressão eletrônico-digital. Ou mesmo, tacitamente, uma vez que, por sítios assemelhados, sejam entendidos portais de disseminação de vídeos hospedados gratuitamente.

O artigo 57-C veda terminantemente a propaganda eleitoral paga na internet ao mesmo tempo em que bane a veiculação, mesmo gratuita, de veiculação da propaganda eleitoral nas páginas de pessoa jurídica, quer estas tenham ou não fins lucrativos (7).

O que importa não serem autorizadas mensagens de apoio a candidato, partido ou coligação, colocadas em sites de pessoas jurídicas, empresas, sociedades civis, cooperativas, fundações. Outra vedação à veiculação pela internet é a propaganda eleitoral de candidato, partido ou coligação em páginas oficiais ou que sejam hospedadas por órgãos ou entidades da administração pública. A violação a essa vedação de propaganda eleitoral sujeita o infrator e o candidato, partido ou coligação, se provado tivessem conhecimento prévio da veiculação ou hospedagem, à multa em valores de R\$5.000,00 (cinco mil reais) até R\$30.000,00 (trinta mil) por evento.

O artigo 57-D reconhece ser livre a manifestação do pensamento na rede mundial de computadores (internet) por qualquer um, “*vedado o anonimato durante a campanha eleitoral*”, possibilitado, como condição, que o direito de resposta fique assegurado. Com isso, haverá necessidade de os candidatos, partidos e coligação manterem monitoramento da internet, para fazer identificação dos emissores de mensagens e demais formas comunicação que se utilizem das funcionalidades da rede. Com isso, amplia-se em muito a jurisdição da Justiça Eleitoral, o que representa desafio a ser enfrentado e que demandará muitos recursos e pronta intervenção para coibir abusos. Em contrapartida, pode-se sustentar que não necessariamente todas as manifestações difusas e difundidas pela internet terão o mesmo potencial ofensivo ou promocional, qual possa ter inspirado as iniciativas. Imagina-se, por exemplo, que veiculações passivas, ou estáticas, como páginas de terceiros manifestando apoio ou desagrado frente a um ou outro candidato, tenham muito menor impacto, talvez desprezível a ponto de não merecer qualquer reação, do que *spams* (mensagens não solicitadas emitidas massivamente) ou ataques de *hackers* contra sites de candidatos, partidos e coligações.

O dispositivo não traz qualquer restrição quanto a prazos em que essa liberdade de manifestação do pensamento estivesse restrita, admitindo-se, portanto, que é uma chancela permanente, não vinculada à propaganda eleitoral nem ao período de campanha. A restrição ali implícita é que, *a contrario sensu*, durante a campanha eleitoral, a manifestação do pensamento sob anonimato e sem que se possa dar o direito de resposta. Talvez coubesse afirmar que somente na aparência existiria anonimato na internet, uma vez que cada computador que faça log tem uma identidade – IP (*Internet Protocol*) – além de exigir um

provedor de acesso ou uma linha telefônica para fazer a conexão, o que facilita bastante afastar o anonimato, desde que se faça uso dos meios para essa identificação de que esteja fazendo o acesso à rede.

Outra possibilidade que o dispositivo do artigo 57-D traz implicitamente é a autorização para livre manifestação do pensamento por “*outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica*”. Certamente aí se incluiria funcionalidade como o VoIP (*Voice on Internet Protocol*), ou seja as comunicações por voz dirigidas a números telefônicos fixos ou móveis, SMS (“torpedos”), (8), abrindo um enorme leque de aplicações da Internet para a propaganda política e eleitoral, e o suporte de candidatos e organizações políticas pelo indivíduo, desde que afastado o anonimato e assegurado o direito de resposta.

Entidades ou governo estrangeiros, órgãos da administração pública ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público, concessionários ou permissionários de serviço público, entidades de direito privado que receba contribuição compulsória em virtude de disposição legal (o sistema S, por exemplo), entidades de utilidade pública, entidades de classe ou sindicais, pessoas jurídicas sem fins lucrativos que recebam recursos do exterior, e entidades esportivas não podem fazer doações em dinheiro ou estimável em dinheiro, a partido ou a candidato. **Não podem agora também doar, ceder ou utilização em favor de candidatos, partidos ou coligações cadastros eletrônicos de clientes ou de endereços eletrônicos, que, em nenhuma hipótese podem ser vendidos para candidatos, partidos e coligações, sob pena de multa.**

O provedor de conteúdo e de serviços multimídia que hospede a divulgação da propaganda eleitoral de candidato, partido ou coligação deve atender, no prazo que lhe for determinado, as notificações das decisões da Justiça Eleitoral.

O candidato, partido ou coligação deverá permitir o cadastramento dos destinatários de mensagens eletrônicas enviadas, e providenciá-lo quando assim requerido, no prazo de quarenta e oito horas, sujeitando-se à multa de R\$100,00 (cem reais), por mensagem, se tal for desatendido.

A propaganda eleitoral, que consiste da manutenção de páginas e do uso das funcionalidades da Internet, deverá ter autenticidade assegurada, tanto pela obrigação já aqui referida imposta pelo artigo 57-B, de sua realização por meio do sítio do candidato, do partido ou da coligação, cujo endereço tenha sido comunicado à Justiça Eleitoral, quanto pela regra do artigo 57-H a coibir que a **propaganda eleitoral seja atribuída a terceiro, indevidamente**. Sem prejuízo de outras sanções legais, será aplicada multa variando de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais), por evento. Pode-se antever nas situações abrangidas pela hipótese prevista neste artigo, grande potencial de conflito a ser dirimido pela Justiça Eleitoral, uma vez que propaganda eleitoral indevida, por terceiros estranhos ao candidato, partido ou coligação, acabará tendo que ser coibida pelo recurso adicional ao disposto no artigo 57-F, que atrai responsabilidades para o provedor de conteúdo e de serviços multimídia, e pelo procedimento regulado pelo artigo 57-I, para acionamento da Justiça Eleitoral,

observado o princípio do devido processo legal e do contraditório. Também poderá ter incidência – sempre que o candidato auferir algum benefício da propaganda indevida – a regra do artigo 36, parágrafo terceiro, que prevê multa ao beneficiário variando entre R\$5.000,00 (cinco mil reais) e R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por evento, ou de valor equivalente ao custo da propaganda, se este for maior que a multa a ser fixada entre aqueles valores.

Também relevante observar que representações relativas à propaganda irregular devem ser instruídas com prova da autoria ou do prévio conhecimento do beneficiário, quando este não seja o responsável pela propaganda. Esta regra está disposta no artigo 40-B acrescido à Lei no. 9.504, de 1997, tendo seu Parágrafo único previsto a presunção de responsabilidade do candidato *“se este, intimado da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de quarenta e oito horas, sua retirada ou regularização e, ainda, se as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda.”* Mais uma vez, vislumbra-se disposição com grande potencial de conflito, consideradas as peculiaridades da prova a ser feita e da interseção entre provedor de acesso e serviços multimídia, candidatos e terceiros eventuais emissores de propaganda eleitoral irregular na Internet.

O artigo 57-I autoriza a suspensão, por vinte e quatro horas, do acesso “a todo conteúdo informativo de sítios da Internet que deixem de cumprir as disposições legais, com duplicação do período de suspensão a cada reiteração de conduta, cumulada com a obrigação de fazer constar no endereço suspenso a informação da temporária suspensão por desobediência à legislação eleitoral.

O artigo 58 efetiva o direito de resposta na propaganda eleitoral na internet, que também deverá ter o procedimento ali previsto observado nas hipóteses de direito de resposta assegurado quanto da situação prevista no artigo 57-D, livre manifestação de pensamento pela rede mundial de computadores. O artigo 58-A atribui tramitação preferencial em relação aos demais processos da Justiça Eleitoral aos pedidos de direito de resposta.

Finalmente, dentre as inovações legais acarretadas pela recente edição da Lei no. 12.034, de 2009, o seu artigo 7º. isenta a propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na internet, no sítio eleitoral, blog, sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação do candidato, ou no sítio do partido ou coligação, nas formas previstas no art. 57-B dessa Lei, de observar a suspensão da veiculação *“desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas de pois da eleição”* (artigo 240, da Lei no. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral).

6. Conclusão

O conjunto dos dispositivos regulamentadores da propaganda eleitoral na internet, adotados pela Lei no. 12.034, de 29 de setembro de 2009, chancela a liberdade essencial de manifestação do pensamento e da circulação da informação na rede mundial de computadores,

afastando o risco de medidas coercitivas de controle e de vigilância do uso da internet e do acesso ao conteúdo desta.

As garantias constitucionais vigentes em nosso País assegurando a liberdade de expressão e de comunicação, independentemente de censura prévia, foram efetivadas pelo novel diploma, no tocante à rede mundial de computadores, ainda que no período eleitoral, preservando-se as características de descentralização, ausência de subordinação e de hierarquia dentre os emissores de mensagens e criadores de conteúdo no âmbito da internet.

Preservou-se e, tacitamente, ficou reconhecida pela primeira vez, em texto legal pátrio, a especificidade da rede mundial de computadores, diante da mídia e demais veículos de comunicação social impressa ou de radiodifusão da voz e de imagens.

A legislação baixada admite a clara distinção entre propaganda eleitoral, considerada aquela de responsabilidade, autoria e edição por candidatos, partidos e coligações e que terá lugar no interregno de tempo desde o dia seguinte a cinco de julho do ano da eleição até quarenta e oito horas da eleição, da propaganda eleitoral na internet, como a que se utiliza das funcionalidades da rede mundial de computadores e também terá mesmo termo inicial, mas não será suspensa ainda que na data de ocorrência do pleito (ressalvada aqui, exclusivamente, a reprodução na internet de anúncios de propaganda eleitoral em mídia impressa). Faz ainda nítida distinção entre propaganda eleitoral na internet o que considera livre manifestação do pensamento por qualquer indivíduo que se utilize da rede mundial de computadores ou outros meios de comunicação interpessoal por intermédio de mensagem eletrônica.

Identifica-se, portanto, no diploma analisado real contribuição às liberdades cívicas e às garantias individuais, e potencial contribuição para o avanço das relações democráticas na sociedade brasileira.

Notas de Rodapé

1. Diritto delle tecnologie informatiche e principi costituzionali, *in* Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'INTERNET. A cura di Giuseppe Cassano, IPSOA Editore, 2002, pg. 121-135
2. MIRANDA, Eduardo Barbosa de. A propaganda eleitoral na internet por intermédio da prática de envio de correspondência eletrônica não autorizada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2198, 8 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13114>>. Acesso em: 12 out. 2009
3. Veja-se, a exemplo, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no Agravo de Instrumento no. 505595-RJ, onde afirma: "*Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.*" (Decisão monocrática contendo provimento parcial ao RE). Acesso em 12/11/2009: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20091112-03.pdf
4. Exemplo inovador de restrição à propaganda política é a disposição impositiva do Parágrafo Primeiro do artigo 37, da Constituição de 1988 "*A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos*".
5. Id. "*As resoluções do TSE que regularam o pleito de 1998 foram as primeiras a abordar a questão da mídia eleitoral por intermédio da Internet. A Res. 20.106/1998, em seu artigo 13 §3 ampliou a restrição de propaganda antes do*

período eleitoral aos sítios mantidos pelas empresas de comunicação social na Internet e demais redes destinadas à prestação de serviços de telecomunicações de valor adicionado (Lei nº 9.504/97, art. 45, § 3º)."

6. ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. A propaganda eleitoral na Internet . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3472>>. Acesso em: 10 out. 2009.

7. Os "banners", ou forma de publicidade que aparece automaticamente na tela ao acessar sites, quando se navega ou se faz o acesso, intencional ou fortuito, de páginas pela rede mundial de computadores, estão, em consequência dessa disposição, vedados na nova Lei, caso utilizados para propaganda eleitoral

8. Acesso em 12/10/ 2009: <http://www.dnt.adv.br/noticias/direito-eleitoral/conheca-a-lei-sancionada-que-permite-uso-da-internet-em-campanhas-eleitorais/>

Referências bibliográficas

1. República Federativa do Brasil, Mensagem de Veto Presidencial parcial ao Projeto de Lei no. 5.498, de 2009 (no. 141/09, no Senado Federal) que altera as Leis nos. 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1954 – Código Eleitoral (public. no D. O. U. – Seção 1, de 30 de setembro de 2009, pg. 88, 2ª. Coluna).

"Nº 787, de 29 de setembro de 2009.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei no 5.498, de 2009 (no 141/09 no Senado Federal), que "Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral".

Ouvida, a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

§ 1º do art. 57-D da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, incluído pelo art. 4º do projeto de lei

"§ 1º É facultada às empresas de comunicação social e aos provedores a veiculação na internet de debates sobre eleições, observado o disposto no art. 46."

Razões do veto

"A internet é, por natureza, um ambiente livre para a manifestação do pensamento, sendo indevida e desnecessária a regulamentação do conteúdo relacionado à atividade eleitoral em vista da existência de mecanismos legais para evitar abusos. Ademais, a equiparação da radiodifusão com a rede mundial de computadores é tecnicamente inadequada, visto que a primeira decorre de concessão pública."

2. AA.VV., Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'INTERNET. A cura di Giuseppe Cassano, IPSOA Editore, 2002

Texto Legal

Artigos 23, 36-A, 41, 43, 57-A, 57-B, 57-C, 57-D, 57-E, 57-F, 57-G, 57-H, 57-I, 58 e seu §3º., inciso IV, e 58-A, da Lei no. 9.504, de 30 de setembro de 1997; e 7º., da Lei no. 12.034, de 29 de setembro de 2009, verbis:

"Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

§ 2º Toda doação a candidato específico ou a partido deverá ser feita mediante recibo, em formulário impresso ou em formulário eletrônico, no caso de doação via internet, em que constem os dados do modelo constante do Anexo, dispensada a assinatura do doador.

§ 4º

III - mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou

coligação na internet, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos:

- a) identificação do doador;
- b) emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada.

.....
 § 6o Na hipótese de doações realizadas por meio da internet, as fraudes ou erros cometidos pelo doador sem conhecimento dos candidatos, partidos ou coligações não ensejarão a responsabilidade destes nem a rejeição de suas contas eleitorais.

..... (NR)."

"Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada:

- I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;
- II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;
- III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou
- IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral."

"Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40.

§ 1o O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

§ 2o O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet." (NR)"

"Art. 43. São permitidas, até a antevéspera das eleições, a divulgação paga, na imprensa escrita, e a reprodução na internet do jornal impresso, de até 10 (dez) anúncios de propaganda eleitoral, por veículo, em datas diversas, para cada candidato, no espaço máximo, por edição, de 1/8 (um oitavo) de página de jornal padrão e de 1/4 (um quarto) de página de revista ou tablóide.

§ 1o Deverá constar do anúncio, de forma visível, o valor pago pela inserção.

§ 2o A inobservância do disposto neste artigo sujeita os responsáveis pelos veículos de divulgação e os partidos, coligações ou candidatos beneficiados a multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou equivalente ao da divulgação da propaganda paga, se este for maior (NR)."

"Art. 57-A. É permitida a propaganda eleitoral na internet, nos termos desta Lei, após o dia 5 de julho do ano da eleição."

"Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

- I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;
- II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;
- III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural."

"Art. 57-C. Na internet, é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga.

§ 1o É vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios:

I - de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos;

II - oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 2o A violação do disposto neste artigo sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)."

"Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do § 3o do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

§ 1o (VETADO)

§ 2o A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)."

"Art. 57-E. São vedadas às pessoas relacionadas no art. 24 a utilização, doação ou cessão de cadastro eletrônico de seus clientes, em favor de candidatos, partidos ou coligações.

§ 1o É proibida a venda de cadastro de endereços eletrônicos.

§ 2o A violação do disposto neste artigo sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)."

"Art. 57-F. Aplicam-se ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia que hospeda a divulgação da propaganda eleitoral de candidato, de partido ou de coligação as penalidades previstas nesta Lei, se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, não tomar providências para a cessação dessa divulgação.

Parágrafo único. O provedor de conteúdo ou de serviços multimídia só será considerado responsável pela divulgação da propaganda se a publicação do material for comprovadamente de seu prévio conhecimento."

"Art. 57-G. As mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido ou coligação, por qualquer meio, deverão dispor de mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de quarenta e oito horas.

Parágrafo único. Mensagens eletrônicas enviadas após o término do prazo previsto no caput sujeitam os responsáveis ao pagamento de multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais), por mensagem."

"Art. 57-H. Sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis, será punido, com multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais), quem realizar propaganda eleitoral na internet, atribuindo indevidamente sua autoria a terceiro, inclusive a candidato, partido ou coligação."

"Art. 57-I. A requerimento de candidato, partido ou coligação, observado o rito previsto no art. 96, a Justiça Eleitoral poderá determinar a suspensão, por vinte e quatro horas, do acesso a todo conteúdo informativo dos sítios da internet que deixarem de cumprir as disposições desta Lei.

§ 1o A cada reiteração de conduta, será duplicado o período de suspensão.

§ 2o No período de suspensão a que se refere este artigo, a empresa informará, a todos os usuários que tentarem acessar seus serviços, que se encontra temporariamente inoperante por desobediência à legislação eleitoral."

"Art. 58.

§ 3o

IV - em propaganda eleitoral na internet:

a) deferido o pedido, a divulgação da resposta dar-se-á no mesmo veículo, espaço, local, horário, página eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa, em até quarenta e oito horas após a entrega da mídia física com a resposta do ofendido;

b) a resposta ficará disponível para acesso pelos usuários do serviço de internet por tempo não inferior ao dobro em que esteve disponível a mensagem considerada ofensiva;

c) os custos de veiculação da resposta correrão por conta do responsável pela propaganda original.

..... (NR)."

"Art. 58-A. Os pedidos de direito de resposta e as representações por propaganda eleitoral irregular em rádio, televisão e internet tramitarão preferencialmente em relação aos demais processos em curso na Justiça Eleitoral."

"Art. 7o Não se aplica a vedação constante do parágrafo único do art. 240 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, à propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na internet, no sítio eleitoral, blog, sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação do candidato, ou no sítio do partido ou coligação, nas formas previstas no art. 57-B da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997."

Advogado formado pela UERJ (1976). Membro da Comissão de Direito e Tecnologia do IAB. Tem especializações em Instituições Europeias, Direito Tributário e Planejamento Ambiental.

Superando a Concepção Juiz-Centrada do Direito No Brasil

Felipe Dutra Asensi

RESUMO

O objetivo deste artigo é refletir sobre as transformações que o direito tem passado no contexto contemporâneo em sua interface com a política, buscando estabelecer uma reflexão crítica sobre como tais transformações ainda encontram-se respaldadas numa concepção centrada na figura do juiz, através do qual orbitam as demais instituições jurídicas e sociais. Para tal, serão destinadas discussões a três perspectivas contemporâneas da teoria do direito (Dworkin, Posner e Estudos de judicialização) que, por mais que sejam heterogêneas e distintas, produzem concepções centradas no juiz. Após, serão apresentados os limites destas concepções juiz-centradas para pensar a atuação dos demais atores e instituições jurídicas e sociais, sobretudo no Brasil, buscando-se evidenciar os limites do pós-positivismo e dos estudos de judicialização na compreensão do efetivo papel de tais atores e instituições. Por fim, serão realizadas ponderações a respeito das críticas à centralidade do juiz, de modo a propor alternativas teóricas e metodológicas que apontem para uma alternativa analítica: a juridicização das relações sociais.

SUMÁRIO

I. Introdução **II.** O Juiz, O Direito, A Política **III.** Superando A Concepção Juiz-Centrada **IV.** Considerações Finais **V.** Referências Bibliográficas

I. Introdução

O contexto atual de efetivação de direitos nos indica, parafraseando Habermas (1992), que *algo está mudando no horizonte do direito*. Mas ao tratar de mudanças, devemos entender em que sentido elas operam *no direito*, ou *pelo direito* e, simultaneamente, em que sentido elas operam *no conteúdo valorativo do direito*, ou apenas em sua *estrutura formal*. No campo da teoria do direito, tais transformações se traduzem principalmente na crítica à perspectiva do positivismo jurídico. O positivismo se constituiu no campo do direito ainda no século XX, e um dos principais sistematizadores deste paradigma foi Hans Kelsen (2000), que dedicou boa parte de sua obra à formulação e desenvolvimento de uma *teoria pura do direito*. Esta teoria fundamenta a ordem jurídica na própria norma positivada, sem levar em conta como

fundamento de validade qualquer aspecto subjetivo, valorativo, sociológico ou cultural. Kelsen parte do princípio de que o direito regula a sua própria criação; logo, as regras regulam a maneira pela qual outras regras devem ser criadas através de um sistema lógico e sistematicamente coeso e não-contraditório.

Esta perspectiva sobre o direito - fundamentalmente formalista - recebeu críticas ao longo do século XX. Principalmente após os excessos e descaminhos ocasionados pelas duas guerras mundiais, os problemas derivados de regimes totalitaristas e o colapso econômico de alguns países, o que se convencionou chamar de *pós-positivismo* buscou se consolidar como uma alternativa à insuficiência e insensibilidade das correntes anteriores, sobretudo ao incorporar critérios valorativos e principiológicos no campo do direito. Os teóricos do pós-positivismo - tais como Ronald Dworkin, Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Robert Alexy, e outros -, sustentaram que a forma de se concretizar o direito é se debruçando sobre o problema e sobre casos empíricos particulares a serem decididos pelos juízes, e não sobre a regra jurídica, como se enfatizou no positivismo jurídico. A simples adequação fato/norma, que seria realizada de maneira mecanicista e pouco sensível às especificidades dos fatos sociais, deu lugar a uma nova forma de pensar o direito *em* sociedade, ou seja, um direito capaz de considerar e respeitar as diferenças e de levar em conta as particularidades inerentes ao caso concreto. Para captar e compreender tais casos foi adotada como estratégia privilegiada da perspectiva pós-positivista a superação da "letra" da lei como fonte do conhecimento jurídico.

Em geral, esta superação da "letra" da lei e a incorporação de valores têm sido o fundamento teórico para que esta perspectiva seja denominada de pós-positivismo. Por outro lado, o pós-positivismo recepcionou uma característica fundamental e estruturante do argumento positivista: a concepção centrada no juiz. O positivismo admite a figura do juiz como elemento essencial para a aplicação de qualquer norma jurídica, que se fundamenta num mecanismo de legitimidade formal. Por sua vez, as reflexões dos autores assumidos como pós-positivistas, em ampla medida, são ainda reflexões sobre o juiz e os processos de decisão e aplicação do direito. A institucionalidade do judiciário como elemento essencial para o direito também está presente no chamado pós-positivismo. Assim, é preciso indagar seriamente o seguinte: o pós-positivismo - a despeito da superação do formalismo nas normas jurídicas - é efetivamente pós-positivista ou uma variação/aperfeiçoamento do positivismo?

Com isso, o objetivo deste artigo é refletir sobre as transformações que o direito tem passado no contexto contemporâneo em sua interface com a política, buscando estabelecer uma reflexão crítica sobre como tais transformações ainda encontram-se respaldadas numa concepção centrada na figura do juiz, através do qual orbitam as demais instituições jurídicas e sociais. Para tal, no próximo tópico serão destinadas discussões a três perspectivas contemporâneas da teoria do direito que, por mais que sejam heterogêneas e distintas, produzem concepções centradas no juiz. Após, serão apresentados os limites destas concepções juiz-centradas para pensar a atuação dos demais atores e instituições jurídicas e

sociais, sobretudo no Brasil, buscando-se evidenciar os limites do pós-positivismo e dos estudos de judicialização na compreensão do efetivo papel de tais atores e instituições. Por fim, serão realizadas ponderações a respeito das críticas à centralidade do juiz, de modo a propor alternativas teóricas e metodológicas que apontem para uma alternativa analítica: a juridicização das relações sociais.

II. O Juiz, o Direito, a Política

2.1. O interpretativismo de Dworkin

Dworkin parte da seguinte pergunta: nos casos difíceis, como os juízes decidem e/ou deveriam decidir sobre qual direito deve ser aplicado? Ao analisar quatro casos logo no primeiro capítulo de *Law's Empire* (1986) - Elmer, Snail Darter, Mcdouglin, Brown -, Dworkin observa que os juízes têm que decidir os casos difíceis interpretando mais do que apenas aplicando decisões anteriores. A idéia inicial é que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva. Assim, Dworkin busca justamente sustentar que o conceito de integridade jurídica é a chave para se discutir a prática e a teoria jurídica anglo-americana. Para o autor, o juiz "constrói sua teoria geral do direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo" e, mais ainda, "de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada" (Dworkin, 1999, p. 483), o que revela a idéia de integridade.

De fato, o que está por trás da teoria de Dworkin também é uma teoria da adjudicação. O direito é visto pelo autor como uma série de numerosos e diversificados referenciais que os juízes podem utilizar para resolverem conflitos. Além das regras escritas, seria possível identificar princípios existentes no sistema jurídico que, em conjunto com as regras, constituiriam a idéia de norma jurídica.

Do ponto de vista da *praxis* do direito, Dworkin admite que a lei freqüentemente se torna aquilo que o juiz afirma, o que implica reconhecer que a prática do direito é fortemente argumentativa. Ao aplicar o direito, o juiz interpreta os dados jurídicos (*legal data*) - tais como a legislação, precedentes, etc - com o objetivo de articular uma interpretação que melhor explique e justifique a prática jurídica do passado. Todos compartilham de uma certa noção de direito, mas há casos em que a aplicação desta noção é nebulosa, que Dworkin denominou de *casos difíceis*.

Assim, os juízes criam novo direito toda vez que decidem um caso importante, mas essa criação guarda relação com o direito anterior, o que corresponde à idéia de *romance em cadeia*. Tal expressão significa que os juízes (romancistas) são autores e críticos no seu ato de julgar, além de admitir como pressuposto que o romancista tem que levar a sério as suas responsabilidades de continuidade do romance. Assim, deve considerar todos personagens, trama, gênero, tema e objetivo. Por outro lado, Dworkin apresenta um argumento que

complexifica a construção da decisão jurídica como romance. O autor sustenta que não é possível estabelecer a etapa em que o romancista interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou, na medida em que “o direito é um conceito interpretativo” (Idem, 1986, p. 87). Além disso, o texto entregue não possui necessariamente uma unidade, pois foi escrito por romancistas diferentes no tempo e no espaço.

Para resolver tal limitação, Dworkin defende que em qualquer situação em que os direitos das pessoas encontram-se em disputa, a melhor interpretação envolve a tese da resposta certa (*right answer thesis*). Segundo o autor, “o ‘mito’ de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito” (Idem, 2002, p. 446).

Porém, isso não quer dizer que o juiz possui discricionariedade ao decidir casos difíceis. De certa forma, Dworkin concorda que os juízes podem exercer sua discricionariedade no sentido “fraco”, na medida em que o juiz pode usar sua avaliação ao aplicar os referenciais delineados por uma autoridade. Por outro lado, discorda em relação ao sentido “forte” de discricionariedade, isto é, quando os juízes deliberadamente tomam uma decisão sem estarem submetidos a referenciais jurídicos. Mais precisamente, “os juízes sentem uma obrigação de atribuir a decisões passadas aquilo que chamo de ‘força gravitacional’, e que essa obrigação contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz” (Idem, 1999, p. XIII).

Assim como Rawls (*véu da ignorância*) e Habermas (*situação ideal de fala*), Dworkin também cria a sua metáfora para discutir o direito: o *juiz Hércules*. Trata-se de uma concepção ideal de juiz, que possui uma sabedoria imensurável e, além disso, amplo conhecimento das fontes do direito e muito tempo para poder decidir sem qualquer equívoco. Este juiz ideal constrói uma teoria que melhor justifique o direito como integridade no âmbito da decisão de um caso particular. Parte-se do princípio de que os juízes devem decidir com base em regras, princípios e referenciais jurídicos, e não em política, e que um juiz ideal seria partidário do direito como integridade.

Assim, diante destas condições ideais, o juiz Hércules sempre chegaria a apenas uma resposta correta, ao passo que juiz real só pode imitar Hércules, e mesmo assim até certo ponto. Segundo Dworkin, “para Hércules, o direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível nas doutrinas e dispositivos de direito como um todo” (Idem, 1999, p. 477). Esta tese auxilia Dworkin na crítica ao ceticismo jurídico, que preconiza que as respostas certas num contexto de dilemas morais e jurídicos não podem ser determinadas. O argumento de Dworkin é fundamentalmente anti-ceticista, na medida em que pressupõe que as propriedades do ceticismo são análogas às do substantivismo moral. Mais precisamente, uma vez que os dilemas jurídicos e morais não poderiam ser resolvidos pelo referencial da resposta correta, o cético cria uma incerteza epistêmica. Dworkin, por sua vez,

permite estabelecer uma crítica a determinadas vertentes que surgem no mesmo período, a exemplo do pragmatismo desenvolvido pelo juiz Posner.

2.2. O pragmatismo de Posner

Com a ressalva de qualquer reducionismo, as atuações profissional e acadêmica do juiz Posner possuem diversos pontos de contato. Posner parte do pressuposto de que o direito não consiste numa entidade abstrata e sagrada, mas sim em objetivos socialmente determinados para delinear o comportamento dos indivíduos em consonância com os valores da sociedade. Em suas palavras, a base do pragmatismo jurídico é a “adjudicação pragmática, e a base desta é sua alta preocupação com as conseqüências e, então, uma disposição para julgamentos baseados em políticas e não em conceitualismos ou generalidades” (Posner, 2008, p. 238).

O ponto de partida da discussão de Posner em *The problems of jurisprudence* (1990) é como os juízes realizam decisões em casos concretos, uma vez que, segundo seu argumento, não podem recorrer à lógica ou à ciência e acabam por utilizar métodos informais que pouco dizem respeito a uma experiência ou treinamento jurídico, tais como a analogia. Tais métodos “nem sempre são nitidamente jurídicos, e nem sempre muito objetivos, mesmo quando se adota uma abordagem flexível e pragmática da objetividade” (Idem, 2007, p. 167). Conforme sustenta o autor, a mistura entre razão e persuasão torna problemático o conceito de verdade, o que acaba com as pretensões racionais do direito, uma vez que a conversão a outras opiniões ocorre sempre por motivos fundamentalmente pragmáticos.

Esta teoria possui uma série de detalhes e filigranas, que podem ser sistematizadas a partir dos seguintes aspectos: a) não se concebe o direito como normas objetivas, externas e impessoais; b) apresenta-se uma concepção cética do direito (no sentido pragmático, e não metafísico), na medida em que ele não possuiria natureza ou essência; c) há uma hostilidade ao silogismo como metodologia decisória; d) o juiz é visto como um legislador intersticial; e) busca-se prever como o poder do Estado será empregado em determinadas circunstâncias; f) o direito é visto como disposição, e não como objeto; g) a previsão só não se aplica ao juiz do tribunal superior, pois não se pode prever *a priori* o seu comportamento; h) o direito é visto como um conjunto de hipóteses que advogados e juízes inferiores propõem a propósito de regularidades no comportamento de juízes de tribunais superiores; i) ao agirem, os juízes criam a teoria do direito, que relaciona à teoria do direito como atividade, que jamais pode ser completa; j) observa-se uma concepção progressista, pois os precedentes permitem ao juiz inferior mais criatividade na decisão; k) porém, pode ser normativa aos juízes inferiores, sobretudo quando se busca estabilidade judicial.

Posner sedimenta sua concepção de direito como atividade de profissionais autorizados. O autor admite que não existe uma tábula rasa no que se convencionou denominar “raciocínio jurídico”. Como desdobramento, seria sempre difícil determinar se uma decisão jurídica é

correta ou incorreta, o que abre espaço ao estudo do comportamento dos indivíduos na atividade jurídica. Tais métodos são heterogêneos e plurais, a exemplo do senso comum, intuição, interpretação, experiência, analogia, etc. Deste modo, a idéia de razão prática envolve uma racionalidade que busque pensar a relação entre meios e fins; determina-se o objetivo e, então, se escolhe os meios mais apropriados para se alcançar tais objetivos, sob o argumento de que “as conseqüências nunca são irrelevantes no direito” (Idem, p. 199)

A legitimidade da razão prática, em seu argumento, deriva em grande parte do reconhecimento de valores compartilhados. Em suas palavras, “o fato das decisões judiciais serem algumas vezes influenciadas pela raça, religião, gênero ou outras características pessoais do juiz não precisa ser conseqüência de deslealdade”, isto é, “isto pode refletir o fato das pessoas de diferentes características pessoais trazerem diferentes prioridades para a resolução de seus assuntos factuais e terem preferências de políticas” (Idem, 2008, p. 126). Como desdobramento, o consenso se apresenta como condição necessária para a objetividade legal, apesar de ser fundamentalmente frágil. Assim, a ausência de uma “intuição coletiva” transformaria a razão prática numa opinião aleatória e imprevisível no âmbito da tomada de decisões. Por outro lado, Posner sustenta que a idéia de consenso político seria um termo polido para significar a vontade do mais forte, o que revela a sua concepção sobre a natureza inconclusiva do raciocínio jurídico. Segundo o autor, quanto mais frágil o consenso, mais difícil para os juízes determinarem as premissas decisórias e, ao fazê-lo, fazer com que o raciocínio jurídico se aproxime da dedução lógica do silogismo, o que revela uma crítica à própria epistemologia do direito.

O autor parte do princípio da irredutibilidade da adjudicação a um processo objetivamente determinável de *resposta única*. Seria preciso, portanto, partir de um acervo de critérios (*rules* e *standards*) e de um tecido de concepções (*concepts*). Segundo Posner, os materiais estritamente jurídicos só são usados para ajudar a estabelecer uma orientação inicial e fornecer dados específicos, e como fontes posteriores de possíveis limitações. Assim, os fatores políticos e a visão social têm que sempre ser levados em conta no processo decisório, e as conseqüências das decisões nunca são irrelevantes.

Assim, o pragmatismo consistiria em olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do “caráter local” do conhecimento humano, da inalcançabilidade da “verdade”, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação e da insistência de que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço dos objetivos humanos valorizados, e não como fins em si mesmos.

2.3. Os estudos sobre a judicialização da política e das relações sociais

A perspectiva do pós-positivismo - das mais variadas vertentes e com especial relevo para as concepções de Dworkin e Posner - findou por se associar às reflexões sobre o Judiciário de múltiplas formas. Paralelamente e, em alguns contextos, até anteriormente, se constituíram os estudos sobre *judicialização da política e das relações sociais*, que encontraram no pós-positivismo um solo fértil de análise, apesar de terem se desenvolvido também em momentos anteriores. Com isso, apesar de não possuírem uma raiz histórica comum do ponto de vista temporal ou lógico, o pós-positivismo e os estudos de judicialização se desenvolveram num contexto de mútuo fomento acadêmico. Isto revela, ainda, como que a concepção juiz-centrada do pós-positivismo reforçou a cristalização de pesquisas calcadas em processos judicializantes.

Historicamente, o Judiciário foi tradicionalmente associado a um poder inerte, que se conteria a apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei. Emblemática, aqui, é a idéia de Montesquieu de que o Judiciário seria apenas a “boca da lei”, ou seja, sua função seria a de mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel pró-ativo na realização do direito. No cenário contemporâneo, o que se observa é a transformação de “Poder ‘mudo’ a Terceiro Gigante” (Werneck Vianna *et al.*, 1997, p. 39), sobretudo a partir da mútua influência entre direito e política, que foi possível em razão de uma série de fatores².

Não obstante, a relevância institucional do Judiciário no Brasil não se reduz ao âmbito da política. Num contexto *welfareano* em que há uma pluralidade de normas de eficácia plena e programática que visam, em algum grau, impor um dever de agir ao Executivo, o Judiciário tem sido cada vez mais acionado para resolver conflitos, efetivar direitos e implementar políticas públicas. O resultado desse processo se expressa na ampliação da criatividade do magistrado e dos poderes institucionais que lhes foram atribuídos no momento da interpretação e aplicação da lei, ganhando relevo o pós-positivismo.

Nesse contexto, em que a sociedade civil desempenha papel cada vez mais fundamental na mobilização destas instituições, tem ocorrido o que Werneck Vianna *et al.* denominaram de *judicialização das relações sociais*. Nesta linha, os autores denominam como *judicialização* o termo que define o movimento de discussão, no campo do direito e com protagonismo do

² Principalmente pelos mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, o Judiciário passou a fazer parte da formulação das mesmas juntamente ao Legislativo e, com a ampliação dos instrumentos processuais - tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade -, passou a exercer controle direto nas ações do Executivo e exercer papel proeminente na efetivação de direitos. Com isso, a política passou a fazer parte do mundo do direito, o que ensejou transformações consideráveis nos sentidos, ações, competências e atribuições das instituições jurídicas. No contexto brasileiro, a leitura de Werneck Vianna *et al.*, por exemplo, denota que o protagonismo do Judiciário é “menos o resultado desejado por esse Poder, e mais um efeito inesperado da transição para democracia, sob a circunstância geral [...] de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade” (Werneck Vianna *et al.*, 1997, p. 12).

Judiciário, dos conflitos político-sociais. Tal perspectiva exprime que não somente os atores privilegiados se utilizam a via judicial para resolver *conflitos políticos*, tais como partidos políticos, chefes do Executivo, etc. Judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário a referencial de resolução de *conflitos sociais*.

John Ferejohn (2002) busca refletir sobre os elementos sócio-políticos que explicam, em algum grau, a proeminência do Judiciário nesse contexto. Na análise do autor: a) o Judiciário se tem visto cada vez mais apto a limitar e regular o exercício do Legislativo, principalmente ao impor limites importantes ao poder das instituições parlamentares; b) cada vez mais o Judiciário tem sido o lugar de onde surgem decisões e políticas significativas na efetivação de direitos e implementação de políticas públicas; c) os juízes têm se apresentado mais dispostos a regular a conduta da atividade política.

Com isso, a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização, seja da política, seja das relações sociais, evidencia que o Judiciário passa a ocupar centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições - tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública - se apresenta como um agente proponente de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, existem outras formas de atuação das instituições jurídicas e sociais que não remetam necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre a política e as relações sociais. Denomina-se esta perspectiva analítica de *juridicização*.

III. Superando a Concepção Juiz-Centrada

3.1. Os limites do referencial judicial

Como se observa, a concepção construída pelo pós-positivismo - com especial enfoque para Dworkin e Posner - e a concepção adotada pelos estudos de judicialização possuem um ponto em comum: a centralidade do juiz na efetivação dos direitos. Tais concepções vão além ao estabelecerem que, metodologicamente, as pesquisas realizadas no campo do direito também devem seguir o referencial judicial, o que alça o Judiciário a um verdadeiro *lugar privilegiado* de discussão de acadêmicos, profissionais do direito e atores políticos.

Assim, tais perspectivas assumem, a seu modo, a centralidade do judiciário no mundo contemporâneo. Por outro lado, é importante salientar que as concepções construídas pelo pós-positivismo e pelos estudos de judicialização possuem limitações de diversas naturezas, sobretudo do ponto de vista metodológico e teórico. A assunção do juiz como elemento essencial na aplicação e interpretação do direito - realizada pelo pós-positivismo -, e a assunção do juiz como a instituição jurídica primaz na efetivação do direito - realizada pelos estudos de judicialização -, tem ocasionado uma supervalorização da dinâmica judicial. Tal valorização tem sido operada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não-jurídicas de aplicação e efetivação de direitos.

Mas quais seriam os limites deste tipo de concepção, que adota o juiz como centro organizador dos direitos e elemento essencial de sua aplicação? É possível estabelecer pelo menos três limitações que dizem respeito ao pós-positivismo e aos estudos de judicialização: a) o modelo adversarial da dinâmica judicial, associado ao princípio da inércia da jurisdição; b) a ênfase no momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos e vigentes no âmbito societário; c) a sub-valorização metodológica e teórica em relação às demais instituições jurídicas e sociais, tais como Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos participativos;. Vejamos cada uma dessas limitações separadamente:

No que concerne ao primeiro limite, o Judiciário tradicionalmente se constituiu a partir de um modelo adversarial, que pressupõe, em seu desenvolvimento, o princípio da inércia da jurisdição. No Poder Judiciário reina a máxima latina *nemo iudex sine actore*, ou seja, *não há juiz sem autor*. Essa máxima evidencia que o Judiciário somente pode agir para a concretização de direitos mediante provocação de quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de modo a adotar uma postura estática enquanto não for chamado à resolução de um litígio.

Observam-se limites em relação a este modelo adversarial. Primeiramente, parte do princípio de que as partes são anágonas e, portanto, deve haver um órgão decisório com a possibilidade de definir qual delas será bem sucedida e qual sucumbirá. Em segundo lugar, este modelo confere pouco destaque à formação de consenso, apesar de algumas estratégias de conciliação, tendo em vista a própria necessidade jurídica de definir um “vencedor”. Em terceiro lugar, este modelo estático retira do Judiciário a possibilidade de agir voluntariamente na efetivação de direitos explicitamente desrespeitados, a não ser quando ativado pelas partes. Por fim, esta estática abre a possibilidade de se pensar em instituições dinâmicas que não se encontram submetidas à inércia, sobretudo as que compõem as funções essenciais da justiça, tais como o Ministério Público e Defensoria Pública, pois podem agir independentemente de provocação.

No que concerne ao segundo limite, as reflexões do pós-positivismo e dos estudos de judicialização demonstram fortemente uma preocupação com o momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos, mas vigentes, no âmbito societário. Trata-se, então, de uma sobre-valorização da decisão judicial, em detrimento de outros processos, como o de formação de consenso e o estabelecimento de estratégias extrajudiciais.

Numa chave pluralista, observa-se a emergência de outros centros produtores de direito legítimo na sociedade moderna que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais. Em outros casos, observa-se a construção de novas interpretações sobre o direito vigente, que não necessariamente remetem à interpretação oficial (e judicial). De fato, as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e,

portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao contexto social. Neste sentido, o Estado seria apenas mais um centro de produção de direitos e seus sentidos, existindo esferas não-estatais que produzem outras concepções de direitos e conteúdos para a sua efetivação. O momento da aplicação do direito pelo juiz, portanto, é apenas um dos múltiplos processos existentes de efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Sub-valorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica inequivocamente num reducionismo analítico.

No que concerne ao terceiro limite, a crítica se apresenta muito mais no plano da teoria e da metodologia. As pesquisas jurídicas, sobretudo no Brasil, têm realizado uma sub-valorização em relação às demais instituições jurídicas e sociais. Esta problemática se revela tanto teoricamente quanto metodologicamente. Não é raro observar pesquisas sobre concepções de tribunais acerca de determinada matéria, ou então pesquisas que adotam contraposições de entendimentos entre tribunais. Além disso, as pesquisas que buscam refletir sobre as demais instituições jurídicas, em geral, as assumem como proponentes de ações judiciais, tais como as pesquisas sobre o número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou o número de atendimentos judiciais realizados pelas Defensorias Públicas.

Tais pesquisas adotam o Judiciário como central no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições se reduz à mera proposição de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, existem outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetem necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais, o que revela um movimento de *juridicização da política e das relações sociais*.

3.2. A juridicização da política e das relações sociais

De fato, o que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores, cuja proeminência, verdadeiramente, advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos.

Considerando que a estratégia privilegiada de algumas instituições pode ser o diálogo num processo contínuo de concessões recíprocas, podemos observar que as relações sociais sofrem muito mais uma *juridicização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos não-processuais) do que uma *judicialização* (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação judicial ou algum outro instrumento processual). Na medida em que há diversas instituições jurídicas (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.) que não se utilizam necessariamente do Judiciário para

realizar suas ações, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário – isto é, evita-se a *judicialização* do conflito³.

A título de exemplo, vejamos como é possível pensar a estratégia das instituições jurídicas na perspectiva da juridicização. Para tal, serão utilizados os resultados de uma pesquisa que realizei no município de Porto Alegre entre os anos de 2000 e 2005, que teve como objetivo pesquisar a atuação do Ministério Público (MP) na efetivação do direito à saúde. Durante a análise, observou-se que o Ministério Público tem utilizado dois instrumentos formais não-excludentes para a efetivação dos direitos: a Ação Civil Pública (ACP) e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). A ACP se trata de uma ação judicial que o MP pode propor ao Judiciário para a garantia de um direito que se encontra violado, ao passo que o TAC consiste num compromisso firmado entre o Ministério Público e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize alterações necessárias para o exercício de um determinado direito, visando corrigir uma situação débil.

Certamente, o reconhecimento legal de direitos sociais e coletivos possui uma implicação essencial: a possibilidade de judicialização de conflitos político-sociais. Nesse sentido, as perspectivas de judicialização trabalham numa lógica de um MP proponente e um Judiciário centralizado. Com essa perspectiva, o papel do MP é situado enquanto mera parte figurante no processo judicial, apesar de alguns estudos de judicialização apontarem, sem conferirem muita atenção, algumas tendências diversas⁴.

Durante a pesquisa, observou-se que a eleição de um ou outro instrumento não é trivial⁵. Os membros do MP, ao compreenderem que as decisões em saúde devem primar pela celeridade,

³ Logicamente, existem também fatores internos ao Judiciário que podem influir nesta valorização da extrajudicialidade. Dentre algumas, podemos destacar as seguintes: a) no caso de direitos coletivos, haveria juízes com receio de julgar ações com grande repercussão econômica; b) haveria tribunais relutantes em julgar ações coletivas de forma não-conservadora; c) haveria pouca sensibilidade à especificidade dos direitos sociais, tais como o direito à saúde e educação; d) haveria problemas estruturais e culturais no que concerne ao acesso ao judiciário; e) haveria problemas de morosidade e de transferência da decisão ao órgão judicial, etc.

⁴ São exemplos das referidas pesquisas que findam por indicar caminhos de superação da idéia de judicialização os seguintes: Arantes observa uma relação de conflito entre judiciário e MP, e sustenta que “muitas vezes os promotores e procuradores evitam tomar o caminho dos tribunais, buscando meios alternativos ao processo judicial” (Arantes, 2002, p. 146). Werneck Vianna & Burgos afirmam que, “se o Judiciário é chamado, em geral, para resolver situações em que o dano já ocorreu, e nas quais os direitos já foram feridos, pode-se dizer que uma vocação importante do Ministério Público tem sido a de atuar preventivamente”, o que lhe conferiria um “papel complementar e não concorrente em relação ao Judiciário” (Werneck Vianna & Burgos, 2003, p. 444). Casagrande, por fim, sustenta que “a própria Procuradora percebe esta limitação à atuação do Ministério Público em juízo, pois de forma geral vem privilegiando a assinatura de termos de ajustamento de conduta” (Casagrande, 2008, p. 226).

⁵ Para um aprofundamento da perspectiva da juridicização da política e das relações sociais e de sua aplicabilidade no âmbito do direito à saúde, ver Asensi (2008)

estabelecem expedientes e estratégias distintas para a utilização do TAC. A título de exemplos comuns na saúde, é possível destacar os seguintes: a) no caso da estrutura do hospital que não tem leitos suficientes, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, a partir de um certo período de tempo, a prover o número de leitos correspondente à demanda do hospital; b) no caso de um posto de saúde que apresenta falta de medicamentos, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, num determinado prazo, a obter uma quantidade de remédios suficiente.

Por meio do recurso ao diálogo, o MP desenvolveu uma outra estratégia, que preserva a juridicidade dos direitos – no caso, a saúde – sem necessariamente discuti-la no âmbito judicial. Tal estratégia permite que os diferentes atores sociais extrapolem a perspectiva formalista calcada na “letra” da lei para que, no interior de suas práticas cotidianas, estabeleçam consensos e negociações. Este espaço de diálogo é o espaço da *auto-composição social*, preconizando que as formas extrajudiciais de resolução de conflitos devam envolver uma atuação conjunta e integrada que comporte três aspectos: a) evitar ao máximo que um terceiro (o Judiciário) seja o mediador do conflito, de modo que não haja um veredicto, ou seja, não haja um terceiro que dirá qual parte detém a verdade; b) estabelecer como objetivo não o alcance de uma *verdade*, mas sim de uma *solução* consensual para casos concretos; c) permitir que os próprios atores realizem a resolução do conflito, de modo a ampliar a celeridade nas decisões.

Uma breve análise das Ações Cíveis Públicas propostas pelo MPE/RS, por exemplo, evidencia a relevância institucional da estratégia juridicizante. Entre os anos de 2000 a 2005, somente duas Ações Cíveis Públicas haviam sido propostas perante o Judiciário, ambas contra o Governo do Estado, e que contou com a participação de MPE e do MPF, bem como do Conselho Estadual de Saúde. No âmbito do MPF/RS, a recorrência de ações cíveis públicas é um pouco maior, mas mesmo assim a estratégia do diálogo é adotada como principal, sendo, inclusive, estratégia definida e aprovada para ser adotada pela Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA).

Diante deste cenário, a utilização extrajudicial do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) tem sido preferível à da Ação Cível Pública. O TAC consiste num compromisso ajustado entre o membro do MP e o da gestão, de modo que se corrija uma situação débil ou se satisfaça alguma política de saúde. Neste sentido, o TAC permite: a) a *previsão* de quando será solucionado o problema (através de um prazo); b) o conhecimento de *quem* o solucionará (através de quem assinou o termo); c) a definição de *como* solucionará (medidas a serem tomadas no prazo para solucionar). Portanto, a segurança de que o problema será resolvido conjugada à rapidez do processo decisório propicia ao TAC o *status* de estratégia mais recorrente de atuação do Ministério Público, pois confere maior certeza à garantia de um direito.

Da parte do membro da gestão, a assinatura do TAC demonstra a sua vontade política para resolver uma determinada deficiência ou insuficiência no sistema público de saúde. Caso não assinasse – e tem a possibilidade de não assinar, pois se trata de ato discricionário -, a ACP demandaria muito mais tempo e, por vezes, quando é decidida, o próprio gestor já não se encontra mais em seu cargo, o que retiraria a possibilidade de sua responsabilização. Neste sentido, o gestor que assina o TAC demonstra, simbolicamente, que não pretende se utilizar da lentidão do Judiciário para não implementar uma política de saúde. Assina o TAC, deste modo, mediante prazo fixado e responsabilização certa, com conseqüências institucionais e jurídicas definidas.

Os resultados da pesquisa permitem supor que a *juridicização da política e das relações sociais* propicia a constituição de respostas concretas às necessidades de efetivação dos direitos por intermédio de uma *vontade comum*, que é pactuada com a convergência de diversos saberes e práticas. O âmbito extrajudicial inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação de direitos sociais. No âmbito dessas novas esferas estatais, sobretudo na *juridicização*, as demais instituições jurídicas e sociais desempenham papel fundamental pelo menos em cinco dimensões:

- se num contexto de *judicialização* o Judiciário é chamado a *decidir* no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito (Tate e Vallinder, 1995: 15); num contexto de *juridicização* predomina a idéia de *consenso pelo diálogo*, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente;
- o que está em pauta num contexto de *judicialização* é o monopólio do poder de legislar (Ferejohn, 2002, p. 17-18); ao passo que num contexto de *juridicização* também se objetiva estabelecer estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas, de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado;
- a *judicialização* da política possibilita a proeminência do Judiciário na definição de direitos sem incorporar critérios sociais substantivos, pois pode configurar uma relação entre Judiciário e Estado de moldes providenciais (Werneck Vianna *et al*, 1999, p. 43); ao passo que na perspectiva de *juridicização* a incorporação da sociedade civil se constitui como pressuposto para a formulação de consensos que sejam efetivamente plurais;
- num contexto de *judicialização* da política, cujo principal indicador no Brasil é o controle de constitucionalidade, há uma ampliação da comunidade de intérpretes, porém ainda muito restrita aos órgãos de cúpula, tais como o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores (Idem, p. 47); ao passo que num contexto de *juridicização* se observa uma maior pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se restringe somente à interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal;
- num contexto de *judicialização*, se observam demandas que chegam a um Judiciário sob forte influência do princípio da separação de poderes e da adesão ao direito sob forma de códigos (Werneck Vianna *et al*, 1997, p. 12); ao passo que num contexto de *juridicização* se

observa um cenário que busca, por princípio, considerar as especificidades dos contextos em que as demandas estão inseridas para estabelecer estratégias mais efetivas para a satisfação de tais demandas.

IV. Considerações Finais

O pós-positivismo é pós-positivista? A indagação enseja muito mais questões do que respostas. De fato, a superação da “letra” da lei e a incorporação de valores têm sido o fundamento teórico para que esta perspectiva seja denominada de pós-positivismo. Entretanto, como visto, a dimensão institucional do positivismo, fortemente calcada na centralidade do juiz, foi recepcionada pelo pós-positivismo. As reflexões dos autores assumidos como pós-positivistas, em ampla medida, são ainda reflexões sobre o juiz e os processos de decisão e aplicação do direito. Dworkin, Alexy, Posner e outros são associados a uma perspectiva que ainda possui um “vício de origem”, pois não superou a dimensão institucional do positivismo. Por sua vez, os estudos de judicialização permitiram um solo fértil para o estudo e análise das teorias destes autores, o que reforçou a sua relevância na teoria do direito contemporâneo.

Dworkin e Posner não foram escolhidos por acaso. Possuem concepções distintas sobre o direito, adotam referenciais teóricos e analíticos que se contrapõem em muitas questões, sobretudo no que concerne ao ceticismo. Porém, ambos admitem a centralidade do juiz. Dworkin salienta que “os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes” (Dworkin, 1999: 486). Posner, por sua vez, salienta o seguinte:

De Hobbes a Blackstone, a Dworkin e à análise econômica do direito, o papel atual e apropriado do juiz – suas motivações e limitações, o equilíbrio que ele deve buscar para manter-se entre a discricção e a obediência, entre a criatividade a conformidade, as condições da grandeza judicial, as fontes dos desejos judiciais, os dois lados da usurpação e da passividade – tem ocupado o palco central do drama da ciência do direito anglo-americana (Posner, 1995, p. 109)

Em ambos os casos, o pressuposto institucional é o mesmo. Como consequência, a própria denominação de “pós” ao que veio denominar-se “pós-positivismo” merece um debruçar mais rigoroso. De fato, todo prefixo “pós” enseja, em algum grau, a idéia de superação. No caso em questão, a superação busca dizer respeito, em múltiplos aspectos, a um dos pilares de sustentação teórica do positivismo, que consiste no que é o direito. Nesta questão, o pós-positivismo realmente pode ser visto como “pós-positivista”, na medida em que problematiza o referencial do formalismo no âmbito do direito. Porém, seria reducionista atribuir o prefixo “pós” apenas por esta problematização, ainda mais porque a metodologia de análise da aplicação do direito do pós-positivismo possui os mesmos pressupostos do positivismo: a centralidade epistemológica, heurística e teórica do juiz.

A institucionalidade do judiciário como elemento essencial para o direito também está presente no chamado pós-positivismo. Isso se intensifica justamente com a associação realizada a partir da segunda metade do século XX entre o pós-positivismo e os estudos de judicialização. Mas, ao que parece, tal associação permitiu apenas o surgimento de um “efeito de superfície”, que é representado pela superação do formalismo. Quando se observa a dimensão institucional, o que se denomina pós-positivismo se apresenta muito mais propriamente como um neopositivismo, pois consiste numa releitura da institucionalidade positivista, em que o juiz é o centro do sistema jurídico.

Talvez, um outro desafio seja a tendência de incorporar no Brasil como perfeitamente articuláveis o pós-positivismo e os estudos de judicialização, sem realizar uma reflexão crítica rigorosa a respeito de suas premissas e de sua aplicabilidade analítica às peculiaridades nacionais. Os limites elencados destas perspectivas – modelo adversarial-inerte, ênfase no direito posto, sub-valorização das demais instituições jurídicas e sociais – permitem afirmar que a combinação entre judicialização e pós-positivismo auxilia na reflexão de uma parte bastante reduzida dos processos de efetivação de direitos e resolução de conflitos no Brasil.

Como visto, é a possibilidade de atuar de forma independente ao Judiciário que permite a proeminência e o destaque das demais instituições jurídicas e sociais na efetivação de direitos, especialmente os sociais e coletivos, que exigem rápida prestação, tais como a saúde. Tão importante quanto o estudo dos *fins* de uma ação judicial é o dos *meios* utilizados pelas diversas instituições para efetivar direitos. Assim, configura-se necessário debruçar-se no estudo de uma nova forma de atuação das instituições jurídicas e sociais vai além da mera judicialização, o que permite ampliar ainda mais as reflexões sobre os processos institucionais de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas no Brasil.

Talvez, assim seja possível compreender uma nova forma de atuação das instituições jurídicas. Inclusive, é possível pensar até a *juridicização* do próprio judiciário, que tem frequentemente adotado estratégias extrajudiciais na resolução de conflitos, cujo principal indicador são as práticas originais publicadas no Prêmio Inovare. De fato, outros atores também são *guardiões de promessas* e, ainda mais, buscam ser seus principais *cumpridores*, o que revela os limites da combinação entre pós-positivismo e judicialização no Brasil. A ação política passa a ser entendida muito mais como uma regra de sociabilidade, e a *juridicização da política e das relações sociais* se apresenta como um movimento que denota as suas especificidades.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, R. B. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002

ASENSI, F. D. **Juridicização das relações sociais e Ministério Público: novas estratégias e desafios na efetivação do direito à saúde**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 200p, 2008

CASAGRANDE, C. **Ministério Público e a Judicialização da Política** – estudos de casos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008

DWORKIN, R. **Law's empire**. London: Fontana Press, 1986

_____. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

FEREJOHN, J. Judicialización de la política, politización de la ley. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, nº 184, pp. 13-50, 2002

HABERMAS, J. The horizon of modernity is shifting. In: HABERMAS, J. **Postmetaphysical Thinking**. Cambridge, MIT Press, 1992

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: *Martins Fontes*, 2000

POSNER, R. **How judges think**. Cambridge/London: Harvard University Press, 2008

_____. **Overcoming law**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1995

_____. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. **The problems of jurisprudence**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1990

TATE, N. & VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995

WERNECK VIANNA, L. J. & BURGOS, M. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (org.). **Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003

WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997

_____. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

Membro do IAB. Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense. Cientista social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Pesquisador do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (Lappis/UERJ), da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ). Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

A Separação de Poderes

João Theotonio Mendes de Almeida Junior

1. Introdução **2.** A Separação de Poderes. Breve Histórico **3.** A implantação da Separação de Poderes no Brasil **4.** Teoria da Separação de Poderes **5.** Uma breve exposição do tema à luz do pensamento de Hans Kelsen **6.** Conclusão

Resumo: O presente trabalho pretende abordar a questão da Separação de Poderes, de acordo com a idéia precursora de John Locke, sistematizada por Montesquieu, bem como seu aspecto histórico, inclusive no que tange as Constituições Brasileiras, é claro que sem ignorar a apresentação em classe com esboço na obra de Hans Kelsen "Teoria geral do Direito e do Estado", especialmente o capítulo que aborda este tema.

Abstract: The present paper intends to analyse the Separation of Powers, based on John Lockes's theory, systemized by Montesquieu, as well as its historical aspect, including its influence over Brazilian Constitutions, without ignoring Hans Kelsen's class presentation based on his work "General Theory of Law and State", specially the chapter about this theme.

1. Introdução

O tema a seguir abordado é analisado a partir da indicação do professor Manoel Messias Peixinho que ressaltou a importância do estudo da Separação de Poderes a partir de um substrato da obra de Hans Kelsen "Teoria Geral do direito e do Estado".

Ao longo dos debates restou claro que desde Aristóteles já havia a idéia de separação de poderes, seguida por Platão e Políbio. John Locke, entretanto, quando elaborou o segundo Tratado sobre o Governo Civil, delineou em sua teoria a distribuição das funções estatais entre órgãos diferentes, mas, foi Montesquieu que sistematizou a Teoria dos Três Poderes. O alemão Hans Kelsen, filósofo e sociólogo, teórico do Estado que com advento do nazismo exilou-se nos Estados Unidos, com o rigor de suas normas, seu detalhamento, e com sua lógica exuberante, não deixou de estudar a questão da Separação dos Poderes, bem como a democracia e autocracia, temas que foram abordados em nossa apresentação oral.

O escopo deste trabalho é compreender o significado da teoria da Separação de Poderes buscando contextualizar a idéia e também verificar as contribuições de Kelsen sobre o tema, perpassando pela aplicação da teoria em nossas Constituições.

O método adotado na composição foi baseado na utilização de fonte primária e secundária, caracterizada pela bibliografia na área de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional de autores nacionais e estrangeiros.

No primeiro momento tecemos considerações sobre a idéia e comentamos a parte histórica sobre A Separação de Poderes, que se revelam importantes para o desenvolvimento deste trabalho.

No segundo momento tratamos sobre a implantação da Separação de Poderes no Brasil, trazendo os artigos que foram inseridos em nossas Constituições desde 1824.

Num terceiro momento damos enfoque à questão da Separação de Poderes com base nas obras de autores nacionais, sem deixar de nos socorrer de outros autores nacionais, inclusive de alguns de nossos vizinhos da Argentina, bem como adunamos ao final do trabalho um apêndice alguns julgados que abordam essa questão.

No quarto capítulo, abordamos o tema à luz de Hans Kelsen, com base no nosso material utilizado em classe quando da apresentação sobre Separação de Poderes, Democracia e Autocracia, fulcrando-nos aqui, tão somente sobre o primeiro aspecto.

Por fim, expomos nossa conclusão sobre o tema abordado.

Relevante à presente matéria está o momento político brasileiro que se encontra em período eleitoral, onde o governo de esquerda que adotou todas as políticas econômicas de seu sucessor e frustrou a moral da maioria de seus eleitores conscientes, roga por nova corrida as urnas em seu favor para quem sabe tentar sua perpetuação no poder já que alegou não saber de nada sobre os infortúnios perpetrados ao longo de seu primeiro governo.

Verifica-se nitidamente a diferença das promessas de campanha com a realidade que nos é imposta por forças alheias à nossa vontade. Uma questão de suma relevância é justamente a permanência do sistema de Separação de Poderes albergados na nossa Carta Magna, em especial o artigo 2º e o inciso terceiro do parágrafo quarto do artigo 60.

Conforme restou claro nos debates ocorridos no decorrer do período em que cursamos a disciplina Teoria Geral do Estado, muitos temas trariam uma contribuição científica para o direito, todavia, este, por termos sido escolhido, e, encorajados por nosso professor, arriscamo-nos a escrever procurando ressaltar a importância das técnicas e meios para evitar a concentração através da idéia de separação de poderes para o Estado e os cidadãos.

2. A Separação de Poderes

Breve Histórico

A idéia de separação de poderes já encontrava seus marcos na obra de Aristóteles – Política, 1298 ss. –, pois o pensador grego identificava a existência de diferentes funções estatais, a

saber: “as tarefas de um “poder deliberativo e decisório”, desigualmente quanto à aprovação das leis, às relações externas (alianças, guerra e paz) e à nomeação e responsabilidade de magistrados; segundo, as funções de decisão e injunção, atribuídas aos magistrados; e em terceiro lugar, a jurisdição” (1). Como aduz Sahid Maluf seria um esboço de uma divisão tríplice do poder em “legislativo, executivo e administrativo” (2).

Em Platão (Leis, 691 ss.) e a seguir em Políbio (História, VI 3 e 10-18), “teria o programa de controlo e moderação do poder uma referência organizativa mais forte. Ambos propuseram uma forma mista de governo, associando-a à idéia de dividir o supremo poder do Estado para assim limita-lo. Políbio escrevia (VI 10) que os diversos factores de poder deveriam ser contrabalançados reciprocamente “de modo a que nenhum deles adquirisse preponderância, tornando-se o factor decisivo, mas que todos permanecessem em equilíbrio, tal como numa balança; que as forças antagónicas se compensassem mutuamente e que assim se conservasse duradouramente a situação constitucional” (3). Inclusive, pretendia aplicar o princípio do equilíbrio dos poderes à política externa. No mesmo sentido, Cícero, em razão da “liberdade dos povos e a estabilidade estatal, pretendia dar a preferência a uma forma de Estado equilibrada e moderada (De re publica, I 69)” (4).

Ainda com amparo em Zippelius, verifica-se que “a idéia de equilíbrio dos poderes estava largamente divulgada desde o século XVI, tornando-se praticamente no século XVIII um conceito de moda: de acordo com a mecânica celeste newtoniana, os sistemas solares mantêm-se num equilíbrio de forças gravitacionais e centrífugas” (5).

John Locke (1632-1704), quando elaborou o segundo Tratado sobre o Governo Civil, delineou em sua teoria a distribuição das funções estatais entre órgãos diferentes. A idéia de divisão dos poderes também foi verificada por Henry Bolingbroke (1678-1751), Charles de Montesquieu, que veremos a seguir e David Hume (1711-1776), sendo de uma importância política extraordinária(6).

Um dos pontos fundamentais dessa idéia era de que “o rei em cujas mãos se depositava o poder executivo deveria respeitar as leis não podendo suspendê-las, nem em geral nem para um caso particular, e tão pouco podia delegar a jurisdição numa comissão nomeada por ele”(7). John Locke tinha desconfiança também do poder legislativo, protestando pela separação dos poderes executivo e legislativo.

“Atendendo à fraqueza da natureza humana, sempre disposta a usurpar o poder, seria uma tentação demasiado grande para aqueles que têm a faculdade da feitura das leis, disporem também do poder de execução dessas mesmas leis. Pois poderiam por esta via excepcionar-se a si próprios da obediência face às leis por eles emanadas, e adaptar a lei quer na conformação quer na sua execução ao seu próprio benefício particular, chegando ao ponto de prosseguir um interesse distinto daquele do resto da comunidade e contrário à finalidade da sociedade e do

governo” (Two Treatises of Government, II § 143). O remédio geral contra uma tal concentração de poder no Estado é “balancing the power of government by placing several parts of it in different hands” (II § 107).(8)

Como observado por Ives Gandra Martins, citado por Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional:

“Hoje estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Poíbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo – Rosseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chega-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas”(9). (sic)

Como se verifica, foi Charles de Montesquieu (1689-1755) o grande sistematizador da Teoria da Separação dos Poderes, deixando as bases dessa estrutura de organização de poder na obra denominada “O Espírito das Leis” (1748). Nela ele transformou as divagações filosóficas de seus antecessores em uma doutrina que foi desde logo adotada de forma indiscutível nos Estados liberais, permanecendo até os dias atuais.

Um aspecto muito importante a ressaltar é de que Montesquieu em momento algum propôs uma separação estanque. O que pode ser percebido do texto de sua obra é a preocupação em evitar o arbítrio, propondo, assim, que as funções de elaborar e de aplicar a lei não podem ficar concentradas nas mãos de uma única pessoa ou de um grupo de pessoas, pois acreditava que a concentração causaria o arbítrio e o abuso de poder. Também colocava a idéia de que o poder deveria frear o poder, que os norte-americanos denominaram sistema de freios e contrapesos. Nesse sentido a seguinte passagem da obra de Montesquieu é ilustrativa: “Se o poder executivo não tiver o direito de controlar os empreendimentos do Corpo legislativo; este tornar-se-á despótico porque, se ele puder atribuir a si todo o poder que puder imaginar, anulará todos os outros poderes” (10).

Para Montesquieu, o equilíbrio dos poderes seria tecnicamente alcançável quando se colocasse os poderes executivo, legislativo e judiciário nas mãos de órgãos distintos.

Celso Ribeiro Bastos assinalava:

“O que acontece é que para Montesquieu a separação de poderes não era uma teoria abstrata que se satisfizesse com a mera descrição das formas de atuar do Estado. Pelo contrário, ao determinar que à separação funcional estivesse subjacente uma separação orgânica, Montesquieu concebia sua teoria da separação dos poderes como *técnica* posta a serviço da contenção do poder pelo próprio poder. Nenhum dos órgãos poderia desmandar-se a ponto de instaurar a perseguição e o arbítrio, porque nenhum desfrutaria de poderes para tanto. O poder estatal, assim dividido, seria o oposto daquele outro fruído pelo monarca de então, desvinculado de qualquer ordem jurídica preestabelecida.” (11)

A teoria de Montesquieu encontra ressonância na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789, pois no artigo 16 estava expresso que se não houvesse a separação de poderes não haveria uma Constituição. Somente sob um governo moderado é que a liberdade do povo é garantida, ou seja, quando se assegura não haver abuso de poder, sendo necessário para tanto um mecanismo no sentido de haver cooperação e oposição dos poderes no Estado. Isso é possível quando há uma pluralidade de poderes. Como observa Zippelius, “este equilíbrio dos poderes é tecnicamente alcançável se se colocar o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial nas mãos de órgãos distintos”(12).

Para uma análise das contribuições de Locke, confira-se a contribuição de Carlota Jackisch – responsável pela área de Ciência Política no Centro Interdisciplinar de Estudos Sobre o Desenvolvimento Latino-americano, CIEDLA, da Fundação Konrad Adenauer, de Buenos Aires. A incerteza que gera o chamado “estado de natureza” faz com que o homem se submeta ao domínio e controle do poder político(13).

Esta justificação da acepção de subordinação a uma instância superior é complementada com o raciocínio de que para poder evitar o estado sumamente inseguro da luta de todos contra todos se aceita o poder de algum ou alguns, para desta maneira preservar suas vidas, suas liberdades e suas posições, e sua propriedade.(14)

De outro modo, o poder arbitrário e absoluto de governar sem leis estabelecidas não pode ser compatível com os fins da sociedade. “Não existirá também liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo”(15).

Tratando de forma resumida a implantação efetiva da Separação de Poderes na história, cabe registrar que nos antigos Estados monárquicos, medievais e nos idos da idade moderna, assim como nas primitivas repúblicas gregas e romanas, pode se dizer que não havia uma divisão de funções de governo. O monarca, nas assembleias populares acabava acumulando as funções de julgar as controvérsias, legislar e executar as leis. Os filósofos antigos, entretanto, pensavam na limitação do poder do monarca. Nesse sentido Sahid Maluf assenta que: “Platão no *Diálogo das leis*, aplaudindo Licurgo por contrapor o poder da *Assembleia dos Anciãos* ao

poder do Rei, doutrinou que “não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos”(16).

Como mencionado alhures, após Montesquieu sistematizar as divagações filosóficas de seus antecessores, a doutrina foi adotada pelos norte-americanos antes mesmo dos Estados europeus. A primeira Constituição escrita que adotou integralmente esta doutrina foi a do estado da “Virgínia, em 1776, seguida pelas Constituições de Massachussetts, Maryland, New Hampshire e pela própria Constituição Federal de 1787”(17).

A França, em sua Constituição de 1848, reafirmou o princípio da Declaração dos Direitos do Homem, reafirmando que: “a separação de poderes é a primeira condição de um povo livre”(18).

Entretanto, foi notadamente a partir das Revoluções Liberais Burguesas, cujo ápice está nos séculos XVIII e XIX, que as feições que a separação de Poderes possui em nossos dias se estabeleceram em suas linhas gerais, nos grandes modelos políticos que ali se erigiram, sobretudo o britânico, o francês e o norte-americano.

3. A implantação da Separação de Poderes no Brasil

Aqui no Brasil, com a Proclamação da Independência nasceu o constitucionalismo e foi então, observada a separação de poderes na Constituição Imperial de 1824.

3.1. A Separação de Poderes na Constituição de 1824

Art 9º “A divisão, e harmonia dos Poderes é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantia, que a Constituição offerece”.

(...)

Art 13 “O Poder Legislativo é delegado à Assembléia Geral com a sanção do Imperador”

(...)

Art 98 “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 intensamente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

(...)

Art. 101. "O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado."

Art. "102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado".

As disposições da Constituição do Império mostram que o Monarca conseguiu manter uma estrutura política de controle sobre as funções principais de poder e de Estado.

A Constituição de 1824 estabelecia quatro poderes, o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador.

O contexto em que foi elaborada a primeira Constituição do Brasil explica a adoção de um modelo tão peculiar.

Primeiramente, deve ser lembrado que o Imperador D. Pedro I dissolveu a Assembléa Constituinte e, portanto, a Constituição de 1824 foi outorgada, tendo sido organizada conforme os anseios do monarca que resguardou para si o Poder Moderador que significava a possibilidade de intervir nos demais Poderes, de forma que mantinha em suas mãos o controle sobre as instituições fundamentais sobre as quais o Estado se organiza, rompendo com o principal escopo da separação de poderes, encontrando uma fórmula para reinar de forma absoluta.

3.2. A Separação de Poderes na Constituição de 1891

Com a proclamação da República em 1891, foi elaborada uma nova Constituição que trouxe uma grande mudança na estrutura política do Estado brasileiro, pois a forma de governo passou a ser republicana, a forma de Estado federativa e a separação de poderes tripartite.

As Constituições que seguiram mantiveram a tripartição de Poder. Não é demais ressaltar a importância da separação de Poderes disposta no parágrafo 4º do artigo 60 da CRFB de 1988 onde contém norma expressa proibindo a deliberação de proposta de emenda que tente abolir a separação de poderes, portanto, as cláusulas pétreas garantem a integridade da Constituição e, dessa forma, não é possível suprimi-la.

“Artigo 60 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...

III – a separação de Poderes;

Como se observa, a Constituição Brasileira de 1988 acolhe a separação de poderes como princípio estruturante do Estado “brasileiro”. Assim, algumas reflexões sobre o significado dos princípios são importantes.

Manoel Messias Peixinho explica que toda a ciência se desenvolve e se estrutura a partir de princípios. Ressalta que os princípios é que dão logicidade à idéia de sistema.(19)

Segundo o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípios são alicerces do ordenamento jurídico, são os elementos nucleares de um sistema. Os princípios provocam a produção de norma, proíbem a realização de atos que sejam contrários aos valores que eles traduzem, desempenham um papel importante ao auxiliarem o interprete do Direito(20).

4. Teoria da Separação de Poderes

Nada melhor aqui do que nos utilizarmos da experiência de juristas nacionais e estrangeiros, para, *an passam*, tratarmos pelo que de melhor falam os constitucionalistas a respeito do tema.

O artigo 2º da Constituição Brasileira dispõe que:

Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

É cristalino, com base no que vimos na parte histórica das constituições brasileiras e reprisada nesse artigo, portanto, que este é um dos pilares do Estado, por isso incluída dentre os princípios constitucionais fundamentais pátrio, entretanto como ressaltado por José Afonso da Silva, atualmente “não configura mais aquela rigidez de outrora”(21). Como assentado em sua obra Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional, uma vez que, “a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de Poderes e novas formas de relacionamento entre órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário”(22), adotando-se inclusive nova nomenclatura para essa teoria, para

“*colaboração de Poderes*, que é característica do Parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no Presidencialismo desenvolveram-se as técnicas da *independência e harmonia dos Poderes*”.

Em que pese, entretanto, essa nova nomenclatura trazida por José Afonso da Silva, impende tratarmos da separação dos poderes a fim de não perdemos o foco de nossa monografia. Nesse passo vale dizer que divisão de poderes significa a confiança de cada uma das funções de governo a órgãos diferentes que “tomam os nomes das respectivas funções (menos o Judiciário): órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Judiciário”(23).

A fundamentação da separação de Poderes se dá em dois elementos como assevera José Afonso da Silva: *especialização funcional e independência orgânica*. A primeira com significado de que cada órgão tem sua devida especialização no exercício de sua função: “As Assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; Judiciário a função jurisdicional”(24). A segunda, com significado de que além da especialização funcional, faz-se mister a independência de cada órgão sobre os outros, levando-se em conta principalmente a ausência de meios de subordinação. “Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder”(25).

Karl Loewenstein apontava que:

“A separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político. O que correntemente, entretanto erroneamente, se designou como separação de poderes estatais, é na realidade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado”(26).

No que tange a questão da independência dos Poderes imperioso ressaltar que a investidura e permanência das pessoas nos órgãos do governo não está atrelada a confiança nelas depositadas nem da vontade dos outros. Não há a necessidade das pessoas investidas no cargo de consultar terceiros, ou mesmo prescindirem de autorizações para o desempenho de suas funções. “Na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais”(27).

A estrutura hoje existente na Constituição de 1988 pode ser melhor compreendida à luz do que ensina José Afonso da Silva:

Assim é que cabe ao presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração Federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais competente elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização,

direção e polícia; ao passo que o chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos (arts. 51, IV, 52, XIII, 84, I, II, VI e 96).(28)

Conforme previsto nos artigos 95, 96 e 99 da CRFB, a autonomia e a independência do Poder Judiciário ficaram ainda mais destacadas, uma vez que agora tem competência para nomear juízes e para outras questões referentes ao funcionamento e a sua estrutura, inclusive no que se refere à questão orçamentária.

Quanto à questão da Harmonia entre os Poderes vale assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do Poder nem sua independência é absoluta, uma vez que na hipótese de interferência de um Poder no outro há o sistema de freios e contrapesos que orienta no sentido de haver harmonia entre os três Poderes. O sistema de freios e contrapesos possibilita que um Poder fiscalize o outro para evitar excessos, assim, por exemplo, através do controle de constitucionalidade o Judiciário poder anular atos administrativos, oriundos do Executivo, que tenham sido editados com excesso ou abuso de poder; outro exemplo é a possibilidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando esta seja contrária à Constituição.

Para exemplificar essa questão valemo-nos do acórdão trazido por José Afonso da Silva.

Jurisprudência – "(...) Norma inserida, por emenda parlamentar, em projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, que acarreta aumento de despesa pública – Ofensa aos princípios da independência e harmonia entre os Poderes – Precedente da Corte em face da Constituição de 1988" (STF, ADIn/MC 873-RS, rel. Min. Paulo Brossard, j. 27.5.1993, RTJ 148/701).(29)

Cada órgão tem uma função que lhe é própria específica destinada pela Constituição, porém, para garantir a própria independência do órgão e evitar a intromissão de um poder no outro, o sistema admite que um órgão, excepcionalmente e nas estritas situações e condições previstas no texto da Constituição, realize uma função que, em princípio não seria a sua específica, ao que se denomina função atípica.

A possibilidade constitucional do desempenho de funções atípicas é explicada pela necessidade de manter a independência do Poder, assim é que ao Legislativo compete dar férias aos seus servidores, que embora configure ato de administrar próprio do executivo, foi atribuído ao legislativo, uma vez que dessa forma seria evitado, por exemplo, a intromissão indevida de um Poder no outro, como no caso do Chefe do Executivo querer retaliar os congressistas por terem derrubado o veto presidencial e determinar férias coletivas dos servidores do Congresso impedindo o normal funcionamento do legislativo. Portanto, não sendo possível dar azo a situações de abuso, a Constituição assegurou a possibilidade dos órgãos estatais além de

realizar as suas funções próprias (típicas), poderem desempenhar, de forma excepcional, as funções que seriam típicas do outro poder.

Como exemplos de funções atípicas podem ser citadas as seguintes disposições da Constituição brasileira:

Artigo 62 “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Nesse caso, o Chefe do Executivo Federal legisla, embora haja o controle superveniente do Legislativo, já que a medida terá que ser submetida à apreciação do Congresso Nacional.

Artigo 96 “Compete privativamente:

I – Aos Tribunais:

a – eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos (...);

b – organizar suas secretarias e serviços auxiliares (...);

c – prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

(...)

f – conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros (...).”

O Poder Judiciário através de seus Tribunais realiza uma função atípica ao elaborar o respectivo regimento interno. Por outro lado, quando concede licença a seus membros realiza uma função que seria caracterizada como administrativa, por isso mesmo atípica.

Como assevera Carlos Ari Sunfeld, “os poderes exercem suas funções com independência aos demais”(30). Cada qual, seja executivo, legislativo ou judiciário possui suas autoridades, “que não devem respeito hierárquico “às autoridades do outro poder”(31). Não é possível, portanto, que o Presidente da República interfira na magistratura, da mesma maneira que é inconcebível o Presidente do Congresso Nacional avocar para si atribuições de Ministros do Executivo.

Ora, se não houver uma harmonia entre os poderes, não haverá um Estado democrático de direito. Para tanto é necessário que os poderes sejam distintos e harmônicos entre si, “com direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos”(32). Caso contrário estaremos diante da supremacia de um Poder sobre o outro que levará a derrocada de um, consequentemente, provocando o fim dos demais, com o retorno ao Estado autoritário, absoluto e mesmo ditatorial.

A aglutinação do exercício do poder político em qualquer um dos órgãos do Poder é nocivo ao Estado e aos seus cidadãos. Nesse contexto, reforça as palavras de Flávia Viveiros de Castro em seu artigo O Princípio da Separação dos Poderes, “se há dificuldades relativas à divisão dos poderes – complexidade do Governo, morosidade do Judiciário, pouca operosidade do

Legislativo, choques e conflitos abertos ou latentes entre os diferentes órgãos do poder – as consequências da concentração dos mesmos em um só pólo são desastrosas”(33). A autora citada afirma ser fato que a doutrina aponta críticas a separação de poderes, dentre elas a de que jamais teria havido, realmente, tal separação; que este princípio nunca garantiu efetivamente a liberdade e os direitos individuais, nem a democracia; que a evolução social cria a necessidade de mais rápida normatização e mais célere atuação do estado(34).

Conclui a autora supracitada que “não se pode contudo deixar de reconhecer, que a separação das funções do Estado em diferentes órgãos constituiu um efetivo obstáculo para o exercício arbitrário do poder”(35).

Segundo o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

“A constitucionalística mais recente salienta que o **princípio da separação de poderes** transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como “divisão”, “controlo e limites” do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. O princípio da separação como forma e meio de *limite do poder* (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado, e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva ou separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder”(36).

5. Uma breve exposição do tema à luz do pensamento de Hans Kelsen

Socorrendo do material que tivemos que preparar para apresentar em nossa exposição sobre o tema “Separação de Poderes” com esboço na obra Teoria geral do direito e do Estado de Hans Kelsen e, seguindo exatamente a sistematização do autor faremos uma breve exposição de seu pensamento.

5.1. Conceito de “Separação de Poderes”

Em sua obra, Teoria Geral do Direito e do Estado(37), o autor questiona os parâmetros teóricos de Montesquieu na sua realidade fática, pelo exemplo da Suprema Corte norte-americana na sua função revisional da constitucionalidade das leis promulgadas pelos

legislativos estaduais e federal. Demonstrando, assim, a idéia preliminar da intromissão dos poderes, de um poder no de outro, para o próprio funcionamento do sistema de “pesos e contrapesos” da Constituição do EUA, o que torna patente que as fronteiras dos clássicos três poderes não são tão fáceis de serem verificadas como se pode observar da vida prática da gestão dos Estados.

Define Kelsen que não há três, mas duas funções básicas no Estado: “a criação e a aplicação do direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas”(38).

Na primeira parte da definição Kelseniana, há a distinção entre quem cria e quem aplica o Direito de forma não é compartimentada, ao contrário do com consta na Teoria Geral do Estado vulgar, pois todos os poderes criam e aplicam Direito, como ao longo do capítulo é desenvolvido.

Já na segunda parte de sua afirmação, as funções estatais são infra-ordenadas pelos regulamentos e atos do poder cotidianos do aparelho burocrático e supra-ordenadas pela constituição e pelas leis que regem a matéria organizacional dos órgãos estatais.

A. A Separação do Poder Legislativo do Executivo

a) Prioridade do chamado órgão legislativo

O tratadista desmistifica a idéia dos órgãos do poder legislativo como casas de leis, pois a “legislação”(39) (aspas do autor) é fruto de uma interação dos poderes, como explana melhor no item seguinte, frisando que não há em qualquer Estado moderno o monopólio do poder legislador em legislar. Mesmo quando tal atribuição está claramente definida no texto constitucional, em verdade os outros poderes sempre acabam exercendo funções legislativas, seja no aspecto de propositura ou veto, suspensivo ou definitivo, ou de aplicação interpretativa das normas legais.

b) Função legislativa do chefe do departamento executivo

Preliminarmente, Kelsen constata o óbvio de que a maioria das constituições que incorporam o princípio da separação de poderes autoriza o chefe do poder executivo a decretar normas gerais em lugar do poder legislativo, sem que este o autorize para tanto, geralmente em situações especiais. Para o positivista Kelsen, essas situações especiais envolvem, por exemplo: “guerra ou crise econômica”(40). Enquanto isso aqui na “terra tupiniquim” as medidas provisórias proliferam por tudo e qualquer coisa.

Discorre ainda sobre a competência legislativa complementar do chefe do executivo para regulamentar matérias cujo disciplinamento necessite ser feito de maneira mais minuciosa do que a contida na norma legal, desde que o legislativo deixe de fazê-lo ou atribua essa competência ao executivo. Este não fazer, definido por Kelsen com a impossibilidade de um

vácuo jurídico, define bem a idéia do autor da imperiosa necessidade de não haver situação dentro do Estado em que não haja qualquer normatização. Aponta como solução a via consuetudinária, ou seja, o direito construído na visão do *common law*, na realidade anglo-saxônica de que a constituição pode não ser formal, mas sim material, constituindo o direito pela interpretação de precedentes, tanto na gestão do Estado (como é o caso), como na aplicação das leis aos fatos cotidianos de interpretação ou infringência. Neste sentido, aborda a importância do Decreto-Lei como exemplo da atividade legislativa do executivo, como também o veto, no seu caráter absoluto (hoje praticamente inexistente) ou suspensivo, na interferência do executivo na elaboração das leis pelo órgão “apropriado”.

c) Função legislativa do judiciário

Neste tópico, aborda dois aspectos que considera mais contundentes: o primeiro, a função legislativa dos tribunais de anular leis inconstitucionais e, o segundo, a forma consuetudinária (sistema de *common law*) de estabelecer precedentes que podem definir o sentido das leis até de maneira diversa ou inimaginável pelo órgão legislador propriamente dito.

B. Não separação, mas distribuição de poderes

Demonstra Kelsen o fato que, mesmo quando em constituição se define o poder legislativo com órgão legiferante, tal atribuição é sempre compartilhada com o executivo e o judiciário, como ele próprio diz: “a sua designação com órgão legislativo e tão mais justificada quanto maior for à parte que ele possui na criação de normas gerais”(41).

C. Separação do poder judiciário do poder executivo (administrativo)

a) Natureza da função judiciária

Na mesma linha de contestação da teoria clássica da separação, contrapondo-a a de função prioritária, mas não monopolizadora, explicita a atuação do judiciário como executivo (executor das leis), pois cabe ao tribunal a aplicação da norma ao caso concreto qualificado como delito civil ou criminal, e a aplicação, efetiva, da sanção correspondente.

b) Função legislativa judiciária dos órgãos do poder executivo (administração)

Tal função fica patente pela competência dos órgãos administrativos de “julgar” os processos que transcorrem por esta via, especialmente quando se trata de deliberação sobre recursos contra decisão de órgão da própria administração e da capacidade coercitiva de aplicar as normas de forma análoga às sentenças exaradas pelo judiciário.

c) Independência dos juízes

Nesta parte é discutida a independência daqueles que julgam, enquanto magistrados propriamente ditos ou como simples agentes da administração pública. Kelsen torna patente que o administrador, quando exerce função assemelhada a judicante, não possui, via de regra, a mesma independência de um juiz no seu exercício de poder na administração pública. Contudo, mesmo quando se preocupa em dar aos titulares de órgão administrativo uma independência assemelhada à que é dada aos integrantes do judiciário, aquele não é considerado tribunal, tanto que suas decisões podem ser objeto de revisão pela via judiciária. Em suma, a palavra independência, posta entre aspas por Kelsen, parece caracterizar uma crítica do mesmo ao conceito absoluto de independência de todo aquele que exerce função judicial ou, de certa forma, para-judicial.

d) A função administrativa específica: o ato administrativo

O ato administrativo é, antes de tudo, ato de governo (vulgarmente identificado como executivo). Assim, os atos administrativos diferem das transações jurídicas por serem atos de órgãos do Estado; já as transações jurídicas, conforme o autor, “podem ser, e normalmente são, atos de indivíduos privados, e porque o protótipo daqueles é uma dedicação unilateral de vontade ao passo que o protótipo destes é o contrato”(42). Contudo Kelsen bem apercebe a existência dos contratos ditos administrativos, em que uma autoridade investida do poder de gestão celebra com pessoa física e jurídica de direito privado, sem comentar a possibilidade de feitura de contrato entre duas pessoas do poder público. Por fim, reflete apenas sobre o sistema de nomeação de funcionários públicos praticado nos EUA (diverso do praticado no Brasil, mediante concurso), razão pela qual não é objeto de nossas considerações. Finaliza o pensador alemão frisando que os contratos, em geral, têm suas divergências sanadas pela via judiciária (não aborda a arbitragem), enquanto os administrativos podem ter seus litígios solvidos na própria esfera da administração.

e) Administração sob controle do judiciário

Kelsen deixa patente, como prova da não divisibilidade dos poderes o fato de que o órgão administrativo, enquanto integrante do executivo e diante da infração do indivíduo frente às normas do Estado, não ter levar o possível infrator às “barras dos tribunais” para fazer valer o seu caráter regulatório, no que ficariam as partes niveladas perante o órgão judicante apropriado. Como os entes administrativos dispõem de poderes e instâncias próprios para “julgar” e aplicar sanção, a um quê de atividade judicial no processo administrativo contencioso.

Na concepção liberal, detectada por Kelsen, houve a tentativa de materialização desta igualdade do ente estatal e do indivíduo (inclusa a pessoa jurídica) de forma que somente aos tribunais coubesse impor a sanção da norma administrativa não observada. Contudo, este propósito se manifestou irrealizável, tanto no sistema anglo-saxônico de direito (Inglaterra e EUA), como no europeu (em especial França e Alemanha).

f) Ligação íntima entre a função administrativa e judiciária

Neste aspecto, o texto parece indicar a relação do judiciário com a esfera administrativa, tendo o primeiro como a *ultima ratio*, ou seja, o judiciário serve, principalmente, para contemplar a coerção administrativa quando a exercida pela própria administração pública se revela insuficiente. Por outro lado, o judiciário serve como elemento de suplicação quando há o abuso do público (no caso poder) ante o privado. No caso brasileiro, não há a necessidade de esgotamento da via administrativa para o recurso judicial, atualmente ambos os procedimentos (administrativo e judicial) podem se dar concomitantemente.

g) Processo administrativo

Neste ponto, considera o tratadista que, na realidade norte-americana, estando o Kelsen exilado nos EUA, desde que garantido o *due process of law*, poder-se-ia conceder ao processo administrativo a mesma garantia de imparcialidade (identificada com segurança jurídica) que a almejada nas cortes de justiça.

D. Atos coercitivos dos órgãos administrativos

No mesmo trabalho, aborda aspecto que foge a muitos, mesmo entre os atuantes na vida jurídica: “o quanto os atos administrativos interferem na atividade humana de forma cotidiana, mesmo em situações que não decorrem de sanção”, o que exemplifica “na evacuação a força de moradores de construções que ameaçam desabar, a demolição de outras para interromper o avanço de incêndio, o abate compulsório de gado infectado por certas doenças, a internação não voluntária de indivíduos cujas condições físicas ou mentais constituam perigo para saúde ou a incolumidade dos demais”(43). Este poder, dito de polícia, é o mais manifesto da coerção permanente da administração pública por sobre os cidadãos e os demais habitantes do território estatal, independente do conceito de culpa, portanto de aplicação de penalidade.

E. Administração direta e indireta

Neste item, explana sobre a distinção entre a administração direta, ou seja, aquela exercida pelo Estado através de seus próprios agentes, e a indireta, exercida por terceiros em nome do Estado. Dá como exemplo da distinção geral entre ambos as formas de administração: “quando cidadãos de um distrito são obrigados por um Estatuto de administração a construir uma estrada pública e agências administrativas são autorizadas a punir cidadãos que não cumprem essa obrigação, ocorre administração indireta, mas quando a estrada tem de ser construída e mantida por órgão do Estado, isto é, quando as ações desejáveis do ponto de vista da administração pública são deveres de funcionários de Estado, a administração é direta”(44). A análise, elaborada por Kelsen, se prende à realidade encontrada por ele em seu exílio nos anos 40 nos EUA, em que a interferência do *new deal* de Roosevelt, através de

agências como a TVA (Tennessee Valley Authority), resultou numa forte atuação estatal em áreas que, historicamente, a sociedade americana atribuía à iniciativa privada. Como, pelo ordenamento jurídico norte-americano, tal atitude era atípica (razão pela qual encontrou forte resistência da Suprema Corte), essa foi à via inovadora engendrada pelo presidente da época para tentar retirar o país da estagnação econômica resultante da depressão pós 1929. Daí a certa simplicidade de Kelsen ao abordar a distinção em tela.

F. Controle jurídico da administração pelos tribunais ordinários ou administrativos

Discorre Kelsen sobre a criação de tribunais próprios para o controle dos atos administrativos na esfera não judicial, no que indica como tribunais não ordinários, mas precisamente por tribunais administrativos especiais (45).

Dentro da sua linha de crítica da teoria da separação de poderes, Kelsen considera a idéia do controle dos atos administrativos apenas por órgão externo ao executivo e no âmbito do judiciário como um purismo absurdo. Preconiza a possibilidade de verdadeiros tribunais dentro do executivo para questões de natureza administrativa.

G. Controle da legislação por tribunais

Argutamente, Kelsen identifica a raiz do controle judicial dos atos dos demais poderes, em especial da legalidade das leis, no caso frente à constituição, ou mesmo dentro da hierarquia das normas (consoantes a célebre pirâmide elaborada pelo mesmo autor), na reação liberal ao absolutismo monárquico nos séculos XVII e XVIII. Neste processo, o judiciário é o primeiro a ganhar foro de independência, pois, mesmo agindo em nome do rei, passou a agir até mesmo em contrário aos interesses do monarca. Em suma, dentro da história constitucional inglesa, cujos princípios foram absorvidos pela Revolução Americana, diz Kelsen claramente: “o chamado poder judiciário funciona como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do executivo. O desejo de estabelecer tal equilíbrio foi uma das forças motrizes na evolução da monarquia constitucional a partir da monarquia absoluta”(46).

H. O papel histórico da “separação de poderes”

Neste tópico, encontramos toda uma reflexão histórico-crítica de que a separação dos poderes (aí colocada por Kelsen sempre entre aspas) serviu a um propósito: o de ser um instrumento de contraposição teórica ao princípio da unicidade do poder nas mãos do soberano, como fonte prima de toda a lei e de todo o direito. Por tal motivo, não haveria, para Kelsen, a necessidade de manter o purismo dessa concepção como se o indivíduo ainda tivesse correndo o risco de sofrer restrição aos seus direitos se, o executivo fosse o mais restrito à mera função

administrativa, o legislativo à de ser o autor das leis e o judiciário à de julgar os litígios individuais ou dos entes privados com o ente estatal.

I. Separação dos poderes e democracia

Paradoxalmente, Kelsen defende que o princípio da separação de poderes compreendido de forma literal ou interpretado como um princípio de divisão de poderes não é essencialmente democrático. O pensamento Kelseniano faz a Democracia depender da vontade popular manifesta pelos seus representantes eleitos, já que considera implausível a sobrevivência, no mundo moderno, da democracia direta (na qual o povo legisla em assembléias gerais). Assim, a ingerência do legislativo nas funções próprias, conforme a síntese teórica de Montesquieu, do Executivo e Judiciário, propiciam um grau de ação democrática de gestão participativa maior do que um executivo cujo detentor é uma ou poucas pessoas e a de um judiciário em mãos de juízes dotados de privilégios que garantem a independência até mesmo perante o Povo. Por outro lado, Kelsen só admite as funções legislativa e administrativa pelos tribunais como fator decorrente da luta liberal (individualista) contra o absolutismo monocrático dos reis europeus.

Do que vimos acima e amparados no estudo de Luis Carlos Martins Alves Junior, doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais comenta a separação de poderes, a partir da obra de Kelsen, podemos extrair o seguinte:

Os múltiplos órgãos do Estado, que cumprem funções parciais, têm como fim último fazer valer a atuação total do "organismo" único chamado Estado: criação e aplicação do Direito.

O poder do Estado é capacidade de fazer eficaz a sua ordem jurídica. O poder é uma função do Estado, que é distribuída, geralmente, em três órgãos (poder legislativo, poder executivo e poder judiciário).

A tripartição dos poderes reside, em verdade, numa bipartição de funções: criar e executar o Direito.

A função típica do poder legislativo é criar leis, ou seja, as normas jurídicas gerais. Essa função pode ser, positivamente, exercida pelos outros dois poderes, de maneira atípica e excepcional.

Os poderes executivo e judiciário têm a função típica de aplicar as leis, sendo que este só o fará quando instado por uma parte para dirimir uma controvérsia em um caso concreto. A função executiva (aplicadora) divide-se em função administrativa e judicial.

Podem os poderes executivo e judiciário exercer a função legislativa, negativamente, com os institutos do veto (executivo) e do controle jurisdicional de legalidade, segundo Kelsen.”(47)

6. Conclusão

Diante do até aqui foi exposto, verificamos a importância num Estado Democrático de Direito da Separação dos Poderes na medida em que é necessário haver a divisão do exercício do poder político em órgãos distintos, mutuamente controlados por cada um deles.

Verifica-se, portanto, o papel da separação dos poderes no exercício do poder político, onde cada Poder corresponde a um limite ao exercício das atividades do outro, de forma a como ressaltado no capítulo III acima, o sistema de freios e contrapesos, onde o poder freia o outro, evitando-se a usurpação do poder por um outro qualquer, com o fito de evitar a tirania, pois como prescrito por Montesquieu “quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente”(48).

A prática mostra que há uma interpenetração de poderes.

O sistema de freios e contrapesos possibilita que um poder fiscalize o outro, assim é que o Legislativo tem um órgão auxiliar que é o Tribunal de Contas (artigos 70 e 71 da CRFB de 1988), que verifica as contas prestadas pelo Executivo; nesse mesmo espírito o Poder Judiciário pode, através do controle de constitucionalidade, fazer a guarda da Constituição, revendo e decidindo sobre a consonância da lei à Constituição.

A maior garantia de freio ao Poder Estatal é o exercício consciente da cidadania, pois, a participação dos cidadãos no controle e fiscalização da atuação dos seus representantes é sem dúvida a alma da democracia.

Flavia Viveiros de Castro citando Charles Cadoux fala da renovação do princípio da separação de poderes suscitando a inclusão de contra-poderes suficientes para conter a tendência monopolizadora da ação governamental, *que seriam exercidos de fora da clássica divisão tripartite de Montesquieu, assumidos pela imprensa, pela sociedade civil organizada, pelas associações religiosas entre outros novos atores da democracia contemporânea*.(49)

Havendo a liberdade política, num cidadão, haverá a tranquilidade de espírito oriundo da opinião de que cada um possui de sua segurança. Desta forma, e que para que se tenha esta liberdade é necessário que o governo seja de tal modo confiável e seguro, para que um cidadão não tema seu semelhante. Assim sendo, estariam consagrados os direitos fundamentais, a liberdade e a democracia.

Notas

- (1) ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, p.406.
- (2) MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. São Paulo: Sugestões Literárias, 19ª ed, 1988, p. 219.
- (3) Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, p.407.
- (4) Ib idem.
- (5) Ib idem.
- (6) Ib idem.
- (7) Ib idem.
- (8) Apud ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, p. 407.
- (9) Apud MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas, 16ª ed. 2004, p.383.
- (10) MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. O espírito das Leis, São Paulo: Ediouro p. 137.
- (11) BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. Ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995/96, p. 300.
- (12) MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. O espírito das Leis, São Paulo: Ediouro p. 137.
- (13) JACKISCH, Carlota. *"Teoria de Distribución de Poderes"* in Division de Poderes. Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires. p. 9.
- (14) JACKISCH, Carlota. *"Teoria de Distribución de Poderes"* in Division de Poderes. Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires. p. 9. Livre tradução.
- (15) MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, O espírito das Leis Clássicos de Bolso. São Paulo: Ediouro, p. 133.
- (16) Op cit. p. 219.
- (17) MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. São Paulo: Sugestões Literárias, 19ª ed, 1988, p. 220.
- (18) MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. São Paulo: Sugestões Literárias, 19ª ed, 1988, p. 221.

- (19) PEIXINHO, Manoel Messias. "Princípios Constitucionais da Administração Pública" in *Princípios da Constituição de 1988*. Organizadores PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.448.
- (20) MELLO, Celso Antonio Bandeira de.
- (21) SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda.. 2005, p. 44.
- (22) SILVA, José Afonso da. *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. RT. 1964, p. 34.
- (23) SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda.. 2005, p. 44.
- (24) Ib idem.
- (25) Ib Idem.
- (26) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 4ª reimp. Barcelona: Ariel. 1986 p 55. Livre tradução.
- (27) SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda.. 2005, p. 44.
- (28) Ib idem.
- (29) SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda.. 2005, p. 45.
- (30) SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda., 2004 p. 42.
- (31) Ib idem.
- (32) MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Editora Atlas, 16ª ed. 2004, p.387.
- (33) CASTRO, Flávia Viveiros de. *O Princípio da Separação dos Poderes*. *Princípios da Constituição de 1988*. Organizadores PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 150.
- (34) Op cit. p. 151-152.
- (35) CASTRO, Flávia Viveiros de. *O Princípio da Separação dos Poderes*. p. 151/152.
- (36) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 1998 p. 244
- (37) KELSEN, Hans, *Teoria geral do direito e do Estado*; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.385.

- (38) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.386
- (39) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.386
- (40) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.387.
- (41) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.390.
- (42) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.394
- (43) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.398.
- (44) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.399-400.
- (45) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.400.
- (46) Kelsen, Hans, Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005, p.402.
- (47) ALVES JR., Luís Carlos Martins. A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 1, n. 18, ago. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=59>>. Acesso em: 16 ago. 2006.
- (48) MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, O espírito das Leis Clássicos de Bolso. São Paulo: Ediouro, p. 133.
- (49) CASTRO, Flávia Viveiros de. O Princípio da Separação dos Poderes. p. 152.

Bibliografia

ALVES JR., Luís Carlos Martins. A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 18, ago. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=59>>

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 1998.

CASTRO, Flavia Viveiros de. "O Princípio da Separação dos Poderes" in: Princípios da Constituição de 1988. Organizadores PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Sugestões Literárias, 19ª ed., 1988.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso Direito Administrativo* Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 9ª ed, ver, ampl e atual, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. , São Paulo: Ediouro

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo, Atlas, 16ª ed., 2004.

JACKISCH, Carlota. "Teoria de la distribución de poderes" in Division de Poderes. Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. CIEDLA.

KELSEN, Hans, *Teoria geral do direito e do Estado*; tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 4ª ed., 2005.

LOCKE, John, *Dois tratados sobre o governo*; Martins Fontes, 4ª ed., 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 4ª reimp. Barcelona: Ariel. 1996. p 55. Livre tradução.

PEIXINHO, Manoel Messias. "Princípios Constitucionais da Administração Pública" in Princípios da Constituição de 1988. Organizadores PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores Ltda., 1ª ed., 2005.

_____, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. RT. 1964.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Malheiros Editores Ltda., 4ª ed., 5ª tiragem, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997.

Advogado. Membro do IAB. Professor de Direito Constitucional do Trabalho da UCAM. Mestre em Direito Regulatório pela Universidade Candido Mendes.

A Importância de um Código de Ética A Ética no Franchising

Luiz Felizardo Barroso

Sumário

1. A livre concorrência **2.** A auto-regulamentação **3.** A importância da ética **4.** A ética **5.** A ética nos negócios **6.** A ética na magistratura **7.** A ética em serviços profissionais **8.** A ética em finanças **9.** A ética no turismo **10.** A ética no marketing de rede **11.** A ética na atividade pública **12.** O Código De Auto-Regulamentação da Associação Brasileira De Franchising **13.** O Código de Deontologia da Federação Francesa de Franquia **14.** O Código Belga de Franquia Empresarial **15.** O Código de Deontologia Européia da Franquia **16.** Um Código de Ética para a Franquia Empresarial **17.** Dos Objetivos de um Código de Ética de uma Franquia Empresarial **18.** Conclusão

Prefácio

Os recentes acontecimentos envolvendo protagonistas das atividades negociais e dos homens públicos, que redundaram na instalação de diversas CPI, trazem à tona uma reflexão muito importante, qual seja a natureza e a eficácia dos mecanismos de regulação e controle destas mesmas atividades negociais, com reflexos, inclusive, no universo das franquias empresariais.

Ao contrário do que muitos possam imaginar, o panorama jurídico vigente em franchising é rico em diplomas legais a regulá-lo, direta e indiretamente.

Temos, hoje, no Brasil, a reger diretamente o Franchising, uma legislação específica, a Lei nº 8.955/94, que trata mais do oferecimento da franquia aos possíveis candidatos do franqueador, do que do relacionamento franqueador/franqueado.

Outros diplomas legais também são aplicáveis ao franchising, ainda que indiretamente, como por exemplo:

.Lei nº 6729, de 28.11.79 (Lei da Concessão Comercial de Veículos Automotores);

. Lei (antitruste) nº 8.158/91, contra a formação de cartéis; dispondo, no que mais nos interessa de perto, acerca do cerceamento à entrada no mercado de concorrentes; o controle regionalizado do mercado etc;

. Lei nº 8131, de 27.12.90, versando sobre os crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo, no que tange ao abuso do poder econômico para dominar o mercado, eliminando total ou parcialmente a concorrência; e, em detrimento desta, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança, entre ofertantes, visando o controle de rede de distribuição ou de fornecedores;

.Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), dispondo, entre outros, sobre os contratos de adesão, divulgação adequada de produtos ou serviços, publicidade enganosa; revisão de cláusulas contratuais etc;

.Código da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14.05.96) que, em seu artigo 211, determina ao INPI o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares, para produzirem efeitos em relação a terceiros.

Como, entretanto, nenhum destes diplomas legais regula especificamente a convivência e, portanto, o relacionamento diuturno franqueador/franqueado(1), cresceu em importância a necessidade de se aparelhar melhor o mercado, em uma instância que precede à das autoridades fiscalizadoras, vindo mesmo antes e estando, portanto, acima dos diplomas legais citados.

É a instância da ética, no dia-a-dia de um mercado cada vez mais concorrido, cujas dificuldades, não resolvidas a tempo e satisfatoriamente, potencializam crises e prejuízos, às vezes irreparáveis.

Não foi sem razão que a Associação Brasileira de Franchising criou o seu Código de Auto-regulamentação em Franchising ou Código de Ética da Franquia Empresarial, mas que só obrigaria os sócios da Associação que o instituiu.

“Isto porque os Códigos de Deontologia só vinculam os membros do agrupamento profissional a que se dirigirem e não têm sequer o valor de regras costumeiras ou de usos transnacionais (lex mercatoria). O seu valor de uso só foi reconhecido pelos tribunais na medida em que os contratos se lhe referiam”(2).

Esta assertativa nos leva à conclusão inarredável de que deveremos fazer constar de todos os nossos contratos representativos a existência de um Código de ética da Franquia Empresarial, a partir do momento em que o mesmo venha a ser implantado, depois de aprovado pelo Conselho de Franqueados, quando for o caso.

1. A livre concorrência

O mercado é uma instituição fundamental para os regimes democráticos e as economias não centralizadas. Todavia, a capacidade de atender, satisfatoriamente, ao consumidor e elevar o nível da concorrência nem sempre partem das empresas, espontaneamente. Pelo contrário, as

razões de conveniência, próprias da livre iniciativa, podem até ser predatórias, prejudicando sensivelmente o consumidor, destinatário final dos bens e serviços oferecidos no mercado.

É incontestável que, à medida que a concorrência aumenta, aumentam, também, as práticas não éticas. Por outro lado, não é menos verdade que a total ausência de competição é nociva à boa ética, pois, quando mais não fosse, não lhe proporcionaria a oportunidade de revelar-se.

Todavia, a mão invisível da concorrência não basta. Não pode, ela, por si só, obter resultados éticos desejáveis. Mas, nem por isso, vamos abolir de vez a concorrência, (como o fazem os países de regime político totalitário, onde predomina, pelo menos teoricamente, a ausência da concorrência), só para termos, como resultado, menos práticas anti-éticas.

Pelo contrário, preservemos nosso regime democrático, pois algumas práticas não éticas, neste nosso regime, só provam a confiança que a democracia deposita em seus líderes empresariais.

Todavia, em um mercado cada vez mais globalizado no qual as estratégias estabelecidas nas transações comerciais – grandemente estimuladas pela formação de blocos de nações – ultrapassam fronteiras, a competição nem sempre é feita dentro das regras que preservem o crescimento da economia nacional de um confronto devastador, com importantes reflexos, inclusive, no mercado de franquias.

Nessa esfera, a experiência internacional demonstra que o controle mais eficaz tem sido mesmo aquele exarado pelas próprias entidades privadas do setor, sem quaisquer interferências governamentais.

2. A auto-regulamentação

No mercado de franquias – que nos interessa analisar de perto – a auto-regulamentação a nível internacional, tem sido capaz de garantir uma padronização, não apenas de conduta, mas, também, de conceitos; cristalizados, todos, através de um Código de Ética, ou de Auto-regulamentação, (em constante aperfeiçoamento) ao qual, os associados da respectiva agremiação, aderem automaticamente, e que se destina, tanto a resolver conflitos, quanto a punir desvios do que tiver ficado estabelecido como sendo um padrão ético de conduta para o setor; decisões aquelas que garantem até a existência de uma certa “jurisprudência”, na interpretação do Código.

É bem verdade que para se ser franqueador ou franqueado não se precisa ser sócio de nenhuma associação. Nada impede, porém, que para integrar certa associação, em determinada categoria, a empresa tenha que preencher o pré-requisito de ser membro da associação inerente à classificação a que pertença (3).

Todavia, como vimos acima, é um sonho pensar em querer-se obrigar a seguir seus preceitos éticos quem esteja fora de determinada atividade. Não é sem razão que surgem diplomas

legais contemplando Códigos de Ética, cujo desconhecimento não se pode sequer alegar, para justificar o seu não cumprimento, pois tratar-se-ia, agora, de infração a uma lei.

Esta circunstância vem em favor do argumento de se adotar um Código de Ética para cada comunidade em ação, como uma necessidade imperiosa, em não havendo uma legislação específica a respeito.

“Dentro desse enfoque, recomendável seria que cada categoria profissional pudesse instituir, como norma de procedimento salutar dos seus associados, o seu próprio Código de Ética, contendo um repositório de preceitos e regras de conduta dos seus membros, a fim de conscientizá-lo dos direitos e obrigações, visando ao engrandecimento da profissão e de sua missão social e humana”(4).

3. A importância da ética

Seja como for, a ética tem muita força, porque quando, em nossas ações, fugimos dela, passamos a sofrer a censura de nossos pares e o alijamento de sua convivência que, em última análise, pode ser até mais cruel do que a própria sanção legal, com o cumprimento de uma pena pré-estabelecida em norma jurídica.

“O ético não demanda a vigilância de qualquer instância de poder exterior ao agente. Mas, que máximas morais pode a consciência impor a si mesma por seu valor ético imanente? Alguns atos são certos ou errados em si mesmo. Quebrar uma promessa, por exemplo, seria errado independentemente das conseqüências” (6).

As normas deontológicas devem, pois ser seguidas, não por serem úteis ou vantajosas para quem age, ou até para a humanidade em geral, e sim porque todo o indivíduo se impõe soberanamente o dever de adotá-las, de modo absoluto e necessário, ao ter consciência de que é um ente moral.

“Todavia, quando submetidas à competição, nossas ações mostram não só o que o ser humano pode fazer de melhor, como, também, o que pode tentar fazer de ilícito para se impor aos seus concorrentes”(6) sobrelevando-se a necessidade de um Código (ao qual aderimos espontânea e soberanamente) e que passará a balizar nossas ações quando nos faltem, até mesmo, condições e coragem para refletir sobre se seria ético, ou não, determinado modo de procedermos.

4. A ética

Mas, afinal, o que é Ética?

"Ética vem a ser um estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto"(5).

"Mas, valerá a pena ser ético em um mundo infestado de leis e regulamentos, como se o desrespeito freqüente às normas fundamentais e ao bom convívio pudesse ser compensado com a profusão de leis existente?" (6).

"Temos, hoje, uma corrida ética em sentido inverso" (7) e só por ingenuidade se acreditará que à mão pesada do Estado deve caber a missão de por fim aos atos eticamente condenáveis.

"Como tão bem assinalou Kant, não é tarefa do Estado, ou até de outros indivíduos, tornar alguém moral. Só o próprio indivíduo pode infundir moralidade em seu agir. Ser moral é fazer-se moral. Se assim não fosse, o ser humano não seria um ente autônomo. Só quem é senhor de si pode-se tornar um agente moral. Por essa razão, a luta pela liberdade acaba sendo, em última análise, uma luta ética. O que faz o homem sujeitar-se à lei moral é o fato de o fazer voluntariamente, como se estivesse legislando para si mesmo. Isso significa que cada indivíduo não é apenas sujeito de direitos e deveres. É também legislador para si mesmo ao estabelecer e ao se impor as normas gerais de justa conduta com base nas quais age. Fica claro que sem liberdade não teria o homem como desfrutar de autonomia moral"(6).

Isto nos leva a seguinte indagação: qual a distinção entre moral e ética?

Quem nos responde é o Prof. Ruy de Azevedo Sodré, o papa da ética profissional no Brasil.

"Moral e Ética têm a mesma raiz etimológica: - costume (ciência de costumes) mas são termos diferentes. Moral é a ciência do bem. A sua infração resulta numa sanção, na maioria dos casos imposta pela nossa própria consciência, que se traduz no remorso. Em outros, a sanção decorre de uma repulsa social. Ética vem do grego etos, que significa costume e tem uma etimologia significativa idêntica ao radical latino "mos" donde se origina a expressão moral. Ambas significam "costume ou hábito". A Ética se divide em Deontologia – ciência dos deveres, e Diceologia – ciência dos direitos.

Lúcida, também, é a distinção produzida por Ruy Rodrigo Brasileiro de Azambuja, quando ele afirma:

"Em se falando em moral, propriamente dita, se cuida da moral teórica, ao passo que ética é a moral prática. A ética trata, pois, da moralidade dos atos humanos."

"Ética é aquele máximo de honestidade que podemos colocar no mínimo que se exijam de nossa atuação em família, em sociedade, em negócios ou profissão. Ética é a parte da filosofia que estuda os deveres do homem para com Deus e a sociedade; deontologia; ciência da moral" (7).

A ética guarda uma relação muito estreita com o tempo e o espaço social e cultural em cujo contexto é analisada. Quem nos chama a atenção para este fato é a psicanalista Helena

Besserman Vianna. Na entrevista ao O GLOBO, intitulada "Brasileiros Valorizam a Família na Formação Ética" (8) ela assim se manifestou: "O que é moral e ético em uma cultura pode não ser em outra."

Para exemplificar, ela apresenta o que ocorre em certos países árabes, nos quais a poligamia é aceita e faz parte das leis. Ainda que a definição do que é ético seja variável, a psicanalista acredita que os valores morais transmitidos pela família são importantes na formação da personalidade.

Já o psicanalista Wilson Chebabi acredita que a ética é a base fundamental de todo saber respeitável, e não a eficácia: "Há uma tendência a privilegiar a eficácia em prejuízo do bem. O descaso com a ética é um fator ponderável em casos como o de adolescentes que queimam um índio indefeso – lamenta" (9).

"É urgente o resgate da ética. O fascínio pelas proezas da técnica precisa dar lugar ao respeito pela reflexão filosófica."

5. A ética nos negócios

Com o passar do tempo, porém, fatores éticos tem-se revelado de crucial importância para o funcionamento do sistema produtivo. Isto significando que regras éticas passaram também a ser vistas como podendo contribuir diretamente para o progresso social. É compensador, pois, e mesmo lucrativo, ser ético.

E não se trata, apenas, de cumprirmos fielmente o que foi por nós pactuado, trata-se do estabelecimento de regras do jogo estáveis, pois constantes alterações, após haver começado a competição, sempre geram instabilidade, diminuindo a coesão social e a própria prosperidade econômica.

Na época em que vivemos, quando tantos valores são esquecidos ou postergados, a ética há de ser estudada e instada.

Não é sem razão que, por volta de 1985, a ética nos negócios tornou-se um campo acadêmico, debatido por teólogos, filósofos e presidentes de grandes corporações. Nos anos 80, cerca de 75% das 1.200 maiores empresas americanas definiram seus códigos de ética e os melhores de seus funcionários foram treinados na ética dos negócios.

"Os homens de negócios que depuseram na pesquisa elaborada anteriormente aos estudos para a elaboração da obra *Ética em Negócios*, (10) embora confessassem a sua desconfiança nos concorrentes e na existência de práticas aceitas na indústria, mas que não são éticas, também manifestaram o desejo de alterar essas práticas e de estabelecer uma confiança mútua".

No Brasil, em 1981, ao tempo em que vigorava a distinção constitucional entre empresas nacionais e estrangeiras, tramitou na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei de nº 2.248-

0/76, encerrando um Código de Ética para Multinacionais, que definia o comportamento exigível das empresas que operassem no território nacional, sob o controle de capital estrangeiro, impondo-lhes padrões éticos de comportamento.

Em 1987, a Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas do Brasil, reunida através de suas Delegações Regionais, houve por bem, durante o seu IX Congresso Nacional, emitir a Carta de Salvador, contendo diversos pontos oferecidos à reflexão, constituindo a sua Ética nos Negócios.

6. A ética na magistratura

Mas não só a lisura nas atividades negociais está na berlinda nos dias que correm. O próprio exercício ilibado da profissão - quase sacrossanta - da magistratura está em jogo. A outra CPI, a do Poder Judiciário, está nos mostrando, com os desmandos praticados por uma das autoridades judiciárias - à frente dos negócios na Justiça do Trabalho em São Paulo (TRT) - o quão importante seria termos uma Regulação Externa da Magistratura, a qual muitos temem aceitar. A verdade é que os acontecimentos vindos à tona como a CPI do Poder Judiciário, estão a preocupar toda a sociedade, pois (...) cabe ao Poder Judiciário (...) impor-se pela serenidade, pela dignidade e, antes de tudo, pela ética. Em verdade, nenhuma instituição ou profissão, por mais respeitável e poderosa que seja, pode sobreviver sem um mínimo de credibilidade". (11)

Não é sem razão que o Desembargador J. Benício de Paiva de Minas Gerais, há muito, ofereceu um decálogo de sugestões para um Código de Ética da Magistratura, redigindo preceitos e normas, decorrentes da dignidade inerente ao cargo de juiz.

Paralelamente, ao tema controverso de Controle Externo do Judiciário, há um movimento para a Reforma do Poder Judiciário, encabeçado pela Associação dos Magistrados Brasileiros que tem à sua frente o Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, advogando a criação de um Sistema de Planejamento e Administração do Poder Judiciário, composto pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Conselhos Regionais e Estaduais de Justiça; são suas estas palavras:

"A preocupação ética, que nunca esteve afastada do universo jurídico, ressurgiu com fortalecida entonação, dirigindo-se a todo o campo social de atuação do Direito e passando a ocupar papel central na formação de seus profissionais, especialmente do Juiz" (12).

7. A ética em serviços profissionais

Não só nos negócios, manifestaram-se espontaneamente os empresários no sentido da formulação de princípios éticos ligados à sua atividade.

Também prestadores de serviços profissionais e profissionais liberais (estes últimos muitas vezes agrupados em sociedades profissionais, verdadeiras empresas prestadoras de serviços), formularam seus Códigos de Ética.

A começar pelos Clubes de Serviços, como o Lions e o Rotary Club, tendo, este último, lançado, campanha no sentido de promover uma volta a princípios éticos, sob o lema: “Ética é um princípio que não pode ter fim”. A propósito é mundialmente conhecida sua famosa prova quádrupla.

É verdade?

É justo para todos os interessados?

Promoverá a BOA VONTADE e MELHORES AMIZADES?

Será BENEFÍCIO para todos os interessados?

Em seu Manual de Procedimentos iremos encontrar:

“Promover e apoiar: o reconhecimento do mérito de toda ocupação útil e a difusão das Normas de Ética Profissional; por outras palavras, em Serviços Profissionais visa-se promover o ideal de servir pelo mundo dos negócios e profissional.

Isso redundará na aplicação de elevados padrões de Ética pelo rotariano em todas as suas relações de negócios ou profissionais – com empregados, concorrentes, fregueses e aqueles de quem se compra; e na difusão de tais padrões por todos os rotarianos entre os demais integrantes de seu grupo.”

Mas, o que vem a ser a ética profissional?

Ética Profissional são os princípios que regem a conduta de determinados profissionais, de certa classe.

A ética dos advogados, por exemplo, deveria ser estudada, no currículo das Faculdades de Direito, sob o título Ética ou Deontologia Jurídica, como disciplina obrigatória, tal o rigor do Código de Ética e Disciplina que é imposto à carreira do profissional do direito, pelo diploma legal que lhe corresponde (Lei nº. 8.906, de 04.07.94, art. 31 a 33), e tal é o peso de sua responsabilidade social na construção da justiça.

Referido Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

No I Encontro dos Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado nos dias 07 e 08 de novembro último em Brasília, no qual ficou resolvido encetarem, os advogados, uma campanha intitulada Ética na Advocacia e a elaboração de um Manual de Ética da sua profissão, destacamos as seguintes assertivas:

“A advocacia não pode ter tratamento semelhante à atividade comercial” disse o jurista Paulo Gouveia Medina. Essa afirmação foi feita a partir do papel estabelecido em lei para o advogado como peça fundamental do funcionamento da Justiça e a quem cabe a defesa da ordem jurídica.

Numa época marcada por mudanças profundas, resultantes da globalização, o interesse cada vez maior pelos lucros estaria entrando em conflito com os princípios que orientam a profissão.

“A sociedade, de maneira geral, pensa em termos monetários. A advocacia, contudo, tem outros valores mais importantes e históricos, como a liberdade, a legalidade e a defesa da Constituição” (13).

8. A ética em finanças

Compreendendo a importância de possuir um Código de Ética, e ciente de “que o profissional da área deve orientar-se por princípios éticos compatíveis ao elevado grau de responsabilidade e probidade exigíveis para o exercício de suas atividades profissionais” (14) o Instituto Brasileiro dos Executivos em Finanças - IBEF houve por bem de instituir seu Código de Ética e Normas de Conduta Profissional, conforme os termos de um articulado contendo trinta itens, a serem seguidos zelosamente por todos os afiliados do IBEF, que validarão a proficiência e confiabilidade do executivo de finanças, junto à instituições e à sociedade em geral.

Foi criada, também, pelo referido Instituto uma Comissão Permanente de Ética (CPE) com o objetivo de apurar os fatos e recomendar ao Conselho Diretor Seccional as medidas cabíveis, nos termos do art. 2º do seu Estatuto Social, em caso de quebra do decoro profissional por parte do executivo de finanças afiliado ao IBEF.

Referido Código de Ética foi instituído não sem antes haver a entidade consultado a opinião de seus afiliados, a eles tendo oferecido um elenco das qualidades positivas para que os mesmos as valorassem, em ordem decrescente segundo seu maior grau subjetivo de importância.

A propósito da instituição do referido Código, assim se manifestou o Coordenador da Comissão de Ética, (que finalizou o Código), e Diretor do IBEF, Dr. Luiz Affonso Romano (15).

“Mas certos princípios éticos devem ser preservados e a conduta moral deve ser claramente delineada para que os perenes ideais de proficiência, justiça e dignidade profissional sejam mantidos. Não apenas como referência, mas intrinsecamente inseridos no momento e no processo histórico que estamos vivenciando; ou corremos o risco de perdermos as nossas referências, enquanto sociedade.

E, ao nos pautarmos neste Código de Ética, estaremos, com certeza, contribuindo não apenas para o aumento do nível de respeitabilidade de nossa atividade mas, sobretudo, contribuindo para o aumento da qualidade de vida de nossa sociedade.

O Código de Ética dos ibefianos pretende ser o paradigma da nossa prática profissional e a inspiração maior ao nosso consciente exercício da cidadania”.

9. A ética no turismo

Recente matéria, intitulada Turismo com Ética, publicada há menos de um ano, (16) nos dá conta de que a Organização Mundial do Turismo elabora um Código para disciplinar o setor; que, bem a propósito, duplicará seu faturamento até 2020.

“O Brasil integra o comitê encarregado de elaborar um documento inédito na história, o Código de Ética do Turismo, um conjunto de normas capaz de proteger os interesses e definir as responsabilidades de quem viaja, de quem trabalha no setor e de quem mora nos lugares visitados pelos turistas no mundo inteiro. A elaboração do código tem apoio da ONU e é uma proposta da Organização Mundial do Turismo (OMT), entidade intergovernamental que trabalha para disciplinar e organizar o turismo mundial. A utilidade do código parece emergente. Basta lembrar o desconforto de milhares de brasileiros durante a Copa da França. Pagaram por pacotes e ingressos para os jogos e tiveram que ver o Brasil jogar em telões armados nas ruas de Paris”.

“Além disso, o código torna-se uma necessidade diante dos números previstos para o setor nas próximas décadas”.

“Segundo previsões da OMT, a indústria do turismo deverá triplicar até 2020, disputando espaço na economia mundial com os setores de telecomunicações e tecnologia da informação, os de crescimento mais veloz, atualmente”.

O Código de Ética do Turismo abordará, dentre outros assuntos, a exploração do turismo para fins libidinosos, coibindo-a; procurando, com isto, harmonizar os interesses de quem viaja com os de quem mora nos lugares visitados, de modo a evitar a interferência deletéria dos visitantes na vida de comunidades, que vivem em destinos turísticos, pois isto é algo que ainda não está sendo devidamente considerado pelo setor, na avaliação dos estudiosos. E, prossegue a matéria:

“A exploração sexual, o uso de mão de obra infantil, o desrespeito aos direitos humanos, as questões ambientais, o cumprimento dos itens da Declaração Universal dos Direitos do Homem; tudo isso deverá fazer parte do código”.

10. A ética no marketing de rede

Também as entidades ligadas ao Marketing de rede, ou Marketing Multinível, possuem seu Código de Ética.

A MLMIA – MULTI-LEVEL MARKETING INTERNATIONAL ASSOCIATION alardeia a existência de altos standards de comportamento ético na indústria do Marketing de rede, para si própria e para os seus membros.

Para serem observados por todos os seus associados, a entidade estabeleceu um decálogo de preceitos dos quais destaca, como Regra de Ouro, apregoada pela Associação, o seguinte axioma: “enquanto você estiver construindo seu negócio, em proveito próprio, falo-á de modo a que os que estiverem em seu entorno, possam, igualmente, construir o seu, sem percalços e admoestações”.

A SOCIEDADE INTERNACIONAL DE MARKETING MULTINÍVEL, com sede no Brasil, também se apresenta aos seus associados com um CÓDIGO DE CONDUTA & ÉTICA DE DISTRIBUIDORES.

11. A ética na atividade pública

A atividade publicitária, no Brasil, há muito que se auto-regula, com absoluto sucesso. A atividade saneadora de seu Conselho de Auto-Regulamentação (CONAR) – aplicando, inclusive, duras penas aos recalcitrantes – tem sido bastante útil e elogiada na normatização da atividade em prol do bem comum.

Seu Código de Auto-Regulamentação espontânea já previa, por exemplo, em 1978, restrição de horário para as peças publicitárias relativas às bebidas e cigarros na televisão; o que, só mais tarde veio a ser regulamentado por lei.

São inúmeras, pois, as entidades – fora do sistema de franquia empresarial, que resolveram difundir e instar seus princípios éticos aos seus afiliados mediante um CÓDIGO DE ÉTICA OU DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO.

Analisemos, agora, os exemplos de Códigos de Ética no âmbito do Franchising no Brasil e no mundo.

12. O Código de Auto-Regulamentação da Associação Brasileira de Franchising – ABF

Em julho de 1987, foi constituída na cidade de São Paulo a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING, sem fins lucrativos, congregando Franqueadores, Franqueados, Consultores e, de um modo geral, os provedores de bens e serviços ao Sistema respectivo, com o objetivo de desenvolvê-lo e divulgá-lo, assim como seus benefícios para o nosso país, promovendo sua defesa junto às autoridades constituídas, entidades de classe, formadores de opinião; aprimorando técnicas de atuação de seus associados, através do intercâmbio de informações, dados, idéias, cursos, seminários, palestras e eventos.

Ao tempo da criação da ABF já existia no Brasil a Associação dos Franqueadores Brasileiros – AFRAB, com sede no Rio de Janeiro. Como ambas as Associações tinham os mesmos objetivos,

quais sejam os de lutar pela higidez do Sistema de Franchising no Brasil, que acabara de nascer, promovendo a disseminação do verdadeiro conceito de franchising, a fim de protegê-lo, ambas as entidades se fundiram passando a ABF, criada em São Paulo, a ser a ABF-Nacional e a AFRAB, a Sucursal do Rio de Janeiro da ABF-Nacional.

A ABF-Nacional decidiu, então, em atendimento aos seus objetivos, constituir uma subcomissão da Comissão de Ética, encarregada de elaborar um Código de Auto-regulamentação do Franchising, estabelecendo princípios, regras e condições básicas de atuação a serem observadas, no dia-a-dia, estipulando normas e práticas adequadas, principalmente no que tange ao relacionamento franqueador/franqueado.

Referido Código foi elaborado de forma a se constituir em um código de boa conduta; baseado em princípios legais de Direito Brasileiro, na prática do sistema do mercado interno e no Código de Ética da Associação Internacional de Franchising (IFA).

Ao divulgar seu Código, em um opúsculo, a ABF oferece, também, uma cópia do Regulamento da Comissão da Comunidade Européia, sobre franchising, que dá ao Sistema de Franquia Empresarial, um outro enfoque, sob o prisma das vantagens e dos ganhos auferidos pelo consumidor, com a sua aplicação.

Em suas disposições gerais, o Código de Auto-regulamentação da Associação Brasileira de Franchising define o que seja o Sistema de Franchising, bem como know-how, para, ao depois, sob o título PRINCÍPIOS ORIENTADORES, definir, singelamente, o que seja franqueador; os requisitos para ser franqueador, bem como para ser franqueado.

Em seguida discorre o Código sobre a Publicidade e Divulgação da Franquia, no processo de recrutamento, que não deverá conter ambigüidades nem, muito menos, ser enganosa.

Quanto à Seleção de Franqueados, o Código recomenda que os mesmos só sejam aceitos após processo criterioso que envolva formação, qualidades pessoais e recursos financeiros para a exploração da franquia.

Sobre o CONTRATO DE FRANQUIA, o Código recomenda que o mesmo seja escrito (o que no Brasil, aliás, hoje é uma obrigação legal), devendo ser respeitado na sua elaboração, o Código de Auto-regulamentação e o Direito Brasileiro, bem como refletir o documento elaborado os interesses dos membros da rede, como um todo, protegendo sua identidade e reputação; os direitos de propriedade industrial ou intelectual dos franqueados; deferindo, por último, os direitos e as respectivas obrigações e responsabilidades das partes.

Referido Código vai mais adiante, elencando os pontos essenciais de um contrato de franquia, passando pelas cláusulas de não concorrência, confidencialidade, sigilo e rescisão do contrato.

No que concerne à Máster Franquia, o Código afirma que o mesmo não se lhe aplica, regendo, contudo, as relações entre Máster Franqueados e seus sub-franqueados.

Prossegue o Código, discorrendo sobre os DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO FRANQUEADOR e do FRANQUEADO, para finalizar com INFRAÇÕES E PENALIDADES.

13. O Código de Deontologia da Federação Francesa de Franquia

O Código de Deontologia da Federação Francesa de Franquia foi estabelecido com a criação da própria Federação, por volta do segundo semestre de 1971, por franqueadores, professores de direito e juristas de escol, idealistas; todos interessados em uma auto-disciplina, sempre preferível a uma legislação imposta. Seu objetivo foi, pois, o de dotar uma profissão nascente de regras livremente aceitas pelas partes.

Com regras flexíveis – sem jamais criar constrangimentos – o Código da F.F.F. é construído sobre os princípios fundamentais da parceria empresarial, da colaboração recíproca e do equilíbrio de direitos e de obrigações.

Ele, de fato, não obriga senão os aderentes à Federação, a não ser que nos contratos de franquia respectivos se faça uma referência específica à existência do referido Código, anexando-se uma cópia do mesmo ao pactuado.

Este Código, em sua nova versão, serviu à consolidação do Sistema de Franquia na França, pois impregnou a atuação de todos os partícipes deste sistema, naquele país, constituindo a base para a elaboração do novo Código Europeu da Franquia, entrado em vigor em 1º de Janeiro de 1992.

14. O Código Belga de Franquia Empresarial

Conhecido, também, como Código de Práticas Leais em Matéria de Franchising, este Código estabelecido pela Associação Belga de Franchising, apresenta-se mais detalhado do que o Código da F.F.F.

Todavia, seus autores – a princípio um tanto tímidos - parece não terem querido dar força obrigatória a todo o Código, pois utilizam-se de expressões como, “em princípio”: “o franqueador tem, em princípio, o direito de escolher de seus equipamentos e materiais ...”.

De resto, nada obstante, emprega outras expressões como, por exemplo: é necessário é devido..... fazendo com que, afinal, o Código se imponha ao franqueador aderente à Associação.

15. O Código de Deontologia Européia da Franquia

Reproduz, quase integralmente o Código Belga, possuindo o grande mérito de ter feito uma síntese entre os Códigos de Deontologia da F.F.F. e o Belga, sem haver aportado, contudo,

algo da deontologia alemã, ou anglo-saxônica, como seria de se esperar, sendo ele um Código Europeu.

O Código em questão, porém, é parcial, pois, simplesmente, ignora as obrigações de franqueado para com o franqueador.

Seu mérito é, no entanto, o de simplesmente existir, o que, por si só, já é algo de positivo. Espera-se que, um dia, ele possa ser reformulado, dentro de um espírito mais consentâneo com a ética no franchising, contemplando as obrigações do franqueado.

16. Um Código de Ética para a Franquia Empresarial

Ética é o ideal de conduta do homem, desenvolvido em conjunto e mesmo sujeito ao processo civilizacional, que orienta cada ser humano sobre o que é bom e correto e o que deveria assumir; orientando sua vida em relação a seus semelhantes, visando o bem comum.

A ética em nossa sociedade e a ética empresarial são inseparáveis, algumas vezes até indistinguíveis. Assim sendo, nossas preocupações diárias com a eficiência, competitividade e lucratividade não podem prescindir de um comportamento ético.

Em nosso cotidiano, a adoção de certos princípios éticos comportamentais reflete o tipo de organização da qual fazemos parte e o tipo de pessoa que somos e que queremos ser.

A ética na atividade empresarial deve orientar, não apenas no teor das nossas decisões, como, também, no processo para a sua tomada.

Assim, nosso respeito pelas diferenças individuais e a preocupação com o bem comum deverão ser a palavra final nas relações com os consumidores, no relacionamento com os colegas franqueados, bem como com a franqueadora.

Cada indivíduo tem sua própria escala de valores e, por isso, cada membro de determinada rede de franquia empresarial deverá compatibilizar seus valores individuais com os valores da franquia, levando em consideração, também, a legislação aplicável à sua atividade; as normas internas estabelecidas para o bom funcionamento da rede; o estatuto do Conselho de Franqueados, se houver, e suas determinações assembleares o Código de Ética da Associação Brasileira de Franchising e das categorias profissionais a que pertença. E, diante de situações não previstas, deverá ser sempre escolhida a alternativa que possa redundar em um maior retorno ético, ou benefício moral para a rede.

17. Dos Objetivos de um Código de Ética de uma Franquia Empresarial

O objetivo primacial de um código de ética em franquia empresarial é o de ser uma referência formal e institucional, para a conduta pessoal e empresarial (profissional) de todos os

integrantes de determinada rede, independente da posição que ocupem em suas próprias empresas, ou na rede, de modo a tornar-se um padrão de relacionamento interno e externo.

Outro objetivo do Código é o de viabilizar um comportamento ético, pautado em valores incorporados por todos, por serem considerados justos e pertinentes, minimizando a subjetividade das interpretações pessoais sobre princípios morais e éticos, mormente aqueles ligados à ética dos negócios.

Por fim, fortalecer a imagem de determinada rede, e de cada um de seus integrantes, junto à sociedade; com toda certeza, um escopo final de todos os interessados em seu sucesso.

18. Conclusão

A Ética assim como a Moral, são conceitos que dizem, respeito ao íntimo das pessoas. Assim sendo, se o ser humano transgredir alguma regra moral ou ética, apenas sua consciência o punirá.

Ao contrário do Direito, cujas regras descumpridas comportam sanção, a ética não permite coação ao seu cumprimento, se não, apenas, quando muito, a condenação de seus pares, o que, em si, todavia, já é uma grave restrição para os homens de bem.

Feitas estas considerações finais, um Código de ética de determinada franquia empresarial será sempre bem-vindo e muito válido, como padrão de conduta por parte do franqueador, de seus franqueados e dos funcionários de ambos.

Se, porém adicionalmente, o Contrato de Franquia lhe fizer referência, incorporando seus preceitos e normas, deixaria o Código de Ética de ser simples repositório de normas de conduta, para passar a ser verdadeiro instrumento contratual.

Como consequência, o simples descumprimento de uma norma ética, ferirá, igualmente, o contrato, que lhe fizer referência, o qual poderá ser rescindido, agora, por infração contratual, e não por mera infringência ética.

Determinada rede de franquia empresarial que dispuser de um Código de Ética, poderá contar com um instrumento de análise comportamental de todos os seus integrantes, para uma eventual postura recomendativa de procedimentos a serem adotados, norteando toda a vida empresarial, assim fadada ao sucesso.

Notas de Rodapé

1. O Forum da Franquia Empresarial, reunido por diversas vezes, em Brasília, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, para propor modificações à atual lei de Franchising, houve por bem deixar o relacionamento franqueador/franqueado para ser regulado pelo contrato de franquia, como, aliás, é o que ocorre desde a entrada em vigor da lei nº 8.955/94.

2. Ana Paula Ribeiro - O Contrato de Franquia (franchising) no Direito Interno e Internacional. Tempus, Editora Lisboa, 1996. Pág.82.
 3. A Associação Nacional das Lojas de Conveniência – ANLOC por exemplo, enquanto existiu, só aceitava que ingressasse em seus quadros associativos, na categoria de franqueador, quem fosse sócio da Associação Brasileira de Franchising – ABF nesta classificação.
 4. Álvaro Leite Guimarães. A ética nas profissões. Bol. Sem. Rotary Club. Ano LXX – 18º Semana, 28.10.92.
 5. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Novo dicionário da língua portuguesa. Nova Fronteira.
 6. Dr. Alberto Oliva. O lugar da ética num mundo de fatos e de leis. Revista Thintank, set. 98.
 7. Dr. Eduardo Portela, Presidente da Fundação Biblioteca Nacional, em conferência intitulada Uma proposta de educação para o próximo milênio, proferida em 30.04.99 no Seminário Educação no Próximo Milênio e as Novas Tecnologias no Ensino à Distância. FGV/EBAP).
 8. O GLOBO, 24.05.98
 9. Idem, ibidem
- Jayme Rocha Pardini. Ética em Serviços Profissionais. Revista Brasil Rotário. Maio de 1984.
10. Raymond Baumhart SJ. A ética em negócios. Expressão & Cultura, 1997
 11. Ney Magno Valadares in A ética do magistrado, palestra proferida na Justiça Federal de 1a. Instância, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, em 08.04.94). apud R. Reis Friede, Juiz Federal – Preceito ético da magistratura. Jornal do Commercio, 19.08.94, pág. 28. Direito & Justiça.
 12. Intervenção social e desafio ético: um novo tempo na justiça. Revista AMB, maio/98, pág.50.
 13. Dr. Reginaldo de Castro, em entrevista ao Jornal da OAB, dez.98, pág.10).
 14. Resolução 01/98 da Assembléia Nacional do IBEF.
 15. Dr. Luiz Affonso Romano. INFORME-IBEF, 10 (91), nov 1998.
- Revista Checkin, em agosto de 1998, às páginas 16 e 17

Membro e Presidente da Comissão Permanente de Franquias Público-Privadas do IAB. Professor jubilado em Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais.